

مسالك الألفهام

الجزء: ٦

الشهيد الثاني

الكتاب: مسالك الأفهام

المؤلف: الشهيد الثاني

الجزء: ٦

الوفاء: ٩٦٦

المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن

تحقيق: مؤسسة المعارف الإسلامية

الطبعة: الأولى

سنة الطبع: ١٤١٥

المطبعة:

الناشر:

ردمك:

المصدر:

ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
٥	كتاب الهبات
٧	تعريف الهبة
٩	الايجاب والقبول في الهبة
(١٠)ش	هل الهدية كالهبة؟
١٢	يشترط فيها البلوغ والعقل وجواز التصرف
١٢	هبة الدين لغير من هو عليه
(١٤)ش	هبة الدين لمن هو عليه
١٥	لا يشترط في البراء القبول
١٧	اشتراط الهبة بالقبض
٢٠	لو أقر بالهبة والقبض والمال لدى الواهب
٢٠	لو مات الواهب قبل القبض
٢١	يشترط في القبض إذن الواهب
٢٢	لو وهب ما في يد الموهوب له
٢٤	هبة الأب والجد للصغير
٢٥	هبة غير الأب والجد للصغير
٢٦	هبة المشاع وقبضه
٢٧	الهبة لاثنين 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)ش	كلام في انجبار ضعف الخبر بالشهرة
(٤٢)ش	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 مورثة معتقدا حياته
٥٢	إذا أوصى برقبة 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 تعيينه
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 صيغ 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	السبق والسبق
٧٤	المحلل والغاية والمناضلة
٧٥	الرشق والرشق
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)ش	السباق عليها بلا عوض
٨٨	عقد السبق والرماية
٨٨	افتقاره إلى الإيجاب والقبول ولزومه وجوازه
٩٠	يصح أن يكون العوض عينا أو دينا
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
١٠٣	لو أخرج كل منهما سبقا وأدخلا محللا وقالوا: أي الثلاثة سبق فله السبقان
١٠٥	أنحاء اشتراط المبادرة والمحاطة
١٠٧	إذا تم النضال ملك الناظر العوض

- ١٠٨ لو شرط في العقد إطعامه لحزبه
- ١٠٨ إذا تبين فساد العقد أو كان السبق ملكا للغير
- ١١١ إذا غلب أحدهما فقال الآخر: اطرح الفضل بكذا...
- ١١٣ كتاب الوصايا
- ١١٥ تعريف الوصية
- ١١٦ الايجاب والقبول في الوصية
- ١١٧ يتوقف الملك على القبول والموت
- ١٢٣ القبول قبل الوفاة وبعدها
- ١٢٥ الرد قبل الموت وبعده وقبل القبول وبعده
- ١٢٧ رد 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
- ١٤٦ شرائط الموصى به 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 لاحد بثلث وآخر بربع وآخر بسدس
- ١٦٢ لو أوصى بثلاثة لاحد ثم أوصى به لآخر
- ١٦٧ لو اشتبه الأول استخرج بالقرعة
- ١٦٧ لو أوصى بعق مماليكه وكان له شريك في بعضها
- ١٦٩ لو أوصى بما يزيد على الثلث لاثنين

- ١٧٠ لو أوصى بالنصف فأجاز الورثة ثم ادعوا ظن القلة
- ١٧٠ لو أوصى بشئ فأجازوا ثم ادعوا ظن الزيادة اليسيرة
- ١٧١ الوصية بالثلث مشاعا والوصية بعين يبلغ الثلث
- ١٧٢ إذا كان بعض المال غائبا فهل يأخذ بمقدار ثلثه من الحاضر؟
- ١٧٣ إذا أوصى بثلث ماله فخرج ثلثاه مستحقا للغير
- ١٧٤ لو أوصى بما يقع اسمه على المحلل والمحرم
- ١٧٥ الوصية بالكلاب المملوكة
- ١٧٦ الوصية المبهمة
- ١٧٦ الوصية بجزء من المال
- ١٧٩ الوصية بسهم منه
- ١٨٠ الوصية بالشئ
- ١٨٠ لو أوصى بوجوه فنسي الوصي وجهها منها
- ١٨١ ما يدخل في الوصية 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 الوصية بما دون الثلث أفضل
- ١٨٩ إذا اختلف الموصى له والوارث في مقصود الموصي
- ١٩٠ أحكام الوصية
- ١٩٠ إذا أوصى بوصية ثم أوصى بما يضادها
- ١٩٠ لو أوصى بحمل الأمة فجاءت به لأقل من ستة أشهر أو أكثر من تسعة
- ١٩٢ الفرق بين ما لو قال: إن كان في بطن هذه ذكرا فله كذا وإن كان أنثى فلها كذا فخرج ذكر وأنثى وما لو قال: إن كان الذي في بطنها ذكرا فله كذا وإن كان أنثى فلها كذا
- ١٩٣(ش) لو خرج في الصورتين خنثى أو ذكران أو أنثيان
- ١٩٣(ش) الوصية بالحمل وبما تحمله المملوكة والشجرة وبسكنى الدار
- ١٩٤ الوصية بخدمة العبد ونحو ذلك مؤبدا أو لمدة معينة
- ١٩٦ نفقة العبد إذا أوصى بخدمته مؤبدا 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 الأمة منه
٢٠٨	لا تقبل شهادة الوصي في متعلق وصيته ولا ما يجر له نفا
٢٠٩	لو شهد الوصي بما يوجب خروج متعلق الوصية من الثلث
٢١٠	لو أوصى بعق عبيده وليس له سواهم
٢١٠	لو أوصى بعق عدد خاص من عبيده
٢١١	لو أعتق مملوكه عند الوفاة منجزاً أو أعتق ثلثه
٢١١	إذا أوصى بعق رقبة مؤمنة
٢١٣	إذا أوصى بعق 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 بعق مملوكه وعليه دين
٢٢٩	الوصية للمكاتب المطلق
٢٢٩	الوصية لام الولد وبماذا تنعتق؟
٢٣١	إطلاق الوصية يقتضي التسوية بين الذكور والإناث ونحوهما
٢٣٢	المراد بذي 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: أعطوا فلانا 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 معا
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 للموصى إليه رد الوصية
٢٥٧	لو مات الموصى قبل رد الموصى 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 للوصي شراء نفسه من نفسه
٢٦٣	متى يجوز للوصي أن يوصي إلى غيره
٢٦٤	لو مات إنسان ولا وصي له
٢٦٦	لو أوصى من له أب إلى أجنبي بالنظر في مال ولده
٢٦٩	إذا أوصى بالنظر في شيء معين
٢٧٠	يعتبر الشرائط في الوصي حالة الوصية لا حين الموت
٢٧٤	تصح الوصية فيمن له عليه ولاية وفي إخراج الحقوق
٢٧٥	القيم على اليتيم هل يأخذ أجره المثل أو قدر الكفاية؟
٢٧٩	مسائل في الوصية
٢٧٩	إذا أوصى لأجنبي بمثل نصيب ابنه
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 إحداهن
٢٨٥	لو أوصى لأجنبي بنصيب ولده
٢٨٩	لو كان له ابن قاتل فأوصى بمثل نصيبه
٢٩٠	إذا أوصى بضعف نصيب ولده
٢٩٢	إذا أوصى للفقراء وله أموال متفرقة فهل يوزع المال على فقراء بلد كل مال أو فقراء بلده؟
٢٩٣	هل يجب إعطاء ثلاثة فصاعدا؟
٢٩٤	لو أوصى بعق رقاب هل يجب عتق ثلاثة فصاعدا أم لا؟
٢٩٥	إذا أوصى بعبد معين ولآخر بتمام الثلث فمات العبد أو عاب
٢٩٧	إذا أوصى له بأبيه فقبل وهو مريض
٣٠١	إذا أوصى له بدار فانهدمت
٣٠١	إذا قال: أعطوا 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 أمورا متعددة تبرعا كيف يوزع على الثلث
٣١٦	إذا جمع بين عطية منجزة ومؤخره
٣١٧)ش	العطايا المنجزة والمؤجلة تختلف في أمور وتتفق في أمور
٣١٩	إذا باع كرا من طعام قيمته ستة بكر قيمته ثلاثة
٣٢٤	لو باع عبدا قيمته مائتان بمائة
٣٢٨	إذا أعتق أمته في مرض الموت وتزوج ودخل بها
٣٢٩	لو أعتق أمته وقيمتها ثلث التركة وأصدقها ثلثا آخر ودخل بها ومات

مسالك الأفهام

إلى تنقيح

شرائع الاسلام

تأليف

زين الدين بن علي العاملي (قدس سره)

" الشهيد الثاني " (٩١١ - ٩٦٥ هـ)

الجزء السادس

تحقيق ونشر

مؤسسة المعارف الاسلامية

(١)

هوية الكتاب:

اسم الكتاب: مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام ج ٦
تأليف: زين الدين بن علي العاملي " الشهيد الثاني "

تحقيق ونشر: مؤسسة المعارف الإسلامية.

صف الحروف: مؤسسة المعارف الإسلامية.

الطبعة: الأولى ١٤١٥ هـ . ق.

المطبعة: دانش.

العدد: ٢٠٠٠ نسخة.

(٢)

بسم الله الرحمن الرحيم

(٣)

جميع حقوق الطبع والنشر محفوظة
لمؤسسة المعارف الاسلامية
إيران - قم المقدسة
ص.ب ٧٦٨ / ٣٧١٨٥
تلفون ٣٢٠٠٩

(٤)

كتاب الهبات
والنظر في الحقيقة والحكم
الهبة هي العقد المقتضي تملك العين من غير عوض، تمليكا منجزا
مجردا عن القرية.

(١) لاحظ ج ٣: ١٤٤.
(٢) لم ترد في "س" و "ش". ولعله أولى.

(٧)

وقد عبر عنها بالنحلة والعطية.

وخرج: بقوله: "المقتضي لتمليك العين" نحو العارية والإجارة، فإن الأول لا يقتضي تمليكا مطلقا، والثاني يقتضي تمليك المنفعة. وبقوله: "من غير عوض" نحو البيع والصلح الواقع على الأعيان بعوض. وبقوله: "منجزا" لوصية بالأعيان، فإن ملكها يتوقف على الموت. وبقوله: "مجردا عن القربة" الصدقة، فإنها مشروطة بها كما سلف، والوقف والسكنى وما يلحق بها إن اعتبرنا فيه 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 ومجردا عن القربة" أن العوض غير لازم فيها وكذا القربة، لا انتفاء العوض والقربة أصلا، والهبة المشروط فيها العوض والمتقرب بها العوض والقربة غير شرط، فلو تجردت عنهما صحت، بخلاف ما يعتبران فيه كالبيع والصدقة. وبأن العقد المذكور لا يقتضي الملك بنفسه، بل لا بد معه من القبض اجماعا، فلا يكون وحده مقتضيا للملك. ويمكن دفعه بأنه إنما جعله مقتضيا للتمليك لا للملك، ولا شبهة في أن قوله: "وهبتك" يقتضي تمليكه العين المخصوصة وإن لم يتحقق الملك بذلك، بل توقف على أمر آخر. أو يقال: إن الاقتضاء أعم من التام والناقص، فلا ينافي توقفه على أمر آخر. قوله: "وقد يعبر عنها بالنحلة والعطية".

النحلة - بالكسر - اسم للعطية، والمصدر النحل بالضم، تقول: نحلته أنحله (١) نحلا. والعطية تطلق على مطلق الاعطاء المتبرع به (٢)، فيشمل الوقف

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

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

وهي تفتقر إلى الايجاب والقبول والقبض. فالايجاب كل لفظ قصد به التملك المذكور كقوله - مثلا - : 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، لاشتراطها بالقربة دونها.

وأما الهدية فهي أخص من الهبة أيضا، لأنها تفتقر إلى قيد آخر مضافا إلى ما ذكر في تعريف الهبة، وهو أن يحمل الموهوب من مكان إلى مكان الموهوب منه إعظاما له وتوقيرا، فامتازت عن مطلق الهبة بذلك، ولهذا لا يطلق لفظها على العقارات الممنوع نقلها، فلا يقال: أهدى إليه دارا ولا أرضا، ويقال: وهبه ذلك، فصارت الهبة أعم منها أيضا (٢).

وعلى هذا يتفرع أنه لو نذر الهبة برئ بالهدية والصدقة، دون العكس مطلقا. ولو حلف لا يهب، فتصدق أو أهدى حنث، دون العكس بتقدير فعله فردا منها خارجا عنهما. وقال الشيخ في المبسوط: "الهبة والهدية والصدقة بمعنى واحد" (٣) ثم علله بمسألة الحلف، وهي لا تدل على مطلوبه كما لا يخفى، بل التحقيق ما ذكرناه. قوله: "وهي تفتقر إلى الايجاب والقبول... الخ".

لما كانت الهبة من العقود اللازمة على تقدير اجتماع شرائط اللزوم اعتبر فيها ما يعتبر في العقود اللازمة من الايجاب والقبول القوليين العربيين وفورية القبول للايجاب بحيث يعد جوابا له، وغير ذلك مما يعتبر في العقود. ولما كانت جائزة على كثير من الوجوه لم يضيّقوا المجال فيها على حد العقود اللازمة، فاكتفوا فيها بكل ما دل على التملك المذكور، حتى قالوا: لو قال: هذا لك، مع نية الهبة كفى مع كونه ليس

(١) راجع إرشاد الأذهان ١: ٤٤٩.

(٢) في "س": أعم منها مطلقا.

(٣) المبسوط: ٣٠٣.

بلفظ الماضي، لدلالته على الانشاء من حيث اسم الإشارة 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 مطلقا، فتوسع فيه كما توسعوا في عقد الرهن حيث كان جائزا من أحد الطرفين لازما من الآخر.

وظاهر الأصحاب الاتفاق على افتقار الهبة مطلقا إلى العقد القولي في الجملة، فعلى هذا ما يقع بين الناس على وجه الهدية من غير لفظ يدل على ايجابها 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 الايجاب والقبول فيها احتمالا.

واختلف كلام العلامة ففي القواعد (٣) قطع بأن الهدية كالهبة في اشتراطها بالايجاب والقبول والقبض. وفي التحرير نقل قريبا من كلام الشيخ، ثم قال: " ولو قيل بعدم اشتراط القبول نطقا كان وجهها، 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 الايجاب 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 كالأيجاب والقبض من جهة المهدي إليه كالقبول، لأن الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله صلى الله عليه وآله من كسرى وقيصر وسائر الملوك فيقبلها، ولا لفظ هناك، واستمر الحال من عهدته صلى الله عليه وآله إلى هذا الوقت في سائر الأصقاع، ولهذا كانوا يبعثون 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 كان يتصرف فيه ويملكه غيره، ويمكن الاكتفاء في هدايا الأطعمة بالارسال 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 المتزلزل، ويبيح التصرف والوطي، ولكن يجوز فيها الرجوع فيها قبله، عملا بالقواعد المختلفة، وهي أصالة عدم اللزوم، مع عدم تحقق عقد يجب الوفاء به، وثبوت جواز التصرف فيها، بل وقوعه ووقوع ما ينافي بالإباحة، وهو الوطي 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 للحاكم ٣: ٢١٨.

(٣) راجع سعد السعود: ٩٠، والبحار ٤٣: ٧٦.

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

قبول لفظي عنه ولا من الرسل ايجاب كذلك مقارن له، وهذا كله يدل على استفادة
الملك في الجملة لا الإباحة، ولا ينافي جواز الرجوع المهدي في العين ما دامت باقية.
واعلم أن المصنف ذكر الايجاب في الهبة ولم يذكر القبول، ولعله اكتفى بأصل
اشترائه وظهور لفظه من لفظ الايجاب، فإنه الرضا به.
قوله: " ولا يصح العقد إلا من بالغ العقل جائز التصرف "

إطلاق العقد شامل لمتولي الايجاب والقبول، فكما لا يصح ايجاب الهبة من
الصبي والمجنون والعبد والمحجور عليه لا يصح قبولها منهم، لكن تولي الايجاب
منتف منهم ومن الولي، إذ لا غبطة لهم في هبة مالهم إلا على وجه نادر، وأما القبول
فيمكن من الولي. ولا فرق في الصبي بين من بلغ عشرة وغيره.
ونبه باشتراط وقوع العقد من البالغ مطلقا على خلاف من جوز هبة وصدقة
من بلغ عشرة من الأصحاب (١)، وعلى خلاف بعض العامة (٢) حيث اكتفى بايجاب
الولي حتى في البيع بأن يقول: اشتريت لطفلي كذا، أو اتهمت له كذا. ومن هذا
الباب ما لو قال الولي: جعلت هذا الشيء لابني وكان صغيرا، أو غرس شجرا وقال:
غرسه له ونحو ذلك، لم يكن في ملكية الولد حتى يقبل له لفظا بناء على عدم
الاكتفاء بالايجاب، وفرع المجتزي به الاكتفاء بذلك في ملكه.
قوله: " ولو وهب ما في الذمة فإن كان... الخ "

هنا مسألتان:

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

(١) راجع النهاية: ٦١١، المهذب ٢: ١١٩.

(٢) لم نعثر على هذا القول في الكتب الموجودة لدينا من العامة وإنما ذكره العلامة في التذكرة ٢:
٤١٥ وجها للشافعية.

أحدهما - وهو عليه المعظم - :العدم، لأن القبض شرط في صحة الهبة، وما في الذمة يمتنع قبضه، لأنه ماهية كلية لا وجود لها في الخارج، والجزئيات التي يتحقق الحق في ضمنها ليس هي الماهية، بل بعض أفرادها، وأفرادها غيرها.

والثاني: الصحة، ذهب إليه الشيخ (١) وابن إدريس (٢) والعلامة في المختلف (٣)، لأنه يصح 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 قبضا عن المالك لئلا يلزم الدور. وهذا الكلي يرجع إلى الكلي الطبيعي، لأن المراد من الدين الذي في الذمة - كمائة درهم مثلا - معروض مفهوم الكلي النوعي ككلية الانسان بالنسبة إلى مفهوم النوع، والكلي الطبيعي موجود في الخارج بعين وجود أفراده. ولأنه لولا وجوده والقدرة على تسليمه لما صح بيعه والمعاوضة عليه، لأن البيع مشروط بالقدرة على تسليم المبيع اجماعا في غير الآبق، بل يشترط وجوده مطلقا، والماهية لا وجود لها على ما ذكره.

وما قيل في الفرق بين البيع والهبة بأن القدرة على تسليمه يكفي فيها ما به يتحقق المعاوضة، وتحققها يكفي فيه القدرة على تسليم بعض أفراد الماهية المعدود أحد العوضين، ويدخل في ملك المشتري من غير توقف على قبض، ثم يستحق المطالبة بالاقباض، بخلاف الهبة، فإن الاقباض له دخل في حصول الملك، فلا بد أن يقبض الواهب الدين ثم يقبضه المتهب، فامتنع نقله إلى ملك المتهب حين هو دين، وكذا بعد تعيين المديون له قبل قبض الواهب، لانتفاء الملك، وبقبض الواهب يحدث الملك له فيمتنع تقديم انشاء الهبة عليه، إذ تكون جارية مجرى ما سيملكه ببيع وغيره، وذلك غير جائز.

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

(٢) السرائر ٣: ١٧٦.

(٣) المختلف ٢: ٤٨٧.

وقد ظهر عليك جوابه مما قررناه، فإن ما في الذمة إن كان موجودا متحققا يمكن قبضه وتسليمه فبيعه وهبته صحيحان، لحصول الشرط والقدرة على القبض. ولا يقدح في الفرق استحقاق المبيع من دون القبض دون الهبة، لأننا نحكم بصحة الهبة حينئذ إلا بعد القبض، كما لا نحكم بصحتها لو تعلقت بعين خاصة إلا بعد قبضها، لكن نقول: إن القبض لما كان ممكنا بقبض بعض أفراد الماهية التي جوزتم بيعها كذلك جاز هبتها، وتوقفت صحتها على حصول قبضها على ذلك الوجه. ولا شبهة في أن الدين مملوك للواهب قبل قبضه، وقبضه ممكن على الوجه المذكور، فصحت هبته وتوقفت على قبضه كما توقفت لو كان عينا.

وبهذا يظهر أنه لا يمتنع نقله إلى ملك المتهب حين هو دين، لأنه مملوك له وإلا لما صح له بيعه وغيره من المعاوضات، وقبض الواهب ما أحدث له الملك بل التعيين، فأمكن تقديم انشاء الهبة عليه ولم يكن كهبة ما سيملكه. فظهر أن الصحة متوجهة وإن كان جانب البطلان أيضا وجيها من حيث إنه المشهور ولشبهة ما ذكر.

الثانية: أن يهب الدين لمن هو عليه. وقد قطع المصنف وغيره (١) بصحته في الجملة ونزل الهبة منزلة الإبراء، فإنه اسقاط لما في الذمة فلا يفتقر إلى قبض، ولا يجري فيه الشبهة. وإبراء المديون لا اشكال في صحته، وظاهرهم أنه لا ينحصر في لفظ، بل ما دل عليه، والهبة هنا يدل عليه، وقد جوزته في باب (٢) الجنایات بلفظ " العفو " وأطلقه الله تعالى في الآية أيضا في قوله تعالى: " إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح " (٣) على تقدير كونه ديناً. وينبغي على هذا جوازه بلفظ الاسقاط بطريق أولى، لأنه أقرب إلى معناه من الهبة التي متعلقها ما يمكن قبضه شرعا، وهذا

(١) راجع الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٤١، المؤلف من المختلف ١: ٦٨٦ مسألة (٢٠)، الجامع للشرائع: ٣٦٥، الدروس: ٢٣٦ وجامع المقاصد ٩: ١٣٧.
(٢) كتاب القصاص، المسألة السابعة من القسم في قصاص الطرف.
(٣) البقرة: ٢٣٧.

ولا يشترط في الابرء 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 عرفا. ويدل على وقوع الابرء 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 ابراء بل هبته لما أمكن اطلاق القول بعدم جواز الرجوع، لما سيأتي (٢) - إن شاء الله تعالى - من جوازه فيها في مواضع كثيرة، بخلاف الابرء، فإنه لازم مطلقا.

واعلم أن الابرء مهموز ففعله الماضي في صيغته يكون مهموزا أيضا، ويجوز تسهيله ألفا من جنس حركة ما قبله على القاعدة العربية. وأصله التخليص، قال الجوهري: تقول أبرأته مما لي عليه وبرأته تبرئة (٣).

قوله: " ولا يشترط في الابرء القبول على الأصح " .

موضوع هذه المسألة أعم من الأولى، لشمولها ابراء كل من عليه الحق بلفظ الابرء والهبة وغيرهما. وقد اختلف الأصحاب في اشتراط القبول في الابرء مطلقا، فذهب الأكثر إلى عدمه، للأصل، ولأنه اسقاط لا نقل شيء إلى الملك، فهو بمنزلة تحرير العبد. واحتج له بقوله تعالى: (فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خيرا لكم) (٤)، حيث اعتبر مجرد الصدقة ولم يعتبر القبول، وبقوله تعالى: (ودية مسلمة إلى أهله إلا

(١) الكافي ٧: ٣٢ ح ١٣، التهذيب ٩: ١٥٤ ح ٦٢٩، الاستبصار ٤: ١١١ ح ٤٢٤، الوسائل ١٣: ٣٣٢ ب " ١ " من أبواب الهبات ح ١.

(٢) في ص: ٣١.

(٣) الصحاح ١: ٣٦.

(٤) سورة البقرة ٢٨٠.

أن يصدقوا (١)، فأسقط الدية بمجرد التصديق ولم يعتبر القبول، والمراد بالتصدق فيهما الإبراء. وفيه: أن الصدقة كما تقدم (٢) من العقود المفتقرة إلى القبول اجماعاً، فدلالتهما 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، فاطلاق جماعة نسبة القول باشتراطه إليه ليس بجيد.

واحتجوا للاشتراط بأن في إبرائه من الحق الذي عليه منه فلا يجبر على تحملها، كما لا يجبر على قبول هبة العين، ولو لم يعتبر القبول لتحملها جبراً.

وأجيب الفرق بين التملك والاسقاط 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 اسقاط الانسان حقه باختياره من غير ابتداء من عليه الحق لا تظهر فيه منة يثقل تحملها على من عليه الحق عرفاً بخلاف هبة الأعيان المتوقفة على القبول اجماعاً، فلعل تعرضه للقبول بحضرته 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 (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 أيضا ظاهر قوله تعالى: (إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) (١)، حيث اكتفى في سقوط الحق بمجرد العفو، ولا دخل للقبول في مسماه قطعاً. وسيأتي الاكتفاء بمجرد العفو في المهر (٢) وفي سقوط الحدود والجنایات الموجبة للقصاص (٣)، وهو في معنى الإبراء. وهذا أقوى وأشهر. قوله: " ولا حكم للهبة ما لم يقبض " .

لا خلاف بين الأصحاب في أن 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 مالكه وعدم تأثير العقد في مقتضاه، خرج منه ما بعد القبض بالاجماع فيبقى الباقي، ولقول الصادق عليه السلام في رواية أبي بصير: " الهبة لا تكون أبدا 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 الصلاح (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 المصادر أيضا ولكن الظاهر أنه الصحيح في عبارة الشارح، وورد بعد هذه الجملة في ما عدا " س، ش " : " قال " تبعا للمصدر ورجحنا عدم إيراد 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 شرطا للصحة كما نسبه إليه أيضا العلامة في المختلف: ٤٨٦.

(٨) مختلف الشيعة: ٤٨٦.

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

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

ويمكن أن يقال على الثاني: إن العقود منها ما يقتضي الملك ومنها ما لا يقتضيه بدون القبض، وقد تقدم منه الوقف، فيكون أعم. والمراد بالوفاء بها العمل بمقتضاها من لزوم وجواز وغيرهما، فلا يدل على المطلوب. وكذلك مطلق التبرع أعم مما لا يعتبر فيه القبض، والحاقه بالوصية قياس. وإطلاق الهبة على غير المقبوضة أعم من الحقيقة، وجاز أن يكون مجازا تسمية للشئ باسم ما يؤول إليه على تقدير لحوقه، أو إطلاقا لاسم المجموع على بعض الأجزاء، فإن الإيجاب والقبول أعظم أجزاء السبب التام في تحققها على تقدير عدمه بهما خاصة.

ومطلق جوازها لا نزاع فيه. قال في الدروس: " والروايات متعارضة، ولعل الأصحاب أرادوا باللزوم الصحة، فإن في كلامهم اشعارا به، فإن الشيخ قال: لا يحصل الملك إلا بالقبض وليس كاشفا عن حصوله بالعقد. مع أنه قائل بأن الوهب

(١) السرائر ٣: ١٧٣.

(٢) المائدة: ١.

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

لو مات 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 واحتج لهما ثم اختار الثاني، فكيف يحمل على الآخر؟! نعم، كلام
الشيخ الذي نقله متناقض، وليس حجة على الباقيين، فإن الخلاف متحقق.
وفي التذكرة اتفق ما هو أعجب مما في الدروس، فإنه قال: " الهبة والهدية
والصدقة لا يملكها المتهم والمهدى إليه والمتصدق عليه بنفس الإيجاب والقبول إذا
كان عينا إلا بالقبض، وبدونه لا يحصل الملك عند علمائنا أجمع " (٣) وهذا ظاهر في
دعوى الإجماع على أن القبض شرط الصحة (إجماعا) (٤) وهو يؤيد ما في الدروس
وينافي ما في المختلف.
ويمكن أن يحمل على أنه لا يحصل بدونه الملك التام وهو اللازم، فيكون أعم
من الصحة وعدمها، لئلا ينافي فتواه في المختلف ونقله الخلاف وإن كان خلاف
الظاهر.

إذا تقرر ذلك فيتفرع على القولين النماء المتخلل بين العقد والقبض، فإنه
للوهاب على الأول وللموهوب على الثاني، وفيما لو مات الوهاب قبل الإقباض،
فيبطل على الأول ويتخير الوارث في الإقباض وعدمه على الثاني، وفي فطرة المملوك
الموهوب قبل الهلال ولم يقبضه إلا بعده، فإنها على الوهاب على الأول وعلى الموهوب
على الثاني، وفي نفقة الحيوان مطلقا، 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 أقر بالهبة والاقباض، 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 أقر بالهبة والاقباض... الخ ".
وذلك لعموم " إقرار العقلاء على أنفسهم جائز " (١). وكونها في يد الواهب لا
ينافيه لجواز اقباضه إياه ثم ردها إليه، إلا أن يعلم كذبه في اخباره به - كقصر الوقت
الذي لم يسع (٢) القبض والرد ونحو ذلك - فلا يلتفت إليه. وعلى هذا فلا يتوجه على
المقرر له اليمين على القبض عملاً بمقتضى الاقرار. نعم لو ادعى المواطاة على
الاقرار للمتهدب. وأن مخبره (٣) لم يكن واقعاً، توجهت له اليمين على المتهدب على
حصول القبض، أو على عدم المواطاة على الأقوى. وقيل على الأول خاصة.
قوله: " ولو مات الواهب بعد العقد وقبل القبض كان ميراثاً ".
أي كان ميراثاً لورثة الواهب، لبطلان العقد عنده بموته قبل الاقباض، مع
أنه 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 علي بن فضال وحاله معلوم، وداود بن الحصين وهو واقفي. وإن كانا ثقتين
فهي من الموثق. والثانية مرسله ضعيفة.
وقال الشيخ في المبسوط (٦): لا تبطل الهبة وقام الوارث مقامه كالبيع في مدة

-
- (١) مر الكلام حول هذه الجملة ومصادرها والتشكيك في كونها رواية في ج ٤: ١٥٩٠.
(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 صحة 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 أن الشيخ قال في هبة ذي الرحم: إذا مات قبل قبضها كان
ميراثا (٢). وقال: إن الملك لا يحصل إلا بالقبض، وليس كاشفا 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 هدية إلى انسان فمات المهدي أو المهدي إليه قبل
وصولها، فليس للرسول دفعها حينئذ إلى المهدي إليه ولا إلى وارثه، لبطلان الهدية
بالموت قبل القبض كالهبة.

قوله: " ويشترط في صحة القبض إذن الواهب... الخ ".
هذا مما لا خلاف فيه عندنا، ولأن التسليم لما لم يكن مستحقا على الواهب
كان قبض المتهب بغير إذنه كقبض ماله كذلك، وهو محرم لا يترتب عليه أثر، كما لو
قبض المشتري المبيع قبل تسليم الثمن بغير إذن البائع، وأولى بالحكم هنا.
ولا فرق بين كونهما في المجلس وعدمه. وخالف في ذلك بعض (٥) العامة، فلم
يشترط الإذن إذا كانا في المجلس استنادا إلى أن الإيجاب تضمن الإذن في القبول
والقبض في المجلس معا، بخلاف ما بعده. ولا يخفى منع الأمرين معا، فإن 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 الباب ٢: ١٧١، حلية
العلماء ٦: ٤٩.

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

أثبتته الشارع لا الموجب، والقبض تسليط على المال ولم يوجد ما يدل عليه. ولو سلم دلالة الإيجاب عليه لم يختص بالمجلس.

واعلم أنه يستفاد من إطلاق اعتبار إذن الواهب في القبض عدم اشتراط كونه بنية الهبة، فلو أذن له مطلقاً صح، خلافاً لبعض الأصحاب (١) حيث اعتبر وقوعه للهبة والإذن فيه كذلك، فإن ذلك هو المقصود، وحيث كان مطلق القبض صالحاً لها ولغيرها فلا بد من مايز وهو القصد. وهو حسن حيث يصرح بكون القبض لا لها، لعدم تحقق القبض المعبر فيها، أما لو أطلق فالافتاء به أجود، لصدق اسم القبض، وصلاحيته للهبة، ودلالة القرائن عليه بخلاف ما لو صرح بالصرف. قوله: "ولو وهب ما هو في يد الموهوب له صح... الخ".

إطلاق الحكم واليد يقتضي عدم الفرق بين كونه في يد الموهوب بوجه مأذون فيه كالعارية والوديعة وغيره كالغصب. ووجه تساويهما في الحكم بالصحة صدق القبض في الحالين، فإنه مستصحب، ودوام الشيء أقوى من ابتدائه. ولا يقدر فيه ما تقدم من اعتبار كون القبض للهبة أو مطلقاً، لأن إيجابه العقد وقرار يده على العين بعده دليل على رضاه بقبضه لها. ولا كونه على وجه الغصب، لما ذكرناه، ولأن إطلاق القبض المعبر فيه يشمل، وغايته النهي عنه وهو لا يدل على فساد المعاملة. وحيث لا يفتقر إلى إذن في القبض جديد لا يفتقر إلى مضي زمان يمكن فيه، لأن الزمان المذكور إنما يعتبر حيث يعتبر القبض، لكونه من ضروراته ولو ازمه فإذا لم يعتبر سقط اعتبار التابع.

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

(١) قواعد الأحكام ١: ٢٧٤.

بذلك إلى مضي الزمان خاصة، بمعنى أنه لا يعتبر تجديد الإذن في القبض ولكن يفتقر إلى مضي زمان يمكن فيه القبض. وهذا هو الذي (١) يظهر من عبارة الشيخ في المبسوط واختياره. ووجهه بأن اقرار يده عليه بعد العقد دليل على رضاه بالقبض، فيكون ذلك كتجديد الاقباض، فيعتبر مضي زمان يمكن فيه القبض كما لو لم يكن مقبوضا بيده فأقبضه إياه، فإنه يعتبر مضي زمان يمكن فيه القبض حيث لا يكون مقبوضا في يده بالفعل، فكذا هنا. وجوابه يعلم مما سبق، فإننا لا نجعل الايجاب اقباضا بل هو متحقق قبله، وإنما نجعله علامة وأمانة على رضاه بقبضه السابق وتنزيله منزلة الاقباض.

ويمكن عود الإشارة إلى كل واحد من الإذن في القبض ومضي الزمان، بمعنى عدم الاكتفاء بالقبض السابق مطلقا، بل يفتقر إلى تجديده ومضي زمان يمكن فيه القبض، لأن الموهوب ليس في يد الواهب، فلا يتصور إقباضه إياه خصوصا في المغصوب، لأن يد القابض عدوان فلا يترتب عليه حكم شرعي. ولأن المعتبر قبضه للهبة لا مطلقا، كما مر، فإنه لو وهبه ثم أقبضه إياه على وجه الايداع لم يحصل القبض الذي هو شرط الهبة، فافتقر إلى الاقباض. وقد عرفت جوابه. وينبغي أن يستثنى منه حالة الغصب حيث لا يد للغاصب عليه شرعا.

(١) في هامش " و " : " إنما جعل ذلك ظاهر عبارة المبسوط دون تصريحها لأنه قال فيه: إذا وهب له شيئا في يده، مثل أن يكون له في يده ودیعة 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 بمضي الزمان الذي يمكن فيه القبض، أو لا بد من القبض؟ منهم من قال: الإذن شرط فيه، ومنهم من قال: لا يفتقر إلى الإذن، وهو الأقوى، لأن اقرار يده عليه بعد العقد دليل على رضاه بالقبض. انتهى. فظاهر العبارة - كما ترى - اشتراط مضي زمان يمكن فيه القبض مع تصريحه بترجيح عدم الافتقار إلى تجديد إذن القبض. منه رحمه الله ". لاحظ المبسوط ٣: ٣٠٥.

وكذا لو وهب الأب أو الجد للولد الصغير، لزم بالعقد، لأن قبض الولي قبض عنه.

قوله: " وكذا إذا وهب الأب أو الجد للولد الصغير لزم العقد، لأن قبض الولي قبض عنه " .

أي وكذا الحكم - وهو عدم افتقار الهبة إلى قبض جديد ولا مضي زمان - فيما إذا وهب الأب أو الجد له الولد الصغير - ذكرا كان أم أنثى - شيئا هو في يد الواهب، فإن قبضه السابق على الهبة كاف عن قبض الهبة الطارئة لكونه تحت يده، فاليد مستدامة، وهي أقوى من المبتدأة. وإنما ترك التصريح هنا بكون الموهوب تحت يده - مع أن هبته للولد ما هو ملكه أعم من كونه تحت يده وعدمه، والحكم مختص بما هو تحت يده - اتكالا على ما علم في المسألة السابقة، وقد شبه بها حكم اللاحقة، وتنبهها عليه بالتعليل.

وحينئذ فلو فرض عدم كون الموهوب تحت يد الولي افتقر إلى قبضه عنه بعد الهبة قطعاً كغيره. ويمكن فرضه فيمن اشترى شيئا ولم يقبضه، فإن الملك يتم بالعقد وإن لم يقبض، ويجوز نقله عن ملكه بالهبة ونحوها، وإن امتنع ببيعته على بعض الوجوه، وقد تقدم (١). ويمكن فرضه أيضا في مال ورثه تحت يد غيره ولم يتمكن من قبضه، وفيما لو غصب منه أو أجره لغيره قبل الهبة. أما الوديعة فلا يخرج بها عن يد المالك، لأن يد المستودع كيده. وفي العارية وجهان، أجودهما خروجه بها عن يده، فيفتقر إلى قبض جديد من الولي أو من يوكله فيه، ولو كل المستعير فيه كفى. بقي في المسألة بحث آخر: وهو أنه هل يعتبر قصد القبض عن الطفل بعد الهبة ليتمحض القبول لها، كما تقدمت (٢) الإشارة إليه؟ ينبغي ذلك عند من يعتبر ايقاع القبض للهبة كالعلامة (٣)، لأن المال المقبوض في يد الولي له، فلا ينصرف إلى

(١) في ج ٣: ٢٤٧.

(٢) لاحظ ص: ٢٢.

(٣) قواعد الأحكام ١: ٢٧٤.

ولو وهبه غير الأب أو الجد، لم يكن له بد من القبض عنه، سواء كان له ولاية أو لم تكن، ويتولى ذلك الولي أو الحاكم.

الطفل إلا بصارف، وهو القصد. وعلى ما اخترناه من الاكتفاء بعدم قصد القبض لغيره يكفي هنا، وينصرف الاطلاق إلى قبض الهبة، ويلزم بذلك. وتخصيص الحكم بالولد الصغير منخرج للبالغ الرشيد، ذكرا كان أم أنثى. والحكم فيه كذلك، لانتفاء ولايتهما (١) عنهما حينئذ، وإن بقيت ولايتهما على الاثني في النكاح على بعض الوجوه عند بعضهم (٢) لأن ذلك خارج بدليل آخر لا يوجب الولاية عليها مطلقا، فلو تصرفت البالغة الرشيدة في مالها ببيع وهبة لم يتوقف على الولي اتفاقا. ولكن في عبارة ابن الجنيد في هذه المسألة ما يدل على إلحاق الأثني مطلقا بالصغيرة ما دامت في حجره بالنسبة إلى هبته لها، لأنه في كتابه الأحمدى: وهبة الأب لولده الصغار وبناته الذين لم يخرجوا من حجابهم وإن كن بالغات تامة وإن لم يخرجها عن يده، لأن قبضه قبضا لهم. (٣) انتهى. وهو قول نادر، ووجهه غير واضح، وقياسه على النكاح ممنوع مع وجود الفارق. قوله: " ولو وهبه غير الأب أو الجد... الخ ". أما إذا لم يكن له ولاية فالحكم واضح، لأن يده ليست كيد الموهوب، فلا بد من قابض لها عنه ممن له الولاية عليه المتناولة لذلك، كما يفتقر قبولها إليه أيضا. وأما على تقدير ولايته - ولم يكن أبا ولا جدا كالوصي - فألحقه الشيخ في المبسوط (٤) بغير الولي محتجا بأنه لا يصح أن يبيع من الصبي شيئا بنفسه أو يشتري منه، وحينئذ فينصب الحاكم أمينا يقبل منه هبته للصبي ويقبضها له. وتبعه المصنف هنا على

(١) في " ب " ولايته، 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 الوصي عامة، فلا وجه لاختصاصها بغيره. والأصح أن حكم الوصي حكم الأب والجد. وقول المصنف: " ويتولى ذلك الولي أو الحاكم " يمكن فرضهما مع كون الواهب غير ولي. وأما إذا كان وليا كالوصي فلا يفرض فيه إلا تولي الحاكم، لأن الوصي لا يتحقق مع وجود الأب أو الجد له كما سيأتي (١)، فلم يبق معه إلى الحاكم، وفي معنى الحاكم منصوبه لذلك أو مطلقا.

قوله: " وهبة المشاع جائزة، وقبضه كقبضه في البيع ".

لا اشكال في جواز هبة المشاع كغيره، لامكان قبضه بتسليم الجميع. وإنما الكلام في تحقق قبضه بأي معنى؟ فعندنا أنه كقبضه في البيع فيجري فيه القولان، وهما: الاكتفاء بالتخلية مطلقا، والتفصيل بها في غير المنقول وبالنقل وما في معناه فيه. وهذا هو الأقوى. وإنما كانا متساويين فيه لأن القبض معنى واحد، والمعتبر فيه العرف وهو متحد في الموضوعين.

ونبه بقوله: " وقبضه كقبضه في البيع " على خلاف بعض الشافعية (٢) حيث فرق بين الموضوعين، وجعل المعتبر في القبض هنا النقل وإن اكتفينا بالتخلية في البيع بالنسبة إلى المنقول، فارقا بينهما بأن القبض في البيع مستحق، وللمشتري المطالبة به فجاز أن يجعل بالتمكين قابضا، بخلاف الهبة، فإن القبض غير مستحق فاعتبر تحققه ولم يكتف بمطلق التخلية. وليس بشيء لما ذكرناه من اتحاد مفهومه لغة وعرفا، وما ذكره إنما اقتضى الفرق في حكمه لا في حقيقته.

واعلم أنا إن اكتفينا في القبض مطلقا بالتخلية فلا بحث، وإن اعتبرنا في المنقول النقل وكان باقي الحصة للواهب فاقباضه بتسليم الجميع إلى المتهب إن أراد تحقق القبض، وإن كان لشريك غيره توقف تسليم الكل على إذن الشريك، فإن

(١) في ص: ٢٦٦.

(٢) مغني المحتاج ٢: ٤٠٠.

ولو وهب لاثنين شيئا، فقبلا وقبضا، ملك كل منهما ما وهب له. فإن قبل أحدهما وقبض، وامتنع الآخر، صحت الهبة للقابض.

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

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

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

وحيث يعتبر إذن الشريك فيقبض المتهدب بدونه وما في حكمه يقع القبض لاغيا، لا للنهي فإنه لا يقتضي الفساد في غير العبادة، بل لأن القبض لما كان من أركان العقد اعتبر فيه كونه مرادا للشارع، فإذا وقع منهيا عنه لم يعتد به شرعا، فيختل ركن العقد، وقد عرفت أنه قبض واحد لا يقبل التفرقة في الحكم، بجعل القبض للموهوب معتبرا والنهي عن حق الغير الخارج عن حقيقة الموهوب.

قوله: " ولو وهب اثنين لاثنين... الخ "

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

(١) مختلف الشيعة: ٤٨٨.

(٢) الدروس: ٢٣٧.

(٣) في "س": مقبوضة.

ويجوز تفضيل بعض الولد على بعض في العطية على كراهية.

الثاني ولا ارتباط لأحدهما بالآخر، فيصح ما اجتمعت شرائطه خاصة. ولا يقال: أنها بمنزلة عقد واحد، فلا بد من اجتماع شرائط مجموع العقد، ولا يتم إلا بقبولهما وقبضهما. لأنه وإن كان بصورة عقد واحد إلا أنه في قوة المتعدد بتعدد الموهوب، كما لو اشترى دفعة فإن لكل منهما حكم نفسه في الخيار ونحوه، وقد تقدم (١). وقوله: "وامتنع الآخر" يشمل ما لو امتنع من القبول والقبض معا وما لو امتنع من أحدهما، وإن كان المقام مقام القبض خاصة.

قوله: "ويجوز تفضيل بعض الولد على بعض في العطية على كراهية".

أما جواز التفضيل في الجملة فهو المشهور بين الأصحاب وغيرهم. ويشهد له أن الناس مسلطون على أموالهم (٢) ويظهر من ابن الجنيد (٣) التحريم إلا مع المزية، والتعدية إلى باقي الأقارب مع التساوي في القرب. والوجه الكراهية المؤكدة، لقوله صلى الله عليه وآله: "سووا بين أولادكم في العطية، فلو كنت مفضلا أحدا لفضلت البنات" (٤). ولأن التفضيل يورث العداوة والشحناء بين الأولاد كما هو الواقع شاهدا وغابرا، ولدلالة ذلك على رغبة الأب في المفضل المثير للحسد المفضي إلى قطيعة الرحم.

وقد روي أن النعمان بن بشير أتى أبوه إلى النبي صلى الله عليه وآله فقال: "إنني نحللت ابني هذا غلاما، فقال النبي صلى الله عليه وآله: "أكل ولدك نحللت مثل هذا؟" فقال: لا، فقال: "أردده" (٥) وفي رواية أخرى أن النبي

(١) في ج ٤: ٣٣٢.

(٢) عوالي اللئالي 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، والسنن الكبرى ٦: ١٧٦ - ١٧٨.

صلى الله عليه وآله قال له: "أتحب أن يكونوا لك في البر سواء؟" فقال: نعم، قال: "فارجعه". (١) وفي حديث آخر عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال لمن أعطى بعض أولاده شيئاً: "أكل ولدك أعطيت مثله؟" قال: لا، قال: "فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم" فرجع في تلك العطية. (٢) وفي رواية أخرى: "لا تشهديني على جور" (٣).

وهذه الروايات تصلح حجة لابن الجنييد. والأصحاب حملوها - على تقدير سلامة السند - على الكراهة جمعاً. وقد روى أبو بصير في الصحيح قال: "سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يخصص بعض ولده بالعطية، قال: إن كان موسراً فنعلم وإن كان معسراً فلا" (٤) ولا قائل بمضمونه مفصلاً غير أن تجويزه العطية مع اليسار مطلقاً حجة المشهور، ومنعه منه مع الاعسار مناسب للكراهة ولحق المفضل حيث يكون عليه دين ونحوه. وإطلاق النصوص السابقة يقتضي عدم الفرق بين حالة الصحة والمرض وحالة العسر واليسر، إلا أن الحديث الأخير يخص النهي بحالة العسر. وفي رواية سماعاً 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، فخص الكراهية بالمرض أو الاعسار، وفي بعض نسخه بهما معاً (٦).

والظاهر أن دلالة الخبرين على الأول أوضح. والأقوى عموم الكراهية لجميع الأحوال وتأكيدها مع المرض والاعسار، إعمالاً لجميع الأدلة لعدم المنافاة. واستثنى بعض الأصحاب (٧) منه ما لو اشتمل المفضل على مزية كحاجة واشتغال بعلم،

-
- (١) راجع صحيح مسلم ٣: ١٢٤١ - ١٢٤٤، والسنن الكبرى ٦: ١٧٦ - ١٧٨.
 - (٢) راجع صحيح مسلم ٣: ١٢٤١ - ١٢٤٤، والسنن الكبرى ٦: ١٧٦ - ١٧٨.
 - (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 ذا رحم غيرهما. وفيه خلاف.

والمفضل عليه على نقص كفسق وبدعة واستعانة بالمال على معصية ونحو ذلك، فلا يكره التفضيل حينئذ. 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 الاجماع متحقق في هبة الولد للوالدين خاصة، فيدخل في الخلاف العكس، وهو هبتهما للولد. وفي المختلف (١) عكس، فجعل الاجماع 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 يعوض عنها، وإن قصد به التقرب، وكأنهم لم يعتدوا بخلافه، لشذوذه، والعجب مع ذلك أنه ادعى اجماع الإمامية عليه مع ظهور الاجماع على خلافه. وذكر صاحب كشف الرموز (٣) أنه سأل المصنف - رحمه

الله - عن وجه اخلافه بذكر الأولاد مع أن الاجماع واقع على لزوم الهبة لهم كالأباء، فأجابه بأنه كان زيغاً للقلم. وهو يدل على اعترافه بالاجماع على الأمرين. إذا تقرر ذلك: فانحصر 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 اجماعاً، والأصل استمرار ملكه في المتنازع، ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام: " قال: الهبة والنحلة يرجع فيهما صاحبهما إن شاء حيزت أو لم تحز إلا لذي

(١) مختلف الشيعة: ٤٨٤.

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

(٣) كشف الرموز ٢: ٥٦.

(٤) المائدة: ١.

وإن كان أجنبيا 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) معارضا لها ضعيف السند، فلا يصلح للمعارضة فضلا عن ترجيحه عليها. وبذلك يضعف قول الشيخ في الخلاف (٤) بالجواز محتجا بها، كما ضعف قول المرتضى - رضي الله عنه - محتجا بالاجماع.

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

قوله: " وإن كان أجنبيا فله الرجوع... الخ ".
تلف العين الموجب للزوم الهبة أعم من كونه من قبل الله تعالى وغيره حتى من المتهب، 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 جوزها مطلقا ما لم يعوض. وحثنا النص، وعذره عدم قبول مثله. وادعى في التذكرة (٦) أن الحكم بالزوم مع التلف اجماعي، وهو في مقابلة دعوى المرتضى - رحمه الله - الاجماع على الجواز. وفي حكم تلفها أجمع تلف بعضها وإن قل، لدلالة الرواية عليه، فإن العين مع تلف (٧) جزء منها لا تعد 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) الوسائل ١٣: ٣٣٨ ب " ٦ " من أبواب أحكام الهبات.
- (٤) الخلاف: ٣: ٥٦٧ مسألة (١٢).
- (٥) الكافي ٧: ٣٢ ح ١١، التهذيب ٩: 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 عوض عنها ولو كان العوض يسيرا.
وهل تلزم بالتصرف؟ قيل: نعم، وقيل: لا تلزم. وهو الأشبه.

قوله: " وكذا إن عوض ولو كان العوض يسيرا ".
هذا أيضا من المواضع الموجبة للزومها من الأجنبي، وهو موضع وفاق من جميع
الأصحاب حتى من المرتضى - رضي الله عنه - كما قد عرفت. ومستنده - مع الأدلة
العامّة - خصوص قول الصادق عليه السلام في حسنة عبد الله بن سنان قال: " إذا
عوض صاحب الهبة فليس له أن يرجع " (١) وغيرها. ولا فرق في العوض بين القليل
والكثير مع تراضيهما عليه، لاطلاق النص والفتوى، ولأنها تصير بالتعويض معاوضة
محضة فيلزم، للعموم. ولو لم يرض الواهب باليسير ابتداء أو بعد العقد لم يؤثر بذل
المتهب له كما سيأتي - إن شاء الله - تحريه (٢). ولا فرق في العوض بين كونه من
بعض

الموهوب وغيره، عملا بالاطلاق، ولأنه بالقبض بعد العقد مملوك للمتهب فيصح
بذله عوضا عن الجملة.

قوله: " وهل تلزم بالتصرف؟ قيل: نعم، وقيل: لا تلزم. وهو
الأشبه ".

حكم هذه المسألة من المشكلات، وقد اختلف فيها الأصحاب، المتقدمون
منهم والمتأخرون. وتحرير الدليل على كل قول غير منقح ولا سالم من اشكال،
ونحن نذكر منه هنا ما يقتضيه المقام، ونحيلك على معرفة ما أهملناه بملاحظة ما
حررناه. فنقول:

إذا تمت الهبة بالعقد والقبض، ولم يكن لذي رحم ولا زوج ولا زوجة، ولم
يعوض المتهب عنها، ولم يتلف في يده، ولكن تصرف فيها تصرفا 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) سلاار وأبو الصلاح (٣)، وهو ظاهر ابن الجنييد (٤) - : عدم تأثير التصرف مطلقا في لزومها، بل للواهب فسخها كما لو كانت له قبله. وإطلاقه بقاء الحكم بالجواز مع التصرف يشمل الناقل للملك، والمانع من الرد كالاستيلاء، والمغير للعين كطحن الحنطة، وغيرها. وثانيها: أنها تلزم بالتصرف مطلقا (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 كقسارة الثوب ونجارة الخشب، أو كون التصرف بالوطني، وعدمه وبدون 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 المبسوط فله تفصيل يأتي. منه رحمه الله " . لاحظ النهاية: ٦٠٣.
 - (٦) الشيخ المفيد في المقنعة: ٦٥٨، والشيخ الطوسي في الخلاف ٣: ٥٧١ مسألة ١٧، والنهاية وقد تقدم آنفا.
 - (٧) المهذب ٢: ٩٥.
 - (٨) السرائر ٣: ١٧٣.
 - (٩) المختلف ٢: ٤٨٦، إرشاد 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 تقرر ذلك: فلنعد إلى ما احتج به أصحاب الأقوال من الأخبار والاعتبار، وسنبين ما فيه. فالذي يصلح حجة 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 القرابات والذي يثاب في هبته، ويرجع في غير ذلك " (٤). والظاهر أن المراد بالجواز في الخبر اللزوم، بقريضة 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. ولأن استحقاق الرجوع ثابت قبل التصرف فيستصحب. وأجاب في المختلف عن الخبرين بحملهما على ما إذا لم يوجد التصرف (٦). وفيه نظر، لأن تخصيص العام وتقييد المطلق لا يصح إلا مع وجود معارض يتوقف على الجمع بينهما بذلك، ولم يذكر ما يوجب المعارضة على هذا الوجه، كما سنبينه إن شاء الله تعالى. واقتصر في المختلف على هذين الحديتين استدلالاً من طرف القائل، وأضاف إليهما الاستدلال بأصالة بقاء الملك على صاحبه (٧). وهو حجة ردية، لأن

(١) الوسيلة: ٣٧٩.

(٢) الدروس: ٢٣٧.

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

(٤) التهذيب ٩: ١٥٨ ح ٦٥٠، الاستبصار ٤: ١٠٨ ح ٤١٤، الوسائل ١٣: ٣٣٨ ب " ٦ " من كتاب الهبات ح ١.

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

(٦) المختلف: ٤٨٦.

(٧) المختلف: ٤٨٦.

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

ويمكن أن يحتج له أيضا من الأخبار بصحيفة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: " الهبة والنحلة يرجع فيهما صاحبهما إن شاء حيزت أو لم تحز إلا 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 عز وجل شيئا أن يرجع فيه، قال: وما لم يعطه لله 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: إن الصدقة محدثة إنما كانت النحلة والهبة. ولمن وهب أو نحل أن يرجع في هبته، حيزت أو لم تحز، ولا ينبغي لمن أعطى شيئا لله عز وجل أن يرجع فيه " (٣). فهذه الأخبار الخمسة دالة باطلاقها أو عمومها على ما ادعاه المصنف من جواز الرجوع فيها وإن تصرف، وهو ظاهر.

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

لأننا نقول: إن تلك الحاليتين خرجتا من هذا العموم أو الاطلاق بنص

(١) تقدم 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.

خاص، وهو الأخبار التي أسندنا إليها الحكمين، فتكون تلك الأخبار مخصصة أو مقيدة لهذه. وطريق الجمع بينهما حمل هذه على ما عدا تلك الحالتين، إعمالاً للدليلين بحسب الامكان، كما هو محقق في الأصول، فتبقى هذه الأخبار كالعام المخصوص في كونه حجة في الباقي. وحينئذ فيضعف أيضا قول من قال: إن هذه الأخبار لا عموم لها، وإن تقيدها لا بد منه، فإن تقيدها بما يوجب الجمع بينها وبين غيرها لا يسقط دلالتها ويتناول موضع النزاع، ويحتاج تقيدها بغير حالة التصرف إلى مقيد. حجة القول الثاني أمور:

الأول: عموم قوله تعالى: (ولا تأكلوا أموالكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) (١)، وليس الرجوع تجارة ولا عن تراض. الثاني: عموم أوفوا بالعقود (٢)، خرج منه ما دل 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 صلى الله عليه وآله: من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه ". (٣) خرج من ذلك ما أخرجه الدليل فيبقى الباقي على أصله. الرابع: أن جواز الرجوع يقتضي تسلط الواهب على المتهدب، وهو خلاف الأصل، لقوله صلى الله عليه وآله: " الناس مسلطون على أموالهم " (٤) فيقتصر فيه على موضع الدليل.

(١) سورة النساء: ٢٩. ونص 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 المتهم متى تصرف في الهبة فلا رجوع فيها " (١). وهو يدل على وجود روايات بذلك.
السادس: أن المتهم قد ملك بالعقد والاقباض، وظهر أثر الملك بالتصرف، فقوي وجود السبب، وهو تام وإلا لم يتحقق أثره، فلا يتحقق النقل عنه إلا بسبب طار، والرجوع ليس سببا هنا وإلا لكان سببا في غيره.
السابع: أن جواز الرجوع يقتضي الضرر والاضرار بالمتهم على تقدير بنائه وخرسه وطول مدته، وهما منفيان شرعا.
الثامن: أن الموهوب قد صار ملكا للمتهم بعقد الهبة، فلا يعود إلى ملك الواهب إلا بعقد جديد أو ما في حكمه.
التاسع: أنه اجماع، لأن المخالف معروف الاسم والنسب فلا يقدر.
فهذه عشرة أدلة بحديث القى، لأنه دال برأسه وإن كان في ضمن حديث آخر، فقد روي (٢) منفردا أيضا. 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 أكلا لمال الغير بالباطل، بعد ورود الروايات الصحيحة على جواز الرجوع فيها المستلزم لعود ملكه لها بالفسخ، فيكون أكلا لمال نفسه بالحق لا لمال غيره بالباطل.
وأما الثاني فالأمر بالوفاء بالعقود المراد منه الوفاء بما يقتضيه والالتزام إنما يترتب عليه شرعا من لزوم وجواز، فمن فسخ بالعقد الجائر الذي قد دلت الأخبار الصحيحة الكثيرة على جوازه كان قد وفى العقد حقه اللازم له شرعا. 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 مطلقا لكنه مخصوص بالعقود اللازمة، وكون هذا العقد لازما في هذه الحالة عين المتنازع، وقد عرفت دلالة الأدلة الصحيحة على جوازه، فيكون مستثنى كما استثنى غيره من العقود الجائزة.

وأما الثالث - وهو خير إبراهيم بن عبد الحميد - فأول ما فيه ضعف السند جدا، فإن إبراهيم بن عبد الحميد واقفي المذهب، وإن قال بعضهم (١): إنه ثقة. والذي يرويه عنه عبد الرحمان بن حماد، وهو مجهول العين مطلقا، وإنما يوجد في قسم الضعفاء عبد الرحمان بن أبي حماد، وهو غال 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 أن 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 بمضمونها فظاهر بطلانه، لأن مضمونه لزوم الهبة متى قبضت، سواء كانت لرحم أم غيره، عوض عنها أم لم يعوض، بقيت عينها أم تلفت، وهذا هو المفهوم على إطلاقه لا يقول به أحد، وإنما يأخذون منه هنا قدر حاجتهم خاصة، وهو لزومها على تقدير التصرف، ويطرحون باقي مدلوله، فأى معنى لاشتهاره على وجه يجبر ضعفه؟ سلمنا، لكن لا دلالة له على التصرف مطلقا، وإنما دل على لزومها مطلقا بالقبض كما عرفت، وأنتم لا تقولون به، فأى وجه لحمله على حالة التصرف خاصة؟. وأما الاستدلال بقوله صلى الله عليه وآله: "إن 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 تقدم، ومن حيث المتن مقتضاه تحريم الرجوع مطلقا كما يحرم الرجوع في القيء، ولا يقول به أحد. ومنه يظهر أن حمله على الكراهة مطلقا أولى. ووجه التشبيه استقذار الرجوع عند أهل البصيرة وذوي المروة. سلمنا إرادة التحريم، لكن تحريم الرجوع لا يدل على فسادهِ وعدم ترتب الأثر عليه، لعدم دلالة النهي في غير العبادات عليه.

وأما الرابع ففيه أن تسلط الواهب إذا وقع بما أذن له الشارع فيه من العقد الجائز لا يكون مخالفا للأصل، بل موافقه له أوضح، وبالرجوع يصير ماله، فتسلطه حينئذ على ماله لا على مال المتهب.

وأما الخامس - وهو الحكاية عن الشيخ بأن الأصحاب رووا أن المتهب متى تصرف في الهبة فلا رجوع فيها - فعجيب، لأن أرباب هذا القول بالغوا وفتشوا فلم يجدوا حديثا واحدا يدل على ما ادعاه الشيخ سوى رواية إبراهيم بن عبد الحميد فذكروها في استدلالهم، وحالها ما قد رأيت دلالة وسندا. وكتب الشيخ الأخبارية خالية عما ادعى رواية الأصحاب له، ولم يتعرضوا في روايته أصلا إلى حكم التصرف صريحا، وإنما روى هو وغيره من الأصحاب ما حكيناه من حكم جواز الهبة على الوجه المتقدم المنافي لما ادعوه هنا.

وأما السادس - وهو الاستدلال بتحقيق الملك وظهور أثره بالتصرف - ففيه: أنه إن أراد بالملك اللازم فهو مصادرة على المطلوب، وهل هو إلا أول المسألة وعين المتنازع؟! وإن أراد تحقيق الملك المطلق بالعقد والاقباض أعم من اللازم والجائز وترتب أثر هذا المطلق فهو غير نافع، لأن العقد الجائز لا يرفع جوازه التصرف فيه على هذا الوجه، كما يظهر ذلك في تصرف أحد المتبايعين مع وجود الخيار للآخر، وفي التصرف غير المغير للعين ولا الناقل للملك في الهبة عند بعض الأصحاب (١). وحينئذ

(١) تقدم في ص ٣٣.

فالظاهر من أثر الملك إنما هو أثر الملك الحاصل، وهو الجائز رفعه على ما يدعيه الخصم ودلت عليه الأخبار (١) الصحيحة، وذلك لا يوجب قوة السبب ولا تماميته، ولا ينافي كونه سببا. ودعوى كون الرجوع ليس سببا هنا عين المتنازع، فإن الخصم يجعله سببا تاما في رفع ملك المتهم وإثبات ملك الواهب بواسطة جواز العقد الذي قد استفيد من النصوص.

وأما السابع - وهو استلزام جواز الرجوع الضرر في بعض الصور - ففيه: أن المتهم قدم على هذا الضرر بالتصرف في ملك منزله أمره بيد غيره، وإذا أدخل هو الضرر على نفسه لا يضر عند الشارع، كما في نظائره من الموارد التي يلقي الانسان نفسه فيها من الضمانات والغرامات التي لا تحصى كثرة. ومثله يقع كثيرا في تصرف من ليس له الخيار مع من له ذلك في أبواب البيع والشفعة وغيرها.

وأما الثامن: فجوازه ظاهر، لأنه إن أراد صيرورته ملكا لازما فهو أول المسألة، وإن أراد الأعم لم يضرهم. وقوله: " فلا يعود إلى ملك الواهب إلا بعقد أو ما في حكمه " مسلم لكن الفسخ في حكم العقد، حيث إنه ناقل الملك من المتهم إلى الواهب كما لا يخفى.

وأما التاسع - وهو دعوى الاجماع - فترك جوابه أليق، وكيف يتحقق الاجماع في موضع الخلاف العظيم والمعركة الكبرى والمنازعة العظمى وتعدد الأقوال؟! وعلم عين القائل ونسبه مشترك الالزام في كل مسألة مما يدعى فيها الاجماع كذلك فضلا عن هذه، وما هذه الدعوى عند أرباب النهي إلا من قبيل الهديانات أو التخيلات. وأعجب منها ما وقع في مقابلتها من دعوى المرتضى - رضي الله عنه - في الانتصار (٢) الاجماع على جواز الهبة مطلقا، لرحم كانت أم لغيره، تصرف فيها أم لم يتصرف،

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

(٢) الانتصار: ٢٢١، ٢٢٣.

ما لم تعوض.

حجة القول الثالث - وهو التفصيل بتغير العين وزوالها عن الملك وعدمه - حسنة الحلبي المتقدمة (١) عن الصادق عليه السلام: " إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع فيها وإلا فليس له "

ووجه الدلالة أنه مع تغير عينها بالطحن ونجارة الخشب وتفصيل الثوب ونحو ذلك لا يصدق عليها بقاء العين، لأن المتبادر منها بقاءها بأوصافها التي كانت عليها لا أصل الذات، ومع خروجها عن ملكه لا يصدق بقاءها عرفاً، لأن ذلك منزل منزلة التلف، فضلاً عن أصل الخروج عن الوصف. وعلى هذا فتكون هذه الرواية مخصصة أو مقيدة لتلك الأخبار الصحيحة، كما قيدوها في حالة التلف. ولكن لا يخلو من أشكال في السند والدلالة. أما السند فلعدم كونها من الصحيح، فمن يعتبر عدالة الراوي بالمعنى المشهور يشكل عليه العمل بها. وأما الدلالة فيظهر في صورة نقلها عن الملك مع قيام عينها بحالها، فإن إقامة النقل مقام تغير العين أو زوالها لا يخلو من تحكم أو تكلف. بل قد يدعى العين ببقاء الذات مع تغير كثير من الأوصاف فضلاً عن تغير يسير. وأيضا فأصحاب هذا القول ألحقوا الوطئ مطلقاً بالتغير مع صدق بقاء العين بحالها معه، اللهم إلا أن يدعى في الموطوءة عدم بقاء عينها عرفاً. وليس بواضح. أو يخص بما لو صارت أم ولد، فإنها تنزل منزلة التالفة من حيث امتناع نقلها عن ملك الواطئ. وعلى كل حال فتقييد تلك الأخبار الكثيرة الصحيحة الواضحة الدلالة بمثل هذا الخبر الواحد البعيد الدلالة في كثير من مدعيات تفصيله لا يخلو من إشكال، إلا أنه أقرب من القول المشهور باللزوم مطلقاً. والذي يظهر أن الاعتماد عليه أوجه حيث يظهر دلالاته بصدق التغير عرفاً، لأنه من أعلى درجات الحسن، بل قد عدّه

(١) في ص: ٣١، الهامش (٥).

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 قيئه، فإن له طريقا صحيحا وإن كان أكثر طرقه ضعيفة، وخبر إبراهيم ابن عبد الحميد كالشاهد له، فيكون في ذلك اعمال لجميع الأخبار، وهو خير من اطراح هذا الحديث المعبر والباقية (٣).

وقد ظهر مما ذكرناه أن أمتن الأقوال وأوضحها دلالة من النصوص الصحيحة المتكثرة هو ما اختاره المصنف من القول ببقاء هذا العقد على الجواز، وأن القول باللزوم مطلقا بعدها عن الدلالة المعبرة المقبولة وإن كانت كثيرة بحسب الصورة. فلا تغتر بما قاله صاحب كشف الرموز (٤) من ضعف ما اختاره المصنف، وأنه باحثه فيه وراجعه واستقصى الكلام معه فلم يظهر له إلا المخالفة والقول باللزوم مطلقا معتمدا فيه على الاجماع والخبر السابق مع غفلته عما حققناه. وأعجب منه دعوى الاجماع على اللزوم في موضع الخلاف.

واعلم أنه على القول باللزوم الأمر واضح، لأن كل ما يعد تصرفا يوجب، سواء غير العين أم لا، وسواء نقل عن الملك أم لا. وإن قلنا بالتفصيل فيعتبر في التصرف المغير تبديل صورة الموهوب وإن بقيت حقيقته، كطحن الحنطة وقطع الثوب وقصارتة ونجارة الخشب ونحو ذلك، لعدم بقاء العين المعبر به (٥) في الخبر مع ذلك حسب ما تقرر.

وهل ينزل إدخالها في البناء - بحيث يستلزم هدمه الاضرار بمالكه 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 ": المعبر عنه.

تقدم (١) اطلاق ابن حمزة عدم بطلان الرجوع بالكتابة مطلقا. والتفصيل أجود. ولو كان التصرف بالرهن روعي انفكاكه في صحته. وأطلق ابن حمزة (٢) عدم منعه. وكان وجهه تقدم حق الواهب على حق المرتهن، فيفسخ الرهن مطلقا. ووجه العدم وقوع التصرف من مالك فكان ماضيا إلا أن يرد المانع (٣). والتفريع على القول بالجواز مطلقا واضح فيما لا يحصل مع التصرف نقل الملك ولا مانع من الرد كالأستيلاء، أما معهما فمقتضى كلام القائل به جوازه أيضا من غير استثناء، وعموم (٤) الأدلة يتناوله. وحينئذ فلا يتسلط إلى رد العين، لانتقال الملك إلى غير الموهوب في وقت كان مالكا، فوقع التصرف صحيحا، ولكن يرجع إلى قيمة العين. وفي اعتبار قيمته وقت الرجوع أو وقت النقل وجهان أجودهما الأول، لأنه وقت انتقال الملك الموجب للقيمة، جمعا بين الحقين. ويحتمل استثناء هاتين الصورتين من الحكم وإن كان القائل به قد أطلق، لأن حقيقة الرجوع لا تتم إلا بإبطال ملك غير المتهب، والرجوع إلى القيمة مع وجود العين إحالة على غير ما دل عليه الدليل الموجب للرجوع، ولأن فيه جمعا بين الأخبار، حيث يدعى أن نقل الملك منزل منزلة تغير العين بل تلفها، وقد شرط في الخبر السابق بقاء العين قائمة في جواز الرجوع. تنبيه هو خاتمة بحث المسألة:

إعلم أن 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) راجع ص: ٣٤.

(٢) راجع ص: ٣٤.

(٣) في " و " إلا أن يزول.

(٤) في " س " : ومجموع.

(٥) التذكرة ٢: ٤١٩.

(٦) المختلف ٢: ٤٨٧.

ويستحب العطية لذوي الرحم، ويتأكد في الولد والوالد.

وتبعه على ذلك الشهيد في الدروس (١) والشيخ علي في الشرح (٢). والحق أنها من الحسن لا من الصحيح، لأن في طريقها إبراهيم بن هاشم، وهو ممدوح خاصة غير معدل، وكثيرا ما يقع الغلط في حديثه خصوصا في المختلف، وقد وصفه بالحسن في مواضع كثيرة (٣) منه موافقا للواقع، والعجب من تبعية هذين الفاضلين له أكثر. وإنما طولنا الكلام في هذه المسألة وخرجنا عن موضوع الكتاب لأنها من المهمات، والله ولي التوفيق.

قوله: " ويستحب العطية لذوي الرحم، ويتأكد في الولد والوالد ".
لما في العطية للمذكورين من الجمع بين الصدقة وصللة الرحم المأمور بها، وقد قال الله تعالى مدحا للفاعل: (وأتى المال على حبه ذوي القربى واليتامى) (٤) فبدأ بالقرابة. وقال رسول الله صلى الله عليه وآله: " صدقتك على ذوي رحمتك صدقة وصللة " (٥). وروي أن زينب امرأة عبد الله بن مسعود كانت صناعا، وكانت تنفق على زوجها وولده، فأنت النبي صلى الله عليه وآله فقالت: يا رسول الله إن عبد الله وولده شغلاني عن الصدقة، فقال النبي صلى الله عليه وآله: " لك في ذلك أجران أجر الصلة وأجر الصدقة " (٦). والأخبار في هذا الباب كثيرة جدا. وإنما يستحب عطية الرحم حيث لا يكون محتاجا إليها بحيث لا تندفع حاجته بدونها، وإلا وجب كفاية إن تحققت صلة الرحم بدونها وإلا وجبت عينا، لأن صلة

(١) الدروس: ٣٢٧.

(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 القصة بتفاوت في المصادر. راجع الطبقات الكبرى ٨: ٢٩٠، سنن ابن ماجة

١: ٥٨٧ ح ١٨٣٥، الإستيعاب 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 العطية.
ويكره الرجوع فيما تهبه الزوجة لزوجها، والزوج لزوجته، وقيل:
يجريان مجرى ذوي الرحم. والأول أشبه.

الرحم واجبة علينا على رحمه. وليس المراد منها مجرد الاجتماع البدني، بل ما تصدق معه الصلة عرفاً، وقد يتوقف ذلك على المعونة بالمال حيث يكون الرحم محتاجاً والآخر غنياً لا يضره بذل ذلك القدر الموصول به، بل قد يتحقق الصلة بذلك وإن لم يسع إليه بنفسه، كما أن السعي إلى زيارته بنفسه غير كاف فيها مع الحاجة على الوجه المذكور.

قوله: " والتسوية بين الأولاد في العطية "

المراد بالتسوية معناها الظاهر، وهو جعل أنصباء الأولاد متساوية، ذكورا كانوا أم إناثاً أم بالتفريق. فيعطى الأنثى مقدار ما يعطى الذكر وإن كان له ضعفها في الإرث، لقوله صلى الله عليه وآله: " سووا بين أولادكم في العطية، فلو كنت مفضلاً أحداً لفضلت البنات " (١). وقد تقدم (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)
الدالة على جواز الرجوع فيها مطلقاً عدا ذي الرحم، وليس من ذويه، واستصحاباً للحكم السابق. وأما الكراهة فلقول النبي صلى الله عليه وآله في صحيحة الحلبي (٤) وغيرها (٥) من الروايات: " مثل الذي يرجع في هبته كالذي يرجع في قيئه "

(١) ص: ٢٨.

(٢) 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 ولكنها 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،
لصحيحة 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 فيه الصدقة 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 يقدر فيه قوله: " حيز أو لم يحز " من حيث أن ظاهره اللزوم وإن لم يقبض،
لما تقدم من دلالة الأدلة على عدم لزومها قبل القبض قطعاً، فتحمل هذه الحيابة 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 القى فلا خصوصية في دلالة على الزوجين بل يدل على كراهة
الرجوع في الهبة مطلقاً، وإن تناولهما من حيث العموم، إلا أنه ليس وجهاً لتخصيص
الكراهة بهما وإن صلح للدلالة في الجملة. ولا فرق في الزوجين بين الدائم وغيره،
ولا بين المدخول بها وغيره. والمطلقة رجعيًا زوجة بخلاف البائن.

(١) التذكرة ٢: ٤١٨، إيضاح الفوائد ٢: ٤١٦ - ٤١٧، المقتصر: ٢١٢، جامع المقاصد ٩:
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. والآيتان في سورة البقرة:
٢٢٩ والنساء: ٤.

الثاني
في حكم الهبات
وهي مسائل:

الأولى: لو وهب فأقبض ثم باع من آخر، فإن كان الموهوب له
رحما، لم يصح البيع. وكذا إن كان أجنبيا وقد عوض. أما لو كان أجنبيا
ولم يعوض، 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 المتهب رحما أو معوضا - عدم
لزومه، بل يتوقف على إجازة المتهب 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 تصرفا في ملك الغير. وأما مع جواز الرجوع فيه فهل يصح
ويقوم مقام الرجوع والبيع معا أم لا؟ قولان:
أحدهما: - وهو الذي اختاره المصنف - عدم الصحة بذلك المعنى، لأن
بالعقد والقبض قد انتقل عن ملكه إلى ملك المتهب، وإن كان انتقالا قابلا للزوال
بالفسخ، فبيعه قبل الفسخ وقع في ملك الغير فلم ينفذ. ولا يقدح كونه دالا على
الفسخ، لأن غايته أن يكون فسخا موجبا لنقل الملك إليه، لكن هذا الانتقال لم
يحصل إلا بالبيع، فيكون البيع واقعا قبل الانتقال، ضرورة تقدم السبب على المسبب
فوقع على ملك الغير، فلم يكن صحيحا.
والثاني: الصحة وقيام العقد مقام الفسخ والعقد معا، لأن ثبوت الفسخ فرع

ولو كانت الهبة فاسدة صح البيع على الأحوال.

صحة العقد في نفسه، لأنه أثره، فلو كان البيع فاسدا لم يترتب عليه أثره وهو الفسخ، مع الاتفاق على أن الفسخ يحصل بذلك، وإنما الخلاف في حصولهما معا به، ولعموم "أوفوا بالعقود" (١).

وفيه نظر، لأننا نمنع من توقف الفسخ على صحة العقد، بل على حصول لفظ يدل عليه، وإيقاع البيع على هذا الوجه يدل على إرادة الفسخ فيقتضيه، وإن تخلفت صحة البيع من حيث اشتراط تقدم الملك عليه.

والأولى في الاستدلال على صحته: أن العقد يدل على إرادة الفسخ، والغرض من الألفاظ المعتبرة في العقود الدلالة على الرضا الباطني لأنه هو المعتبر، ولكن لما لم يمكن الاطلاع عليه نصب الشارع الألفاظ الصريحة دالة عليه واعتبرها في صحة العقد كما نبهوا عليه كثيرا في أبوابه. وحينئذ فالعقد المذكور يدل على تحقق إرادة الفسخ قبل العقد، فيكشف العقد عن حصول الفسخ بالقصد إليه قبل البيع. أو نقول: إذا تحقق الفسخ بهذا العقد انتقلت العين إلى ملك الواهب وكان العقد بمنزلة الفضولي، وقد ملكها من إليه الإجازة، فلزم من قبله، كما لو باع ملك غيره ثم ملكه، أو باع ما رهنه ثم فكاه، ونحو ذلك، وأولى بالجواز هنا، لأن بائع ملك غيره قد لا يقصد بيعه على تقدير كونه مالكا له، بخلاف هذا، فإنه قاصدا إلى البيع مطلقا كما لا يخفى.

وكيف كان فالأقوى صحة البيع والفسخ معا. ومثله يأتي في بيع ذي الخيار وبيع المدبر والموصى به مطلقا، والمكاتب حيث يجوز فسخها، ونحو ذلك. قوله: "ولو كانت الهبة فاسدة صح البيع على الأحوال".

المراد بالأحوال ما تقدم تفصيله من كون الهبة لرحم أو غيره، عوض عنها أو لم يعوض. ويحتمل أن يريد به ما هو أعم من ذلك بحيث يشمل مع ذلك ما لو علم بالفساد أو لم يعلم. ووجه الصحة في الجميع وقوع العقد من مالك جائز التصرف

(١) المائدة.

فيكون صحيحا.

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

ويمكن الجواب عن ذلك بأن إيقاع العقد باللفظ الصريح كاف في الدلالة على القصد إليه شرعا، كما في نظائره من العقود، إذ لا يشترط في صحته العلم بكونه قاصدا إلى ذلك اللفظ حيث يكون شرعيا، بل يحمل اطلاق لفظه حيث يتجرد عن قرائن عدم القصد على كونه قاصدا. واحترزنا بتجرده عن قرائن عدمه عن نحو المكروه والهازل إذا وقع عقدا، فإننا لا نحمل لفظه الصريح على القصد إليه، لدلالة القرائن على خلافه.

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

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

(١) قواعد الأحكام ١: ٢٧٥، ١٢٤.

وكذا القول فيمن باع 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 لزوم وهو صدور البيع عن مالك
لأمره.

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

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

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

(١) الدروس: ٢٣٧.

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 إذا 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 ملكا، فيقع
صحيحة وإن كانت بحسب الظاهر حال الوصية لم تكن صحيحة، لمصادفة الشرط
وهو الملك في نفس الأمر حال الوصية.
ويشكل بما مر، ويزيد هنا أنه - على تقدير كونه معتقا ظاهرا ولم يتبين له حال
الوصية فساد العتق - لا يكون قاصدا إلى الوصية الشرعية أصلا، بل بمنزلة الهازل
والعابث بالنظر إلى ظاهر حاله، فلا ينفعه ظهور ملكه بعد ذلك في نفس الأمر،
بخلاف من باع مال غيره، فإنه قاصدا إلى بيع صحيح شرعي، غايته إنه جائز من
قبل المالك لكنه لازم من قبل المشتري، فهو عقد شرعي مقصود إليه ولو لم يقصد
إلى لزومه مطلقا، بخلاف الوصية بالعتق ظاهرا، فإنها بحسب الظاهر باطلة، فلم
يتوجه قصده إلى وصية شرعية أصلا لعدم علمه بها. فالقول هنا بتوقفها على تجديد
لفظ يدل على إمضائها متعين، وهو في الحقيقة في قوة وصية جديدة، إذ لا ينحصر
في لفظ مخصوص، بل كل لفظ يدل عليها - كما سيأتي (١) - كاف، وهذا منه.
واعلم أن ما ذكره الشهيد - رحمه الله - في الدروس من الفرق بين مسألتني الهبة
الفاسدة وبيع مال مورثه يتوجه في هذه المسألة، كما أشرنا إليه كلا في تينك المسألتين،
لأن
القصود في الوصية هنا لم يتوجه إلى صيغة صحيحة بخلافهما كما قررناه، لكنه لم يذكر
مسألة الوصية معهما كما ذكرها المصنف والعلامة (٢) فلم يقع فرقه في محله.
قوله: " إذا تراخى القبض عن العقد... الخ " .

(١) في ص: ١١٦.

(٢) قواعد الأحكام ١: ٢٧٥.

قد عرفت فيما سلف اختيار (المصنف) (١) أن القبض شرط لصحة الهبة لا للزومها (٢)، سواء قارن العقد أم تراخي، لأن فوريته ليست بشرط، للأصل. وحينئذ فلو تراخي القبض عن العقد لم يحصل الملك بدونه، وإنما يحكم بانتقال الملك إلى المتهب من حين القبض لا من حين العقد، فيكون القبض ناقلاً للملك حينئذ لا كاشفاً عن سبقه بالعقد. وتظهر الفائدة في النماء المتخلل بين العقد والقبض، وفي أمور آخر سبق (٣) التنبيه على بعضها. وهذا بخلاف الوصية، فإن القبض فيها ليس شرطاً لصحتها ولا جزءاً، بل للزومها بالموت مع قبول الموصى له الوصية وإن تأخر القبض عن الموت، بل عنه وعن القبول، لأصالة عدم الاشتراط، والهبة خرجت عن الحكم بدليل خاص، وقد تقدم (٤).

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

وفي القواعد (٥) استشكل في حالة تراخيه، والاشكال مبني على القول بأن القبض شرط لصحة الهبة لا للزومها، فيكون جزءاً من السبب المصحح لها كالقبول، فاعتبر فوريته كما اعتبر فورية القبول. وفيه: أن 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 أنه جواب الإيجاب فيعتبر فيه ما يعد معه جواباً، ومع ذلك ففيه ما فيه كما لا يخفى.

-
- (١) من " و " فقط.
(٢) لاحظ ص: ١٧ - ١٩.
(٣) في ص: ١٩.
(٤) لاحظ ص: ١٧ - ١٩.
(٥) قواعد الأحكام ١: ٢٧٥.

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

قوله: " ولو قال: وهبت ولم أقبضه... الخ ".
إنما كان القول قوله لأنه منكر له، إذ الأصل عدم وقوعه. ولا يقدر في ذلك كونه شرطاً لصحة الهبة، فيكون انكاره كدعوى الفساد، وقد علم أن مدعي الصحة مقدم، للفرق بين الأمرين، فإن منكر الاقباض لا يدعي فساد الهبة، إنما ينكر أمراً من الأمور المعتبرة فيها وأنها لم تتحقق بعد كما لو أنكر الايجاب أو القبول، وإن اشترك الجميع في عدم صحة العقد بدونه.
وإنما لم يكن الاقرار بالهبة إقراراً بالقبض مع كونه من أركانها المعتبرة في صحتها لأن المعروف شرعاً من الهبة هو الايجاب والقبول خاصة، والقبض وإن كان معتبراً في الصحة إلا أنه خارج عن ماهيتها، وقد تقدم (١) في تعريف الهبة أنه العقد المقتضي لتملك العين... إلى آخره، ولا شبهة في أن القبض أمر آخر غير العقد، فالإقرار بأحدهما لا يقتضي الاقرار بالآخر.
ويفهم من قوله: " وللمقر له إخلافه إن ادعى الاقباض " أن تقديم قوله في عدم الاقباض لا يوجب اليمين بمجرد، بل مع دعوى المقر له الاقباض. والأمر فيه كذلك، فإن اليمين تكون لانكار ما يدعيه المدعي، فإذا لم يدع عليه الاقباض لا يلزمه اليمين وإن صدق اسم المنكر عليه قبل الدعوى المذكورة، إذ ليس كل منكر يتوجه عليه اليمين بمجرد الانكار، بل لا بد 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 بدون الملك الجائز

(١) في ص: ٧.

(٢) في ص: ١٧.

رفعه بالفسخ قبله؟ وأن الهبة عبارة عن الايجاب والقبول، وأن القبض خارج عن ماهيتها وإن اعتبر في صحتها. وحينئذ فقول المقر: " وهبته " لا يقتضي الاقرار بالملك، لجواز عدم الاقباض، فإذا أضاف إلى ذلك: " ملكته " نظر في أمر المقر، فإن كان ممن يرى أن الهبة لا تفيد الملك إلا بالقبض حكم عليه بالاقباض حيث يقول: " وملكته " وإن لم يقر به بخصوصه، لأن الملك مسبب عن الاقباض، فالأقرار بالمسبب يستلزم الاقرار بالسبب، لأنه لا يوجد بدونه فيكون كما لو أقر بالسبب.

وإن كان ممن يرى حصول الملك بمجرد العقد لم يكن اقراره بالهبة إقرارا بالاقباض، لجواز أن يخبر عن رأيه في ذلك، فلو فرض كون المقر له أو الحاكم الذي يتخاصمان إليه يرى الاقباض شرطاً في الملك لم يمكن الحكم على المقر بالاقباض بمجرد قوله: " ملكته "، وإن كان عندهما أن الملك يستلزم الاقباض، لاختلاف الرأيين. وكذا لو اشتبه حال المقر ومذهبه، لأن المسألة اجتهادية وقد اختلف فيها أصحابنا وغيرهم (١)، فيجوز أن يكون اقراره مبنيًا على مذهب من لا يرى التلازم، فلا يكون اقراره بمجرد كافيا في الاقرار بالقبض.

نعم، لو علم من مذهب المقر توقف الملك على الاقباض بالاجتهاد أو التقليد المتعين لمن يقول به، وأنه لم يتوهم خلافه، وحكم عليه بالاقباض حينئذ. وقول المصنف: " لأنه يمكن أن يخبر عن وهمه " يدل على اشتراط الامكان في عدم الحكم عليه بالاقباض كما ذكرناه، فلو لم يمكن - كما لو علم مذهب في المسألة - حكم عليه بمقتضى مذهب.

وما ذكره المصنف من التعبير بإمكان إخباره عن وهمه أجود من قول غيره: " لامكان أن يعتقد رأي مالك " وقول القواعد: " إن اعتقد رأي مالك " (٣) لما عرفت

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

(٢) / قواعد الأحكام: ١: ٢٧٥.

الرابعة: إذا رجع في الهبة وقد عابت لم يرجع بالأرث. وإن زاد زيادة متصلة فللواهب. وإن كانت منفصلة كالثمرة والولد، فإن كانت متجددة 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 المقر في هذه المسألة وأن التملك عنده - بمعنى أثر العقد - لا يحصل إلا بالقبض لو قال: " وهبته وملكته " ثم قال: أردت بالثاني تأكيد الأول، أو وهبته بصيغة التملك ولم أقبضه، قبل ولا يكون ذلك وهما في المذهب ولو رأيا في حكم المقبض كأول. وأولى منه ما لو قال ابتداء: " ملكته كذا " من غير أن يقول قبله " وهبته " فإنه كما يحتمل الهبة المقبوضة يحتمل إيقاع صيغة الهبة خاصة كما ذكرناه، فلا يكون إقرارا بالقبض لأن احتمال المغايرة والتأسيس منتف هنا، والاشترار متحقق، والأغلبية لأحد المعنيين منتفية لغة وعرفا، بخلاف الأول.

وبهذا يظهر ما ذكره بعض الأصحاب (٢) - من أن قوله " ملكته " مجردا عن تقديم " وهبته " مثل قوله " وهبته وملكته " سواء فيأتي فيه البحث السابق خاصة، لأن التملك يقتضي الاقباض على المشهور ويحتمل خلافه على الرأي الآخر - ليس بجيد، بل الفرق بينهما متحقق، والحكم بعدم الإقرار بالقبض في التملك المجرد متعين، فتأمل.

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 يتصرف تصرفا يمنع الرجوع - فلا يخلو: إما أن يجد العين بحالها لم تنقص ولم يزد ولم تتغير، أو يجدها ناقصة بما يوجب الأرث أو وبما

(١) في " س " : الثاني والثالث.

(٢) راجع جامع المقاصد ٩ : ١٧٤.

لا يوجهه، أو زائدة بما يوجب الأرش كذلك أو بما لا يوجهه، 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 غير مملوكة للمتهب، وقد سلطه مالکها 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 الاطلاق، وسيأتي (١) التصريح به على تردد منه (في) (٢) حالة الاشتراط. والحق أن هذه الصورة مستثناة من صور المعيب، وسيأتي. وإن كان التغير بزيادة في العين، فإن كانت متصلة كالسمن وتعلم الصنعة فهي للواهب، لأنها تابعة للعين، بل داخلية في مسماها، أو جزء لها لغة وعرفاً، فالرجوع في العين يستتبعها. وإن كانت منفصلة حساً وشرعاً - كالولد الناتج، واللبن المحلوب، والثمرة المقطوعة، والكسب - فهي للمتهب، لأنها نماء حدث في ملكه من ملكه فيختص به. وإن كانت منفصلة شرعاً مع اتصالها حساً، كالحمل المتجدد بعد القبض، واللبن كذلك قبل أن يحلب، والثمرة قبل قطافها - فكذلك على الأقوى، لما ذكر. وقال ابن (٣) حمزة: له الرجوع في الأم والحمل المتجدد، بناء على أنه كالجاء من الأم، والأظهر خلافه. ومثله الصوف والشعر المستجز، ولو لم يبلغ أوان جزه فالأجود تبعيته للعين.

هذا كله 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 اثنتا 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 يثيبه المتهب بما يتفقان عليه، ومع الاختلاف يرجع إلى مثل الموهوب أو قيمته، كما مر. ولا فرق في ذلك بين هبة الأعلى والمساوي أو الأدنى 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 يثب، كما لو شرطه، فيكون المراد أن لزومها 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 " : عينا.

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

فإن أتاب، لم يكن للواهب الرجوع. وإن شرط الثواب صح، أطلق أو عين. وله الرجوع ما لم يدفع إليه ما شرط،

ولا يجوز التصرف فيها ما لم يعوض 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 أتاب لم يكن للواهب الرجوع " مفهوم شرطه أن له الرجوع مع عدم الإثابة، والحكم فيه كذلك، حتى أنه لو أراد الرجوع فبذل المتهب الثواب لم يجب عليه قبوله، بل يجوز له الامتناع ليتمكن من الرجوع في هبته، لأصالة البراءة وإطلاق النصوص (٢) الصحيحة بجوازها ما لم يشب، ولا يتحقق الثواب إلا مع قبوله لا مع بذله خاصة، لأنه بمنزلة هبة جديدة، ولا يجب عليه قبولها.

وقوله: " وإن شرط الثواب صح " نبه به على خلاف بعض العامة (٣) حيث منع من اشتراطه بناء على أن الهبة لا تقتضي ثوابا، فإذا شرط فيها أخرجها عن مقتضاها. وهو فاسد، لأن المطلق لا ينافي المقيد، وإنما يتم لو قلنا إن الهبة تقتضي عدم الثواب، فإذا شرطه كان منافيا لمقتضاها، وفرق بين عدم اقتضاء الثواب واقتضاء عدمه.

وقوله: " أطلق أو عين " نبه به على خلاف بعضهم (٤) أيضا حيث منع من اشتراط المعين، وآخرين (٥) حيث منعوا من اشتراط المبهم. وعندنا أن الكل جائز، للأصل، ولأن الهبة من العقود المبنية على المغابنة فلا يضر فيها الجهالة في عوضها، فكذا في شرطه، ولا نضباطه بالقيمة مع الاختلاف.

وقوله: " وله الرجوع ما لم يدفع إليه ما شرط " شامل للأمرين معا. 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) راجع حلية العلماء ٦: ٥٨، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٣٢.

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

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

ومع الاشتراط من غير تقدير يدفع ما شاء ولو كان يسيرا، 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 يسيرا " مقيدا 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 المتهب دفع الثواب ولم يرد العين فحكمه كما ذكرناه. والحاصل أنه لا يجب على المتهب دفع عوض بخصوصه، بل ولا دفعه مطلقا إذا رد العين، فإذا دفع عوضا ورضي به الواهب صح وامتنع الرجوع مع قبضه، قليلا كان أم كثيرا، وإلا تخير المتهب بين دفع الموهوب وعوض مثله، لانصراف الاطلاق إليه عادة.

وقوله: " ولم يكن للواهب مع قبضه الرجوع " يفهم منه جواز رجوعه متى لم يقبضه وإن بذله المتهب. والأمر فيه كذلك، وقد تقدم (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)، لأن عموم الوفاء بالعقود مقيد بغير الجائزة منها، وقد عرفت (٦) دلالة النصوص الصحيحة على جواز هذا العقد على هذا الوجه إذا سلم دلالة الوفاء على المضي فيها مطلقا، والإثابة في الخبر لا يتحقق 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 المشتروط، بل يكون بالخيار.
ولو تلفت والحال
هذه أو عابت، لم يضمن الموهوب له، لأن ذلك حدث في ملكه. وفيه
تردد.

وقوله: " ولا يجبر الموهوب على دفع المشتروط، بل يكون بالخيار " أي بين دفع
المشتروط ورد العين كما مر (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
عرضة للفسخ على تقدير امتناع المشروط عليه منه، وقد تقدم (٢) الكلام فيه، أو بناء
على أن هذا العقد من العقود الجائزة خصوصاً من جهة الواهب، فلم يجب الوفاء
بالشرط فيه كما لا يجب الوفاء بأصله. ويشكل بأنه من طرف المتهم لازم، فلا يجوز
له الفسخ بنفسه وإن لم يبذل المشروط، وتخيره بين بذل العين والثواب المشروط لا
ينافيه، وإنما يظهر جوازه من قبل الواهب خاصة.
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: أن
العين الموهوبة المشروط فيها الثواب لو تلفت في يد المتهم أو عابت قبل دفع العوض
المشتروط وقبل الرجوع - سواء كان ذلك بفعله كلبس الثوب أم لا - فهل يضمن المتهم
الأرش أو الأصل، أم لا، قولان:

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

(١) في ص: ٩٥.

(٢) في ج ٣: ٢٧٤.

(٣) التذكرة ٢: ٤٢٢.

(٤) إيضاح الفوائد ٢: ٤٢٠.

العوض كما مر، بل للواهب الرجوع في العين، فالتفريط منه حيث تركها في يد من سلطه على التصرف فيها مجاناً.

والثاني: الضمان، جزم به ابن الجنيد (١) من المتقدمين وبعض المتأخرين (٢) ، لعموم " على اليد ما أخذت حتى تؤدي " (٣) ولأنه لم يقبضها مجاناً بل ليؤدي عوضها فلم يفعل، ولأن الواجب أحد الأمرين ردها أو دفع العوض، فإذا تعذر الأول وجب الثاني.

وأجيب عن دليل الأولين بأنه لم يدخل في ملكه مجاناً بل بشرط العوض، وذلك معنى الضمان. وعدم وجوب دفع العوض إن أريد به عدم وجوبه عينا لم يلزم منه نفي الوجوب على البديل الذي هو المدعى، وحينئذ فإذا تعذر أحد الأمرين المخير فيهما وجب الآخر عينا. وإن أريد عدم الوجوب أصلاً فهو ممنوع. وهذا هو الوجه. إذا تقرر ذلك وقلنا بالضمان مع التلف فهل الواجب مثل الموهوب أو قيمته، أو أقل الأمرين من ذلك ومن العوض؟ وجهان أجودهما الثاني، لما عرفت من أن المتهم مخير بين الأمرين، والمحقق لزومه هو الأقل، لأنه إن كان العوض الأقل فقد رضي به الواهب في مقابلة العين، وإن كان الموهوب هو الأقل فالمتهم لا يتعين عليه العوض بل يتخير بينه وبين بذل العين، فلا يجب مع تلفها أكثر من قيمتها. وهذا هو الأقوى.

ووجه اعتبار القيمة مطلقاً: إن العين مضمونة حينئذ على القابض، فوجب ضمانها بالقيمة. وفيه: أنه مسلط على اتلافها بالعوض، فلا يلزمه أزيد منه لو كان

(١) حكاة العلامة في مختلف الشيعة: ٤٨٧.

(٢) كالشهيدي في الدروس: ٢٣٧، والمحقق في جامع المقاصد ٩: ١٧٧.

(٣) عوالي اللئالي ١: ٢٢٤ وغيره، ومستدرک الوسائل ١٤: ٧ ب " ١ " من كتاب الوديعه ح ١٢ و

" ١ " من كتاب الغصب ح ٤، ومسنده 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 منوط بعدم دفع العوض مطلقاً وقبوله له كما هو الأصح، وقد عرفته فيما سلف (١)، أو مع امتناع المتهم من دفع العوض، لأن تمليك الواهب له وتسليطه على الاتلاف بالعوض - مع كونه أقل من القيمة - يقتضي عدم الزيادة على كل تقدير.

هذا كله حكم الضمان على تقدير التلف. وأما أرش العيب فهو التفاوت بين قيمتها يوم ردها وقيمتها يوم قبضها بعد العقد، لأن ذلك هو القدر المضمون عليه حيث تكون العين مضمونة.

واعلم أن موضع الاشكال في كيفية الضمان إنما هو مع شرط عوض معين، كما يظهر ذلك من تعليل أقل الأمرين، أما مع الاطلاق فالواجب هو المثل أو القيمة لا غير إذا لم يرض الواهب بما دونها، لأن ذلك هو مقتضى اشتراط العوض مطلقاً. قوله: " إذا صبغ الموهوب له... الخ "

إذا رجع الواهب في هبته فوجد المتهم قد عمل فيها عملاً، وجوزناه مع التصرف مطلقاً كما ذهب إليه المصنف، فلا يخلو: إما أن يكون صفة محضة كقصاراة الثوب وطحن الحنطة، أو عينا محضة كغرس الأرض، أو متردداً بينهما كصبغ الثوب. ثم إما أن تزيد قيمة العين بمقدار قيمة الصنعة (٢)، أو يزيد عنها، أو ينقص مع زيادتها عن قيمة العين خاصة، أو تنقص. فإن زادت بمقدار القيمتين أو زادت

(١) لاحظ ص: ٦٠.

(٢) كذا في "ش" وفي "و": الصفة. وفي "ب، س": الصيغة، ولعلها الصبغة، والأولى ما أثبتناه.

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

عنهما كان المتهب شريكا بنسبة قيمة عمله إلى قيمة العين. فلو كان الثوب يساوي مائة فصبغه بعشرين، وصار يساوي مائة وعشرين أو أزيد، صار شريكا 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، وكلها آتية هنا، فلتلحظ من هناك. والمصنف اقتصر على بيان حكم الصبغ، ولا فرق بينه وبين القسارة والطحن عندنا، وإن كان الأمر في الصبغ أقوى من حيث إنه عين من وجه. وأما العين المحضنة كالغرس فلكل منهما ماله، وليس لصاحب الأرض اجبار الغارس على إزالته مجانا، بل يتخير بين الإبقاء بالأجرة والقلع مع دفع أرش النقصان، كما في العارية ونظائرها، لوضعه في الأرض بحق.

وقول المصنف: " كان شريكا بقيمة الصبغ " المراد بنسبة قيمته إلى قيمة الثوب كما قررناه، 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 "

لا خلاف في أن المريض إذا برىء من مرضه ينفذ تصرفه مطلقا. وأما إذا اتفق موته في مرضه، فإن كان المرض مخوفا بمعنى غلبة الهلاك معه فالأظهر أن منجزاته من الثلث حيث لا يجيز الوارث. وقيل: يكون من الأصل. وسيأتي (٢) تحقيق المسألة - إن شاء الله تعالى - في الوصايا، وإن الحق اعتبار اتصال المرض بالموت، سواء كان مخوفا أم لا.

(١) في ج ٤: ١١٣ - ١١٥.

(٢) في ص: ٣٠٤.

كتاب السبق والرماية
وفائدتهم: بعث العزم على الاستعداد للقتال، والهداية لممارسة
النضال.

وهي معاملة صحيحة، مستندها قوله - عليه السلام - " لا سبق إلا
في نصل أو خف أو حافر " وقوله عليه السلام: " إن الملائكة لتنفّر عند
الرهان وتلعن صاحبه، ما خلا الحافر والخف والريش والنصل " .

قوله: " وفائدتهم بعث النفس على الاستعداد للقتال... الخ " .
لا خلاف بين 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 أهم
الفوائد الدينية، لما يحصل بها من غلبة العدو في الجهاد لأعداء الله تعالى الذي هو
أعظم أركان الإسلام. وبهذه الفائدة يخرج عن اللهو واللعب المنهي عن المعاملة
عليهما، ومن ثم كان مقصورا على ما ورد النص بتسويغه.
قوله: " مستندها قوله صلى الله عليه وآله: " لا سبق إلا في
نصل أو خف أو حافر " .

هذه الرواية رواها العامة (٢) في الصحيح عن النبي صلى الله عليه وآله،
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.

وتحقيق هذا الباب يستدعي فصولاً:

الأول

في الألفاظ المستعملة فيه

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

قوله: " فالسابق هو الذي يتقدم بالعنق... الخ "

المشهور بين الأصحاب وغيرهم أن السابق هو المتقدم بعنق دابته وكتدها -
بفتح التاء وكسرهما - وهو العالي بين أصل العنق والظهر، ويعبر عنه بالكاهل. وذهب
ابن الجنيد إلى الاكتفاء بالأذن (١)، لقول النبي صلى الله عليه وآله: " بعثت
والساعة كفرسي رهان، كاد أحدهما أن يسبق الآخر بأذنه " (٢). وأجيب بالحمل على
المبالغة، وأن ذلك خرج مخرج ضرب المثل على حد قوله صلى الله عليه وآله:
" من بنى مسجداً ولو كمفحص قطاة بنى الله له بيتاً في الجنة " (٣) مع امتناع بناء مسجد
كذلك. وبأن أحد الفرسين قد يكون هو السابق فيرفع رأسه فيتقدم أذن الآخر عليه.
واعلم: أن في كلا القولين اشكالاً، لأن السبق معنى من المعاني يختلف
بحسب اللغة والعرف، وله اعتبارات متعددة 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، ومسنند أحمد ١: ٢٤١.

والمصلي: الذي يحاذي رأسه صلوي السابق. والصلوان ما عن يمين الذنب وشماله.

بالقوائم، وأخرى بالعنق، وثالثة به مع الكتف، ورابعة بالأذن، فإذا أطلق المتسابقان العقد وجعلا العوض للسابق ففي حمله على بعض هذه المعاني دون بعض نظر، بل في صحة إطلاق العقد كذلك، إلا إن يدل العرف على إرادة شيء منها فيحمل عليه، ولا كلام فيه.

قوله: " والمصلي هو الذي يحاذي... الخ "

فائدة الاحتياج إلى السابق ظاهرة، لأن العوض في الأغلب يبذل له وحده، وقد يشترك مع غيره، بأن يجعل السابق شيئاً وللمصلي شيئاً آخر دونه، وهكذا، فيحتاج إلى معرفة أسماء المتسابقين إذا ترتبوا في الحلبة، وقد جرت العادة بتسمية عشرة من خيل الحلبة، وهي المجتمعة للسباق، وليس لما بعد العاشر منها اسم إلا الذي يجيء آخر الخيل كلها، فيقال له الفسكل (١) بكسر الفاء والكاف أو بضمهما.. فأول العشرة: المجلي، وهو السابق، سمي بذلك لأنه جلى عن نفسه، أي أظهرها، أو جلى عن صاحبه وأظهر فروسيته، أو جلى همه حيث سبق. والثاني: هو المصلي، لما ذكره المصنف من أنه يحاذي رأسه صلوي السابق، وهما العظمان الناتئان (٢) عن يمين الذنب وشماله.

والتالي للمصلي هو الثالث. ويليه البارع، لأنه برع المتأخر عنه، أي: فاقه. والمرتاح هو الخامس، سمي به لأن الارتياح النشاط، فكأنه نشط فلحق بالسوابق.

والسادس: الحظي، 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 ": الناتئان.

(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 كر عليها فلحقها.

والثامن: المؤمل، لأنه يؤمل اللحوق بالسوابق.

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

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

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

السبق - بالسكون مصدر سبق - بالتحريك - غيره سبقا ومسابقة. وفي التذكرة (٢) جعله مصدر " سبق "، وفي الصحاح (٣) جعله مصدر " سابق "، وكلاهما صحيح إلا أن الثاني أوفق بالمطلوب هنا، لأن الواقع في معاملته كون العمل بين اثنين فصاعدا، فباب المفاعلة به أولى.

وأما " السبق " بالتحريك فهو العوض المبذول للسابق وما في معناه، ويقال له " الخطر " بالخاء المعجمة والطاء المهملة المفتوحتين، و" الندب " بالتحريك أيضا، و" الرهن " ومنه أخذ الرهان لهذه المعاملة.

(١) جمهرة اللغة ٣: ١٢٧٢.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٣٥٤.

(٣) الصحاح ٤: ١٤٩٤.

والمحلل: الذي يدخل بين المتراهنين، إن سبق أخذ، وإن سبق لم يغرم.
والغاية: مدى السباق. والمناضلة: المسابقة والمراعاة.

قوله: " والمحلل الذي يدخل بين المتراهنين إن سبق أخذ، وإن سبق لم يغرم "

المحلل هو الذي يدخل بين المتراهنين ولا يبذل معهما عوضاً، بل يجري فرسه بينهما أو على أحد الجانبين على وجه يتناوله العقد. وحكمه: أنه إن سبق أخذ العوض المبذول للسابق، وإن سبق لم يغرم شيئاً. وسمي محللاً لأن العقد لا يحل بدونه عند ابن الجنيدي (١) منا والشافعي (٢)، أو يحل به اجماعاً بخلاف ما إذا خلا عنه، فإن 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 الأثير: غاية الشيء مداه ومنتهاه (٥). ويظهر منه أن المدى هو المنتهى وأن العطف تفسيري، وهو المطابق لعبارة المصنف رحمه الله.
قوله: " والمناضلة: المسابقة والمراعاة "

المناضلة مفاعلة من النضل، وهو الرمي. قال الجوهرى: " ناضله: أي راماه، يقال: ناضلت فلانا 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: سبق - بتشديد الباء - إذا أخرج السبق، وإذا أحرزه أيضا.
والرشق - بكسر الراء - : عدد الرمي، وبالفتح: الرمي.

للسبق " (١) وفي القاموس: " ناضله مناضلة ونضالا ونيضالا باراه في الرمي " (٢) وفي
التذكرة: " السباق اسم يشتمل على المسابقة بالخيال حقيقة، وعلى المسابقة بالرمي
مجازا، ولكل واحد منهما اسم خاص، فيختص الخيل بالرهان، ويختص الرمي
بالنضال " (٣) وهذا موافق لقول الجوهري.

وأما اطلاق المناضلة على ما يشمل المسابقة فليس بمعروف لغة ولا عرفا.
ولعل المصنف ومن تبعه في ذلك تجوزوا في الاطلاق، وبعض الفقهاء عنون الكتاب
بالمسابقة والمناضلة (٤)، وهو الموافق لما نقلناه عن اللغة.
قوله: " ويقال: سبق - بتشديد الباء - إذا اخرج السبق، وإذا أحرزه
أيضا " .

أي أخرج السبق - بالتحريك - وهو العوض، بمعنى ميزه وأوقع العقد عليه،
أو أخرجته عليه للسابق على تقدير جعله في ذمته ثم ثبوتة عليه. والمراد بإحرازه
استحقاقه، سواء قبضه أم لا.

قوله: " والرشق - بكسر الراء - عدد الرمي، وبالفتح: الرمي " .
الرشق - بكسر الراء - عدد ما يرمى به من السهام، يقال: رمى رشقا: أي
رمى بسهامه التي يريد رميها كلها. وإذا حصل الاتفاق على رمي خمسة خمسة فكل
خمسمة يقال لها رشق، وخصه على بعض أهل اللغة بما بين العشرين والثلاثين. وأما بالفتح
فهو المصدر، يقال: رشقه يرشقه رشقا إذا رماه بالسهام، 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 الوهاج: ٥٦٨ وفي الأم ٤ : ٢٢٩ عنونه ب (السبق والنضال).

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

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

فالحابي: ما لزوج على الأرض ثم أصاب الغرض.

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

قوله: " ويوصف السهم بالحابي... الخ ".

ذكر المص من أوصاف السهم عند الإصابة ستة أوصاف وأردفها بسابع. وفي التذكرة (٢) ذكر له أحد عشر اسما، وفي التحرير (٣) ستة عشر، وفي كتاب فقه اللغة (٤) تسعة عشر اسما. والغرض من ذلك اعتبار صفة الإصابة في عقد الرماية، فلا يستحق العوض بتخطي المشروط إلا أن يصيب بما هو أبلغ منه.
قوله: " فالحابي ما لزوج على الأرض ثم أصاب الغرض ".

الحابي - باثبات 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. والحاسق: ما فتحه وثبت فيه.

ثم يحبو إلى الغرض فيصيبه، مأخوذ من حبو الصبي على الأرض، وجمعه حوابي.
ومعنى قول المصنف: " زلج على الأرض " أي زلق. قال في القاموس: " الزلج محرقة:
الزلق، ويسكن " (١). وفي الصحاح: " مكان زلج - بسكون اللام وتحريكها - أي
زلق، والتزلج: التزلق، وسهم زالج: يتزلج عن القوس " (٢).
وزعم بعض الفقهاء (٣) أن الجواب باسقاط الياء نوع من الرمي قسيم للمبادرة
والمحاطة. 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 الخاصرة، لأنها في أحد
جانبي الانسان، سمي به لإصابته أحد جانبي الغرض، وهو في معنى خاصرته.
ويسمى أيضا جائرا. وقيل: الجايز ما يسقط من وراء الهدف (٥). وقيل: ما وقع في
الهدف على أحد جانبي الغرض (٦). فعلى هذا إن كانت الإصابة مشروطة في الغرض
فالجائر مخطئ، وإن كانت مشروطة في الهدف فهو مصيب.
قوله: " والخازق ما خدشه... الخ ".
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: " أنه 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) يراجع حلية العلماء ٥: ٤٨٢.

(٦) يراجع حلية العلماء ٥: ٤٨٢.

(٧) قواعد الأحكام ١: ٢٦٤.

(٨) تحرير الأحكام: ١: ٢٦١.

والمارق: الذي يخرج من الغرض نافذا.

وكلام أهل اللغة بخلاف ذلك، ففي نهاية ابن الأثير قال: " خرق السهم
وخسق إذا أصاب الرمية ونفذ فيها، وسهم خازق وخاسق " (١). وقال في الصحاح:
" الخارق 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 باطلاقه على خلاف
ما ذكره المصنف وصاحب النهاية، ومع الاختلاف قد اتفقا على أن الخازق والخاسق
بمعنى واحد خلاف ما ذكره المصنف.

وقال الثعالبي في سر العربية: " إذا أصاب الهدف فهو مقرطس وخازق وخاسق
وصائب " (٥).

وهذا أيضا 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 غالبا، 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 نافذا ".

هو بالخاء المعجمة والراء المهملة، ومعناه موافق للمفهوم منه لغة، لأن الخرق
الشق، فإذا شقه ونفذ فيه - سواء سقط منه أم لا - فقد خرقه، لكنه ليس من أسمائه
المعدودة لغة، ولم يذكره أحد من أصحاب الكتب الأربعة اللغوية السابقة ولا غيرهم
ممن وقف 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) لقبا (٢) وتعريفا.
وفي التحرير جعل الخارق بمعنى الخاسق، وقد تقدم (٣)، وجعل الخازق
بالزاي المعجمة مغايرا له كما مر خلاف ما ذكره أهل اللغة، ولو حمل في كلامه الخارق
- بالراء المهملة - على الخازق - بالمعجمة - ليكون مرادفا للخاسق كان موافقا 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، لأن جعله الخارق مرادفا للخاسق موافقا لكلام أهل اللغة لكن بشرط
كونه بالزاي المعجمة، ثم لما ذكر الخارق بعد ذلك كان حقه أن يكون بالمهملة فعرفه
بما ينافي ذلك ويوافق تعريفه 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، فجعلهما متغايرين، ولم يتحقق منه ضبط
الراء ولا ذكر الأمرين، فالالتباس فيه أشد، لأنه إن جعل بالراء وافق كلام التحرير
وخالف مفهومه لغة، 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 يخرمه. وهذا الاسم لم
يذكره أيضا أهل اللغة وإن كان مناسبا. وقد ذكروا للسهم أسماء أخر غير ما ذكره

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

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

(٣) لاحظ ص: ٧٧.

(٤) التذكرة ٢: ٣٦٠ - ٣٦١.

(٥) لاحظ ص: ٧٧.

ويقال: المزدلف الذي يضرب الأرض ثم يثب إلى الغرض.

تركنا ذكرها تبعا لاختصاره (١).

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

أصل الازدلاف (٢) التقدم، وخصه هنا بما يقع على الأرض ثم يتقدم إلى الغرض، وعلى هذا فيرادف الحابي. وبه صرح في القواعد فقال بعد تعريف الحابي: " وهو المزدلف " (٣). وفي تأخير المصنف ذكر المزدلف عن الحابي اشعار بالمغايرة بينهما،

ولعل المزدلف عنده أقوى فعلا من الحابي حيث اعتبر في مفهومه ضرب الأرض المقتضي لقوة اعتماده، بخلاف الحابي فإنه اقتصر فيه على مجرد زلقه على الأرض، فيكونان متباينين حيث إن الحابي ضعيف الحركة والمزدلف قويها.

وهذا المعنى هو الظاهر من التذكرة، لأنه قال فيها: " أن المزدلف أحد والحابي أضعف " (٤). ولكن في عبارتها إشكال من وجه آخر، لأنه قال: " وهو - أي الحابي - نوع من الرمي المزدلف، يفترقان في الاسم ويستويان في الحكم " (٥). وجعل الافتراق في الاسم ما حكينا عنه من القوة والضعف، وهذا الافتراق لا يوافق كونه نوعا منه، لأنه يقتضي كون المزدلف أعم من الحابي. ولو عكس الأمر - فجعل الحابي أعم، لأنه عرفه بكونه السهم الواقع دون الهدف ثم يحبو إليه، وهو أعم من كون وقوعه بقوة فيكون مزدلفا وضعف فيكون حابيا بالمعنى العام - لكان أوفق بتعريفهما.

(١) في هامش " و " : " العجب من المرحوم الشيخ علي حيث ذكر في الشرح أسماء كثيرة ذكرها في التذكرة والتحرير لا حاجة للشرح بها، وترك تحقيق ما ذكره المصنف في القواعد. منه رحمه الله " لاحظ جامع المقاصد ٨ : ٣٤٦.

(٢) راجع النهاية لابن الأثير ٢ : ٣٠٩.

(٣) قواعد الأحكام ١ : ٢٦٤.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢ : ٣٦٠.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢ : ٣٦٠.

والغرض: ما يقصد إصابته، وهو الرقعة. والهدف: ما يجعل فيه الغرض من تراب 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 تراب وغيره " .

الغرض من بيان " الغرض والهدف " أن كلا منهما محل الإصابة، وقد يكون شرط المتراميين إصابة كل منهما بل ما هو أخص منهما، فإنهم يرتبون ترابا أو حائطا ينصب فيه الغرض فيسمون التراب والحائط هدفا، وما ينصبون فيه من جلد أو قرطاس يسمونه الغرض. وبعضهم يسمي المنصوب في الهدف قرطاسا، سواء كان كاغدا أم غيره، وقد تقدم (١) نقله عن الجوهري. وقد يخص الغرض بالمعلق في الهواء والقرطاس بغيره. وقد يجعل في الغرض نقش كالهلال يقال له: " الدائرة " وفي وسطها شيء آخر يقال له: " الخاتم " . وشرط الإصابة وغرضها يتعلق بكل واحدة من هذه العلامات، فإن الإصابة في الهدف أوسع، وفي الغرض أوسط، وفي الدائرة أضيق، وفي الخاتم أدق. وهذا المذكور اصطلاح الرماة وتعبير الفقهاء. وفي الصحاح " الغرض: الهدف الذي يرمى فيه " (٢).

قوله: " والمبادرة: هي أن يبادر أحدهما إلى الإصابة مع التساوي في الرشق، والمحاطة: هي إسقاط ما تساويا فيه من الإصابة " .
المراماة قسمان: مبادرة ومحاطة. والمراد من الأول أن يتفقا على رمي عدد معين

(١) في ص: ٧٨.

(٢) الصحاح ٣: ١٠٩٣.

كعشرين سهما مثلا، فمن بدر إلى إصابة عدد معين منها - كخمسة - فهو ناضل لمن لم يصبه أو أصاب ما دونها. والمراد من المحاطة - بتشديد الطاء - أن يقابل إصابتهما من العدد المشترك ويطرح المشترك من الإصابات، فمن زاد فيها بعدد معين كخمسة مثلا ففاضل الآخر، فيستحق المال المشروط في العقد.

وما ذكره المصنف من تعريفهما غير سديد، لدخول كل منهما في تعريف الآخر، فإن بادر أحدها إلى الإصابة مع التساوي في الرشق متحقق ظاهرا مع شرط المحاطة، واسقاط ما تساويا فيه مع الإصابة يتحقق مع شرط المبادرة، ومع ذلك فالمقصود من معناهما غير حاصل من اللفظ.

والأسد في تعريفهما ما أشرنا إليه سابقا من أن المبادرة هي اشتراط استحقاق العوض لمن بدر إلى إصابة عدد معين من مقدار رشق معين مع تساويهما فيه. والمحاطة هي اشتراط استحقاقه لمن خلص له من الإصابة عدد معلوم بعد مقابلة إصابات أحدهما بإصابات الآخر وطرح ما اشتركا فيه.

فإذا كان شرط الرشق عشرين فرمياها وأصاب أحدهما خمسة والآخر أربعة فالأول ناضل على الأول. ولو أصاب كل منهما خمسة فلا نضل لأحدهما. ولو أصاب الرامي أولا خمسة وبقي للثاني عدد يمكن فيه لحوقه في الإصابة لم يتحقق نضل الأول إلى أن يرمي الثاني تمام عدده، فيمكن أن يصيب فيمنع (١) الأول من الاستحقاق، وأن يخطئ فيستقر الاستحقاق للأول، وسيأتي (٢) تفصيله إن شاء الله.

عولي تقدير اشتراط المحاطة لو شرطا عشرين وخلوص خمس إصابات فرميا عشرين فأصاب أحدهما عشرة والآخر خمسة فالأول هو السابق، لأنهما يتحاطان خمسة بخمسة فيفضل للأول الخمسة المشتركة. ولو تساويا في الإصابة أو زاد أحدهما دون العدد المشترك 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 تقدم (١) نقل العلامة في التذكرة أن بعض الفقهاء جعل قسما ثالثا لهما وهو الجواب، وجعل معناه اسقاط الأقرب من الغرض ما هو الأبعد. وفي القواعد (٢) جعل أقسامها ثلاثة أيضا، القسمان المذكوران هنا، والمناضلة وفسرها بأنها مثل من فضل صاحبه بإصابة واحد أو اثنين أو ثلاث من عشرين فهو السابق. وهذا بعينه هو المحاطة، لأنها لا تختص (٣) بشرط فضل شيء معين كما تقدم. ويعتبر فيها فضل السابق على المسبوق بالعدد المشترك ليتحقق معنى الحط 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 أيضا 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 والخف والحافر، وقوفا على مورد
الشرع.

قوله: " ويقتصر في الجواز على النصل والخف والحافر وقوفا على مورد
الشرع ".

يظهر من التعليل أن هذا العقد مخالف للأصل فيقتصر في جوازه على مورد
الشرع الإذن (١) فيه، وهو الثلاثة المذكورة. وإنما كان مخالفا للأصل لاشتماله على
اللهو واللعب والقمار على بعض الوجوه، فالأصل أن لا يصح منه إلا ما ورد الشرع
بالإذن فيه، وهو الثلاثة المذكورة.

ويمكن أن يقال: إن عموم الأمر بالوفاء بالعقود (٢) واجماع الأمة على جوازه في
الجملة - كما نقله جماعة من الفقهاء (٣) - ووجود الغاية الصحيحة بل ما هو أفضل
الغايات وهو الاستعداد للجهاد والاستظهار في الجهاد لأعداء الدين وقطاع الطريق
وغيرهم من المفسدين يقتضي جوازه مطلقا، لكن قوله صلى الله عليه وآله:
" لا سبق إلا في نصل أو خف... إلى آخره ". يقتضي النهي عما عدا الثلاثة،

(١) في " س " و " 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 الخف الإبل والفيلة اعتبارا باللفظ.

فتبقى هي على أصل الجواز، نظرا إلى الأدلة العامة، وهذا أجود.
وأیضا فإن الغرض الأقصى منه لما كان هو الاستعداد للجهاد، وهو منحصر
غالبا في هذه الثلاثة، اقتصر عليها والغني النادر. والتعليل الوسط أوسط.
قوله: " ويدخل تحت النصل السهم والنشاب والحراب والسيف ".
المعروف أن السهم هو النشاب، وفي الصحاح: " النشاب: السهم " (١)
فظاهره أنهما مترادفان، وعلى هذا فعطف النشاب على السهم من عطف المترادف وإن
اختلفا بالجمع والأفراد 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 أن حصر النصل فيما ذكر هو المعروف لغة وعرفا، فلا يدخل فيه مطلق
المحدد كالدبوس وعصا المداقق إذا جعل في رأسها حديدة ونحو ذلك، عملا بالأصل
السابق. قال في الصحاح: " النصل نصل السهم والسيف والسكين والرمح " (٤).
ويحتمل الجواز بالمحدد المذكور إما بادعاء دخولها في النصل، أو لإفادتها فائدة النصل
في الحرب. وقد كان بعض مشايخنا (٥) المعتمدين يجعل وضع الحديدة في عصا المداقق
حيلة على جواز الفعل، نظرا إلى دخوله بذلك في النصل.
قوله: " ويتناول الخف الإبل والفيلة اعتبارا باللفظ ".

لا خلاف في جواز المسابقة على الإبل، لمشاركتها الخيل في المعنى المطلوب منها
حالة الحرب من الانعطاف وسرعة الاقدام، ولأن العرب تقاتل عليها أشد 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 يدل الحافر على الفرس والحمار والبغل.
ولا يجوز المسابقة بالطيور، ولا على القدم، ولا بالسفن، ولا
بالمصارعة.

وهي داخلة في الخف. وأما الفيلة فهي كذلك عندنا وعند أكثر العامة (١)، لدخولها
تحت اسم الخف أيضا، ويقال عليها كالإبل. وذهب بعضهم (٢) إلى المنع منها، لأنه
لا يحصل بها الكر والفر، فلا معنى للمسابقة عليها، والخبر حجتنا عليهم. وقول
المصنف: "اعتبارا باللفظ" تعليل لدخول الفيلة في اسم الخف، ردا على المخالف،
واستنادا إلى دخوله في لفظ الخف كما ذكرناه.
قوله: "وكذا يدل الحافر على الفرس والحمار والبغل".
لا خلاف عندنا في جواز المسابقة على الثلاثة، لدخولها تحت الحافر
وصلاحيته للمسابقة عليها في الجملة. وخالف بعض (٣) العامة في جوازها على
الأخيرين، لأنهما لا يقاتل عليهما غالبا ولا يصلحان للكر والفر. والنص 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، ولأنها ليست من
آلات الحرب، ولا مفيدة للحذق فيه.

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

(١) راجع المهدب ضمن المجموع ١٥ : ١٣٧، والمغني لابن قدامة ١١ : ١٣٠، والوجيز ٢ :
٢١٨.

(٢) راجع المهدب ضمن المجموع ١٥ : ١٣٧، والمغني لابن قدامة ١١ : ١٣٠، والوجيز ٢ :
٢١٨.

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

(٤) راجع المهدب (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 - أنه سابق (١) عائشة بالقدم مرتين سبق في أحدهما وسبق في الأخرى، ورواه ابن الجنيدي في كتاب الأحمدي (٢)، واستدل به على جوازها بغير عوض حيث لم يذكر العوض، وأنه صارع ركانة (٣) ثلاث مرات، كل مرة 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 أن المشهور في الرواية فتح الباء من " سبق " فيفيد نفي مشروعية بذل العوض، ولا تعرض فيها لما عداه فيبقى على أصالة الجواز، وعلى رواية السكون المفيد لنفي المصدر مطلقا يدل على المنع مما عدا المستثنى مطلقا، ويرجح الأول - مع الشهرة - أن احتمال الأمرين يرفع دلالتها على المنع مطلقا، فيبقى على أصالة الجواز خالية عن المعارض، مضافا 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 نعثر عليه.

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

(٤) راجع المصنف لعبد الرزاق ١١: ٤٢٧ ح ٢٠٩٠٩، المراسيل لأبي داود: ٣٢٥ ح ٣٠٨.

الثالث

في عقد المسابقة والرماية

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

قوله: " وهو يفتقر إلى ايجاب 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
تقدم (٨) تحقيقه.

ومنشأ الخلاف أنها عقد يتضمن عوضاً على عمل، وهو مشترك بين الإجارة

(١) راجع المغني لابن قدامة ١١ : ١٣٢ .

(٢) السرائر ٣ : ١٤٩ .

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

(٤) المائة: 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 و كونه معلوما وهو من خواص الإجارة، وعلى جواز ابهام العامل في السبق، وعلى ما لا يعلم حصوله من العامل، وعلى جواز بذل الأجنبي وهو من خواص الجعالة. فوقع الاختلاف بسبب ذلك، فعلى القول بأنها جعالة يلحقها أحكامها من الاكتفاء بالايجاب والجواز، وعلى القول بالإجارة يفتقر معه إلى القبول وتكون لازمة.

ويمكن أن يجعل عقدا برأسه، نظرا إلى تخلف بعض خواصها عن كل من الأمرين على حدته كما عرفت، ويقال حينئذ بلزومها لعموم الآية، وهذا أجود اللهم إلا أن يناقش بأن الجعالة ليست عقدا فلا تتناول الآية لها ولنظائرها، ويرجع إلى أصالة عدم اللزوم حيث يقع الشك في كون المسابقة عقدا أم لا.

واعلم أن المصنف جعل مورد الخلاف كونها عقدا مفتقرا إلى ايجاب وقبول، أو ايقاعا فلا يفتقر إلى القبول، ورتب على الأول اللزوم، وعلى الثاني الجواز. وبعض الفقهاء عكس فجعل مورد الخلاف أنه عقد لازم أو جائز، ورتب على اللزوم كونها إجارة، وعلى الجواز كونها جعالة. وفي الحقيقة كل واحد من التعريفين أعم من المدعى، إذ لا يلزم من كونها عقدا لزومه، لأن العقد ينقسم إلى اللازم والجائز والمتردد، ولا يلزم من كونها عقدا جائزا كونها جعالة، لجواز أن يكون عقدا مفتقرا إلى ايجاب والقبول مع كونه جائزا كالمضاربة.

ولعل ما فرضه المصنف أولى، لأن من جعلها عقدا يمكن استدلاله على لزومه بعموم "أوفوا بالعقود" وإن كانت العقود أعم من اللازمة، ومن جعلها إيقاعا لا يناسبها إلا الجعالة من أفراد الايقاعات بالنظر إلى خواصها فناسبها الجواز. وهذا حسن. ولا يرد عليه ما أورده العلامة في المختلف (١) من أن الآية لا يراد منها مطلق

(١) مختلف الشيعة: ٤٨٤.

ويصح أن يكون العوض عينا، أو دينا.
وإذا بذل السبق غير المتسابقين، صح اجماعا. ولو بذله أحدهما.
أو هما، صح عندنا، ولو لم يدخل بينهما محلل. ولو بذله الإمام من بيت
المال جاز، لأن فيه مصلحة.

العقود وإلا وجب الوفاء بالوديعة والعارية وغيرهما من العقود الجائزة، وهو باطل
اجماعا، فلم يبق إلا العقود اللازمة، فلا ينفع هنا لأنه المتنازع.
وإنما لم يرد ذلك لأن الأمر بالوفاء بالعقود عام في جانب المأمور والمأمور به،
فيشتمل بعمومه سائر العقود، ثم (بعد) (١) تخصيصه ببعضها وإخراج العقود الجائزة
ببقي العموم حجة في الباقي كما هو محقق في الأصول، وإنما تنتفي دلالة حينئذ لو
جعلناه بعد التخصيص مجملا غير حجة في الباقي، وهو قول مردود، لا يرتضيه
العلامة ولا غيره من المحققين. وأما قوله: أن الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه من لزوم
وجواز فهو خلاف الظاهر منه، فإن مقتضى الوفاء بالشئ التزامه والعمل بمقتضاه
مطلقا.

قوله: " ويجوز أن يكون العوض عينا أو دينا "

قد عرفت أن عقد المسابقة لا يفتقر إلى العوض، بل دائرة جوازه بدونه أوسع،
لكن على تقدير ذكر العوض يجوز كونه عينا ودينا، كما في غيره من الأعواض الواقعة
في المعاملات. ويعتبر على التقديرين كونه مضبوطا بالمقدار والجنس والنوع. ويتفرع
على كل من العين والدين أحكامه اللاحقة له شرعا من الضمان والرهن عليه وغير
ذلك، فإنه على تقدير كونه دينا لا يصح الرهن عليه، لتعذر أخذها من الرهن، ولا
ضمانها إلا إذا جوزنا ضمان الأعيان المضمونة مطلقا. وعلى تقدير كونه دينا يصح
الرهن عليه حيث يكون لازما، وضمانه بشرطه. وكذلك يجوز كونه حالا ومؤجلا،
منهما ومن أحدهما وبالتفريق.

قوله: " وإذا بذل السبق غير المتسابقين صح... الخ "

(١) من إحدى الحجريتين.

إذا تضمن عقد المسابقة مالا فأما أن يخرج المتسابقان معا، أو أحدهما، أو ثالث هو الإمام، أو غيره، فالأقسام أربعة:

الأول: أن يخرج المال الإمام، وهو جائز اجماعا منا ومن غيرنا، سواء كان من ماله أو من بيت المال، لأن النبي (١) - صلى الله عليه وآله - سابق بين الخيل وجعل بينهما سبقا، ولأن ذلك يتضمن حثا على تعلم الجهاد والفروسية، وأعداد أسباب القتال، وفيه مصلحة للمسلمين وطاعة وقربة، فكان سايغا.

الثاني: أن يكون المخرج غير الإمام، وهو جائز أيضا عندنا وعند أكثر العامة (٢)، لأنه بذل مال في طاعة وقربة، وطريق مصلحة للمسلمين، فكان جائزا بل يثاب عليه مع نيته، كما لو اشترى لهم خيلا وسلاحا وغيرها مما فيه إعانتهم على الجهاد. وقال بعض العامة (٣): " لا يجوز أن يخرج المال غير المتسابقين إلا الإمام، لاختصاص النظر في الجهاد به. وضعفه ظاهر، لأن تهيئة أسباب الجهاد غير مختصة به، وعموم الأخبار المسوغة له في الأصل متناولة لموضع النزاع.

الثالث: أن يخرج المال أحد المتسابقين، بأن يقول أحدهما لصاحبه: إن سبقت فلك علي عشرة، وإن سبقت أنا فلا شيء لي عليك. وهو جائز عندنا أيضا، للأصل وانتفاء المانع. وقال المانع من العامة في السابق لا يصح هنا أيضا، لأنه قمار. ويندفع - على تقدير تسليمه - بخروجه عنه بالنص السابق المتفق عليه الشامل لموضع النزاع.

الرابع: أن يخرج المتسابقان معا، بأن يخرج كل منهما عشرة مثلا على أن يحوزهما السابق. وهو جائز أيضا مطلقا على الأشهر.

(١) سنن أبي داود ٣: ٢٩ ح ٢٥٧٥.

(٢) المغني لابن قدامة ١١: ١٣١.

(٣) في هامش " و " : " هو مالك بن أنس. منه رحمه الله ". لاحظ حلية العلماء ٥: ٤٦٩ والمغني لابن قدامة ١١: ١٣١.

ولو جعلنا السبق للمحلل بانفراده، جاز أيضا. وكذا لو قيل: من سبق منا فله السبق، عملا باطلاق الإذن في الرهان. ويفتقر في المسابقة إلى شروط خمسة: تقدير المسافة ابتداء وانتهاء. وتقدير الخطر. وتعيين ما يسابق عليه. وتساوي ما به السباق في احتمال السبق، فلو كان أحدهما ضعيفا، تيقن قصوره عن الآخر، لم يجوز. وأن يجعل السبق لأحدهما أو للمحلل، ولو جعل لغيرهما لم يجوز.

وقال ابن الجنيد (١): لا يجوز إلا بالمحلل، بأن يكون بينهما ثالث في السباق إن سبق أخذ السبقين معا وإن سبق لم يغرم، أخذا بظاهر رواية (٢) عامية عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، ودلالاتها وحجيتها ممنوعتان. إذا تقرر ذلك فقول المصنف: "إذا بذل السبق غير المتسابقين صح اجماعا" يشمل ما لو كان الباذل الإمام وغيره. وقد عرفت أن موضع الإجماع ما لو كان الباذل الإمام لا غيره. وقوله: "أوهما صح عندنا" ليس على إطلاقه أيضا، لمنع ابن الجنيد منه كالشافعي (٣) فكأنه ما اعتبر خلافه في ذلك وليس بذلك الجيد. قوله: "ولو جعلنا السبق للمحلل بانفراده جاز أيضا... الخ".

المعتبر جعل المال على تقدير بذله للسابق منهما، أو من أحدهما، أو من المحلل. فإن عيناه للمحلل خاصة على تقدير سبقه جاز واختص به إن سبقهما. وإن سبق أحدهما لم يستحق شيئا. وكذا لو سبق أحدهما والمحلل، لعدم تحقق الشرط وهو سبق المحلل، إلا أن يشترط ما يشمل ذلك فيستحق بحسب الشرط، كما لو شرطا أنه إن سبق استحق وإن سبق مع أحدهما اختص دون رفيقه، أو أنه إن سبق مع أحدهما استحق مال الآخر وأحرز رفيقه ماله. ولو أطلقا استحقاق السابق منهما ومن المحلل صح أيضا، عملا باطلاق الإذن في الأخبار الشامل لذلك. قوله: "ويفتقر المسابقة إلى شروط خمسة... الخ".

(١) لاحظ ص: ٧٤، هامش (١، ٢).

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

(٣) لاحظ ص: ٧٤، هامش (١، ٢).

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

الأول: تقدير المسافة ابتداء وانتهاء، فلو لم يعيناهما أو أحدهما، بأن شرطاً المال لمن يسبق منهما حيث يسبق - لم يجز، لأنه إذا لم يكن هناك غاية معينة فقد يديمان السير حرصاً ويتعبان فتهلك الدابة. ولأن 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 ويشتد في الانتهاء، وهو هجانها وصاحبه يبغى طول المسافة، فإذا اختلف الغرض فلا بد من الاعلام 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 أيهما يقف أولاً لم يجز، لما ذكر الثاني: تقدير الخطر، وهو المال الذي تسابقا عليه جنسا وقدرًا، لأنه عوض عن فعل محلل فيشترط فيه العلم كالإجارة. فلو شرطاً مالا ولم يعيناه، أو تسابقا على ما يتفقان عليه، أو على ما يحكم به زيد بطل العقد، للغرر وافضائه إلى التنازع المخالف لحكمة الشارع. ويجيء على قول من يجعلها جعالة جواز الجهالة في العوض على بعض الوجوه، وذلك حيث لا يمنع من التسليم ولا يفضي إلى التنازع، كجعل عبده الفلاني أو جزء منه - ولا يعلمانه أو أحدهما - لمن سبق، وقد تقدم (٢) أن المال ليس شرطاً في عقد المسابقة، بل يعتبر ضبطه على تقدير اشتراطه.

الثالث: تعيين ما يسابق عليه بالمشاهدة، لأن المقص من المسابقة امتحان الفرس ليعرف شدة سيره وتمرينه على العدو، وذلك يقتضي التعيين. وفي الاكتفاء

(١) التذكرة ٢: ٣٥٤.

(٢) راجع ص: ٨٧، ٩٠.

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

الرابع: تساوي ما به السباق في احتمال السبق، لأن الغرض الاستعلام، وإنما يتحقق مع احتمال سبق كل منهما، إذ لو علم سبق واحدة لم يكن للاستعلام فائدة. والمراد بالتساوي في احتمال السبق قيام الاحتمال في كل واحدة وإن ترجح أحدهما على الآخر، لا تكافؤ الاحتمالين كما يظهر من العبارة. وفي تمثيله بما لو كان أحدهما ضعيفا يتيقن قصوره عن الآخر تنبيه على ما فسرنا به، وعلى هذا لا يبطل إلا مع القطع بسبق أحدهما.

الخامس: أن يجعل السبق لأحدهما أو للمحلل، فلو جعل لغيرهما لم يجز، لأنه مفوت للغرض من عقد المسابقة إذ الغرض التحريض في طلب العوض. وكذا لو جعل للمسبق، لأن كلا منهما يحرض على كونه مسبقا لتحصيل العوض فيفوت الغرض. وكذا لا يجوز جعل القسط الأوفر للمسبق، ويجوز العكس لحصول الغرض في الجملة بالنسبة إلى الزيادة، كما يجوز جعلها خاصة عوضا. فهذه جملة ما اعتبره الصنف من الشروط. والذي زاده في التذكرة (١):

السادس: تساوي الدابتين في الجنس، فلا يجوز المسابقة بين الخيل والبغال، ولا بين الإبل والفيلة، ولا بينها وبين الخيل، لأنه مناف للغرض من استعلام قوة الفرس وتمارينها مع السباق مع جنسها. ولو تساويا جنسا لا وصفا كالعربي والبرذون والبختي والعراقي فالأقوى الجواز، لحصول الشرط وهو احتمال سبق كل منهما لأنه المفروض، ولتناول اسم الجنس لهما. ووجه العدم بعد ما بين الصنفين كتباعد الجنسين. وهو بعيد.

السابع: ارسال الدابتين دفعة، فلو أرسل أحدهما دابته قبل الآخر ليعلم هل

(١) التذكرة ٢: ٣٥٦.

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

يدركه أم لا، لم يجز، لأنه مناف للغرض من العقد، لأن السبق ربما كان مستندا إلى ارسال أحدهما أولا. وأيضا فإن استعلام ادراك الآخر للأول غير استعلام السبق فلا يجوز العقد عليه.

الثامن: أن يستبقا على دابتين بالركوب، فلو شرطا ارسال الدواب لتجري بنفسها فالعقد باطل، لأنها تتنافر بالارسال ولا تقصد الغاية، بخلاف الطيور إن جوزنا المسابقة عليها لأن لها هداية إلى قصد الغاية.

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

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

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

الثاني عشر: عدم تضمن العقد شرطا فاسدا، فلو قال: إن سبقتني فلك هذه العشرة، ولا أرمي بعد هذا أبدا، أو لا أنا ضلك إلى شهر، بطل العقد لأنه شرط ترك قربة مرغب فيها ففسد وأفسد.

قوله: " وهل يشترط التساوي في الموقف؟ قيل: نعم، والأظهر: لا، لأنه مبني على التراضي "

وجه الاشتراط ما قد عرفته من أن الغرض الذاتي من المسابقة معرفة جودة عدو الفرس وسبقه وفروسية الفارس، وهو منتف مع عدم التساوي، لأن عدم السبق قد يكون لما بينهما من المسافة فيخل بمقصود العقد.

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

(١) في ص: ٨٨.

وأما الرمي فيفتقر إلى العلم بأمور ستة: الرشق، وعدد الإصابة، وصفتها، وقدر المسافة، والغرض، والسبق،

مضافا إلى أصالة عدم الاشتراط، وإطلاق الأخبار الدالة على الإذن فيه الشامل لموضع النزاع. والتفاوت الحاصل بين الموقفين إن حصل معه احتمال السبق من كل منهما لم يضر عروض التخلف وإلا كان المانع فقد ذلك الشرط الذي قد اتفق على اعتباره.

والفرق بين هذه المسألة ومسألة إرسال إحدى الدابتين قبل الأخرى - حيث منع منه ثم وجوزت هذه - أن التفاوت بين الموقفين هنا مضبوط يمكن معه رفع الجهالة عما هو في حكم العوض، بخلاف إرسال إحدى الدابتين قبل الأخرى، فإن المنع منه موجه إلى الإطلاق كما ذكر، إذ لو انضبط موقف المرسله أولا بالنسبة إلى المتأخرة لكانت هي هذه المسألة.

قوله: " وأما الرمي فيفتقر إلى العلم بأمور ستة... الخ "

المراد بالستة ما عده من قوله: " الرشق إلى قوله والسبق "

فالأول من الستة: الرشق، وقد تقدم (١) أنه عدد الرمي فيعتبر العلم به، لأنه العمل المقصود المعقود عليه، ليكون غاية رميها معلومة منتهية إليه. فلو لم يعين أمكن أن يطلب المسبوق الرمي بمقتضى العقد ليلحق أو يسبق ويمتنع الآخر، فيحصل التنازع على وجه لا سبيل إلى دفعه ولا غاية يتفقان عليها، وذلك خلاف حكمة الشارع المضبوطة في مثل ذلك.

وفصل بعضهم فاشترط العلم به في المحاطة دون المبادرة (٢)، محتجا بأن المراد في المحاطة خلوص إصابة العدد المشتركة بعد مقابلة الإصابات من الجانبين من عدد يجب اكماله، فلا بد من تعيينه وإلا لأفضى إلى الجهالة، بخلاف المبادرة لأن الاستحقاق فيها متعلق بالبدار إلى إصابة العدد المعبر حيث اتفق، ولا يجب اكمال

(١) في ص: ٧٥.

(٢) إيضاح الفوائد ٢: ٣٧١.

يحتمل الإصابة منه بحسب حال المتعاقدين فلو عينا مسافة لا يحتمل إصابتهما منها وإن احتمل في غيرهما بطل، ولو كانت منهما نادرة فالأقوى الصحة.
الخامس: الغرض، لأنه المقصود بالإصابة. ويحصل العلم به بأمرين: موضعه من الهدف بارتفاعه وانخفاضه، لأن الإصابة في المنخفض أكثر منها في المرتفع. والثاني قدره في ضيقه وسعته، لأن الإصابة في الواسع أكثر منها في الضيق.
السادس: قدر السبق - بالفتح - أي العوض المبذول للسابق، حذرا من الغرر في المعاملة كغيره من الأعواض، فإن أغفلا ذكره أو جعلاه مجهولا بطل العقد. وسيأتي (١) حكمه بالنسبة إلى ثبوت أجره المثل وعدمها.
قوله: " وتماثل جنس الآلة "

هو - بالجر عطف على العلم بالأمور الستة - خارج عنها، والعبارة في قوة افتقار الرمي إلى أمرين: أحدهما: العلم بالأمور الستة. والثاني: تماثل جنس الآلة. وقد وقع بسبب ذلك اشتباه على بعضهم فتوهمه مندرجا فيما يجب أن يعلم، ووجده سابعا زائدا في العدد. والصواب ما ذكرناه، وإنما فصله عنها لأنه مما يفتقر إليه في العقد لا مما يجب أن يعلم، بخلاف الستة.

إذا تقرر ذلك: فالمراد بتماثل جنس الآلة تماثل ما يرميان به من القوس في الصنف كالعربي الخاص، ومن السهم لاختلاف الرمي باختلافه، فيجب ضبطه حذرا من الجهالة، ولأن اختلافها بمنزلة اختلاف حيوان السباق كالخيل والبغال. وقيل: لا يشترط التعيين، ولا يضر اختلاف النوع ويجوز اطلاق العقد مجردا عنه، وإنما يلزم مع اشتراطه. ثم إن كان هناك عرف معين حمل الاطلاق عليه، وإلا كان الخيار لهما فيما يتفقان عليه. هذا هو الأقوى. وحيث يشترط التعيين أو يشترطانه لا يجوز لأحدهما العدول عن المشروط إلا برضا صاحبه فيجوز، لأن موجب الشرط أن يلتزمه كل واحد في حق صاحبه ما لم يرض باسقاط حقه.

(١) في ص: ١٠٨ - ١١١.

وفي اشتراط المبادرة والمحاطة تردد، والظاهر أنه لا يشترط.

قوله: " وفي اشتراط المبادرة والمحاطة تردد والظاهر أنه لا يشترط ".
قد عرفت معنى المبادرة والمحاطة واختلاف مفهومهما وفائدتهما. وقد اختلف الفقهاء في اشتراط تعيين أحدهما في العقد وعدمه مع الاتفاق على أن الاطلاق على تقدير صحته منزل على إحداهما بعينها، فالمصنف وجماعة (١) ذهبوا إلى عدم الاشتراط، لأصالة عدمه مع انتفاء الدليل عليه.
وعليه فهل ينزل الاطلاق على المحاطة أو المبادرة؟ قولان أشهرهما الأول، لأن اشتراط السبق إنما يكون لإصابة معينة من أصل العدد المشترط في العقد، وذلك يقتضي اكمال العدد كله لتكون الإصابة المعينة منه، فإنهما إذا عقد على أن من أصاب خمسة من عشرين كان له كذا فمقتضاه رمي كل منهما العشرين وإلا لم يتحقق كون الخمسة التي حصلت الإصابة بها من العشرين، وذلك هو معنى المحاطة، إذ المراد بها خلوص إصابة الخمسة من رمي العشرين لواحد. ولأنها أجود فائدة في الرمي حيث يعتبر اكمال العدد غالباً، بخلاف المبادرة.
وقيل: يحمل الاطلاق على المبادرة، لأنها الغالب في المناضلة، ولأن المتبادر من اشتراط السبق لمن أصاب عدداً معيناً استحقاقه إياه متى ثبت له ذلك الوصف.
وكلاهما ممنوع.
وفي التذكرة (٢) اختار اشتراط التعرض في العقد لأحدهما لأن حكم كل واحد منهما مخالف لحكم الآخر، فإن أهمل بطل العقد، لتفاوت الأغراض، فإن من الرماة من تكثر إصابته في الابتداء وتقل في الانتهاء، ومنهم من هو على عكس ذلك. ولعل هذا أجود.

(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 تضيق لا فائدة فيه، ولأنه قد تعرض له أحوال خفية تحوجه إلى الابدال، حتى لو عينه لم يتعين وجاز الابدال لما ذكر، كما لو عين الكيل في السلم. وعلى هذا فهل يفيد العقد بتعيينه؟ وجهان: أحدهما: الفساد كما في كل شرط فاسد يذكر في العقد، وهو اختيار العلامة في التذكرة (١). والثاني: عدمه، بل يكون ذكره لغوا، وهو اختياره في القواعد (٢). ولو قيل بتعيينه بالتعيين وإن يكن ذكره شرطاً كان حسناً، لعموم الأمر بالوفاء به، ولا مكان تعلق الغرض بذلك المعين. وتفاوت القوس الشديدة واللينه قريب من تفاوت القوس العربية والعجمية.

(١) التذكرة ٢: ٣٦١.

(٢) القواعد ١: ٢٦٤.

الفصل الرابع
في أحكام النضال
وفيه مسائل:

الأولى: إذا قال أجنبي لخمسة: من سبق فله خمسة، فتساووا في بلوغ الغاية، فلا شيء لأحدهم، لأنه 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 أجنبي لخمسة: من سبق فله خمسة... الخ ".
وقد تقدم (١) أن النضال عند المصنف يطلق على ما يشمل السبق والرمي على ما فيه من التجوز، وقد جرى في هذه الأحكام على ذلك، فذكر أحكاما مشتركة بينهما، وبدأ منها بشيء من أحكام السبق.
وحاصل المسألة: أنه إذا قال لجماعة: أيكم سبق فله خمسة ولا يخلو: إما أن يسبق واحد منهم خاصة، أو يستوي الجميع بأن جاؤوا جميعا، أو يسبق أكثر من واحد. ففي الأول لا اشكال في استحقاق السابق المال، لاختصاصه بالوصف الموجب للاستحقاق، كما لا اشكال في عدم استحقاق أحدهم شيئا منه في الثاني، لانتفاء الوصف عن الجميع، إذ لا سابق منهم.
ولو سبق ما فوق واحد فقد حكم المصنف وجماعة (٢) باشتراك السابقين في المال المبذول، فيوزع عليهم على الرؤوس، لأن " من " يحتمل كل فرد فرد من السابقين

(١) في ص: ٧٤.

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

ولو قال: من سبق فله درهمان ومن صلى فله درهم، فلو سبق واحد أو اثنان أو أربعة فلهم الدرهمان. ولو سبق واحد وصلى ثلاثة وتأخر واحد، كان للسابق درهمان، وللثلاثة درهم، ولا شيء للمتأخر.

ومجموع من سبق أعم 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 " من " 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 الجعالة بأنه لو قال: من دخل داري فله دينار ودخلها جماعة استحق كل منهم دينارا، معللين بأن كلا منهم قد صدر منه الفعل المجعول عليه - وهو الدخول - كاملا، وهذا بخلاف ما لو قال: من رد عبدي فرده جماعة، لأن كل واحد لم يتحقق منه الفعل الذي هو الرد، وإنما استند إلى المجموع من حيث هو مجموع، فيكون لهم عوض واحد، بخلاف الدخول. ومسألتنا من قبيل الدخول، لأن السبق قد تحقق كاملا من كل واحد، فيستحق كل واحد العوض كاملا. وهذا أقوى.

ولا يقدح فيه كون العوض غير معلوم حالة العقد من حيث إنه لا يعرف قدر السابقين، لأن المعتبر العلم بأصل القدر لا من كل وجه، ومن ثم جاز: من سبق فله كذا ومن صلى فله كذا. والوجه فيه أنه عقد متردد بين الجعالة والإجارة، وهما احتمالان من الغرر ما لا يحتمله غيرهما من عقود المعاوضات.

قوله: " ولو قال من سبق فله درهمان... الخ ". 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 الجعالة.

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

الثانية: لو كانا اثنين واخرج كل واحد منهما سبقا وأدخلا محللا
وقالا: أي الثلاثة سبق فله السبقان. فإن سبق أحد المستبقيين كان
السبقان له على ما اخترناه، وكذا لو سبق المحلل. ولو سبق المستبقان،
كان لكل واحد منهما مال نفسه، ولا شيء للمحلل. ولو سبق أحدهما
والمحلل، كان للمستبق مال نفسه ونصف مال المسبوق، ونصفه الآخر
للمحلل. ولو سبق أحدهما وصلى المحلل، كان الكل للسابق عملا
بالشرط. وكذا لو سبق أحد المستبقيين، وتأخر الآخر والمحلل. وكذا لو
سبق أحدهما، وصلى الآخر وتأخر المحلل.

فيكون للثلاثة درهمان وللمصلي وحده درهم، وهو خلاف الأمر المعتبر في العقد، فإنه
يشترط فيه أن يجعل للسابق أزيد مما يجعل للمصلي، فلو ساوى بينهما بأن جعل
للسابق درهما - مثلا - وللمصلي درهما لم يصح، فأولى ما لو زاد، ومن ثم احتمل هنا
البطلان، لأن المقصود من هذا العقد الحث على السبق بالتفضيل في الجعل، فإذا
احتمل مساواة المصلي فضلا عن تفضيله قل جد الغريم وحرصه في اجتهاد نفسه
وفرسه رجاء للسبق، فإنه كما يرجوه زائدا يرجو ما هو أسهل منه كذلك.
ورد بأن استحقاق الزيادة هنا باعتبار التفرد بالوصف لا اعتبار جعل الفاضل
للمتأخر فلا يقدر. وفيه نظر، لمنافاة الغرض المقصود على التقديرين. وعلى ما
اخترناه من استحقاق كل واحد من السابقين القدر المعين له فيرتفع الاشكال، ولا
يتحقق مساواة المصلي للسابق فضلا عن رجحانه عليه.
قوله: " لو كانا اثنين وأخرج... الخ "

قد عرفت فيما (١) سبق أن صور اخراج المال من المستبقيين وأحدهما وثالث كلها
جائزة عندنا، وأن بعض العامة (٢) وابن الجنيدي (٣) منا منعا من بعض الصور، وإلى
الخلاف المذكور أشار بقوله: " على ما اخترناه "

(١) لاحظ ص: ٩٠ - ٩١.

(٢) راجع ص: ٩١ - ٩٢.

(٣) راجع ص: ٩١ - ٩٢.

إذا تقرر ذلك: فعلى تقدير اخراج كل من المتسابقين مالا وادخالهما محللا بينهما إما أن يسبق أحدهم خاصة، أو اثنان، أو يستووا في بلوغ الغاية، ويتشعب من ذلك أحوال سبعة:

الأول: أن ينتهوا إلى الغاية على السواء، فيحرز كل من المتسابقين مال نفسه ولا شيء للمحلل، لانتفاء السابق.

الثاني: أن يسبق المخرجان بأن يصلا معا إلى الغاية، ويتأخر المحلل عنهما فكذلك، لاستوائهما في السبق، ولا شيء للمحلل لأنه مسبوق.

الثالث: أن يسبق المحلل ويأتي المخرجان بعده على السواء أو مترتين، فيستحق المحلل سبق المخرجين، لسبقه لهما.

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

الخامس: أن يسبق المحلل المخرجين بأن يأتي إلى الغاية على السواء ويتأخر المخرج الآخر، فيحرز السابق من المخرجين مال نفسه، ويكون مال المخرج المسبوق بين المخرج السابق والمحلل، لتشاركهما في سبب الاستحقاق وهو السبق.

السادس: أن يسبق أحد المخرجين المحلل، فيكون المحلل مصليا والمخرج الآخر أخيرا، فالمال كله للسابق كما مر. وقال بعض العامة (١): إن مال المسبوق من المخرجين للمحلل، لأنه سبق المتأخر، ويحرز السابق مال نفسه خاصة. وغلطوه في ذلك.

السابع: أن يسبق أحد المخرجين المحلل ويكون المخرج الآخر مصليا والمحلل تاليا، فالسابق يحرز السبقين أيضا عندنا لما ذكر، وعند ذلك البعض من العامة (٢) أن للسابق سبق نفسه وللمسبوق الثاني سبق نفسه ولا شيء للمحلل.

(١) حلية العلماء ٥: ٤٧١، المجموع ١٥: ١٥١.

(٢) حلية العلماء ٥: ٤٧١، المجموع ١٥: ١٥١.

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

قوله: " إذا شرط المبادرة والرشق عشرين والإصابة خمسة... الخ ". قد عرفت أن المبادرة هي اشتراط استحقاق العوض لمن بدر إلى إصابة عدد معين من مقدار رشق معين مع تساويهما فيه. وحينئذ فإذا رميا رشقا وتساويا في إصابته لم يتحقق السبق، ولا يجب الاكمال، لأنه لو وجب لرجاء السبق في الباقي خرج عن وضع المبادرة إلى المحاطة، وهذا خلاف المفروض. وكذا لا يجب الاكمال لو أصاب أحدهما خمسة منهما والآخر أربعة، لتحقق السبق من الأول بمبادرته إلى إصابة المشروط، فلو وجب الاكمال خرج عن وضعها. قوله: " أما لو شرط المحاطة - إلى قوله - وأكمل الرشق ". لأن مقتضى المحاطة هو ذلك على ما عرفت من تعريفها، فإذا تحاطا الخمسة بالخمسة بقي لهما عشرة يرجى لكل منهما السبق بها، فيجب اكمال الرشق. قوله: " ولو تحاطا فبادر أحدهما إلى اكمال العدد ". أي العدد المشترط 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 بالأصالة 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 أكمل 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 للاكمال فائدة.

منهما، فيتحقق حينئذ سبق من أصاب العدد دون صاحبه، إذ لم يبق له ما يرجو معه لحاقه فضلا عن السبق. وهو واضح. قوله: " وإن كان قبل انتهائه... الخ "

إذا بقي من الرشق لهما شيء والحال أن المشروط المحاطة، أو العقد مطلق وهو محمول عليها، فقد يبقى للاكمال فائدة فيجاب إليه طالبه، وقد لا يبقى فلا، بل يلزمه العوض قبل الاكمال. وقد ذكر المصنف أن الفائدة تتحقق بثلاثة أمور: أحدها: أن يرجو المسبوق الرجحان بالاكمال على السابق، بحيث يصير بالرجحان سابقا ويأخذ العوض، أو لا يصير به سابقا ولكن يمنعه من السبق. فالأول كأن يكون شرط الرشق عشرين، والشرط التفرد بخمسة، فرمى كل منهما عشرة فأصابها أحدهما (أجمع) (١) وأصاب الآخر منها خمسة. فهنا إذا طلب المسبوق الاكمال أجيب إليه، لأنه يرجو أن يخطئ صاحبه العشرة الباقية ويصيبها هو، فيتم له خمسة عشر إصابة ولصاحبه عشرة، فيتساقطان عشرة بعشرة يفضل للمسبوق خمسة يصير بها سابقا. والثاني: كالمثال بعينه إلا أن المسبوق أصاب من العشرة أقل من الخمسة،

(١) من " ب " وهامش " و " .

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

فرجاؤه المذكور يوجب رجحانه على صاحبه بشئ لكن لا يبلغ حد السبق، كما لو كان قد أصاب من العشرة الأولى اثنين، فإنه على تقدير إصابته العشرة الثانية بتمامها يبقى له اثنا عشر وللآخر عشرة، فإذا تحاطا 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 فضلا عن الرجحان، لأن غايته أن يصيب الخمسة الباقية ويخطئها الآخر، فتصير إصابات المسبوق تسعة والسابق عشرة فيمنعه عن التفرد بالخمسة المشروطة، وهو فائدة تمنع من استحقاق صاحبه العوض كأوليين. وقول المصنف: " كما إذا رمى أحدهما خمسة عشر فأصابها... الخ " مثال ما إذا انتفت الفائدة أصلا، وقد بين (١) وجه انتفاء الفائدة فيه. قوله: " إذا تم النضال ملك الناضل العوض وله التصرف فيه كيف شاء ".

مفهوم (٢) الشرط أنه لا يملك الناضل العوض بدون التمامية، وهو من خواص الجعالة لا الإجارة التي قد اختار أنه مثلها في اللزوم. وكأن السر في تعليق الملك على تمامية النضال أن العقد وإن كان لازما إلا أن الملك لا يعلم لمن هو قبل تمامه، لاحتمال السبق من كل منهما وعدمه، فإذا تحقق السبق على وجه من الوجوه فقد تم النضال، سواء أكمل الرشق أم لا، وتحقق الملك للسابق، وقيل ذلك لا يحصل ذلك

(١) في " ش " و " و " : تبين.
(٢) في " و " : يفهم من الشرط.

ولو شرط في العقد اطعامه لحزبه، لم أستبعد صحته.
الخامسة: إذا فسد عقد السبق لم يجب بالعمل أجره المثل، ويسقط
المسمى لا إلى بدل. ولو كان السبق مستحقا، وجب على البازل مثله أو
قيمته.

بخلاف الإجارة. وبهذا يظهر أن هذا العقد ليس على حد أحد العقدين ولا غيرهما
من المعاوضات مطلقا، وإنما له شبه بأحدهما أو بهما من بعض الوجوه، فلا بعد في
اختصاصه ببعض الأحكام بالنسبة إليهما وإلى غيرهما.
إذا تقرر ذلك: فمتى تحقق ملك العوض لأحدهما كان ملكا من أملاكه يفعل
به ما شاء من اختصاص وتصرف كيف شاء كغيره من الأملاك. وهو واضح.
قوله: " ولو شرط في العقد اطعامه لحزبه لم أستبعد صحته ".
وجه عدم البعد عموم الأمر بالوفاء (١) بالعقود، ولكون المسلمين عند
شروطهم (٢) الشامل لهذا الفرد، ولأنه مما يتعلق به غرض صحيح شرعي فلا مانع
من صحة شرطه.
وقال الشيخ (٣) في أحد قولي: يبطل الشرط والعقد، لأن عوض العمل يجب
أن يكون للعامل كالإجارة، فاشتراط خلافه مناف لمقتضاه، وببطلانه يبطل العقد
كما علم مرارا.

وفيه: أن الحاقه بالإجارة قياس مع وجود الفارق، لما عرفت من أنه ليس على
نهجها مطلقا، بل ولا على نهج المعاوضات، لصحة البذل بل أولويته ممن لا دخل له
في العمل ولا يصل إليه شيء من العوض الآخر، فإذا دل على صحته دليل عام كما
ذكرناه لم يقدح فيه مخالفته لما أشبهه من العقود مع مغايرته له من وجوه.
وللشيخ (٤) قول آخر ببطلان الشرط دون العقد. وقد تقرر ضعفه في نظائره.
قوله: " إذا فسد عقد السبق لم يجب بالعمل أجره المثل... الخ ".

(١) المائدة: ١.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٥٣ ب " ٦ " من أبواب الخيار ح ١، ٢، ٥.

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

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

إذا فسدت المعاملة بعد العمل فلا يخلو: إما أن يكون الفساد ابتداء 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 اختل بعض شروطه السابقة أو غيرها. وأما أن يكون طارئاً على أصل الصحة بأن ظهر العوض مستحقاً، فإن العقد وقع صحيحاً غايته تزلزله حيث وقف على إجازة المالك، وإنما طرأ له البطلان بعدم إجازته، ومن ثم لو أجاز لزم العقد، فدل على أنه لم يقع فاسداً ابتداءً. فهذا هو الوجه في فرق المصنف بين القسمين.

فإن كان فساده من الجهة الأولى فقد قطع المصنف بأنه لا شيء للسابق، وهو اختيار الشيخ (١) رحمه الله. ووجهه أنه لم يعمل له شيئاً ولا فوت عليه عمله ولا عاد نفع ما فعله إليه، وإنما فائدة عمله راجعة إليه، بخلاف ما إذا عمل في الإجارة والجمالة الفاسدتين، فإنه يرجع إلى أجره مثل عمله، لأن فائدة العمل للمستأجر والجاعل.

وذهب العلامة (٢) وجماعة المتأخرين (٣) إلى وجوب أجره المثل، لأنه عقد استحق المسمى في صحيحه، فإذا وجد المعقود عليه في الفاسد وجب عوض المثل. ولا نسلم أن وجه وجوب أجره المثل في العقدين ونظائرهما رجوع عمل العامل إلى من يجب عليه العوض، لأن العمل في القراض قد لا ينتفع به المالك ومع ذلك يكون مضموناً.

وعندي فيه نظر، لأن الالتزام لم يقع إلا على تقدير العقد الصحيح، والأصل براءة الذمة من وجوب شيء 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" و"هامش" و"جماعة من المتأخرين. راجع إيضاح الفوائد ٢: ٣٦٨ وجامع المقاصد ٨: ٣٣٧.

ما يجب فيه أجره المثل من العقود واضح، لا من جهة ما ذكره من رجوع نفع عمل العامل إلى من 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) للعرض المخصوص بقي أصل الأمر بالعمل الموجب لأجرة المثل، بخلاف هذا العقد، فإنه لا يقتضي أمرا بالفعل، فإن قوله: سابقتك على أن من سبق منا فله كذا، ونحو ذلك من الألفاظ الدالة على أن المراد ليس فيها أمر ولا ما يقتضيه بفعل له أجره. فالأصل براءة الذمة من وجوب شيء آخر غير ما تضمنه العقد. وقاعدة أن كل ما كان صحيحة موجبا للمسمى ففاسده موجب لأجرة المثل لا دليل عليها كلية، بل النزاع واقع في بعض موارد، فكل ما لا اجماع ولا دليل صالح يدل على ثبوت شيء فالأصل يخالف مدعي القاعدة.

نعم، لو اتفق وقوع العقد بصيغة تقتضي الأمر بالفعل وجوزناه اتجه وجوب أجره المثل، إلا أن هذا خارج عن وضع الصيغة المعهودة وإنما يتفق، حيث لا نخصه (٢) بعبارة بل كل لفظ دل عليه كالجعالة.

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 مستحقا فقد جزم المصنف بأنه يجب على البازل مثله أو قيمته، ووافق عليه جماعة (٣) من المتأخرين. ووجهه ما عرفت من صحة العقد ابتداء بالعوض المعين، وإنما اتفق متزلزلا موقوفا على إجازة المالك،

(١) في "ب" وهامش "و": المقتضي.

(٢) في النسخ الخطية: يخصه.

(٣) التحرير ١: ٢٦٢، اللعة: ١٠١.

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

فقد تشخص العوض المعين للعقد، فإذا طراً زوال ذلك العوض لعدم إجازة المالك وجب الرجوع إلى أقرب شئ إليه، وهو مثله إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا، كالصداق إذا ظهر فساده.

وقيل تجب أجره المثل هنا أيضا (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 انفسخ من أصله لا من حين الفسخ فصار العوض المعين كالمعدوم ابتداء، بل كغير المتمول بالنسبة إلى غير المالك. وهذا القول أوجه حيث يوجب بهذه المعاملة إذا فسدت شيئا، لكن فيه ما قد عرفت.

قوله: " إذا فضل أحدهما الآخر في الإصابة... الخ ". هذا هو المشهور، بل كثير منهم لم يذكروا فيه خلافا. ووجه المنع: ما ذكره المصنف من منافاة ذلك للغرض والحكمة المسوغة لهذا العقد. ونسبته إلى القبل مشعر بالتوقف فيه، ووجهه: أنه جعل على عمل محلل، ومنع كون المقصود بالنضال منحصرًا فيما ذكر، لجواز أن يقصد به كسب المال، فإذا حصل بالسبق أمكن تحصيله بمقدماته، مضافا إلى أصالة الصحة، وعموم الأمر بالوفاء بالعقد، والكون مع الشرط، ومنافاته للمشروع غير متحققة.

(١) إيضاح الفوائد ٢: ٣٦٨، جامع المقاصد ٨: ٣٣٨.

كتاب الوصايا
والنظر في ذلك يستدعي فصولاً
الأول
في الوصية
وهي: تملك عين، أو منفعة، بعد الوفاة.

قوله: " في الوصية وهي تملك عين أو منفعة بعد الوفاة ".
التمليك في التعريف بمنزلة الجنس يشمل سائر التصرفات المملوكة الواقعة عن
الفاعل من البيع والوقف والهبة وغيرها. وفي ذكر العين والمنفعة تنبيه على متعلق
الوصية. ويندرج في العين الموجود منها بالفعل كالشجرة، والقوة كالثمر المتجددة،
وفي المنفعة المؤبدة والمؤقتة والمطلقة. ويخرج ببعدية الوفاة الهبة وغيرها من التصرفات
المنجزة في الحياة المتعلقة بأحد الأمرين.
وينتقض في عكسه بالوصية إلى الغير بانفاذ 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 أن الشهيد
في الدروس (٣) عنون لكل واحد من القسمين كتاباً، إلا أن المصنف لم يجز على ذلك

(١) المختصر النافع ١: ١٦٣.

(٢) اللعة الدمشقية: ١٠٤.

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

ويفتقر إلى ايجاب وقبول.
والايجاب كل لفظ دل على ذلك القصد، كقوله: أعطوا فلانا بعد وفاتي، أو لفلان كذا بعد وفاتي، أو أوصيت له.

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

وينتقض في عكسه أيضا بالوصية بالعتق فإنه فك ملك لا تمليك للعبد نفسه، وكذلك التدبير على القول بأنه وصية كما ذهب إليه الأكثر، والوصية ببراء المديون ويوقف المسجد فإنه فك ملك أيضا، وبالوصية بالمضاربة والمساقاة فإنهما وإن أفادا ملك العامل الحصاة من الربح والثمرة على تقدير ظهورهما إلا أن حقيقتهما ليست كذلك، وقد لا يحصل ربح ولا ثمرة فينتفي التمليك.
قوله: " ويفتقر إلى ايجاب وقبول... الخ "

يستفاد من افتقارها إلى الايجاب والقبول كونها من جملة العقود، ومن جواز رجوع الموصي ما دام حيا والموصى له على بعض الوجوه أنها من العقود الجائزة، وقد يلحق باللازمة على بعض الوجوه. ولم يذكر المصنف كيفية القبول هل ينحصر في اللفظ أم يكفي الفعل؟ واكتفى جماعة (١) بالقبول الفعلي الدال عليه كالأخذ والتصرف فيه لنفسه، وهو المناسب لبناء هذا العقد على الجواز وإنما يعرض له الزوم، بل أطلق المصنف الحكم عليه بالجواز. ويتفرع عليه أيضا عدم اشتراط مقارنة القبول للايجاب، وهو موضع وفاق.

وإطلاق اعتباره الايجاب والقبول يشمل الوصية لمعين كزيد وغيره كالفقراء فيقبل لهم الحاكم. والأصح في الثاني عدم اشتراط القبول، لتعذره في المستحق إن أريد من الجميع، ومن البعض ترجيح من غير مرجح من أن 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 الموصى وقبول الموصى له، ولا ينتقل بالموت منفردا عن القبول، على الأظهر.

بخصوصه، وقد تقدم مثله في الوقف (١). وحينئذ فيشكل اطلاق العقد على الوصية لشموله لهذا الفرد، إلا أن يجعل ذلك لضرب من التجوز والحاقه بطريق الاستتباع، ولا يخفى ما فيه فإن أفراد هذا النوع كثيرة.

واعلم أن التقييد بقوله: بعد وفاتي، في الايجاب إنما يفتقر إليه في اللفظ المشترك بينها وبين غيرها، كقوله: أعطوا فلانا، المشترك بين الوصية والأمر، وقوله: لفلان كذا، المشترك بينها وبين الاقرار له، فلا بد من مايز يخرج ما يحتمله اللفظ من غيرها وهو يحصل بقوله: بعد وفاتي. أما قوله: أوصيت له بكذا، فلا يفتقر إلى القيد لأنه صريح في العطية ونحوها بعد الموت.

قوله: " وينتقل بها الملك إلى الموصى له بموت الموصى... الخ ". لا خلاف في توقف ملك الوصية على الايجاب من الموصى، لأنه أحد أركان العقد الناقل للملك، أو تمام الركن حيث لا يعتبر القبول على بعض الوجوه، وفي توقفه على موته، لأن متعلقها هو الملك وما في معناه بعد الموت، فقبله لا ملك. وإنما الخلاف في أن قبول الموصى له هل هو معتبر في انتقال الملك إليه بالموت، بمعنى كونه شرطاً في الملك، أم تمام السبب المعتبر فيه، فلا هو يحصل الملك بدونه أصلاً، أو يعتبر في الجملة أعم مما ذكر، أو لا يعتبر أصلاً بل ينتقل إليه الملك على وجه القهر كالإرث لا بمعنى استقراره له كذلك، بل بمعنى حصوله متزلزلاً فيستقر بالقبول ويبطل استمراره بالرد فينقل عنه به إلى ورثة الموصى؟ فهذه أقوال ثلاثة. والذي اختاره المصنف أن الملك لا يحصل بالموت منفرداً عن القبول، بل يبقى المال على حكم مال الميت فينتقل إلى وارثه انتقالاً متزلزلاً فيستقر برد الموصى له وينتقل إلى ملكه بقبوله. فقبوله على هذا جزء السبب الناقل للملك إليه، لأن الباء في قوله:

(١) في ص ٣١٣ و ٣٧٢.

" 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 أصلا. 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 ثانيا.

والحجة المشتركة بين القولين الدافعة للقول الثالث أن القبول لما كان معتبرا 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 لو رد 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 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 مطلقا. وأيضا 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 أصلا وإن اجتمعت الشرائط المعبرة في صحة البيع من جميع الجهات.

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

(١) المختلف: ٥٠٠.

(٢) النساء: ١١ و ١٢.

له بسبب الوصية السابقة، وذلك بسبب قهري من جهة الشارع سابق على ملك الوارث، إلا أنه لما لم يكن ثم تحقق ملك الوارث إلى حين تمامه ثم ارتفع. وقيل على الحصر أيضا: نمنع عدم بقاء ملك 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 قتيلا، وما يثبت في آلة الصيد التي نصبها حيا بعد وفاته. وقد يجاب عن هذا بأنه قد علم أن الموت سبب في انتقال الملك عنه وخروجه عن أهليته. وما ذكر لا يدل صريحا على ملكه، لجواز كونها ملك الوارث وإن تقدم حق الميت من تلك الوجوه عليه كما يقدم المرتهن بمال الرهن على الراهن المالك، فلا منافاة بين ملك الوارث لها وتقدم الميت بها. ويرشد إلى ذلك من مؤونة التجهيز أنه لو فقد الميت رجوع الكفن إلى الوارث، ولو لم يكن ملكه ابتداء لم يرجع إليه. وأما الصيد فإنما يملكه للوارث 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 ملكا للموصى له بالموت. ولأن الوصية مشابهة للإرث من حيث إنه يملك بالموت، وإن فارقت في جواز إزالة ما حصل من الملك قهرا برد الوصية كي لا يحصل له الملك المستقر باختيار غيره قهرا عليه حيث لا يريد.

وجوابه على القول الأول واضح، فإننا 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.

(١) في ص: ١١٨.

ينفسخ، وعلى الأول لا.

ورابعها: لو أوصى بأمته الحامل - وحملها من زوجها - لزوجها ولابن لها حر ومات، وخرجت كلها من الثلث وقبل الوصية وهما موسران، نظر إن قبلا معا عتقت الأمة كلها على ابنها، نصفها بالملك والباقي بالسراية، وعليه للزوج قيمة نصفها، ويعتق الحمل عليهما بالسوية، أما نصيب الزوج فلأنه ولده، وأما نصيب الابن فلأن الأم عتقت عليه إن قلنا بسراية عتق الحامل إلى الحمل أو كان الحمل أنثى، وإلا اختص العتق بالأب.

وإن قبل أحدهما قبل الآخر، فإن قلنا يحصل الملك بالموت أو قلنا بالوقف فكما تقدم، لأن وقت الملك واحد وإن اختلف وقت القبول. وإن قلنا يحصل بالقبول، فإن تقدم قبول الابن عتقت الأمة والحمل عليه إن قلنا بالسراية أو كان الحمل أنثى، وإلا أعتقت الأم خاصة. وإن تقدم 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 ينعق عليه فقبل بعد الموت، فإن قلنا يملك بالقبول عتق عليه حينئذ، وإن قلنا بالموت أو موقوف تبين أنه عتق عليه يوم الموت، وترتب عليه حكم ما يتجدد كسبه ونحوه.

وسادسها: لو أوصى بأمة لابنها من غيره، فإن خرجت من الثلث وقبل الابن الوصية عتقت عليه، وإن رد بقيت للوارث، وإن لم تخرج فالجواز (١) في قدر الثلث كذلك، وأما الزائد فإن أعتقه الوارث 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 قبل قبل الوفاة جاز، وبعد الوفاة أكد، وإن تأخر القبول عن الوفاة ما لم يرد.

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

ثم إن قلنا يملك بالموت ابتداءً أو تبينا قوم نصيب الوارث عليه، وإن قلنا يملك بالقبول عتق الكل على الوارث، لأنه يسري من نصيبه إلى قدر الثلث، والقبول بعده كاعتاق الشريك الثاني بعد اعتاق الأول وهو موسر. هذا إذا حكمنا بحصول السراية بنفس الاعتاق، وإن قلنا لا يحصل إلا بأداء القيمة فقبوله كاعتاق الشريك الثاني نصيبه قبل أخذ القيمة، وفي نفوذه وجهان يأتيان (١) إن شاء الله. وسابعا: لو أوصى بعبد لشخصين أحدهما قريبه الذي يعتق عليه، فإن قبلا معا عتق جميعه على القريب إن كان موسرا، النصف بالملك والنصف بالسراية، وإن قبل القريب أولا فكذلك. وإن قبل الأجنبي أولا فأعتق نصيبه قبل قبول القريب ثم قبل، فإن قلنا يملك بالقبول قوم نصيبه على الأجنبي كما مر، وإن قلنا يملك بالموت تبينا أن عتق الأجنبي غير نافذ، وأنه عتق جميعه على الوارث، وعليه نصف القيمة للأجنبي.

قوله: " ولو قبل قبل الوفاة جاز بعد الوفاة أكد وإن تأخر القبول عن الوفاة ما لم يرد "

حيث اعتبرنا قبول الموصى له فقبل بعد وفاة الموصى فلا اشكال في اعتبار قبوله، لمطابقتها للايجاب الصادر من الموصى، لأنه أوقع تملিকা بعد الوفاة فقبله في تلك الحال.

وإن قبل في حياة الموصى فالأكثر على اعتباره أيضا، لحصول المطلوب وهو قبول ما نقل إليه من الملك على الوجه الذي نقله إليه وإن لم يكن في وقته، فإن ذلك هو

(١) في ص: ١٦٧ - ١٦٨.

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

وذهب بعض الأصحاب (١) ومنهم العلامة (٢) إلى أن القبول إنما يعتبر بعد الموت، محتجا بأنه أوجب له بعد موته فقبله ليس محلا للقبول فأشبهه القبول قبل الوصية وكما لو باعه ما سيملكه، وبعدم المطابقة بين الإيجاب والقبول، وبأن القبول إما كاشف أو جزء السبب، وعلى التقديرين يمتنع اعتباره قبل الموت، أما إذا جعل كاشفا فلأن الكاشف عن الملك يجب أن يتأخر عنه ويمتنع الملك قبل الوفاة، وأما إذا جعل جزء السبب فلأنه إذا تم العقد وجب أن يترتب عليه أثره، وهو هنا ممتنع قبل الموت.

وقد عرفت مما قرناه جواب ذلك كله، فإن القبول لا يلزم أن يحصل به الملك، وإنما يحصل به تمام سببه، وهو لا يوجب وجود مسببه، لجواز تخلفه لفقد شرط، وهو هنا كذلك، لأن الموت شرط انتقال الملك، والإيجاب كما وقع قبل زمان انتقال الملك ناقلا له في وقت متأخر فكذلك القبول، فالمطابقة حاصلة. والفرق بينه وبين ما سيملكه واضح فإن ذلك ممتنع شرعا إيجابا وقبولا، وهنا لا مانع منه إلا بواسطة التخيل المذكور، وهو غير مانع.

وقوله: "إن القبول إما كاشف أو ناقل" يمكن اختيار كل واحد من القسمين، أما الكشف فلا نعني به أن كل فرد من أفراد القبول يقع كاشفا 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 يوهم التناقض راجع جامع المقاصد ١٠ - ١٢، والتحرير ١: ٢٩٢.

فإن رد في حياة الموصي جاز أن يقبل بعد وفاته، إذ لا حكم لذلك الرد. وإن رد بعد الموت وقبل القبول بطلت. وكذا لو رد بعد القبض وقبل القبول. ولو رد 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 متفق 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 الايجاب سبب تام في نقل الملك على الوجه الواقع في الايجاب والقبول لا مطلقا، ولما كان الايجاب تمليك المال الخاص بعد الوفاة لا مطلقا فالقبول الرضا بتملكه كذلك. والعقد سبب تام في نقل الملك، ولا يلزم من وجود السبب التام في ثبوت حكم وجود مسببه إلا أن يجتمع شرائطه، ومن جملة شرائطه هنا الموت. ويرشدك إلى ذلك بيع الفضولي، فإن الايجاب والقبول سبب تام في نقل الملك، كما عرفت في تعريف البيع بأنه: اللفظ الدال على نقل الملك... إلى آخره، ومع ذلك لم يحصل الملك، لفقد شرطه وهو كون الناقل له مالكا، فلما حصلت الإجازة من المالك ولو بعد حين حصل الشرط، فعمل السبب عمله، فكذلك هنا السبب التام في نقل الملك حصل بالايجاب والقبول، والشرط وهو الموت المعلق عليه الملك لم يحصل، فإذا حصل الشرط عمل السبب عمله. وحاصل الأمر: أن النقل التام والكشف التام إنما يتحقق بالقبول بالنسبة إلى الفرد المتنازع فيه، وهو ما لو تأخر القبول عن الموت لا مطلقا، وذلك غير لازم ولا ضائر (١). ولا يمكن توهم أن يقال: الاجماع واقع على أن القبول يستلزم أحد الأمرين، لأن ذلك ظاهر الفساد دعوى ووضعاً. قوله: " فإن رد في حياة الموصي جاز أن يقبل بعد وفاته... الخ ".

(١) في " و " و " ب " : ولا جائز.

قد عرفت أن ملك الموصى له متوقف على الإيجاب - وهو إيصال الموصي - والقبول وموت الموصي حيث كان مقتضى الوصية التمليك بعد الوفاة، فبدون أحد الثلاثة لا يحصل الملك قطعا.

واختلفوا في أن القبض مع ذلك كله هل هو شرط في تحقق الملك، كالهبة والوقف لاشتراكهما في العلة المقتضية له، وهو العطية المتبرع بها، مع أولوية الحكم في الوصية من حيث إن العطية في الهبة وما في معناها منجزة وفي الوصية مؤخر، والملك في المنجز أقوى منه في المؤخر بقرينة نفوذ المنجز للواقع من المريض من الأصل - على خلاف - بخلاف المؤخر، أم ليس بشرط، لأصالة العدم، وعموم الأمر بالوفاء بالعقود الشامل لموضع النزاع، وبطلان القياس من حيث خروج الهبة ونظائرها بدليل خاص وقد تقدم (١)، وهو لا يتناول الوصية، والأولوية المذكورة لا تفيد الحكم المتنازع، وأصل الخلاف واقع في المؤخر أيضا كما سيأتي (٢)، إن شاء الله تعالى؟ وقد ظهر بذلك قوة كون القبض ليس بشرط في ملك الوصية.

إذا تقرر ذلك: فيتفرع على الملك رد الموصى له الوصية (٣) فمتى وقع الرد 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. وحينئذ فإن وقع الرد بعد الموت والقبول والقبض فلا حكم له اجماعا، وذلك لتحقق الملك فيه اجماعا.

وإن وقع بعد الموت والقبول وقبل القبض بنى على أن القبض هل هو شرط في الملك أم لا؟ فإن جعلناه شرطا صح الرد قبله وبطلت الوصية، وإلا فلا كما لو وقع

(١) في ص: ١٧.

(٢) في ص: ١٥٠ - ١٥١.

(٣) في هامش " و " : " الوجه صحة الرد على القولين، لتزلزل الملك على تقديره القابل للإزالة. منه رحمه الله "

أما لو قبل وقبض ثم رد لم تبطل إجماعاً، لتحقق الملك واستقراره.
ولو رد بعضاً صح فيما قبله.

بعده.

وإن كان الرد بعد الموت وقبل القبول، سواء كان بعد القبض أم لا، بطلت الوصية، لأن الملك لم يتحقق حينئذ، فكانت الوصية حينئذ كالعقد الجائز إذا أبطله أحدهما، وكاللازم إذا رده أحدهما بعد الإيجاب وقبل القبول.
وإن وقع الرد 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).
ووجهه: أن الوصية لما كانت تمليكا بعد الوفاة، فقبلها لم يحصل لها ملك، وإن حصل القبول، فردة حينئذ بمنزلة رد ملك الغير فيقع لاغيا، لأنه وإن كان قد قبله فالشرط لملكه موت الموصي كما مر. والفرق بينه وبين الرد بعد الموت وقبل القبول مع عدم حصول الملك فيهما: أن الملك بعد الموت قد بقي موقوفاً على القبول لا غير، فردة حينئذ واقع في محله، لأن الملك قد بقي متوقفاً على رضاه، فإذا رد تبين عدم الرضا فبطلت الوصية، كما لو رد كل قابل للعقد الذي قد صدر إيجابه وبقي ملكه متوقفاً على القبول، وهذا بخلاف الرد الواقع في حال الحياة فإن الملك لا يحصل وإن قبل.

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، فإن تفريع عدم تأثير الرد حينئذ لا يخلو من اشكال، وقد حررنا ما فيه.
قوله: " ولو رد بعضاً وقبل بعضاً صح فيما قبله " .

لما كانت الوصية تبرعاً محضاً لم يرتبط بعض أجزائها ببعض، فكما يصح قبول جميعها يصح قبول البعض ويلزمه حكمه خاصة، بخلاف البيع ونحوه من عقود المعاوضات، فإن المشتري لو قبل البعض وقع لاغياً، لأن 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.

العوض بأجزاء المعوض فالبعض الذي اختص بالقبول غير مقصود للبايع إلا مقيدا بالجملة، بخلاف التبرع المحض فإن القصد إلى الجملة يتضمن القصد إلى كل واحد من أجزائها منضمة ومنفردة، ومن ثم لو أوصى بما زاد على الثلث ولم يجز الوارث بطل في الزائد وصح في قدر الثلث وإن قبل الموصى له، لعدم الارتباط الذي بيناه. وفي هذا الأخير إن مثله آت في عقود المعاوضات المحضة، كما لو باع ملكه وملك غيره صفقة، وقبلهما المشتري كذلك ولم يجز المالك، فإن البيع يصح في البعض دون البعض، مع عدم جواز الاقتصار على قبول البعض ابتداء، وما زاد على الثلث في الوصية بمنزلة التصرف في مال الغير، وإن لم يكن عينه. قوله: " ولو مات قبل القبول قام وارثه في مقامه 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 أن وارث الموصى له يقوم مقامه في القبول، وينتقل إليه الملك كما كان لمورثه على تقدير قبوله، بناء على أن القبول كان حقا للمورث فيثبت لوارثه بعد موته كباقي الحقوق الموروثة من الخيار والشفعة وغيرهما. ولرواية محمد بن قيس عن الباقر - عليه السلام - قال: " قضى أمير المؤمنين - عليه السلام - في رجل أوصى لآخر والموصى له غائب، فتوفي الذي أوصى له قبل الموصي، قال: الوصية لوارث الذي أوصى له، قال: ومن أوصى لأحد شاهداً كان أو غائباً، فتوفي الموصى له قبل الموصي فالوصية لوارث الذي أوصى له، إلا أن يرجع في وصيته قبل (١) موته " .

وهذه الرواية نص في الباب لو تم سندها، إذ لا يخفى أن محمد بن قيس الذي يروي عن الباقر - عليه السلام - مشترك بين الثقة والضعيف وغيرهما، 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 حقا للمورث (١) ففيه منع كلية الكبرى المدعاة: إن كل حق يورث - إن سلم أن القبول حق - فإن حق القبول لا يورث في سائر العقود اجماعاً، كما لو باع أو وهب فمات المشتري أو الموهوب له قبل القبول فقبل الوارث وإن كان على الفور، فإنه لا يعتد به قطعاً فكذا هنا. مع أننا نمنع من كون القبول حقا للمورث (٢) مطلقاً وإنما كان حقا للمورث (٣) على تقدير مباشرته، ويرشد إليه أن الأغراض في الوصية تختلف باختلاف الأشخاص، فقد يكون للموصي غرض في تخصيص الميت دون وارثه. وهذا بخلاف حق الخيار والشفعة ونحوهما، فإن ذلك من الحقوق الثابتة المستقرة للمورث شرعاً بحيث لا قدرة لمن عليه الحق على إسقاطه بنفسه، ويترتب عليه غرض مالي فيورث عنه، بخلاف قبول الوصية، فإنه لا يشتمل على شيء من هذه الخواص.

ومن ثم ذهب جماعة (٤) إلى بطلان الوصية بموت الموصي له قبل القبول، سواء مات في حياة الموصي أم بعد موته، بناء على أن الوصية عقد يفتقر إلى إيجاب وقبول من الموجب له، فيبطل بموته كما بيناه. 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 بشيء " (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 بشيء " (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) التهذيب ٩: ٢٣١ ح ٩٠٦ و ٩٠٧، والاستبصار ٤: ١٣٨ ح ٥١٨ و ٥١٩، الوسائل ١٣: ٤١٠ ب " ٣٠ " من أحكام الوصايا ٤ و ٥.

(٦) التهذيب ٩: ٢٣١ ح ٩٠٦ و ٩٠٧، والاستبصار ٤: ١٣٨ ح ٥١٨ و ٥١٩، الوسائل ١٣: ٤١٠ ب " ٣٠ " من أحكام الوصايا ٤ و ٥.

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

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

نعم، لو قيل بأن الوارث مع قبوله ينتقل الملك إليه ولا يدخل في ملك الميت كما اختاره العلامة (٣) أشكل هذا القول من حيث إن الموصى له بعد موت الموصي لم يكن مالكا ولا صالحا للملك بسبب موته قبل القبول، والوارث قبل موت مورثه ليس بقابل أيضا لملك الموصى به، لأنه ليس بموصى له ولا انتقل إليه الحق بعد، فكشف القبول عن ملكه من حين الموت غير موجه، بل غاية ما يمكن جعله كاشفاً عن ملكه من حين موت مورثه، وهو أمر آخر غير الكشف والنقل. إلا أن الاشكال إنما يأتي على القول بأنه لا يدخل في ملك الميت مطلقاً كما أطلقه بعضهم، وهو لا يتم. والحق أنه 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 بجارية وحملها لزوجها وهي حامل، فمات قبل
القبول، كان القبول للوارث. فإذا قبل ملك الوارث الولد، إن كان ممن
يصح له تملكه، ولا ينعق على الموصى له، لأنه لا يملك بعد الوفاة، ولا
يرث أباه لأنه رق، إلا أن يكون ممن ينعق على الوارث ويكونوا جماعة،
فيرث لعتقه قبل القسمة.

قوله: " لو أوصى بجارية... الخ "

هذا فرع على المسألة السابقة المتضمنة لكون القبول موروثا. فإذا فرض كون
الموصى به جارية وحملها، والحال أن الحمل ولد الموصى له بتزويج أو غيره، ففرض
المصنف كون الموصى له زوجا غير لازم، ويفرض كون الحمل رقا لمولى الجارية
بالاشتراط على القول بصحته. وحينئذ فإذا مات الموصى له قبل القبول، وقلنا
بانتقال حقه إلى وارثه قبل الوصية بهما، ملك الجارية والولد، ولا ينعق الولد، لأن
أباه لم يملكه، وإنما انتقل ملكه ابتداء إلى الوارث كما أشرنا إليه سابقا.
نعم، لو كان ممن ينعق على الوارث كما لو كان الوارث ابنا والحمل أنثى انعتق
عليه. ولو فرض كون الوارث متعددا وبعضه ممن ينعق عليه والآخر ممن لا ينعق
عليه، كما لو كان ابنا وبنتا، عتق منه بحساب ما يرث منه ممن ينعق عليه، فينعق
في الفرض ثلثاه.

وهذا كله مبني على أن قبول الوارث يوجب انتقال الموصى به إليه ابتداء من
غير توسط المورث مطلقا، كما أشرنا إليه في الأصل المبني عليه. ويشكل على القول
بكون القبول كاشفا، فإنه يقتضى ملكه من حين الموت. ولو فرض كون موت الموصى
له بعده لزم من الكشف ظهور انتقاله إلى ملك المورث، لأن الوارث من حين الموت لم
يكن وارثا 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 نظرا إلى الجمع بين الحكمين

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

والتحقيق في هذه المسألة القول بملك الموصى له في هذا الفرض وإن كان غير قابل، لقيام قبول الوارث مقام قبوله، لأنه خليفته ونائب عنه، فكأنه بالوصية إليه قد صار له ملك أن يملك ولو بغير اختياره على تقدير قبول مورثه، وهذا غير ضائر، لأن قبول الوصية ليس بشرط في التملك مطلقا، بل قد يصير الموصى له مالكا بدون القبول في بعض الموارد كما قد عرفت، فصيرورته مالكا بقبول خليفته أولى. وحينئذ فلا بد من تحرير محل النزاع، فإن قول المصنف: " فمات قبل القبول " شامل لما لو مات في حياة الموصي وبعده، وحكمه بعده بعدم العتق على الموصى له مطلق أيضا، وهو لا يتم مطلقا بل قد يتحصل مما حققناه أن موت الموصى له إن كان في حياة الموصي فعدم انتقال الملك إليه مطلقا جيد في موضعه، لأن الملك مشروط بوفاة الموصي، فإذا فرض قبول الوارث ملك بالموت، سواء كان قبوله في حياة الموصي إن اعتبرناه أم بعد وفاته، وحينئذ فينتقل الملك إلى الوارث ابتداء على التقديرين بغير اشكال، ولا عتق هنا على الوارث إلا أن يكون ممن يعتق عليه بخصوصه، وعلى هذا التقدير يتم ما أطلقه المصنف من الحكم.

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

(١) لاحظ ص: ١١٨، هامش (١).

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

وأما الإرث بالنسبة إلى هذا الولد فنقول: إن حكمنا بعد عتقه على ابنه كما أطلقه المصنف لم يرث منه، لأنه رق، إلا أن يكون ممن ينعق على الوارث فيمكن فرض إرثه بأن يعتق (١) قبل القسمة حيث يكون الوارث متعددا. وإن قلنا بعتقه على أبيه على تقدير تأخر موته عن الموصى - بناء على الكشف - ورث أيضا في الجملة. وتحريير البحث يتم بأمرين:

أحدهما: إثبات أصل الإرث. ووجهه واضح، لأن بنوته معلومة، وإنما المانع من إرثه الرق وقد زال بقبول الوارث حيث يعتق عليه أو على الميت، لأنه الفرض. وقد خالف في ذلك الشيخ (٢) فمنع من إرثه مطلقا، لأنه موقوف على قبول الوارث، فلو فرض كونه وارثا لاعتبر قبوله في الإرث، واعتبار قبوله موقوف على كونه وارثا، فيدور. وأجيب: بأن المعبر بقبول الوارث في الحال لا في المآل، وقد حصل بقبول من كان وارثا حينئذ.

والثاني: ما يرث منه. فنقول: إن كان الوارث متحدا لم يرث هذا الولد مطلقا، لاختصاص الوارث بالتركة قبل عتقه. وإن كان متعددا فلا يخلو: إما أن يكون موت أبيه الموصى له قبل موت الموصى أو بعده. ففي الأول لا يرث من أمه مطلقا، لأنها لم تدخل في ملك أبيه فلم تكن من التركة كما لم تدخل هو فيها، وأما ما ترك أبوه فإن كان وقع القبول قبل قسمة الورثة شارك أو اختص. وفي الثاني بينى على الكشف بالقبول أو الانتقال، فعلى الثاني لا يرث من أمه شيئا أيضا، لأنها لا تدخل

(١) في "ب": ينعق.

(٢) المبسوط ٤: ٣٢.

ولا تصح الوصية في معصية. فلو أوصى بمال للكنايس أو البيع، أو كتابة ما يسمى الآن تورا أو إنجيلا، أو في مساعدة ظالم، بطلت الوصية.

في ملك أبيه، وعلى الكشف يرث منها، لأنها صارت من جملة التركة والحال أنها لم تقسم حين الحكم بحريته، لأن ذلك حين القبول، وإن كانت بقية التركة قد قسمت، وبني إرثه من باقي التركة على القسمة وعدمها. ومما قررناه يعلم أن قول المصنف: "ويكونوا جماعة فيرث، لعتقه قبل القسمة" لا يتم على إطلاقه، بل قد يكون عتقه قبل القسمة وقد يكون بعدها. نعم، يأتي مطلقا بالنسبة إلى أمه كما بيناه، ولعل المصنف أراد اثبات مطلق الإرث كما يرشد إليه إطلاقه التعليل. قوله: "ولا تصح الوصية في معصية... الخ".

قد تقدم (١) البحث في ذلك في الوقف وفي الفرق بين الوصية للكافر والكنيسة والبيعة فليُنظر ثم. ومقتضى إطلاق العبارة عدم الفرق بين كون الموصي كذلك مسلما وكافرا. والأمر في المسلم واضح، لأنه معصية في اعتقاده وفي نفس الأمر. أما من الكافر المعتقد لكونه طاعة فوجهه تحقق المعصية في الواقع فيحكم بالبطلان بالنسبة إليه أيضا، لفقد شرط الصحة، وقد تقدم (٢) في الوقف أن ذلك منه صحيح. ويمكن الجمع بين الحكمين بمعنى اقراره عليه لو ترفعوا إلينا إجراء لهم على أحكامهم، وهو معنى الصحة ظاهرا وإن كان باطلا في نفسه.

وفي تقييده بتسمية الكتابين الآن تورا وإنجيلا تنبيه على أنهما محرفان، فليسا هما الكتابين المنزلين من الله. والمراد أن المجموع من حيث مجموع كذلك لا الجميع، لأن بعضه أو أكثره باق 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 حيا، سواء كانت بمال أو ولاية.

ويتحقق الرجوع بالتصريح، أو بفعل ما ينافي الوصية. فلو باع ما أوصى به، أو أوصى ببيعه، أو وهبه وأقبضه، أو رهنه، كان رجوعا. وكذا لو تصرف فيه تصرفا أخرجه عن مسماه، كما إذا أوصى بطعام فطحنه، أو بدقيق فعجنه أو خبزه. وكذا لو أوصى بزيت فخلطه بما هو أجود منه، أو بطعام فمزجه بغيره حتى لا يتميز.

ظلم ومن حيث هو ظالم، فلو أوصى بمساعدة شخص ظالم لا من حيث الوصف صح.

قوله: " والوصية عقد جائز من طرف الموصي... الخ ".
لا خلاف في جواز رجوع الموصي في وصيته ما دام حيا، لأنه ماله وحقه، والناس مسلطون على أموالهم (١). وإنما يتحقق كون الوصية عقدا يقبل الفسخ على تقدير قبول الموصى له في حياة الموصي، فلو تأخر قبوله لم يتحقق 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 كل حال فعقد الوصية من العقود المترددة بين الجواز واللزوم، بمعنى جوازه في حال ولزومه في آخر، وهو ما بعد الوفاة والقبول، إما مع القبض أو بدونه على الخلاف. وحينئذ فإطلاق بعض الأصحاب كونه من العقود اللازمة - مع مخالفته صريحا لما ذكره المصنف هنا وغيره - لا يستقيم، مع أن أحكام الجائز جارية عليه مطلقا، لجواز تراخي القبول، وكونه فعليا، وعدم اعتباره باللفظ العربي، وغير ذلك.

قوله: " ويتحقق الرجوع بالتصريح... الخ ".

(١) عوالي اللئالي ١: ٢٢٢ ح ٩٩ و ١٣٨: ٢ ح ٣٨٣ و ٢٠٨: ٣ ح ٤٩.

التوكيل في بيعه وهبته، وهو أبلغ من الهبة بالفعل قبل القبض، إلا أن ذكر الهبة المقبوضة بعد الوصية ببيعته يشوش الأمثلة، ويضطرب بسببها ترتيب الأقسام. وقد ذكر أيضا 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 صحيحا.

الرابع: الفعل المبطل للاسم الذي هو متعلق الوصية كما، لو 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 البطالان في جميع ذلك أن متعلق الوصية هو المسمى الخاص وقد زال، مضافا إلى اشعار هذه الأفعال بالرجوع.

ولو خلط الزيت بمماثله جنسا، فإن كان الغير أجود فظاهرهم القطع بكونه رجوعا، لاشتغال حصته على زيادة ولم يحصل منه الرضا ببدلها مع عدم إمكان فصلها. وإن خلطه بمساو أو أردى فمفهوم كلام المصنف أنه لا يكون رجوعا، لبقاء المال وعدم اشتماله على وصف مانع. وهو ظاهر مع المساواة، ومع الأردى يكون القدر الناقص من الوصف بمنزلة اتلاف الموصي له فيبقى الباقي على الأصل. وأطلق جماعة (٢) كون الخلط موجبا 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 جذرا من فساده، وخلطه كذلك، ونحو ذلك، فإن مرجع هذه الأمور إلى القرائن المقترنة بها نفيا واثباتا. 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 الحنطة، أو بهذا الزيت، أو بما في البيت منه، فإن تغييره دليل على صرفه عن جهة الوصية. أما المطلق كأعطوه صاعاً من حنطة فطحن ما عنده منها لم يكن رجوعاً، لعدم اختصاص الموصى به بما عنده، حتى لو لم يوجد في تركته لوجب تحصيله من خارج، فلا يضر تغيير ما عنده.

والمصنف رحمه الله قد أشار إلى الفرق في عبارته، وخص 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 نبه عليه جماعة منهم العلامة في القواعد (١)، لكن في التذكرة عكس الحكم فقال بعد أن حكم بكون التغيير المذكور رجوعاً: " أما لو أشار إلى حنطة أو دقيق فقال: أوصيت بهذا، أو قال: أوصيت بما في البيت، ففي بطلان الوصية بالطحن والعجن أشكال أقربه العدم، إذ الاسم تعلق 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 الحنطة ليأكلها لا بدونها، وصيرورة الحنطة دقيقاً لا يعد تلفاً عرفياً، 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 بخبز فدقه فتيتا، لم يكن رجوعا.

يقول به أحد في القسمين معا، بل هم بين مطلق لكون ذلك رجوعا (١) وبين مخصص له بالمعين (٢). وفي التذكرة ما يدل على العكس، فتأمل. قوله: " أما لو أوصى بخبز فدقه فتيتا لم يكن رجوعا ". لأن هذا الفعل لا يدل على الرجوع ولا بالقرينة، مضافا إلى أصالة بقائها على حالها. وعلل أيضا 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 محشوا في فراش، وتحفيف الرطب تمرا، وتقديد اللحم. ووجه الاشكال مما ذكرناه، ومن دعوى أن ظاهر هذه الأفعال يؤذن بإرادة الاستيثار بها. والوجه في الجميع ما قلناه من عدم إفادة الرجوع إلا مع القرينة. كل ذلك مع التعيين كما يستفاد في ضمير " فدقه " أما مع الاطلاق فلا، بل يجب تحصيل غيره ولو من غير التركة.

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

(٢) كما في المبسوط 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 عشرة. فإن بلغها فوصيته جائزة في وجوه المعروف،
لأقاربه وغيرهم على الأشهر إذا كان بصيرا. وقيل: تصح وإن بلغ ثمان.
والرواية به شاذة.

قوله: " في الموصي. ويعتبر فيه كمال العقل والحرية... الخ ".
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 غالبا، ولهذا يعبرون كثيرا
باعتبار البلوغ والعقل ليفرغوا عليه حكم الصبي والمجنون، والأمر سهل.
إذا تقرر ذلك فقد اختلف الأصحاب في صحة وصية الصبي الذي لم يبلغ بأحد
الأمر الثلاثة المعتبرة في التكليف بسبب اختلاف الروايات في ذلك، فذهب الأكثر
من المتقدمين والمتأخرين إلى جواز وصية من بلغ عشرة مميزا 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 تقدمت (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 بالالاكتفاء في صحة الوصية ببلوغ الثمان ابن الجنيد، واكتفى في الأثنى بسبع سنين (٨)، استنادا إلى رواية الحسن بن راشد عن العسكري - عليه السلام - قال: " إذا بلغ الغلام ثماني سنين فجائز أمره في ماله، وقد وجب عليه الفرائض والحدود، وإذا تم للجارية سبع سنين فكذلك " (٩). وهذه الرواية مع ضعف سندها شاذة مخالفة لاجماع المسلمين من أثبات باقي الأحكام غير الوصية، ولكن ابن الجنيد اقتصر فيها على الوصية. ومثل هذه الروايات لا تصلح لاثبات الأحكام خصوصا

-
- (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 إلا 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 ح ٤.
- (٦) 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.
- (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) سد 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 دلت 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: من قتل نفسه متعمدا فهو في نار جهنم خالدا فيها. قلت له: أرأيت 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 أجزت وصيته في ثلثه، وإن كان أوصى بوصية بعد ما أحدث في نفسه من جراحة أو قتل لعله يموت لم تجز وصيته " (٣).

والرواية مع صحتها نص في الباب، وعلل مع ذلك بدلالة الفعل على سفهه، وبعدم استقرار حياته في حكم الميت، وبأن العاقل يمنع من الميراث لغيره فيمنع من نفسه، لأن قبول وصيته فرع إرث لنفسه. والكل ضعيف، أما السفه فلأن الغرض 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 ١٣: ٤٤١ ب " ٥٢ " من أحكام الوصايا.

ولو أوصى ثم قتل قبلت.

وأما استقرار الحياة فليس بشرط، والأصل يقتضي نفوذ تصرف الحي العاقل الجامع لباقي الشرائط مطلقا والنصوص الدالة على نفوذ وصية المريض مطلقا متناولة له، والقياس على عدم حل المذبوح حينئذ لكونه بمنزلة الميت فاسد لو سلم الأصل، وسيأتي إن شاء الله ما فيه في بابه، ومن ثم وجبت الدية على قاتله في هذه الحالة، وحل 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 رده بأحد الوجوه المقتضية له، ككونه آحادا أو مخالفا للأصول كما اختاره ابن إدريس (١)، محتجا على الصحة بأنه حي عاقل مكلف، وبالنهى عن تبديل الوصية بعد سماعها بالقرآن (٢) الذي هو حجة، المتناول بعمومه لمحل النزاع، أو بمنع تخصيص القرآن بخبر الواحد. وللكلام ابن إدريس وجه وجيه وإن كان الوقوف مع المشهور والعمل بالنص الصحيح أقوى.

قوله: " ولو أوصى ثم قتل نفسه قبلت "

هذا الحكم لا اشكال فيه، لوقوع الوصية حالتها من مستجمع للشرائط المعتبرة فيها، وفي صحيحة أبي ولاد السابقة (٣) ما يدل عليه أيضا. وتوهم أن الفعل الواقع عقيبه دال على عدم ملكه الرشد مردود بجواز تجرده لو سلمت دلالة عليه. وفي حكمه ما لو أوصى ثم جن أو صار سفيفا إن منعنا من وصية السفيف، ولأن حال المريض يؤدي إلى ذلك وما في معناه.

(١) السرائر ٣: ١٩٧.

(٢) البقرة: ١٨١.

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

ولا تصح الوصية بالولاية على الأطفال إلا من الأب، أو الجد للأب خاصة. ولا ولاية للأم. ولا تصح منها الوصية عليهم. ولو أوصت لهم بمال ونصبت وصيا، صح تصرفه في ثلث تركتها وفي اخراج ما عليها من الحقوق، ولم تمض على الأولاد.

قوله: " ولا تصح الوصية بالولاية على الأطفال إلا من الأب أو الجد للأب خاصة "

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 الولي على الأطفال على محل النص أو الوفاق وهو نصب الأب أو الجد له، فلا يجوز للحاكم وإن كان وليا عليهم أن ينصب بعده عليهم وليا، لأن ولايته مقصورة عليه حيا، وإذا مات ارتفع حكمه وإن جاز له أن يوكل حيا عليهم، لأن له الولاية حينئذ. ويشمل اطلاق المنع من تولية غيرهما الوصي من أحدهما، فليس له أن يوصي عليهم بالولاية مع عدم نصهما على ذلك على أصح القولين، وسيأتي (١) إن شاء الله تعالى، أما مع النص فتولية الوصي حينئذ في معنى تولية أحدهما، لصدوره عن إذنه كما جازت ولاية الصبي ابتداء عنهما.

قوله: " ولا ولاية للأم ولا تصح منها الوصية عليهم "

هذا الحكم داخل في السابق الدال على عدم صحة الوصية عليهم لغير الأب والجد له، وإنما خص الأم بالذكر بعد دخولها لاثبات ابن الجنيد (٢) الولاية لها مع رشدتها بعد الأب. وهو شاذ.

قوله: " ولو أوصت لهم بمال... الخ "

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، وحينئذ فتصح وصيتها لهم بالمال ولا يصح إيصالها، بل يبقى حكم المال الموصى به كسائر أموالهم يرجع فيه إلى وليهم الخاص أو العام. ويحتمل صحة الوصية هنا في ثلث المال، لأن اخراجه عنهم رأسا 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 ابطال حق الوارث أصلا، وبقاؤه في ملك الوارث يقتضي كون الولاية عليه لوليه الشرعي.

(١) المبسوط ٤: ٥٢.

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 مطلقا بناء على اعتبار الواقع في نفس
الأمر، وإن جاز اقرار الكافر على وصيته بشئ من ذلك لمثله، لأن ذلك أعم من
الصحة كما أشرنا إليه سابقا. 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 وهي الملك بالفعل، ليستفاد منه عدم جواز الوصية بمال الغير. وهو
جيد وإن لم يشر إليه في الأمثلة.

والمراد ب " 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. وإنما
احتيج إلى تقييد الملك بما ذكرنا ليخرج لأن الحق كونها مملوكة في الجملة حيث لا
يصح
غصبها من المالك ولو لم تجز المعاوضة عليها لعدم التمول.

ويتقدر كل واحد منهما بقدر ثلث التركة فما دون.
ولو أوصى بما زاد
بطلت في الزائد خاصة، إلا أن يجيز الوارث.

قوله: " ويتقدر كل منهما بقدر ثلث التركة... الخ ".
هذا هو المشهور بين الأصحاب وربما كان اجماعا، والأخبار (١) الصحيحة به
متظافرة، وقد ذكرنا بعضها فيما سلف في مقام (٢) آخر.
وذهب علي بن بابويه (٣) إلى نفوذ الوصية مطلقا من الأصل محتجا (٤) برواية عمار
الساباطي عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: " الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح
إن أوصى به كله فهو جائز " (٥). وضعف الرواية - مع معارضتها للنصوص الصحيحة
وفتوى الأصحاب وغيرهم (٦) - يرد هذا القول، مع أنها لا تدل على المطلوب، فإننا
نقول بموجبها وأن للانسان أن يوصي بجميع المال ما دام حيا، وهو لا ينافي توقف
نفوذها بعد موته على إجازة الوارث. وهذا أولى من حمل الشيخ (٧) لها على من لا وارث
له، لأننا نمنع من الحكم فيه أيضا، لأن وارثه العام داخل في عموم ما دل على توقف
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 أخبارا كثيرة تدل على ما ذهب إليه ابن بابويه غير ما ذكرناه، لكنها
مشتركة في ضعف السند، واقتصرنا على رواية عمار تبعا للجماعة وحذرا 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 ٢، 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 الإجازة في قدر حصته من الزيادة.

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

قوله: " ولو كانوا جماعة... الخ "

لما كانت الوصية مما يقبل التبويض لكونها تبرعا محضا، وكان الزائد عن الثلث منها موقوفا على إجازة الوارث، جاز له إجازة البعض كما يجوز له إجازة الجميع، لأن ذلك حقه فله التبرع بجملته وبعضه. وكما يجوز ذلك لبعض الورثة دون بعض ويلزم كل واحد حكمه كذلك يجوز إجازة البعض من الجميع كالنصف والثلث، وينعقد بالقدر المجاز دون ما عداه.

فلو فرض كون الوارث ابنا وبنتا، وأوصى بنصف ماله، فإن أجازا معا فالمسألة من ستة، لأن لهما نصف التركة أثلاثا وللموصى له نصفها. وإن ردا معا فالمسألة من تسعة، لأن لهما ثلثي التركة أثلاثا، 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 اثني عشر أثلاثا. 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 ومعهما أربعة فتدفع سهمًا، فيكمل للموصى له على تقدير إجازتهما 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 أن إجازة الوارث مؤثرة متى وقعت بعد الوصية، سواء

كان ذلك في حياة الموصي أم بعد وفاته. وقال المفيد (١) وابن إدريس (٢) لا تصح الإجازة إلا بعد وفاته، لعدم استحقاق الوارث المال قبله فيلغو كرده. ويدل على المشهور صحيحة منصور بن حازم (٣) وحسنة محمد بن مسلم (٤)، عن أبي عبد الله - عليه السلام - في رجل أوصى بوصية، وورثته شهود فأجازوا ذلك، فلما مات الرجل نقضوا الوصية، هل لهم أن يردوا ما أقرؤا به؟ قال: " ليس لهم ذلك، الوصية جائزة عليهم إذا أقرؤا بها في حياته ". وغيرهما من الأخبار. ويؤيده عموم الأدلة الدالة على وجوب امضاء الوصية (٥) وكون الإرث بعدها (٦)، خرج منه ما إذا لم يجز الوارث مطلقاً فيبقى الباقي، ولأن المنع من نفوذ الزائد عن الثلث إنما هو لحق الورثة، فهو متحقق في حال الحياة، فإذا أجازوا فقد أسقطوا حقهم، ولأن المال الموصي به لا يخرج عن ملك الموصي والورثة، لأنه إن برئ 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 النص الصحيح، والباقي شاهد أو مؤيد. ولا فرق في ذلك بين كون الوصية والإجازة حال صحة الموصي ومرضه المتصل بالموت وغيره، لاشتراك الجميع في المقتضي.

والفرق بين إجازة الوارث حال الحياة وردده حيث لم يؤثر الثاني دون الأول: أن الوصية مستمرة ببقاء الموصي عليها، فيكون استدامتها كابتدائها بعد الرد فلا يؤثر، بخلاف الرد بعد الموت لانقطاعها حينئذ، وبخلاف الإجازة حال الحياة لأنها حق

(١) المقنعة: ٦٧٠.

(٢) السرائر ٣: ١٩٤.

(٣) 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 ح ١.

(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 ح ١.

(٥) كالأية " ١٨١ " من سورة البقرة.

(٦) النساء: ١١ و ١٢.

وإذا وقعت بعد الوفاة كان ذلك إجازة 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 الإجازة، فإن قلنا أن الإجازة حال حياته تلزمهم فكذا مع إذنهم له في الوصية بالزائد، وإن قلنا لا تلزم فكذا مع الإذن.

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 نعتبره كان تنفيذاً لا ابتداء عطية بغير اشكال، لأن الوارث لم يملك حينئذ، فلا يأتي فيه الاحتمال.

وإن وقعت الإجازة 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 باق 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 تترتب عليه إجازة البيع، فإنه لا يكون ابتداء بيع بل تنفيذ لما فعل سابقاً. وأيضا فإن الوارث ليس بمالك، وثبوت حق الإجازة 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 يفتقر إلى الاستيناف، فدل على اعتبار ما وقع من الموصي لا على فساده.

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

(٢) في ص: ٣٠٤.

وبهذا يرجح كونها تنفيذا كما ذكره المصنف، وهو مذهب الأصحاب لا يتحقق فيه خلاف بينهم وإنما يذكر الأخير وجهها أو احتمالا وإنما هو قول للعامّة (١)، والمرجح عندهم ما اخترناه أيضا. ويجاب عما ذكره في توجيه ذلك الوجه بالمنع من كون التلفظ بالوصية منهيًا عنه وكون النهي في مثل ذلك يقتضي الفساد ولو سلم فإنما يقتضيه لو لم يجز الوارث. ومنع من كون الزيادة حقا للورثة، بل هي ملك الموصى غاية أن حقهم قد تعلق بها ومع الإجازة سقط كإجازة المرتهن تصرف الراهن. إذا تقرر ذلك فيتفرع على ذلك أحكام كثيرة ذكر المصنف منها حكما واحدا، وهو أنه على تقدير كونه تنفيذا لفعل الموصى 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 لفظ الإجازة وما في معناها. ومنها: أنه لا يفتقر إلى قبول الموصى له بعد الإجازة لو كان قد تقدم قبوله للوصية قبلها. وعلى العطية يفتقر إلى القبول بعد الإجازة بغير فصل معتد به كغيرها 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 يقدر التركة صحت الإجازة بناء على التنفيذ، على العطية المبتدأة يشترط، مع احتمال عدمه بناء على جواز هبة المجهول. وفي التذكرة (٢) قطع بعدم الاشتراط، ونسبه إلى علمائنا مؤذنا

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

(٢) التذكرة ٢: ٤٨٢.

ويجب العمل بما رسمه الموصي إذا لم يكن منافيا للمشروع.

باتفاقهم عليه.

ومنها: ما لو أعتق مملوكا لا مال له سواه، أو أوصى بعتقه وأجاز الورثة فالولاء للموصي، لأنه المعتقد على المختار، فيكون لعصته على القول بكون الوارث للولاء هو العصبة. وعلى الوجه الآخر يكون ثلث الولاء لعصبة الموصي وثلثاه لعصبة الوارث، لأنهم باشروا الاعتاق. ويحتمل - تفريعا على هذا الوجه - أن يكون الولاء للموصي أيضا، 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 الاتيان في إجازة العتق بلفظه ليطابق كونه ابتداء عتق.

ومنها: لو كان الوارث المجيز مريضا لم يتوقف صحة 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 تنفيذا فلا رجوع له، وإن جعلناها ابتداء عطية فله الرجوع، لأنها عندهم بمنزلة الهبة. ويتفرع أيضا النماء والنفقة والفقرة وغير ذلك. قوله: " ويجب العمل بما رسمه الموصي إذا لم يكن منافيا للمشروع ".

هذا الحكم واضح، لأمر الله تعالى بالعمل بمقتضى الوصية وترتيبه الإثم على تبديلها (٣). ولا ريب أن ذلك مقيد بما لا يخالف المشروع وإلا لم ينفذ، ومن الرسم الذي لا يخالف المشروع تخصيص الإناث من الصنف الموصى لهم أو الذكور، أو تفضيل أحد الصنفين على الآخر، أو تخصيص العاجز أو الصالح أو العالم أو غير ذلك من الأوصاف 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 بشئ وكان موسرا في حال الوصية ثم افتقر عند الوفاة، لم يكن بإيساره اعتبار. وكذلك لو كان في حال الوصية فقيرا 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 اطلاقه مع كون الموصى به قدرا معين كعين أو مائة درهم مثلا أو بجزء من التركة مع كونه حالة الموت أقل من زمان الوصية أو مساويا، لأن تبرعه بالحصّة المخصوصة زائدة يقتضي رضاه بها ناقصة بطريق أولى. أما لو انعكس أشكال اعتبار وقت الوفاة، للشك في قصد الزائد، وربما دلت القرائن على عدم إرادته على تقدير زيادته كثيرا حيث لا تكون الزيادة متوقعة له غالبا. ووجه اطلاق المصنف وغيره اعتبار حالة الوفاة الشامل لذلك النظر إلى اطلاق اللفظ الشامل لذلك. وقد يتفق زيادة التركة بعد الوفاة ونقصانها بالدية على دم العمد وتلف بعض التركة قبل قبض الوارث، فيشكل أيضا إطلاق اعتبار حالة الموت، لافضاء 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 ".

بناء على اعتبار المال حين الوفاة، وهذا مما حصل حال الوفاة مقترنا بها. وهو ظاهر في أرش الجراحة. وأما الدية فلم يستقر إلا بالوفاة فهي في الحقيقة متأخرة عنها وإن اقترنت بها، ومع ذلك لا ينافي ما اعتبره المصنف من وقت الوفاة، لأن الوقف في مثل هذا يعتبر فيه الأمر العرفي وهو ممتد يحتمل مثل هذا.

ولو أوصى إلى انسان بالمضاربة بتركته أو ببعضها على أن الربح بينه وبين ورثته نصفان صح. وربما يشترط كونه قدر الثلث فأقل. والأول مروى.

ويظهر من قوله: " وديته " أن الحكم مخصوص بقتل الخطأ، لأنه هو الموجب للدية على الاطلاق. وأما العمد فإن قيل إنه يوجب أحد الأمرين: القصاص أو الدية فيدخل في العبارة، لأن الدية أحد الأمرين المترتبين على الوفاة المستندة إلى القتل، فكانت الدية مقارنة للوفاة كالخطأ وإن كان لها بدل. وأما على القول المشهور من أن موجب العدم القصاص وإنما تثبت الدية صلحا والصلح لا يتقيد بالدية بل يصح بزيادة عنها ونقصان، ففي دخوله في العبارة تكلف. وقد يندفع عنه بأنه حينئذ عوض القصاص الذي هو موروث عن المجني عليه، وعوض الموروث موروث. وربما أشكل من وجه آخر، وهو أن الموروث إنما هو القصاص وليس بمال، فلا يتعلق به الحق المالي المترتب على مال الميت. ويندفع بأنه بقبوله المعاوضة بالصلح على مال في قوة الحق المالي وزيادة. وفي الدروس (١) صرح بعدم اعتبار ما يتجدد بعد الوفاة.

قوله: " ولو أوصى إلى انسان 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 بني اقبض مال إختوك الصغار واعمل به وخذ نصف الربح وأعطهم النصف وليس عليك ضمان، فقدمتني أم ولد له بعد وفاة أبي إلى ابن أبي ليلى فقالت: إن هذا يأكل أموال ولدي، قال: فاقترضت 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: " ثم أشهد علي ابن أبي ليلى إن أنا حركته فأنا له ضامن ".

- بعد ذلك فاقترضت 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 الروايتين 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.

ويشمل إطلاقهم وإطلاق الروايتين ما إذا كان الربح بقدر أجره 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 للعامل وسعيه، وليس ما يتجدد منه كالمتجدد من حمل الدابة والشجرة ونحوهما حيث كان معتبراً من الثلث، لظهور الفرق بأن ذلك نماء الملك ووجوده متوقع، بخلاف الربح فإنه أثر سعي العامل، مع أنه إنما يحدث على ملك العامل والوارث، فما يملكه العامل ليس للوارث ولا للموصي فيه حق.

- (١) الكافي ٧: ٦١ ح ١٦، 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 ١٩، 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 يقدح في ذلك شراؤه (١) بمال الوارث، فيكون محسوبة منه فيكون نموؤها تابعا، لأنها إنما تدخل في ملك الوارث على تقدير صحة المضاربة وإلا لم يكن الشراء نافذا، ومتى صحت المضاربة كانت الحصص من الربح ملكا للعامل، فلولا صحة المضاربة لأدى فسادها إلى عدم الفساد، لأنه على تقدير الفساد إنما يكون لتفويت ما زاد على الثلث من التركة تبرعا، وذلك إنما يكون على تقدير زيادة الحصص عن أجرة المثل بزيادة عن الثلث وكونه من نماء التركة، وإنما يكون كذلك عن صحة المضاربة ليكون الشراء نافذا، فلو فسدت المضاربة لم ينفذ الشراء، فلم يتحقق 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 الاخبار ففي سند الأولى جهالة من جهة خالد، وفي طريق الثانية علي بن فضال وأبو الحسن (٢)، وهما وإن كانا ثقتين لكنهما فاسدا العقيدة، والعمل بالموثق خروج عن قيد الايمان، وجبر الضعف بالشهرة ضعيف مجبور بالشهرة.

وأما من جهة الاعتبار فإن المضاربة - وإن لم تقتض تفويت شيء من التركة على تقدير تسليمه - مشتملة على وضع اليد على مال الغير بغير إذنه خصوصا إذا كان مكلفا، وتعرضه بالضرب في الأرض إلى التلف المؤدي إلى عدم الضمان مع عدم التفريط، مضافا إلى ما لو وقعت بحصة قليلة للمالك في مدة طويلة كخمسين سنة، وذلك في حكم منع الوارث من التركة أصلا، وهو باطل.

وأما القول بأن النماء إنما يملكه العامل على تقدير صحة المعاملة، وحينئذ 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 أيضا فلعله اشتبه عليه بالحسن ابن علي بن يوسف الوارد في السند. والله العالم.

تفويت في مال الوارث، وإن لم يصح لا يصح البيع، ففيه إمكان جبره بإجازة المالك
الشراء لنفسه، فيكون جميع الربح له، فيحصل التفويت على تقدير صحة البيع
وحصول الربح. ومن ثم ذهب ابن إدريس (١) إلى أن الصحة مشروطة بكون المال
قدر الثلث فما دون، اطراحا للأخبار وردا إلى الأصول المعلومة في هذا الباب،
وبعض المتأخرين (٢) إلى أن المحاباة في الحصة من الربح بالنسبة إلى أجرة المثل
محسوبة
من الثلث أيضا. ولكل منهما وجه.

والذي نختاره في هذه المسألة: أن الوارث إن كان مولى عليه من الموصي كالولد
الصغير فالوصية بالمضاربة بماله صحيحة مطلقا، لأن التكسب بماله غير واجب على
الوصي، والحاصل من الربح زيادة فائدة، والتعرض للتلف غير قادح، لأن الواجب
على العامل مراعاة الأمن والحفظ وما فيه مصلحة المال، والعمل به على هذا الوجه
مما يرجحه العقلاء. ولا يلزم مراعاة المدة التي شرطها الموصي، بل يصح ما دام
الوارث مولى عليه فإذا كمل كان له فسخ المضاربة، لأنها عقد مبني 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 المنهي عنه، لأن تبديلها هو العمل بخلاف مقتضاها، وهنا ليس كذلك،
لأنه لما أوصى بعقد جائز فقد عرض العامل لفسخ العقد في كل وقت يمكن عملا
بمقتضاها، فلا يكون الفسخ تبديلا للوصية بل عملا بمقتضاها. ولا فرق حينئذ بين
زيادة الحصة 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 مكلفا غير مولى عليه فالوصية كذلك جائزة أيضا، لكن لا
يلزم الوارث الوفاء بها، بل له فسخها عاجلا وفي كل وقت كما قررناه في الصغير إذا

(١) السرائر ٣: ١٩٢.

(٢) راجع التنقيح الرائع ٢: ٤٠٣.

ولو أوصى بواجب وغيره، فإن وسع الثلث عمل بالجميع. وإن قصر ولم تجز الورثة، بدئ بالواجب من الأصل، وكان الباقي من الثلث، ويبدأ بالأول فالأول. ولو كان الكل غير واجب، بدئ بالأول فالأول، حتى يستوفي الثلث.

كامل، لعين ما ذكرناه. وفائدة الصحة أن الوارث إذا لم يفسخ وعمل الموصى له في المال استحق الحصة المعينة له عملاً بمقتضى الوصية، وليس في هذا المقدار مخالفة للأصول الشرعية ولا للروايات، إذ ليس فيه تفويت على الوارث بوجه، ولا منع عن التصرف في ماله حتى يتوقف على رضاه.

ويندفع بما قرناه ما أورده المانع من لزوم الاضرار بالوارث على تقدير زيادة المدة وقلة الربح، لأن 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 قصرنا الحكم على كون الورثة مولى عليهم كما وقع فيهما، ومع ذلك يخف الاشكال. ولعله أقوى. قوله: " ولو أوصى بواجب وغيره... الخ "

إنما يخرج الواجب من أصل المال إذا كان واجبا مالياً حتى يكون متعلقاً بالمال حال الحياة، سواء كان مالياً محضاً كالزكاة والخمس والكفارات ونذر المال أم مالياً مشوباً بالبدن كالحج، فإن جانب المالية فيه مغلب من حيث تعلقه به في الجملة. أما لو كان الواجب بدنياً محضاً كالصلاة والصوم فإنه يخرج من الثلث مطلقاً، لأنه لا يجب اخراجه عن الميت إلا إذا أوصى به، فيكون حكمه حكم التبرعات الخارجة من الثلث مع الوصية بها وإلا فلا. والأقوى وجوب الوصية به على المريض كغيره من الواجبات إن لم يكن له ولي يقضيه عنه. وربما قيل بعدم وجوب الوصية به، لأن 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 تعذر 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 عنهما 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 اخراج 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 " ١ " من كتاب الوصايا ح ٣ عن أحدهما عليهما السلام.

ولو كان مع الوصية منجز حال المرض يخرج من الثلث على الوصية مطلقا.

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 بالبداة بما ذكره أخيرا، بأن عدد جملة ثم قال: ابدأ بكذا ثم بكذا إلى آخره. ولو جمع بأن ذكر أشياء ثم أوصى بمجموعها، أو قال: أعطوا فلانا (مائة) (١) وفلانا مائة، أو قال بعد الترتيب: لا تقدموا بعضها على بعض، ونقص الثلث عنها دخل النقص على الجميع بالنسبة فيقسم عليها على جهة العول.

وإنما بدئ بالأول فالأول ذكرا وإن لم يدخل عليه أداة الترتيب لأن الوصية الصادرة أولا نافذة، لصدورها من أهلها في محلها، بخلاف الصادر بعد استيفاء الثلث، ولا سبيل إلى التوزيع مع الضيق هنا لاستلزامه تبديل الوصية النافذة. ولا يرد مثله على الأخير لو نص آخرها على تقديمه، لأن نصفه حينئذ في قوة تقديمه لفظا حيث إن المعتبر تلفظه وقصده، فلو قدم غيره أو شرك لزم تبديل الوصية المنهي عنه (٢)، وكذا لو نص على التشريك.

ولا يقال أيضا: إن الحكم إنما يتحقق عند تمام الكلام والمعطوف من جملته، لأن الوصايا المتعددة على الوجه السابق يتم الكلام مع كل واحدة، كقوله: أعطوا فلانا كذا أعطوا فلانا كذا، فإذا صادفت الأولى محل النفوذ نفذت ولم يجز تغييرها بطرو أخرى عليها، كما لو باع شيئا لزيد ثم باعه لعمرو، وإنما يكون جملة واحدة حيث لا تتم الفائدة بدونه، كقوله: أعطوا فلانا وفلانا كذا.

ويشهد (٣) لمراعاة الترتيب - مضافا إلى ما ذكرناه - رواية حمران عن أبي جعفر

(١) من " و " فقط.

(٢) البقرة: ١٨١.

(٣) في هامش " و ": " إنما جعل الرواية شاهدا مع أنها نص في الباب لأن في طريقها أبا جميلة المفضل ابن صالح وهو ضعيف، وحمران لم ينص 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 فلانا وفلانا حتى ذكر خمسة، فنظر في ثلثه فلم يبلغ ثلثه أثمان قيمة المماليك الذين أمرهم بعتقهم، قال: يقوموا وينظر إلى ثلثه فيعتق منهم أول من سماهم ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع ثم الخامس، وإن عجز الثلث كان ذلك في الذين سماهم 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 قدما العتق وإن تأخر. ولا بين أن يقع المرتب متصلاً في وقت واحد عرفي أو في زمانين متباعدين كغدوة وعشية، خلافاً لابن (٤) حمزة حيث فرق بينهما، فحكم في الأول كما ذكره الجماعة، وجعل الثاني رجوعاً عن الأول إلا أن يسعهما الثلث فينفذان معاً، وهو شاذ ضعيف المأخذ. قوله: " ولو أوصى لشخص بثلث... الخ ".

إنما صحت وصية الأول خاصة لاستيفائها الثلث النافذ بدون الإجازة، مع رعاية ما تقدم من وجوب تقديم الأول فالأول مع تجاوز الثلث. ولا يتوهم هنا أن الوصية المتأخرة تقتضي الرجوع عما قبلها، لأن الرجوع لا يثبت بمجرد الاحتمال، بل لا بد له من لفظ يدل عليه، ومجرد الوصية بما زاد على الثلث ثانياً وثالثاً أعم من الرجوع عن الأولى وعدمه، فلا تدل عليه.

ولا فرق بين أن يوصي بهذه الأجزاء المذكورة وبما شاكلها، كالوصية لواحد بنصف ولآخر بخمس ولثالث بربع، أو للأول بجميع المال ولآخر بثلث ولثالث

(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: إن الثلث المضاف إلى الموصي وهو 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 بمعين لواحد ثم أوصى به لآخر، بخلاف قوله: لفلان ثلث، من غير إضافة إلى نفسه، فإنه متعلق بجملة 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 متعددة لا تضاد بينها، فيبدأ بالأول منها فالأول إلى أن يستوفي الثلث عند عدم الإجازة. 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 كل وصية أن تحمل على الصحيحة، سواء كانت نافذة من الأصل أم متوقفة على إجازة الورثة، لأن كلا منهما صحيح، والتوقف على إجازة الورثة لا ينافيه، بل هو كالخيار الثابت للبايع، فإنه لا ينافي ملك المشتري، خصوصاً على المختار من كون الإجازة تنفيذاً لا ابتداءً عطية، ومن ثم لو بدأ فيما لو كان منجزاً صح الجميع مع توقف الزائد بناءً منه على الإجازة كالوصية، فمجرد التوقف على الإجازة لا ينافي الصحة.

وإذا عرفت أن كل وصية من هذه الوصايا صحيحة فلا يزول هذا الحكم إلا بلفظ يدل على الرجوع عما سبق وحكم بصحته، وهو في المسألة السابقة وكل ما في معناها منتف، وفي قوله: ثلثي ونحوه موجود بالقرينة القوية. ولو أبدله بقوله: لفلان

ثلث ولفلان ثلث فكالأول، لعدم القرينة الدالة على الرجوع فضلا عن الصريح، ومجرد الشك في الرجوع كاف في عدمه، فيحكم بصحة الجميع، ويعمل في الزائد عن الثلث بمقتضى القاعدة المستقرة من البداية بالأول فالأول.

ومتى وجدت الدلالة على الرجوع عمل بها، وكان الثاني ناسخا للسابق. وعلى هذا فلو قال: لزيد ثلث، ثم قال: أعطوا عمرا ثلثي، كان ناسخا للأول، لما ذكرناه. ولو عكس فقال: أعطوا زيدا ثلثي، ثم قال أعطوا عمرا ثلثا، لم يكن الثاني ناسخا 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 ب " ثلث مالي " عوضا عن " ثلثي " ففي إلحاقه به أو بالمطلق وجهان، يظهر وجههما مما حققناه. والأقوى عدم التضاد هنا أيضا، للشك في إرادة الرجوع بذلك مع كون اللفظ أعم، فإن ثلث ماله أمر آخر غير الثلث المنسوب إليه في باب الوصية التي دلت القرائن على إرادته مع الإضافة إليه، ولم يظهر ذلك مع الإضافة إلى ماله، وقد حققنا أن مجرد الشك كاف في عدم الحكم بالرجوع، وهو هنا موجود. ولو فرض وجود قرينة خارجة عن اللفظ. أفادت الرجوع عمل بها هنا أيضا كما قررناه، إلا أن ذلك أمر خارج عن اللفظ. هذا خلاصة ما ينبغي تحقيقه في هذه المسائل. واعلم: أن كلام الأصحاب قد اختلف فيها اختلافا كثيرا، وكذلك الفتوى حتى من الرجل الواحد في الكتب المتعددة بل الكتاب الواحد، فالعلامة في القواعد (١) وافق المصنف على ما ذكره في المسألتين، لكنه استشكل بعد ذلك في المسألة الثانية.

(١) القواعد ١: ٢٩٧.

وفي التحرير (١) نسب الحكم في الثانية كذلك إلى علمائنا وجعل فيه نظرا، ووجه الاشكال والنظر مما ذكرناه، ومن أن كل واحدة منهما وصية يجب تنفيذها بحسب الامكان ولا يجوز تبديلها مع عدم الزيادة، ومجرد إضافة الثلث إليه لا يقتضي الرجوع، لأن جميع ماله ما دام حيا له فيصح إضافته إليه، وإنما يخرج عن ملكه بعد الموت. ونحن نقول بموجبه إلا أنا ندعي وجود القرينة في هذه الإضافة على الرجوع، ومن ثم لما أبدلها بالإضافة إلى ماله فضلا من جعل الثلث مطلقا شككنا في إرادة الرجوع فلم نحكم به وقدمنا الأول.

وفي المختلف (٢) اعتمد على اعتبار القرينة وعدمها كما حققناه، وجزم بعدم وجودها في " ثلث مالي " ولم يتعرض للثالث 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 حملا للبيع على معناه الحقيقي. وحينئذ فيتحقق التضاد في مثل ما لو قال: أوصيت بثلث لزيد وبثلث لعمر، فيكون الثاني ناسخا للأول فيقدم، وأولى منه ما لو قال: ثلث مالي. ثم فرع عليه: أنه لو أوصى لزيد بثلث ولعمر 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 حققناه سابقا أن الاطلاق في الوصية وغيرها من العقود إنما يحمل على الصحيح، أما النافذ بحيث لا يترتب عليه فسخ بوجه فلا اعتبار به قطعاً، ألا ترى أن الوصية بجميع المال توصف بالصحة ووقوف ما زاد على الثلث على الإجازة، ولا يقول أحد: إنها ليست صحيحة، ولذلك لو باع بخيار حكم بصحة البيع وإن لم يكن نافذاً بمعين أنه لا يستحق أحد فسخه.

وما مثل به من بيع الشريك النصف وأنه محمول على استحقاقه لا يؤثر هنا، للفرق بينه وبين المتنازع، لأن جميع التركة مستحقة للموصي حال حياته إجماعاً فقد أوصى بما يستحقه، ومن ثم حكموا بصحة وصيته بما زاد على الثلث وصحة هبته له وإن توقف على إجازة الورثة، لأن ذلك لهم كالخيار للبايع بالنسبة إلى ملك المشتري بل أضعف، للخلاف في أن الملك هل ينتقل إليه في زمن الخيار أم لا والاتفاق على أن التركة مملوكة للموصي ما دام حياً، ومن ثم لزمته الهبة لو برئ من مرضه، وكانت الإجازة تنفيذاً للوصية لا عطية متجددة على مختار أصحابنا، وقد ادعى الشيخ في المبسوط (١) عليه الاجماع، وإنما الخلاف في التنفيذ والعطية للعامرة (٢)، وأصحابنا يجعلون العطية احتمالاً مرجوحاً لا قولاً.

وإذا تقرر أن الاطلاق محمول على الوصية الصحيحة، وكل وصية من المذكورات صحيحة، سواء كانت نافذة أم لا، لم تدل الوصية المتأخرة عن الوصية بالثلث على أنها ناسخة للسابقة ورجوع عنها، بل على إرادة الموصي إعطاء كل واحد ما أوصى له به وإن توقف ذلك على إجازة الورثة، فإن ذلك أمر آخر غير الوصية المعتمدة شرعاً.

وقد ظهر بذلك أنه لا تضاد بين قوله: أوصيت لزيد بثلث ولعمرو بثلث، ولا بين قوله: لزيد بثلث ولعمرو بربع بطريق أولى. وإنما يقع التضاد صريحاً إذا قال بعد

(١) المبسوط ٤: ١٠ - ٩.

(٢) راجع المهدب، 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 غرايب، ففي الخلاف قال: " إذا أوصى بثلاث ماله لانسان ثم أوصى بثلاث ماله لغيره، ولم تجز الورثة كانت الوصية الثانية رافعة للأولى وناسخة لها ". ثم استدل عليه باجماع الفرقة والأخبار، وبأنه لو قال: العبد الذي كنت أوصيت به لفلان فقد أوصيت به لفلان، فإنه يكون رجوعا عن الأولى فكذا إذا أطلق، وادعى عدم الفرق بين المقيد والمطلق. ثم قال في الخلاف أيضا: " لو أوصى له بماله ولآخر بثلثه وأجازوا بطل الأخير، ولو بدأ بالثلث وأجازوا أعطى 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 رجوعا. وكون السابق في الثانية جميع ماله لا يؤثر في دفع المنافاة، لأن جميع ماله متضمن للثلث الذي أوصى به ثانيا. وما احتج به من الأخبار لم نقف عليه أصلا 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 أيضا ثم ذكر مسألة ثالثة، فقال: " رجل أوصى بثلاث ماله لأجنبي وبثلث ماله للوارث، قد بينا مذهبا فيه، وهو

(١) الخلاف ٤: ١٥٤ مسألة (٢٨)، و ١٤٢ مسألة (١١).

(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 أو وصى بعق مماليكه دخل في ذلك من يملكه منفردا، ومن يملك بعضه، وأعتق نصيبه حسب. وقيل: يقوم عليه حصة شريكه إن

أن يمضي الأول منهما فإن 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 رجوعا عن الأول " (٢). وهذا ظاهر التنافي بين الحكمين، وإنما افترقا بكون أحد الموصى له في الأولى وارثا والآخر أجنبيا، ولا فرق بذلك عندنا، وإنما قصد به الرد على المخالفين الفارقين بين الوصية للوارث والأجنبي (٣)، كما ذكره قبل ذلك بغير فصل. فتأمل كيف ادعى في الخلاف الاجماع على نسخ الثانية الأولى، وفي المبسوط نسب تقديم الأولى إلى مذهبنا المشعر أيضا بالاجماع كما يظهر من عاداته أن يكون ذلك في مقابلة مذهب المخالفين، ومع ذلك يذكر الحكم مختلفا في كل 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 الحكمين في اعتباره بالقرعة. وصفتها: أن يكتب في رقعة اسم أحدهما وأنه السابق، ثم يكتب في أخرى اسم الآخر وأنه السابق، ويجمعان ويخفيان ثم يخرج أحدهما، فمن خرج اسمه كان هو السابق. ولو كتب في كل رقعة أن صاحبها المتأخر صح أيضا. وقس على ذلك ما لو تعدد الموصى له.
قوله: " ولو أوصى بعق مماليكه دخل في ذلك... الخ " .

(١) المبسوط ٤: ١١ و ٤٣.

(٢) المبسوط ٤: ١١ و ٤٣.

(٣) راجع المغني لابن قدامة ٦: ٤٤٩ ز ٤٥٧، وجواهر العقود ١: ٤٤٣.

احتمل ثلثه لذلك، وإلا أعتق منهم ما يحتمله الثلث، وبه رواية فيها ضعف.

أما دخول المملوك جميعه فواضح، وأما المبعوض فلصدق المملوكية له على ذلك البعض، ومماليكه الموصى بعقدهم جمع مضاف فيفيد العموم في كل ما تناوله اللفظ. وأما عدم تقويم حصة الشريك عليه وإن وفي ثلثه بقيمتها فلزوال ملكه عن ماله بالموت إلا ما استثناه، وحصة الشريك ليست منه، والعقق إنما 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 المماليك لخاصة نفسه، وله ممالك في شركة رجل آخر، فيوصي في وصيته: ممالك أحرار، ما حال ممالك الذين في الشركة؟ فكتب: يقومون عليه إن كان ماله يحتمل فهم أحرار " (٣). ولأن الموصي أوجد سبب السراية في العتق، لاستناد العتق في الحقيقة إليه ولهذا لو كان له ولاؤه فيوجد مسببه.

وفيه: أنه إن أراد مطلق السبب أعم من التام لم يفده المطلوب، وإن أراد به التام منعناه هنا، لأن السبب التام للسراية العتق مع اليسار، واليسار هنا منتف، لأنه لا يملك بعد الموت. أو نقول: إن سبب السراية إنما هو العتق لا الوصية به، والعتق إنما وقع بعد الوفاة، فمسببه يجب أن يقع بعدها كذلك مع اجتماع شرائطه التي من جملتها اليسار، وهو منتف عنه بعد الوفاة لما ذكرناه.

فإن قيل: كما أن العتق سبب قريب في السراية كذلك الوصية سبب فيها، لأنها سبب العتق وقد حصلت حالة اليسار لأنه 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 ح ٢.

ولو أوصى بشئ واحد لاثنين وهو يزيد عن الثلث ولم تجز الورثة،
كان لهما ما يحتمله الثلث.
ولو جعل لكل واحد منهما شيئاً بدئ بعطية الأول، وكان النقص
على الثاني منهما.

وإلا فيمكن تخلف المسبب عن سببه لفقد شرط، وهو هنا كذلك، لأن شرط العتق
وفات الموصي، لأنه جعله وصية، 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 بشئ واحد لاثنين... الخ "

المراد بوصيته بالواحد للاثنين في الأول جعلها بلفظ واحد بحيث لا يحصل
الترتيب بين الوصيتين وإن كان اللفظ أعم من ذلك بقرينة الحكم، بأن قال: أعطوا
فلانا وفلانا مائة درهم أو الدار الفلانية، فإنها يكون وصية واحدة، فإن لم يحتملها
الثلث جاء النقص عليهما معاً بالنسبة.

والمراد بجعله لكل منهما شيئاً وصيته لهما متعاقبة، بأن يقول: أعطوا زيادا
خمسين وأعطوا عمرا خمسين، أو أعطوا زيادا نصف الدار وعمرا نصفها، بقرينة
الحكم وإن كان اللفظ أيضاً أعم منه، لتناوله الصورة الأولى كالعكس، فإنه لو قال:
أوصيت لزيد وعمرو بالدار الفلانية لكل واحد نصفها، فقد صدق أنه جعل لكل
واحد منهما شيئاً، وحكمه كالأول.

ولو قال: أوصيت لهما بالدار، لزيد 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 بمائة درهم، لزيد منها
ثلاثون ولعمرو الباقي. ولو اقتصر على التفصيل الأخير فلا ريب في كونهما وصيتين
متعاقبتين، فيقدم الأول منهما حيث لا يسعهما الثلث.
ولا فرق في تقدير التعاقب بين أن يوصي لكل منهما بشئ معين من المعين

ولو أوصى بنصف ماله مثلاً فأجاز الورثة، ثم قالوا: ظننا أنه قليل، قضى عليهم بما ظنوه واحلفوا على الزائد. وفيه تردد. أما لو أوصى بعبد أو دار فأجازوا الوصية، ثم ادعوا أنهم ظنوا أن ذلك بقدر الثلث أو أزيد بيسير لم يلتفت إلى دعواهم، لأن الإجازة هنا تضمنت معلوماً.

كالبيت الفلاني من الدار ومشاع كالنصف، لاشتراكهما في المقتضي. قوله: " ولو أوصى بنصف ماله... الخ "

المراد أنه يقبل قولهم في قله المال مع يمينهم ويقضى عليهم بما ادعوا ظنه، كما لو قالوا بعد إجازتهم لوصيبته بنصف ماله: ظننا أنه ألف درهم فظهر ألف دينار، فإذا حلفوا قضى 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 لتعدد إقامة البينة 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 متيقن الدلالة على معنى يعم الجميع إلى دعوى ظن يجوز كذبه. والأقوى القبول، وحينئذ فيدفع إلى الموصى له نصف ما ظنوه وثلث باقي التركة. قوله: " أما لو أوصى بعبد أو دار... الخ "

نبه بقوله: " لأن الإجازة تضمنت 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 لقلة المال أو ظهور دين، وبين ما إذا كانت بجزء مشاع - وهي الماضية - حيث قبل قولهم في الثاني دون الأول.

وإذا أوصى بثلث ماله - مثلا - مشاعا 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 العلم بمجموع 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) وجها، وفي القواعد (٣) احتمالا.

ووجه القبول هنا: أن الإجازة وإن وقعت على معلوم إلا أن كون 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 المعين بالإضافة إلى مجموع التركة وإن لم يكن قليلا في نفسه. ومخالفة الأصل هنا بظنهم كثرة المال مع أن الأصل عدمه لا يؤثر في دفع الظن عنه واعتقاد كثرتهم، بل يمكن عدم ظهور خلاف ما اعتقدوه من الكثرة، ولكن ظهر عليه دين قدم على الوصية فقل المال الفاضل عنهما، وهذا موافق للأصل كالأول. وأيضا: فمن جملة المقتضي للقبول في الأول إمكان صدقهم في الدعوى وتعذر إقامة البينة بما يعتقدونه، وهو متحقق هنا، لأن الأصل عدم العلم بمقدار التركة، وذلك يقتضي جهالة قدر المعين من التركة كالمشاع. ولعل القبول أوجه. قوله: " وإذا أوصى بثلث ماله مثلا مشاعا... الخ "

إذا أوصى له بثلث ماله فما دون فلا يخلو: إما أن يكون معينا أو مشاعا 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، فإن كان الثاني فهو شريك للورثة في كل شيء 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 ثلثها، لعموم الأدلة (١) الدالة على أن تصرف المريض في ثلث ماله ماض 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 ثم 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 تمكين 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، لا مكان 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 " : السوقية.

(٣) كذا في " س " ولم يرد الحاكم فيها. وفي غيرها الحاكم أو منوبه. وحيث لم يكن للمنوب معنى مناسب رجحنا أن يكون محرراً عن: من يوثق به.

فرع
لو أوصى بثلاث عبده فخرج ثلثاه مستحقا، انصرفت الوصية إلى
الثالث الباقي، تحصيلا لامكان العمل بالوصية.

المقتضي، وهو ملكه بالوصية المحكوم بصحتها بالنسبة إلى الثلث على كل حال،
لأنه غاية ما هناك تلف الغائب بأجمعه فيكون الحاضر هو مجموع التركة فيملك ثلثه
بغير مانع.

ووجه المنع: أن حق الوارث التسلط على ضعف ما يستحقه الموصى له، كما
يتسلط الموصى له على الثلث على حد ما يتسلط عليه الوارث، وهو هنا ممتنع بالنسبة
إلى الوارث، لأن ملكه لما زاد عن الثلث من العين غير معلوم الآن حيث تعلقت به
الوصية، والحال أن 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 شريكا في العين.

وفيه: أن مجرد الاحتمال لا يقوم دليل على منع المالك المستقر ملكه على الثلث،
مع كون الباقي غير خارج عن ملكه بل استقرار ملكه له موقوف على حصول
الغائب، وإلا فأصل الملك حاصل بالوصية والقبول والخروج من الثلث في الجملة،
ومن ثم لو حضر الغائب كان نماء العين أجمع للموصى له، ومراعاة حق الوارث
لاحتمال تلف المال يحصل باتفاق ما زاد على الثلث إلى أن يظهر حال المال.
قوله: " ولو أوصى بثلاث عبده... الخ "

المراد أنه عبده في ظاهر الحال فأوصى بثلثه ثم ظهر كونه لا يملك منه إلا
الثلث، انصرفت الوصية إلى مستحقه منه، ولا ينزل على الإشاعة حتى تصح في
ثلث الثلث خاصة، كالأقرار قطعا والبيع على أحد الوجهين. والفرق بينهما وبين
الوصية أن الوصية لا تصح إلا بما يملكه الموصى، فلو أوصى بمال الغير لغت،
بخلاف الأقرار فإنه منزل على مال الغير، حتى لو قال: ملكي لفلان، لم يصح
الأقرار، والبيع يصح لمال الغير بمعنى وقوفه على إجازته، فإذا أجاز صح وكانت
الإجازة كاشفة عن وقوع الملك من حين البيع، فمن ثم قلنا: البيع صحيح وإن

ولو أوصى بما يقع اسمه على المحلل والمحرم انصرف إلى المحلل،
تحسينا لقصد المسلم عن المحرم، كما إذا أوصى بعود من عيدانه.
ولو لم يكن له عود إلا عود اللهو قيل: يبطل، وقيل: يصح. وتزال
عنه الصفة المحرمة. أما لو لم يكن فيه منفعة إلا المحرمة بطلت الوصية.

توقف على الإجازة.

وحكى في الدروس (١) صحة الوصية بمال الغير مع وقوفه على إجازته احتمالاً.
وعلى تقدير هذا الاحتمال يتفرع نفوذ الوصية هنا في ثلث حقه خاصة، إلا أن المبني
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 الامكان لعموم " فمن بدله 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 المذهب، ضمن المجموع ١٥ : ٤٥٤، حلية العلماء ٦ : ٨٩.

(٣) البقرة: ١٨١.

(٤) في " س " لا يتناول.

وتصح الوصية بالكلاب ككلب الصيد والماشية والحائط
والزرع.

موضع الصحة والانصراف إلى المحلل ما إذا كان للموصي من ذلك النوع
متعدد بأن يكون له عود لهو وعود حرب وغيرهما، فتتصرف الوصية إلى المحلل. وأولى
بالحكم ما لو لم يكن له إلا المحلل وإن كان لفظه أعم من المحرم. أما لو لم يكن له
إلا المحرم فقليل: تبطل الوصية، لانصرافه إلى غير المشروع حيث لم يكن له غيره،
والحال أنه قد خصها بما هو له فلا ينتقل إلى تحصيل غيره. وقيل: تصح الوصية به
حينئذ ولكن تزال عنه الصفة المحرمة، بأن يحول منها إلى غيرها من الصفات المحللة
إن أمكن، فإن لم يكن إلا المنفعة المحرمة بطلت الوصية.

واطلاق العبارة يقتضي أن زوال الصفة المحرمة مع بقاء المنفعة لو تحقق بكسره
والانتفاع بخشبه في بعض المنافع المحللة كفي في الصحة على هذا القول. ويشكل
مع خروجه عن كونه عوداً، لأن 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 يتوقف زوال الصفة المحرمة عليه فلا يقدر ذلك في جواز
الوصية.

لأننا نقول: إن جواز تصرفه فيه بالكسر وغيره موقوف على صحة الوصية،
وصحتها موقوفة على كسره، فيدور. ولو قيل: أنه يمكن كسره من غير الموصى له
قبل دفعه إليه ليندفع الدور، جاء فيه ما تقدم من زوال اسم العود الذي هو متعلق
الوصية فلا يكون بعد كسره موصى به، فلا يحصل بدفعه إلى الموصى له الامتثال.
والأقوى أنه إن أمكن إزالة الصفة المحرمة مع بقاء اسمه صحت الوصية وإلا
بطلت، لحصره فيما عنده، وهو ينافي تحصيل عود من خارج، ولو لم يوجد عنده ما
يتناوله

الاسم شرعاً، فيكون ذلك بمنزلة ما لو أوصى بالمحرم.

قوله: "وتصح الوصية بالكلاب المملوكة... الخ".

في قوله: "المملوكة" تنبيه على أنا لو لم نقل بملكها لم تصح الوصية بها، لعدم

الطرف الثاني: في الوصية المبهمة.
من أوصى بجزء من ماله فيه روايتان أشهرهما العشر. وفي رواية
سبع الثلث.

كونها مالا منتفعا به، ومن ثم لم يصح بيعها عند القائل بعدم المالية. والأقوى جواز
الوصية بها وإن لم نقل بملكها ولم نجوز بيعها، لثبوت الاختصاص بها وانتقالها من
يد إلى يد بالإرث وغيره، وهو أعم من المال. وخالف في ذلك بعض العامة (١) فمنع
من الوصية بها وإن جاز اقتناؤها، وهو شاذ عندهم أيضا. وفي حكم الكلاب الأربعة
الحرور الذي يتوقع الانتفاع به على الأقوى، لجواز إمساكه وتربيته. وأما ما لا يحل
اقتناؤه كالكلب العقور فلا تصح الوصية به قطعا.

إذا تقرر ذلك: فإذا أوصى بكلب تجوز الوصية به فإن وجد في التركة فذاك،
وإلا فإن جوزنا شراءه اشتري من التركة ودفعت إلى الموصى له، وإن لم نجوز شراءه
احتمل بطلان الوصية لعدم إمكان انفاذها على الوجه المشروع، ومراعاة
تحصيله بغير البيع إذ لا يلزم من عدم جواز بيعه عدم إمكان تحصيله بغيره، فيجب
تحصيله على الوارث تفصيا من تبديل الوصية مع إمكان انفاذها فإن أمكن تحصيله
وإلا بطلت. ويشكل بأنه لا يلزم من إمكان تحصيله للوارث وجوبه عليه، إذ لا يجب
عليه إنفاذ وصية مورثه إلا في مال المورث، وهو منتف هنا فالأقوى البطلان مطلقا،
لكن لو تبرع به متبرع من وارث وغيره صح وإن لم يكن ذلك واجبا.
قوله: " من أوصى بجزء من ماله فيه روايتان... الخ "

إذا أوصى بجزء من ماله فقد اختلف الأصحاب في تعيينه مع اتفاهه على
اختصاصه بقدر معين شرعا وإن لم يكن معينا لغة ولا عرفا. 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 إلي وقالت: ثلثي يقضى
به ديني وجزء منه لفلانة، فسألت ابن أبي ليلي فقال: ما أرى لها شيئا ما أدري ما

(١) لم نعثر على مصدره.

الجزء؟ فسألت أبا عبد الله عن ذلك فقال: كذب ابن أبي ليلى، لها عشر الثلث، إن الله تعالى أمر إبراهيم - عليه السلام - فقال: اجعل على كل جبل منهن جزءا وكانت الجبال يومئذ عشرة، فالجزء هو العشر من الشيء". (١) وفي معناه رواية معاوية بن عمار قال: "سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن رجل أوصى بجزء من ماله، قال: جزء من عشرة، قال الله تعالى: (ثم اجعل على كل جبل منهن جزءا) وكانت الجبال عشرة أجمال" (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 لكنها كثيرة يعضد بعضها بعضا، مع أن فيها الحسن كما ذكرناه. وذكر العلامة في المختلف (٥) إن حديث عبد الله بن سنان صحيح، ولم يذكر في سنده عبد الرحمن بن سيابة، بل جعل الراوي عن الإمام عبد الله بلا واسطة. وقد رواه الشيخ كذلك في الاستبصار وعليه فيكون صحيحا كما ذكر، لكن الموجود في التهذيب - وهو عندي بخط الشيخ أبي جعفر - رحمه الله - روايته

عن عبد الرحمن بن سيابة وهو مجهول فلا يكون صحيحا، ويؤيده كونه سأل ابن أبي ليلى في ذلك، ومن المستبعد جدا أن عبد الله بن سنان الفقيه الجليل الإمامي سأل ابن أبي ليلى في ذلك، بل الموجود في الأخبار أن 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: 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 صحيحة على كل حال.

وذهب جماعة (٢) من الأصحاب وأكثر المتأخرين إلى أنه السبع، لصحيفة أحمد بن أبي بصير البزنطي، قال: " سألت أبا الحسن عن رجل أوصى بجزء من ماله فقال: واحد من سبعة، إن الله تعالى يقول: (لها سبعة أبواب لكل باب منهم جزء مقسوم) قلت: فرجل أوصى بسهم من ماله، فقال: السهم واحد من ثمانية ثم قرأ (إنما الصدقات للفقراء والمساكين) الآية ". (٣) ومثله روى إسماعيل بن همام في الصحيح (٤) عن الرضا - عليه السلام - واستشهد بالأبواب السبعة. وهذا القول أصح رواية والأول أكثر، فلذلك قال المصنف: أشهرهما العشر، فإن تلك أشهر وهذه أصح وينبغي ترجيح الصحيح. نعم، من حكم بصحة رواية عبد الله بن سنان وانضم إليها حسنة أبان والباقي من الموثق توجهه ترجيحه بمضمونها. وهو خيرة العلامة في المختلف (٥) محتجا بكثرتها وزيادتها على هذه وموافقتها للأصل، وبعدها عن الاضطراب، إذ في رواية

(١) الدروس: ٢٤٥.

(٢) كالمفيد في المقنعة: ٦٧٣، والشيخ في النهاية: ٦١٣، وابن إدريس في السرائر ٣: ١٨٧ و

٢٠٧، وابن سعيد في الجامع للشرائع: 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 ثمنا.

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 جهل 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 يخالف الجميع. والشيخ (٢) - رحمه الله - جمع بين الأخبار بحمل الجزء على العشر مع استحباب العمل بالسبع للورثة. ولا بأس بهذا الحمل حذراً من اطراح 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 متعددة من الجانبين، وأن قوله: " وفي رواية سبع الثلث " إشارة إلى رواية ثالثة، لا أن هذه ثانية الروايتين وأن إحداهما رواية العشر وهذه الأخرى كما يوهمه ظاهر اللفظ.

قوله: " ولو كان بسهم كان ثمنا " .

هذا هو المشهور بين الأصحاب، وقد تقدم في صحيحة البنزطي (٣) ما يدل عليه، واستشهد بسهم أرباب الزكاة الثمانية. 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: ١٣٣ ح ٥٠٣، والوسائل ١٣: ٤٤٨ ب " ٥٥ " من كتاب الوصايا ح ٢.

ولو كان بشيء، كان سدسا.
ولو أوصى بوجوه فنسي الوصي وجها، جعله في وجوه البر. وقيل:
يرجع ميراثا.

- 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 رجلا أوصى لرجل بسهم
من المال فأعطاه النبي صلى الله عليه وآله 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 ظن أن السهم والجزء واحد.
قوله: " ولو كان بشيء كان سدسا " .

هذا اللفظ من جملة الأجزاء المعينة نصا، والظاهر أنه اتفاق إذ لا يظهر فيه
مخالف. والمستند رواية أبان عن علي بن الحسين - عليهما السلام - أنه سئل عن رجل
أوصى بشيء، فقال: " الشيء في كتاب علي من ستة " (٧).
قوله: " ولو أوصى بوجوه فنسي الوصي وجها جعله في وجوه البر.
وقيل: يرجع ميراثا " .

القول الأول هو المشهور والأصح، لخروج المال عن الميراث بالوصية النافذة
أولا، لأنه الفرض فعوده إلى ملك الوارث يحتاج إلى دليل، وجهالة مصرفه يصيره

-
- (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 الأستار 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) التهذيب ٩: ٢١١ ح ٨٣٤، الاستبصار ٤: ١٣٤ ح ٥٠٤، والوسائل الباب المتقدم ح ٤.
(٧) 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 بالإرث لزم تبديل الوصية المنهي عنه، بخلاف البر لأنه عمل بمقتضاها، ومن ثم أخرج عن الوارث، غايته جهالة المصرف فيصرف فيما يصرّف فيه المال المجهول. ولأن الموصي ربما أراد بوصيته القرية 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 انسان أوصى بوصية فلم يحفظ الوصي إلا بابا واحدا منها، كيف يصنع بالباقي؟ فوقع عليه السلام: الأبواب الباقية اجعلها في البر " (١). والمراد بالبر وجوه القرب من الفقراء والمساكين والمساجد والطرقات وكل ما فيه قرينة معتد بها. والقول برجوعه ميراثا لابن إدريس (٢)، ونقله عن الشيخ أيضا 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 بالطلاق، لما ذكرناه من أن وجوه البر بعض مراد الموصي، مضافا إلى ما ذكرناه من خروجها عن ملك الوارث فلا تعود بمثل هذه الأوهام. وقد تقدم (٥) بهذه 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 أبواب الوصية).
(٤) النهاية: ٦١٣.
(٥) لاحظ ج ٢: ١٨٩، و ج ٥: ٣٤٦.

جواب وفيه قماش، فإن 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: إنما 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: إنما لك الصندوق وليس لك المال، قال: فقال أبو الحسن - عليه السلام - : الصندوق بما فيه له " (١) وعن عقبه 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 متهما وليس للورثة شيء " (٢).

وهذه الروايات ضعيفة السند إلا أن العرف شاهد بدخول جفن السيف وحليته فيه وهو محكم في أمثال ذلك، فإنه لو قيل: خذ سيفك، أو سافر فلان بسيفه، لا يفهم منه إلا مجموع هذه الأشياء، حتى لو جرده عن غمده لعدده العقلاء سفيها، والعرف كاف في إثبات الحكم، وتبقى الرواية شاهدا، فالحكم بدخولها فيه قوي. وأما الباقي فلا يدل العرف على تناول الظرف للمظروف غالبا، والرواية قاصرة عن إثبات المطلوب، فالقول بعدم الدخول أجود. نعم، لو دل العرف أو القرينة على شيء في بعض الأفراد اتبع، كما أنه لو دل 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 الشيخ في النهاية (١)، فإنه 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 الإقرار 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 والجواب مشدوداً وعدمه خلافاً للمفيد (٤) حيث قيدهما بذلك.
واحترز المصنف بالمعين في هذه عما لو كان مطلقاً، كما لو قال: أعطوه سيفاً أو سفينة 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 كالجاء 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 باخراج بعض ولده من تركته لم يصح. وهل يلغو اللفظ؟ فيه تردد بين البطلان وبين إجرائه مجرى من أوصى بجميع ماله لمن عدا الولد، فتمضى في الثلث، ويكون للمخرج نصيبه من الباقي بموجب الفريضة. والوجه الأول. وفيه رواية بوجه آخر مهجورة.

قوله: " ولو أوصى باخراج بعض ولده من تركته... الخ ".
اختلف الأصحاب فيمن أوصى باخراج بعض ولده من الإرث هل يقع صحيحا، ويختص الإرث بغيره من الوراث بعد أن خرج من الثلث، ويصح في ثلثه إن زاد، أم يقع باطلا؟ الأكثر على الثاني، لأنها مخالفة للكتاب والسنة فتلغوا، قال الله تعالى: (يوصيكم الله في أولادكم) (١) الآية، (وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض) (٢). وروى سعد بن سعد، عن الرضا - عليه السلام - في رجل كان له ابن يدعيه فنفاه ثم أخرجه من الميراث وأنا وصيه فكيف أصنع؟ فقال - عليه السلام -: " لزمه الولد لإقراره بالمشهد، لا يدفعه الوصي عن شيء قد علمه " (٣).
ووجه الصحة واعتبار الثلث: إن إخراجها من التركة يستلزم تخصيص باقي الورثة بها فكان لو أوصى بها فتمضي من الثلث بمعنى حرمان الموصى باخراجها من الثلث، ومشاركته في الثلثين إن كان معه مساو والاختصاص بالباقي إن لم يكن. وهذا القول رجحه العلامة في المختلف (٤)، وعلى هذا فلو أجاز نفذت في الجميع. ويضعف بأن الحمل على الوصية خلاف مدلول اللفظ، لأن إخراجها من الإرث لا يقتضي كونه أوصى نصيبه لباقي الورثة وإن لزمه منه رجوع الحصة إليهم، لأن ذلك ليس بالوصية بل لاستحقاقهم التركة حيث لا وارث غيرهم، وربما لم يكن

(١) النساء: ١١.

(٢) الأنفال: 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 عالما 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 بإحدى 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 منتف كما أشرنا إليه من جواز ذهوله عن الوارث أصلا وعدم التفاته إليه، بل عدم معرفته، وإنما غرضه مجرد الانتقام من الولد الوارث، فالبطلان مطلقا 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 فأوصى إلي، فقال: رحمه الله، قلت: وإن ابنه جعفر وقع على أم ولد له فأمرني أن أخرج من الميراث، قال: لا، فقال لي: أخرج من الميراث فإني كنت صادقاً فسيصيبه خبل، قال: فرجعت فقدمني إلى أبي يوسف القاضي، فقال له: أصلحك الله أنا جعفر بن علي بن السري وهذا وصي أبي فمره فليدفع إلي 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، فقال: فادنه، فدنوت حتى لا يسمع أحد كلامي، فقلت له: هذا وقع على أم ولد لأبيه فأمرني أبوه وأوصى ألي أن أخرج من الميراث ولا أورثه شيئاً، فأتيت موسى بن جعفر - عليه السلام - بالمدينة فأخبرته وسألته فأمرني أن أخرج 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 الخيل 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 حظا من مالي أو قسطا أو نصيبا أو قليلا أو يسيرا أو جليلا أو جزيلا.

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 أنهما عاملان بها فيمن فعل ذلك. أما الشيخ فكلامه صريح فيه، وأما ابن بابويه فلأنه وإن لم يصرح به بل إنما دل بمفهومه عليه إلا أنه قد نص في أول كتابه (١) على أن ما يذكره فيه يفتي به ويعتمد عليه، فيكون حكما بمضمونه. وما ذكره من نفيه عن من لم يحدث ذلك دفع لتوهم تعديده 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 أيضا المعلى وهو مشترك بين الثقة والضعيف. واعلم أنه لا فرق في الحكم بين الولد وغيره من الوارث إن حكمنا بالبطلان أو بنفوذها من الثلث، وإن عملنا بالرواية وجب قصرها على موردها، وهو الولد المحدث للحدث المذكور، وقوفا فيما خالف الأصل على مورده. قوله: " ولو أوصى بلفظ مجمل... الخ ".

إنما رجع في ذلك إلى الوارث لأنه لا مقدر لشيء من ذلك لغة ولا عرفا ولا شرعا، فكل ما يتمول صالح لأن يكون متعلق الوصية. أما في القسط والنصيب والحظ والقليل واليسير فواضح، وأما في الجليل والجزيل وما في معناهما كالعظيم والنفيس فإنه وإن كان يقتضي عرفا زيادة على المتمول إلا أنه مع ذلك يحتمل إرادة الأقل، نظرا إلى أن جميع المال متصف بذلك في نظر الشارع، ومن ثم حكم بكفر مستحل قليله وكثيره، كما نبهوا عليه في الاقرار بمثل ذلك متفقين على الحكم في الموضوعين، ولا ينافيه مع ذلك وصفه بالقلة ونحوها، لاختلاف الحيثية، فقلته من

(١) الفقيه ١: ٣.

ولو قال: أعطوه كثيرا، قيل: يعطى ثمانين درهما كما في النذر. وقيل:
يختص هذا التفسير بالنذر اقتصارا على موضع النقل.

حيث المقدار وجلالته من حيث الاعتبار.
وعلى هذا فلو قال: أعطوا زيدا قسطا عظيما، وعمرا قسطا يسيرا، لم يشترط
تمييز الوارث بينهما بزيادة الأول عن الثاني لما ذكرناه، مع احتمالنا نظرا إلى أغلبية العرف
بإرادة ذلك.

وفيه أن ذلك إن اعتبر لزم مثله عند الانفراد، لظهور أغلبية العرف بالفرق بين
قوله يسيرا و قليلا وقوله عظيما و جليلا، خصوصا مع الجمع بين ألفاظ متعددة بأحد
المعنيين.

ولو تعذر الرجوع إلى الوارث لغيبة أو امتناع أو صغر أعطي أقل ما يصدق
عليه الاسم، لأنه المتيقن.

قوله: " ولو قال: أعطوه كثيرا... الخ "

لفظ الكثير كظائره مما ذكر من الألفاظ السابقة في عدم دلالة اللغة والعرف
على حمله على مقدر مخصوص، ولكن وردت رواية (١) أن من نذر الصدقة بمال كثير
يلزمه الصدقة بثمانين درهما، فعدها الشيخ (٢) والصدوق (٣) وجماعة (٤) إلى الوصية،
وأضاف الشيخ (٥) الاقرار نظرا إلى أن ذلك تقدير شرعي للكثير كالجزم والسهم، فلا
يقصر على مورد السؤال، إذ لو حمل في غيره على غير 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، والمؤتلف 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 كتاب الاقرار ح

والوصية بما دون الثلث أفضل، حتى إنها بالربع أفضل من الثلث،
وبالخمس أفضل من الربع.

أصحابه أن 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، فقد ورد في
القرآن (فئة كثيرة) (٢) و (ذكرنا كثيرا) (٣) ولم يحمل على ذلك، والحق الرجوع فيه إلى
الوارث كالعظيم في غير موضع الاجماع، لضعف المأخذ.
قوله: " والوصية بما دون الثلث أفضل... الخ "

الحق النافذ للموصي أن يوصي بثلث ماله فما دون، قال الصادق - عليه السلام
-: " من أوصى بالثلث فلم يترك " (٤) وفي لفظ آخر " فقد أضر بالورثة، والوصية
بالخمس والربع أفضل من الوصية بالثلث " (٥) وقال الباقر - عليه السلام -: " كان
أمير المؤمنين - عليه السلام - يقول: لأن أوصي بخمس مالي أحب إلي من أن أوصي
بالربع، وأن أوصي بالربع أحب إلي من أن أوصي بالثلث، ومن أوصى بالثلث فلم
يترك، وقد بالغ " (٦).

ومقتضى النصوص والفتاوى عدم الفرق بين كون الوصية بذلك لغني وفقير
وغيرهما من وجوه القرب، والحكمة فيه النظر إلى الوارث فإن صلة الرحم والصدقة
عليه أفضل من الأجنبي، 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 الإمام الهادي عليه السلام.

(٢) البقرة: ٢٤٩.

(٣) الأحزاب ٤١.

(٤) الكافي ٧: ١١ ح ٦، 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.

(٥) الكافي ٧: ١١ ح ٦، 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 ٤، الفقيه ٤: ١٣٦ ح ٤٧٤، التهذيب ٩: ١٩٢ ح ٧٧٣، الاستبصار ٤:

١١٩ ح ٤٥٣، والوسائل الباب المتقدم ح ١.

تفريع
إذا عين الموصى له شيئاً، وادعى 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 يستحق 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 تبلغ الميراث غناهم كان تركه لهم كعطيتهم فيكون ذلك أفضل من الوصية
لغيرهم، فحينئذ يختلف الحال باختلاف الورثة وكثرتهم وقتلتهم وغناهم وحاجتهم،
ولا يتقدر بقدر من المال " (٢).
قوله: " إذا عين الموصى له شيئاً... الخ ".

إن ادعى الموصى له أن الموصي أراد تقديراً مخصوصاً من الألفاظ السابقة
ونحوها مما يرجع فيه إلى تفسير الوارث، كأن قال: أعطوه مالا جليلاً، فقال الموصى
له: أراد به ألف درهم، فأنكر الوارث فالقول قوله.

ثم إن ادعى الموصى له عليه العلم بما ادعى أن الموصي أراده، فعلى الوارث
اليمين على نفي علمه بذلك، لا على نفي إرادة الموصي ذلك، لأن أرادته لا تلزم
الوارث إلا إذا علم بها وإن كانت واقعة في نفس الأمر، فإذا ادعاها الموصى له لا
يلتفت إليه إلا أن يدعي علم الوارث بها فيخلف 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 بأخرى مضادة للأولى عمل بالأخيرة.
ولو أوصى بحمل فجاءت به لأقل من ستة أشهر، صحت 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 بعدا.

قوله: " إذا أوصى بوصية ثم أوصى بأخرى مضادة للأولى عمل
بالأخيرة "

يتحقق التضاد باتحاد الموصى به واختلاف الموصى له بأن أوصى بالعين
الفلانية لزيد ثم أوصى بها لعمرو، أو أوصى بمائة درهم مطلقا لزيد ثم قال: المائة
التي أوصيت بها لزيد قد أوصيت بها لعمرو. ولا يتحقق في المطلقة مطلقا، كما إذا
أوصى لزيد بمائة 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 المتعددة
هل هي متضادة أم لا؟ كالوصية لزيد بثلث ماله ثم الوصية لعمرو بثلث ماله، وقد
تقدم (١).

قوله: " ولو أوصى بحمل فجاءت به... الخ "

واعلم أنه ليس من شرط الموصى به كونه موجودا بالفعل وقت الوصية، بل لو
أوصى بما تحمله الأمة أو الدابة أو الشجرة في هذه السنة أو في المستقبل مطلقا صح،
كما سيأتي (٢). ولكن لو أشار إلى معين وأوصى بحمله الموجود، أو بالحمل الموجود
لأتمته، أو بحملها مطلقا حيث تدل القرينة على إرادة الموجود، أو مطلقا نظرا إلى

(١) في ص: ١٦٢.

(٢) في ص: ١٩٣.

ادعاء دلالة القرينة عليه كما قيل، اشترط كونه موجودا حال الوصية ولو بمقتضى ظاهر الشرع، فإن كان الحمل لأمة وولده لأقل من ستة أشهر من حين الوصية علم أنه كان موجودا.

وإنما اعتبر كونه لأقل من ستة أشهر لأن حال الوصية لا يمكن حدوثه، فلا بد من فرض تقدمه في وقت يمكن فيه وطي 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 الوطي المتقدم على الوصية.

ولو علم عدم وجوده قطعاً بأن ولده لأكثر من أقصى مدة الحمل من حين الوصية تبين بطلانها، وقد فرض المصنف لأقصى عشرة أشهر بناء 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 الوطي المتولد عنه الحمل قبل الوصية.

ولو ولده فيما بين أقصى مدة الحمل وأقله أمكن وجوده حال الوصية وعدمه، فينظر حينئذ إن كانت الأمة فراشا بحيث يمكنه تجدد بعد الوصية لم يحكم بصحتها، لأصالة عدم تقدم حالتها، وإن كانت خالية من الفراش بأن فارقها الواطي المباح وطؤه لها من حين الوصية حكم بوجوده، عملاً بالظاهر وأصالة عدم وطي غيره. وما يقال - من أن الظاهر الغالب إنما هو الولادة لتسعة أشهر تقريبا، فما يولد قبلها يظهر كونه موجودا وإن كان لها فراش، وإن الخالية يمكن وطؤها محللا بالشبهة، ومحرم لو كانت كافرة، إذ ليس فيها محذور لعدم الصيانة، بخلاف المسلمة - يندفع بأن الحكم السابق مرتب على أصل المقدم على الظاهر عند التعارض إلا فيما شذ. وبالجملة: فالمسألة حينئذ من باب تعارض الأصل والظاهر، فلو رجح 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. أما لو قال: إن كان الذي في بطنها ذكرا فكذا، وإن كان أنثى فكذا، فخرج ذكر وأنثى لم يكن لهما شيء.

الظاهر عليه في بعض مواردنا - كما يتفق في نظائره - لم يكن بعيدا إن لم ينعقد الاجماع على خلافه. وكيف كان فلا خروج عما عليه الجماعة.

واعلم أن اعتبار المصنف خلوها من زوج واضح، لأن المفروض كون الحمل مملوكا، ويمكن فرضه مع الزوج الرقيق المشروط على مولاه رق الولد، أو على مولاه لو كان مولاه هو الموصي، ومع الحر على القول بجواز اشتراط رق الولد. أما فرضه خلوها من مولى فتركه أولى كما تركه غيره، لأن المولى الحر يتبعه الولد، ويمكن على بعد تقدير فرضه في مولى رقيق على القول بأنه يملك إذا ملك الأمة، فإن ولده مملوك كأبويه، وإن كان الأب مولى الأمة. والحكم مخصوص بحمل الأمة كما يظهر من تمثيله واعتبار خلوها من زوج ومولى، وإن كان اللفظ مطلقا.

ولو كان الحمل لغير الأمة من البهائم صح أيضا واشتراط وجوده حالة الوصية كحمل الأمة، إلا أن العلم به لا يتقيد بولادته قبل ستة أشهر، ولا انتفاء وجوده حالته يعلم بتجاوزه العشرة، لاختلاف الحيوان في ذلك اختلافا كثيرا، والمرجع فيها إلى العادة الغالبة، لعدم ضبط الشارع حملها كالآدمي. ويختلف العادة باختلاف أجناسه، فإن للغنم مقدارا معلوما عادة، وللبقر مقدارا زائدا عنه، وكذا للخيل وغيرها من الحيوان، فيرجع فيه إلى العادة، لأنها المحكمة عند انتفاء الشرع. وحيث يقع الشك في الوجود حالة الوصية لا يحكم بصحتها. ويشكل مع هذا حمل الآدمي على المتيقن والحيوان على الغالب، لاشتراكهما في المقتضي على التقديرين. قوله: " ولو قال: إن كان في بطن هذه ذكر... الخ "

الفرق بين الصيغتين أنه في الأول اعتبر وجود الذكر في البطن ووجود الأنثى فيه من غير أن ينحصر ما في البطن في أحدهما، فإذا وجدا معا في البطن صدق أن في بطنها ذكرا فيستحق ما أوصى له به وأن كان في بطنها أنثى فتستحق ما أوصى لها به،

وتصح الوصية بالحمل وبما تحمله المملوكة والشجرة، كما تصح الوصية بسكنى الدار مدة مستقبله.

لتحقق الشرط فيهما، وزيادة الآخر لا تضر، لأن الظرفية لشيء لا ينافي الظرفية لغيره، بخلاف الثانية فإنه شرط صفة الذكورة والأنوثة في جملة الحمل، فقد اعتبر كون جميع ما في بطنها هو الذكر أو الأنثى، فإذا وجدا معا فيه لم يصدق أن الذي في بطنها ذكر ولا أنثى، بل هما معا، والمجموع غير كل واحد من أجزائه فلا يستحقان شيئا. وفي حكم العبارة الثانية قوله: إن كان ما في بطنها، أو إن كان حملها، ونحو ذلك.

فرع: لو ولدت خنثى دفع إليه الأقل، لأنه المتيقن، بناء على أنه ليس طبيعة ثالثة، مع احتمال عدم استحقاق شيء لأنه ليس أحد الأمرين. ولو ولدت في الصورة الأولى ذكرين أو أنثيين أو هما معا، ففي تخير الوارث في إعطاء نصيب الذكر لأيهما شاء، ونصيب الأنثى لأيهما شاء، أو اشتراك الذكرين في الدرهمين والأنثيين في الدرهم، أو الايقاف حتى يصطلحا، أو جه أجودها الأول، لأن المستحق للوصية هو ذكر في بطنها أو أنثى في بطنها وهو صادق عليهما، فيكون تعيينه إلى الوارث كما في كل لفظ متواط. ولا يتوجه هنا احتمال الاستحقاق كل واحد من الذكرين ما عين له وكل واحدة من الأنثيين كذلك، لأن الموصى له مفرد نكرة فلا يتناول ما زاد على واحد، بل كان بالنسبة إليهما متواطئا، كما لو أوصى لأحد الشخصين أو لفقير ونحو ذلك. قوله: "وتصح الوصية بالحمل... الخ".

المراد بصحة الوصية بالحمل الموجود في بطن أمه وبالمتجدد. وقد تقدم (١) حكم الموجود، وإنما أعاده ليرتب عليه قسيمه. والمراد بالمملوكة هنا ما يعم الأمة وغيرها من البهائم، وإن كان إطلاقها على الأمة أغلب، ولو فرض إرادة الأمة فهو تمثيل. ولا فرق في جواز الوصية بالمتجدد من ذلك بين المضبوط بمدة كالمتجدد في هذه

(١) في ص: ١٩٠.

ولو أوصى بخدمة عبد، أو ثمرة بستان، أو سكنى دار، أو غير ذلك من المنافع، على التأييد أو مدة معينة، قومت المنفعة، فإن خرجت من الثلث، وإلا كان للموصى له ما يحتمله الثلث.

السنة أو عشر سنين أو عدد كأربعة، وبين المطلق والعام المتناول لجميع ما يتجدد منها ما دامت حية. ولا في المضبوط بمدة بين المتصل بالموت والمتأخر كالسنة الفلانية من المتجدد. والمراد بالعام المتناول لجميع ما استفيد من لفظ يدل عليه، كقوله كل حمل يتجدد، أو كل ثمرة يتجدد دائما (١)، ونحو ذلك. ولو كانت الوصية باللفظ الذي ذكره المصنف كقوله: أوصيت بما تحمله، فهل تنزل على العموم، أم تحمل على كل حمل واحد أو ثمرة واحدة؟ يبنى على أن " ما " الموصولة هل تفيد العموم أم لا؟ وفيه خلاف بين الأصوليين، ومع الشك فالواحد معلوم والأصل فيما بعده عدم التبرع به.

ويبقى فيه بحث آخر، وهو أن الحمل المتجدد يدخل في هذه العبارة قطعا، لأنها بصيغة المضارع، وهل يدخل الموجود حال الوصية؟ يبنى على أن المضارع هل هو مشترك بين الحال والاستقبال، أم مختص بأحدهما حقيقة وهو في الآخر مجاز؟ فيه خلاف بين الأصوليين والنحويين، وعليه يتفرع الحكم. والأقوى عدم دخول الموجود للشك في تناوله للحال، ورجحان الاشتراك الموجب لعدم حمله على المعنيين على المختار عند الأصوليين. وبالجملة فالمسألة مشكلة المأخذ جدا. قوله: " ولو أوصى بخدمة عبد أو ثمرة... الخ ".

الغرض من ذلك بيان كيفية احتساب المنفعة من الثلث، فإن لم تكن المنفعة الموصى بها مؤبدة فأمرها سهل، لأن العين تبقى لها قيمة معتبرة بعد إخراج تلك المنفعة، فإذا أوصى بمنفعة العبد مثلا عشر سنين قوم العبد بجميع منفعه، فإذا قيل: قيمته مائة دينار قوم ثانيا مسلوب المنفعة تلك المدة، فإذا قوم كذلك بخمسين فالتفاوت خمسون يخرج من الثلث، بمعنى أنه يعتبر أن يكون بيد الوارث مائة منها

(١) في " س " بدل " دائما ": أو كل نماء.

رقبة العبد وقيمتها في المثل خمسون.

وربما استشكل اخراج 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 منتفعا بها ومسلوبة المنافع، أو مجموع قيمة العين كما سيأتي، وذلك مملوك للموصي ومعدود في تركته قطعاً إذ لا شبهة في كون تلك المنافع تنقص قيمة العين، وتختلف قيمتها باختلافها زيادة ونقصاناً، فذلك هو المحسوب، وإن كنا لا نقضي الدين من المنافع المتجددة بعد الموت ولا نحتسبها 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 الفائتة (١)، ولأن المنفعة المؤبدة لا يمكن تقويمها، لأن مدة عمره غير معلومة وإذا تعذر تقويم المنافع تعين تقويم الرقبة.

وثانيها: أن المعتبر ما بين قيمتها بمنافعها وقيمتها مسلوبة 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 بآلاتها 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 مدة معينة فنفقته على الورثة، لأنها تابعة للملك.

يبقى مع الورثة ضعفها ومن جملته الرقبة بعشرة. وهذا هو الأصح. وثالثها: أن يحتسب قيمة المنفعة من الثلث، ولا يحتسب قيمة الرقبة على أحد من الوراث ولا الموصى له، أما الموصى له فلأنها ليست له، وأما الوارث فللحيلولة بينه وبينها ويسلب قيمتها بسلب منافعها فكأنها تالفة. وهذا يتم مع فرض عدم القيمة للرقبة منفردة كبعض البهائم، وإلا فعدل (١) الوسط ظاهر. إذا عرفت ذلك فيتفرع على هذه الأوجه مسائل كثيرة.

منها: ما لو أوصى لرجل برقبة ولآخر بمنفعته، فإن قلنا: يعتبر من الثلث تمام القيمة، نظر فيما سواه من التركة وأعطي كل واحد حقه كاملاً أو غير كامل. وإن قلنا: المعتبر التفاوت، فإن حسبنا الرقبة على الوارث إذا بقيت له حسب هنا كمال القيمة عليهما، وإلا لم يحتسب (٢) أيضاً على الموصى له بها، وتصح وصيته 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، وإلا فهنا يحسب قدر التفاوت على الوارث ولا تحسب قيمة الرقبة على الوصايا. (٣)

قوله: " وإذا أوصى بخدمة عبده مدة معينة فنفقته على الورثة، لأنها تابعة للملك "

لا إشكال في وجوب النفقة على الوارث لو كان المنفعة مؤقتة، لبقاء الرقبة على ملك الوراث، والنفقة تابعة للملك، ولم تخرج الرقبة عن كونها منتفعا بها. وإنما

(١) (١) في " و " نسخة بدل: فقول الوسط.

(٢) في " س " : تحسب.

(٣) في " و " نسخة بدل بعد هذه الجملة: لذلك.

الكلام في نفقة المؤبدة خدمته للموصى له، والمصنف لم يتعرض لحكمه، وفي محل وجوب نفقته أوجه:

أحدها - وهو الأصح - : أنه الوارث كأول، لما ذكر من كونه المالك للرقبة، وهو مناط النفقة.

والثاني: أنه الموصى له، لكونه مالكا للمنفعة مؤبدا فكان كالزوج، ولأن نفعه له فكان ضرره عليه كالمالك لهما جميعا، ولأن اثبات المنفعة للموصى له والنفقة على الوارث إضرار به منفي.

والثالث: أنه من بيت المال، لأن الوارث لا نفع له، والموصى له غير مالك، وبيت المال معد للمصالح وهذا منها.

ويضعف الثاني بأن ملك المنفعة لا يستتبع النفقة شرعا كالمستأجر. والقياس على الزوج باطل مع وجود الفارق، فإن الزوجة غير مملوكة، والنفقة في مقابلة التمكين في الاستمتاع لا في مقابلة المنافع. وثبوت الضرر بإيجابها على الوارث ممنوع، لانتفائه مع اليسار وانتفائها مع عدمه. وأما النفقة من بيت المال فمشروطة بعدم المالك المتمكن، وهو هنا موجود.

واعلم أنه لا فرق بين العبد وغيره من الحيوانات المملوكة. وأما عمارة الدار الموصى بمنافعها، وسقي البستان وعمارته من حرث وغيره إذا أوصى بشماره، فإن تراضيا عليه أو تطوع أحدهما به فذاك وليس للآخر منعه، وإن تنازعا لم يجبر أحد منهما، بخلاف نفقة الحيوان لحرمة الروح. ويحتمل طرو الخلاف في العمارة وسائر المؤن، بناء على وجوب ذلك على المالك حفظا للمال. والفرق (١) واضح. نعم، لو كانت المنفعة موقته اتجه وجوبها على المالك وإجباره عليها حفظا لماله عن الضياع،

(١) في هامش " و " : " وجه الفرق: أن المالية هنا منتفية عن مالك الأصل بسبب سلب المنفعة، بخلاف ما لو كانت المنفعة له، لأن (تركه) (كلمة غير واضحة في النسخة) العمل اذهاب للمال وتضييع فيمنع منه، وقد نبه على الفرق فيما لو كانت المنفعة مؤقتة. 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 تدل 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 كانت المنفعة مؤقتة بوقت معلوم فجوازه واضح لعدم المانع، كما يجوز بيع العبد المستأجر. وإن كانت مؤقتة ففي جوازه مطلقاً، أو على الموصى له خاصة، أو المانع مطلقاً، أوجه أجزؤها الجواز حيث تبقى له منفعة كالمملوك لا مكان عتقه، وتحصيل الثواب به أعظم المنافع، ولأنه يتوقع استحقاق الأرش بالجناية عليه أو الحصة منه، وقد تقدم (١) في بيع المعمر ما يحقق موضع النزاع ويرجح الجواز. ولو لم يبق لم منفعة كبعض البهائم فالمنع أجود، لانتفاء المالية عنه بسلب المنافع كالحشرات.

نعم، لو أوصى بنتاج الماشية مؤبداً صح 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 تدل 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

(١) في ج ٥: ٤٢٧.

السهام الصغار وتسمى الحسبان، وعلى الجلاهق وهي مما يرمى به البندق، وعلى قوس الندف. والسابق إلى الفهم من لفظ القوس أحد الأنواع الثلاثة، فإذا قال: أعطوه قوسا، حمل على أحدها دون الجلاهق وقوس الندف. هكذا أطلقه المصنف والأكثر.

وقال ابن إدريس: تتخير 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 بأن إطلاق اسم القوس على الخمسة لكنه يدعي غلبته في الثلاثة عرفا، 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 الحسبان 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 قوسا يندف به أو يتعيش به وشبهه، فينصرف إلى قوس الندف، أو يغزو بها فيخرج قوس الندف والبندق إذا لم يكن معتادا في الغزو (٢). وإن انتفت القرائن اتبع عرف بلد الموصي، فإن تعدد تخيير الوارث. ولو قال: أعطوه ما يسمى قوسا، ففي تخيره بين الخمسة أو بقاء الأشكال كالأول وجهان أجودهما الأول.
إذا تقرر ذلك: فالواجب إعطاء ما يطلق عليه اسمه عرفا، 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 "م، س، ش": العرف.

وكل لفظ وقع على أشياء وقوعا متساويا فللورثة الخيار في تعيين ما شاءوا منها.

قوله: " وكل لفظ وقع على أشياء وقوعا متساويا فللورثة الخيار في تعيين ما شاءوا منها " .

هذا كاللتمة لما سبق مع إفادة قاعدة كلية، فإن لفظ القوس يطلق على أشياء متعددة على القولين، فيتخير الورثة في إعطاء ما شاءوا مما ينصرف إليه اللفظ من الثلاثة والخمسة وغيرهما. وهذا اللفظ وإن كان يعطي القاعدة في غير هذه المسألة إلا أنه بتوسطه بين أحكام القوس يرشد إلى تخصيصه بمسألته، وإن كان حكمه على الاطلاق صحيحا أيضا.

والكلية متناولة للفظ المشترك، لأنه هو اللفظ الواحد الواقع على أشياء متعددة، وفي حكمه المتواطئ فإن الوارث يتخير في أفراده الداخلة تحت معناه. ويمكن ادخاله في العبارة بجعل الأشياء الواقع عليها اللفظ أعم من كونها داخلة تحته بغير واسطة وهو المشترك، أو بواسطة المعنى الواحد وهو المتواطئ، وهذا أعم فائدة. وفي عبارة العلامة (١) تصريح بإرادته على ما فيه من التكلف. والحاصل: أن الموصي بلفظ يقع على أشياء وقوعا متساويا - إما لكونه متواطئا، بأن تكون الوصية بلفظ له معنى، وذلك المعين يقع على أشياء متعددة كالعبد، أو لكونه مشتركا بين معان متعددة كالقوس - فإن للورثة الخيار في تعيين ما شاءوا. أما في المتواطئ فلأن الوصية به وصية بالماهية الكلية، وخصوصيات الأفراد غير مقصودة له إلا تبعا، فيتخير الوارث في تعيين أي فرد شاء، لوجود متعلق الوصية في جميع الأفراد. وأما المشترك فلأن متعلق الوصية هو الاسم، وهو صادق على المعاني المتعددة حقيقة، فيتخير الوارث أيضا. وربما قيل في المشترك بالقرعة. وهو بعيد.

(١) القواعد ١: ٢٩٨.

أما لو قال: أعطوه قوسي، ولا قوس له إلا واحدة انصرفت الوصية إليها من أي الأجناس كانت.
ولو أوصى برأس من مماليكه كان الخيار في التعيين إلى الورثة.
ويجوز أن يعطوا صغيرا أو كبيرا، صحيحا أو معيبا.

قوله: " أما لو قال: أعطوه قوسي، ولا قوس له إلا واحدة انصرفت الوصية إليها من أي الأجناس كانت " .

هذا تنمة حكم الوصية بالقوس، وحاصله: أن التخيير بين الثلاثة والخمسة إنما هو مع اطلاقه إعطاء القوس من غير أن يضيفه إلى نفسه، فإنه في نفسه مشترك متعدد. أما لو قال: أعطوه قوسي، وليس له إلا أحدها انصرفت الوصية إليه، من أي نوع كان، لتقييده بالإضافة. ولو فرض مع قوله: أعطوه قوسي أن له قسما متعددة فكالسابق في التخيير، لكن يزيد هنا أن الحكم مختص بما لو كان له من كل نوع، فلو كان له من نوعين خاصة أو ثلاثة، فإن كان أحدهما خاصة من الغالب حمل عليه، وإن اشتركت في الغلبة تخير الوارث، وإن تعدد الغالب مع وجود غيره، كما لو كان له قوس ندف (١) وقوس نبل وقوس حسابان، تخير في الأخيرين خاصة. ولو لم يكن له إلا قوس ندف وجلاهاق خاصة ففي التخيير بينهما، أو الانصراف إلى الجلاهاق لأنه أغلب، وجهان، وعلى ما اخترناه من مراعاة العرف يرجع إليه هنا.
واعلم: أن القوس مما يجوز تكبيره وتأنيثه لغة سماعا، ذكره جماعة (٢) من أهل اللغة، فلذلك أنه المصنف وذكره غيره.
قوله: " ولو أوصى برأس من مماليكه 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 ممتلكاته بعد وفاته إلا واحدا تعين للعطية. فإن ماتوا بطلت الوصية. فإن قتلوا لم تبطل، وكان للورثة أن يعينوا له من شاءوا، أو يدفعوا قيمته إن صارت إليهم، وإلا أخذها من الجاني.

فيتخير الوارث في إعطاء أيها شاء، لوقوع اسمه على كل واحد منها. وإنما اجتزأ هنا بالمعيب مع إطلاق الموصي ولم يحمل عليه في التوكيل في البيع ونحوه لأن عقود المعاوضات مبنية على المكايسة (١)، ويطلب فيها حفظ المالية، بخلاف الوصية فإنها تبرع محض فتتبع اللفظ وإن فات بعض المالية. وإنما يتخير الوارث مع وجود المتعدد في التركة، وإلا تعين الموجود. ولو لم يوجد له مملوك بطلت وهل المعترف بالموجود عند الوصية أو الموت؟ وجهان أجودهما الثاني، لأنه وقت الحكم بالانتقال وعدمه كما اعتبر المال حينئذ. ووجه الأول إضافة الممتلك إليه المقتضية لوجود المضاف.

قوله: " ولو هلكت ممتلكاته بعد وفاته... الخ "

المراد بهلاكهم موتهم، لا ما يعم قتلهم، وإن كان اللفظ أعم، إذ لو قتلوا إلا واحدا لم يتعين للوصية، لأن المقتول بمنزلة الموجود، ومن ثم لم تبطل الوصية بقتل الجميع، فيتخير الوارث في تعيين من 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. والتقيد بهلاكهم بعد الوفاة لادراج 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 واحد، فتقيده ببعدي الوفاة لا وجه له.

واعلم: أن الحكم بعدم البطلان لو قتلوا بعد الوفاة واضح على تقدير سبق

(١) في " س " : المماكسة.

وتثبت الوصية بشاهدين مسلمين عدلين، ومع الضرورة وعدم عدول المسلمين تقبل شهادة أهل الذمة خاصة.

القبول القتل، أو على القول بكون القبول كاشفا من سبق الملك بالموت، أو بالمراعاة. أما على القول بأنها لا تملك إلا بالقبول فقييل: 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 أيضا، أما لو قلنا بعدم البطلان حينئذ فعدمه لو قتلوا بعد الوفاة على جميع التقادير بطريق أولى، لتعلق حقه بهم في الجملة وإن لم يتم، بخلاف حال الحياة لعدم تصور 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 استثنى مما يتوقف على أربعة، وحكم الوصية أخف من غيرها، ومن ثم قبل فيها شهادة المرأة الواحدة على بعض الوجوه، وشهادة أهل الذمة كذلك. ولا فرق في قبولها بهما بين كونهما بمال وولاية.

ومع عدم وجود عدول المسلمين تقبل شهادة عدول أهل الذمة بالمال، للآية (٢) والرواية (٣)، ودعوى نسخها لم تثبت. والآية تضمنت اشتراط قبولها بالسفر، وتحليفهما بعد الصلاة قائلين: (لا نشترى به ثمنا ولو كان ذا قربي ولا نكتم شهادة الله إنا إذا لمن الآثمين)، وذلك إذا ارتاب ولي الميت في شهادتهما، وأنه إن عثر على أنهما شهدا بالباطل فليس له نقض شهادتهما حتى يجيء شاهدان فيقومان مقام الشاهدين الأولين (فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وما اعتدينا إنا إذا لمن الظالمين) (٤). وأكثر الأصحاب - ومنهم المصنف - لم يعتبروا السفر وجعلوه خارجا مخرج

(١) التذكرة ٢: ٤٨٦.

(٢) المائة: ١٠٦.

(٣) راجع الوسائل ١٣: ٣٩٠ ب (٢٠) من كتاب الوصايا.

(٤) المائة: ١٠٧.

وتقبل في الوصية بالمال شهادة واحد 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 من ليس بمسلم على الوصية" (٣) فإنها متناولة باطلاقها للحضر والسفر. ولو وجد مسلمان فاسقان فالديتان العدلان أولى، للآية. أما المسلمان المجهولان فيبنى 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 قدم 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 أفراد. وقد دل 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 إليه نقله الرواية المتضمنة لذلك في التذكرة ٢: ٥٢١ من دون تعليق. ويحتمل حصول الاشتباه بين كلامه ومتمن 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 صلى الله عليه وآله. وسيأتي إن شاء الله تعالى.

قوله: "وتقبل شهادة الواحدة... الخ".

هذا أيضا 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، لاطلاق النص، فلو اعتبر لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، ولا بعد فيه بعد ثبوته بالنص، وإن كان مخالفا لحكم غيره من الحقوق فإنها مختلفة بحسب الشهادة اختلافا كثيرا. 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 مطلقا.

ولو شهد رجل واحد ففي ثبوت النصف بشهادته من غير يمين، نظرا إلى قيام شهادته مقام اثنتين (٧) أو الربع خاصة، لأنه المتيقن من حيث إنه لا يقصر عن المرأة، أو سقوط شهادته أصلا، وقوفا فيما خالف الأصل على مورده، أو جه أوسطها الوسط. والحنثي 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) راجع الوسائل ١٣: ٣٩٥ ب " ٢٢ " من كتاب الوصايا.

(٤) راجع الوسائل ١٣: ٣٩٥ ب " ٢٢ " من كتاب الوصايا.

(٥) التذكرة ٢: ٥٢٢.

(٦) كذا في " و، ب " وفي غيرهما: لقيامهما.

(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 ظاهرا، واستباحة الموصى له مع علمه بالوصية أو جهله بكذبها في الزيادة لا بدونه، ولكن لا يجوز لها تضعيفه لذلك للكذب. ولا يشترط في قبول شهادة المرأة هنا تعذر الرجال عملا بالعموم، خلافا لابن إدريس (١) وقبله ابن الجنيد (٢).

قوله: " ولا تثبت الوصية بالولاية إلا بشاهدين... الخ " .
لا خلاف في عدم قبول شهادة النساء منفردات في الولاية، لأنها ليست وصية بمال بل هي تسلط على تصرف فيه، ولا مما يخفى على الرجال غالبا، وذلك ضابط محل قبول شهادتهن منفردات.
وأما ثبوتها بشهادة الواحد مع اليمين فقد تردد فيه المصنف ثم استظهر المنع. وهو واضح، لأن ضابطه ما كان من حقوق الآدمي مالا أو المقصود منه المال، وولاية الوصاية ليست أحدهما. ووجه ترده مما ذكرناه، ومن أنها قد تتضمن المال، كما إذا أراد أخذ الأجرة أو الأكل بالمعروف بشرطه، ولما فيه من الأرفاق والتيسير فيكون مرادا 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 نعثر عليه ونسبه في الدروس: ١٩٥ إلى ظاهر ابن البراج وهو صريح كلامه في المهذب ٢: ١٢٠ و ٥٥٩.

(٣) لعل المراد بها قوله تعالى: (إنما 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 " ١٤ " 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 المولود. 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 غلاما، فشهدا بعد العتق أن مولاها كان أشهدهما أنه كان يقع على الجارية وأن الحمل منه، قال: " تجوز شهادتهما، ويردان عبدين كما كانا " (١). وهذه الرواية مبنية إما على قبول شهادة المملوك مطلقا أو على مولاه، لأنهما بشهادتهما للولد والحكم بها صارا رقا له، لتبين أن معتقهما لم يكن وارثا، أو على أن المعتبر حرتهما حال الشهادة وإن ظهر خلافها بعد ذلك، أو على أن الشهادة للمولى (٢) لا عليه فيقبل، كما هو أحد الأقوال في المسألة. وفيه: أن الحكم بكون الولد مولى موقوف على شهادتهما، فلو توقف شهادتهما على كونه مولى لتكون الشهادة له، دار. والشيخ (٣) - رحمه الله - خص الحكم بالوصية، فإن أمرها أخف من غيرها من الحقوق، كما قبلت فيها شهادة أهل الكتاب. وكيف كان فلا سبيل إلى رد الرواية الصحيحة المقترنة بعمل الأصحاب.

إذا تقرر ذلك وحكم ببنوة الولد عادا رقا، لتبين وقوع العتق من غير المالك. ويكره له استرقاقهما، لأنهما كانا سببا في حرته بعد الرقية فلا يكون سببا 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 " م " : على المولى.
(٣) النهاية: ٣٣١.

ولا تقبل شهادة الوصي فيما هو وصي فيه، ولا ما يجر به نفعا أو يستفيد منه ولاية.

الحرية. وقيل: لا يجوز له استرقاقهما، لرواية داود بن فرقد (١) عن أبي عبد الله عليه السلام. والأصح الكراهة.

ومعنى كراهة استرقاقهما استحباب عتقهما لا بناؤه على العتق الأول، والذي اشتملت عليه رواية داود أن مولاها أعتقهما وأشهدهما على أن الحمل منه، فشهدا بالأميرين معا بعد عتقهما، فقال: " تجوز شهادتهما، ولا يسترقهما الغلام الذي شهدا له، لأنهما أثبتا نسبه ". وبمضمون هذه الرواية فرض العلامة المسألة في القواعد (٢). وعليه لا يفتقر إلى تجديد العتق، لأنهما بزعمهما معتقان، وإن كان العتق (٣) أولى، لعدم ثبوته بشهادتهما.

وأما ما فرضه المصنف تبعا لرواية الحلبي فلا تعرض فيه لتحريم استرقاقهما ولا لكراهته، إلا أن تعليل المصنف الرواية الأخرى يقتضيه، فإن إثبات نسبه بهما متحقق على التقديرين. وطريق الجمع بين الروايتين حمل ذلك النهي على الكراهة، وإلا فشهادتهما بعتق المولى لهما شهادة لأنفسهما على المولى فلا تسمع.

قوله: " ولا تقبل شهادة الوصي... الخ ".

الضابط: في أن شهادته متى كانت لنفسه منها حظ لم تقبل، ويتحقق ذلك بأمور:

منها: أن يشهد فيما هو وصي فيه، بأن يجعله وصيا على مال معين فينازعه فيه منازع، فيشهد به للموصي.

ومنها: أن يجر به نفعا، بأن جعله وصيا في تفرقة ثلثه فشهد بمال للمورث، فإنه يجر به نفعا 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 " وهامش " و ": العمل.

ولو كان وصيا في إخراج مال معين، فشهد للميت بما يخرج به ذلك المال من الثلث، لم يقبل.

ومنها: أن يجعله وصيا على ولده الصغير فيشهد للولد بمال، فإنه يستفيد به ولاية على المال. ولو انتفت التهمة قبلت، كما لو جعله وصيا على أملاك الأطفال فشهد لهم بدين، أو على الصدقة بمال معين أو بغلة ملك معين فشهد للوارث بحق آخر للمورث، ونحو ذلك.

والمنع من قبول شهادة الوصي كذلك هو المشهور بين الأصحاب لا نعلم فيه مخالفا إلا ابن الجنيد، فإنه قال: " شهادة الوصي جائزة لليتيم في حجره وإن كان هو المخاصم للطفل، ولم يكن بينه وبين المشهود عليه ما يرد شهادته عليه " (١) ومال إليه الفاضل (٢) المقداد في شرحه. ولا بأس بهذا القول، لبعده هذه التهمة من العدل حيث أنه ليس بمالك، وربما لم يكن له أجره على عمله في كثير من الموارد، إلا أن العمل بالمشهور متعين.

واعلم: أنه يجوز قراءة " تجر " بالتاء، بعود الضمير المستكن فيه إلى الشهادة، وبالياء بعوده إلى الوصي، وأن المانع من قبول شهادته التهمة بجر النفع كما ذكر، فلو ادعى مدعي الوصاية ولم تثبت وصايته، لعدم البينة الموجبة له، لم يقدر ذلك في شهادته وإن كان وصيا بزعمه، لعدم التهمة لانتفاء ولايته ظاهرا. قوله: " ولو كان وصيا في إخراج مال معين... الخ ".

هذا من فروع المسألة السابقة، فإنه يجر بشهادته نفعا لنفسه باخراج مجموع ذلك المال بشهادته من الثلث بعد أن كان بعضها مردودا، كما لو أوصى إليه باخراج ألف درهم والتركة ظاهرا ألفان، فشهد الوصي أن للميت على أحد ألفا مثلا، فإن قبول هذه الشهادة يستلزم اخراج الألف المعجول وصيا 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 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 قاصرا عن الوصية ولم يجر الوارث فشهادة الوصي بمال 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 ثلاثا بالقيمة ثم إيقاع القرعة بينهم، ويعتق الثلث الذي أخرجته القرعة. ولو توقف التعديل على إدخال جزء من أحدهم فعل، فإن خرج الثلث الذي فيه الجزء عتق من العبد بحسابه ويسعى في باقي قيمته، كما 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 قسط عليه الثلث بالنسبة - لما ورد من فعل (١) النبي صلى الله عليه وآله في القرعة بين ستة عبيد أعتقهم مولاهم عند موته ولم يكن له غيرهم، فجزأهم أثلاثا ثم أقرع بينهم. وأيضا فإن عتق بعض كل واحد يوجب الاضرار بالوارث، حيث يوجب سعي كل واحد في باقيه فيلزم عتق جميعهم.

ولو رتبهم في الوصية بدأ بالأول فالأول إلى أن يستوفي الثلث ولو في بعض عبد. هذا كله إذا لم يجر الوارث، وإنما تركه لظهوره.
قوله: " ولو أوصى بعق عدد مخصوص... الخ " .

(١) عوالي اللئالي ١: ٤٥٦ ح ١٩٦، مستدرک الوسائل ١٤: ١٠٤ ب " ١٦ " من كتاب الوصايا ح ٣ وراجع أيضا السنن الكبرى للبيهقي ١٠: ٢٨٥.

" الثانية " : لو أعتق مملوكه عند الوفاة منجزا وليس له سواه، قيل: عتق كله. وقيل: ينعق 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. فإن لم يجد أعتق من 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. وهو أقوى وإن كانت القرعة أعدل. قوله: " ولو أعتق مملوكه... الخ " .

هذه المسألة جزئية من جزئيات منجزات المريض، وسيأتي (١) البحث فيها وتحريم محل الخلاف وبيان 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 حرا دفع جميع ما يكتسبه فاضلا 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 " .

(١) في ص: ٣٠٤.

ولو ظنها مؤمنة فأعتقها، ثم بانت بخلاف ذلك، أجزأت عن الموصي.

المراد بالمؤمنة هنا الايمان الخالص، وهو أن يعتقد اعتقاد الإمامية، بقرينة قوله: "أعتق من لا يعرف بنصب" مع أن من كان كذلك قد يكون مؤمنا بالمعنى الأعم. وأيضا فذلك هو المتعارف من فقهاءنا، فكأنه حقيقة عرفية، وقد حققناه في باب الوقف (١).

ولا ريب في وجوب تحري الوصف مع الامكان، وفاء بالوصية الواجب إنفاذها، وحذرا من تبديلها المنهي عنه (٢). فإن لم يجد مؤمنة قال المصنف وقبله (٣) الشيخ: "أعتق من لا يعرف بنصب" من أصناف المخالفين. والمستند رواية علي بن أبي حمزة، عن أبي الحسن - عليه السلام - قال: "سألته عن رجل أوصى بثلاثين دينارا يعتق بها رجل من أصحابنا، فلم يوجد، قال: يشتري من الناس فيعتق" (٤).

وفي السند ضعف بعلي بن أبي حمزة، فالحكم بها - مع مخالفته مقتضى الوصية - ضعيف. ومع ذلك فليس في الرواية تقييد بعدم النصيب، لكن اعتبره الجماعة نظرا إلى أن الناصبي كافر، وعتق الكافر غير صحيح، فالقيد من خارج. ويلزم على ذلك اعتبار عدم الكفر مطلقا، فإن عدم النصيب أعم من عدم الكفر، لجواز وجوده في ضمن غيره من الفرق الاسلامية المحكوم بكفرها فضلا عن غيرها. والأقوى أنه لا يجزي غير المؤمنة مطلقا، فيتوقع المكنة. قوله: "ولو ظنها مؤمنة فأعتقها، ثم بانت بخلاف ذلك، أجزأت عن الموصي".

وذلك لأنه متعبد في ذلك بالظاهر لا بما في نفس الأمر، إذ لا يطلع على السرائر

(١) في ج ٥: 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 بثمن معين، فلم يجد به لم يجب شراؤها، وتوقع وجودها بما عين له. ولو وجدها بأقل اشتراها وأعتقها ودفع إليها ما بقي.

إلا الله، فقد امتثل الأمر وهو يقتضي الاجزاء. ولا فرق في ذلك بين استناده في إيمانها إلى اخبارها أو اخبار من يثبت بقوله ذلك. قوله: "ولو أوصى بعق رقبة بثمن معين... الخ". المراد بقوله: "فلم يجد به" أنه وجد ذلك بأكثر من ذلك الثمن المعين، بقرينة ما ذكره في قسيمه بقوله: "ولو وجد بأقل". ويستفاد من قوله: "لم يجب شراؤها" أنها موجودة، وإلا كان قوله: "فلم يجد" شاملا لما لو لم يوجد أصلا أو وجد بأزيد. وعدم وجوب الشراء بأزيد واضح، لانتفاء المقتضي له، وحينئذ فيتوقع إمكان الشراء به، فإن يئس منه ففي بطلان الوصية، أو صرفه في البر، أو شراء شقص به فإن تعذر فأحد الأمرين، أوجه أجودها الأخير، لأن شراء الشقص أقرب إلى مراد الموصي من عدمه، ولعموم: "فأتوا منه ما استطعتم" (١)، ولخروج المال عن الوارث بالموت فلا يعود، ووجه 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 سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام: "قال: سألته 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 أيضا عوالي اللقالي 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 بسماعة - دلت 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 البر، وهو محلل حينئذ وتبقى الرواية شاهداً إن لم
تكن حجة، لأن سماعه وإن كان واقفياً لكنه ثقة، فيبنى حجيتها على قبول الموثق أو
على جبر الضعف بالشهرة. وعلى ما بيناه لا ضرورة إلى ذلك، لموافقة مضمونها
للقواعد إذا قيدت 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.

(٢١٤)

الرابع

في الموصى له

ويشترط فيه الوجود. فلو كان معدوما لم تصح الوصية له، كما لو أوصى لميت، أو لمن ظن وجوده فبان ميتا عند الوصية. وكذا لو أوصى لما تحمله المرأة، أو لمن يوجد من أولاد فلان.

قوله: " ويشترط فيه الوجود... الخ "

لما كانت الوصية تمليك عين أو منفعة - كما سلف من تعريفها - اشترط كون الموصى له قابلا للتمليك ليتحقق مقتضاها، فلا تصح الوصية للمعدوم ولا للميت. ونبه بخصوص الميت على خلاف مالك (١) حيث صحح الوصية له مع علمه بموته وينصرف إلى وارثه. وبالمنع من الوصية لما تحمله المرأة مطلقا على خلاف بعض الشافعية (٢) حيث صحح الوصية له كما تصح به، وبعضهم (٣) حيث جوزها له بشرط وجوده حال الموت. والأصح عندهم (٤) البطلان مطلقا كما اخترناه. وأما الوصية (٥) لمن سيوجد فقد أطلق الأصحاب وغيرهم المنع منه ولو بالتبعية للموجود، مع أنه قد تقدم (٦) جواز الوقف على المعدوم تبعا 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 الناوي ٢: ٥٢٩.

(٥) في هامش " و " : " ذكر الاشكال الشيخ علي في الشرح ولم يذكر الجواب عنه. منه " . لاحظ جامع

المقاصد ١٠: ٤١.

(٦) في ج ٥: ٣٢٨.

وتصح 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 يتلقى الملك من الواقف، ففائدة الملك المقصودة منه متحققة فيهما (١)، بخلاف الوصية فإن الملك المقصود (٢) منها إطلاق الأصل والثمره على تقدير كون الموصى به الأصل وعلى تقدير كون الثمرة المتجددة، فيعتبر قبول الموصى له لنقل الملك ابتداءً.

إذا تقرر ذلك: فإذا أوصى للموجود ثم للمعدوم، فإن كان بعين فمقتضى تلك الوصية للموجود التصرف فيها ونقلها عن ملكه إذا شاء، والتصرف فيها كذلك ينافي الوصية بها للمعدوم، لأن الوصية له تقتضي تملكه أيضاً، فلا بد 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 أن كل واحد من الموصى له الأول وأولاده موصى له بطريق الاستقلال لا التبعية، لأن الثمرة التي يملكها الأول بالوصية غير الثمرة التي يملكها الثاني في زمانه، وملك الأصل الجامع بينهما منتف عنهما، فقد صدق تملك المعدوم الذي لا يقبل الملك ولا بالتبعية، بخلاف الوقف لأن الملك متحقق للموجود في الأصل ابتداءً، ومنه ينتقل إلى المعدوم كما تقرر، وكان تابعا له فيه فظهر الفرق.

قوله: "وتصح 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" فإن 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 للبت (٢) بشئ قال: "جائز" (٣) وغيرهما من الأخبار.

وفي الآية الكريمة ما يدل على الأمر به فضلا عن جوازه، قال الله تعالى: (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين) (٥).

ومعنى كتب فرض، وهو هنا بمعنى الحث والترغيب دون الفرض. والوالدان لا بد أن يكونا وارثين وإن تخلف ذلك في الأقربين على بعض الوجوه، إلا أن يكون الأبوان ممنوعين من الإرث بكفر وما في معناه، واللفظ أعم منه فيشمل موضع النزاع.

وقد ذهب أكثر الجمهور إلى عدم جوازها للوارث (٦)، ورووا في ذلك حديثا عنه - صلى الله عليه وآله - 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 جمعا (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 أيضا 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 للقرطبي ٢: ١٠٢٤، المغني لابن قدامة ٦: ٤٤٩.
 - (٧) مسند أحمد بن حنبل ٤: ١٨٦، سنن ابن ماجه ٢: ٩٠٥ ح ٢٧١٣ و ٢٧١٤.
 - (٨) راجع جامع البيان (تفسير الطبري) ٢: ٦٨، الجامع لأحكام القرآن ٢: ٢٦٢، تفسير القرآن العظيم لابن كثير ١: ٢١٧.
 - (٩) راجع جامع البيان (تفسير الطبري) ٢: ٦٨، الجامع لأحكام القرآن ٢: ٢٦٢، تفسير القرآن العظيم لابن كثير ١: ٢١٧.
 - (١٠) راجع جامع البيان (تفسير الطبري) ٢: ٦٨، الجامع لأحكام القرآن ٢: ٢٦٢، تفسير القرآن العظيم لابن كثير ١: ٢١٧.

وتصح الوصية للذمي ولو كان أجنبيا. وقيل: لا يجوز مطلقا. ومنهم من خص الجواز بذوي الأرحام. والأول أشبه.

ويبطل 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 مطلقا بمعنى إمضائها وإن زادت عن الثلث كما يقتضيه اطلاق الآية. والمراد نفي الوصية عما زاد عن الثلث، وتخصيص الوارث لحد الآية على الوصية له، إذ لولاه لاستفيد من الآية جواز الوصية له بجميع ما يملك الموصي. ووافقنا بعضهم حتى قال: ليست الوصية إلا للأقربين عملا بمقتضى الآية. وهو قاذح في دعوى بعضهم الاجماع على نسخها.

واعلم: أن المراد بالأجنبي في قول المصنف غير الوارث وإن كان قريبا بقريئة ذكر قسيمه. ولو قال: للوارث وغيره، كان أجود، لأن المتبادر من الأجنبي من ليس بقريب، فلا يكون اللفظ شاملا للقريب غير الوارث. قوله: "وتصح الوصية للذمي... الخ".

وجه الجواز مطلقا عموم قوله تعالى: (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين - إلى قوله - أن تبروهم) (٢) والوصية بر. وخصوص صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: "في رجل أوصى بماله في سبيل الله، قال: أعط لمن أوصى له وإن كان يهوديا أو نصرانيا، إن الله تعالى يقول: فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه" (٣). وقريب منها حسنة محمد بن مسلم (٤) عن أبي عبد

(١) جامع البيان للطبري ٢: ٦٩.

(٢) الممتحنة: ٨.

(٣) الكافي ٧: ١٤ ح ٢، الفقيه ٤: ١٤٨ ح ٥١٤، التهذيب ٩: ٢٠١ ح ٨٠٤، الاستبصار ٤:

١٢٨ ح ٤٨٤، الوسائل ١٣: ٤١١ ب "٣٢" من كتاب الوصايا ح ١، والآية في سورة البقرة:

١٨١.

(٤) الكافي ٧: ١٤ ح ١، التهذيب ٩: ٢٠٣ ح ٨٠٨، الاستبصار ٤: ١٢٩ ح ٤٨٨ والوسائل الحديث المتقدم.

وفي الوصية للحربي تردد، أظهره المنع.

الله وموثقة يونس بن يعقوب (١) عنه عليه السلام.
ووجه الثاني: أن الوصية تستلزم الموادة، وهي محرمة بالنسبة إلى الكافر، لقوله تعالى: (لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آباءهم أو أبناءهم) (٢) الآية، وهي متناولة للأرحام وغيرهم.
ويضعف بمعاوضته بقوله تعالى: " لا ينهيكم الله... الآية، والذمي مطلقا داخل فيها، وبما تقدم من الأخبار، وبقوله صلى الله عليه وآله: " على كل كبد حري أجر " (٣). وينتقض بجواز هبته وإطعامه، ويمنع كون مطلق الوصية له موادة، لأن الظاهر أن المراد منها موادة المحاد لله من حيث هو محاد لله بقريئة ما ذكر من جواز صلته وهو عين المتنازع، لأننا نسلم أنه لو أوصى للكافر من حيث إنه كافر - لا من حيث إنه عبد الله ذو روح من أولاد آدم المكرمين - لكانت الوصية باطلة. ووجه الثالث: ما ورد من الحث على صلة الرحم مطلقا (٤)، فيتناول الذمي. وهو غير مناف لما دل على صلة غيره، فالقول بالجواز مطلقا أقوى.
قوله: " وفي الوصية للحربي تردد أظهره المنع ".
قد عرفت من دليل المانع من الوصية للذمي ما يدل على الحربي بطريق أولى، ومن الدليل المخصص بذوي الرحم ما يفيد في الحربي أيضا.
ووجه المنع من الحربي دون الذمي قوله تعالى: " إنما ينهيكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين...) (٥) الآية، والحربي ناصب نفسه لذلك.

- (١) الكافي ٧: ١٤ ح ٤، الفقيه ٤: ١٤٨ ح ٥٠٥، التهذيب ٩: ٢٠٢ ح ٨٠٥، الاستبصار ٤: ١٢٨ ح ٤٨٥ والوسائل ١٣: ٤١٤ ب " ٣٣ " من كتاب الوصايا ح ٤.
(٢) سورة المجادلة: ٢٢.
(٣) راجع مسند أحمد ٢: ٢٢٢، صحيح البخاري ٣: ١٤٧، عوالي اللئالي ١: ٩٥ ح ٣، وأيضا ٢: ٢٦٠ ح ١٥.
(٤) راجع الوسائل ١٥: ٢٤٣ ب " ١٧ " من أبواب النفقات وغيره.
(٥) الممتحنة: ٩.

وفيه نظر، لأن الحربي قد لا يكون مقاتلا بالفعل، بل ممتنعا من التزام شرائط الذمة، فلا يدخل في الآية. وقوله - عليه السلام - في الخبر السابق: " أعط لمن أوصى له وإن كان يهوديا أو نصرانيا " واستشهاده بالآية يتناول بعمومه الحربي، لأن " من " عامة في المتنازع، وكذلك اليهودي والنصراني شامل للذمي وغيره حيث لا يلتزم بشرائط الذمة.

ولا يقدر في دلالة عطفه اليهودي والنصراني ب " إن " الوصلية الدالة على أنه أخفى الأفراد، مع أن الحربي أخفى فكان ذكره أولى، لمنع كونه أخفى، وجاز تخصيص اليهودي والنصراني دون الوثني، لأن الملتين من أهل الكتاب، ومناقشتهم على الكفر أقوى بسبب علمهم وتلقينهم الأحكام من الأنبياء، بخلاف الوثني (هل يستوي الذين يعملون والذين لا يعلمون) (١). ومن هذا ما ورد في الحج أن من وجب عليه فتركه فليمت إن شاء يهوديا وإن شاء نصرانيا (٢). ويمكن تخصيصهما حذفاً لما سواهما عن درجة الاعتبار.

وأيضاً فقد عرفت أن الملتين شاملتان للحربي منهما وغيره، وإذا جازت الوصية لحربي أهل الكتاب جاز لحربي غيره، إذ لا قائل بالفرق مع أن صدد الخبر متناول بعمومه للجميع. مضافاً إلى أن الوصية نوع عطية لا تتوقف على القرابة، فلا فرق بين وقوعها في الحياة وبعد الوفاة.

وأما ما قيل من الفرق بين الهبة والوصية - أن ملك الحربي غير لازم وماله غير معصوم فلا يجب دفعه إليه، فلو جازت الوصية له لكان إما أن يجب على الوصي دفعه إليه وهو باطل لما تقدم، أو لا يجب وهو المطلوب إذ لا معنى لبطلان الوصية إلا عدم وجوب تسليمها إلى الموصى له - ففيه منع استلزام عدم وجوب دفع الوصية إليه بطلانها، لأن معنى صحتها ثبوت الملك له إذا قبله، فيصير حينئذ ملكاً من أملاكه

(١) الزمر: ٩.

(٢) راجع الوسائل ٨: ١٩ ب " ٧ " من أبواب وجوب الحج ح ١.

ولا تصح الوصي لمملوك الأجنبي، ولا لمديره، ولا لأم ولده، ولا لمكاتبه المشروط أو الذي لم يؤد من مكاتبته شيئاً ولو أجاز مولاه.

يلزمه حكمه، ومن حكمه جواز أخذ المسلم له، فإذا حكمنا بصحة وصيته وقبضه الوصي ثم استولى عليه من جهة أنه مال الحربي لم يكن منافياً لصحة الوصية، وكذا لو منعه الوارث لذلك، وإن اعترفوا بصحة الوصية وملكه جزءاً من التركة. وتظهر الفائدة في جواز استيلاء الوصي على العين الموصى بها للحربي، فيختص بها دون الورثة، وكذا لو استولى عليها بعض الورثة دون بعض حيث لم يكن في أيديهم ابتداء، ولو حكمنا بالبطلان لم يتأت هذا، بل يكون الموصى به من جملة التركة لا يختص بأحد من الوراث.

واعلم: أن النكتة في تعبير المصنف عن اختياره في مسألة الذمي بالأشهر (١) وفي الحربي بالأظهر: أن مصطلحه كون الأشهر في الروايات والأظهر في الفتوى، وقد عرفت أن في صحة وصية اليهودي والنصراني بخصوصه روايات وفي عدم الصحة أيضاً روايات منها: رواية علي بن بلال أنه كتب إلى أبي الحسن عليه السلام: "يهودي مات وأوصى لديانه بشيء أقدر على أخذه، هل يجوز أن أخذه فأدفعه إلى مواليك، أو أنفذه فيما أوصى به اليهودي؟ فكتب عليه السلام: أوصله إلي 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. وأما الوصية للحربي فليس فيها بخصوصها حديث، والأظهر في الفتوى من حيث الأدلة العامة والاعتبار المتقدم المنع. وينبغي مراعاة ما بيناه في كل مسألة خلافية يعبر فيها المصنف بمثل ذلك، فإنه يلتزم في فتاواه بهذا الاصطلاح.

قوله: "ولا تصح الوصية لمملوك الأجنبي... الخ".
أما عدم جواز الوصية لمملوك الغير فظاهر، لانتفاء أهلية الملك الذي هو شرط

(١) يلاحظ أن المصنف عبر بالأشبه دون الأشهر.

(٢) الفقيه ٤: ١٧٣ ح ٦٠٩، التهذيب ٩: ٢٠٥ ح ٨١٣، الاستبصار ٤: ١٣٠ ح ٤٩٠.
الوسائل ١٣: ٤١٦ ب " ٣٥ " من كتاب الوصايا ح ٣.

في الموصى له، بناء على أن المملوك لا يملك شيئاً مطلقاً. ولا فرق فيه بين القن والمدبر وأم الولد، لاشتراكهم في تمحض الرقية. ولو قلنا بملك ما أوصى له به صحت الوصية له واعتبر قبوله.

والشافعية (١) أجازوا الوصية له مطلقاً، بناء على ذلك، لكن جعلوا الوصية لسيده إن استمر رقه إلى بعد الموت، وإلا فهي له. وحيث كان المختار أنه لا يملك وإن ملكه سيده فمع تملك غيره أولى، ويمنع من ملك سيده، لأنه غير مقصود بالوصية ولا تعلق لها عنه (٢). وروى عبد الرحمن بن الحجاج عن أحدهما عليهما السلام قال: " لا وصية لمملوك " (٣) ولعلها شاهد، مع احتمالها نفي أن يوصي المملوك لغيره، لأن الوصية اسم مصدر يمكن إضافته إلى الفاعل والمفعول. وأما عدم جواز الوصية لمكاتب الغير إذا كان مشروطاً أو مطلقاً لم يؤد شيئاً فلبقاءه على المملوكية. ويؤيده رواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام " في مكاتب كانت تحت امرأة حرة فأوصت له عند موتها بوصية، فقال أهل الميراث: لا نجيز وصيتها إنه مكاتب لم يعتق ولا يرث. فقضى أنه يرث بحساب ما أعتق منه، فيجوز له من الوصية بحساب ما أعتق منه، وقضى في مكاتب أوصى له بوصية وقد قضى نصف ما عليه فأجاز نصف الوصية، وفي مكاتب قضى ربع ما عليه فأجاز ربع الوصية " (٤).

وقيل: تصح الوصية له مطلقاً، لانقطاع سلطنة المولى عنه، ولهذا يصح بيعه واكتسابه، وقبول الوصية نوع من الاكتساب. والرواية ضعيفة باشتراك محمد بن

-
- (١) المغني لابن قدامة ٦: ٥٦٩، المنهاج ضمن مغني المحتاج ٣: ٤١.
(٢) كذا في "ش" وفي "و، م": ولا متعلق لها عنه. ولعل 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.

وتصح لعبد الموصي ولمدبره، ومكاتبه، وأم ولده. ويعتبر ما يوصي به لمملوكه بعد خروجه من الثلث، فإن كان بقدر قيمته أعتق، وكان الموصى به للورثة. وإن كانت 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: تصح ويسعى في الباقي كيف كان. وهو حسن.

قيس الذي يروي عن الباقر - عليه السلام - بين الثقة وغيره، مع أنها قضية في واقعة فلا تعم. وهذا أقوى.

قوله: وتصح لعبد الموصي ولمدبره، ولمكاتبه وأم ولده - إلى قوله - وهو حسن "

إذا أوصى لعبد نفسه بشئ من التركة فلا يخلو: إما أن يوصي له بجزء مشاع من أجزاء التركة كثلثها وربعها، أو بمال معين منها كدار معينة أو نصفها ولو مشاعا. فإن كان الأول صحت الوصية، سواء كان العبد قنا أم لا. ثم ينظر في الموصى به فإن كان بعد خروجه من الثلث بقدر قيمة العبد عتق ولا شئ له، وكان باقي التركة للورثة، وجرى ذلك مجرى ما لو قال: أعتقوا عبدي من ثلثي. وإن كانت قيمته أقل أعتق وأعطى الفاضل.

وإن كانت قيمته أكثر من الوصية فلا يخلو: إما أن يبلغ ضعف ما أوصى له به فصاعدا، كما لو كان قيمته مائتين وأوصى له بمائة، أو يكون قيمته أقل من الضعف ولو قليلا. فإن كان الثاني عتق منه بقدر الوصية إن خرجت من الثلث، وإلا فبقدر الثلث، واستسعى للورثة في الباقي، كما لو أوصى بمائة وخمسين وقيمه مائتان والثلث مائة وخمسون، فينتق ثلاثة أرباعه ويسعى للورثة في ربع قيمته وهو خمسون، ولو كان الثلث مائة عتق نصفه ويسعى للورثة في قيمة نصفه وهو مائة، وهكذا، وهذا مما لا خلاف عندنا فيه. وإن كان الأول - وهو ما لو كانت قيمته بقدر ضعف ما أوصى له به - فالأصح

أنه كذلك، فيعتقد منه بحساب ما أوصى له به مطلقا ما لم يزد عن الثلث، فإن زاد فبحساب الثلث. وقال الشيخان (١): إنه مع بلوغ قيمته الضعف تبطل الوصية استنادا إلى رواية الحسن بن صالح بن حي عن أبي عبد الله عليه السلام " في رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله، قال: فقال عليه السلام: يقوم المملوك بقيمة عادلة ثم ينظر ما ثلث الميت، فإن كان الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى 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 أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع القيمة " فإن مفهومه أنه لو لم يكن أقل بقدر الربع لا يستسعى، وإنما يتحقق عدم الاستسعاء مع البطلان. ولا يخفى عليك ضعف هذا التنزيل، فإن مفهومها أن الثلث إن لم يكن أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة لا يستسعى في ربع القيمة، لا أنه لا يستسعى مطلقا، وهذا مفهوم صحيح لا يفيد مطلوبهم، فلا ينافي القول بأنه يستسعى بحسبه، فإن كان أقل بقدر الثلث يستسعى في الثلث، أو بقدر النصف يستسعى في النصف، وهكذا.

وأيا: فلو كان المفهوم الذي زعموه صحيحا لزم منه أنه متى لم يكن الثلث أقل من قيمته بقدر الربع لا يستسعى بل تبطل الوصية، وهذا شامل لما لو كانت القيمة قدر الضعف وأقل من ذلك إلى أن يبلغ النقصان قدر الربع، فمن أين خصوا البطلان بما لو كانت قيمته قدر الضعف؟! ما هذا إلا عجب من مثل هذين الشيخين الجليلين. هذا مع تسليم الرواية فإنها ضعيفة السند بالحسن المذكور، فإن

(١) المقنعة: 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 كالثالث مثلا، فإن العبد حينئذ يكون من جملة التركة، فكأنه قد أوصى بعق جزء منه، فيعتق ويسري في الباقي، فيدفع ثمنه من الوصية بعنقه. ولو كانت بجزء معين كدار أو بستان فالأكثر - ومنهم المصنف - أطلقوا جريان الحكم فيه، لاطلاق النص - كالرواية السابقة - الشامل للمعين والمطلق، ولتنهي عن تبديل الوصية بحسب الامكان. وذهب جماعة - منهم العلامة في المختلف (١) وقبله ابن الجنيد (٢) - إلى اختصاص الحكم بالجزء المشاع، أما المعين فتبطل الوصية من رأس، لعموم: " لا وصية لمملوك " (٣) وأنه إنما صح في المشاع لتناوله لرقبة العبد كما قلنا وذلك منتف في محل النزاع، ولأن تنفيذ الوصية للمعين محال لامتناع ملك العبد، والتخطي إلى رقبته يقتضي تبديل الوصية.

وأجيب بمنع تعليل صحة الوصية في المشاع بتناوله لرقبة العبد، ولم لا يجوز لكونه وصيته له لا لأمر غير ذلك؟ والتبديل غير لازم، لأن ذلك تنفيذ للوصية بحسب الممكن، ولو منع ذلك لمنع من الإشاعة، لأن التخصيص برقبة العبد خروج عن الإشاعة التي هي مناط الوصية، وقد عرفت أن الرواية السابقة تشمل باطلاقها الثلث المعين والمشاع.

والحق هنا أن يقال: لا بد للحكم بصحة الوصية للعبد مع الحكم بكونه غير مالك من دليل، وهو من النص منتف 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 بد لمثبته من دليل صالح، وقد رأينا المصححين للوصية مطلقا يردون على من قيدها بكون القيمة دون ضعف الوصية بضعف

(١) راجع المختلف ٢: ٥٠٥.

(٢) راجع المختلف ٢: ٥٠٥.

(٣) تقدمت في ص: ٢٢٢، هامش (٣).

وإذا أوصى بعثق مملوكه وعليه دين، فإن كانت قيمة العبد بقدر الدين مرتين أعتق المملوك، ويسعى في خمسة أسداس قيمته. وإن كانت قيمته أقل بطلت الوصية بعثقه. والوجه أن الدين يقدم على الوصية فيبدأ به، ويعتق منه الثلث مما فضل عن الدين. أما لو نجز عثقه 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 حجاج عن أحدهما عليهما السلام أنه: " لا وصية لمملوك " وهي قريبة منها في السند، لكن دلالة تلك أقوى كما رأيت. قوله: " ولو أوصى بعثق مملوكه وعليه دين - إلى قوله - عن أبي عبد الله عليه السلام - ".

قد عرفت من القواعد المتقدمة أن الوصية المتبرع بها إنما تنفذ من ثلث المال، وأن الدين يقدم أولاً ثم تعتبر الوصية من ثلث ما يبقى من المال بعد الدين، وأن المنجزات المتبرع بها في مرض الموت بحكم الوصية في خروجها من الثلث عند المصنف والأكثر، ولا شبهة في أن العثق من جملة التبرعات. إذا تقرر هذه المقدمات فنقول: إذا أوصى بعثق مملوكه تبرعاً، أو أعتقه منجزاً بناء على أن المنجزات من الثلث، وعليه دين، فإن كان الدين يحيط بالتركة بطل العثق والوصية به، وإن فضل منها عن الدين فضل وإن قل، 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 الدين مرتين أو أقل، لأن العثق تبرع محض فيخرج من الثلث، والمعتبر منه ثلث ما يبقى من المال بعد الدين 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 من ثلاثة أسداس، للمعتق منها سدس وهو ثلث التركة بعد وفاء الدين، وللورثة سدسان 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 محصله 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) فإن خالفت القواعد المتقدمة، نظرا إلى اعتبارها، ويكون العتق المنجز مستثنى من الحكم السابق.

والشيخ (٤) وجماعة (٥) عدوا الحكم من منطوق الرواية إلى الوصية بالعتق، ولعله نظر إلى تساويهما في الحكم السابق وأولويته في غير المنصوص، لأن بطلان العتق المنجز

(١) الكافي ٧: ٢٦ ح ١، التهذيب ٢١٧ ح ٨٥٤، الاستبصار ٤: ٩ 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 عليهما السلام. ثم إنها رويت صحيحة في الفقيه ٣: ٧٠ ح ٢٣٩ والتهذيب ٨: ٢٣٢ ح ٨٤٠ والاستبصار ٤: ٧ ح ٢٤ عن أبي عبد الله عليه السلام.

(٣) راجع المقنعة: ٦٧٦ - ٦٧٧، النهاية: ٥٤٥.

(٤) النهاية: ٦١٠.

(٥) المهذب ٢: ١٠٨، إصباح الشيعة (ضمن سلسلة الينابيع الفقهية) ١٢: ٢٠٧.

على تقدير قصور القيمة عن ضعف الدين - مع قوة المنجز بكونه تصرفا من المالك في ماله، والخلاف في نفوذه من الأصل - يقتضي بطلانه في الأضعف - وهو الوصية - بطريق أولى.

والمصنف اقتصر على العمل بمنطوق الرواية، وهو جريان الحكم المذكور مع تنجيز العتق لا مع الوصية به، وقوفا فيما خالف الأصل على مورده. وأكثر المتأخرين ردوا الرواية بمخالفتها لغيرها من الروايات (١) الصحيحة الدالة على تلك القواعد المقررة، ولعله أولى.

ويرد على الشيخ القائل بتعديتها إلى الوصية معارضتها فيها بصحيفة الحلبي، قال: قلت لأبي عبد الله - عليه السلام - : " رجل قال: إن مت فعبدني حر، وعلى الرجل دين، فقال: إن توفي وعليه دين قد أحاط بثمن الغلام ببيع العبد، وإن لم يكن أحاط بثمن العبد استسعي العبد في قضاء دين مولاه، وهو حر إذا أوفى " (٢). وهذه الرواية تدل باطلاقها على انعقاده متى زادت قيمته عن الدين، وهو الموافق لما تقر من القواعد، فلا وجه لعمل الشيخ بتلك الرواية مع عدم ورودها في مدعاه واطراح هذه، ومن الجائز اختلاف حكم المنجز والموصى به في مثل ذلك - كما اختلفا في كثير من الأحكام - على تقدير تسليم حكمها في المنجز.

لكن يبقى في رواية الحلبي أنه - عليه السلام - حكم باستسعاء العبد في قضاء دين مولاه ولم يتعرض لحق الورثة، مع أن لهم في قيمته مع زيادتها عن الدين حقا كما تقر، إلا أن ترك ذكرهم لا يقدح، لامكان استفادته من خارج، وتخصيص الأمر بوفاء الدين لا ينافيه.

(١) المراد بالقواعد ما مر ذكرها في ص ٢٢٦. وما تدل عليها من النصوص بترتيب 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 أداه.

ولو أوصى الانسان لأم ولده صحت الوصية من الثلث، وهل تعتق من الوصية أو من نصيب ولدها؟ قيل: تعتق من نصيب ولدها، وتكون لها الوصية. وقيل: بل تعتق من الوصية، لأنه ميراث إلا بعد الوصية.

قوله: " ولو أوصى لمكاتب غيره... الخ " .

بناء على بطلان الوصية للمكاتب فتبطل في جزئه الباقي على الكتابة، لأنه لا يملك به. وعلى ما اخترناه من صحتها له تصح هنا في الجميع بطريق أولى.

قوله: " ولو أوصى الانسان... الخ " .

لا خلاف في صحة وصية الانسان لأم ولده، ولا في أنها تعتق من نصيب ولدها إذا مات سيدها ولم يوص لها بشئ. وأما إذا أوصى لها بشئ هل تعتق منه، أو من نصيب ولدها وتعطى الوصية على تقدير وفاء نصيب ولدها بقيمتها؟ قولان معتبران متكافئاً المأخذ، فمن ثم اقتصر المصنف على نقلهما من غير ترجيح.

ووجه الأول: أن الإرث مؤخر عن الدين والوصية بالآية (١)، فلا يحكم لابنها بشئ حتى يحكم لها بالوصية، فتعتق منها أن وقت بقيمتها، فإن قصر أكمل من نصيب ولدها، لأن الباقي يصير كما لو لم يكن هناك وصية.

وفيه: أن المراد من الآية استقرار الملك بعد المذكورات لا أصل الملك، لعدم بقاء التركة على ملك الميت، لعدم صلاحيته للتمليك، وعدم انتقالها إلى الديان والموصى لهم اجماعاً، وعدم بقائها بغير مالك، فيتعين الوارث.

ووجه الثاني: أن التركة تنتقل من حين الموت إلى الوارث كما بيناه، فيستقر ملك ولدها على جزء منها، فتعتق عليه وتستحق الوصية، لأن ملكها متأخر عن الموت وإن ملكها المملوك بغير قبول، من حيث إن نفوذ الوصية موقوف على وصول التركة إلى الوارث، وملك الوارث لا يتوقف على شئ.

(١) النساء: ١١ و ١٢ .

ويؤيده رواية أبي عبيدة في الصحيح قال: " سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن رجل كانت له أم ولد له منها غلام، فلما حضرته الوفاة أوصى لها بألف درهم أو بأكثر، للورثة أن يسترقوها؟ قال: فقال: لا، بل تعتق من ثلث الميت وتعطي ما أوصى لها به. وفي كتاب العباس: تعتق من نصيب ابنها وتعطي من ثلثه ما أوصى لها به " (١) وهذا الموجود في كتاب العباس نص في الباب، وهو موجود بهذه العبارة في الكافي والتهذيب منضما إلى خبر أبي عبيدة.

ولا يخفى أن الاستدلال بمجرد وجوده في كتاب العباس لا يتم وإن صح السند. ورواية أبي عبيدة مشكلة على ظاهرها، لأنها إذا أعطيت الوصية لا وجه لاعتقها من ثلثه، لأنها 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 كاف في المطلوب، إذ عتقها حينئذ من نصيب ولدها يستفاد من دليل خارج صحيح، ويبقى ما نقل عن كتاب العباس شاهدا على المدعى، ولعل هذا أجود.

وفي المسألة أقوال أخر نادرة، والعمدة منها على هذين القولين. والمصنف وإن تردد 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 ح 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 أعمامه وعماته. وكذا لو أوصى لأخواله وأعمامه كانوا سواء على الأصح. وفيه رواية مهجورة. أما لو نص على التفضيل اتبع.

قوله: " وإطلاق الوصية يقتضي التسوية... الخ ".
أما اقتضاء إطلاق الوصية التسوية فلاستواء نسبة الوصية إليهم، وانتفاء ما يدل على التفضيل في كلام الموصي، فلا فرق فيه بين الذكر والأنثى، ولا بين الأخوال والأعمام وغيرهم. واختلافهم في استحقاق الإرث جاء من دليل خارج، ولا يقاس عليه ما يقتضي التسوية بمجرد.

ولا خلاف في ذلك كله إلا فيما لو أوصى لأعمامه وأخواله، فإن المشهور فيه ذلك، ولكن ذهب الشيخ (١) وجماعة (٢) إلى أن للأعمام الثلثين وللأخوال الثلث، استناداً إلى صحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام في وجل 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 اشكال لو نص على التفضيل، أو قال: يقسم بينهم على كتاب الله، أو على طريق الإرث، وما شاكلة.

(١) النهاية: ٦١٤.

(٢) نسب ذلك إلى ابن الجنيد وابن البراج راجع المقتصر لابن فهد: ٢١٦.

(٣) في هامش " و ": " 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، مصيرا إلى العرف.
وقيل: كان لمن يتقرب إليه بآخر أب وأم له في الاسلام. وهو غير مستند
إلى شاهد.

قوله: " ولو أوصى لذوي قرابته... الخ "

لا إشكال في صحة الوصية للقرابة، لما فيه من الجمع بين الصدقة وصلة
الرحم، ولكن اختلف الأصحاب في أن القرابة من هم؟ لعدم النص الوارد في
تحقيقه. والأكثر على ما اختاره المصنف من رده إلى العرف، لأنه المحكم في مثل ذلك
حيث لا معين له من الشارع، وهو دال على أن 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 حد في الاسلام
وفروعه، ويحكم للجميع بالقرابة، ولا يرتقى إلى آباء الشرك وإن عرفوا بقرابته عرفا.
وإنما اعتبر الاسلام لقوله صلى الله عليه وآله: " قطع الاسلام أرحام
الجاهلية " (٢) وقوله تعالى لنوح - عليه السلام - عن ابنه: (إنه ليس من أهلك) (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 شيء بخصوصه إلا ما ذكرناه من قوله
صلى الله عليه وآله، وهو - مع تسليم سنده - غير دال على المراد، لأن قطع
الرحم للجاهلية لا يدل على قطع القرابة مطلقا مع أصناف الكفار، وكذا قطع
الأهلية عن ابن نوح عليه السلام، مع أن اللغة والعرف يدلان على خلاف ذلك،
فإن من عرف بقربه إلى جد بعيد جدا لا يعد قرابة وإن كان الجد مسلما، ومن تجدد
اسلام أبيه (لا) (٤) يتحقق له أقارب من الكفار، فالمرجع إلى العرف وهو يتناول

(١) النهاية: ٦١٤.

(٢).

(٣) هود: ٤٦.

(٤) الزيادة من الحجريتين فقط. وهو الصحيح ظاهرا.

ولو أوصى لقومه قيل: هو لأهل لغته.

المسلم والكافر منهم، إلا أن تدل القرينة على إرادة المسلم كما ذكره في الوصية للفقراء.

وقال ابن الجنيد: " من جعل وصيته لقربته وذوي رحمه غير مسمين كانت لمن تقرب إليه من جهة والده أو والديه، ولا أختار أن يتجاوز بالتفرقة ولد الأب الرابع، لأن رسول الله صلى الله عليه وآله 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 يدل على نفي القرابة مطلقا عما عداه، فإن 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، وقرباتي، (ولذي قرباتي) (٢) ولذوي قرباتي، وذوي رحمي، لاشتراك الجميع في المعنى. إذا تقرر ذلك فإن الوصية تنصرف إلى الموجود منهم، سواء اتحد أم تعدد، وسواء ذكرهم في الوصية بصيغة الجمع أو الأفراد.

قوله: " ولو أوصى لقومه قيل: هو لأهل لغته ".

القول للشيخين (٣) وأكثر الأصحاب. ومع ذلك خصوه بالذكر لا مطلقا، ويشهد له قوله تعالى: (لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيرا منهم ولا نساء من نساء عسى أن يكن خيرا منهن) (٤) حيث جعل القوم قسيم النساء المقتضي للمغايرة. ومنهم من أطلق القوم على أهل اللغة من غير تقييد بالذكور، ولعله مراد المصنف أيضا، إلا أن الأول أشهر، فلذلك حملنا كلامه عليه.

(١) حكاة العلامة في المختلف ٢: ٥٠٣.

(٢) الزيادة من "ش، ب" وهامش "و".

(٣) المقنعة: ٦٥٥، النهاية: ٥٩٩.

(٤) الحجرات: ١١.

ولو قال لأهل بيته، دخل فيهم الأولاد والآباء والأجداد.

ونسبته إلى القيل يدل على توقفه فيه، ووجهه دلالة العرف على ما هو أخص من ذلك، وهو مقدم على اللغة لو سلم انحصارها فيما نقلوه. ومن ثم قال ابن إدريس (١): إنهم الرجال من قبيلته ممن يطلق (٢) العرف بأنهم أهله وعشيرته دون من سواهم، محتجا بأنه هو الذي تشهد به اللغة، ثم استشهد بقول الشاعر: قومي هم قتلوا أميم أخي* فإذا رميت يصيبني سهمي وغيره من الشواهد، وذكر أنه قد روي أن 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. إنما الكلام في دخول غيرهم، فإن الاقتصار على ما ذكر يقتضي كون علي عليه السلام ليس من أهل البيت، لخروجه عن الأصناف الثلاثة، مع أنه داخل اجماعا. وقال العلامة: " يدخل فيهم الآباء والأجداد والأعمام والأخوال وأولادهم وأولاد الأولاد، الذكر والأنثى ". ثم قال: " وبالجملة كل من يعرف بقربته ". (٣) وهذا يقتضي كون أهل بيته بمنزلة قرابته. وحكي عن ثعلب أنه قال: " أهل البيت عند العرب آباء الرجل وأولادهم كالأجداد والأعمام وأولادهم ويستوي فيه الذكور والإناث " (٤).

وما اختاره العلامة من مساواة أهل البيت للقرابة هو الظاهر في الاستعمال، كما 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 في نسبه. ولو قال لجيرانه، قيل: كان لمن يلي داره إلى أربعين ذراعا من كل جانب. وفيه قول آخر مستبعد.

وسلم: " إنا 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 فإنهم أخص من ذلك بالرواية (٢) الواردة عنه صلى الله عليه وآله في حصرهم في أهل الكساء.

قوله: " ولو قال لعشيرته، كان لأقرب الناس إليه في نسبه ". هذا أحد التفسيرين للعشيرة لغة، 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 مطلقا. 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 دارا، ولعل استبعاده من مخالفته العرف، فإن العرف لا يبلغ بالجوار 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: " حد الجوار أربعون دارا من كل

-
- (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 فرات الكوفي: ٣٣٢ ح ٤٥١ - ٤٦٦، شواهد التنزيل ٢: ٢٠ - ٩٢.
(٣) منهم المفيد في المقنعة: 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 نسبا كما هنا.
(٦) المغني لابن قدامة ٦: ٥٨٦.

وتصح الوصية للحمل الموجود، وتستقر بانفصاله حيا. ولو وضعتة ميتا بطلت الوصية. ولو وقع حيا ثم مات كانت الوصية لورثته. وإذا أوصى المسلم للفقراء كان لفقراء ملته. ولو كان كافرا انصرف إلى فقراء نحلته.

جانب (١). وأما ما اختاره المصنف فلم نقف على مستنده مع اشتهاهه، وقد مضى تحقيق ذلك في الوقف (٢).

قوله: " وتصح 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 تحله الحياة، لكن استقرارها مشروط بوضعه حيا، ومعنى استقرارها حينئذ تحقق صحتها من حين موت الموصي وإن لم يكن ذلك الوقت حيا، فالنماء المتخلل بين الولادة والموت يتبع العين. ولو وضعتة ميتا تبين بطلان الوصية وإن كان حال الوصية في بطن أمه حيا. وإذا استقرت الوصية بولادته حيا لا يقدر فيها موته بعد ذلك، بل ينتقل إلى ورثته، وهو واضح، لكن يعتبر هنا قبول قبول الوارث، لامكانه في حقه، 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. والمتجه اعتبار القبول في الوصية للحمل مطلقا فيقبله وليه ابتداء ووارثه هنا. وتظهر الفائدة فيما لو ردها الوارث قبل قبوله، فإن اعتبرناه بطلت وإلا فلا أثر للرد. قوله: " وإذا أوصى المسلم للفقراء - إلى قوله - فقراء نحلته " .
المخصص لذلك مع عموم اللفظ القرائن الحالية، وقد تقدم (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 فمات قبل الموصي قيل: بطلت الوصية. وقيل: إن رجع الموصي بطلت الوصية، سواء رجع قبل الموصي له أو بعده. وإن لم يرجع كانت الوصية لورثة الموصي له. وهو أشهر الروايتين. ولو لم يخلف الموصي له أحدا رجعت إلى ورثة الموصي.

قوله: " ولو أوصى لانسان فمات قبل الموصي... الخ ".
قد تقدم (١) البحث في هذه المسألة وفي الروايتين مستوفى، والمختار عدم البطلان إلا مع القرينة الدالة على إرادة الموصي تخصيص الموصي له بالوصية دون وارثه، لمزيد علم أو صلاح ونحوه.
والفرق بين هذه وبين السابقة: أن السابقة تضمنت كون وارث الموصي له يرث القبول لو مات الموصي له قبله، وليس فيها تعرض لملك الموصي به وعدمه، والغرض من هذه بيان أن الموصي به ينتقل بموت الموصي 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 انتقل إلى الوارث حق القبول، وهو المستفاد من السابقة، ومعه يملك الموصي به على الخلاف، وهو المذكور هنا.

قوله: " ولو لم يخلف الموصي له أحدا رجعت إلى ورثة الموصي ".
هذا تنمة الحكم السابق، وحاصله: أن الموصي له إذا مات في حياة الموصي ولم يخلف وارثا خاصا رجعت الوصية إلى ورثة الموصي، بمعنى بطلانها حينئذ. وهذا الحكم شامل باطلاقه لما لو كان موت الموصي له قبل قبوله وبعده. والحكم في الأول واضح، لأنه بموته قبل القبول وعدم قيام أحد مقامه في

(١) في ص: ١٢٨.

ولو قال: أعطوا فلانا كذا ولم يبين الوجه، وجب صرفه إليه يصنع به ما شاء.

القبول تبطل الوصية، ويرجع إلى ورثة الموصي. ويحتمل على هذا أن ينتقل حق
القبول إلى وارثه العام وهو الإمام، لأنه وارث في الجملة فيرث حق القبول كما يرثه
وارثه الخاص، لقيامه مقامه في إرث جميع ما يورث عنه، ويتولاه نائبه العام وهو
الحاكم الشرعي 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 حينئذ، لتمام سبب الملك بالايجاب
والقبول، وتوقفه على الشرط وهو الموت لا يوجب بطلانه، ومن ثم انتقل إلى الوارث
لو كان، فكما أنه بحصول الشرط يتم الملك للوارث فينبغي أن يتم هنا أيضا.
ويمكن الجواب عنه بأن الملك لما كان مشروطا بالموت لا يحصل بدونه كما هو
ظاهر، وحينئذ فلا بد من مستحق صالح للتملك لينتقل إليه الملك، فإن مجرد السبب
وإن كان تاما لم يوجب نقل الملك قبل حصول الشرط، وحينئذ فإن كان للموصي له
وارث انتقل حق الوصية إليه وحكم بملكه، لأن له أهلية الملك وإن لم يقبل بناء على
القبول السابق، وإن لم يكن وارث لم يجد الملك محلا قابلا له لينتقل إليه، إذ ليس
له هناك إلا الموصي له وقد فاتت أهليته للملك بموته، أو وارثه والفرض عدمه.
نعم، يتمشى على الاحتمال السابق هنا بطريق أولى أن ينتقل الملك إلى
الإمام، لتمام سبب الملك وحصول الشرط، والإمام وارث للموصي له كالخاص
فينتقل الملك إليه وإن لم نقل بانتقال حق القبول إليه، لأن الحق هنا أقوى.
قوله: " ولو قال: أعطوا فلانا كذا ولم يبين الوجه، وجب صرفه إليه
يصنع به ما شاء " .

لأن الوصية تمليك فيقتضي تسلط الموصي له على المال تسلط 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 وارثا 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 مخصص من شرع أو عرف، وهما منتفیان. والقول باختصاصه بالغزاة للشيخ (١) ومن تبعه (٢)، وجعل مصرفه عند تعذر الجهاد أبواب البر من معونة الفقراء والمساكين وابن السبيل وصلة آل الرسول، محتجين بأن حكم الشرع يقتضي صرف السبيل إلى الغزاة، وحكم كلام الآدميين مع إطلاقه حكم ما اقتضاه الشرع، وهما ممنوعان، والمختار الأول. قوله: " ويستحب الوصية لذوي القرابة وارثا 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 عن 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 الإرث، ولا يعطى الأبعد مع وجود الأقرب.

فقال: " تجوز ثم تلا الآية: إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين " (١).
قوله: " وإذا أوصى للأقرب... الخ "

المراد تنزيهه 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 تنزيهه 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، فإنه في الإرث مقدم على العم وإن كان ابن العم أبعد، إلا أن ذلك بدليل خارج، ومن ثم كان مستثنى من القاعدة، فلولا قوله: " ولا يعطى الأبعد مع وجود الأقرب " لاستفيد من تنزيهه على مراتب الإرث من تقديم ابن العم هنا أيضا، وهو محتمل إلا أن الأصح الأولى.

ومقتضى مراعاة المرتبة أنه لو اجتمع الأخ من الأبوين مع الأخ من الأب قدم الأول عليه كما في الإرث. 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، لأن الفاسق لا أمانة له. وقيل: لا، لأن المسلم محل للأمانة كما في الوكالة والاستيداع، ولأنها ولاية تابعة لاختيار الموصي فيتحقق بتعيينه.

قوله: " وهل تعتبر العدالة... الخ "

اختلف الأصحاب في اشتراط عدالة الوصي، فذهب الأكثر منهم إلى اشتراطها محتجين بأن الوصاية استيمان على مال الأطفال ومن يجري مجراهم من الفقراء والجهات التي لا يراعيها المالك، والفاسق ليس أهلا للاستيمان على هذا الوجه وإن كان أهلا للوكالة، لوجوب الثبوت عند خبره. وبأن الوصية تتضمن الركون باعتبار فعل ما أوصى إليه به من تفرقة المال وانفاقه وصرفه في الوجوه الشرعية، والفاسق ظالم لا يجوز الركون إليه، لقوله تعالى: (ولا تركنوا إلى الذين ظلموا) (١).

وبأن الوصية استنابة على مال الغير لا على مال الموصي، لانتقاله عنه بعد موته، وولاية الوصي إنما تحصل بعد الموت، فيشترط في النائب العدالة كوكيل الوكيل، بل أولى، لأن تقصير وكيل الوكيل مجبور بنظر الوكيل والموكل وذلك من أكبر البواعث على تحرز وكيل الوكيل من تجاوز الحدود، بخلاف الوصي فإن ولايته بعد موت الموصي على الجهات التي أشرنا إليها، وهي مما لا يشارفه (٢) فيها أحد غالبا، ولا

(١) هود: ١١٣.

(٢) كذا في " و " وفي هامشها و " س ": يشاركه وفي سائر النسخ غير واضحة.

يتبع أفعاله، خصوصا إذا كانت في اخراج 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 استنادا إلى أنها ولاية تابعة لاختيار الموصي كوكالة. وقد حوا في صغرى القياس في الأول بجواز إيداع الفاسق وتوكيله. ويضعف بظهور الفرق بين الوكالة والوصية بما أشرنا إليه من مراعاة الموكل 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، لأن هناك واسطة بينهما، وهو المستور والمجهول الحال فإنه لا يصح وصفه بالفسق بل يعزر 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 سلمناه لكن لا يفيد الاشتراط. وبالجملة: لا ريب في اشتراط عدم ظهور فسقه أما اشتراط ظهور عدالته ففيه بحث.

وأما ما احتج به المصنف وغيره على اشتراط ظهورها - بأن الفسق لما كان مانعا فلا بد من العلم بانتفائه، وذلك هو اشتراط العدالة - فواضح المنع، لأن 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 ربما كان باعتبار صلاحه فلم يتحقق عند زواله، فحينئذ يعزله الحاكم ويستنيب مكانه.

قوله: " أما لو أوصى إلى العدل ففسق بعد موت الموصي... الخ ". هذا استدراك من الحكم السابق، وحاصله: أن العدالة وإن لم تشترط ابتداء فإنه لو أوصى إلى عدل ففسق بعد موت الموصي اتجه القول ببطلان وصيته، لأننا إذا لم نشترطها وأوصى إلى الفاسق ابتداء يكون الموصي قد أقدم على الوصية ورضي به، فلا يؤثر فسقه، أما لو أوصى إلى العدل ابتداء ففسق ينزل، لما أشار إليه المصنف من أن الباعث على الإيصال إليه بخصوصه ربما كان باعتبار عدالته، فإذا زالت العدالة فات الباعث فتبطل.

ولم يجزم المصنف بالحكم، بل قال: أمكن القول بالبطلان لذلك، لأنه أيضا يمكن القول بعدم البطلان، لأن الوصية إليه لا يتعين أن يكون الباعث عليها عدالته، بل جاز أن يكون أمرا آخر من صحبة وقراءة وغير ذلك والوصف اتفاقي، وجاز أن تكون العدالة مزيدة في الباعث لا سببا تاما فلا يقدر فواتها، ولأنها إذا لم تشترط ابتداء كانت استدامة الفسق غير مانعة من صحة الوصية ابتداء فأولى أن لا يمنع صحتها استدامة ابتداءه، لأن استدامة كل شيء أقوى من ابتداءه. وما استدركه المصنف بطريق الامكان جزم به العلامة (١) وحكم ببطلان الوصية حينئذ. وهو قوي إن ظهر كون الباعث على نصبه عدالته، وإلا فلا، وفاقا في الثاني لابن إدريس (٢). وبما حكيناه يظهر فساد ما قيل: إنه لا خلاف في بطلانها عندنا الفسق على هذا الوجه. وحيث حكم ببطلان الوصية بنفسه لا تعود بعوده عدلا، للأصل.

(١) القواعد ١: ٣٥٣، التحرير ١: ٣٠٣، المختلف: ٥١٠، الارشاد ١: ٤٦٣، التبصرة:

١٢٩.

(٢) السرائر ٣: ١٩٠.

وبقي في العبارة أمران:

أحدهما: تقييده بكون فسقه بعد موت الموصي يستفاد منه بحسب المفهوم أنه لو فسق في حياته لم يعزل، مع أن العلة المذكورة لعزله متناولة للحالتين. ويمكن الفرق: بأن فسقه في حياته مع استمراره عليه يؤذن برضاه بوصايته فاسقا 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 مبنيا على أن المعتبر في صفات الوصي بحالة الوفاة لا حالة الوصاية، كما هو أحد الوجوه في المسألة. فإذا فسق في حال حياة الموصي واستمر كذلك إلى بعد وفاته لم تنعقد الوصاية له إلا وهو فاسق فيكون كما لو نصبه فاسقا، بخلاف ما إذا تجدد الفسق بعد موته فإنه أمر طار على الحكم بوصايته، فتنزيلها لما ذكر. والمتجه الفرق بين علم الموصي بفسقه وعدمه على تقدير حصول الفسق حال حياته على كل حال.

والثاني: إن قوله: " أمكن بطلان وصيته " يقتضي انعزاله وإن لم يعزله الحاكم، وقوله: " فحينئذ يعزله الحاكم " ينافيه. والحق على هذا التقدير انعزاله وإن لم يعزله الحاكم، لفوات الباعث المنزل منزلة الشرط فيفوت المشروط بفواته. وربما اعتذر له بأن المراد بعزل الحاكم له تسلط الحاكم على منعه من التصرف وإقامة غيره مجازا في عزله.

وقد اتفقت هذه المسألة في عبارة الشافعية (١)، واختلفوا في بطلان الوصية بذلك من رأس أو تسلط الحاكم على فسخها من غير أن تبطل، وتظهر الفائدة في تصرفه قبل أن يعزله الحاكم. وهذه العبارة جيدة، فأخذ المصنف والعلامة ناظر إلى (٢) الوجهين.

(١) الحاوي الكبير ٨: ٣٣٤، روضة الطالبين ٥: ٢٧٤، رحمة الأمة: ١٩٧.

(٢) كذا في الحجريتين. وفي " و " ينظر في. وفي غيرها: نظر في.

ولا تجوز الوصية إلى المملوك إلا بإذن مولاه.
ولا تصح الوصية إلى الصبي منفردا، وتصح منضمًا إلى البالغ،
لكن لا يتصرف إلا بعد بلوغه.

ويقوى الاشكال لو لم يكن هناك حاكم يعزله، فإن الفائدة المطلوبة للموصي
من عدالته منتفية رأسا. والأقوى - تفريعا على كون ذلك مانعا من الصحة - البطلان
وإن لم يعزله الحاكم، ليحصل الغرض.

قوله: " ولا تجوز الوصية إلى المملوك إلا بإذن مولاه "

لأن منافعه مملوكة لمولاه، والوصية إليه تستدعي نظرا منه في الموصي فيه وسعيا
على تحصيل المطلوب منها، وهو يستلزم التصرف في ملك الغير، فيتوقف على إذنه،
فإذا أذن زال المانع لأن المنع لحقه، خلافا لبعض العامة (١) حيث منع من الوصية إليه
مطلقا.

إذا تقرر ذلك: فلو أذن المولى له في الوصاية لم يكن له الرجوع في الإذن حيث
يلزم الوصي المضي فيها بأن مات الموصي، وحيث لا يلزمه المضي يجوز للمولى الرجوع
لكن بشرط إعلام الموصي كالحرق. وبالجملة: فيقوم المولى في ذلك مقام الوصي وإن
كان فعل متعلق الوصية منوطا بالمملوك.

قوله: " ولا تصح الوصية إلى الصبي منفردا... الخ "

فائدة صحة الوصية إلى الصغير منضمًا مع عدم صحة تصرفه صغيرا تأثير نصبه
في تلك الحال في جواز تصرفه بعد البلوغ. ومستند جواز الوصية إليه منضمًا رواية علي
بن يقطين، قال: " سألت أبا الحسن - عليه السلام - عن رجل أوصى إلى امرأة وشرك
في الوصية معها صبيا، فقال: يجوز ذلك، وتمضي المرأة الوصية ولا تنتظر بلوغ
الصبي، فإذا بلغ الصبي فليس له ألا يرضى إلا ما كان من تبديل أو تغيير، فإن له
أن يرده إلى ما أوصى به الميت " (٢) وفي صحيحة الصفار 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: رجل أوصى إلى ولده وفيهم كبار قد أدركوا وفيهم صغار، أيجوز للكبار أن ينفذوا وصيته ويقضوا دينه لمن يصح على الميت شهود عدول قبل أن يدرك والأوصياء الصغار؟ فوقع عليه السلام: نعم، على الأكبر من الولد أن يقضوا دين أبيهم ولا يحبسوه بذلك " (١).

ويدل على جواز تصرف الكبير قبل بلوغ الصغير - مضافا إلى الخبرين - أنه في تلك الحال وصي منفردا وإنما التشريك معه بعد البلوغ، كما لو قال: أنت وصيي وإذا حضر فلان فهو شريكك. ومن ثم لم يكن للحاكم أن يداخله ولا أن يضم إليه آخر ليكون نائبا عن الصغير. وأما إذا بلغ الصغير فلا يجوز للبالغ التفرد وإن كان ذلك غير مستفاد من الخبرين، لأنه الآن غير مستقل فيرجع إلى تلك القاعدة. واعلم: أن صحة الوصية إلى الصبي منضمما على خلاف الأصل، لأنه ليس من أهل الولاية، ولكن جاز ذلك للنص، فلا يلزم مثله في الوصية إليه مستقلا وإن شرط في تصرفه البلوغ وكان ذلك في معنى المنضم، وقوفا فيما خالف الأصل على مورده، ولأنه يغتفر في حال التبعية ما لا يغتفر استقلالا.

واعلم أيضا: أن مورد المسألتين في الكتاب واحد، وهو جواز انضمام الصغير إلى البالغ في الوصاية، غير أن الأولى تضمنت حكم تصرف الصبي في أنه مشروط ببلوغه، والثانية تضمنت جواز تصرف الكبير قبل بلوغ الصغير وعدم جواز انفراجه 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 منفردا... إلى آخره " فيستغني عن فرض مسألتين.

(١) الكافي ٧: ٤٦ ح ٢، الفقيه ٤: ١٥٥ ح ٥٣٩، التهذيب ٩: ١٨٥ ح ٧٤٤، الوسائل ١٣: ٤٣٨ ب " ٥٠ " من كتاب الوصايا ح ١.

ولو أوصى إلى اثنين أحدهما صغير، تصرف الكبير منفردا حتى يبلغ الصغير، وعند بلوغه لا يجوز للبالغ التفرد. ولو مات الصغير أو بلغ فاسد العقل، كان للعاقل الانفراد بالوصية ولم يداخله الحاكم، لأن للميت وصيا. ولو تصرف البالغ ثم بلغ، لم يكن له نقض شيء مما أبرمه، إلا أن يكون مخالفا لمقتضى الوصية.

قوله: " ولو مات الصغير أو بلغ فاسد العقل... الخ ".
إنما كان له ذلك لأن شركة الصبي له مشروطة ببلوغه كاملا ولم يحصل، فيبقى الاستقلال الثابت أولا له بالنص على حاله، عملا بالاستصحاب. ومداخلة الحاكم مشروطة بعدم وجود الوصي المستقل، وهو هنا موجود. وهو معنى قول المصنف: " لأن له وصيا " أي مستقلا، وإلا فالحاكم يداخل الوصي غير المستقل. ويمكن أن يريد به مطلق الوصي، لما سيأتي من تعليقه بذلك في مسألة الوصي غير المستقل. وربما احتتم بطلان استقلاله بذلك، لأن الموصي إنما فوض إليه الاستقلال إلى حين بلوغ الصبي، فكأنه جعله مستقلا إلى مدة مخصوصة لا مطلقا. وقد تردد في الحكم العلامة في التذكرة (٢) والشهيد في الدروس (٣). وفيما اختاره المصنف قوة. نعم، لو بلغ الصبي رشيدا ثم مات بعده ولو بلحظة زال الاستقلال، لفقد شرطه. قوله: " ولو تصرف البالغ ثم بلغ الصبي... الخ ".
قد سلف (٤) في الخبرين المتقدمين ما يدل على هذا الحكم، ولأن البالغ وصي مستقل حينئذ، فتصرفه نافذ مطلقا.
واعلم: أن التصرف متى كان مخالفا 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 رحما. نعم، يجوز أن يوصي إليه مثله. وتجاوز 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 يرده إلى ما أوصى به الميت". وكان حق العبارة الاقتصار على منعه من نقض ما كان موافقا للشرع، فإن ما خالفه منقوض.

قوله: "ولا تجوز الوصية إلى الكافر... الخ".

لأن الكافر ليس من أهل الأمانة ولا الولاية، والركون إليه منهي عنه (١) لأنه ظالم، والرحمية هنا لا دخل له في الجواز. وأما جواز وصية مثله إليه فلاجرائه على حكمه لو ترافعوا إلينا، لا الحكم بصحتها عندنا إن اشترطنا العدالة، لأن الكافر أسوء حالا من الفاسق المسلم.

ويحتمل قويا الحكم بصحتها مطلقا مع عدالته في دينه، لأن الغرض منها صيانة مال الطفل وحفظ ماله وأداء الأمانة، وإذا كان الكافر في دينه مجانبًا للمحرمات قائما

بالأمانات حصل الغرض المطلوب منه، بخلاف فاسق المسلمين.

قوله: "وتجاوز الوصية إلى المرأة إذا جمعت الشرائط".

هذا عندنا موضع وفاق، وقد تقدم (٢) في حديث علي بن يقطين ما يدل على الصحة، بل إذا حصلت الشرائط في أم الأطفال فهي أولى من غيرها، لمزيد الحنو. لكن روى الشيخ في التهذيب عن السكوني مرسلا، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن آبائه، عن أمير المؤمنين - عليه السلام - : "المرأة لا يوصى إليها، لأن الله تعالى يقول: "ولا توثوا السفهاء أموالكم" (٣). ثم حملها على ضرب من الكراهة جمعا.

(١) هود: ١١٣.

(٢) في ص: ٢٤٥، هامش (٢).

(٣) التهذيب ٩: ٢٤٥ ح ٩٥٣. ورواه في الفقيه ٤: ١٦٨ ح ٥٨٥ مسندا. 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 منفردا، 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 منفردا مشكوك فيه، فيؤخذ باليقين ويرجع إلى أصالة انتفائها عن كل واحد منفردا. وذهب الشيخ (١) في أحد قوليه ومن تبعه (٢) إلى جواز انفراد كل منهما مع الإطلاق، ولعله استند إلى رواية بريد بن معاوية، قال: " إن رجلا مات وأوصى إلي 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 حملة على ذلك لثلا ينافي 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 يعملا 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 ١. وروي في الكافي ٧: ٤٦ ح ١، والفقيه ٤: ١٥١ بوجه آخر.

ولو تشاحا، لم يمض ما ينفرد به كل واحد منهما عن صاحبه إلا ما لا بد منه، مثل كسوة اليتيم ومأكوله. وللحاكم جبرها على الاجتماع، فإن تعاسرا جاز له الاستبدال بهما.

فهمه الشيخ في فتوى النهاية، فإنه أجود مما فهمه في التهذيب، مع أن المتأخرين كالعلامة في المختلف (١) ومن بعده (٢) فهموا من الرواية المنع من الانفراد، واستحسنوا حمل الرواية الأخرى على ما ذكره الشيخ. وربما رجح الحمل بأن الآباء أقرب من القسمة فعود اسم الإشارة إليه أولى. وفيه: أن الإشارة بـ " ذلك " إلى البعيد، فحملة على القسمة انطبقت باللفظ (٣).

ويمكن أن يستدل لهم من الرواية الصحيحة لا من جهة قوله: " لا ينبغي " بل من قوله: " أن يخالفا الميت، وأن يعمل على حسب ما أمرهما " فإن ذلك يقتضي حمل الاطلاق على أمره بالاجتماع، ومع أمره به لا يبقى في عدم جواز المخالفة إشكال، ويتعين حمل " لا ينبغي " على التحريم، لأنه لا ينافيه بل غايته كونه أعم أو متجاوزا به فيه بقرينة الألفاظ الباقية. وهذا أجود.

إذا علمت ذلك: فمعنى وجوب اجتماعهما في الحالتين اتفاقهما على الرأي الواحد على وجه واحد يحكمان بكونه مصلحة، وإذا توقف على عقد فليصدر عن رأيهما، إما بمباشرة أحدهما بإذن الآخر، أو غيرهما بإذنهما. قوله: " ولو تشاحا 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 إيضاح 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 ": بالغرض.

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 تأخيرها 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، ورد الوديعة المعينة، والعين المغصوبة.

وقال أبو الصلاح: مع التشاح يرد الناظر في المصالح الأمر إلى من كان أعلم بالأمر وأقوى عليه، ويجعل الثاني 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 الاطلاق، وحمل كلام الأصحاب على ذلك. ويشكل بأن من الأصحاب من (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 المنفرد 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 تقرر ذلك: فقد أطلق المصنف وغيره (١) أنهما في هاتين الحالتين مع التعاسر يجبرهما الحاكم على الاجتماع، فإن لم يتفق جاز له الاستبدال بهما. ولا يخلو على إطلاقه من إشكال على القول باشتراط العدالة، لأنهما بتشاحهما حيث يمكن الاجتماع واصرارهما عليه يخرجان عن العدالة، خصوصاً مع اجبار الحاكم لهما وتعاسرهما بعده. والذي ينبغي تفريراً على اشتراط العدالة الحكم بفسقهما مع تشاحهما حيث يمكنهما الاجتماع ويكون ذلك محض العناد، ويستبدل بهما الحاكم. ولقد أحسن ابن إدريس هنا حيث قال: " فإن تشاحا في الوصية والاجتماع لم ينفذ شيء مما يتصرفان فيه - إلى قوله - وللناظر في أمور المسلمين الاستبدال بهما، لأنهما حينئذ قد فسقا، لأنهما أخلا بما وجب عليهما القيام به، وقد بينا أن الفسق يخرج الوصية من يده " (٢) ومع ذلك ففي كلامه خبط من جهة أنه قبله بلا فصل صرح بعدم اشتراط العدالة، وأنكر على الشيخ القول بها وبأن الوصي إذا فسق يخرج من يده ثم عقبها بمسألة الوصيين - 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 يمكنهما الاجتماع على رأي واحد منهما، لأن كل واحد منهما فرضه العمل بما يقتضيه نظره، ومثل هذا يجب استثناءه، ولا يمكن الحاكم اجبارهما على الاجتماع فيه.

ويبقى الكلام فيما يمكن فيه الاجتماع ويكون الاختلاف مستندا 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 أرادا قسمة المال بينهما لم يجز.
ولو مرض أحدهما أو عجز ضم إليه
الحاكم من يقويه.

المأكول والملبوس للطفل، وأراد الآخر غيره مع اشتراكهما في المصلحة، ونحو ذلك، فإن مثل هذا يجب فيه الاتفاق، ويخل تركه بالواجب حيث لا يكون أمره موسعا، ويحكم بانعزالهما مع التشاح فيه، خصوصا مع وقوع التصرف بالفعل منفردا. وقد اقتصرنا على التعبير بأن التصرف حينئذ لا ينفذ، وبالغ في التذكرة (١) فصرح بأنهما لا ينعزلان بالاختلاف، وأن اللذين أقامهما الحاكم نائبان عنهما. قوله: " ولو أرادا قسمة المال بينهما لم يجز ". لأن القسمة تقتضي انفراد كل منهما بالتصرف فيما خصه من القسمة، وهو خلاف مراد الموصي من الاجتماع فيه. والحكم مع النص على الاجتماع واضح، ومع الإطلاق فيه ما مر.

قوله: " ولو مرض أحدهما أو عجز ضم إليه الحاكم من يقويه ". الضمير البارز في قوله: " إليه " و " يقويه " يرجع إلى المريض والعاجز، بمعنى أن الحاكم يضم إلى المريض أو العاجز شخصا يقويه ويعينه على التصرف، لأن مرضه وعجزه لا يخرج عن الوصاية لجواز الوصية إلى المريض والعاجز ابتداء، فكما لا يقدر ذلك في في الابتداء فكذا لا يقدر في الاستدامة. وحينئذ فيعتبر اجتماع الثلاثة على التصرف، حتى لو كان وصيا منفردا فمرض أو عجز عن الاستقلال ضم الحاكم إليه أيضا من يعينه كما سيأتي (٢) ولم يرتفع أمره بالكلية فكذا هنا. وفي الدروس (٣) جعل الضم مع عجز أحدهما إلى الآخر كما لو جن أو فسق. ويمكن الجمع بحمل العجز هنا على القيام بجميع ما كلف 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 لو مات أو فسق لم يضم الحاكم إلى الآخر، وجاز له الانفرد، لأنه لا ولاية للحاكم مع وجود الوصي، وفيه تردد.

الكلية بقريئة مشاركة الفاسق والمجنون له في الحكم، وبقريئة الحكم بالضم إلى الآخر أيضا.

ويجوز أن يعود الضمير في عبارة المصنف إلى الوصي الآخر المدلول عليه بأحدهما ضمنا، ويريد بالعجز والمرض البالغين حد المنع من أصل الفعل، كما فرضه في الدروس، وتكون التقوية حينئذ للوصي الآخر. ولكن الأول انسب بالمقام. قوله: "أما لو مات أو فسق لم يضم الحاكم... الخ".

إذا تعذرت مشاركة أحد الوصيين على الاجتماع لصاحبه بموت، أو فسق، أو عجز كلي، أو جنون، أو غيبة بعيدة، فقد ذهب المصنف وأكثر الأصحاب إلى أن الوصي الآخر يستقل بالوصية من غير أن يضم إليه الحاكم بدلا، لأنه لا ولاية للحاكم مع وجود الوصي، وهو هنا موجود فإن نصب الآخر معه لم يخرج عنه كونه وصيا، ولهذا يقال: نصب وصيين.

وقد تردد المصنف في الحكم، ووجهه مما ذكر، ومن أن الموصي لم يرض برأي أحدهما منفردا، فتصرفه وحده مناف لمقصود الموصي. ويمنع من انتفاء ولاية الحاكم مع مطلق الوصي بل مع المنفرد، لأن ولاية الحاكم تتعلق بما لا يشرع انفاذه لغيره من أحكام الميت هنا، وهو هنا موجود. ويمكن أن يدعى إليه أن أحد الوصيين على الاجتماع ليس وصيا حقيقيا بل جزء وصي، وإطلاق الوصي عليه لا يستلزم الحقيقة. والأقوى وجوب الضم، وليس للحاكم أن يفوض إليه وحده وإن كان عنده صالحا للاستقلال، لأن الموصي لم يرض برأيه وحده، وعند وجود إرادة الموصي لا يعتبر إرادة الحاكم، لأن ذلك كمنعه من كونه وصيا بالانفرد فلا يتخطاه الحاكم. وكذا لا يجوز للحاكم عزله وإقامة بدله متحدا ومتعددا لما ذكرناه من تقديم منصوب الموصي، وهو هنا موجود.

ولو شرط لها الاجتماع والانفراد، كان تصرف كل واحد منهما ماضيا ولو انفراد. ويجوز أن يقتسما المال، ويتصرف كل واحد منهما فيما يصيبه، كما يجوز انفراده قبل القسمة.
وللموصى إليه أن يرد الوصية ما دام الموصي حيا، بشرط أن يبلغه الرد.

قوله: " ولو شرط لهما الاجتماع والانفراد... الخ ".
المراد بشرط الاجتماع لهما والانفراد تسويغ الانفراد، ولو غير به كان أظهر وأخصر، فإن شرط الاجتماع هنا لا دخل له في الحكم، إلا أن يجعل تنبيها على قسم رابع، وهو ما إذا شرط لهما الانفراد ومنعهما من الاجتماع، فإن ذلك جائز ويجب فيه اتباع شرطه فيكون التعبير بشرط الاجتماع لهما والانفراد إشارة إلى تسويغ الأمرين معا. وكيف كان فمع الإذن في الانفراد يكون تصرف كل منهما بمقتضى الوصية ماضيا، لأن كلا 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 كل منهما وصي في المجموع. ولا فرق في جواز القسمة بين جعلها متساوية ومتفاوتة حيث لا يحصل بها ضرر.
قوله: " وللموصى إليه أن يرد الوصية... الخ ".

قد تقدم (١) أن الوصية من العقود الجائزة في حياة الموصى، لكل من الموصي والموصى له وإليه فسخها في حياة الموصي. فإن كانت الوصية بالولاية وقبلها الموصي، 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 كالكوكالة، لكن يختص حكم الوصاية بكون بطلانها مشروطا بأن يبلغ الموصي الرد، فلو لم يبلغه لزم كما لو رد بعد الوفاة.

(١) في ص: ١٣٥.

وظاهرهم الاتفاق على هذا الحكم، وفي الأخبار ايماء إليه، ففي رواية منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " إذا أوصى الرجل إلى أخيه وهو غائب فليس له أن يرد عليه وصيته، لأنه لو كان شاهدا فأبى أن يقبلها طلب غيره " (١). ومقتضى هذا التعليل أن صحة الرد مشروطة ببلوغه الخبر، لأنه إذا كان مشروطا بدون القبول فبه أولى، وفي معناها كثير، ولأنه على تقدير قبوله يكون قد غره ومنعه من طلب غيره فلم يكن له أن يضيع حقه.

أما لو رد في حياته وبلغه الرد فإن الوصية تبطل اقتصارا باللزوم على موضع الوفاق فيما خالف الأصل، ولانتفاء المحذور هنا.

واعلم: أن كل موضع يلزمه الوفاء بالوصية لو امتنع من القيام بها فإن أصر عليه خرج عن أهلية الوصاية بفسقه على القول باعتبار العدالة فيخرج عن الوصاية. ولو كان جاهلا بالوجوب أو لم نشترطها أجبره الحاكم على القيام بها وأخبره بالوجوب. وأطلق جماعة (٢) من الأصحاب إجبار الحاكم له مع امتناعه، وهو مقيد بعدم الخروج بالترك عن الأهلية.

وبقي في المسألة أمر آخر، وهو أنه هل يشترط مع بلوغ الموصي الرد إمكان إقامته وصيا غيره، أم يكفي مطلق بلوغه حيا، ظاهر الفتاوى الثاني، ومقتضى التعليل الأول، لأنه إذا لم يمكنه نصب وصى آخر يكون بمنزلة ما لو يعلم بالرد. والأجود اعتبار الامكان كما يرشد إليه قوله عليه السلام: " لأنه لو كان شاهدا وأبى أن يقبلها طلب غيره " فإن العلة المنصوطة تتعدى على الأقوى، ولانتفاء الفائدة بدونها، فعلى هذا لو كان حيا ولكن لم يمكنه نصب أحد ولو بالإشارة لم يصح الرد. ولو أمكن ولكن كان المنصوب غائبا بحيث يتوقف ثبوت وصايته على البينة ولم يحضر

(١) الكافي ذ: 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 الرد، أو بعده ولم يبلغه، لم يكن للرد أثر، وكانت الوصية لازمة للموصي.

الموصي من تثبت به الوصاية ففي تنزيله منزلة عدم التمكن من الوصاية وجهان، من حصول أصل القدرة وتحقق الشرط، ومن انتفاء فائدته من اعتبار عدم ثبوته. قوله: " ولو مات قبل الرد أو بعده... الخ ".
إطلاق كلامه يشمل ما لو كان قد قبل الوصية ثم ردها وما إذا لم يقبلها أصلاً. والحكم في الأول موضع وفاق، وقد تقدم (١). وأما الثاني فالمشهور بين الأصحاب أن 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 يرد وصيته، 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 ردها، 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 يرد عليه وصيته، لأنه 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 علي 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: ٢٠٥ 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: ٢٠٥ ح ٨١٥، الوسائل ١٣: ٣٩٨ ب " ٢٣ " من كتاب الوصايا ح ٢.
(٤) مر في الصفحة المقابلة هامش (١).

ولو ظهر من الوصي عجز، ضم 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: " 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، لتضمنها أن الحاضر لا يلزمه القبول مطلقاً والغائب يلزمه مطلقاً، وهو غير محل النزاع. نعم، في تعليل الرواية المتقدمة إيماء إلى الحكم، إلا أن اثبات مثل هذا الحكم المخالف للأصول الشرعية - بإثبات حق الوصاية إلى الموصى إليه على وجه القهر، وتسليط الموصي على إثبات وصيته على من شاء، بحيث يوصي ويطلب من الشهود كتمان الوصية إلى حين موته، ويدخل على الوصي الحرج والضرر غالباً - بمجرد هذه العلة المستندة إلى سند غير واضح بعيد. 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 ضم إليه مساعد ".
لا فرق بين وجود العجز من الوصي عن الاستقلال بالوصية حال 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 متصفا به ابتداء، ويضم الحاكم إليه مساعدا 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، لسفه أو هرم أو غيرهما، وينجبر نقصه بنظر الحاكم" (١). ولكن الشهيد في الدروس (٢) توقف في صحة الوصية إلى العاجز ابتداء، 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 وتديبير ولكنه عاجز عن الاستقلال فيفوض إليه الموصي أمره لذلك ويعتمد في تمام الفعل على نصب الحاكم له معينا فتحصل الفائدة المطلوبة من الوصية ويسلم من تبديلها المنهي عنه.

وقد يفهم من قول المصنف: "ولو ظهر من الوصي عجز" كونه مستورا في حال الوصية، وإنما ظهر بعد الوصاية. وكيف كان فالاعتماد 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 انفاذ الوصية، كما يجب عليهم انفاذها لو لم يكن هناك وصي أصلا 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.
والوصي أمين لا يضمن ما يتلف، إلا عن مخالفته لشرط الوصية أو
تفريط.

ولو كان للوصي 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 يتوقف عزله على عزل الحاكم لو لم يشترط عدالته، فللحاكم حينئذ أن
يعزل الخائن مراعاة لحق الأطفال وأموال الصدقات ونحوهما. وأما إذا اشترطنا عدالته
فإنه ينعزل بنفس الفسق وإن لم يعزله الحاكم، وقد تقدم (١) مثله. ولعل المصنف يريد
بعزل الحاكم له منعه عن التصرف أو ما هو أعم منه ومن مباشرة عزله ليجزي على
المذهبيين، إذ لم يتقدم منه ترجيح لأحد القولين.
قوله: " والوصي أمين لا يضمن ما يتلف إلا عن مخالفته لشرط الوصية
أو تفريط ".

لا خلاف في كون الوصي أميناً لا يضمن ما بيده من الأموال التي يلي عليها
بالوصاية إلا بتعدد أو تفريط. وعبر عن التعدي بمخالفة شرط الوصية، فإنه إذا لبس
الثوب مثلاً فقد خالف شرط الوصية، لأن مقتضاها حفظه للطفل، أو بيعه وصرفه
في الجهة المأمور بها، ونحو ذلك، فاستعماله لا يدخل في شرط الوصية. ومثله ركوب
الدابة، والكون في الدار وغير ذلك. هذا إذا لم يتعلق به غرض يعود على ما له فيه
الولاية بحيث لا يتم بدونه، كما لو ركب الدابة لقضاء حوائج الطفل واستيفاء دينه
بحيث يتوقف على الركوب، أو دخل داره لاصلاح أمره، أو لبس الثوب ليدفع عنه
الدود حيث يتوقف عليه، ونحو ذلك.
قوله: " ولو كان للوصي دين على الميت جاز له... الخ ".

(١) في ص: ٢٥٢.

القول الأول للشيخ في النهاية (١)، فإنه قيد جواز الأخذ بإقامة البينة ولم يذكر جواز الأخذ عند عدمها. ولكنه يستفاد من مسألة المقاصة حيث لا بينة للمدين، ولم يذكروا له حجة على ذلك.

ويمكن الاستدلال له بموثقة بريد بن معاوية، عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: " قلت له: إن رجلاً أوصى إلي فسألته أن يشرك معي قرابة له ففعل، فلما هلك الرجل أنشأ الوصي يدعي أن له قبله أكرار حنطة، قال: إن أقام البينة وإلا فلا شيء له، قال: قلت له: أيحل له أن يأخذ مما في يده شيئاً؟ قال: لا يحل له، قلت: أرأيت لو أن رجلاً عدا عليه فأخذ ماله فقدر على أن يأخذ من ماله ما أخذ أكان له ذلك؟ قال: إن هذا ليس مثل هذا " (٢).

والقول بالجواز مطلقاً لابن إدريس (٣)، وهو الأقوى، لأن الفرض كونه وصياً في إثبات الديون فيقوم مقام الموصي في ذلك. والغرض من البينة والاثبات عند الحاكم جواز كذب المدعي في دعواه، فنيطت بالبينة شرعاً، وعلمه بدينه أقوى من البينة التي يجوز عليها الخطأ، ولأنه بقضاء الدين محسن و (ما على المحسنين من سبيل) (٤).

وبهذا يظهر الفرق بين دين الوصي وبين غيره حيث لا يعلم به الوصي، وعلى تقدير علمه يمكن تجدد البراءة منه فلا بد من إثباته حتى باليمين مع البينة لذلك. وأيضاً فإن الغير لا يجوز للوصي تمكينه من التركة بمجرد دعواه، ولا له أن يعين لدينه بعض الأموال دون بعض، لأن ذلك منوط بالمديون أو نائبه، لأنه مخير 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 أحكام الوصايا ح ١.

(٣) السرائر ٣: ١٩٢.

(٤) سورة التوبة: ٩١.

وفي شرائه لنفسه من نفسه تردد، أشبهه الجواز إذا أخذ بالقيمة العدل.

القضاء، والغير ليس له ولاية التعيين، بخلاف الوصي.
والجواب عن الرواية - مع قطع النظر عن سندها - أنها مفروضة في استيفاء
أحد الوصيين على الاجتماع بدون إذن الآخر، ونحن نقول بموجبه، فإن أحد
الوصيين كذلك بمنزلة الأجنبي ليس له الاستيفاء إلا بإذن الآخر كباقي التصرفات،
وليس للآخر تمكينه بدون اثباته، والكلام هنا في الوصي المستقل، وقد نبه عليه
بقوله في آخر الرواية حيث سأله عن أخذ ماله ممن أخذ منه قهرا: " إن هذا ليس مثل
هذا " والمراد أن هذا إنما يأخذ باطلاع الوصي الآخر، فليس له تمكينه من الأخذ
بمجرد دعواه، بخلاف من يأخذ من مال من أخذ ماله على جهة المقاصة، فإن له
ذلك حيث لا يطلع عليه أحد، وهو هنا منتف. قوله: " وفي شرائه لنفسه من نفسه تردد، والأشبه الجواز إذا أخذه
بالقيمة العدل " .

القول بالمنع من ذلك للشيخ (١) (رحمه الله) استنادا إلى أن الواحد لا يكون
موجبا وقابلا في عقد واحد، لأن الأصل في العقد أن يكون بين اثنين إلا ما أخرج
الدليل، وهو الأب أو الجد له.

والأصح الجواز، لأنه يبيع صدر من أهله في محله إذ الفرض أنه جائز التصرف
(و) (٢) يجوز أن يتولى كلا من الطرفين بالانفراد فله أن يتولاهما على الاجتماع، إذ لا
مانع

إلا اجتماعهما لواحد، وهو غير صالح للمانعية شرعا، للأصل ولجواز مثله فيما اعترفوا
به من الأب والجد. وعلى الجواز رواية (٣) مجهولة الراوي والمروي عنه، لكنها شاهد.

(١) الخلاف ٣: ٣٤٦، ٣٤٧ مسألة " ٩ "، المبسوط ٢: ٣٨١.

(٢) من " و " فقط.

(٣) الكافي ٧: ٥٩ ح ١٠، الفقيه ٤: ١٦٢ ح ٥٦٦، التهذيب ٩: ٢٣٣ ح ٩١٣، الوسائل ١٣:

٤٧٥ ب " ٨٩ " من كتاب الوصايا ح ١.

وإذا أذن الموصي للموصي 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 للموصي أن يوصي جاز إجماعاً. وإن لم يأذن له لكن لم يمنعه... الخ "

إذا أوصى إلى غيره بشئ ولم ينفذ جميع ما أوصى به إليه، إما لكونه وصياً على أطفال لم يكملوا، أو في تفرقة شئ ولم يتمكن من إنفاذه، أو على غلة تجدد كل سنة، فلا يخلو إما أن يكون الموصي قد أذن له في الإيصال على ما أوصاه فيه على العموم أو على وجه مخصوص، أو نهاه عن الإيصال 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 الإيصال 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 فيما جرت العادة في التوكيل فيه قطعاً وغيره على الأقوى، فلو اقتضى إطلاق الإيصال 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 الإيصال الحاصل أثره بعد موته وفوات نظره. وأيضاً فإنه في حال الحياة مالك للتصرف على الوجه المأذون فيه، ووكيله فيه بمنزلته، 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 انسان ولا وصي له كان للحاكم النظر في تركته. ولو لم يكن هناك حاكم جاز أن يتولاه من المؤمنين من يوثق به. وفي هذا تردد.

ما يثبت له، ومن ذلك الاستنابة بعد الموت. وروى ابن بابويه في الصحيح عن محمد ابن الحسن الصفار أنه كتب إلى أبي محمد الحسن بن علي عليه السلام: " رجل كان وصي رجل فمات وأوصى إلى رجل، هل يلزم الوصي وصية الرجل الذي كان هذا وصيه؟ فكتب عليه السلام: يلزمه بحقه إن كان له قبله حق إن شاء الله تعالى ". (١) قالوا: والمراد بالحق هنا حق الايمان، فكأنه قال: يلزمه لو كان مؤمنا، وفاء لحقه عليه بسبب الايمان فإنه يقتضي معونة المؤمن وقضاء حوائجه ومن أهمها انفاذ وصيته. وأجيب عنها بمنع كون الاستنابة بعد الوفاة مما يملكها الوصي، وهل هو إلا عين المتنازع؟ وإقامة الموصي له مقام نفسه ليباشر الأمر بنفسه ونظره، وهو لا يدل على إقامته بعد الوفاة مقام نفسه مطلقا، فإنه المتنازع.

والرواية كما تحتمل ما ذكره تحتمل أيضا أن يريد بحقه: الوصية إليه بأن يوصي، فضمير حقه راجع إلى الموصي الأول. والمعنى حينئذ: أن الوصية تلزم الوصي الثاني بحق الأول إن كان له - أي - للأول - قبله - أي: الوصي الأول - حق، بأن يكون قد أوصى إليه وأذن له أن يوصي، فقد صار له قبله حق الوصية، فإذا أوصى بها لزم الوصي الثاني. ومع تطرق الاحتمال يسقط الاستدلال إن لم يكن الثاني أرجح على أن حق الايمان لا يختص بهذا الوصي الثاني، بل يجب على كل مؤمن كفاية كما سيأتي، والكلام في اختصاص هذا الوصي بالوصية على جهة الوصاية لا على جهة المعونة العامة. وعلى هذا: إذا لم يأذن الموصي في الاستنابة يكون النظر في أمور الموصي الأول إلى الحاكم كغيره من لا وصي له.

قوله: " وكذا لو مات انسان ولا وصي له - إلى قوله - تردد " .

إعلم: أن الأمور المفتقرة إلى الولاية إما أن تكون أطفالا، أو وصايا وحقوقا وديونا. فإن كان الأول فالولاية فيهم لأبيه، ثم لجدته لأبيه، ثم لمن يليه من الأجداد

(١) الفقيه ٤: ١٦٨ ح ٥٨٧، ورواه أيضا في التهذيب ٩: ٢١٥ ح ٨٥٠، الوسائل ١٣: ٤٦٠ ب " ٧٠ " من كتاب الوصايا ح ١.

على ترتيب الولاية، الأقرب منهم إلى الميت فالأقرب، فإن عدم الجميع فوصي الأب، ثم وصي الجد وهكذا، فإن عدم الجميع فالحاكم. والولاية في الباقي غير الأطفال للوصي ثم الحاكم. والمراد به السلطان العادل، أو نائبه الخاص، أو العام مع تعذر الأولين، وهو الفقيه الجامع لشرائط الفتوى العدل. وإنما كان حاكما عاما لأنه منصوب من قبل الإمام لا بخصوص ذلك الشخص بل لعموم قولهم عليهم السلام: "انظروا إلى من كان منكم قد روى حديثنا" (١) إلى آخره. فإن فقد الجميع فهل يجوز أن يتولى النظر في تركة الميت من المؤمنين من يوثق به؟ قولان أحدهما المنع ذهب إليه ابن إدريس (٢)، لأن ذلك أمر موقوف على الإذن الشرعي، وهو منتف.

والثاني وهو مختار الأكثر تبعاً للشيخ (٣) (رحمه الله): الجواز، لما فيه من المعاونة على البر والتقوى المأمور بها (٤)، ولقوله تعالى: (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض) (٥) خرج منه ما أجمع على عدم ولايتهم فيه فيبقى الباقي داخلاً في العموم، ولأن ذلك من المعروف والمصالح الحسبية فيستفاد الإذن فيها من عموم دلائل الأمر بالمعروف، ومثل هذا كاف في الإذن الشرعي الذي ادعى المانع عدم وجوده. وتطرق محذور التصرف في مال الطفل يندفع بوصف العدالة في المتولي المانع له من الاقدام على ما يخالف مصلحته.

ويؤيده أيضاً رواية سماعة قال: " سألته عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية، 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 أبواب صفات القاضي ح ١.
(٢) السرائر ٣: ١٩٤.
(٣) النهاية: ٦٠٨.
(٤) المائدة: ٢.
(٥) التوبة: ٧١.

ولو أوصى بالنظر في مال ولده إلى أجنبي وله أب لم يصح، وكانت
الولاية إلى جد اليتيم دون الوصي. وقيل: يصح ذلك في قدر الثلث مما
ترك، وفي أداء الحقوق.

الميراث؟ قال: إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس " (١) وعن إسماعيل بن سعد
قال: " سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصية وترك أولادا ذكرانا
(وإنثاء) (٢) وغلما صغارا وترك جواري ومماليك، هل يستقيم أن تباع الجواري؟ قال:
نعم " (٣). وعلى كل حال فهذا القول لا بأس به.
ويستثنى من موضع الخلاف ما يضطر إليه الأطفال والدواب من المؤنة وصيانة
المال المشرف على التلف، فإن ذلك ونحوه واجب على الكفاية على جميع المسلمين
فضلا عن العدول منهم، حتى لو فرض عدم ترك مورثهم مالا فمؤنة الأطفال
ونحوهم من العاجزين عن التكسب واجب على المسلمين من أموالهم كفاية، كإعانة
كل محتاج وإطعام كل جائع يضطر إليه، فمن مال المحتاج أولى. وحيث يجوز لأحد
فعل ذلك فالمراد به معناه الأعم، والمراد منه الوجوب، لما ذكرناه من أنه من فروض
الكفايات.

والمراد بقوله: " لم يكمن هناك حاكم " عدم وجوده في ذلك القطر وإن وجد في
غيره، إذا توقفت مراجعته على مشقة لا تتحمل عادة. ويجب مع وجوده بعيدا
الاقتصار على ما لا بد منه، وتأخير ما يسع تأخيره إلى أن يمكن مراجعته.
قوله: " ولو أوصى بالنظر في مال ولده إلى أجنبي وله أب لم يصح
... الخ "

(١) في هامش " و " : " وفي التهذيب قال: سألت عن رجل، فجعلها مقطوعة، وفي المختلف: سألت
أبا عبد الله عليه السلام، فجعلها موصولة. منه رحمه الله " . راجع التهذيب ٩ : ٢٤٠ ح ٩٢٩
والمتخلف ٢ : ٥١٢ ورويت مضمرة أيضا 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 معقوفتين 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 أن ولاية الجد وإن علا على الولد مقدمة على ولاية وصي الأب، فإذا نصب الأب وصيا على ولده المولى عليه مع وجود جده للأب وإن علا لم يصح، لأن ولاية الجد ثابتة له حينئذ بأصل الشرع، فليس للأب نقلها عنه ولا إثبات شريك معه. ومعنى عدم صحتها أنها لا تقع ماضية مطلقا، لكن هل تقع باطللة من رأس، أم تصح على بعض الوجوه دون بعض؟ أقوال:

أحدها: البطلان مطلقا، لأن الأب لا ولاية له بعد موته مع وجود الجد وصلاحيته للولاية، فإذا انقطع ولاية الأب بموته لم تقع ولاية وصيه، فإذا مات الجد افتقر عود ولاية الأب - لتؤثر في نصب الوصي - إلى دليل، إذ الأصل عدم عودها فلا تصح في حياة الجد ولا بعد موته.

الثاني: بطلانها في زمان ولاية الجد خاصة، لأن ولاية الأب شاملة للأزمنة كلها إلا زمان ولاية الجد فيختص البطلان بزمان وجوده.

وقد عرفت جوابه، فإن انقطاع ولاية الأب بموته مع وجود الجد صالحا للولاية أمر معلوم، وعودها بعد موت الجد يحتاج إلى دليل. ودعوى أن ولاية الأب ثابتة في جميع الأزمان المستقبلية التي من جملتها ما بعد زمان الجد غير معلوم، بل هو عين المتنازع، وإنما المعلوم مع وجود الجد بعد انقطاع ولايته لا ثبوتها بعد موت الجد.

الثالث: صحتها في الثلث خاصة، لأن له إخراجها عن الوارث أصلا فيكون له إثبات ولاية غيره بطريق أولى.

وفيه: منع الأولوية بل الملازمة، فإن إزالة الملك تقتضي إبطال حق الوارث منه أصلا وهو الأمر الثابت له شرعا، وأما بقاؤه في ملك الوارث فإنه يقتضي شرعا كون الولاية عليه لمالكه أو وليه الثابتة ولايته عليه بالأصل، فلا يكون للأب ولاية عليه بالنسبة إليه أصلا. وقد ظهر أن أجود الأقوال الأول، والقول الأول والأخير كلاهما للشيخ في المبسوط (١).

(١) المبسوط ٤: ٥٢ و ٥٤.

واعلم أن قوله في القول الأخير: أنها تصح في أداء الحقوق، أجنبي من المسألة التي هي موضع النزاع، لأن موضوعها الوصية بالنظر إلى مال ولده وله أب، لا وصية في ماله ليخرج منه الحقوق فإن ذلك ثابت بالاجماع. وأيضا فظاهر اللفظ أن الوصية المذكورة مقصورة على نظر الوصي في مال ولده، ومعه لا يتناول كون هذا الوصي وصيا على اخراج الحقوق، وإن كان للموصي أن ينصب وصيا في ذلك، لأن الوصية يتبع فيها نص الموصي من عموم وخصوص.

وبالجملة فإن ذكر الموصي لهذا الوصي لفظا (١) يدل على كونه وصيا على اخراج الحقوق مضافا إلى وصايته على ولده يكون قد اشتملت على أمرين: أحدهما المختلف فيه، والآخر خارج عن محل النزاع، ولا وجه لادخال المتفق فيه هنا، لأن اشتمال الوصية على معنى صحيح وآخر باطل لا يقدح في صحة الصحيح ولا ابطال الباطل. وإن كان قد اقتصر على جعله وصيا على النظر في مال ولده - كما هو الظاهر - لم يتناول ذلك الوصية إليه في اخراج الحقوق.

ويمكن أن يفرض لجواز الوصية في اخراج الحقوق فائدة، وهي: أن وصية الانسان مع وجود أبيه في إخراج الوصايا وإن كانت جائزة لكن لا تخلو من إشكال، لأن وصية الولد إنما تصح بما لا ولاية للأب فيه، ولهذا لم تصح الوصية على الأطفال مع وجود الأب. وإذا كان كذلك فلو لم يوص الولد بقضاء الدين وانفاذ الوصايا مع وجود أبيه كان الأب أولى بذلك من غيره حتى الحاكم، كما هو أولى بالأطفال، كما نبه عليه في التذكرة (٢)، ونسب القول بكون الحاكم أولى بوصاياه والأب أولى بديونه إلى الشافعية. وإذا كان عدم الايصاء موجبا لولاية الأب على ذلك دل على أن للأب حق الولاية على وصية أبيه كما له الولاية على أولاده، فإذا أوصى الابن إلى غيره يجب أن لا يكون صحيحا، كما لو أوصى بأولاده إلى غيره، فنبه المصنف بما ذكر من

(١) كذا في النسخ والظاهر: بلفظ.

(٢) التذكرة ٢: ٥١٠.

وإذا أوصى بالنظر في شئ معين اختصت ولايته به، ولا يجوز له التصرف في غيره، وجرى مجرى الوكيل في الاقتصار على ما يوكل فيه.

صححتها في أداء الحقوق على ذلك. ووجهه: أن ثبوت ولاية الجد على الأطفال ليست على حدها على الوصايا، فإن تلك ثابتة بالأصل بحق البنوة، والوصية ليست كذلك. ولا يلزم من ثبوتها له بدون الوصية - على تقدير تسليمه - ثبوتها معها، كما أن الحاكم له الولاية على الوصايا مع عدم الوصي، وليس له ذلك مع وجوده، فالملازمة ممنوعة.

قوله: " وإذا أوصى بالنظر... الخ "

لما كانت الوصية بالولاية استنابة من الموصي بعد موته في التصرف فيما كان له التصرف فيه - من قضاء ديونه واستيفائها، ورد الأمانات واسترجاعها، والولاية على أولاده وإن نزلوا الذين له عليهم الولاية من الصبيان والمجانين والسفهاء، والنظر في أموالهم والتصرف فيه بما لهم فيه الحظ، وتفريق الحقوق الواجبة والمندوبة، ونحو ذلك - كانت الاستنابة تابعة لاختيار الموصي في التخصيص ببعض هذه التعميم، لأن ذلك حق له فيتبع فيه رأيه، وربما اختلف الأوصياء في الصلاحية لجميع هذه الأشياء ولبعضها والاطلاع على مزايا المعيشة وضبط الأموال والقيام باصلاحها وحفظها. فإذا نصب من له الوصية في ذلك أحدا فلا يخلو إما أن يعمم له الولاية، أو يخصها بشئ دون شئ، أو يطلق. فإن عممها - بأن قال: أنت وصيي في كل قليل وكثير، أو في كل مالي فيه ولاية، أو في كذا وكذا مما فصلناه سابقا حتى استوفى الجميع، ونحو ذلك - كان له الولاية في جميع ما تناوله اللفظ مما له فيه ولاية فتدخل فيه الأموال والأولاد.

وإن خصها بشئ دون شئ، أو بوقت دون وقت، أو بحال دون حال اختصت ولايته بما عين له ولا يتجاوزه. فالتخصيص بالأشياء كأن يقول: أنت وصيي فيما أوصيت به يوم الدفن، أو فيما ذكرته في وصيتي وكان قد ذكر أشياء مخصوصة، أو يكتب وصيته كذلك ثم يقول: وجعلت وصيي في ذلك أو فيما أوصيت به فلانا، 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، صحت 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 فلانا وصيي، فإن اقتصر على ذلك كان لغوا، كما لو قال: وكلتك ولم يعين ما وكله فيه. وإن أضاف إليه قوله: على أولادي، ولم يذكر التصرف انصرف إلى حفظ ما لهم خاصة، لأنه المتيقن. ويحتمل قويا جواز التصرف بما فيه الغبطة، لأن المفهوم عرفا من هذا اللفظ هو إقامته مقامه، خصوصا 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) بشئ دون شئ يجوز تعدد الأوصياء، لا على سبيل الاشتراك في ذلك الأمر ولا على سبيل الانفراد فيه، بل يجعل له وصيا على حفظ مال أولاده، ووصيا آخر على الانفاق عليهم، وثالثا على انفاذ وصاياه وحقوقه، ورابعا 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 مستمرا 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.

الدروس (١). أما حين الوصية فلا تقدم في توجيه القول الأول. وأما استمرارها إلى حين الوفاة فلأن الوصاية من العقود الجائزة فمتى عرض اختلال أحد شرائطها بطلت كنظائرها، ولأن المعتبر في كل شرط حصوله في جميع أوقات المشروط، فمتى اختل في أثناء الفعل وجب فوات المشروط إلا ما استثنى في قليل من الموارد بدليل خارج. وربما يقال: إنه لا يستثنى منه شيء، لأن ما خرج عن ذلك يدعى أن الفعل المحكوم بصحته عند فوات الشرط ليس مشروطاً به مطلقاً، بل في بعض الأحوال دون بعض. وهذا أولى.

ورابعها: أن المعتبر وجود الشرائط من حال الوصية إلى أن ينتهي متعلقها بأن يبلغ الطفل ويخرج الوصايا ويقضى الديون وغير ذلك، لأن اشتراط هذه الأمور يقتضي فوات مشروطها متى فات بعضها في كل وقت. فلو فرض فوات بعضها بعد الوصية قبل (٢) انتهاء الولاية بطلت. وهذا هو الأقوى.

واعلم: أن الذي يقتضيه كلام الأصحاب وغيرهم من الباحثين في هذه المسألة من أن يعتبر وجود الشرائط حالة الوصية لا يعتبر استمرارها إلى حالة الموت، وإلا لكان القول الأول هو القول الثالث، مع تصريحهم بأن الأقوال الثلاثة، بل صرح بعضهم بأن المعتبر في القول الأول وجوده حالة الوصية خاصة. وممن صرح بذلك الشهيد في الدروس، فإنه قال: " هذه الشروط معتبرة عند الوصية إلى حين الموت فلو اختل أحدها في حال من ذلك بطلت، وقيل: يكفي حين الوصية وقيل: حين الوفاة ". (٣) فقوله: " وقيل يكفي حين الوصية " تصريح بأن القائل بذلك يكتفي 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.

أيضا حتى عن الشافعية، وأنهم جعلوا اعتباره في الحالين وما بينهما قولاً ثالثاً. وإنما نبهنا على ذلك لأن ظاهر دليل المشتري يقتضي خلاف ذلك، فإن اختلال الشرائط بعد الوصية وانعقاد العقد لا يفيد الفائدة التي اعتبرت الشرائط لأجلها، خصوصاً بعد الوفاة ومحل التصرف. اللهم إلا أن يقولوا: إن فواتها لا يقدر ما دام حياً خاصة، لأن الفائدة لا تفوت فيعتبر وجودها حالة الوصية ليصح العقد، ولا يضر تجدد نقيضها إلى حين الوفاة، ثم يعتبر وجودها زمن التصرف. ومما ينبه على إرادتهم ذلك اتفاقهم على أن تجدد الفسق يبطل الوصية حيث تعتبرها، ولم يتعرضوا لغيره من الشروط لندور وقوع خلافه، فإن البلوغ لا يطرأ ضده، والاسلام كذلك غالباً، وكذلك الحرية. وعلى هذا فيتحد القول الثالث والرابع. ولعل هذا أجود. والمحقق الشيخ علي (رحمه الله) (١) فهم أن في المسألة قولين خاصة، بناء على أن القائل باشتراك حصول الشرائط 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، فإنهم قد صرحوا بإرادة خلاف ذلك، خصوصاً عبارة الشهيد في الدروس (٢) وشرح الإرشاد (٣). وعلى كل حال فكلامهم في هذه الأقوال غير محرر، فإن اشتراط استمرار الشرائط من حين الوفاة إلى انقضاء الولاية مما لا شبهة فيه ليحصل الغرض المقصود منها، فمن قال: إن المعتبر حصولها حال الوفاة قائل باعتبار استمرارها فيه إلى الآخر، ومن قال: إن المعتبر حال الوصية لا يعتبر استمرارها حال الحياة ثم يعتبر وجودها بعد الوفاة. فلا ينضب الكلام، ولم ينبهوا عليها إلا أن استبطان كلامهم يقتضيه، ولولا تصريحهم بذلك لكان ما ذكره الشيخ علي - رحمه الله - جيداً. وعلى هذا فيتحرر

(١) جامع المقاصد ١: ٢٨١.

(٢) الدروس: ٢٤٨.

(٣) غاية المراد: ١٥٥.

(الثانية): تصح الوصية على كل من للموصي عليه ولاية شرعية، كالولد وإن نزلوا، بشرط الصغر، فلو أوصى على أولاده الكبار العقلاء أو على أبيه، أو على أقاربه، لم تمض الوصية عليهم. ولو أوصى بالنظر في المال الذي تركه لهم، لم يصح له التصرف ولا في ثلثه، وتصح في إخراج الحقوق عن الموصي كالديون والصدقات.

رجوع الأقوال إلى ثلاثة: اعتبار الشرائط حال الوفاة مستمرا، اعتبارها من حين الوصية وإذا ارتفعت بعدها حال الحياة، ثم يعتبر وجودها بعد الوفاة مستمرة. قوله: " تصح الوصية على كل من للموصي عليه ولاية شرعية ... الخ "

قد تقدم (١) ما يدل على هذا الحكم، وبقي ما يتعلق بخصوص هذه العبارة، فإن قوله: " تصح الوصية على كل من للموصي عليه ولاية شرعية " يدخل فيه الأب إذا أوصى على الولد مع وجود الجد، فإنه يصدق أن الموصي له عليه ولاية، فإن ولايته حالة الوصية وحالة الحياة ثابتة قطعا، وإنما انتقلت إلى الجد بعد وفاته. ولو حمل على إرادة من له عليه ولاية حال التصرف - وهو ما بعد الموت - لم يصح أيضا، لأن المعتبر حصول الشرط حالة الوصية مستمرا كما مر. ولو أريد من له عليه ولاية مستمرة إلى ما بعد الموت ففيه: أن الموت يقطع الولاية فلا يتم أيضا. وكان الأنسب التقييد بانتفاء الجد كالسابقة.

وقوله: " بشرط الصغر " فيه قصور أيضا، لأن شرط الصغر غير كاف بل يشترط عدم الكمال، إذ لو ارتفع الصغر واستمر مجنوننا أو سفيها بقيت ولاية الأب مستمرة كما مر في بابه. والكلام في صحة الوصية في إخراج الحقوق مع الوصية على الكاملين كما سلف من افتقارها إلى لفظ يدل على جعله وصيا في الجميع، ليصح فيما له فيه الولاية ويبطل في الباقي.

(١) لاحظ ص: ٢٦٦ - ٢٦٩.

(الثالثة): يجوز لمن يتولى أموال اليتيم أن يأخذ أجره المثل عن نظره في ماله. وقيل: يأخذ قدر كفايته. وقيل: أقل الأمرين. والأول أظهر.

واعلم أنه على تقدير نصب وصي في انفاذ الوصية ووفاء الديون مع كون الورثة كبارا ليس للوصي التصرف في التركة لأجل ذلك إلا بإذنتهم، لأن لهم إمساكها وقضاء الدين من مالهم، بناء على القول المنصور من انتقال التركة إليهم بالموت مطلقا، وإنما تظهر فائدته في نفس التصرف.

ثم إن دفعوا إليه من مالهم ما تنفذ فيه الوصية أو أذنوا له في بعض التركة فلا إشكال، وإن امتنعوا ألزمهم بأحد الأمرين - إما البيع أو الأداء من مالهم - لتبرأ ذمة الموصي. فإن لم يمكن ذلك رفع أمره إلى الحاكم إن اتفق ليلزمهم بأحد الأمرين أو يبيع عليهم، لأنه ولي الممتنع من أداء الحق. فإن تعذر جميع ذلك جاز له أن يبيع من التركة ما يقضي به الوصية ويوفي به الدين، مراعى في ذلك الأصلح للبيع بالنسبة إليهم فالأصلح، إن أمكن بيعه وإلا باع الممكن. ويحتمل تخيره في المال مطلقا مع امتناعهم، لأن الدين مقدم على الإرث، والضرر جاء من قبلهم. والأول أولى.

هذا كله مع اطلاق الوصاية بقضاء الدين. أما لو أوصى إليه ببيع شيء من تركته في قضاء دينه لم يكن للورثة امساكه، بل كان للوصي امتثال أمر الموصي. وكذا لو قال: ادفع هذا العبد مثلا إليه عوضا عن دينه، لأن في أعيان الأموال أغراضا. قوله: "يجوز لمن يتولى أموال اليتيم أن يأخذ... الخ".

المراد بالمتولي لمال اليتيم من له عليه ولاية شرعية، سواء كانت بالأصالة كالأب والجد أم لا كالوصي. وقد اختلف في قدر ما يجوز له أخذه على أقوال: أحدها: أن يأخذ أجره مثل عمله - وهو اختيار المصنف - لأنها عوض عمله، وعمله محترم فلا يضيع عليه، وحفظه بأجره مثله.

الثاني: أن يأخذ قدر كفايته، لظاهر قوله تعالى: (ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف) (١) والمعروف ما لا إسراف فيه ولا تقتير.

(١) النساء: ٦.

الثالث: أن يأخذ أقل الأمرين من الأجرة والكفاية، لأن الكفاية إن كانت أقل من الأجرة فلائنه مع حصولها يكون غنيا، ومن كان غنيا يجب عليه الاستعفاف لقوله تعالى: (ومن كان غنيا فليستعفف) (١) والأمر للوجوب فيجب عليه الاستعفاف عن بقية الأجرة. وإن كانت أجرة المثل أقل فإنما يستحق عوض عمله، فلا يحل له أخذ ما زاد عليه، ولأن العمل لو كان لمكلف يستحق عليه الأجرة لم يستحق أزيد من أجرة مثله، فكيف يستحق الأزيد مع كون المستحق عليه يتيما؟! وفي صحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال: " سئل وأنا حاضر عن القيم 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 رشدا فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافا وبدارا أن يكبروا ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف) هو القوت، وإنما عني: فليأكل بالمعروف الوصي لهم والقيم في أموالهم بما يصلحهم ". (٢) والتحقيق: أن الأكل بالمعروف يحتاج إلى تنقيح، فإن أريد به الأكل المتعارف - كما يظهر من الآية والرواية - وجعل مختصا بالولي لا يتعدى إلى عياله، فلا منافاة بين الفقر وحصول الكفاية منه بهذا الاعتبار، لأن حصول القوت يحتاج معه إلى بقية مؤنة السنة من نفقة وكسوة ومسكن وغيرها حتى يتحقق ارتفاع الفقر، وإن لم يشترط (٣) حصول ذلك في نفقة (٤) عياله الواجبي النفقة. وحينئذ فقولهم في الاستدلال بثبوت أقل الأمرين: إنه مع حصول الكفاية، يكون غنيا 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 إسرافا وبدارا) (١) (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) (٢) (إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما) (٣) وغير ذلك - فقيد المعروف من ذلك غير واضح المراد ليعتبر معه أقل الأمرين، لأن التصرف على هذا الوجه يختلف باختلاف الأشخاص والحاجة، وربما أدى ذلك إلى الاضرار بمال اليتيم. وقوله في الرواية: " هو القوت " تخصيص لمعنى الأكل إلا أنه ليس بصريح في اختصاصه بأكله بنفسه، لما عرفت من أن الأكل يستعمل لغة فيما هو أعم من ذلك.

وعلى كل معنى فسر الأكل لا يتم الحكم فيه على إطلاقه، لأن العمل ربما كان قليلا والقوت كثيرا فيؤدي إلى الاضرار باليتيم زيادة على المكلف، فاعتبار أجره المثل مطلقا أجود. ويمكن حمل الأمر بالمعروف عليه، لأن أجره المثل إن كانت أقل فالمعروف بين الناس أن الانسان لا يأخذ عوض عليه من غير زيادة عن عوضه المعروف وهو أجره مثله، ومثل هذا يسمى أكلا بالمعروف، والزيادة عليه أكلا بغير المعروف.

هذا إذا كان فقيرا، أما لو كان غنيا فالأقوى وجوب استغفائه مطلقا عملا بظاهر الآية، وبذلك يتحقق قول رابع، وهو استحقاق أجره المثل مع فقره. وذهب بعضهم (٤) إلى قول خامس، وهو جواز أخذ أقل الأمرين من أجره مثله وكفايته مع فقره. ولو تحقق للكفاية معنى مضبوط كان هذا القول أجود الأقوال. ومثبتو أحد الأمرين من غير تقييد بالفقر حملوا الأمر بالاستغفاف على الاستحباب، وادعوا أن لفظ الاستغفاف مشعر به، وله وجه.

(١) النساء: ٦.

(٢) البقرة: ١٨٨.

(٣) النساء: ١٠.

(٤) المبسوط: ٢: ١٦٣، الخلاف ٣: ١٧٩ مسألة (٢٩٥).

السادس

في اللواحق

وفيه قسمان:

القسم الأول، وفيه مسائل:

الأولى: إذا أوصى لأجنبي 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 سهما، إلا أن يقول مثل أعظمهم، فيعمل بمقتضى وصيته.

قوله: " إذا أوصى لأجنبي... الخ "

إذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته وعينه - كابنه - صحت الوصية من الثلث اجماعا، واختلف في تقديره، فالمعروف من مذهب علمائنا أن الموصى له يكون له بمنزلة وارث آخر فيضاف إلى الورثة، ويتساوى الموصى له والوارث إن تساوا، وإن تفاضلوا جعل كأقلهم نصيبا، لأن ذلك هو المتيقن والزائد مشكوك فيه. فلو كان له ابن واحد وأوصى بمثل نصيبه لزيد فرض كأن له ابنين فتكون الوصية بالنصف، فإن أجاز الابن أخذ الموصى له النصف والابن النصف، وإن رد كان للموصى له الثلث والباقي للابن. ولو كان له ابنان فأوصى بمثل نصيب أحدهما

فللموصى له مثل نصيب أحدهما مزادا 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 متساويين من أصل المال، ويقسم 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 قريبا من الصواب ثم رجع مذهب الأصحاب.

وأجيب عن حجتهم بأن التماثل يقتضي شيئين، والوارث لا يستحق شيئا إلا بعد الوصية النافذة، فالوارث الموصى له بمثل نصيبه لا نصيب له إلا بعد الوصية، وحينئذ فيجب أن يكون ما للموصى له (٣) مماثلا لنصيبه بعد الوصية. وعلى ما ذكرناه - من أن الوصية مع الواحد بالجميع، ومع الاثنين بالنصف، ومع الثلاثة بالثلث - لا يكون هناك نصيب للوارث مماثلا لنصيب الموصى له، وهو خلاف مدلول الوصية فيكون تبديلا لها.

والضابط عندنا: أن يعتبر نصيب الموصى له بعد الوصية فيقام فريضة الميراث ويزاد عليها مثل سهم الموصى بنصيبه، وعند أولئك الباقيين يعتبر نصيب الموصى له بنصيبه لو لم يكن وصية.

واعلم أن هذه المسألة وأشباهاها من المسائل الدورية، لأن معرفة نصيب الوارث متوقفة على اخراج الوصية، ومعرفة نصيب الموصى له إنما يكون إذا عرف نصيب الوارث، إلا أن التخلص 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، ويرد إلى الثلث إذا لم تجز. ولو كان له بنتان كان له الثلث، لأن المال عندنا للبنتين دون العصبة فيكون الموصى له كالثالثة.

ولو كان له ثلاث أخوات من أم وإخوة ثلاثة من أب، فأوصى للأجنبي بمثل نصيب أحد ورثته، كان كواحدة من الأخوات، فيكون له سهم من عشرة، وللأخوات ثلاثة، وللأخوة ستة.

يتعرضوا لها هنا، وسيفرض المصنف أمثلة لمن جعل للموصى له مثل نصيبهم مع تساويهم في الميراث ومع اختلافهم وجعل مثل أقلهم ومثل أعظمهم، وبتقريره يتحرر 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 كله بالفرض والرد فيكون حكمها حكم الابن في الوصية بمثل نصيبها. ولو كان له بنتان فله الثلث، لأن المال عندنا للبنتين دون العصبة فيكون الموصى له كبنت أخرى. وهو واضح.

وعند العامة (١) لو كان له بنت وأوصى بمثل نصيبها فالوصية بالثلث، لأن المسألة عندهم من اثنتين، للبنت واحد وللعصبة واحد لو لم يكن وصية، فيزيد على الاثنين سهمًا ويعطيه سهمًا من ثلاثة. ولو كان له ابنتان فالوصية بالربع، لأن المسألة من ثلاثة لولا الوصية، لكل واحدة سهم وللعصبة سهم، فيزيد للموصى له سهمًا تبلغ أربعة. وإلى الرد على هذا أشار المصنف بقوله: " لأن المال عندنا للبنتين دون العصبة "

قوله: " ولو كان له ثلاث أخوات من أم، وإخوة من أب... الخ ". هذه من صور ما لو أوصى بمثل نصيب أحد ورثته من غير تعيين وكانوا

(١) المغني لابن قدامة ٦: ٤٨٤.

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 نصيبا، فإن للأخوات من الأم
الثلاث وللأخوة 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، وللأخوة ستة. فإذا أوصى بمثل
نصيب أحدهم حمل على نصيب أقلهم وهو الأخوات، فتزيد الفريضة واحدا 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 فصاعدا 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
تصحح فريضة الميراث أولا، 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 أولا 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 أيضا.

(٢) المبسوط ٤: ٦.

التقدير تكون الوصية من نصيب البنت خاصة ويكون سهم الزوجة تاما من أصل التركة، لأن الاثنين ثمن الفريضة التي هي ستة عشر، والواجب أن تكون الوصية من أصل التركة ويدخل النقص بها على جميع الورثة في كل واحد بنسبة استحقاقه، فيكون من خمسة عشر عملا بالطريق السابق، وهو تصحيح فريضة الميراث ثم زيادة مثل نصيب من أضيف إليه الوصية ليشارك الجميع في النقص.

هذا كله مع إجازة الورثة. ولو لم تجز فالمسألة من اثني عشر، له الثلث أربعة والثمانية بين الزوجة والبنت على أصل الفريضة الشرعية، للزوجة سهم وللبنت سبعة. ولو أجازت إحداهما خاصة ضربت إحدى الفريضتين في وفق الأخرى تبلغ ستين، لأن بين الاثنين عشر والخمسة عشر توافقا بالثلث، فيضرب ثلث أحدهما في الأخرى، فمن أجاز ضرب نصيبه من مسألة الإجازة في وفق مسألة الرد، ومن رد ضرب نصيبه من مسألة الرد في (وفق) (١) مسألة الإجازة، فذلك نصيبه والباقي للموصى له.

وهذا ضابط في كل ما يرد عليك في إجازة البعض ورد الآخرين. فلو فرض كون الفريضتين متباينتين ضربت إحداهما في الأخرى، ونصيب من أجاز من مسألة الإجازة في مسألة الرد، ونصيب من رد في مسألة الإجازة. فلو كان المجيز البنت فنصيبها من مسألة الإجازة سبعة من خمسة عشر، تضربها في أربعة وفق مسألة الرد تبلغ ثمانية وعشرين، فهو نصيبها من الستين. وللزوجة واحد من اثني عشر مسألة الرد، تضربه في وفق مسألة الإجازة - 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 الإجازة - وهو واحد - في أربعة وفق مسألة الرد، فلها أربعة، ونصيب البنت من مسألة الرد - وهو سبعة من اثني عشر - في وفق مسألة الإجازة - وهو خمسة - تبلغ خمسة وثلاثين، والباقي - وهو

(١) من هامش "س".

ولو كان له أربع زوجات وبنت، فأوصى بمثل نصيب إحداهن، كانت الفريضة من اثنين وثلاثين، فيكون للزوجات الثمن، أربعة بينهن بالسوية، وله سهم كواحدة، ويبقى سبعة وعشرون. ولو قيل: من ثلاثة وثلاثين كان أشبه.

واحد وعشرون - للموصى له. فله مع إجازتهما 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 أيضا فجعل للزوجة سهما من ثمانية وللموصى له سهما وللبنت ستة فأخرج الوصية من نصيب البنت خاصة، والصواب إدخال نصيبه عليهما فيكون من تسعة. قوله: " ولو كان له أربع زوجات وبنت... الخ ".

القول الأول للشيخ (٢) أيضا. أصل الفريضة ثمانية، نصيب الزوجات الأربع منها واحد ينكسر عليهن، فتضرب عددهن في الفريضة تبلغ اثنين وثلاثين، فأعطى الشيخ الزوجات أربعة تمام نصيبهن، وجعل نصيب الموصى له مأخوذا من نصيب البنت خاصة، وهو خطأ كما مر. 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 ردوا 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.

(١) المبسوط ٤ : ٦.

(٢) المبسوط ٤ : ٦.

الثانية: لو أوصى لأجنبي بنصيب ولده، قيل: تبطل الوصية، لأنها وصية بمستحقه. وقيل: تصح، ويكون كما لو أوصى بمثل نصيبه. وهو أشبه.

ولو أجازت إحداهن ضربت وفق مسألة الإجازة - وهو هنا جزء من اثني عشر هو نصف السدس - في مسألة الرد أو بالعكس، فتضرب خمسة في ثمانية وأربعين، أو أربعة في ستين تبلغ مائتين وأربعين، فمن أجاز أخذ نصيبه من مسألة الإجازة مضروبا في وفق مسألة الرد، ومن رد أخذ نصيبه من مسألة الرد مضروبا في وفق مسألة الإجازة. فمع إجازة البنت يكون لها مائة واثنان 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 لهن ستة عشر مضروب أربعة في أربعة، والبنت مائة وأربعون، والباقي - وهو أربعة وثمانون - للموصى له. ولو أجاز بعض الزوجات فله نصيبها من المعجاز، وهو سهم واحد يضاف إلى ما يصيبه.

قوله: " ولو أوصى لأجنبي بنصيب ولده... الخ "

القول بالطلاق للشيخ (١) معللا بما ذكره المصنف من أنها حينئذ وصية بمستحق الولد، فكانت كما لو قال: بدار ابني. واستدلوا عليه أيضا بأن صحة الوصية موقوفة على بطلانها، لتوقف صحتها 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) وبأن بطلانها لازم لكل واحد من النقيضين، فإنه إن ثبت للابن نصيب امتنعت صحتها، إذ لا يملك الموصى به لما ذكر، وكذا إن لم يثبت له نصيب، لانتفاء متعلق الوصية فإن متعلقها نصيبه.

ووجه ما اختاره المصنف من الصحة: أن الولد ليس له نصيب الآن حقيقة،

(١) المبسوط ٤ : ٧.

(٢) النساء: ١١.

أحدهما: حملها على الجميع، وهذا هو الذي لم يذكر في المختلف (١) غيره. ووجهه قد ظهر ما 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، فإنه مع التصريح به يكون نصا على تشريكه معه، فيلزم 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 سابقا. وعليه فالمثل يراد به مجموع التركة لا مشاركة الموصى له للولد. وبما حققناه يظهر أن كل من حمل هذه الوصية على المثل وأطلق لا يعلم منه إرادة أحد الأمرين، ولا يتحقق مذهبه منهما 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 شريكا للابن في نصيبه بتقدير المثل فالوصية بالنصف. وهذا كله لا إشكال فيه. وإن أطلق اللفظ مريدا مقتضاه من غير أن يلحظ شيئا بخصوصه يكون موصيا بجميع التركة كما حققناه.

(١) المختلف ٢: ٥٠١.

واعلم أن المحقق الشيخ علي (١) (رحمه الله) ذكر في شرحه أن للفقهاء في المسألة قولين خاصة، أحدهما البطلان والثاني الحمل على المثل بمعنى المشاركة بالنصف كما لو أوصى له بمثل نصيبه. وذكر أن الاحتمال الثالث - وهو حملة على الوصية بالجميع - مختص به لم يتعرض إليه أحد.

وهذا عجيب منه فإن هذا الاحتمال الثالث لم يذكر الأكثر غيره فضلا عن أن لا يكون مذكورا. 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: أنه أوصى بما هو حق للابن فيبطل، كما لو قال: بدار ابني. احتج الآخرون بأن اللفظ يحمل على مجازة عند تعذر حمله على الحقيقة، ولأنه وصية بجميع المال في الحقيقة، ولو أوصى له بجميع ماله لم تكن الوصية باطلة " (٢). انتهى. وهذا كما ترى صريح أنه في فهم من القائل بالصحة والحمل على المثل إرادة الجميع، فكيف لا يكون مذكور لأحد؟!

وقال في التذكرة: " إذا أوصى له بنصيب وارث، فإن قصد المثل صحت الوصية اجماعا، وإن قصد العين بطلت الوصية، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة. وقال مالك وأهل البصرة وابن أبي ليلى وزفر وداود: تصح الوصية، لأن 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 فإن هذه وصية باطلة، وقال قوم: تصح الوصية ويكون له كل 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: صحت الوصية،
وقيل: لا تصح، لأنه لا نصيب له. وهو أشبه.

الاحتمال الآخر.

وعلى هذا فيكون مراد من أطلق الصحة وحمله على المثل صحت الوصية في
الجميع، لأن ذلك هو الموجود في عبارة أصحابنا، وأما حمله على النصف كما لو أوصى
بلفظ المثل فلم يذكره أحد من أصحابنا بخصوصه وإنما هو محتمل من إطلاقهم.

نعم، في عبارة الشيخ فخر الدين ما يؤذن بفهمه إرادة النصف من القائل
بالصحة، لأنه قال في شرحه بعد تقرير القولين: " فعلى الصحة لا فرق بين زيادة
لفظة المثل وحذفها، فقوله: " أوصيت بنصيبه " مثل: " أوصيت بمثل نصيبه " وإنما
فرق القائل بالبطلان " (١) فهذه العبارة كالصريحة في إرادة المثل حقيقة كما لو كان
مذكورا وهو يقتضي الوصية بمشاركة الابن.

وأما الشافعية فقد صرحوا في كتبهم بأن في المسألة ثلاثة أوجه. قال الرافعي
في الشرح الكبير: " لو قال: أوصيت بنصيب ابني ولم يذكر لفظ المثل فوجهان،
أحدهما: أن الوصية باطلة لورودها في حق الغير. والثاني: أنها صحيحة والمعنى مثل
نصيب ابني، فإن صححناها فهي وصية بالنصف كما لو قال: أوصيت بمثل نصيب
ابني، وفي التهذيب وجه آخر أنها وصية بالكل ". انتهى ملخصا.

والمبسوط والتذكرة جاريان على فروع الشافعية ووجههم، لكنهما أخلا بالوجه
الثالث وهو كونها وصية بالنصف، مع أنه 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 أنه لا نصيب له فيكون قوله في
قوة: أوصيت له بمثل نصيب من 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 أخذا بالمتيقن. وكذا لو قال: ضعف ضعف نصيبه.

يذكر غيره.

ووجه الصحة: حمل الكلام على التقدير صوتا له عن الهذرية، وتقديره: بمثل نصيبه لو لم يكن قاتلا. وضعفه ظاهر.

وفصل في المختلف (١) فحكم بالبطلان إن كان الموصي عارفا بأن الابن قاتل وأن القاتل لا نصيب له، والصحة إن جهل أحدهما. وهو حسن، كما أنه لو قصد الموصي مماثلة نصيبه لو كان وارثا صحت قطعا.

قوله: "إذا أوصى بضعف نصيب ولده... الخ".

اختلف الفقهاء واللغويون في معنى الضعف، وعليه بينى الضعفان، فقول:

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 أكْلِها

ضعفين) (٤) أي مثلين، وإذا كان الضعفان مثلان (٥) فالواحد مثل (٦). وقال

الأزهري: "الضعف المثل فما فوقه، وليس بمقصور على مثلين، فأقل الضعف

محصور في الواحد، وأكثره غير محصور" (٧). وقال الخليل (٨) "الضعف أن يزداد على

(١) المختلف ٢: ٥٠١.

(٢) الصحاح ٤: ١٣٩٠.

(٣) الأحزاب: ٣٠.

(٤) البقرة: ٢٦٥.

(٥) كذا في النسخ وله وجه. وفي هامش "و" نقلا عن خط الشيخ 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 مثنى: "ضعف الشيء هو ومثله، وضعفاه هو مثلاه" (١). وقال في الجمهرة: "هذا ضعف هذا الشيء أي: مثله. وقال قوم: مثلاه" (٢) وفي نهاية ابن الأثير أن الضعف مثلان، قال: "وقيل: ضعف الشيء مثله" (٣).

والأشهر بين الفقهاء ما اختاره المصنف من أن الضعف مثلان، بل نقله الشيخ في الخلاف (٤) عن عامة الفقهاء والعلماء، وإن كان هذا التعميم لا يخلو من تجوز، فقد سمعت كلام أهل اللغة، والفقهاء أيضا مختلفون كأهل اللغة. ويشهد للمشهور قوله تعالى: (إذا لأذقناه ضعف الحياة وضعف الممات" (٥) أي عذاب الدنيا وعذاب الآخرة مضاعفا، وقوله تعالى: (فأولئك لهم جزاء الضعف) (٦) وقوله تعالى: (وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون) (٧). ولم ينقل المصنف خلافا في الضعف كما نقله غيره أنه المثل استضعافا له.

وأما ضعفا الشيء فعلى تفسير المثل يكون مثلاه، وعلى المثليين قيل: يكون أربعة أمثاله، لأن ذلك هو الحاصل من انضمام مثلين إلى مثلين. والمصنف اختار كونه ثلاثة أمثاله، لما نقل عن بعض أهل اللغة من أن 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) الأسراء: 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 أيضا.

فالمتيقن هو الثلاثة. ولا يرد: أن منهم من جعله مثلين فيكون هو المتيقن أيضا، لضعف هذا القول وشدوذه فلم يعتد به كما لم يعتد به في المثل، أو يحمل على المجاز لأنه خير من الاشتراك. وعلل أيضا بأن ضعف الشيء ضم مثله إليه فإذا قال: ضعفاه، فمعناه ضم مثليه إليه فيكون ثلاثة.

وأما ضعف الضعف فقد قال المصنف إنه كالضعفين، أي: فيه القولان، والمختار عنده أنه ثلاثة أمثاله، وذلك لأن من قال إن الضعف مثلان فتضعيفه قدره مرتين وهو أربعة أمثاله ويكون الموصى به ضعف ضعف النصيب، ومن قال إنه ضم مثل الشيء إليه فتضعيف هذا الضم زيادة مرة أخرى فيكون ثلاثة.

ويضعف بمخالفته للتفسيرين السابقين للضعف، لأن من جعله المثل فالضعف مثلان، ومن جعله مثلين لزم أن يكون تضعيفه أربعة. وأما اعتبار المنضم خاصة ففيه أن الضعف عند هذا القائل هو المجموع من المماثل والزائد لا نفس الزائد، وإلا لكان هو القول بالمثل. وبالجملة: فالقول بأن ضعف الضعف ثلاثة أمثاله ضعيف جدا، وقد وافق المصنف عليه العلامة في التذكرة (١) والإرشاد (٢).

وفي المسألة وجه ثالث: أن ضعف الضعف ستة أمثاله، بأن يكون الضعف ومثله معا هو الموصى به. ويضعف بأن الوصية بالمضاف خاصة. ورابع: بأنه مثل واحد بناء على أن الضعف هو المثل، فضعف الضعف مثل المثل، والمثل واحد، فمثله كذلك. وقد عرفت ضعف المبني عليه. وقد ظهر أن أرجح الأقوال كون ضعف الضعف أربعة أمثاله.

قوله: " إذا أوصى بثلثه للفقراء... الخ "

لا إشكال في جواز صرف كل ما في بلد إلى فقرائه، بحصول الغرض من

(١) التذكرة ٢: ٤٩٩.

(٢) الارشاد ١: ٤٦٥.

ويدفع إلى الموجودين في البلد، فلا يجب تتبع من غاب.
وهل يجب أن يعطى ثلاثة فصاعدا؟ قيل: نعم. وهو الأشبه، عملا بمقتضى اللفظ.

الوصية وعدم وجود مانع منه. وأما صرفه في بلد الموصى فكذلك، إن لم يستلزم تغييرا بالمال بسبب نقله، ولا تأخيرا لخراج الوصية مع إمكان التعجيل، وإلا أشكل الجواز لذلك. نعم، لو فرض عدم المستحق في بلد المال وعدم الخطر في نقله فلا إشكال. ولو فرض اخراج قدر الثلث في بلد الموصى من المال الموجود فيه وترك الأموال المتفرقة للورثة مع رضاهم بذلك صح أيضا، لأن المعبر اخراج ثلث المال بالقيمة لا الاخراج من كل شيء، وإن كان إطلاق الثلث يقتضي الإشاعة، إلا أن يتعلق غرض الموصي بشيء من الأعيان أو بالجميع فيتبع مراده. ولو كان نقل المال إلى بلد آخر لغرض صحيح - كألوية المستحق فيه أو لوجود الحاكم فيه ونحو ذلك - جاز أيضا، كما يجوز نقل الزكاة الواجبة لذلك وإن لم يجز مطلقا.

قوله: " ويدفع إلى الموجودين في البلد ولا يجب تتبع من غاب ".
لأن الفقراء غير منحصرين فلا يجب الاستيعاب، ولا يتبع من ليس في البلد لذلك. ويفهم منه وجوب استيعاب من في البلد منهم، ووجهه: أن الموصى لهم يستحقون على جهة الاشتراك لا على جهة بيان المصرف كالزكاة. وبهذا يظهر أن عدم وجود التتبع رخصة وأنه لو صرفه إلى غير الموجودين أو إليهم وإلى غيرهم جاز. قوله: " وهل يجب أن يعطى ثلاثة فصاعدا؟ قيل: نعم. وهو الأشبه عملا بمقتضى اللفظ ".

وجه وجوب الدفع إلى ثلاثة فصاعدا: أن الفقراء جمع وأقله ثلاثة على المختار، ومن قال إن أقله اثنان اكتفى بهما هنا. فعلى هذا لا يجوز أن يقصر عن ثلاثة، فإن لم يوجد في البلد ثلاثة وجب الاكتمال في غيره مراعاة للفظ الجمع، وأن الحكم ليس لبيان المصرف كما مر وإلا لاكتفي بالواحد. ويشكل بأنه: إن كان للاشتراك وجب تتبع الممكن، وإن كان لبيان المصرف

وكذا لو قال: أعتقوا رقابا، وجب أن يعتق ثلاثة فما زاد، إلا أن يقصر ثلث مال الموصي.

لزم الاكتفاء بواحد، فالجمع بين وجوب استيعاب من في البلد وعدم وجوب صرفه إلى غيرهم مع وجوب الدفع إلى ثلاثة لا يخلو من اشكال. ولعل الوجه فيه: أن مراعاة الجمع يوجب الثلاثة فصاعدا أو استيعاب من حضر لاشتراكهم في الاستحقاق، وعدم وجوب الدفع إلى من عداهم رخصة وتخفيف.

قوله: " وكذا لو قال: أعتقوا رقابا... الخ "

وجوب عتق الثلاثة هنا مع سعة الثلث مما لا إشكال فيه، مراعاة لصيغة الجمع. ولو قصر الثلث عن الثلاثة اقتصر على ما يسعه، إذ لا يسقط الميسور بالمعسور. ولا يرد: أن الموصي به مسمى الجمع وقد تعذر فينبغي أن تبطل الوصية أو يتوقع تنفيذها إن رجي، لأن معنى الجمع واحد وواحد وواحد، وإنما اختصروه بلفظ الجمع، كما نص عليه أهل العربية، فإنهم قالوا: رجال في قوة رجل ورجل ورجل، فلا يسقط البعض بالعجز عن البعض كما لو أوصى بعتق الثلاثة مفصلا بهذا اللفظ.

وعلى هذا فلو قصر الثلث إلا عن واحد ولم يجز الوارث أعتق الواحد. ولو قصر عنه ففي وجوب اعتناق شقص مع الامكان قولان أقربهما الوجوب، لأن وجوب عتق الجزء ثابت كالكل، ولعموم: " إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم " (١). ووجه العدم: أن لفظة الرقبة لا يدل على البعض إلا تضمنا، والدلالة التضمنية تابعة للمطابقة، فإذا فات المتبوع انتفى التابع. وجوابه: أن عتق الرقبة لما لم يتحقق إلا بعتق جميع أجزائها فكل جزء مقصور عتقه ومأمور به بالذات لا بالتبعية، فيجب حيث يمكن.

فإن تعذر ففي صرف القدر في البر أو رجوعه على الورثة وجهان تقدم نظيرهما،

(١) مسند أحمد ٢: ٢٥٨، ٤٢٨، ٥٠٨، عوالي اللئالي ٤: ٥٨ ح ٢٠٦.

الخامسة: إذا أوصى لانسان بعبد معين، ولآخر بتمام الثلث، ثم حدث في العبد عيب قبل تسليمه إلى الموصي له، كان للموصي له الآخر تكملة الثلث بعد وضع قيمة العبد صحيحا، 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 امكان صرفه في العتق قبل ذلك في وقت ما بعد الوصية، والثاني إن تعذر ذلك من الابتداء، مع احتمال صرفه في البر مطلقا، لأن البر أقرب إلى مراد الموصي من الورثة، وأقرب المجازات متعين عند تعذر الحقيقة. قوله: " إذا أوصى لانسان بعبد لآخر بتمام الثلث... الخ "

إذا أوصى لواحد بعيد معين ولآخر بتمام الثلث باعتبار قيمة العبد وضمه إلى الثلث صحت الوصيتان، لوجود المقتضي للصحة فيهما وانتفاء المانع، فيقوم العبد يوم موت الموصي، لأنه حال نفوذ الوصية، وينظر إلى بقية التركة فإن خرج العبد من الثلث صحت وصيته وتنظر بعد ذلك فإن بقي من الثلث بقية فهي للموصي 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 الموصي 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 بمقدار 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 فوض حدوث نقص في التركة قبل قبض الوارث فالتقص على الموصي له الثاني، لأن الوصية له بتكملة الثلث بعد الوصية الأولى فلا بد من اعتبار اخراج الأولى أولا.

ولو حدث عيب في العبد قبل تسليمه إلى الموصي له فللثاني تكملة الثلث بعد وضع قيمة العبد صحيحا، لأن الموصي قصد عطية التكملة والعبد صحيح، فإذا تجدد العيب كان ذلك نقصا في العين فلا بد من اعتبار الناقص مع الباقي. فلو فرض أن قيمة العبد صحيحا مائة وباقي التركة خمسمائة فأصل الثلث مائتان والوصية للثاني بمائة، فإذا تجدد نقص العبد خمسين مثل رجعت التركة إلى خمسمائة وخمسين، وثلاثها مائة وثلاثة وثمانون وثلث (١)، فإذا وضعت منه قيمة العبد صحيحا بقي ثلاثة وثمانون وثلث للموصي له.

ويشكل بأن مقتضى الوصية الثانية أن يكون بيد الورثة ضعف ما بيد الموصي له الثاني بعد اسقاط الأول، وهنا ليس كذلك، لأن الباقي من المال بعد قيمة العبد خمسمائة (٢) فيجب أن يكون نقص العبد محسوبا من التركة بالنسبة إلى الأول فهو كالباقي، فالمتجه أن يكون للثاني مائة، والواصل إلى الورثة الثلثان وزيادة. ولو كان العبد نقص باعتبار السوق، والعين بحالها، ومقدار النقص خمسون كما سبق، اعتبرت قيمة التركة عند الوفاة ولا ينقص بسببه شيء على الثاني، بل يعطى تمام الثلث حينئذ مائة وثلاثة وثلاثين (٣) وثلثا. والفرق: أن العين هنا قائمة بحالها، والثلث إنما يعتبر عند انتقال التركة عن الموصي وهو حالة الوفاة، بخلاف نقص المعيب فإنه نقص محسوس له حصة من الثمن، ولهذا ضمنه الغاصب وثبت أرشه للمشتري على البائع دون رخص السوق. ولو فرض موت العبد بطلت وصيته لفوات متعلقها، وأعطى الآخر ما زاد على

(١) في النسخ: وثلثا.

(٢) في هامش " و " نقلا عن الشيخ علي حفيد الشارح: خمسمائة وخمسون صح.

(٣) في " س " وهامش " و " : وثمانون، ونقلا عن الشيخ علي: وثمانين. وفي غيرهما: وثلاثون. والصحيح ما أثبتناه. وهذه المحاسبة إنما يتم إذا كان أصل التركة خمسمائة وخمسين. وكأنه - رحمه الله - نسي أن المفروض كونها ستمائة، فتمام الثلث بعد اسقاط قيمة العبد مائة وخمسون.

السادسة: إذا أوصى له بأبيه فقبل الوصية وهو مريض، عتق عليه من أصل المال اجماعا منا، لأنه إنما يعتبر من الثلث ما يخرج عن ملكه، وهنا لم يخرج بل بالقبول ملكه وانعتق عليه تبعا لملكه.

قيمته، لأن له تكملة الثلث فلا يسقط بموته شيء، فيعتبر قيمته عند وفاة الموصي لو كان حيا، ويحط قيمته من الثلث ويدفع الباقي إلى الموصى له الثاني. ولو فرض نقص المال عن العبد - كأن ينقص مائة مثلا - فالمنقص على الثاني، فيكون له ستة وستون وثلثان، ولا يجري مجرى موت العبد، لأن الفأث هنا على الورثة وهناك على الموصى له الأول، وجانب الورثة موفر. نعم، لو كان تلف المال بعد قبض الوارث الواقع بعد الوفاة كان محسوبا عليهم، فيكون للثاني تمام المائة. بقي في المسألة تقييد المصنف وغيره حدوث العيب في العبد قبل تسليمه إلى الموصى له، فإنه يقتضي أن النقص لو كان بعد الموت وقبل تسليمه إلى الموصى له يكون الحكم كذلك. ويشكل على القول بأن القبول كاشف عن دخوله في ملك الموصى له من حين الوفاة، فإن النقص حينئذ داخل على الملك الموصى له الأول، فلا يحتسب على غيره. وكذا يقتضي أنه لو تسلمه في حياة الموصي فحدث العيب قبل موته لا يعتبر نقصه، وليس كذلك، لأن هذا التسليم لا حكم له. قوله: " وإذا أوصى له بأبيه فقبل الوصية... الخ "

إذا انتقل إلى المريض من ينعق عليه فإما أن يكون بعوض أو بغيره، ثم الانتقال إما أن يكون قهريا أو اختياريا، والعوض إما أن يكون موروثا أو لا، فهذه أقسام المسألة. والمصنف اقتصر منها على قسم واحد، وهو انتقاله إليه باختياره بغير عوض. ونحن نبين ما ذكره ثم نتبعه بالباقي.

فنقول: إذا ملكه بغير عوض اختيارا، كما لو أوصى له به فقبل الوصية وهو مريض، أو وهبه بغير عوض فقبل الهبة، فإن قلنا أن منجزات المريض من الأصل عتق من الأصل، ولا كلام حينئذ فيه. وأما على القول الآخر فقد قال المصنف: إنه يعتق أيضا مدعيا الاجماع، ولأنه إنما يعتبر من الثلث ما يخرج المريض عن ملكه بنفسه اختيارا كما لو باشر عتقه، وهنا لم يخرج المريض كذلك وإنما أخرجه الله تعالى

عن ملكه حين ملكه بالقبول، وانعتق عليه تبعا لملكه بغير اختياره فلم يكن مفوتا باختياره شيئا وإنما جاء الفوات من قبل الله تعالى.

ويشكل هذا: بأنه لو تم لزم مثله فيما لو اشتراه بعوض فإن مجرد الشراء والتملك ليس هو المانع من النفوذ، وإنما المانع والمفوت لحق 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، وحينئذ فلا يتم الدليل إلا بإضافة أمر آخر، وهو أنه لم يخرج شيئا عن ملكه بعوض يحصل به فوات شيء على الورثة. وكان الأولى في الاستدلال على هذا التقدير أن يقول: لأنه لم يفوت شيئا على الورثة من حيث إنه ملكه بغير عوض، والعتق وقع قهريا.

والحاصل: أن المعتر في صحة العتق حصول الأمرين معا، وهما عدم العوض، وكون العتق قهريا، فمتى انتفى أحدهما اعتبر من الثلث.

وأما ما ادعاه المصنف من الاجماع على الحكم فبالنظر إلى من تقدمه من أصحابنا وكأنه لم يظهر له مخالف قبله، وإلا فالمسألة محتملة، والعامه مختلفون في حكمها فذهب بعضهم (٢) إلى اعتبار خروجه من الثلث كالعتق اختيارا، وقواه العلامة في التحرير (٣) استنادا إلى أن اختيار السبب كاختيار المسبب، فمتى كان الأول مقدورا فالثاني كذلك، وهو قول بعض المتكلمين. وحينئذ فلا يلزم من كون العتق قهريا خروجه من الأصل، وإنما يلزم ذلك لو لم يكن مستندا إلى اختيار المريض في التملك. والأقوى ما اختاره المصنف.

ولا يقدح دعواه الاجماع في فتوى العلامة بخلافه، لأن الحق أن اجماع

(١) في "ب" هنالك. وفي الحجريتين: هناك.

(٢) راجع روضة الطالبين ٥: ١٨٦.

(٣) التحرير ١: ٣٠٩ - ٣١٠.

أصحابنا إنما يكون حجة مع تحقق دخول المعصوم في جملة قولهم، فإن حجيته إنما 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 الاغترار بمن يتحكم ويدعي خلاف ذلك. وهذا عند الانصاف عين الحق، فإن ادخال 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 كثيرا لكن زلة المتقدم مسامحة عند الناس دون المتأخر.

ولنرجع إلى بقية أقسام المسألة فنقول: قد عرفت حكم ما لو ملكه بغير عوض اختياراً، وأما إذا ملكه كذلك بغير اختياره كالإرث، فإن قلنا في القسم الأول بكونه من الأصل فهنا كذلك بطريق أولى، وإن قلنا بكونه ثم من الثلث احتمال كونه هنا كذلك، لتحقق الملك للمريض فيكون معدوداً من جملة أمواله، فانعتاقه يفوت عليهم المالية. ويضعف بأنه لم يتلف على الورثة شيئاً مما هو محسوب ماله، ومع ذلك فالعتق قهري فلا مانع منه، وينبغي هنا القطع بنفوذ 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 " و " وفي غيرها: نادر.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٨٩.

الأول: أن يملكه بعوض موروث اختياراً بأن اشتراه، فإن كان بثمن المثل واعتبرنا خروج المنجزات من الثلث ففي اعتاقه قولان: أحدهما: أنه من الثلث، لأن تملكه له باختياره سبب في عتقه فجرى مجرى المباشرة، خصوصاً عند من يجعل فاعل السبب فاعل المسبب كالجبايين. وهذا هو الأصح.

والثاني: نفوذه من الأصل، لأنه إنما يحجر عليه في التبرعات، والشراء ليس بتبرع فلا يكون محجوراً عليه. والعتق حصل أولاً بغير اختياره فلا يعتبر فيه الثلث. ويضعف بأن 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 لكنه بغير اختياره، بمعنى استناده إلى أمر الشارع له به، كما لو كان قد نذر في حال الصحة أو المرض - إن جوزنا كونه من الأصل - أنه إذا وجد قريبه يباع بعوض هو قادر عليه اشتراه، فوجده وهو مريض، فينفذ من الأصل على القولين. ويحتمل ضعيفا كونه من الثلث، لحصول السبب المقتضي للتصرف في المرض. وضعف باستناد ذلك إلى إيجاب الشارع فكان عليه بمنزلة الدين.

الثالث: أن يملكه بعوض غير موروث باختياره، كما لو آجر نفسه للخدمة به، فيعتقد 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 براحا ثم مات الموصي بطلت الوصية، لأنها خرجت عن اسم الدار. وفيه تردد. الثامنة: إذا قال: أعطوا زيدا 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 بالإجازة كذلك، وحكمه كالسابق بطريق أولى. قوله: " لو أوصى له بدار فانهدمت... الخ "

منشأ التردد: من فوات متعلق الوصية، لأنه المجموع المركب من العرصة والسقف وباقي الأجزاء، والمركب يفوت بفوات بعض أجزائه خصوصا الموجب لفوات حقيقته فتبطل الوصية، ومن بقاء بعض الأجزاء المتعلق حق الموصي له بها في ضمن المجموع، فلا يفوت البعض بفوات بعض الآخر.

وفصل ثالث حسنا فقال: إن كان الموصى به دارا معينة فانهدمت فالوصية باقية، لانتفاء الدليل الصالح للبطلان، وتغير الاسم لم يثبت كونه قادحا، والباقي منها بعض ما أوصى به. وإن أوصى له بدار من دوره فانهدمت جميع دوره قبل موته بطلت، لانتفاء المسمى. وموضع الخلاف ما إذا كان الانهدام لا بفعل الموصي وإلا كان رجوعا.

قوله: إذا قال: أعطوه زيدا... الخ "

وجه الأول: أنه أوصى لفريقين فلا ينظر إلى أحادهما، كما لو أوصى لقبيلتين مختلفتي العدد. ووجه الثاني: أن أقل الفقراء ثلاثة، لأنهم جمع، وقد شرك بين زيد وبينهم بالعطف فيكون كأحدهم. ويضعف بأن التشريك بين زيد والفقراء لا بينه وبين أحادهم، فيكون زيد فريقا والفقراء فريقا آخر، وبأن التشريك لو كان بين الأحاد لما لزم الحكم بالربع. لأن الفقراء لا ينحصر في ثلاثة، وكون الثلاثة أقل

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): يدا بيد أي تعجيلاً (بتعجيل) (٤) ". ومنه في الدعاء: أنجز
وعده، أي: أحضره.

ويستفاد من جعله المؤجلة كالوصية في الحكم أنها غير الوصية، والمغايرة تظهر
بينهما في التدبر، فإنه تصرف معلق على الموت، وليس بوصية بعق العبد بل عتق
بصفة على اختلاف الوجهين. ويظهر أيضاً في النذر المقيد بالموت، فإنه لا يسمى
وصية. 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: كقولك.
(٤) من المصدر.

أما منجزات المريض إذا كانت تبرعا، كالمحابة في المعاوضات، والهبة والعتق والوقف، فقد قيل: إنها من أصل المال، وقيل: من الثلث. واتفق القائلان على أنه لو برئ لزم من جهته وجهة الوارث أيضا، والخلاف فيما لو مات في ذلك المرض.

وعلى ما استفيد من تعريف المصنف للوصية: " أنها تمليك عين أو منفعة الخ ". يتخلف كثير من الأفراد المتعلقة على الموت فيطلق عليه التصرفات المؤجلة لا الوصية، وذلك كالوصية بالعتق، والوقف على جهة عامة، والوصية بإبراء المديون وغير ذلك. ولو أطلق على الجميع اسم الوصية وذكر أن حكمها الخروج من الثلث سلم من التكلف. والتدبير إن كان وصية بالعتق تناولته العبارة وإلا فيكتفى بذكر حكمه في محله.

واعلم أنا قد أسلفنا (١) نقل الخلاف في كون الوصية من المثلث عن ابن بابويه وأنه حكم بكونها من الأصل، فدعوى المصنف الاجماع هنا في مقابله إما لعدم الاعتداد بخلافه، لضعف مستنده وشدوذ قوله فإن جميع المسلمين على خلافه، وإما على معنى أن مساواة التصرفات المؤجلة للوصية ثابت بالاجماع فمهما ثبت للوصية من الحكم ثبت للمؤجلة، ولا يكون فيه تعرض 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: " أما منجزات المريض - إلى قوله - في ذلك المرض ". احتراز ب " التبرع " عما ينجزه المريض من البيع بثمن المثل، ووفاء بعض الديان شيئا من أعيان ماله وإن كان قاصرا عن الدين، وما يدفعه أجرة 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 فإنه ليس تبرعا محضا، لأن كل جزء من أجزاء العوض مقابل بجزء من أجزاء العوض وإن اختلفا في القيمة، لا أن

(١) في ج ٤: ١٥٥ - ١٥٦.

القدر الزائد عما أخذه من العوض في قوة المتبرع به وإن لم يكن متميزا. وقد نبه على إدخاله في المثال.

وخرج أيضا عتق القريب المملوك بغير عوض فإن عتقه ليس من منجزات المريض، وإنما وقع قهريا من الشارع.

وبقي مثل التزويج بأقل من مهر المثل، وإجارة نفسه بأقل من أجره المثل داخلا في التبرع بالمنجزات، مع أنه خارج عن حكمها لا يتوقف على خروجه من الثلث، لأنه ليس مثل إخراج مال من التركة، بل هو اكتساب. والمصنف لم يبين المراد من المنجزات بغير المثال. وضابطها ما استلزمت تفويت المال على الوارث بغير عوض.

إذا تقرر ذلك فنقول: اختلف الأصحاب في تصرفات المريض المنجزة المتبرع بها على ذلك الوجه، فذهب الأكثر - ومنهم الشيخ في المبسوط (١)، والصدوق (٢)، وابن الجنيد (٣) - وسائر المتأخرين (٤) إلى أنها من الثلث كغير المنجزة. وقال المفيد (٥)،

والشيخ في النهاية (٦)، وابن البراج (٧)، وابن إدريس (٨)، والآبي (٩) تلميذ المصنف: إنها

من الأصل. والمصنف لم يرجح هنا أحد القولين، لكنه رجح الأول في مواضع متعددة من الكتاب (١٠).

(١) المبسوط ٤: ٤٤.

(٢) المقنع: ١٦٥.

(٣) راجع المختلف ٢: ٥١٤.

(٤) راجع إيضاح الفوائد ٢: ٥٩٣، جامع المقاصد ١١: ٩٤.

(٥) المقنعة: ٦٧١.

(٦) النهاية: ٦٢٠.

(٧) المهذب ١: ٤٢٠.

(٨) السرائر ٣: ١٩٩ و ٢٢١.

(٩) كشف الرموز ٢: ٩١.

(١٠) كما في ج ٤: ١٥٦.

ومنشأ الخلاف من اختلاف الروايات ظاهر، فمما استدل به منها للأول صحيحة علي بن يقطين قال: " سألت أبا الحسن عليه السلام ما للرجل من ماله عند موته؟ قال: الثلث، والثلث كثير " وقد تقرر في الأصول أن جواب " ما " الاستفهامية للعموم. وصحيحة يعقوب بن شعيب قال: " سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت، ما له من ماله؟ فقال: له ثلث ماله " (٢) والتقريب ما تقدم. ورواية أبي ولاد عنه عليه السلام في الرجل يكون لامرأته عليه الدين ف تبرئه منه في مرضها، قال: " بل تهبه له فيجوز هبتها، ويحسب ذلك من ثلثها إن كانت تركت شيئاً " (٣). ورواية علي بن عقبة عنه عليه السلام في رجل حضره الموت فأعتق مملوكا ليس له غيره، فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك، كيف القضاء فيه؟ قال: " ما يعتق منه إلا ثلثه، وسائر ذلك الورثة أحق بذلك، ولهم ما بقي " (٤). وهذه الرواية وإن كانت متضمنة للعتق خاصة إلا أنه لكونه مبني على التغليب يفيد حكم غيره بطريق أولى. ورواية الحسن بن الجهم قال: " سألت أبا الحسن عليه السلام ما تقول في رجل أعتق مملوكا له وقد حضره الموت وأشهد له بذلك، وقيمته ستمائة درهم، وعليه دين ثلاثمائة درهم، ولم يترك شيئاً غيره؟ قال: يعتق منه سدسه، لأنه إنما له منه ثلاثمائة وله السدس من الجميع " (٥).

- (١) التهذيب ٩: ٢٤٢ ح ٩٤٠، الوسائل ١٣: ٣٦٣ ب " ١٠ " من أبواب الوصايا ح ٨.
(٢) الكافي ٧: ١١ ح ٣، التهذيب ٩: ١٩١ ح ٧٧٠، الفقيه ٤: ١٣٦ ح ٤٧٣، الاستبصار ٤: ١١٦ ح ٤٥٢، 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 ٤.
(٤) التهذيب ٩: ١٩٤ ح ٧٨١، الاستبصار ٤: ١٢٠ ح ٤٥٥، والوسائل ١٣: ٣٦٥ ب " ١١ " من كتاب الوصايا ح ٤.
(٥) التهذيب ٩: ٢١٨ ح ٨٥٥، الاستبصار ٤: ٨ ح ٢٥، والوسائل ١٣: ٤٢٣ ب " ٣٩ " من كتاب الوصايا ح ٤، راجع أيضا الكافي ٧: ٢٧ ح ٣. وفيه زيادة.

وروى العامة في صحاحهم " أن رجلا من الأنصار أعتق ستة أعبد له في مرضه لا مال له غيرهم، فاستدعاهم رسول الله صلى الله عليه وآله 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 لولاه 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 سائغا. والصغرى مفروضة، والكبرى قوله صلى الله عليه وآله: " الناس مسلطون على أموالهم " (٣) خرج منه ما بعد الموت فيبقى الباقي، أو يقال: أن ما بعد الموت من التصرف ليس تسليطا 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 بماله ما دام فيه الروح، إن أوصى به كله فهو جائز " (٤).

وبرواية عمار أيضا 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 ٢، الفقيه ٤: ١٥٠ ح ٥٢٠، التهذيب ٩: ١٨٧ ح ٧٥٣، الاستبصار ٤: ١٢١ ح ٤٥٩، الوسائل ١٣: ٣٨٢ ب " ١٧ " من كتاب الوصايا ح ٥.

يجعل بعض ماله لرجل في مرضه، فقال: " إذا أبانه جاز ". وبموثقة عمار أيضا عنه عليه السلام قال: " الميت أحق بماله ما دام فيه الروح يبين به، فإن قال: بعدي، فليس له إلا الثلث " (٢). وبرواية سماعة 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 يضر بورثته " (٣).

هذا محصول حجج الفريقين، وفي كل واحد منهما نظر: أما الصحيحتان الأوليان اللتان هما عدة الاستدلال ومعمده فلا دلالة لهما على المطلوب، بل دلالتهما على ما بعد الموت أولى. وأما الثانية فإنها صريحة فيه، لأنه قال فيها: " الرجل يموت ما له من ماله؟ " فلا وجه للاستدلال بها على المنجزات. وأما الأولى فكما يحتمل المنجز يحتمل الوصية، لأن " عند " من ظروف المكان المقتضية للمصاحبة فدلالتهما على الوصية أقوى، وإن استعملت " عند " فيما تقدم بيسير فإن سلم كونه حقيقة فغيره أكثر. وأما باقي الروايات على كثرتها فمشاركة في ضعف السند.

وأما ما يختص كل واحدة ففي رواية علي بن عقبة - مع كونها أوضح الجميع دلالة - أمران:

أحدهما: إمكان حملها على الوصية، لأن 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 أيضا الكافي ٧: ٨ ح ٧. وفي لفظة 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 سماعة عن أبي بصير.

العتق، ويجوز نسبة العتق إليه لكونه سببه القوي بواسطة الوصية. وهذا وإن كان بعيدا إلا أنه مناسب حيث لم يبق للرواية عاضد.
والثاني: أنها واردة في العتق فلا يلزم تعدي الحكم منه إلى غيره. ودعوى أولوية غيره ممنوعة بل هو قياس. وبنائوه على التغليب لا يدل على المطلوب. وعدم القائل باختصاصه بالحكم - على تقدير تسليمه - لا يجوز قياس غيره عليه، مع ما فيها من القصور.

وأما رواية أبي ولاد ففيها: أن مضمونها لا يقول به أحد، لأن الإبراء مما 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 متنا وسندا الرواية العامة (١)، ومن ادعى خلاف ذلك فالسبر يرد دعواه، وعليها اقتصر ابن الجنيدي في كتابه الأحمدى (٢) وأما اعتبارهم الأول ودعوى الملازمة بين خروج الوصية والمنجزات من الثلث ففيه القدح في الملازمة، لأن مبنى الأحكام على مثل ذلك غير جائز. والعلة ضعيفة، لأنها غير منصوطة وإن كانت مظنونة من حكمة الحكم المنصوص، مع أنها منقوضة بالصحيح خصوصا المشارف على الموت بأحد الأسباب الموجبة للخطر مع عدم المرض. وليس بعيد أن يكون الحكمة في ذلك سهولة إخراج المال بعد الموت على النفس حيث يصير للغير فيمنع من التجري عليه لتضييع حق غيره مع حفظه له لما كان حقه وشحه عليه. وهذه الحكمة ليست حاصلة في الحي وإن كان مريضا، لأن البئر ممكن، والشح بالمال في الجملة حاصل، فيكون كتصرف الصحيح في ماله غيره. وكون مال المريض في معرض ملك الورثة في الحال بخلاف الصحيح مطلقا ممنوع، فرب

(١) المتقدمة في ص: ٣٠٧، هامش (١).
(٢) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٥١٤ ولم يذكر الكتاب.

ولا بد من الإشارة إلى المرض الذي معه يتحقق وقوف التصرف على الثلث. فنقول: كل مرض لا يؤمن معه من الموت غالبا فهو مخوف، كحمى الدق.

مريض عاش أكثر من الصحيح، وربما كان لا في حال المراماة التي يغلب معها ظن التلف أبلغ من المريض.

ومن هذا يظهر ضعف الاعتبار الآخر، فإن الخوف من البرء يمنع من الزيادة بخلاف ما بعد الموت بل هذا حاصل بالوجدان، فلا اختلال.

وأما ما احتج به الآخرون ففي رواياته جمع اشتراكها في ضعف السند وليس فيها سوى واحدة من الموثق، كما نبهنا عليه. وفي رواية عمار الأولى نفوذ الوصية مطلقا من الأصل وهم لا يقولون به فيبطل الاستدلال بها. والقول بأنها تدل على أن المنجز كذلك بطريق أولى لا يصح مع فساد المبني عليه. وعلى تقدير اعتبارها فهي مكافئة لما دل على مطلوب الأولين من حيث السند لكن بعضها أقوى من حيث الدلالة.

وعلى كل حال فلا بد من الجمع إن اعتني بالروايات من الجانبين. ويمكن أن يقال حينئذ: إن تلك خاصة وهذه عامة والخاص مقدم، ولو تكون في الروايات الصحيحة دلالة لترجح القول بها. وأما كونه مالكا وملاحظة الأصل بمعنييه فهو حسن إن لم يدل الدليل على خلافه، وإلا انقطع. وأما دعوى الملازمة بين لزومها بالبرء وصحتها ففاسدة، وأي مانع من صحتها غير لازمة موقوفة على إجازة الوارث إن مات، ولازمة إن برئ؟! فيكون البرء كاشفا عن الصحة واللزوم كتصرف الفضولي، والموت كاشفا عن الفساد إذا لم يجز الوارث.

واعلم أنه على تقدير البرء لا فرق في الحكم بلزوم هذه التصرفات بين كون المرض مخوفا وعدمه، وإنما يحتاج إلى البحث عنه على تقدير الوفاة فيه. قوله: " ولا بد من الإشارة إلى المرض - إلى قوله - كحمى الدق " .

وهي - بكسر الدال - حمى تحدث في الأعضاء الأصلية التي تتولد من شدة الاحتراق وذهاب الرطوبات وانطفاء الحرارة، ولا تمتد معها الحياة غالبا.

والسل، وقذف الدم والأورام السودائية والدموية. والاسهال المنتن، والذي يمازجه دهنية، أو براز أسود يغلي على الأرض، وما شاكله.

قوله: " والسل "

وهو قرحة في الرئة يلزمها حمى دقيقة (١)، تأخذ البدن منه في النقصان والاصفرار. وقد حكى في التذكرة (٢) فيه أقوالا ثلاثة، أحدها: أنه ليس بمخوف مطلقا، لأنه وإن لم يسلم صاحبه غالبا إلا أنه لا يخشى منه الموت عاجلا، فيكون بمنزلة الشيخوخة. والثاني: أنه في انتهائه مخوف لا في ابتدائه، لأن مدته تتناول فابتدأه لا يخاف منه الموت عاجلا، فإذا انتهى خيف. ومنهم من عكس. والمصنف اختار كونه مخوفا مطلقا. 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، لأن الفقيه يضطر إلى نقل ذلك هنا ليرتب عليه الحكم.

قوله: " وقذف الدم "

قذف الدم إلقاءه، وهو شامل لإخراجه من الفم بالقيء والتنخع والسعال، وإخراجه من الأنف بالرعاف، وإخراجه من المعدة بالبراز. وليست كل هذه الأشياء مخوفة، بل بعضها كإخراج مع الاسهال ومن الفم بسبب الرية والرعاف الدائم ونحو ذلك.

قوله: " والأورام السوداوية والدموية "

كل واحد من الأورام جنس تحته أنواع من الأمراض، منها ما هو مخوف، ومنها ما ليس بمخوف، فاطلاقه مخوفية هذين الورمين أيضا متجاوز، ولم يذكرهما غيره من الفقهاء.

قوله: " والاسهال المنتن... الخ "

يمكن أن يعود ضمير " شاكله " إلى المذكور في أقسام الاسهال، فإن له أقساما

(١) كذا في نسخة بدل " و " وفي غيرها: دقية.

(٢) التذكرة ٢: ٥٢٣.

وأما الأمراض التي الغالب فيها السلامة فحكمها حكم الصحة،
كحمى ويم، وكالصداع عن مادة أو غير مادة، والدمل، والرمد، والسلاق،
وكذا ما يحتمل الأمرين كحمى العفن.

مخوفة 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 قليلا منها. وهذا أنسب
بالعبارة.

قوله: " كحمى يوم "

الحمى حرارة غريبة تنبعث من القلب إلى الأعضاء، وإن لم تكن عن مرض
وتعلقت بأرواح البدن لا بأخلاطه ولا بأعضائه فهي حمى يوم. وهي تحدث من
أسباب بادية كغضب وفرح وسهر وكثرة نوم وهم وغم وفزع وتعب ونحو ذلك. ولا
يشترط في تسميتها يومية أن يبقى يوما واحدا بل يجوز أن تبقى أزيد من يوم إلى سبعة
أيام.

قوله: " وكالصداع عن مادة "

المراد بالصداع المادي ما كان ناشئا عن أحد الاخلاط الأربعة، وعن غيرها ما
كان سببه من غيرها كسقطة وضربة وشمائم وأبخرة ردية وفرط جماع ونحو ذلك.
قوله: " والسلاق "

هو غلظ في الأجفان عن مادة ردية غليظة يحمر بها الجفن وينتثر الهدب، وقد
يؤدي إلى تقلع (١) الجفن وفساد العين. وفي حكمه جميع أمراض العين فلو عمم كان
أولى.

قوله: " كحمى العفن "

هي الحمى المتعلقة بالاخلاط الأربعة مع تعفنها. والمراد بالعفونة في هذا المقام
انفعال الجسم ذي الرطوبة عن الحرارة الغريبة إلى خلاف الغاية المقصودة.

(١) في " و ": تفليع. وقلعه: شقه.

والزحير، والأورام البلغمية.
ولو قيل: يتعلق الحكم بالمرض الذي يتفق به الموت، سواء كان
مخوفا في العادة أو لم يكن، لكان حسنا.

والحمى العفنية أنواع، منها: الورد، وهي التي تأتي كل يوم. والغب، وهي
التي تأتي يوما وتترك يوما. والثلاث، وهي التي تأتي يومين وتترك يوما. والرابع - بكسر
أوله، وكذا ما قبله من الحميات - وهي التي تأتي يوما وتترك يومين وتعود في الرابع.
والأخوين، وهي التي تأتي يومين وتقطع يومين. وقد أطلق المصنف أنها ليست مخوفة
بل محتملة للأمريين، وذكر جماعة منهم العلامة (١) أن ما عدا الغب والرابع مخوف.
قوله: " والزحير "

وهو حركة منكرة من المعاء المستقيم تدعو إلى البراز بسبب ورم أو خلط لاذع
أو برد نال الموضوع أو غيره. وإنما يكون غير مخوف مع تجرده عن غيره من الأمراض،
فلو اقترن به إسهال فهو مخوف كما تقدم.
قوله: " ولو قيل: يتعلق الحكم... الخ "

إذا قلنا: إن تبرعات المريض المنجزة من الثلث وليس كل مرض يتفق
للإنسان يكون تصرفه فيه موقوفا بل مرض مخصوص، احتيج إلى ضبطه. وقد
اختلف الأصحاب فيه، فقال الشيخ في المبسوط (٢): إن المرض المانع هو المخوف،
وهو ما يتوقع به الموت قطعا أو غالبا كما مر، دون غيره وإن اتفق به الموت. وقد مر
تفصيله. واستند في ذلك إلى ما تقدم من الأخبار المشعرة بذلك، كقوله: " ما للرجل
عند موته " (١) وليس المراد عند نزول الموت به بالفعل، فيتعين حمله على ظهور أمارته،
لأنه أقرب من غيره من المجازات والمراد ظهوره بذلك المرض، وقوله في بعض
الروايات: " في رجل حضره الموت " (٤) وإنما يصدق حضوره في المرض المخوف،

(١) التذكرة ٢: ٥٢٢.

(٢) المبسوط ٤: ٤٤.

(٣) راجع ص: ٣٠٦.

(٤) كما في المسائل ١٣: ٣٨٤ ب " ١٧ " من كتاب الوصايا ح ١٣.

لاشعار قوله عليه السلام: " المريض محجور عليه " (١) بذلك. وللاجماع على عدم الحجر على غير المريض حيث لا يكون سبب آخر. ويبقى حكم التصرف في غير المخوف من الأمراض باقيا على الأصل والاستصحاب، و متمسكا فيه بعموم " الناس مسلطون على أموالهم " (٢).

والمصنف (رحمه الله) اختار عدم اعتبار مخوفية المرض وعدمه، بل المرض الذي يحصل به الموت، فإذا اتفق فيه تصرف كذلك فهو من الثلث، سواء كان مخوفا 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 بالاجماع فيبقى الباقي. هذا إن قلنا: أن المفرد المحلى 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 كرا " (٦) وقوله: " خلق الله الماء طهورا " (٧) و: " مفتاح الصلاة التكبير " (٨) وغير ذلك مما

- (١) لم نظفر على مصدر حديثي له وإنما أرسله فخر المحققين في إيضاح الفوائد ٢: ٥٩٥، وبعده الكركي في جامع المقاصد ١١: ٩٦ و ٩٧.
- (٢) عوالي اللثالي ٢: ١٣٨.
- (٣) القواعد ١: ٣٣٤ - ٣٣٥، التبصرة: ١٣١.
- (٤) كما في إيضاح الفوائد ٢: ٥٩٥، والدروس: ٢٤٢.
- (٥) لم نظفر على مصدر حديثي له وإنما أرسله فخر المحققين في إيضاح الفوائد ٢: ٥٩٥، وبعده الكركي في جامع المقاصد ١١: ٩٦ و ٩٧.
- (٦) عوالي اللثالي ١: ٧٦ ح ١٥٦.
- (٧) عوالي اللثالي 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 الاحرام ح ٧.

أما وقت المراماة في الحرب والطلق للمرأة وتزاحم الأمواج في البحر، فلا أرى الحكم يتعلق بها، لتجردها عن إطلاق اسم المرض.

هو كثير وقد ادعى جماعة من الفضلاء الاجماع على عمومية كثير مما ذكرناه في أبوابه، والوجه فيه ما قلناه.

والباء في قوله: " يتفق به الموت " سببية، أي يحصل الموت بسببه. واحترز به عما 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. ولعله أجود. قوله: " أما وقت المراماة في الحرب... الخ ".

لما ذكر المرض المخوف المانع من نفوذ التصرف فيما زاد على الثلث ذكر أموراً مخوفة لكنها لا تسمى مرضاً، وهي ثلاثة:

الأول: وقت التحام الحرب وامتزاج الطائفتين للقتال مع تساويهما أو تقاربهما في التكافؤ، فإنها حينئذ حالة خوف. ولو كانت إحداهما قاهرة للأخرى لكثرتها أو قوتها والأخرى منهزمة فالخائفة هي المنهزمة خاصة، ولعل 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 تموجه واضطرابه فإنه مخوف، إلا 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 وسعهما الثلث فلا كلام، وإن قصر بدئ بالأول فالأول حتى يستوفى الثلث، وكان النقص على الأخير. الثانية: إذا جمع بين عطية منجزة ومؤخرة قدمت المنجزة، فإن اتسع الثلث للباقي، وإلا صح فيما يحتمله الثلث، وبطل فيما قصر عنه.

المصنف ولا غيره فيها خلافا - نفوذه كالصحيح، للأصل. وذهب ابن الجنيدي (١) إلى إلحاقها بالمرض المخوف، وزاد فيها ما إذا قدم لاستيفاء قود، أو ليقتل رجما في الزنا أو في قطع الطريق، أو كان أسيرا في يد عدو عادته قتل الأسير، وجعل الضابط كونه في حالة الأغلب معها التلف. والمختار المشهور. قوله: " إذا وهب... الخ "

المراد: أنه نجز أموراً متعددة تبرعا بحيث يتوقف على الثلث، كما لو وهب شيئا وحابى، بأن باع شيئا بدون قيمته، فإن الزائد من ماله عن مقدار ما أخذه ثمنا محاباة منه للمشتري فكان كالموهوب، فإذا لم يسع الثلث لهما بدئ بالأول فالأول حتى يستوفى الثلث، وتوقف في الزائد. وهذا محل وفاق منا، وإنما خالف فيه بعض العامة، فذهب بعضهم (٢) إلى تقديم العتق مطلقا، وآخرون (٣) إلى التسوية بينه وبين المحاباة على تقدير تأخرها عنه وتقديمها مع التقدم.

ووجه تقديم الأول: وقوعه من المالك في حالة نفوذ تصرفه، لأن تصرفه في ثلثه نافذ لا يفتقر إلى رضا الورثة فلا مقتضى لرده، فإذا استوفى الثلث وقع التصرف بعد ذلك في حق الوارث فتوقف. ولا فرق في ذلك بين العتق وغيره، وإن لم يذكره المصنف في الفرض.

قوله: " إذا جمع بين عطية... الخ "

لما بين اشراك العطية المنجزة والمؤخرة في الخروج من الثلث على المختار عنده،

(١) لم نعر عليه.

(٢) روضة القضاة ٢: ٦٨٩، المغني لابن قدامة ٦: ٥٢٦.

(٣) روضة القضاة ٢: ٦٨٩، المغني لابن قدامة ٦: ٥٢٦.

وفي تقديم الأول فالأول من كل منهما حيث لا يسع الثلث الجميع، أراد أن يبين ما يفترق فيه العطيتان من الحكم، وهو أنه مع جمعه بينهما وقصور الثلث عنهما معا يبتدأ بالعطية المنجزة أولا وإن تأخرت في الذكر، فإن فضل عنها من الثلث شيء صرف في المؤخرة. وإنما قدمت المنجزة مطلقا لأنها تفيد الملك ناجزا، والمؤخرة لم يحصل الملك فيها إلا بعد الموت، فكانت لذلك متقدمة عليها حكما وإن تأخرت لفظا. واعلم أنه قد تلخص من ذلك - مضافا إلى ما تقدم - أن العطايا المنجزة توافق المؤخرة في أمور وتفارقها في أمور والمصنف لم يستوف الحكم في الموضوعين فلنتمه، فنقول: إن العطيتين تنفقان في ستة أشياء:

الأول: أن نفوذهما متوقف على الخروج من الثلث، أو إجازة الورثة.

الثاني: أنهما تصحان للوارث وغيره، مع إجازة الوارث وعدمها عندنا. وعند العامة (١) كلاهما تتوقفان للوارث على إجازة الورثة.

الثالث: أن اعتبار خروجهما من الثلث حال الموت، وإن كانت المنجزة متقدمة عليه. ولو اعتبرنا فيه حالة الوصية لكانت المنجزات حالة وقوعها بطريق أولى.

الرابع: أنه مع اجتماع المنجزة وقصور الثلث عن جميعها يبدأ بالأول منها فالأول كالمؤخرة.

الخامس: أنه يزاحم بها الوصايا في الثلث، فيدخل النقص على الوصايا بسببها، كما يدخل النقص على وصيته بسبب أخرى.

السادس: أن فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة، لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم سئل عن أفضل الصدقة فقال: " أن تتصدق وأنت صحيح شحيح، 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: ١٨٩ ب " ١٤ " من أبواب الصدقة ح ٤.

ويفترقان 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 له إجازتها ولا ردها. وإنما كان له الرجوع في الوصية لأن التبرع بها مشروط بالموت فقبل الموت لم يوجد التبرع، بخلاف العطية في المرض، فإنه قد وجدت منه العطية والقبول من المعطي والقبض فلزمت، كالوصية إذا قبلت بعد الموت وقبضت.

الثاني: أن قبول المنجزة على الفور حيث يكون القبول معتبرا، كما في غير المريض، بخلاف الوصية، فإن قبولها المتأخر أولى من المتقدم إن اعتبرناه. والفرق أن العطية 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 شرطا في صحتها.

الرابع: أنها متقدمة على الوصية من الثلث عند الاجتماع حيث يضيق عنهما وإن تأخرت عنها لفظا، بخلاف الوصية. ولا فرق هنا بين العتق وغيره عندنا، خلافا لبعض العامة (١) حيث قدمه، لتعلق حق الله تعالى به وحق الآدمي، وفوته بسرأيته ونفوذه في ملك الغير.

الخامس: أنها لازمة في حق المعطي والوارث معا على تقدير البرء، فإنه ليس لواحد منهما إبطالها، بخلاف الوصية. والفرق بين هذا وبين الأول: اختصاص الأول بالمعطي ولو في حال المرض، وهذا به وبالوارث على تقدير البرء.

السادس: لزومها في حق المتبرع عليه حيث يكون التبرع لازما من طرفه،

(١) المغني لابن قدامة ٦: ٥٢٥، ٥٢٦.

الثالثة: إذا باع كرا من طعام قيمته ستة دنانير، وليس له سواه، بكر ردي قيمته ثلاثة دنانير، فالمحابة هنا بنصف تركته، فيمضى في قدر الثلث، فلو أردنا السدس على الورثة لكان ربا. والوجه في تصحيحه: أن يرد على الورثة ثلث كرههم، ويرد على المشتري ثلث كرهه، فيبقى مع الورثة ثلثا كره قيمتهما دنانيران، ومع المشتري ثلثا كره قيمتهما أربعة، فيفضل معه دنانيران، وهي قدر الثلث من ستة.

بخلاف الوصية.

وبينهما 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 كرا من طعام قيمته ستة دنانير - إلى قوله - من ستة ". قد عرفت أن تبرعات المريض محسوبة من الثلث ومن حملتها المحابة. فإذا باع محابة 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 المتفسخ فيه، إذ لا سبيل إلى صحة الجميع، للزوم التصرف فيما زاد على الثلث، ولا إلى الانفساخ في الجميع، لأنه عقد صدر من أهله في محله. وحينئذ فإما أن يكون العوضان ربويين أو لا. 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 نصف مجموع العوض فلا تبرع فيه، فلو صححنا من النصف الآخر مقدار الثلث وارتجعنا الباقي وهو السدس لزم الربا، لأنه يكون قد صحح البيع في خمسة أسداس كره بكر، 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

(١) تقدم في ص ١٦١.

وليس هذا هو الدور المحال الذي لا يتصور تحققه، وهو الذي يتوقف فيه كل واحد من الشئيين على صاحبه، ولا يوجد إلا بعد وجوده، بل هو دور المعية وهو الذي يتوقف وجود كل منهما على مصاحبة الآخر كالمتضايفين. وللعلماء في التخلص من هذا الدور وبيان المطلوب طرق:

منها: طريقة الجبر والمقابلة، وحاصلها في المسألة الأولى - وهي مسألة الكتاب - أن نقول: صح البيع في شيء من الكر الجيد بشيء من الرديء يساوي نصف شيء، فالمحابة بنصف شيء، فيجب أن يكون مع الورثة قدرها مرتين وذلك شيء، فيلقى (١) قدر المحابة - وهو نصف شيء - من الجيد يبقى كر إلا نصف شيء يعدل مثلي (٢) المحابة وهو شيء، فإذا جبرت بأن حذفت الناقص المستثنى وأتممت مثله في عدليه وقابلت بينهما بقي كر يعدل شيئاً ونصفاً، فالشئ أربعة، وهي ثلثا الكر الجيد، فيصح البيع في ثلثيه بثلثي الرديء.

ونقول في المسألة الثانية التي فرضناها: صح البيع في شيء من الجيد بشيء من الرديء قيمته ثلث شيء، فالمحابة بثلثي شيء، فيجب أن يكون مع الورثة ضعفها، وهو شيء وثلث، فإذا أسقطت قدر المحابة من الجيد بقي كر إلا ثلثي شيء يعدل شيئاً وثلثاً، فإذا أجبرت فألقيت المستثنى وأثبتته في عدليه بقي كر يعدل شيئين، فالشئ نصف الكر.

ولك وجه آخر: وهو أن تنسب الرديء إلى الجيد وتستخرج قدر المحابة، فللورثة ضعفها من الجيد والرديء. فنقول في مسألة الكتاب: صح البيع في شيء من الجيد 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 الجيد نصف شيء ليتم لهم حقهم، فإذا رجع إليهم منه نصف شيء بطل البيع

(١) في النسخ: فيبقى.
(٢) في "و، ب، م": مثل.

في مقابله من الردئ وهو ربع شئ، فالجيد في تقدير شئ ونصف، الشئ مع المشتري والنصف مع الورثة، والردئ في تقدير ثلاثة أرباع شئ، نصف شئ مع الورثة وربع مع المشتري، فالشئ أربعة دنانير وهو ثلث المبيع، فيصح البيع في ثلثيه بثلثي الثمن.

ونقول في الثانية: صح البيع في شئ من الجيد بثلث شئ من الردئ فالمحابة بثلثي شئ، فيجب أن يكون مع الورثة قدره مرتين وذلك شئ وثلث شئ، ومعهم ثلث شئ من الردئ، فيجب أن يرجع إليهم شئ من الجيد ليكمل لهم حقهم، فيبطل البيع في مقابله من الردئ، وهو ثلث شئ، فالجيد في تقدير شيئين، والردئ في تقدير ثلثي شئ، فالشئ 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 الردئ، فمع الورثة ديناران ونصف من الردئ، 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 اثنين ونصف (١)، وتضرب العدد الثاني وهو ثلاثة في الخطأ الأول - وهو نصف أيضا - 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 ثلاثاه - بمثله من الردئ. وبالأصغر: نفرض صحة البيع في ثلث الجيد بمثله من الردئ، فمع المشتري ديناران من الجيد، ومع الورثة دينار من الردئ في مقابله، فالمحابة بدینار،

(١) كذا في "س" وفي غيرها: اثنين ونصفا.

الرابعة: لو باع عبدا قيمته مائتان بمائة وبرئ لزم العقد. وإن مات ولم تجز الورثة صح البيع في النصف في مقابلة ما دفع، وهي ثلاثة أسهم من ستة، وفي السدسين بالمحابة، وهي سهمان هما الثلث من ستة، فيكون ذلك خمسة أسداس العبد، وبطل في الزائد وهو سدس، فيرجع على الورثة.

وقسمته على ما فصل 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، فيصح في نصفه بنصف الرديء، وهو المطلوب. واعتبر ما فرضناه من الأمثلة وقواعد الحساب، واستخرج ما شئت من المسائل.
قوله: " لو باع عبدا قيمته مائتان... الخ "

هذا هو القسم الآخر من قسمي البيع المشتمل على المحابة. و (حكمه) (١) صحة البيع فيما قابل الثمن، وفي مقدار ما تصح فيه المحابة وهو ثلث التركة، والبطلان في الزائد، إذ لا محذور هنا بسبب الزيادة. والأصل فيه: أن المشتري كان قد ملك الجميع بالثمن ملكا متزلزلا يستقر ببراء البائع، فلما فرض موته واقتضى ذلك الحيف على الورثة بالزيادة عن الثلث رد إلى الورثة من التركة السدس ليفضل معهم مثلا المحابة من الثمن والمثمن، بخلاف الربوي، لمانع الزيادة.
وهكذا حكم الشيخ (٢) ومن تبعه (٣)، والمصنف، والعلامة في التلخيص (٤) والتحرير (٥). ووجهه: أصالة لزوم البيع من الجانبين، خرج ما زاد منه على الثلث مما

(١) من هامش إحدى الحجريتين.

(٢) المبسوط ٤: ٦٤.

(٣) إصباح الشيعة (ضمن سلسلة الينايع 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. ولأن العقد قد اشتمل على بيع وعطية، ومحل العطية هو الزائد عن مقابل ثمن المبيع، لأن معنى العطية هنا إزالة المريض ملكه تبرعا من غير لزوم، وهو لا يتحقق إلا في الزائد فيكون محل البيع هو الباقي فكان العقد واقع بكل الثمن على الباقي. هكذا علله الشيخ في المبسوط (١) حكاية عمن وافقه. وذهب العلامة في باقي (٢) كتبه إلى أنه كالربوي، لأن فسخ البيع في بعض المبيع يقتضي فسخه في قدره من الثمن، لوجوب مقابلة أجزاء المبيع بأجزاء الثمن، فكما أنه 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 فيهما، لأن المانع في الموضوعين هو بقاء أحد المتقابلين في المعاوضة بدون المقابل الآخر. ومن ثم لو اشترى سلعتين فبطل البيع في إحداهما أخذ المشتري الأخرى بقسطها من الثمن. وكذا لو اشترى شقصاً وشيئاً آخر فأخذ الشفيع الشقص، فإن المشتري يأخذ الباقي بقسطه من الثمن. وكذا لو كثر الشفعاء وقلنا بثبوتها مع الكثرة أخذ من كل واحد جزءاً من المبيع بقسطه من الثمن.

وأجاب شيخنا الشهيد (٣) (رحمه الله) عن ذلك كله: بأنه في المتنازع فيه قد اشتمل العقد على بيع وهبة من المريض كما تقدم، ولهذا يسمى بيعاً مشتملاً على المحاباة، فحينئذ لا مساواة بينه وبين ما مثل به العلامة في الصور كلها، لأن 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 البتة، 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.

عن البيع مقتضاه، وهو مقابلة الجميع بالجميع.
وأما ما ذكره - 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 قدر الزائد يلزمه بمقتضى المعاوضة البطلان في مقابله من الثمن كما مر. ومعه لا يبقى الأصل متمسكا في اللزوم بالنسبة إلى مجموع الثمن.

وحينئذ فمختار العلامة أقوى. فيبقى الحكم كما مر في الربوي بعينه، وجميع ما قررناه من الحساب آت هنا، فإن العبد المذكور قد بيع بنصف قيمته كبيع الكرم المساوي لستة دنائير بما قيمته ثلاثة. وعلى قول المصنف لا اشكال في المسألة ولا دور. والضابط على طريقة المصنف في البيع المشتمل على المحاباة إذا لم يكن ربويا أن ينسب الثمن وثلث التركة إلى قيمته، فيصح البيع في مقدار تلك النسبة. ففي فرض المصنف إذا نسبت المائة التي هي الثمن وثلث التركة - وهي ثلث قيمة العبد وهي ستة وستون وثلثان - إلى مجموع قيمته - وهو مائتان - كان المجموع خمسة أسداسها، فيصح البيع في خمسة أسداسه بكل الثمن. ولو كان العبد يساوي ثلاثمائة نسبت المائة التي هي الثمن وثلث التركة - وهو مائة أيضا - إلى مجموع قيمته فيكون ثلثها، فيصح في ثلثيه بمجموع الثمن - وعلى هذا.

فطريقه على القول المختار كما مر في الربوي، بأن يسقط الثمن (وهو مائة) (٢) من قيمة المبيع، وينسب الثلث إلى الباقي، فيصح البيع في قدر تلك النسبة. ففي المسألة المفروضة إذا أسقطت الثمن - وهو مائة - من قيمة المبيع، ونسبت الثلث - وهو ستة وستون وثلثان - إلى الباقي من القيمة - وهو مائة - يكون ثلثيه، فيصح البيع في ثلثيه بثلثي الثمن. وفيما فرضناه من كون العبد يساوي ثلاثمائة مع بيعه بمائة يسقط

(١) في النسخ الخطية: في قدر.

(٢) من "ب" و"هـ" و"و".

والمشتري بالخيار إن شاء فسخ، لتبعض الصفقة، وإن شاء أجاز، ولو بذل العوض عن السدس كان الورثة بالخيار بين الامتناع والإجابة، لأن حقهم منحصر في العين.

الثمن من قيمته يبقى مائتان، ينسب الثلث - وهو مائة - إليه يكون نصفه، فيصح البيع في نصف العبد بنصف الثمن. وهكذا اجعل الضابط في تلك المسألة الربوية، ورتب عليه ما شئت من الفروض.

وإن أردت تقرير مسألة العبد بالجبر للتمرين قلت في فرض المصنف: صح البيع في شيء من العبد بشيء من الثمن وهو نصف ما صح من العبد، فهو نصف شيء، فالمحابة بنصف شيء، فيجب أن يكون للورثة مثلاه 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، فالشئ الذي صح فيه البيع ثلثاه.

وقلت في المسألة المفروض فيها قيمة العبد ثلاثمائة: صح البيع في شيء من العبد بشيء من الثمن هو قدر ثلث شيء، لأن الثمن بقدر ثلث قيمة العبد، فالمحابة بثلثي شيء، وهو ما زاد على قدر الثمن مما صح 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 الشيئين، والثمن في تقدير ثلثي شيء، فالشئ مائة وخمسون، وذلك قدر نصف قيمة العبد، فللمشتري نصفه ويرجع إليه بنصف الثمن، وللورثة النصف الآخر ونصف الثمن، وذلك ضعف المحابة. قوله: " والمشتري بالخيار... "

هذا الحكم ثابت على القولين، لتحقق تبعض الصفقة فيهما. وإنما يكون للمشتري الخيار إذا لم يكون عالما بالحال، وهو أن البائع مريض، ومن حكم المريض وقوف ما زاد من بيعه عن الثلث حيث يشتمل عن المحابة، فلو كان عالما بهما فلا خيار له. ولو جهل أحدهما خاصة فله الخيار، لتحقق الجهل بما يوجب الفسخ،

الخامسة: إذا أعتقها في مرض الموت وتزوج ودخل بها، صح العقد والعتق وورثته إن أخرجت من الثلث. وإن لم تخرج فعلى ما مر من الخلاف في المنجزات.

حيث هو أمر مركب من مجموع ولم يعلمه. وأما عدم وجوب بذل كل منهما 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 صح العتق والعقد ... الخ "

إذا أعتق المريض أمته وتزوجها وجعل مهرها عتقها ودخل بها صح الجميع مع خروجها من الثلث، وهو واضح. وإن لم تخرج من الثلث بأن كانت قيمتها مائة دينار مثلا ولم يخلف سواها، بني على نفوذ منجزات المريض من الأصل أو الثلث، فعلى الأول يصح الجميع أيضا وترث. وعلى الثاني يعتق ثلثها ولا ترث، لبطلان النكاح، لأن البضع لا يتبعض. وهل لها شيء من نفسها باعتبار الوطء؟ يحتمل العدم، لأنه لم يجعل لها عوضا خارجا عن رقبته، وقد صارت للورثة، فكأنها رضيت باستيفاء البضع بغير عوض، ويحتمل أن يكون كالممهور - وسيأتي - فيثبت لها من مهر مثلها بنسبة ما يعتق منها، ويدخلها الدور، لتوقف معرفة مقدار كل واحد منهما على الآخر.

وطريق معرفتهما أن نقول: صح العتق في شيء منها، ولها من مهر مثلها شيء على تقدير كون مهر مثلها مقدار قيمتها، وللورثة شيئا، فيكون التركة في تقدير أربعة أشياء، فيعتق ربعها، ولها من نفسها ربع آخر بالمهر، لأن امهارة إياها نفسها جار مجرى امهارة عينا بقدرها.

وإنما فرضنا كونه قد جعل مهرها عتقها مع أن المصنف لم يذكره لأن الحكم بصحة عتقها أجمع يقتضي ذلك، إذ لو كان قد أمهرها شيئا 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 ويطل المسمى، لأنه زائد على الثلث، وترثه. وفي ثبوت مهر المثل تردد، وعلى القول الآخر يصح الجميع.

أو المهر كما قاله بعضهم (١) لأن الدخول بالمفوضة يوجب لها مهر المثل أو ما يفرضه المفوض إليه فيعتبر خروجها من الثلث أيضا، فلا يتم اطلاق أنها مع خروجها من الثلث يصح العتق والعقد.

وأما تقييده بالدخول ففائدته ترتب الحكم بصحة العقد والإرث، لأن نكاح المريض مشروط بالدخول، فبدونه يبطل العقد، ويترتب عليه عدم الإرث والمهر إن كان.

قوله: " ولو أعتق أمة... الخ "

أما صحة العتق فلخروجها من الثلث مع تقدمه. وأما بطلان مهر المسمى فلقوعه بأجمعه زائدا على الثلث، ولأنه لو صح لزم الدور، لتوقف صحته على ثبوت النكاح المتوقف على العتق المتوقف 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 تردد، من استلزم ثبوته الدور كما مر، ومن جريانه 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 ينعق فلا يصح النكاح، لأننا لا نرتب ثبوته على صحة النكاح بل على مجرد الوطي، فلا دور.

والطريق حينئذ إلى تحصيل مقدار العتق ونصيبه من مهر المثل: أن مهر المثل إما أن يساوي قيمتها، أو ينقص عنها، أو يزيد. ففي الأول نقول: عتق منها شيء، ولها من مهر المثل شيء، وللورثة شيئين في مقابلة ما عتق منها لا في مقابلة المهر، لأنه

(١) في هامش " و " : " هو الشهيد في شرح الارشاد. منه رحمه الله " لاحظ غاية المراد: ١٦٥.