

کتابخانه مجلس شورای اسلامی



الفِئْمَة

وهو شرح استدلالى على كتاب (العروة الوثقى) لاية
الله المرحوم السيد محمد كاظم اليزدى (قدس سره)

كتاب الوصية

آية الله الجهاد
احمد السيد محمد الحسينى الشيرازى
دام ظله

(Arab)

BP194

12

IT454

1970z

[~~vol. 52~~] vol. 55

مطبعة

سيد الشهداء عليه السلام



32101 015593419

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد
وآله الطيبين الطاهرين ، واللعنة على اعدائهم اجمعين الى يوم الدين .

كتاب الوصية

وهي اما مصدر وصى يصى بمعنى الوصل حيث ان الموصى
يصل تصرفه بعد الموت بتصرفه حال الحياة

كتاب الوصية

(وهي اما مصدر وصى يصى بمعنى الوصل) يقال أرض واصية أي متصلة
بالنبات، فالوصية والوصل بمعنى، وانما سمي بهذا الاسم (حيث ان الموصى
يصل تصرفه بعد الموت بتصرفه حال الحياة).

قال في مفتاح الكرامة: لما فيه من وصلة القرابات بعد الموت بالقرابات
في حال الحياة، أو بالعكس، كما في التذكرة وكنز العرفان وجامع المقاصد
وايضاح النافع والروضة، وهو معنى قوله في الوسيلة: صلة ما بعد الموت
بمخير الى ما قبله، أو لها فيه من وصلة التصرفات حال الحياة به بعد الوفاة كما
في فقه الراوندى والتحرير وغيرها.

واما اسم مصدر بمعنى العهد من وصى يوصى توصية أو أوصى
يوصى ايصاءاً

أقول: وقوله: [بخير] من باب غالب استعمالها والافلا فرق في الشر والخير
في ذلك، وعليه فمن الممكن قصدانه وصل غيره الى نفسه، ومنه وصى وأوصى
والمصدر التوصية والايصاء والاسم الوصية والوصاة، كما عن جماعة أولهم
ابن ادريس في السرائر، وعلى كونها مصدراً يدخل فيها الفاعل كما هو الفارق
بينه وبين اسم المصدر، حيث انه اسم للحدث فقط .

(واما اسم مصدر) فكأنها لفظ مشترك بينهما (بمعنى العهد من وصى يوصى
توصية أو أوصى يوصى ايصاءاً) وهذا هو الذي رجحه السيدان الودوالبروجردى
قال أولهما: وهو التعيين بقرينة صلته بالباء وتعديه بالى، ولا معنى لصلة الوصل
أو تعديه بذلك، ولعدم معهودية استعمال المشتق من وصى يصي في باب الوصايا
لافي العرف، ولافي الاخبار .

وقال ثانيهما : هذا هو المتعين و العهد هنا هو الذي يستعمل متعدياً
بلفظة الى ، ويرادفه أو يقرب منه لفظة [سفارش] في لغة الفرس .

قال الله تعالى : «ألم أعهد اليكم يا بني آدم أن لاتعبدوا الشيطان وعهدنا
الى آدم قالوا ان الله عهد الينا » .

وقال تعالى: «ووصى بها ابراهيم بنيه ويعقوب ام كنتم شهداء اذ وصاكم
الله بهذا ذلکم وصاکم به» .

نعم، غلب استعمالها في عهد الانسان الى غيره بما يريد حصوله من بعد
موته في ماله أو بدنه - انتهى .

أقول: لا منافاة بين الوصل والعهد، اذ العهد نوع من الوصل أيضاً، ومقتضى

وهي أما تمليكية أو عهدية، وبعبارة أخرى أما تمليك عين أو منفعة أو تسليط على حق أو فك ملك أو عهد متعلق بغيره أو عهد متعلق بنفسه كالوصية بما يتعلق بتجهيزه

القاعدة كون المادة بمعنى واحد، سواء في المجرى والمزيد فيه، كما ان المصدر وسم المصدر قد يكون لهما صيغة واحدة وانما الاختلاف بالقصد وكل من العهد في حال الحياة وبعد الممات يقال له وصية، مثل قول علي عليه السلام : أوصيكم عباد الله .

و بما تقدم ظهر ، ان استظهار المستمسك ان الثلاثي بمعنى الوصل ، و الرباعي بمعنى العهد، مستنداً الى ما استظهره من الصحاح والقاموس، غير ظاهر الوجه .

نعم ، الكتب الفقهية تستعمل الوصية بمعنى الوصية بعد الموت و هذا اصطلاح خاص لعله سبب كونها حقيقة فقهائية .

(وهي اما تمليكية) فائدها تمليك الموصى شيئاً لآخر (أو عهدية) لاتمليك فيه ، مثل الوصية بغسل فلان له ودفنه في مكان كذا .

(وبعبارة اخرى أماتمليك عين) مثل اعطاء زيد داره (أو منفعة) مثل اسكان زيد في داره الى مدة سنة (أو تسليط على حق) مثل اعطاء غيره حق خياره (أو فك ملك) مثل الوصية بجعل داره مسجداً (أو عهد متعلق بغيره) مثل تزويجه ببنت اختها، أو اشرافه على ولده الصغير (أو عهد متعلق بنفسه كالوصية بما يتعلق بتجهيزه) .

والظاهر ان تقسيمهما الى عهدية وتمليكية صرف اصطلاح والا فالوصية ليست الا عهداً ، فانه كما تتعلق بعمل كذا تتعلق بالامور الوضعية كالولاية و

افتكك الملك ، ولذا قال تعالى : « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » ومعناها حينئذ الإيصاء بترتيب هذه الآثار ، ويفيد ذلك الوضع ، فهو مثل أن يوصي أن يكون لزيد ثلثه حيث يفيد الوضع .

ولذا قال بعض المعلقين : الظاهر ان الوصية اصطلاحاً عبارة عن العهد المتعلق بامور راجعة بعد الموت حالها حال الامور الراجعة الى الانسان حال حياته ، وكما ان بعضها عقود ، وبعضها ايقاعات ، وبعضها عود ، وبعضها استدعاء كذلك العقود الراجعة الى بعد الموت ، فـان كان تملك عين ، أو منفعة ، أو نقل حق ، أو تسليطاً ، أو وكالة ، فهو عقد كما في حال الحياة ، وان كان ابراءً أو اسقاطاً ، فهو ايقاع ، وان كان عهداً راجعاً الى تجهيزه ورد أمانته ، فهو اذن واستدعاء الى غير ذلك .

فالفارق بين الوصية وغيرها ان الوصية معلقة بالموت وغيرها مرتبطة بحال الحياة فقد يوكل زيداً في أن يحج عنه حال حياته -- فيما له أن يستنيب -- و قد يولي عليه بعد موته الى غير ذلك . نعم ، قد يصح شيء في حال الحياة فقط ، وقد يصح في حال الموت فقط ، مثلاً : يصح التوكيل لطلاق زوجته حال حياته دون حال موته ، ويصح الاستيجار لقضاء صلاته وصومه حال موته دون حال حياته ، وقد يكون مقيماً في حال دون حال مثل اعطاء زيد كل أمواله ، فانه لا قيد له في حال حياته بينما مقيد بعد موته باجازة الورثة .

وعليه فالاصل وحدة حال الحياة والموت الا فيما خرج بالدليل ، فمن جعل الوصية عنواناً مستقلاً في قبالة العقود والايقاعات لاحظ الاختلافات بينهما ، و من لم يجعلها عنواناً مستقلاً في قبالتها لاحظ الاصل ، و انما كان الاصل التساوي لانه القاعدة العقلائية والشارع لم يغيرها الا في بعض الخصوصيات

وتنقسم انقسام الاحكام الخمسة .

ولذا فاذا شك في ان اى عقد او ايقاع أو ما أشبه نافذ بعد الموت بالوصية لا يرجع فيه الى اطلاق دليل الوصية، بل الى اطلاق وعدم اطلاق دليل تلك العقود والايقاعات ونحوهما .

ومما تقدم ظهر، ان مراد الفاضلين والشهيدين وغيرهم، حيث قالوا انها تمليك عين او منفعة بعد الموت لم يريدوا الحصر ، بل المشال ، ولذا نراهم يزيدون على ذلك كلما توجهوا الى جهة خارجة مثلاً .

قال في القواعد: انها تمليك عين او منفعة بعد الموت، وزاد في التذكرة او تسليط على تصرف .

وقال في الدروس : انها تمليك عين ، او منفعة، أو جعلها في جهة مباحة وقال في الكفاية : تمليك عين أو منفعة أو فك ملك بعد وفاة أو تسليط على تصرف بعدها الى غير ذلك، فالاشكال في التعريفات المذكورة بعدم الاطراد والانعكاس غير وارد .

ثم ان الوصية صحيحة - في قبال عدمها اطلاقاً - بالادلة الاربعة و يكفي من الاجماع قول التذكرة اجمع العلماء كافة في جميع الامصار والاعصار على صحة الوصية وجوازها، بل في مفتاح الكرامة قد اجمع علمائنا على نقل الاجماع على ذلك، ومن العقل ان العقلاء يرون ذلك فاحتمال انه اذا مات انقطع عما بعده فأى شأن له في ما لا يرتبط به غير ظاهر الوجه .

(وتنقسم) الوصية (انقسام الاحكام الخمسة) فقد تكون واجبة، مثل: الوصية بالواجبات كالديون التي عليه، وقد تكون محرمة، مثل: الوصية بالمحرم، و قد تكون مستحبة كالوصية بقراءة القرآن له، وقد تكون مكروهة، مثل: الوصية

مسألة - ١ - الوصية العهدية لا تحتاج الى القبول

بتأخير أولاده الصلاة الى آخر الوقت ، وقد تكون مباحة ، مثل : الوصية بوضع جنازته في مكان كذا الى وقت الحمل ، حيث لا مرجح له فعلا ولا تركاً .

ومنه يعلم، ان قول بعضهم بالوجوب، وبعضهم بالاستحباب ، او كذا غير الاقسام الاخر، فعن الغنية والسرائر ينبغي، وعن المذهب والراوندى والجامع يستحب، وعن الكافي انها مما تعبد الله سبحانه العبد به، وعن المقتعة قال: باب الوصية ووجوبها ، ولذا فصل في التذكرة بين من عليه حق فهي واجبة، ومن لاحق عليه فهي مستحبة، الى غير ذلك من كلماتهم .

اما قوله سبحانه: « كتب » وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : من مات بغير وصية مات ميتة جاهلية . فالمراد بها الواجبة كما هو المنصرف .

ثم اذا اوصى بالواجب والمستحب والمباح وجب تنفيذها على شرط القبول ونحوه كما سيأتي، واذا اوصى بالعراق حرم التنفيذ، وان قبل، لان الوصية ليست مشرعة ومن الواضح ان قوله سبحانه: « فمن خاف من موصى جنفاً او اثماً فاصلح فلاثم عليه » يراد به في مقابل حرمة المخالفة فلايدل على جواز ترك الاصلاح باتباع الجنف والاثم، واذا اوصى بالمكروه كالمثال المتقدم، فهل يجوز تركها باعتبار ان شرط الله قبل شرطه - كما في تلك الرواية - او لا؟ باعتبار ما دل على ان اللازم تنفيذ الوصية؟ الظاهر الاول، وادلة الثاني منصرفه لمن مثل المكروه فلو اوصى بأن لا تتزوج زوجته وقبلت لايلزم عليها التنفيذ، الى غير ذلك من الامثلة .

(مسألة - ١ - الوصية العهدية لا تحتاج الى القبول) فان الوصية عهد والعهد

وكذا الوصية بالفك كالعتق

يحصل سواء قبل الطرف ام لا؟ فاذا قال: اوصيكم عباد الله بنقوى الله، فلم يعملوا يقال: انه وصاهم فلم يقبلوا ، اما اذا قالت المرأة للرجل: زوجتك نفسى فلم يقبل، لا يقولون انها زوجته نفسها فلم يقبل الا على ضرب من المجاز، وكذلك في سائر العقود، حيث لا تحقق لها عرفاً الا بالطرفين، والوصية ليست كذلك، ويؤيده ما سياتى من وجوب العمل بالوصية على الموصى اليه اذا لم يرد، او رد و لم يبلغ الموصى الرد، ولذا سكت على المتن كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم، امثال السادة الودود والجمال وابن العم وغيرهم، بل قال في المستمسك ما ذكره المصنف مما لا ينبغي الاشكال فيه .

نعم ، قال السيد البروجردى اى الى قبول الموصى له و ان كانت ربما احتاجت الى قبول الموصى اليه في بعض احكامها .

اقول : الظاهر ان مراد المصنف ذلك لاقبول الموصى اليه .

ومما تقدم يعلم، ان المحكى عن القواعد وجامع المقاصد و المسالك و غيرها من انها عقد ، بل عن الحدائق انه المشهور في كلامهم ، بل ظاهرهم الاتفاق عليه، غير ظاهر الوجه ولعل مما يؤيد عدم ارادة جميعهم كون كل اقسام الوصية عقداً ما نراه من النقض والاشكال فى تعريفات بعضهم للوصية [بأنها تمليك عين او منفعة] بالنقض بالوصايا العهدية مع ان قولهم انها تحتاج الى الايجاب والقبول منصب على التعريف المذكور مما يظهر منه ان المستشكل لا يسلم بأن الوصية مطلقاً بحاجة الى الايجاب والقبول .

(وكذا الوصية بالفك) أي الانفكاك (كالعتق) فاذا قال: اذامت تحرر عبدى

كانت وصية ، وان لم تحتج الى القبول ، وليست عهداً الى أحد ، وكقوله :

وأما التمليلية فالمشهور على أنه يعتبر فيها القبول جزءاً أو عليه تكون من العقود أو شرطاً على وجه

إذا مات جعلت داري مسجداً ، أو مدرسة فإن الظاهر أنه يصح ، اذ هو عقلائي لم يردع الشارع عنه ، فيشمله الوقوف على حسب ما وقفها أهلها ، وكذا إذا قال : إذا مات فذمة مديوني بريء الي غير ذلك من الامثلة .

أما إذا أوصى بأنه إذا مات جعل زيد داره وقفاً ، أو أعتق عبده أو ما أشبه ذلك ، فإنه من الوصية المحتاجة الي القبول ، فإن الناس مسلمون على أعمالهم فلا يحق لانسان آخر ايجاب شيء عليهم ، ولو قال : جعلته ولياً ، أو وكيلاني الاشراف على اولادي ، أو على أموالني من الثلث ونحوه ، فالظاهر الاحتياج الي القبول في الثاني ، لان الوكالة عقد بخلاف الاول فإنه كالاذن ، ولا حاجة الي قبول المأذون ، فكما أنه اذا قال له : أذنت لك في دخول داري ، لم يحتج الي القبول ، فإنه مأذون في الدخول ، وان رفض كذلك اذا قال : أنت ولي عني ، وقد سبق في بعض المسائل الفرق بين الوكالة والاذن .

ولو أوصى ببراء المديون وبوقف المسجد وبالمضاربة وبالمساقاة احتج الي القبول ، وأما لو أوصى ولده أن يقضي عنه صلاته فالظاهر عدم الحاجة الي القبول ، لانه وصية بواجب .

نعم ، لو أوصاه بأن يستأجر عنه من يقضي صلاته احتج الي القبول .
(وأما الوصية التمليلية فالمشهور على أنه يعتبر فيها القبول جزءاً) في الاثمار (وعليه تكون من العقود) حيث تكون الوصية حينئذ مركبة من ايجاب وقبول .

(أو شرطاً) فهي تحقق بالوصى فقط ، وانما تشترط بالقبول (على وجه

الكشف أو النقل فيكون من الايقاعات

(الكشف) بأن يكون القبول كاشفاً عن انتقال الملك الى الموصى اليه من حين الوصية .

(أو النقل) أى من حين القبول (فيكون من الايقاعات) القائمة بطرف واحد اذ الشرط ليس داخلا في العلة ، وان لم تتحقق العلة الا به ، وفرق ظاهر بين الامرين خارجاً وعللاً ، فالنار تحرق بشرط اليبس أو الاقتراب منها ، مثلاً ، بينما ليس أى منهما داخلا في علة الاحراق ومقوماً له .

وقد صرح غير واحد من الفقهاء بأنها بحاجته الى الايجاب والقبول ، كأبني زهرة وادريس والفاضلين والشهيديين وغيرهم ، بل عن المبسوط التصريح بأنه عقد ، وفي مفتاح الكرامة ان كونها عقداً مما لا ينكر ، وقال جمع منهم : انما هو من العقود الجائزة فيجوز للموصى الرجوع وللموصى له الرجوع ، ويظهر ممن اكتفى بالقبول الفعلي جريان المعاطاة فيها ، واذا قبل الموصى له في حال الحياة كان للموصى الابطال ، لانه عقد جائز .

وكيف كان ، فالاحتمالات في المسألة كون القبول جزءاً ناقلاً أو كاشفاً أو شرطاً كاشفاً أو ناقلاً ، أو انه لا دخل له في انتقال الملك ، بل ينتقل الملك بمجرد الموت ، لكنه ملك متزلزل ، فاذا حصل القبول استقر ، أو عدم دخل القبول في الملك ، ولا في استقراره بل الرد يمنع عن الملك ، فاذا لم يقبل الموصى له ولم يرد ثبت الملك ، وقد نسب كون القبول جزءاً من حينه الى المختلف وغيره ، وكونه شرطاً الى المشهور ، وكونه جزءاً من حين العقد الى موضع من المبسوط والخلاف وابن الجنيدي ، وان كان في بعض هذه النسب اشكال .

ويحتمل قوياً عدم اعتبار القبول فيها بل يكون الرد مانعاً

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

وذلك لان تملك الموصى له بدون قبوله تصرف فيه ، وخلاف سلطنة الانسان على نفسه ، فكما تحتاج الهبة الى القبول ، كذلك الوصية التمليلية ، وكما لاحق للموصى في تملك الموصى له في حال حياة الموصى لاحق له في تملكه بعد مماته ، ولا يرد على ذلك الاما أورده جمع منهم السيد الوالد بقوله : الظاهر عدم مدخلية القبول في صدق الوصية وتحققها .

نعم ، هو جزء أو شرط في تحقق الموصى به فيما كان تصرفاً في الغير وضعاً أو كلفة من حيث سلطنة ذلك الغير على نفسه ، لامن حيث كون الوصية أمراً قائماً باثنين ، ولذا لا يعتبر في مثل الوصية بالعتق ، وبكون ثلثه في سبيل الله ، وفي العهدية البالغة بعد الموت مع اتحاد حقيقة الوصية في موارد ، وما أورده آخرون منهم المستمسك حيث قال : ويشكل بما ذكره من اعتبار التوالي بين الايجاب والقبول ، وان موت الموجب قبل القبول مانع من تألف العقد فكيف ، يصدق العقد في المقام - انتهى . وفيهما ما لا يخفى :

اذ يرد على الاول : ان الوصية التي تصدق مع عدم القبول ان اريد بها الايجاب فقط فصدقها لاتنفع ، وان اريد بها حقيقة الوصية فلا صدق ، فالوصية مثل سائر الايجابات فاذا قالت : زوجتك نفسي فلم يقبل الموجل صدق انها زوجتي نفسها فلم يقبل فهل يقال : انه تزويج؟ وكذا اذا قال : أنت وكيلى فلم يقبل صدق

أنه وكله فلم يقبل فهل يقال: انه وكالة؟

والحاصل: ان قولهم وصى يراد به الايجاب فقط مثل قولهم زوجت ووكّل الى غير ذلك، فالوصية كسائر العقود قائم باثنين، ولا ينقض ذلك بالوصية بالعتق والانتقض ذلك بمثل النكاح، فهل يقال بانه ايقاع؟ حيث بنائهم ان نكاح المولى عبده بامته ايقاع، والحل ان الحقيقة الواحدة تختلف مواردّها، ولعله لذا يظهر من الشيخ المرتضى ان الوجه في ذلك اصالة عدم انتقال المال مع عدم القبول واشكال المستمسك عليه بقوله: فيه مع انه لا يقتضي الجزئية، بل ماهو أعم منها ومن الشرطية، انه لامعجال للاصل مع الدليل وهو اطلاقات نفوذ الوصية وصحتها لاسيما بعد قوله تعالى: « فمن خاف من موص جنفاً » الى آخر كلامه، غير وارد.

اذ أولاً: ان أصل القيام بالطرفين الجزئية في كل طرف، فأى وجه للشرطية في طرف القابل دون الموجب، والانتقض كلامه بالقبول في البيع وفي الاجارة وغيرهما.

وثانياً: لانسلم الاطلاق، والاية لادلالة فيها، بل هي مثل من خاف من بائع جنفاً، اذ المراد به الموجب فقط، بقي الكلام في اعتبار التوالى، وفيه: انه أى دليل على ذلك، وهل اللازم في كل عقد ذلك، ومن أين ذلك؟ فان العرف لا يرون التوالى في الوصية والشارع قررهم.

ومما تقدم يعرف، ان قول السيد البروجردى: ان القبول وان كان معتبراً في تحقق الموصى به جزءاً أو شرطاً، لكنّه غير معتبر في تحقق الوصية حتى تكون من العقود بذلك، فالايجاب من الموصى كاف في صدق انه أوصى بكذا، وفي ترتب أحكامها من حرمة التبديل والتصرفات المزاحمة، وان كان غير كاف في تحقق الموصى به في الجملة، الى آخر كلامه. غير ظاهر

الوجه .

أولاً: للتلازم بين تحقق الوصية، وتحقق الموصى به، فكيف يتحقق أحدهما دون الآخر مع انهما وجهان لحقيقة واحدة .

وثانياً: ان ايجاب البيع كذلك، فاذا قال: بعث صدق انه باع بمعنى أوجب وفي المقام كذلك .

وثالثاً: لانسلم ترتب الاحكام قبل القبول الابعنى المراعاة ، وذلك لايدل على كونها ايقاعاً، والافاذا عقد الابوان الصغيرين فمات الزوج ترتب الاحكام قبل قبول الصغيرة حتى تكبر، فان قبلت انتقل اليها الارث وحرمت المحرمات عليها، مثل أب الزوج وغيره، فهل ذلك يجعل نكاحهما ايقاعاً ؟

أماقول السيد المذكور - بعد كلامه المتقدم - فالوصية بما هي وصية من الايقاعات مطلقاً، وان كانت جزء السبب للملكية، ولذا لا تبطل بتدخل الموت بين ايجابها وقبولها مع ان اعتبار المعاقدة مع تدخله غير معقول ، فلم يعرف وجه عدم المعقولية بعد انه أمر اعتبارى والعرف اعتبره، والشارع قرره ، أولاً أقل من انه لم يردع عنه مما يفيد التقرير أيضاً، ثم ان كون الرد مانعاً لاشكال فيه ولاخلاف اذا وقع بعد الموت وقبل القبول.

قال فى مفتاح الكرامة : اجماعاً كما فى التحرير، وشرح الارشاد للفخر، والايضاح والروضة ، وظاهر غاية المراد والروض والكفاية ، وبلاخلاف كما فى السرائر وجامع المقاصد ، ولانعلم فيه خلافاً كما فى التذكرة، وفى المحدائق ظاهرهم الاتفاق عليه، وفى الجواهر الاجماع بقسميه عليه ، وفى كلام الشيخ المرتضى [ره] الاجماع عليه ، الى غير ذلك . وسيأتى تفصيل الكلام فى اقسام الرد .

وعليه تكون من الايقاع الصريح ودعوى انه يستلزم الملك القهرى وهو باطل فى غير مثل الارث مدفوعة بأنه لا مانع منه عقلا ومقتضى عمومات الوصية ذلك مع ان الملك القهرى موجود فى مثل الوقف.

(وعليه تكون) الوصية (من) العقد لا (الايقاع) وقوله: (الصريح) لانه ليس فيه شائبة عقد - على مبنى المصنف - اذ ليس القبول لاجزءاً ولا شرطاً .
(و) الاشكال على كونها ايقاعاً بـ (دعوى انه) لو كان ايقاعاً (يستلزم الملك القهرى وهو باطل) لانه خلاف سلطنة الناس على أنفسهم، لان الموصى تمكن ان يدخل فى ملك الانسان شيئاً بدون ارادته .

(فى غير مثل الارث) حيث دلت الادلة الشرعية على ان الارث اضطرارى شاء الوارث أم أبى ، بل قالوا انه لو لم يقصد الانسان الحيابة لم يملك ما وقع تحت يده ، أو فى داره من طير ونحوه ، ولذا اذ لم يقصد حيابة ما فى جوف السمكة لم يملكه ، وان ملك السمكة .

(مدفوعة بأنه لا مانع منه عقلا) اذ لا يلزم منه محال .

(ومقتضى عمومات الوصية ذلك) فيقدم العموم على دليل السلطنة، لانه حاكم عليه - لدى الجمع عرفاً - (مع) ان الملك القهرى غير عزيز، فـ (ان) الملك القهرى موجود فى مثل الوقف (الذرى) حيث يملك الذرية بدون ارادتها، ومثل الوقف غير الذرى اذا جعل الثمر لاشخاص خاصين مثلاً، هذا ولكن فيه ما تقدم ولا عموم حاكم فى المقام فكلما دل الدليل كالارث والوقف نقول به، وكلما لم يدل كان عموم دليل السلطنة محكماً، ولذا نرى الفرق بين الوصية وبينهما، حيث ان الرد لا يدع مجالاً لها بينما الرد لا يمنع من الملك فيهما .
قال بعض المعلقين: ان كونها ايقاعاً خلاف ما ارتكز عند العرف من كون

مسألة - ٢ - بناءً على اعتبار القبول في الوصية يصح ايقاعه بعد وفاة الموصى بلا اشكال

التمليك والتملك عقداً لا ايقاعاً ، فلا بد لاثباته من دليل شرعى تعبدى ، وليس في ادلة الوصية ما يدل على ذلك الا ما دل على انه لومات الموصى له قبل موت الموصى فالوصية لو ارثه، ويحكم على ان الوصية لو ارث الموصى له مع قبوله فالمتيقن مما ثبت به تعبداً على خلاف القاعدة قيام الوارث مقامه مع قبوله لا بدون قبوله .

أقول: وعلى ما ذكرناه من الاحتياج الى القبول لو قبل بعض الملك دون بعضه، فان كان انشاء الوصية من قبيل التقييد بطلت والاصحت.

(مسألة - ٢ - بناءً على اعتبار القبول في الوصية) وهو الصحيح كما تقدم في التمليكية ونحوها، مثل الوصية باعطاء حج عنه، الى غير ذلك مما تقدم .
(يصح ايقاعه بعد وفاة الموصى بلا اشكال) وهو المشهور، كما يظهر من كلماتهم، وفي المسالك لا اشكال في اعتبار قبوله بعد الموت، وفي الحدائق انه لا اشكال ولا خلاف فيه، وقال في القواعد لا يشترط اتصال القبول بالايجاب فلو قبل بعد الموت بمدة أوفي حال الحياة بعد مدة صح .

وقال في مفتاح الكرامة: أما عدم اشتراط اتصاله بالايجاب فهو مما لا خلاف

فيه .

أقول: لانه قد يتصل كما اذا مات بعد الايجاب فوراً فقبل بحيث اتصل القبول بالايجاب ولا يخفى انه يصح تقديم القبول على الايجاب، كما اذا قال هل أنا وصيك؟ فقال: نعم أو ما أشبه ذلك .

والظاهر عدم اعتبار الاتصال بينهما، فلو قال: هل أنا وصيك - الان - ؟

وأجابه بنعم بعد سنة صح أيضاً لاطلاق الادلة بعد كونها عقلائية مما لا انصراف في الادلة عنها .

ولا يخفى ان عبارة القواعد لاتناقض ما يأتى عنه من عدم الاثر للقبول حال الحياة، لان كلامه هنا بناء على قول من قال بجوازه حال الحياة.

وكيف كان، فالظاهر ان قولهم بعد وفاة الموصى لايراد منه مطلقاً حتى اذا أخرج القبول بعد الموت بعشر سنوات فيما لايتعارف، مثل ذلك التأخير اذ قد يؤخر فيما لا بأس بتأخيره، مثلاً قال له: زوج ولدي بعدي والولد لا يريد الزواج الا بعد عشرين سنة من الموت، فانه يصح له تأخير القبول الى عشرين سنة، لانه يتعارف ذلك، والعقلاء يرون عدم البأس به، فاطلاق الادلة تشمله.

وقد يؤخر فيما يفوت الوقت، مثل مال الوأوصى اليه بأن يملك حاصل بستانه حيث انه اذا أخرج القبول الى بعد ثلاثة أشهر من الموت فسد الحاصل، وهل هنا تبطل الوصية؟ لان القبول لم يلحق به، ولا يتعارف مثل هذه الوصية عرفاً فالادلة منصرفه عنه، ولذا كانت الثمرة للوارث، ألا تبطل؟ بل يجبره الحاكم بالقبول أو الرد لان الايجاب معلق .

وربما يقال بمثله فيما لو زوجت نفسها من زيد فضولة، ولم يقبل زيد ولم يرد، حيث ان لها جبره بسبب الحاكم بأ«دهما لان البقاء ضرر عليها، أو يفصل في الفضولى بين عدم الضرر فلا جبر وبين الضرر فالجبر، لا يبعد بطلان الوصية لانها ليست عرفية، فالادلة لاتشمله.

وقد يؤخر فيما له وقت الان وبعداً فليس كالاول ولا كالثاني، مثل أن يوصى ان داره لزيد، حيث لا يفوت الوقت بتأخيره القبول الى عشرين سنة، كما ليس وقته خاصاً بما بعد عشرين سنة والظاهر هنا جبر الحاكم له بأحد الامرين من القبول والرد، لان البقاء هكذا ضرر على الوارث، اللهم الا فيما اذا لم

وقبل وفاته على الاقوى ولاوجه لما عن جماعة من عدم صحته حال الحياة لانها تملك بعد الموت فالقبول قبله كالقبول قبل الوصية فلا محل له ولانه كاشف أو ناقل وهما معاً منتفیان حال الحياة اذ نمنع عدم المحل له اذ الانشاء المعلق على الموت قد حصل فيمكن القبول المطابق له

يكن التأخير متعارفاً فأدلة الوصية لاتشملة، والمسألة بعد بحاجة الى التأمل .
(وقبل وفاته على الاقوى) نسبه في المسالك الى الاكثر ، بل الظاهر انه المشهور بينهم، بل عن التنقيح ان عليه الفتوى مؤذناً بدعوى الاجماع .
(ولا وجه لما عن جماعة من عدم صحته حال الحياة) كما في القواعد، و عن المختلف وصيغ العقود وجامع المقاصد، ومحمتمل للبيعة، بل ربما منسب الى الاخير ادعائه الشهرة على عدم الصحة حال الحياة فراجع مفتاح الكرامة لكنه ليس بمشهور قطعاً .

وقد علل عدم الصحة بـ(لانها تملك بعد الموت فالقبول قبله كالقبول قبل الوصية) اذ لا فرق في عدم تحقق موضوع القبول [الذي هو الايجاب المشروط بالموت] بين عدم الايجاب، أو عدم الشرط .

(فلا محل له) قبل الموت (ولانه كاشف أو ناقل وهما معاً منتفیان حال الحياة) أما انتفاء الكشف فلان الكاشف عن الملك يجب ان يتأخر عنه ، ومن الواضح امتناع الملك قبل الوفاة، وأما أنتفاء النقل فلانه اذا تم العقد وجب ان يترتب عليه أثره وهو هنا ممتنع قبل الموت - وهذان الاستدلالات ذكرهما جامع المقاصد - وفي كليهما نظر .

(اذ) يرد على الاول : انا (نمنع عدم المحل له اذ الانشاء المعلق على الموت قد حصل فيمكن القبول المطابق له) فأى فرق بين الايجاب حتى يصح

والكشف والنقل انما يكونان بعد تحقق المعاق عليه فهما في القبول بعد الموت لامطلقاً .

مسألة - ٣ - -- تتضييق الواجبات الموسعة

والقبول حتى لا يصبح مع ان القبول هو الرضا قولاً بمضمون الايجاب ، فاذا صح التعليق في الايجاب صح في القبول المطابق له .

وقد مثل المحقق الثاني لعدم صحة القبول قبل الموت بمالو باعه ماسمملكه فقبل ، وفيه : ان الشارع منع عنه ايجاباً وقبولاً ، ولولا منعه لم يكن مانع عنه ، كما يتعارف عند بعض الناس من بيع ملك أبيهم حتى اذا مات سلمه ، و كذا بيع ما يأخذه من السمكة ، أو يقطع من الاشجار في الغابة أو ما أشبهه ذلك ثم هناك لا يصح شرعاً لا الايجاب والقبول فكيف يكون مثلاً للوصية ، حيث يصح فيها الايجاب على قول المحقق أيضاً .

(و) يرد على الثاني : ان (الكشف والنقل انما يكونان بعد تحقق المعلق عليه) فلا كشف ولانقل قبل ذلك حاله حال اجازة المالك في بيع الفضولي ، حيث ان الكشف والنقل لا تحقق لهما قبل الاجازة (فهما في القبول بعد الموت لامطلقاً) ولا يقال انه اذا لم يكن القبول قبل الموت كاشفاً ولاناقلاً فلا أثر له لانه يقال له أثمر الانتقال بعد الموت لانها هكذا اعتبره ، اذ هو من الامور الاعتبارية ، لامن الامور الحقيقية حتى يقال بعدم معقولية التفكيك بين المؤثر والاثر .

(مسألة - ٣ - -- تتضييق الواجبات الموسعة) كما تجب مؤكداً الواجبات المضيقه - أيضاً - كما اذا كان عليه قضاء عشرة أيام من رمضان الماضي و بقى الى رمضان الثاني عشرة أيام ، فانه في نفسه مضيق ، وحيث يعلم بموته

بظهور امارات الموت مثل قضاء الصلوات والصيام والندور المطلقة والكفارات ونحوها فيجب المبادرة الى اتيانها مع الامكان

أول رمضان - مثلاً - تجب وجوباً مؤكداً أيضاً حاله حال نذر الواجب حيث لا مجال لقضائه بنفسه بعد الموت بينما لو بقي حياً تمكن من قضائه .
(بظهور امارات الموت) وانما يجب لانه لو لم يفعل ومات كان عاصياً فطريق الاطاعة العقلائية تقتضي ذلك .

ومنه يعلم ، انه اذا أخر ولم يمت وأتى بها بعد ذلك كان تجريباً ، أما مع احتمال عدم التمكّن احتمالاً لا يعتنى به العقلاء لاتعجب المبادرة ، لان طريق الاطاعة - كما عرفت - مأخوذة من العقلاء ، والشارع لم يغيرها وهم لا يرون لزوم المبادرة مع الاحتمال المذكورة .

وبذلك يظهر ، انه لا حاجة الى التمسك بالاجماع ، كما فعله المستمسك قال : ان مقتضى ما ذكره لزوم المبادرة بمجرد احتمال عدم التمكّن من الفرد الاخر ، وان لم تكن امارة على عدمه ، ولا ظن بعدمه الا ان الاجماع القولي و العملي اقتضى جواز التأخير مع عدم الظن بالضيق .

(مثل قضاء الصلوات والصيام والندور المطلقة والكفارات) كما اذا نذر الاتيان بصوم أو بصلاة أو كانت عليه كفارة هي صوم أو ما أشبهه من الاعمال الجسدية .

(ونحوها) كالحج الواجب عليه ونذر الزيارة وصلة الرحم الواجبة (فيجب المبادرة الى اتيانها مع الامكان) ولو تعارضت قدم الاهم ان كان أهم علم به وان علم بعدم الاهمية أو علم بالاهمية لكن لم يعلم ايها ، أتى بأيهما شاء واحتمال

ومع عدمه تجب الوصية بها سواء فاتت لعذر أو لا لعذر لو جوب
تفريغ الذمة بما أمكن في حال الحياة وان لم يجز فيها النيابة

الفرقة بعيد (ومع عدمه) أي عدم امكانه (تجب الوصية بها) ان كانت قابلة لذلك
أما مثل صلوة الرحم ووطي الزوجة لرأس أربعة أشهر - على المشهور من وجوبه
كل اربعة اشهر مرة - ونحوهما فليس قابلا للوصية لكن لا يخفى ان وجوب
الوصية بها مشروط بشرطين:

الاول: احتمال فائدة الوصية احتمالا عقلايياً ، أما اذا علم بعدم الفائدة لم
يجب، اذ لا دليل على اللزوم حينئذ.

الثاني: اذا كان الوارث أو ما أشبهه يعلم بما عليه ، ويطمئن بايصالهم ولو
بدون الوصية لم تجب لانها ليست واجبة لنفسها، بل طويقي كما يستفاد من قوله
عليه السلام: من مات بغير وصية مات ميتة جاهلية.

ثم المراد بالوصية بها أن يفعل ما يمكن ان يؤتي بالواجب بعده، مثلاً: اذا
أعطى شيئاً في حياته لانسان حتى يأتي بحجة بعد موته كفى ، لان المقصود
الاتيان بذلك الواجب، سواء كان بسبب الوصية أو غيرها .

(سواء فاتت) تلك الواجبات (لعذر أو لا لعذر) لاطلاق ما دل على وجوب
التدراك، سواء بالنسبة الى اتيانه بنفسه مع الامكان أو الوصية به مع عدمه .
(لو جوب تفريغ الذمة بما أمكن في حال الحياة) سواء فرغ بنفسه أو
بنائبه، اذ التكليف متوجه اليه، فاذا لم يفرغ بنفسه أو بنائبه - فيما له النيابة -
فقد عصي، ولذا يلزم عليه أخذ النائب للحج عن نفسه اذا لم يقدر على الحج
بنفسه .

والحاصل: ان الافراغ طريق الى الاطاعة الواجبة عقلا وشرعاً.
(وان لم يجز فيها النيابة) في حال الحياة مثل قضاء صلاة وصوم لا تصح

فبعد الموت تجرى فيها ويجب التفريغ بها بالايصاء

النيابة حال الحياة (فبعد الموت تجرى فيها) النيابة فانه لاشك في صحة قضاء صوم وصلاة الميت لما ذكره في بحث القضاء من كتاب الصلاة والصوم، و لولا خوف الشهرة المحققة لم نستبعد صحة النيابة فيهما حال الحياة أيضاً اذا لم يقدر بنفسه، وذلك للتعليل في رواية الحج عن الشيخ الكبير بأنه كالدين، بل والمناطق في نفس رواية الحج اذ أي فرق بين الحج وبين الصلاة والصوم مضافاً الى ان الحج مشتمل على الصلاة فأى فرق بين النيابة عن صلاة العاجز الواجبة عليه في الحج و صلاة ظهره مثلاً ، وقد أفتى الشرائع بصحة اتيان النائب صوم الكفارة ولم نستبعده نحن في شرح الصوم من الكتاب ، بل و المناطق في النيابة في الزكاة حيث ورد بها دليل والخمس كما هو المشهور مع انها عبادتان كالصلاة والصوم .

وكيف كان ، فاذا قلنا بعدم صحة النيابة في حال الحياة بالنسبة الى قضاء الصلاة والصوم، لعدم الدليل والاصل عدم، وصحة النيابة بعد الموت كما يدل عليه الاطلاقات الواردة في ان الصلاة و نحوها تصل الى الميت ، وان أصحاب الامام عليه السلام كانوا يصلون عن مات منهم في قصة الثلاثة الذي بنوا على ذلك - ولو بفهم وحدة الملاك في القضاء والصلاة التبرعي عن الميت - (يجب التفريغ بها) بالنيابة (بالايصاء) لانها نوع تفريغ فاللازم على المديون تهية ذلك بالوصية، كما انه الحال في الدين ، فمن لم يوص لاداء دينه مما سبب ضياع الدين كان مخالفاً عرفاً لامر اداء الدين و كذلك المقام.

نعم، يجب ان يقيد وجوب الايصاء باحتماله احتمالاً عقلائياً قيام الوصي بذلك، وبأنه لولا الوصية لم يؤت بها ، فأذا علم أو احتمل عقلائياً عدم فائدة

وكذا يجب رد اعيان أهوال الناس التي كانت عنده كالوديعة والعارية ومال المضاربة ونحوها

الوصية لم تجب، لان الوصية حيئذ لغو فلا يشملها دليل اداء العبادة، كما انه اذا علم انه يؤتي عنه، وان لم يوص لعلم ولده البار بذلك وادائه للعبادة كانت الوصية لغواً أيضاً .

وبما ذكرناه ظهر وجه النظر في ناطة المستمسك الوجوب وعدمه بالعلم، اذ قد عرفت ان الاحتمال العقلائي هو المدار، قال : أما مع العلم بالعمل بالوصية فوجوبها ظاهر، لانه نوع من التفريغ للذمة، وأما مع عدم العلم فلو وجوب العمل عقلا مع الشك في القدرة، ولا يجوز ترك العمل حينئذ لاحتمال عدم القدرة .

(وكذا يجب رد اعيان أموال الناس التي كانت عنده) فقد ذكروا في كتاب الوديعة الدليل على ذلك من الروايات الكثيرة الدالة على وجوب رد الوديعة، الشاملة باطلاقها للمقام، بالاضافة الى قوله سبحانه : «ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها» .

(كالوديعة والعارية ومال المضاربة ونحوها) كحاصل المساقات والمزارعة فيما لا يعلم برضى أصحابها ببقائها في يد الوارث، وكذا ما غصب وغيرها، وهذا هو المحكى عن التذكرة في موضع، وفي الشرائع وجوب الأشهاد، وفي الجواهر في شرحه، بل لأجد فيه خلافاً .

نعم، في القواعد ابدال ذلك بالوصية بها، ولعله يريد ذلك - انتهى .
أقول : الواجب في الحال وقته سواء كان نحو وديعة حل وقتها أو في

الغصب: أمران :

ومع عدم الامكان يجب الوصية بها ، وكذا يجب أداء ديون الناس
الحالة ، ومع عدم الامكان أو مع كونها مؤجلة يجب الوصية بها

الاول : الايصال .

والثاني : كون الايصال فوراً ، أما في غير الحال وقته فالواجب الايصال في
وقته بالنسبة الى الموقت ، ومما لا يعد تضييعاً في غير الموقت ، واللازم في القسم
الاول - الحال وقته - ايصاله بنفسه في حياته أو بالوصية بعد مماته اذا كانا
متساويين في حصول الفورية ، مثل ان الطالب بعيد فلا فرق بين أن يرسله بنفسه
اليه ، حيث يصل اليه غداً مثلاً ، أو بوصي انه اذا مات [وموته بعد ساعة فرضاً]
يوصل اليه ، بل اذا كان الأشهاد يعطي نفس النتيجة كان قسيماً للايصال بنفسه
والوصية لتكافي الأدلة فلا خصوصية لاحد الثلاثة .

أما اذا كان أحد الثلاثة موجباً للايصال في الوقت قدم على غيره لان في
غيره يفوت واجب الفور ، واذا فوت الفور عمدأ أو عذراً كان عليه أن لا يفوت
أصل الايصال لتعدد المطلوب كما عرفت .

ومنه يعلم ، الكلام في القسم الثاني ، كما يعلم حال ما اذا كان بديل رابع
كالكتابة والضبط في الشريط والاشارة وغير ذلك ، لان الاطلاقات شاملة لكل
ذلك .

وبما تقدم يظهر وجه قوله : (ومع عدم الامكان يجب الوصية بها ، وكذا يجب
أداء ديون الناس الحالة) التي لم يأذن المالك ببقائها سواء كان ديناً من جهة
الاستقراض والمعاملة ، أو من جهة الضمان كالتلاف والدية ، فان حبس حقوق
الناس محرم شرعاً وعقلاً .

(ومع عدم الامكان أو مع كونها مؤجلة يجب الوصية بها) لما تقدم من
وجوب افراغ الذمة المتوقف على الوصية ، وقد تقدم ان لها بديلاً أيضاً فتكون

الا اذا كانت معلومة أو موثقة بالاسناد المعتمدة

على نحو الواجب التخييري .

(الا اذا كانت معلومة) للوارث ونحوه بحيث لا أثر للوصية وجوداً ولا عدماً
اذ قد تقدم في أول الكتاب عدم وجوب الوصية .

نعم، اذا كان للوصية أثر في اثبات الحق، أو في إيصال الحق، أو في اسراع
وصول الحق - فيما كان الاسراع واجباً - لم يجز تر كها .

ومنه يعلم، وجه ما ذكره المستمسك بقوله: بل اذا لم يكن للوصية أثر الا
بالتهديد والتوعيد بالعقاب على تقدير المخالفة وجب ذلك أيضاً ، فاللازم فعل
كل ماله دخل في حصول الفراغ - انتهى .

وكان اللازم اضافة في الوقت اللازم الفراغ فلو لم يوص افرغت ذمته متأخراً
مما لا يجوز التأخير بينما اذا وصى افرغت في وقت الوجوب، أو الاسرع من الابطاء
مثلاً: كان اللازم الافراغ يوم السبت، فاذا لم يوص افرغت يوم الثلاثاء، واذا
وصى افرغت يوم الاثنين كانت اللازمة الوصية .

ومنه يعلم ، حال ما اذا كان حقان وكانت الوصية توجب افراغ الذمة عن
أحدهما، لان الواجب من باب تعدد المطلوب، وعلى ما تقدم فاذا احتاج الامر الى
الثبت عند الدولة للوصية لزم أيضاً فلا يكفي الايباء فقط ، كما انه ظهر مما تقدم
حال غير الديون مثلاً : كانت وصيته بصلاة أولاده أو عدم ايذائهم امهم مؤثرة في
فعلهم المعروف وتركهم المنكر، فانها واجبة حينئذ من باب اطلاق أدلة الامر
بالمعروف والنهي عن المنكر .

(أو موثقة بالاسناد المعتمدة) ومما تقدم يظهر، وجه تعليق الوالد بقوله :
بحيث لا تحتاج الى الاثبات والبينة واليمين، والافالظاهر وجوب الوصية بها .

وكذا اذا كان عليه زكاة أو خمس أو نحو ذلك فانه يجب عليه ادائها أو الوصية بها ولا فرق فيما ذكر بين ما لو كانت له تركة أو لا اذا احتمل وجود متبرع أو ادائها من بيت المال .

مسألة -- ٤ --

أقول: اذا كان للدائن بينة - مثلا - بحيث يثبت حقه، فهل اللازم الوصية المغتنية عن الاثبات بالبينة أو لا؟ احتمالان ، وقد يفصل بين ضرر وعسر وخرج الدائن عند عدمها فاللازم الوصية لرفع تلك الامور مما يدل على عدم جواز القاء الغير فيها بخلاف ما اذا لم يستلزم ترك الوصية تلك الامور فلا يلزم وهذا غير بعيد .

(وكذا اذا كان عليه زكاة أو خمس أو نحو ذلك) كالمظالم والكفارة وغيرهما (فانه يجب عليه ادائها أو الوصية بها) أو ما أشبههما مما يوجب وصول الحق الى أهله، لمادل على حرمة منع الحقوق وحبسها - كما تقدم تفصيله - .
(ولا فرق فيما ذكر) من وجوب الوصية (بين ما لو كانت له تركة أو لا) أما الوجوب حال عدم التركة فهو في ما (اذا احتمل وجود متبرع أو ادائها من بيت المال) حيث السوجب عليه ادائه ديون الاموات ، كما دل عليه النص المذكور في [كتاب الزكاة] فراجع .

وكذا اذا كان له طلب على الناس لا يؤدونه الا اذا أوصى، أو احتمل ذلك احتمالا عقلائياً .

(مسألة - ٤ -) رد الموصى له للوصية على أربعة أقسام : لانه أما ان يرد قبل موت الموصي أو بعده، وعلى أي حال، فالرد أما أن يكون بعد القبول أو بدون القبول .

رد الموصى له للوصية مبطل لها اذا كان قبل حصول الملكية

وقد تعرض المصنف ، في هذه المسألة الى احكامها فقال : (رد الموصى له للوصية مبطل لها اذا كان قبل حصول الملكية) لما تقدم من ان الوصية الملكية عقد ، والعقد يبطل اذا لم يلحق الايجاب القبول : أى لا ينعقد ، ولذا قال في التذكرة : لانعلم فيه خلافاً ، وفي المستمسك : انه يظهر من كلماتهم انه من المسلمات ، وعن الشيخ المرتضى [ره] تكرر نقل الاجماع عليه ، وعن الجواهر الاجماع بقسميه عليه .

هذا ولكن غير واحد من المعلقين اشكل على المتن، قال الوالد: في هذه الكلية نظر فلا يترك مقتضى الاحتياط في الرد الواقع بعد القبول حال الحياة لتامة عقد الوصية بالقبول، ولادليل على تأثير الرد بعدها وكون الوصية عقداً جائزاً يختص دليله بالموصى ، كما يشير هو اليه .

وقال معلق آخر : ان الاقسام الاربعة، الاجماع تام على ابطال الرد بعد الموت قبل القبول وفي غيره لاجماع ، فالاصل عدم البطلان في ثلاثة منها .

أقول : الوجه في ذلك ان مطلق العقد لادليل على ابطال الرد فيه بعد الايجاب اذا لحقه القبول، فاذا قال: بعث ، فقال المشتري : لا اريد ، ثم قال : قبلت، لم يكن دليل على بطلانه، بل انه بعد قوله: قبلت ، يصدق عليه و على الموجب [عقودكم] الاستفادة من [أو فوا بالعقود] .

ويؤيده كون الامر كذلك في العقد الفضولي، كما ورد في رد الاب بيع الجارية، ثم قبوله، والوصية من تلك العقود، فالقول بالبطلان غير ظاهر الوجه ولذا جعل المستمسك العمدة في البطلان الاجماع، وحيث انه محتمل الاستناد خالف فيه غير واحد من المعلقين فراجع .

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

لكن يلزم أن يقال: إن القبول بعد الرد في حال الحياة إنما ينفع إذا لم يسترد الموصى الأيجاب والالم ينفع كما هو واضح، بل قد تقدم أنها جائزة من قبل الموصى، فله أن يسترجع، وإن قبل الموصى له .
وكيف كان، فالتمسك لمبطلية الرد إذا كان قبل حصول الملكية باصالة عدم ترتب الملكية، غير ظاهر الوجه: لأن الأصل لا مجال له بعد اطلاق الدليل كما تقدم .

(و إذا كان بعد حصولها) بأن رد بعد أن حصل الملك (لا يكون) الرد (مبطلاً لها) وذلك لاستصحاب بقاء الملكية بعد عدم دليل على كون الرد مبطلاً .

(فعلى هذا، إذا كان الرد منه بعد الموت وقبل القبول) يكون مبطلاً، لأن الرد منع حصول العقد بالقبول المتأخر عن الرد، فقد تقدم أن الوصية التمهيلية عقد يحتاج إلى الأيجاب والقبول، والرد بعد الأيجاب لا يدع مجالاً للحقوق القبول بالأيجاب إذا كان الرد بعد الموت، لكن لا يخفى أنه يرد على المصنف أن كلامه هذا مناف لما سبق منه من قوة احتمال عدم اعتبار القبول لحصول الملكية بموت الموصى له قهراً، اللهم إلا أن يرفع التنافي بأنه يلتزم بكون الرد كاشفاً عن عدم الملكية بالموت، ولذا قال السيد البروجردي: إن فتوى المصنف مبنية على كون الرد كاشفاً عن عدم حصول الملكية بعد الموت وهو ضعيف، ولم أجد به قائلًا منا، وإن قال به الشافعي في أحد أقواله .

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

(أو بعد القبول الواقع حال حياة الموصى مع كون الرد أيضاً كذلك يكون
مبطلاً لها) وذلك لان الوصية عقد جائز ولكلا الطرفين رده بعد تمام العقد ،
والمفروض ان الملكية لم تحصل بعد ، اذ هي بعد الموت لافى حال الحياة ،
ولذا أتم كلامه بقوله : (نعدم حصول الملكية بعد) بل يظهر من الجواهر الاجماع
على البطلان في المقام ، حيث رد اطلاق الشرائع [بأنه اذا رد في حياة الموصى
جاز أن يقبل بعد وفاته] فانه شامل لما اذا كان الرد بدون القبول أو بعده .

قال في الجواهر : يشكل ذلك بها ظاهرهم الاجماع عليه من كون الوصية
عقداً جائزاً من الطرفين ، ومقتضاه تسلط الموصى له على فسخه حينئذ ، ولا ريب
في اقتضائه بطلان العقد - انتهى .

وظاهر ابن العم تبعية الشرائع حيث قال : في مبطلية الرد اذا كان حال حياة
الموصى وبعد القبول اشكال .

أقول : اذا كان الرد بعد القبول ، أو قبل القبول ، ثم قبل وكان كل ذلك في حال حياة
الموصى ، ولم يرفع الموصى يده عن ايجابه الظاهر صحة الوصية ، لانه اذا رد ثم قبل
أو قبل ثم رد ثم قبل ، والحال ان الموصى باق على ايجابه صدق عاميه [عقود كم]
المستفاد من [اوفوا بالعقود] بل حيث ان العرف يرون لحقوق القبول - اخيراً
بالايجاب والشارع لم يحدث طريقة جديدة - كان اللازم القول بصحة الوصية .

نعم ، اذا رد الموصى له ورفع الموصى يده عن ايجابه لم ينفع القبول ،
لانه بعد رفع يده عن ايجابه لم يصدق [عقود كم] ويؤيد الصحة ، اذا قبل الموصى
له بعد رده - في حال حياة الموصى - ما تقدم من بيع الجارية فضولاً ، حيث

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

ان الاب لما قبل بعد رده جعله الامام عليه السلام صحيحاً ، ولذا الذي ذكرنا من تحقق العقد اذا قبل بعد الرد - في حال حياة الموصى - قال الوالد في تعليقه له على قول المصنف الاتي [حيث حكموا ببطلانها بالرد] : لم يعلم حكمهم بذلك ، بل حكموا بصحة القبول حال الحياة بعد الرد كما هو الاقرب فيها وفي سائر العقود ما لم يرجع الموجب عن الايجاب ولم تفت الموالات المعتبرة فيها - انتهى .

وعلى ما ذكرناه ، فاذا تحقق القبول بعد الرد في حال حياته نفع في انعقاد الوصية ، واذا رد بعد موت الموصى ثم قبل لم ينفع ، لانه لا اطلاق للدالة يفيد كفاية القبول بعد الرد - الرد المحاصل بعد الموت - فاذا شك في تحقق العقد كان الاصل عدمه .

(واذا كان الرد (بعد الموت وبعد القبول لا يكون مبطلا) وقد نقل مفتاح الكرامة على عدم البطلان حينئذ الاجماع عن القواعد والتذكرة وولده في شرح الارشاد والدروس والمسالك والمقداد وظاهر غاية المراد والروض .

(سواء كان القبول بعد الموت أيضاً أو قبله) وذلك لاصالة عدم ابطال الرد والاجماع المتقدم واستصحاب بقاء الملك الذي ملكه بالقبول بالموت .

(وسواء كان قبل القبض أو بعده) اذ الملكية تتحقق بالموت فلا أثر لعدم القبض ، فان القبض لامدخلية له في الملك ، اذ لا دليل على مدخليته .

(بناءً على الأقوى من عدم اشتراط القبض في صحتها) كما هو المشهور

المحكى عن الشرائع والتذكرة والارشاد والتلخيص والايضاح والشهيد بن
والمحقق الثاني وغيرهم خلافاً للمحكى عن المبسوط وجامع ابن سعيد بل والوسيلة
حيث شرطوا القبض في تحقق الملك ، فقال أولهم : كما حكى والصحيح انه
يصح الرد لانه وان كان ملكه بالقبول ، لكنه لم يستقر ملكه عليه ما لم يقبضه
فصح فيه الرد ، كما ان من وقف عليه شيء فانه رد صح ذلك ، وان كان قد ملك
الرقبة والمنفعة أو احديهما - انتهى .

واستدل له في المستمسك بأن الوصية التمليلية كالهبة والوقف لاشتراكهما
في العلة المقتضية وهو العطية المتبرع بها مع أولوية الحكم في الوصية من
حيث أن العطية في الهبة وما في معناها منجزة ، وفي الوصية مؤخره والملك في
المنجز أقوى منه في المؤخر بقريظة نفوذ المنجز الواقع من المريض على
خلاف بخلاف المؤخر كذا في المسالك وأشكل عليه بأنه خلاف اطلاق العقود
من دون مخرج عنه - انتهى .

أقول : لا يخفى ان المذكور في الاستدلال أشبه بالاستحسان ، فالمرجع
الاطلاق ، بل والاستصحاب ، وربما استدل له أيضاً بالصحيح الذي رواه العباس
بن عامر قال : سألته عن رجل أوصي له بوصية فمات قبل أن يقبضها ولم يترك
عقباً ؟ قال عليه السلام أطلب له وارثاً أو مولى فادفعها اليه ، قلت : فان لم أعلم
له ولياً ؟ قال اجتهد على ان تقدر له على ولى ، فان لم تجد وعلم الله منك الجدد
فتصدق بها .

وقد رواه الصدوق مسنداً الى أبي عبد الله عليه السلام ومثله خبر محمد بن
عمر والباهلي ، بل قد عقد الوسائل له ، ولمسألة اخرى باباً في الوسائل فراجع
ولذا قال في مفتاح الكرامة : اطبق الاصحاب على الافتصار على اعتبار الايجابين
والموت وعدم الرد في البين ، قال : وكان من خالف أو توقف غفل عن الرواية
المتقدمة ، اذ ليس لمن ظفر بها أن يعدل عنها مع عدم المعارض لها ، فالمسألة

لعدم الدليل على اعتباره وذلك لحصول الملكية حينئذ له فلا تزول بالرد ولا دليل على كون الوصية جائزة بعد تماميتها بالنسبة الى الموصى له كما انها جائزة بالنسبة الى الموصى حيث انه يجوز له الرجوع فى وصيته كما سيأتى وظاهر كلمات العلماء

من القطعيات - انتهى .

فتحصل: ان الاصل واطلاق دليل الوصية واطلاق [او فوا بالعقود] والرواية والاجماع الذى عرفته كلها تدل على عدم اشتراط القبض ولذا قال المصنف: (لعدم الدليل على اعتباره) ولذا سكت على المتن كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم (وذلك لحصول الملكية حينئذ له فلا تزول بالرد) لان كون الملك متزلزلا بحاجة الى الدليل ، فاذا لم يكن دليل كان الاصل الاستقرار ، كما ذكروا في مشكوك الخيار .

(و) ان قلت : لما كانت الوصية جائزة كان اللازم بطلانها بالرد فتزول الملكية .

قلت : (لادليل على كون الوصية جائزة بعد تماميتها بالنسبة الى الموصى له) وان قام الدليل على جوازها بالنسبة الى الموصى وبالنسبة الى الموصى له حال حياة الموصى ، وقد تقدم الاشكال فيما قاله الجواهر من وجود الاجماع على جوازها بالنسبة الى الطرفين ، ولذا أشكلنا عليه بالنسبة الى الموصى اليه ، ولذا الذى ذكرناه سكت على المتن كافة المعلقين الذين ظفروا بكلماتهم .

(كما انها جائزة بالنسبة الى الموصى حيث انه يجوز له الرجوع فى وصيته كما سيأتى) لدلالة النص والاجماع عليه (وظاهر كلمات العلماء) بل صريحهم

حيث حكموا ببطلانها بالرد عدم صحة القبول بعده لانه عندهم مبطل للايجاب الصادر من الموصى كما ان الامر كذلك فى سائر العقود حيث ان الرد بعد الايجاب يبطله وان رجع وقبل بلا تأخير وكما فى اجازة الفضولى حيث انها لاتصح بعد الرد لكن لا يخلو عن اشكال اذا كان الموصى باقياً على ايجابه

(حيث حكموا ببطلانها بالرد عدم صحة القبول بعده) اذا كان الرد بعد الموت، لاما اذا كان الرد فى حال الحياة، ثم قبل بعد الرد فى حال الحياه، كما تقدم الكلام حول ذلك .

(لانه عندهم مبطل للايجاب الصادر من الموصى) واذا بطل الايجاب لم يكن مجال القبول بعد البطلان .

(كما ان الامر كذلك) يبطل الرد الايجاب فلامجال للقبول بعد الرد (فى سائر العقود حيث ان الرد بعد الايجاب يبطله وان رجع) الراد (وقبل بلا تأخير) يضر بالموالاة .

(وكما فى اجازة) المالك فى العقد (الفضولى) حيث ان المالك لو رد بطل الايجاب، أو القبول الذى وقع فضولا عنه (حيث انها لاتصح بعد الرد) فاذا قيل للبنت: زوجناك فضولة فردت، لم تنفع اجازتها بعد ذلك، وان اجازت فوراً وكذلك اذا كانت الفضولية فى جانب الزوج .

(لكن لا يخلو عن اشكال) فى باب الوصية (اذا كان الموصى باقياً على ايجابه) لاطلاق أدلة الوصية، ولاطلاق أدلة العقود، ولا دليل عقلى أو شرعى يقيد الاطلاقات المذكورة .

بل في سائر العقود أيضاً مشكل ان لم يكن اجماع خصوصاً في
الفضولي حيث ان مقتضى بعض الاخبار صحتها ولو بعد الرد

(بل في سائر العقود أيضاً مشكل) فان القبول بعد الرد - اذا لم تفت الموالاته -
لامانع منه عرفاً، ولادليل شرعي على منعه ، فانه يصدق [عقود كم] فاذا قال :
بعتك ، فقال : لا اشترى ، ثم قال : بل اشتريت تحقق العقد ، فقول المستمسك :
ظاهر الاجماع على البطلان ، بل هو الظاهر من المرتكزات العرفية ، محل نظر ،
فان المرتكز خلافه والاجماع ان كان فهو محتمل الاستناد ، ولذا قال السيد
البروجردي : الاقوى في العقود أيضاً صحة القبول بعد الرد اذا كان الموجب
باقياً على ايجابه منتظراً لان يبدو له فيقبله ، و ليست أمثال هذه يدعى فيها
الاجماع .

نعم ، ان حصل له انصراف عن الايجاب برده أوفاتت الموالاته المعتمدة
في العاقدة بطل بلاشكل .

ومنه يعلم ، وجه النظر في قول السيد أبو الحسن لاشكال في سائر العقود
وفي اجازة الفضولي ، وانما يختص الاشكال بما نحن فيه من جهة الاشكال في
كون القبول جزء العقد أو شرطاً خارجاً ، بل قد مر سابقاً احتمال عدم كونه شرطاً
أيضاً .

(ان لم يكن اجماع) وقد عرفت ان الاجماع على تقديرة محتمل الاستناد
(خصوصاً في الفضولي) وانما كان له خصوصية (حيث ان مقتضى بعض الاخبار
صحتها ولو بعد الرد) وهي الرواية المشهورة ، حيث باع امه الغير فلم يأذن
المالك ثم اذن .

بل ومثلها مارواه الشيخ عن علي بن جعفر ، عن أخيه ، عن أبيه ، عن آبائه ،

ودعوى عدم صدق المعاهدة عرفاً اذا كان القبول بعد الرد ممنوعة ثم انهم ذكروا انه لو كان القبول بعد الرد الواقع حال الحياة صح

عن علي عليهم السلام: انه أتاه رجل بعبده فقال: ان عبدي تزوج بغير اذني؟ فقال علي عليه السلام لسيدة: فرق بينهما، فقال السيد لعبده: يا عدو الله طلق، فقال له علي عليه السلام: كيف قلت له؟ قال: قلت له طلق، فقال علي عليه السلام للعبد: أما الان فان شئت فطلق، وان شئت فامسك، فقال السيد: يا أمير المؤمنين (ع) أمر كان بيدي فجعلته بيد غيري؟ قال: ذلك لانك حين قلت له: طلق أقررت له بالنكاح.

(ودعوى عدم صدق المعاهدة عرفاً اذا كان القبول بعد الرد) كما ادعاها بعضهم (ممنوعة) لما نشاهد في العرف من انهم يرونه عقده اذا قبل، فان المعيار عند العرف الرضا والمظهر، وقد حصلنا ولم يعلم ان الشارع غير المأذون العرف.

(ثم انهم ذكروا انه لو كان القبول بعد الرد الواقع حال الحياة صح) قال في القواعد: فان رد في حياة الموصى جازان يقبل بعد الوفاة، اذ لا اعتبار بذلك الرد، وهذا هو المحكى عن الشيخ والفاضلين والشهيدين والوسيلة والتنقيح وجامع المقاصد والكفاية وغيرهم، بل عن الدروس انه المشهور.

أقول: استدلووا لكفاية القبول بعد الموت - اذا رد حال الحياة - بأن محل الرد والقبول بعد الموت، لانه وقت الانتقال فلا أثر لهما حال الحياة، فاذا قبل بعد الموت نفذ ووقع القبول في محله.

وأما الرد الواقع حال الحياة فلا أثر له حتى يبطل الايجاب، وربما يستدل له بدليل آخر وهو ان بناء الايجاب بعد الرد، حيث ان الموصى لم يرفع عن

وهو أيضاً مشكلاً على ما ذكره من كونه مبطلاً للإيجاب اذا لافرق حينئذ بين ما كان في حال الحياة أو بعد الموت الا اذا قلنا ان الرد والقبول لا أثر لهما حال الحياة وان محلها انما هو بعد الموت وهو محل منع .

وصيته، فهو بمنزلة ايجاب جديد، وحيث لم يكن اللازم كون القبول حال الحياة كفى القبول بعد الموت في الارتباط بذلك الايجاب .
(وهو أيضاً مشكلاً) عند المصنف وغالب المعلقين الذين سكتوا عليه أمثال السادة الوالد وابن العم والبروجردى وغيرهم ، وان قال السيد الجمال : لكنه الاقوى .

(على ما ذكره من كونه) اي الرد (مبطلاً للإيجاب) فاي فرق بين الامرين (اذ لافرق حينئذ بين ما كان في حال الحياة أو بعد الموت) فان الرد ان كان مبطلاً أبطل فيهما، وان لم يكن مبطلاً لم يبطل فيهما (الا اذا قلنا) بالاستدلال السابق لصحة القبول من (ان الرد والقبول لأثر لهما حال الحياة وان محلها انما هو بعد الموت وهو محل منع) لصحتها حال الحياة ، اذا لوجه لجعل صحتها حال الموت فقط بعد شمول اطلاق العقد لهما حال الحياة أيضاً ، والا قرب هو ما ذكره المشهور اذا كان الموصى باقياً على ايجابه للدليل الثاني الذي استدلنا به من ان بقائه بمنزلة ايجاب جديد ، كما هو كذلك في سائر العقود على ما تقدم .

قال في مفتاح الكرامة: وقد تحصل ان الرد، أما ان يكون قبل الوفاة أو بعدها وان لحظت القبض والقبول فيهما كانت الاقسام ثمانية، لانه اذا كان قبل الوفاة كانت الاقسام أربعة وكلها لاحكم فيها للرد كما في غاية المراد والروض، واذا كان بعد الوفاة كانت أربعة أيضاً تبطل في اثنين منها، وهما اللذان قبل القبول ،

مسألة -- ٥ -- لو أوصى له بشيئين بايجاب واحد فقبل الموصى له احدهما دون الاخر صح فيما قبل وبطل فيما رد

سواء حصل القبض أو لا وواحد قطعي وواحد مختلف فيه عندهم وعندنا انه قطعي - انتهى .

ثم اذا علم بصحة الوصية فشك بعد ذلك في بطلانها شبهة حكمية ، كان مقتضى القاعدة الاستصحاب كصورة العكس حيث شك في الصحة بعد العلم ببطلانها، ولوقلنا بأن بقاء الايجاب من الموصى كاف في لحوق القبول به - كما عرفت انه مقتضى الصناعة - فقبل بعدالرد حينما شك في انه هل كان باقياً على الايجاب ، أو رفع اليد عنه ، فالظاهر استصحاب بقاءه لتمايمية الاركان ، والله العالم .

(مسألة - ٥ - لو أوصى له بشيئين بايجاب واحد فقبل الموصى له احدهما دون الاخر) فان كان على نحو الارتباط ووحدة العقد في قصده بطل لعدم التطابق بين الايجاب والقبول فهو، مثل ان تنكح نفسها عشرة أيام فيقبل لخمسة أيام ، وانما يبطل عدم التطابق من جهة انه لا يتحقق العقد ، فهو كما اذا أوجب على الدار فقبل على المستان، أما اذا كان على نحو تعدد المطلوب كالعقود المتعددة المجربة بلفظ واحد (صح فيما قبل وبطل فيما رد) فهو كما اذا زوجه امرأتين في عقد واحد فقبل أحديهما ورد الاخرى، حيث ينحل العقد الى عقود متعددة فما قبله يجعله [عقود كم] بخلاف مارده .

أما الذين أطلقوا الصحة كالمصنف تبعاً للفاضلين وغيرهم ، بل يظهر من جامع المقاصد والحدائق والجواهر وغيرهم فتوى الاصحاب، فكأنهم نظروا الى ما ذكره الشيخ المرتضى [ره] وغيره من انحلال العقد الى جملة من العقود

كانحلل العقد المشروط الى ذلك، ولذا يصح تبعض الصفقة، كما يأتي في آخر المسألة، وبعد ذلك لامجال لكلام المستمسك ان مذكروه من اعتبار المطابقة بين الايجاب والقبول في العقد يدل على عدم انحلال الايجاب الى ايجابات متعددة والا لم يكن لاعتبار ذلك وجه فلا تصح المقايسة بين المقام ومسألة تبعض الصفقة، أو خيار تخلف الشرط، فان انحلال العقد بعد تماميته غير انحلال الايجاب نفسه، الى أن قال: وعليه لا يمكن التخلص عن الاشكال، الا بما عرفت من عدم كون الوصية من العقود، واعتبار القبول على تقدير القول به من قبيل اعتبار القبض في بيع الصرف والسلم، لانه جزء من العقد، الى آخر كلامه، اذ يرد عليه بعدما تقدم من اعتبار القبول والا كان تصرفاً في الشخص من غير ارادته وهو منساف لقاعدة تسلط الناس على أنفسهم، ويؤيده ما ورد من استفهام الرسول صلى الله عليه وآله وسلم عباساً وغيره عن قبول وصيته صلى الله عليه وآله وسلم ورفضهم اياه الا علي بن ابي طالب عليه السلام، انه لاربط بين اعتبارهم المطابقة بين الايجاب والقبول، وبين عدم الانحلال الى ايجابات متعددة، فالمطابقة محقق [عقودكم] كما عرفت، فاذا كان انحلال في القصد كان عقد متطابق وهو ما قبله القابل، وايجاب آخر بدون قبول فلا عقد بالنسبة اليه، فأى فرق بين ايجابين قبل أحدهما القابل دون الاخر، وبين لفظ واحد قائم مقام الاثنين فيقبل أحدهما دون الاخر، حيث كما يصح ما قبله في الاول يصح ما قبله في صورة وحدة الايجاب، وكان الساكتين على المتن كالسادة الوالد وابن العم والبروجردى وغيرهم نظروا الى ذلك.

أما أمثال السيد الجمال الذين أشكلوا في الصحة، فلعلهم أشكلوا في اطلاق الماتن، لافي مذكورناه من ارادتهم الصحة حيث تنحل الى المتعدد.

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

(وكذا لو أوصى له بشيء) واحد مثل ان أوصى له بصبرة حنطة (فقبل بعضه مشاعاً) كالنصف (أو مفروزاً) كما لو أفرزه وقال: أنى أقبل الوصية في هذا النصف، وليس من مانحن فيه ما لو كان نصفان مفروزان لصبرة واحدة، فقال: أقبل أحدهما دون الآخر.. لأن مثل هذا الفرض داخل في الفرع السابق.. و كان على المصنف أن يذكر قبوله بعضه على نحو الكل في المعين، كما اذا قال: اقبل من الصبرة صاعاً مثلاً، ولعله أراد بالمشاع الأعم من ذلك.

(ورد بعضه الآخر) فانه اذا كان الإيجاب على نحو تعدد المطلوب صح فيما قبل وبطل فيما رد، وان كان على نحو وحدة المطلوب لم تصح الوصية، فانه نقول بالصحة في الوصية .

(وان لم نقل بصحة مثل ذلك في البيع ونحوه) كالأجارة وانما لم نقل بصحته في البيع ونحوه .

(بدعوى عدم التطابق حينئذ بين الإيجاب والقبول) كأنه أشار بذلك الى قول جامع المقاصد ان الوصية لما كانت تبرعاً محضاً لم ترتبط اجزائها ببعضها ببعض، فكما يصح قبولها جميعاً يصح قبول بعضها، وهذا بخلاف البيع و نحوه من عقود المعاوضات، وأيده في الجواهر بأنه يقوى في الوصية عدم كونها من العقود المعتبر فيها المطابقة لتحقق اسم العقد الذي هو الإيجاب و قبول ذلك بالإيجاب بها - انتهى.

وفيهما ما لا يخفى، اذ كل من الوصية والبيع عقد، فاللازم فيهما التطابق،

لان مقتضى القاعدة الصحة فى البيع أيضاً ان لم يكن اجماع و دعوى عدم التطابق ممنوعة ، نعم لو علم من حال الموصى ارادته تمليك المجموع من حيث المجموع لم يصح التبعض.

فالفرق بينهما ليس بفارق، فان كلا منهما ان كان على نحو تعدد المطلوب كان القبول مطابقاً للايجاب، وان كان على نحو وحدة المطلوب كان القبول مخالفاً للايجاب فيبطل.

(لان مقتضى القاعدة الصحة فى البيع أيضاً ان لم يكن اجماع) على البطلان فيه، وحيث لا اجماع، بل لو كان فهو ظاهر الاستناد، فاللازم القول بالصحة. وبذلك تعرف، وجه سكوت السيدين الوالد وابن العم على المتن، وان أشكل فيه السيدان البروجردى والجمال، قال أولهما: بل مقتضاها البطلان في مثل البيع والصحة فى الوصية، وقال ثانيهما: عدم التطابق بين الايجاب والقبول ظاهر، وكون القاعدة مقتضية للصحة بالنسبة الى بعض المبيع مثلاً عند تبعض الصفة أجنبي عن المقام بالكلية - انتهى .

فانه لم يعرف وجه الاجنبية مع انهما من باب واحد.

(و) بذلك ظهر ان (دعوى عدم التطابق ممنوعة) لوجود التطابق عند ارادة الموجب التعدد .

(نعم لو علم من حال الموصى ارادته تمليك المجموع من حيث المجموع) بحيث صب انشائه على ذلك (لم يصح التبعض) لان الايجاب لا يطابق القبول حيثئذ، وقول بعض المعلقين ان تمليك المجموع من حيث انه مجموع لا يحصل له، غير ظاهر الوجه بعد قبول ان الوصية عقد يشتر التمليك كالبيع وغيره من سائر العقود .

مسألة - ٦ - لا يجوز للمورثة التصرف في العين الموصى بها قبل ان يختار الموصى له أحد الامرين من القبول أو الرد

(مسألة - ٦ - لا يجوز للمورثة التصرف في العين الموصى بها قبل ان يختار الموصى له أحد الامرين من القبول أو الرد) فاذا قبل خرجت العين من ملكهم الى ملكه، واذا رد كان لهم التصرف .

أقول: الوصية العقدية لا يتحقق الملك بها الا بعد القبول كسائر المعاملات وعليه فقبل القبول لا ملك للموصى له ، بل مقتضى الاصل بقاءه على ملك الموصى وينتقل الى ملك المورثة انتقالاً مراعى ، و عليه يحق للمورثة التصرف غير المغير، مثل سكنى الدار وركوب الدابة قبل القبول والرد ، اذ لا وجه لمنعهم عن ذلك سواء كانت الوصية مطلقة حتى يكون ثمرها الملك بمجرد القبول أو مقيدة، كما اذا قال: ان داري لزيد بعد عام من وفاتي بحيث لا يثمر القبول الانتقال فوراً الا حين قرار الموصى ، أما التصرف المغير فهو جائز لهم في الواقع اذا لم يلحقها القبول، اذ لا وجه للمنع بعد ان القبول لم يلحق الايجاب ، فان الواقع لا يتغير بالزعم ، كما اذا نذر ان يتصدق بشاته ان شافى الله ولده فدبح الشاة وأكلها أو باعها ومات الولد، فان موت الولد يكشف عن عدم تقييد الشاة بشيء بل بقيت على الملكية المطلقة .

وأما اذا لحقها القبول، فالظاهر حرمة التصرف ، لان الملك حيث تعلق به حق الغير لم يحق لهم التصرف ، فهو كمنذور الصدقة، ولا مجال لاستصحاب جواز التصرف ، لعدم تمامية أركانه .

وان شئت قلت: ان الموصى به وان لم ينتقل الى ملك الموصى له قبل قبوله الا ان الموصى بوصيته قيد الملك، ومع تقيده ممن له حق التقييد لا يحق لغيره

وليس لهم اجباره على اختيار احدهما معجلا الا اذا كان تأخيره موجبا للضرر عليهم فيجبره الحاكم حينئذ على اختيار احدهما.

التصرف المغير فيه .

و مما تقدم يعلم ، ان للورثة حق التصرف غير المغير فيما بين زمان الموت وزمان الانتقال ، وان قبل الموصى له اذا كان المالك أوصى بأنه للموصى له بعد عام من وفاته مثلا ، لان الملك انتقل اليهم مؤقتاً انتقالا مقيداً . أما تصرفهم المغير قبل القبول - مطلقاً - فان ظهر قبوله كان حراماً وكان فضولياً ، وان ظهر عدم قبوله كان تجريباً وكان لازماً .

وبذلك ظهر ، ان تمثيل المستمسك للمقام بتصرف الاصيل فيما انتقل عنه قبل حصول الاجازة اذا كان الطرف فضولياً غير ظاهر الوجه ، اذ قبل الاجازة لم يتحقق عقد ، فله ان يتصرف ، واذا تصرف الاصيل كان مبطلاً ، كما اذا تصرف بعد الايجاب قبل القبول .

(و) اذا مات الموصى فهل يجب اجبار الموصى اليه بين القبول والرد أو لا؟ احتمالان ، فالمصنف على انه (ليس لهم اجباره على اختيار احدهما معجلاً) اذ الاصل عدم الاجبار كما في الجواهر وغيره ، فان الناس مسلطون على أنفسهم .

(الا اذا كان تأخيره) الرد أو القبول (موجباً للضرر عليهم) بأن كان حفظ المال بدون حق التصرف موجباً للضرر أو العسر والخرج .

(فيجبره الحاكم حينئذ على اختيار احدهما) كما قواه الجواهر .

قال في المستمسك: للقاعدة نفي الضرر لانها نافية فلا تصلح للاثبات ، بل

لعموم حرمة الاضرار بالغير .

مسألة -- ٧ -- إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد فالمشهور قيام وارثه مقامه في ذلك فله القبول

أقول : حيث منع الشارع عن الاضرار كان على الحاكم المنع عنه، فدليل لاضرر كاف في الاثبات، ولذا استدل الرسول صلى الله عليه وآله وسلم لجواز قلع شجرة سمرة بدليل لاضرر .

أما قول بعض المعلقين لوجه للاجبار ، ولو قلنا باعتبار القبول في صحة الوصية، اذ لاضرر على الورثة في التأخير غاية الامر انه يفوت عليهم الانتفاع على تقدير تأخير الرد، فلا يخفى ما فيه، اذ حفظ المال بدون تمكن التصرف كثيراً ما يكون ضرراً، والمصنف لم يقل انه ضرر دائماً، بل قال: الا اذا كان تأخيرها، ولذا سكت على المتن أغلب المعلقين كالسادة الوالد وابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم .

ثم الظاهر انه لو تعذر اجبار الحاكم تولاه الوارث بنفسه ، كما ألمع اليه الجواهر وان تأمل فيه ، لكن لا وجه للتأمل بعد ان كان فيه رفع الضرر .
(مسألة -٧- إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد فالمشهور قيام وارثه مقامه في ذلك) القبول أو الرد اما اذا قبل ومات انتقل الى وارثه، واذا رد ومات لم يكن لوارثه اجماعاً فيهما ، واذا جن بما لم يصح قبوله ورده فالظاهر قيام وليه مقامه، لان ماله ينتقل اليه بمقتضى اطلاق ولايته .

وكيف كان، فقد نسب ذلك الى المشهور جماعة منهم التذكرة وغاية المراد والمهذب البارع والمقتصر وايضاح النافع والشيخ المرتضى [ره] كما حكى عنهم، وعن كشف الرموز ان عليه العمل .

(فله القبول) أو الرد اذا كان بعد موت الموصى ، واذا كان في زمان حياة

إذا لم يرجع الموصى عن وصيته من غير فرق بين كون موته في حياة الموصى أو بعد موته وبين علم الموصى بموته وعدمه وقيل بالبطان بموته قبل القبول وقيل بالتفصيل بين ما إذا علم انه غرض الموصى له فتبطل وبين غيره فلورثته ، والقول الاول وان كان على خلاف القاعدة

الموصى فله القبول (إذا لم يرجع الموصى عن وصيته) فانه إذا رجع لم يكن حتى لنفس الموصى له القبول فكيف بوارثه .

(من غير فرق بين كون موته في حياة الموصى أو بعد موته وبين علم الموصى بموته وعدمه) وذلك لاطلاق الدليل الخاص الوارد في هذه المسألة كما سيأتي .

(وقيل بالبطان) للوصية (بموته قبل القبول) وعن الحدائق انه نقله عن جماعة من الاصحاب منهم ابن الجنييد والعلامة في المختلف .

(وقيل بالتفصيل بين ما إذا علم انه غرض الموصى له فتبطل وبين غيره) بأن لم يعلم ماذا غرضه، أو علم بأن غرضه أعم .

(فلورثته) عن الدروس ان التفصيل المذكور حق وبه يجمع بين النصوص وعن المسالك حكاية قول آخر بالتفصيل بين موته في حياة الموصى فتبطل ، وموته بعد حياته فتصح .

(والقول الاول وان كان على خلاف القاعدة) لكنه مقتضى الادلة الخاصة فاللازم الذهاب اليه، خصوصاً بعدذهاب المتقدمين كافة - الا أبي علي - اليه حتى قال في مفتاح الكرامة: ان أول من فرق الاجماع المحقق ان تم مانسبوا اليه من المخالفة .

فقد روى الساباطى [أو الباهلي] على ما عن الكافي والفقير قال : سألت أبا جعفر عليه السلام ، عن رجل أوصى الي وأمرني أن أعطي عماله في كل سنة شيئاً فمات العم؟ فكتب عليه السلام : اعط ورثته .

والصحيح عن المشي الذي رواه الكافي والصدوق والعياشي - وبعضهم رواه عن العباس بن عامر - عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال : سألته عن رجل أوصى له بوصية فمات قبل أن يقبضها ولم يترك عقباً؟ قال عليه السلام : اطلب له وارثاً أو مولى فادفعها اليه ، قلت : فان لم أعلم له ولياً؟ قال : اجهد أن تقدر له على ولي ، فان لم تجد وعلم الله تعالى منك الجهد فتصدق بها .

وصحيح محمد بن قيس الذي رواه المشايخ الثلاثة في الكتب الأربعة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى لآخر والموصى له غائب فتوفى الموصى له الذي أوصى له قبل الموصى ؟ قال عليه السلام : الوصية لو ارث الذي أوصى له ، قال : ومن أوصى لاحد شاهداً كان أو غائباً فتوفى الموصى له قبل الموصى فالوصية لو ارث الذي أوصى له الان يرجع في وصيته قبل موته .

وقال الصدوق في المقنع الذي هو متون الاخبار : ومن أوصى الى آخر شاهداً كان أم غائباً فتوفى الموصى له قبل الذي أوصى ، فان الوصية لو ارث الذي أوصى له ، ان لم يرجع في وصيته قبل أن يموت .

وفي المستدرک ، عن العياشي ، عن مشي بن سلام ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال : سألته عن رجل أوصى له بوصية فمات قبل أن يقبضها ولم يترك عقبا ، قال عليه السلام : اطلب له وارثاً أو مولى فادفعها اليه ، فان الله سبحانه وتعالى يقول : « فمن بدله بعد ما سمعه فانما أثمه على الذين يبدلونه » قلت : ان الرجل كان من أهل فارس دخل في الاسلام لم يسم ولا يعرف له ولي ، قال

مطلقاً بناءً على اعتبار القبول في صحتها لان المفروض ان الايجاب مختص بالموصى له وكون قبول الوارث بمنزلة قبوله ممنوع

عليه السلام : أجهد أن تقدر له على ولي ، فان لم تجده وعلم الله منك الجهد تتصدق بها .

أقول: وبهذا ظهر الفرق بين مارواه الوسائل وكتب الفتوى عن العياشي وبين مارواه المستدرك، فان هذا القول المستند الى الروايات وان كان خلافاً للقاعدة :

(مطلقاً) سواء مات الموصى له في حياة الموصى أو بعده (بناءً على اعتبار القبول في صحتها) كما تقدم الظاهر في ان الموصى اليه لم يرد ، فاذا لم يقع العقد المملك له حتى ينتقل الي وارثه، ولا يخفى انه يجب أن تحمّل الروايات على ما اذا قبل الوارث، أما اذا لم يقبل، فمقتضى القاعدة عدم صحة الوصية، فالمال ينتقل الى ورثة الموصى .

(لان المفروض ان الايجاب مختص بالموصى له) لان الموصى ملك الموصى له، فهو لولا الدليل كالنكاح الذي تملك الزوجة نفسها للزوج فلا يصح قبول وارثه حتى يكون زوجاً لها، وليس الايجاب في المقام، مثل الايجاب في البيع، حيث ان الغالب كون الموجب لا يقصد بالخطاب خصوص المشتري فانه لا يهم له ان كان هو المشتري أو غيره، فان البيع تبادل مالين ، أما الوصية فهي تملك الطرف والنكاح ركناه الزوجان .

(وكون قبول الوارث بمنزلة قبوله ممنوع) اذ لم يقصده الموجب والعقود تتبع القصود .

ومنه يعلم، ان قول المستمسك في رده ولعدم مطابقة القبول للايجاب انه

كما ان دعوى انتقال حق القبول الى الوارث أيضاً محل منع صغرى وكبرى لمنع كونه حقاً

مبني على كون الوارث يتلقى الملك من الموصى .

اما اذا كان يتلقى الملك من الموصى له فقبول الوارث أيضاً يتضمن تمليك الموصى له، فهو قبول لنفس ذلك الايجاب، غير تام ، اذ تلقى الوارث الملك لا يكون الا بعد ملك الموصى له المبتنى على قبوله، فحيث لا قبول لملك فلا تلقى .

ثم ان قوله: [وكون] كأنه رد لمن أراد ان يطبق الحكم على القاعدة، وفيه ما ذكر :

(كما ان دعوى) تطبيق الحكم على القاعدة لـ(انتقال حق القبول الى الوارث أيضاً) وذلك ببيان مقدمتين :

الاولى : ان القبول حق للموصى له، لانه ان شاء قبل ، وان شاء رد.

الثانية : ان ماتر كه الميت فلوارثه فحيث ترك الموصى له هذا الحق ، فقد انتقل الى وارثه فله ان يقبل وينتقل المال اليه، كما ان الاخذ بالشرط والخيار و ماأشبه مما تركه الميت .

(محل منع صغرى وكبرى) أما الصغرى، فـ (لمنع كونه حقاً) ويدل على ذلك ما ذكروا من خواص الحق، مثل كونه قابلاً للاسقاط، فهل للموصى له ان يقول: انى أسقطت هذا الحق؟ فاذا لم يكن له الاسقاط لم يكن له نقله ولا ينتقل الى وارثه .

أقول: قد فصل جماعة بين الحق والحكم بتفصيلات، والظاهر الخدشة في أكثر ما ذكروا، وقد ذكرنا نحن في أوائل كتاب: [احياء الموات] ما ينبغي

ومنع كون كل حق منتقلا الى الوارث حتى مثل ما نحن فيه من الحق الخاص به الذي لا يصدق كونه من تركته وعلى ما قويناه من عدم اعتبار القبول فيها، بل كون الرد مانعاً أيضاً يكون الحكم على خلاف القاعدة في خصوص صورة موته قبل موت الموصى له لعدم ملكيته في حياة الموصى

ان يقال في باب الحق والحكم فراجع .

(و) أما الكبرى فـ (منع كون كل حق منتقلا الى الوارث حتى مثل ما نحن فيه من الحق الخاص به) اذ لا دليل لنا ان كل حق قابل للارث حتى يؤخذ بهذه الكلية في المقام ، ولذا قال في المسالك: مع انا نمنع من كون القبول حقاً للوارث مطلقاً، وانما كان حقاً للمورث على تقدير مباشرته ويرشد اليه ان الاغراض في الوصية تختلف باختلاف الاشخاص، الى آخر كلامه .
والحاصل: ان هذا الحق (الذي) للمورث (لا يصدق كونه من تركته) حتى يشمل دليل ما تركه الميتم فلو ارثه .

(و) كيف كان، فقول المشهور على خلاف القاعدة ، وانما يصار اليه للنصوص المتقدمة التي لا يرد عليها الايرادات الاتية ، فالحكم (على ما قويناه من-) ان الوصية العقدية ملك على خلاف القاعدة مطلقاً، وان كان على ما قواه المصنف (عدم اعتبار القبول فيها ، بل كون الرد مانعاً أيضاً يكون الحكم على خلاف القاعدة في خصوص صورة موته قبل موت الموصى له) ثم لم يقبل الموصى له ولم يرد ومات وقبل ورثته الوصية ، وانما كان الحكم على خلاف القاعدة .

(لعدم ملكيته في حياة الموصى) فلا وجه لانتقال الموصى به الى ورثته ،

لكن الاقوى مع ذلك هو اطلاق الصحة كما هو المشهور وذلك
لصحيحة محمد بن قيس

حيث لم يملكه في حياته، لكن هذا الاشكال غير وارد ان سلم انه حق ، وان
ما تركه من حق فلو ارثه، اذ لا يلزم الملكية الفعلية للميت في حال حياته .
ومنه يعلم، وجه النظر في قول المستمسك وانتقال الموصى به الى الموصى
له بعد وفاة الموصى، وان كان ممكناً كانتقال الدية الا ان الادلة العامة لاتفي بذلك
وتقصر عن اثباته، اذ الدليل هو ما ذكرناه من الجمع بين كونه حقاً وكبراه .
(لكن الاقوى مع ذلك هو اطلاق الصحة كما هو المشهور) بل عرفت
دعوى الاجماع عليه الى ما قبل المحقق .

(وذلك لصحيحة محمد بن قيس) المتقدمة والاشكال فيه بابراهيم بن هاشم
الواقع في سند الحديث فيخرجه عن الصحة - مع انه غير ضار بعد تسليم كونه
حسناً - غير تام، اذ قد تكرر في هذا الشرح انه من الاجلة الذين لا ينبغي النقاش
فيهم فراجع كتب الرجال .

كما ان الاشكال في الصحيحة بأن محمد بن قيس الواقع في طريقهما مشترك
بين الثقة والضعيف، فكيف تجعل روايته مستند الحكم، كما أشكل عليها بذلك
المختلف والمسالك ففيه بالاضافة الى انه لو تم ما ذكره كانت الشهرة القطعية
بل الاجماع المدعى جابرة لها، ان الظاهر كما قاله غيره واحد ان محمد بن قيس
الذي يروى عنه عاصم بن حميد هو البجلي الثقة، كما عن الشيخ في الفهرست
وهو الذي يروى كتاب قضايا أمير المؤمنين عليه السلام كما عن النجاشي
وقد برهن على ذلك في فنه - كما في مفتاح الكرامة، بالاضافة الى ان رواية
الكافي والصدوق كافية في صحة الاستناد بعد ان التزما بأنهما لم يرويا الاماهو

الصريحة في ذلك حتى في صورة موته في حياة الموصى المؤيدة
بخبر الساباطي المتقدم وصحيح المثني ولا يعارضها صحيحتا محمد
بن مسلم

حجة بينهم وبين الله - كما ألعنا اليه مكرراً -

(الصريحة في ذلك) الحكم المذكور (حتى في صورة موته في حياة الموصى)
وبقرينة ذكر الغيبة تكون كالصريحة في كون الموت قبل القبول (المؤيدة بخبر
الساباطي المتقدم) وقد تقدم روايته في الكافي والفقيه، وكفى بهما حجة، فكون
بعض رجال السند ضعيفاً غير ضائر بالحججة، كما لا يضر ما ذكره المستمسك
من انه غير ظاهر قي التمليلية، بل ظاهر في الوصية بالتمليك في كل سنة و
هو غير مانحن فيه .

اذ أولاً : ان الخبر مطلق يشمل عليهما .

وثانياً : يكفي في التمليلية مناط التمليك .

(وصحيح المثني) على ما رواه الصدوق، أو صحيح العباس بن عامر على

ما رواه الكافي .

وبذلك يظهر، عدم ضرر رواية العياشي، كما تقدم عن المستدرک فالسند
صحيح، والدلالة واضحة، حيث ان عدم القبض أعم من عدم القبول، فقول
المستمسك : ان الاقتصار في الخبر على ذكر عدم القبض يدل على وقوع
القبول فلا يكون ممناً نحن فيه، لا أقل من عدم ظهوره في عدم القبول، غير
ظاهر الوجه، لان الاطلاق وعدم التفصيل في الجواب كاف في دلالة على ما
نحن فيه .

(ولا يعارضها صحيحتا محمد بن مسلم) وأبي بصير رواهما الشيخ

ومنصور بن حازم بعد اعراض المشهور عنهما وامكان حملهما على محامل منها التقية لان المعروف بينهم عدم الصحة

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصى؟ قال: ليس بشيء .

(ومنصور بن حازم) الذي رواه الشيخ أيضاً - وحيث ان في سنده علي بن الحسن بن فضال ، فهو من قسم الموثق - عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل أوصى لرجل بوصية ان حدث فيه حدثاً فمات الموصى له قبل الموصى ، قال عليه السلام : ليس بشيء .
(بعد اعراض المشهور عنهما) كما تقدم .

(و امكان حملهما على محامل منها التقية لان المعروف بينهم عدم الصحة) ومنه يعلم الجواب عن رواية الدعائم ، عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام ، انهما قالا : في رجل أوصى لرجل غائب بوصية فمات على وصيته فنظر بعد ذلك فوجد الموصى له قد مات قبل الموصى ؟ قالا : بطلت الوصية وان كان غائباً فأوصى له ثم مات بعده نظر ، فان كان قبل الوصية فهو لورثته ، وان لم يقبلها فهي لورثة الموصى .

وكيف كان ، فقد قال في محكي التذكرة : ان بطلان الوصية بموت الموصى له قبل الموصى مذهب أكثر العامة ، وبه قال الزهري وحماد بن أبي سلمة وربيعه ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، والوسائل تبسح التذكرة في حملها على التقية ، فهذا أحد المحامل ومحملان ذكرهما الشيخ في محكي الاستبصار قال: الوجه في هذين الخبرين أحد شيئين :

أحدهما أن يكون ليس بشيء وينقض الوصية بل ينبغي أن تكون على حالها

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

في الثبوت لورثته.

الثاني: أن يكون المراد بذلك بطلان الوصية اذا كان غيرها الموصى في حال حياته على ما فصل في خبر محمد بن قيس.

أقول: ويؤيد الحمل الاول ما ذكره في مفتاح الكرامة بانه مناسب لتذكير المستتر في ليس، ولو كان المراد ان الوصية ليست بشيء لقال ليست، وعلى تقدير تساوي الاحتمالين يكفي الاجمال.

(نعم يمكن دعوى انصراف الصحيحة عما اذا علم كون غرض الموصى خصوص شخص الموصى له على وجه التقييد) مثلاً: كان عدواً لورثته حيث لا يرضى أن يحصلوا منه ولو على درهم، ولذا ادعى في الرياض ان القدر المتيقن من النصوص غير هذه الصورة، واذا كانت هذه الصورة منصرفاً عن النص فالمرجع فيها القواعد الاولى.

ثم ان اللازم كون المراد بالتقييد اعم منه ومن المصعب اذ حال المصعب كذلك - كما بيناه في بعض الكتب السابقة - .

أما اذا كان على وجه الشرط كان لورثة الموصى الاخذ بالشرط - حسب القاعدة - .

(بل ربما يقال: ان محل الخلاف غير هذه الصورة) وفيه: ان كلامهم مطلق تبعاً للروايات، وهل يلزم ان يكون كل حكم على طبق القاعدة حتى يتشبه بهذه الوجوه ؟ .

لكن الانصراف ممنوع ، وعلى فرضه يختص الاشكال بما اذا كان موته قبل موت الموصى والا فبناءً على عدم اعتبار القبول بموت الموصى صار مالكاً بعد فرض عدم رده فينتقل الى ورثته بقى هنا أمور :

(لكن الانصراف ممنوع) وان قال الوالد : انه في محله ، و ذلك لان الانصراف انما يكون اذا رأى العرف انصيب اللفظ على غيره ، والمقام ليس كذلك .

نعم ، لو قيد الموصى الوصية بما لا يشمل الورثة على كل حال لم تشمل الصحيحة تلك الصورة ، مثلاً : قال هذا لك بعد حياتي ان كنت حياً ، وكذا اذا قال : ان فعلت كذا بعد موتي فهو لك ، الى غير ذلك ، وهذا ليس من باب الانصراف ، بل لا تشمله الصحيحة كما عرفت .

(وعلى فرضه يختص الاشكال بما اذا كان موته) موت الموصى إليه (قبل موت الموصى والا) بأن مات بعد موت الموصى .

(فبناءً على عدم اعتبار القبول) في الوصية ، وانما يملك بمجرد موت الموصى (بموت الموصى صار) الموصى إليه (مالكاً) لحصول سبب الملك (بعد فرض عدم رده) لان الرد يمنع عن نفوذ الوصية كما تقدم ، واذا لم يرد فقد ملك (فينتقل الى ورثته) .

أما بناءً على احتياج الوصية التمليلية الى القبول مطلقاً لافرق بين موت الموصى إليه قبل الموصى أو بعده بدون أن قبل .

(بقي هنا امور :

أحدها: هل الحكم يشمل ورثة الوارث؟ كما اذا مات الموصى له قبل القبول ومات وارثه أيضاً قبل القبول فهل الوصية لوارث الوارث أو لا؟ وجوه الشمول وعدمه لكون الحكم على خلاف القاعدة

(أحدها: هل الحكم يشمل ورثة الوارث؟) ولو بعد اعقاب (كما اذا مات الموصى له قبل القبول) والرد (ومات وارثه أيضاً قبل القبول) والرد، وانما ذكرنا الرد، لان الظاهر من كون رد الموصى له مسقطاً للوصية ان رد وارثه أيضاً كذلك بقرينة ان قبوله مثل قبول الموصى له ، فان العرف يفهم من ذلك المناط.

(فهل الوصية لوارث الوارث أو لا؟ وجوه) ثلاثة:

الاول: (الشمول) وهذا هو الظاهر من النص، فان العرف يرى انه ارث جائه من قبل الموصى اليه، فاللازم تقسيمه بينهم تقسيم الارث، واذا كان لا يرث الوارث كالمرثة من الارض لم يرث منه ، واذا كان لا يرث ، لانه كافر أو قاتل أو ما أشبه لا يرث منه ، الى غير ذلك من أحكام الارث - وسيأتى الكلام في الحبوة - .

وعليه ، فلا فرق بين وارث الموصى اليه وبين وارث وارثه ، وهذا هو الذي اختاره غالب المعلقين كالسادة الوالد وابن العم والجمال والبروجردى وغيرهم .

(و) الثاني : (عدمه لكون الحكم على خلاف القاعدة) على ما تقدم و المتيقن من النص صورة الوارث لاوارث الوارث، فالمال يرجع ارثاً الى ورثة الموصى، وفيه ما تقدم، وقوله: [عقباً] واطافة المولى في الحديث مما يؤيدانه

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

الثاني : إذا قبل بعض الورثة ورد بعضهم فهل تبطل

ارث مطلقا .

(و) الثالث : (الابتناء على كون مدرك الحكم انتقال حق القبول فتشمل) لاطلاق ما تركه الميت من حق ، فانه كما ينتقل الى الوارث ينتقل الى وارث الوارث .

(وكونه الاخبار فلا) لعدم اطلاق الاخبار ، ولعدم فهم المناط. وقد عرفت ان المدرك الاخبار، ومع ذلك نقول بالانتقال لما تقدم من الفهم العرفي منها، ثم انا انما نقول بقبول الوارث أو وارثه لما تقدم من انها عقد، والعقد بحاجة الى القبول .

(الثاني: إذا قبل بعض الورثة ورد بعضهم فهل تبطل) الوصية مطلقاً وذلك لان القبول لم يطابق الايجاب، فلا يصدق عقد كم الذي هو المناط وقد تقدم في مسألة قبول الموصى له بعض الوصية دون بعض، وأشكل في ذلك بعض الفقهاء وقلنا انه ان كانت الوصية بنحو المصوب أو القيد يكون مقتضى القاعدة البطلان وان كانت بنحو تعدد المطلوب [كنكاحين في صيغة واحدة] تكون صحيحة بالنسبة الى الجزء المقبول ، وان كانت بنحو الشرط ، فان أسقط ولي الميت الشرط صححت بالنسبة الى الجزء المقبول ، لان خيار الشرط يكون للوارث، وان لم يسقط حق الشرط وأخذ به بطلت الوصية لخيار الشرط المعطى له حق الفسخ وقد فسخ .

أو تصح ويرث الراد أيضاً مقدار حصته أو تصح بمقدار حصة القابل فقط أو تصح وتمامه للمقابل

(أو تصح ويرث انراد أيضاً مقدار حصته) لما عللة في المستمسك بالاجتزاء في الصحة بمجرد القبول في الجملة -- انتهى.

وكأنه لان الوصية شيء واحد، فاذا قبلت في الجملة صححت ، لكن ذلك خلاف ما ذكرنا في باب الخيار اذا رده بعض وأخذ بعض -- فيما ورثوه -- حيث يوجب الرد في الجملة البطلان كلية فهو مثل ما اذا كان الخيار للمتبايعين فيرده احدهما ويقبله الاخر، حيث يقدم الرد على القبول .

وكيف كان فاذا قلنا بالقبول في باب الوصية صار الموصى به ملكاً لمورثهم واذا ملكه صار لهم حسب الارث، سواء منهم الراد ، أو القابل وان كان قبله أحدهم ورده بقيتهم وكانوا عشرة أو اكثر مثلاً.

(أو تصح بمقدار حصة القابل فقط) لان الوصية تنحل الى وصايا في الحقيقة لتعدد المطلوب حقيقة عند العرف في غالب الوصايا ، فهي كتبعض الصفة، حيث يصح البيع ونحوه في المقبول دون المردود.

ومنه يعلم ، احتمال آخر وهو الفرق بين ما كان مراد الموصى على نحو تعدد المطلوب فتصح في المقبول دون المردود، كما اذا وصى بعشرة دنانير لزيد باعتبار انه فقير بحيث كان قصده تملكه ديناراً ديناراً، فاذا قبل أحد أولاده العشرة الوصية كان له دينار ، كما اذا قبل نفس الموصى له الدينار فقط دون سواه ، وبين ما كان مراده على نحو وحدة المطلوب قيداً أو مصباً ، حيث تبطل كل الوصية، لان قبول البعض يوجب عدم المطابقة بين الايجاب والقبول .

(أو تصح وتمامه للمقابل) قال في المستمسك: للاجتزاء بالصحة بمجرد القبول

أو التفصيل بين كون موته قبل موت الموصى فتبطل أو بعده فتصح بالنسبة الى مقدار حصة القابل وجوه .

وكون الارث تابعاً له فلا يرث الا القابل .

أقول: أما الاول : فلان الوصية انشاء واحد ، فأما أن يقبل في الكل ، أو لا يقبل وحيث لحقها القبول كان الكل صحيحاً .

وأما الثاني : فلانه لما لم يرث الراد ، حيث انه لامعنى لدخول شيء في ملك انسان بدون ارادته لانه خلاف سلطنته كان اللازم ارث القابل لجميعة .

(أو التفصيل بين كون موته قبل موت الموصى فتبطل) لانه لم يملك ، وقد مات فكيف يرثه وارثه ، واحتمال انه يملك بعد الموت خلاف ما قالوه من ان الميت لا يملك ، لانه جماد ، وأدلة الملك منصرفه عنه .

(أو بعده فتصح بالنسبة الى مقدار حصة القابل) لان الموت مع القبول مملك حسب الأدلة العامة ، وتبطل بالنسبة الى غير القابل ، لعدم القبول ، ولا يدخل شيء في ملك الانسان بدون قبوله ، أو احتمالات اخر ، حيث ان احتمالات المصنف ليست حاصرة كما لا يخفى .

(وجوه) أقربها ثالثها ، كما اختاره غالب المعلقين كالسادة أبو الحسن الاصفهاني والوالد وابن العم والبروجردى والشيخ ضياء الدين العراقي وغيرهم وذلك لما تقدم من وجهه .

نعم ، اللازم تقييده بما لم تكن الوصية على نحو وحدة المطلوب مصباً أو قييداً والابطلت ، لعدم تطابق القبول مع الایجاب ، كما انه كان كذلك اذا قبل الموصى اليه بعض الوصية في الوحدة مصباً أو قييداً .

أما اذا كانت الوصية على نحو تعدد المطلوب حسب الشرط لا القيد والمصـبـ كان لو ارث الموصى خيار الفسخ بخيار تخلف الشرط وعدم كون هذا الخيار

الثالث : هل ينتقل الموصى به بقبول الوارث الى الميit ثم اليه أو ابتداءً اليه من الموصى ، وجهان : أوجهها الثاني

للمورث من جهة ان العقد بالنسبة اليه جائز فلامجال لخييار تخلف الشرط أو سائر الخيارات له .

ومما تقدم يظهر وجه الاشكال في سائر الوجوه المحتملة التي ذكرها المصنف والتي أشرنا اليها .

(الثالث : هل ينتقل الموصى به بقبول الوارث الى الميit ثم اليه) كما استظهرناه فيما سلف لانه يتلقى الملك منه عرفاً والشارع قرره ، وهذا هو الذي اختاره جماعة كالسيدين الوالد وابن العم وغيرهما .

(أو ابتداءً اليه من الموصى ، وجهان : أوجههما) الاول كما عرفت وأضعفهما (الثاني) وان اختاره المصنف وبعض الساكتين عليه وهو الذي اختاره الشرائع والقواعد حيث قال : ولومات الموصى له قبل القبول قام وارثه مقامه في قبول الوصية ولا يدخل في ملك الميit - انتهى .

وعلمه في المستمسك بعدم قبول الميit للملك لانه بمنزلة المعدوم والملكية تستدعى نحواً خاصاً من التبعية والمتبوعية والمعدوم لا يقبل المتبوعية الخاصة الى أن قال : ولا بد حينئذ من البناء في المقام على انتقال المال من الموصى الى ورثة الموصى له .

ثم أشكل على نفسه بأنه اذا كان الانتقال من الموصى اليهم ، فلماذا لا يقسم المال بالسوية وأجاب بأنه ان تم ما ذكره المشهور من انتقال حق القبول الى الورثة في المقام كان انقسام الحق انقسام ميراث وتبعه ينقسم المال انقسام ميراث

وان لم يتم ما ذكره المشهور تعين أن يكون ملك الورثة في المقام بحكم الميراث من هذه الجهة ، لانه ميراث حقيقي ، الى آخر كلامه .

أقول : الميـت قابل للملك عرفاً ، فهو إضافة اعتبارية قررهما العقلاء ، ومنع منها الشارع في مقامات لا في كـل المقامات ، كما انهم قرروا ملك الجماد والحيوان والنبات ، فان حالهم حال الطفل والمجنون كلاهما لا ينصرف ويتصرف في نفعه وليه .

وقد صحح الشارع الوقف والوصية والنذر على المذكورات ويصرفها الولي في شئونها كما في الوقف على المسجد ونحوه ولاداعي الى تأويل ذلك بوجوه بعيدة ، لكنه لم يصحح الملك للجماد والحيوان والنبات لوجه هو أعلم به مع ان الوقف واخويه كالملك في نظر العرف حتى انه لو لم يكن اجماع قطعي على عدم ملك المذكورات لقلنا به استناداً الى الاعتبار العقلاني الذي لم يردعه الشارع أما حيث الردع المكشوف بالاجماع فلانقول به ، وحيث ان الشارع في الباب وباب الدية قرر الملك حسب المتفاهم عرفاً من أدلة المقامين :

نقول : بأن الميـت يملك وينتقل منه الى وارثه فيكون للمال ، سواء هنا أو في الدية كل أحكام الارث ، كما سبق ان ألمعنا اليه ، ومثله الثلث فانه يبقى على ملك الميـت يصرف في ما امر به ، وكذلك الحكم اذا نصب شبكة فمات فاصطادت السى غير ذلك ، حيث انها تكون للميـت ينتقل منها الى ورثته فجعل ما ذكره كالميراث حكماً لاحقيقة ، مع ان ظاهر الشرع وبناء العقلاء انه ميراث حقيقي ، غير ظاهر الوجه .

وبما تقدم يظهر ، انه لا فرق بين ان يموت الموصى له بعد الموصى ، او قبله فقول بعض المعلقين بالتفصيل بين الامرين بأنه اذا مات الموصى له بعد الموصى ، فالمال ينتقل الى الوارث من الموصى له دون ما اذا مات قبله ، فانه

وربما يبني على كون القبول كاشفاً أو ناقلاً فعلى الثاني والثاني وعلى
الاول الاول وفيه انه على الثاني أيضاً يمكن أن يقال بانتقاله الى
الميت آناماً ثم الى وارثه

ينتقل اليهم من الموصى غير مدعوم بالدليل .

(و ربما يبني) كون المال ينتقل الى الورثة من الميت أو من الموصى
(على كون القبول كاشفاً) عن الانتقال سابقاً (أو ناقلاً) من حين القبول (فعلى
الثاني) النقل (الثاني) أي الانتقال الى الوارث من الموصى (وعلى الاول) الكشف
(الاول) أي الانتقال الى الوارث من الميت ، وهذا [أي ربما يبني] يظهر
من جامع المقاصد ومفتاح الكرامة في شرحهما لكلام القواعد المتقدم فراجعهما .
ووجه هذا التفصيل انه مع النقل ، لاوجه لجعل الميت واسطة ، أما على
الكشف فالملك ينتقل الى الميت حتى تصل النوبة الى وارثه ، اذ لا يمكن
ملك الورثة للمال من اول موت الموصى بعد ان الورثة لارث لهم في ذلك
الحين .

(وفيه أنه على الثاني) النقل (أيضاً) كالكشف (يمكن أن يقال بانتقاله الى
الميت آناماً ثم الى وارثه) وانما نقول: اناماً لأنه مقتضى الجمع بين الدليلين
دليل انه ارث ، ودليل النقل .

اذ الاول: يقتضى كونه ملك الميت حتى ينتقل اليهم .

و الثاني: يقتضي النقل اليهم بمجرد قبولهم ، فاللازم القول بأنه ينتقل
الى الميت اناماً حتى يكون ارثاً منه ، ولا أكثر من آن ما حتى يكون النقل
ومنه يظهر ، ان اشكال المستمسك عليه بعدم الفرق بين الان الواحد والانات

بل على الاول يمكن أن يقال بكشف قبوله عن الانتقال اليه من حين موت الموصى لانه كأنه هو القابل فيكون منتقلا اليه من الاول. الرابع : هل المدار على الوارث حين موت الموصى له اذا كان قبل موت

المتعددة، غير وارد .

(بل على الاول) الكشف (يمكن أن يقال:) بما لا يرتبط بالميت، كما في النقل (بكشف قبوله) أي الوارث (عن الانتقال اليه من حين موت الموصى) بدون وساطة الميت (لانه كأنه) أي الوارث (هو القابل) بمجرد موت الموصى (فيكون منتقلا اليه من الاول) بدون أن ينتقل الى المورث، وذلك لسهولة الامور الاعتبارية، وانما الكلام في ظاهر الدليل .

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

ولذلك قال المستمسك : بأن اشكاله مندفع، اذ لمانع من انتقال الموصى به الى وارثه وهو موجود لعدم الاثر لمثل هذا الوجود بعد ان لم يكن منه قبول .

أقول : حيث عرفت ان ظاهر الدليل الانتقال الى المورث ثم الى الوارث فلا حاجة الى أمثال هذه الكلمات .

(الرابع : هل المدار على الوارث حين موت الموصى له اذا كان قبل موت

الموصى أو الوارث حين موت الموصى؟ أو البناء على كون القبول من الوارث موجباً للانتقال الى الميit ثم اليه أو كونه موجباً للانتقال اليه من الموصى فعلى الاول الاول وعلى الثانى الثانى وجوه .

الموصى أو الوارث حين موت الموصى؟) فاذا كان للموصى له ولدان - حال موته ثم مات أحد ولديه، ثم مات الموصى ورث كلاهما المال على الاول ، وألحى منهما على الثانى ، فعلى الاول حيث مات الولد ورثه ابنه فيرث العم و ابن الاخ في مرتبة واحدة .

(أو البناء على كون القبول من الوارث موجباً للانتقال الى الميit ثم اليه) فيرث الولدان لانهما في رتبة واحدة، وحيث مات أحدهما يرثه ابنه، أى يرث العم وابن الاخ أيضاً .

(أو كونه موجباً للانتقال اليه) أى الى الوارث (من الموصى) فلا يرث الابن الميit من ابني الموصى اليه ، بل يرث الابن الحي للميit الموصى اليه لعدم ارث العم وابن الاخ في طبقة واحدة .

(فعلى الاول) الانتقال الى الميit ثم الى ورثته (الاول) الوارث حين موت الموصى له .

(وعلى الثانى) الانتقال الى الوارث رأساً بدون واسطة الميit (الثانى) الوارث حين موت الموصى (وجوه) ثلاثة أقربها الاول كما قواه السادة الوالد وابن العم والبروجردى والحكيم وغيرهم. وعلله الاخير بأنه الظاهر من النصوص والحمل على الوارث حين موت الموصى تقييد يحتاج الى قرينة - انتهى . وذلك لما سبق من ان الوارث يتلقى الملك من الميit ، والميit يرثه ولداه ، ولما منع من اعتبار ملك ولده الذى مات أيضاً حتى يرثه الحفيد أى ابن

الخامس : اذا أوصى بأرض فمات قبل القبول فهل ترث زوجته منها أولاً وجهان مبنيان على الوجهين في المسألة المتقدمة فعلى الانتقال الى الميت ثم الى الوارث لا ترث ، وعلى الانتقال اليه أولاً لا مانع من الانتقال اليها لان المفروض انها لم تنتقل اليه بل وصية من الموصي

الاخ والعم في عرض واحد .

ومنه يعلم ، ان قول بعض المعلقين لا يبعد أن يكون الخبر ظاهراً في الثاني

خلاف الظاهر المستفاد عرفاً .

(الخامس : اذا أوصى بأرض فمات قبل القبول) ثم مات الموصي وقبل الورثة ، وكان فيهم زوجة الموصي له (فهل ترث زوجته منها) في ضمن سائر الورثة (أو لا) ترث (وجهان مبنيان على الوجهين في المسألة المتقدمة) من انه هل ينتقل الى الموصي له أولاً ؟ ثم الى ورثته أو ينتقل الى الوارث رأساً من الموصي بدون وساطة الموصي له .

(فعلى الانتقال الى الميت ثم الى الوارث لا ترث) الزوجة حيث انها لا ترث من الزوج شيئاً من الارض ، ومنه يعلم ، حال ما اذا كان الموصي به بناءً حيث لا ترث الزوجة من اعيانها بل ائمانها .

(وعلى الانتقال اليه) أي الى الوارث (أو لا) وبالذات بدون الوساطة (لا مانع من الانتقال اليها) في عرض سائر الورثة (لان المفروض انها لم تنتقل اليه) اي الى الوارث الذي فيه الزوجة ايضاً .

(بل وصية من الموصي) والوصية لافرق فيها بين الزوجة وغيرها ، لكن قد تقدم انه كالارث بالوساطة ، وعليه فلا ترث الزوجة ، وهذا هو الذي افتى به السيد البروجردي ، وان احتاط الوالد احتياطاً مطلقاً بالتصالح ، واستظهر ابن العم عدم ارثها ، وان احتاط أولاً .

كما انه يبني على الوجهين اخراج الديون والوصايا من الموصى به بعد قبول الوارث وعدمه

وبذلك يظهر، ان الاحتمالات الاخيرة في المسألة والتي منها ما ذكره بعض المعلقين من حرمانها على كلا التقديرين ، وان ما ذكره ليس مبنى المسألة او ماشبه غير ظاهر الوجه .

والحاصل : ان ظاهر النص والفتوى انه ارث فيأتي فيه كل احكام الارث والتي منها ان القاتل لا يرث ، وانه له حق الخيار الذي كان للمورث وغير ذلك . (كما انه يبني على الوجهين) الانتقال الى الميث ثم الى ورثته ، أو الى الورثة من الموصي رأساً (اخراج الديون والوصايا من الموصى به بعد قبول الوارث) على الاول لاطلاق أدلة الاخراج ، وقد فرض ان المال انتقل الى المورث ثم اليهم .

(وعدمه) على الثاني ، لانه ليس مال المورث ، بل انتقل الى الورثة من الموصي رأساً ، ولا يستشكل على اخراج الوصايا والديون اطلاق النص انه لورثة الموصى اليه ، اذ النص مبني على الحكم الاولى ، فهو كما اذا قال : ترك فلان مالا ، فيقال انه لوارثه ، حيث لا يراد به الاطلاق ، خصوصاً وان الرواية في مقام تحقق الارث في الجملة في قبال رجوع المال الى ورثة الموصي لافي مقام بيان الخصوصيات .

أما ما ذكره السيد البروجردي بقوله : تعليقاً على [بعد قبول الوارث] هذا هو المتعين بلاشكال ، لكن الظاهر ان المتولي لقبول الوصية حينئذ بالنسبة الى سهم الدين والوصية هو ولي أمر الميث من الوصي والحاكم ، وان كان الاحوط الجمع بينه وبين قبول الوارث - انتهى .

أما اذا كانت بما يكون من الحبوة ففي اختصاص الولد الاكبر به بناءً على الانتقال الى الميت أو لا فمشكل

ففيه: ان الوارث هو الذي توجه اليه القبول والرد فلا وجه لقبول أو رد غيره حاله حال الخيار الذي خلقه المورث، حيث ان الاخذ به هو الوارث لا الوصي والمديون، فان قبل ونفذ كان لهما الحق، وان رد بالخيار لم يكن لهما حق، وهل للدائن حق الزام الورثة بالقبول، قال بذلك بعض المعلقين، وعلمه بان القبول حق لهم بالارث، وحيث انه ارث فقد تعلق حق الدائن بهذا الحق، لكن الاظهر عدم حقهم في الازام، اذ بالقبول يتحقق الحق فلاحق قبله .

وان شئت قلت: ان الميت لم يترك الحق، وانما تركه الموصي، فان قبل الموصى اليه صار حقاً للميت ثم للمورثة، والالم يكن حقاً للميت حتى يصح الزامهم بالقبول، وقد ظهر من ذلك انه اذا كان على الميت دعوى مالى لم يصح ان تقام على الورثة الا اذا قبلوا الوصية لانهم بدون القبول ليسوا طرف النزاع اذا لم تكن للميت تركة - بناءً على ما اخترناه من الانتقال الى الميت ثم اليهم.

(أما اذا كانت) الوصية (بما يكون من الحبوة فـ) الظاهر انه لا ينبغي الاشكال (في اختصاص الولد الاكبر به بناءً على) ما رجحناه من (الانتقال الى الميت) لانه بمجرد ان انتقل صار حبوة حسب موازين الارث، والكلام في انه لو لم يقبل الاكبر وقبل غيره، أو بالعكس، هو الكلام المتقدم في انه لو قبل بعض الورثة دون بعض .

ومنه يعلم، ان تريد المصنف في انه هل يختص (أو لا فمشكل) محل نظر بل قد أفتى بالعدم الوالد قائلا: الاقوى عدم الاختصاص.

لانصراف الادلة عن مثل هذا .

السادس : اذا كان الموصى به ممن ينعق على الموصى له فان قلنا بالانتقال اليه أو لا بعد قبول الوارث فان قلنا به كشفاً ، وكان موته بعد موت الموصى انعق عليه وشارك الوارث ممن في طبقتهم ويقدم عليهم مع تقدم طبقتهم فالوارث يقوم مقامه في القبول ثم يسقط عن الوارثية لوجود من هو مقدم عليه ، وان كان موته قبل موت الموصى أو قلنا بالنقل ، وأنه حين قبول الوارث ينتقل اليه آناً فينعق لكن لا يرث الا اذا كان انعاقه قبل قسمة الورثة ، وذلك لانه على هذا التقدير بعد سبق سائر الورثة بالارث .

نعم ، لو انعق قبل القسمة في صورة تعدد الورثة شاركها ، وان قلنا بالانتقال الى الوارث من الموصى لامن الموصى له فلا ينعق عليه لعدم ملكه ، بل يكون للورثة الا اذا كان ممن ينعق عليهم ، أو

ولذا قال المستمسك : لا يظهر الفرق بين المقام وما سبق ، ثم قال : نعم يشكل الفرض نفسه باعتبار ان الوصية بما يكون من العبوة لا توجب صدق العبوة لاختصاصها بما يستعمله الميت على نحو الاعداد له ، فلا يشمل المملوك غير المعد للاستعمال فضلاً عن غير المملوك - انتهى .

وفيه : ان اطلاق العبوة شامل للقسمين ، وقد سكت على المتن السيدان البروجردى وابن العم مما يظهر منهما اشكاليهما في المسألة .

وكيف كان ، فقول المصنف تعليلاً لاشكاله : (لانصراف الادلة عن مثل هذا)

على بعضهم فحينئذ ينعتق ، ولكن لا يرث الا اذا كان ذلك مع تعدد الورثة وقبل قسمتهم .

السابع : لا فرق في قيام الوارث مقام الموصى له بين التمليلية والعهدية .

محل منع ، والله سبحانه العالم .

(السابع : لا فرق في قيام الوارث مقام الموصى له بين التمليلية والعهدية) وكان ذلك للمناط المستفاد من الروايات المتقدمة ، لكن حيث كان الحكم على خلاف القاعدة فالاصل عدم قيام العهدية مقام التمليلية ولذا قوى السيدان ابن العم و الجمال عدم القيام ، و ان سكت على المتن السيدان الوالد و البروجردي .

نعم ، ان اراد بالعهدية خصوص الوصية بالمال بأن يوصي زيدا ان يعطي عمرواً ديناراً ، فان اللازم اعطائه لورثته للمناط ، ولخصوص خبر الساباطي المتقدم ، ولابأس بضعفه سنداً بعد عملهم ، كما يظهر من استنادهم اليه فاشكال المستمسك في مثله من العهدية لضعف الخبر وعدم الجابر له من عمل الاصحاب محل اشكال .

ثم الظاهر ان اولاد الشبهة حكمهم في المقام ، كما في الارث ، أما ولد الزنا فلا يرث في المقام لعدم ارثه مطلقاً ، فاذا انحصر وارثه فيه كان كما لو لم يخلف الموصى له وارثاً فترجع الوصية الى ورثة الموصي ، فان الظاهر من كلماتهم انه لا اشكال فيه وعن الدروس انه نسبه الى المعظم ، وعن التنقيح الى الاكثر ، وعن السرائر انه لامام المسلمين ، ولعله لانه خرج عن ملك ورثته ، و حيث لم يكن له مصرف فهو للامام مثل ارث من لا وارث له .

مسألة - ٨ - اشتراط القبول على القول به مختص بالتمليكية
كما عرفت فلا يعتبر في العهدية ان لم يحصل القبول من الموصى
اليه

قال في مفتاح الكرامة : ان قول السرائر شاذ كالخبر الصحيح أو الحسن
فان لم تجد فتصدق به، واذا لم يكن للموصى له ورثة الا زوجته، فهل ترث
الحق في ما اذا كانت الوصية بالارض حتى اذا قبلت يكون للميت يصرف في
خيراته، كما في جراح الميت، حيث يصرف في خيراته أولا لانها لاشأن لها
في مالترث، والاصل العدم الظاهر الثاني، وقد ذكروا في باب خيار الزوجة
حول الارض ما ينفع المقام فراجع مكاسب الشيخ المرتضى [ره] وغيره .

ثم لا يخفى كما انه تحتاج الوصية التمليلية الى القبول كذلك في العهدية
باعطاء الغير، فان لم يقبل ذلك الغير سقطت الوصية ورجع المال الى ورثة
الموصى، وذلك لان ذلك الغير مسلط على نفسه فلا يدخل شيء في ملكه بدون
قبوله .

(مسألة - ٨ - اشتراط القبول على القول به) وقد تقدم انه هو مقتضى
القاعدة (مختص بالتمليكية - كما عرفت فلا يعتبر) قبول الموصى به (في
العهدية) فيجب العمل بالوصية (ان لم يحصل القبول من الموصى اليه) وحيث
ان ذلك على خلاف القاعدة، لان الناس مسلطون على أنفسهم، فلاحق لاحد في
جعل شيء عليهم الا برضاهم، فهو مثل جعل شيء على آخري زمان المجاعل، كان
اللازم الوقوف في ذلك على مورد النص المخصص لقاعدة السلطنة، وقد ورد
النص في موردين الولد بالنسبة الى الوالد والموصى الغائب بالنسبة الى الموصى اليه .
فقد روى الكافي عن علي بن ريان قال: كتبت الى أبي الحسن عليه السلام

رجل دعاه والده الى قبول وصيته هل له ان يمتنع عن قبول وصيته ؟ فوقع عليه السلام: ليس له ان يمتنع ورواه الشيخ والصدوق، عن سهل بن زياد .

وروي الصدوق، عن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: ان أوصي رجل الى رجل وهو غائب فليس له ان يرد وصيته، وأن اوصى اليه هو وبالبلد فهو بالخيار ان شاء قبل، وان شاء لم يقبل.

ورواه الكليني، عن حماد بن عثمان والشيخ، عن علي بن ابراهيم، وعن الفضيل بن يسار، عن أبي عبد الله عليه السلام، في رجل يوصى اليه قال : اذا بعث بها اليه من بلد فليس له ردها ، وان كان في مصر يوجد فيه غيره فذاك اليه .

وعن منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: اذا أوصى الرجل الى اخيه وهو غائب، فليس له ان يرد عليه وصيته لانه لو كان شاهداً فأبى ان يقبلها طلب غيره .

وعن هشام بن سالم، عن أبي عبد الله عليه السلام، في الرجل يوصي الى رجل بوصيته فيكره ان يقبلها، فقال أبو عبد الله عليه السلام: لا يخذله على هذه الحالة .

وعن الفضيل، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: في الرجل يوصى اليه؟ قال: اذا بعث اليها من بلد فليس له ردها .

وعن اسماعيل، قال: سألت الرضا عليه السلام، عن رجل حضره الموت فأوصى الى ابنه وأخوين شهد الابن وصيته وغاب الاخوان ، فلما كان بعد أيام أبيا ان يقبل الوصية مخافة ان يتوثب عليه ابنه فلم يقدر ان يعمل بما ينبغي فضمن لهما ابن عم لهما وهو مطاع فيهم ان يكفيهما ابنه فدخل بهذا الشرط فلم يكفهما ابنه، وقد اشترط عليه ابنه، وقالنا نحن براء من الوصية ، ونحن في

ويختص بما اذا كان لشخص معين أو اشخاص معينين، وأما اذا كان للنوع، أو للجهات كالوصية للفقراء وللعلماء أو للمساجد فلا يعتبر قبولهم، أو قبول الحاكم فيما للجهات

حل من ترك جميع الاشياء والخروج منه أيستقيم لهما ان يخليا عما في ايديهما وعن خاصته فقال : هو لازم لك فارفق على أي الوجوه كان فأنتك مأجور لعل ذلك يحل بابنه، وهذه الاخبار يستفاد منها الاضطرار من الموصى ، حيث لا يجد غيره ، ولذلك ذكر الغائب حتى اذا كان حاضراً ورد وجد غيره وسيأتي تفصيل الكلام في ذلك .

وبذلك يظهر ان اطلاق المصنف عدم اعتبار القبول في العهدية غير خال عن الاشكال، وعليه فاذا أوصى ان يعطي زيد لعمر وديناراً لا يجب القبول من الوصي، ولا من الموصى اليه، فللموصى ان لا يقبل الوصية وللموصى اليه ان لا يقبل الدينار.

(ويختص) لزوم القبول لتنفيذ الوصية (بما اذا كان لشخص معين أو اشخاص معينين) بل غير المعين ، كما اذا قال : اعطوا احمد أو زيد ديناراً ، فانه اذا لم يقبل المعين أو المعينين أو المردد كلهم ذلك لم تنفذ الوصية .

(وأما اذا كان للنوع، أو للجهات كالوصية للفقراء وللعلماء أو للمساجد) أو ما أشبه (فلا يعتبر قبولهم ، أو قبول الحاكم فيما للجهات) كما ذكره القواعد والمسالك، وان اطلق الشرائع احتياج الوصية الى الايجاب والقبول ، وعلل المسالك عدم الاحتياج الى القبول في النوع والجهات بتعذره في المستحق ان اريد من الجميع ومن البعض ترجيح من غير مرجح مع ان الوصية ليست له خصوصية.

قال في الحدائق: المفهوم من كلام أكثر الاصحاب ان الوصية عقد يفتقر

الى الايجاب والقبول من الموصى اليه ان كان معيناً ، وأما غيره كالفقراء مثلاً فيقبل الحاكم الشرعي أو من ينصبه ، والظاهر في الثاني ، كما استظهره جمع من المتأخرين منهم شيخنا الشهيد الثاني في المسالك عدم التوقف على القبول -- انتهى .

الظاهر انه ليس لاجل ان الوصية للنوع أو الجهات ليست بحاجة الى القبول حتى تكون حقيقة الوصية مختلفة، بل لان النوع وولي الجهات يقبلون والا لم يكن وجه للزوم الوصية مع عدم قبولهم، فانه تصرف في سلطنة الغير وهو مناف لتسلط الناس على أنفسهم، مثلاً: اذا كان هناك مسجد ومتوليه زيد فأوصى له عمرو بالضياء، فهل تنفذ بدون قبول المتولى، أو اذا أوصى للمساجد التي تحتم نظر الفقيه ولم يقبل الفقيه، فهل يقال: بنفوذها رغم عدم قبول الفقيه، ان قيل بذلك سئل عن وجه انخرام السلطة .

لا يقال: الوجه قوله سبحانه: «فمن بدله» .

لانه يقال: ان كان كذلك لزم ان يقال: مثله في الوصية للشخص، فما الفارق والحل ان من بدله يراد به بعد تحقق الوصية وقبلها لا تحقق فلا تبديل، وقد عرفت ان مقتضى السلطة عدم التحقق الابدع القبول، وكذلك الحال في النوع فاذا أوصى لفقراء محلته فلم يقبل أي فقير المال، فهل يقال بجبرهم عليه، وبأى دليل الجبر، فاذا أوصى ان يعطى ربح ثلثه كل عام للفقراء في محلته فلم يقبل العام الاول فأمر الربح دائريين اعطائه لهم جبراً ويخالفه دليل السلطة أو يترك فيعطى للفقراء في العام الثاني، أو سائر الفقراء، أو جوه البر - والمفروض ان الوصية لم تكن من باب تعدد المطلوب، بل كان مقيداً - فاللازم ان يرجع الى الورثة لا لاطلاق أدلة الارث فيما لم يخرج عنه بالوصية ونحوها وكذلك الحال في ما اذا لم يقبل كل النوع، أو لم يتحقق حتى مصداق واحد للنوع ولم يكن

وان احتمل ذلك أوقيل ودعوى ان الوصية لها ليست من التمليلية

قصد الموصي من باب تعدد المطلوب ، كما اذا أوصى لفقهاء بلده وانهدم البلد ولم يكن هناك فقهاء .

(وان احتمل ذلك أوقيل) ولذا الذي ذكرناه قال بعض المعلقين : انه لا يبعد ذلك ، وان قلنا بما لكية الجهة أو النوع .

وبما تقدم يظهر ، وجه النظر في تفصيل الوالد في المسألة قال عند قول المصنف [فلا يعتبر في العهدية] : من الموصى له اذا كانت بصرف شيء في وجه من وجوهه ونحوه ، لا اذا كانت بتصرف في جهة من جهاته الراجعة اليه كتمليك شيء له أو تعمير داره ، ولا بالنسبة الى الوصي ، فانه يعتبر فيها القبول - انتهى .

وذلك لأن مقتضى السلطنة الاحتياج الى القبول مطلقاً بالنسبة الى الوصي والموصى اليه .

و عليه ، فهل يصح ان يقال : بلزوم قبول الوصية لو أوصى جائر بان يصرف ماله على يد الفقيه الفلاني في فقراء البلد ، فانه اذا قبلا لزم ، وان لم يقبلا لم تلزم ، وان رد الفقيه ، وكانت من باب تعدد المطلوب تصداها غيره ، وان كان من باب وحدة المطلوب بطلت ، وان رد الفقراء ، فان كانت من باب تعدد المطلوب صرفه الفقيه في المطلوب الاول ، وان كان من باب وحدة المطلوب بطلت .

ومما تقدم يعلم ، حال ما اذا أوصى بأن يصلي عليه فلان أو ما أشبهه ، سواء في قبيل اعطاء مال له أو لا ، فانه اذا لم يقبل الموصى اليه بطلت .

(و) (الدعوى) التي ادعاها الجواهر من (ان الوصية لها ليست من التمليلية

بل هى عهدية والا فلا يصح تملك النوع أو العجهاة كما ترى

بل هى عهدية) والعهدية لاحتياج الى القبول ، وأراد بذلك ان يرد الاشكال المتوجه على الجماعة الذين قالوا بان التمليلية بحاجة الى القبول ، والاشكال هو كيف تقولون باحتياج التمليلية الى القبول مع ان الوصية لنوع أولعهاة تمليلية ولاحتياج الى القبول ، فأجاب انها ليست تمليلية ، بل عهدية فلا يستشكل على كلامهم .

(والا) تكن عهدية .

(فلا يصح تملك النوع أو العجهاة) - وهذا هو دليل الجواهر في انها عهدية لامليلية - (كما ترى) اذ بنائهم ان مثل هذه الوصية تمليلية لاعهدية فدفاع صاحب الجواهر عنهم ، بما لا يقولون به ، والذي يدل على ان بنائهم كونها تمليلية ما تقدم في كلام المسالك ، حيث علل عدم الاحتياج الى القبول [بالتعذر ، تارة والترجيح من غير مرجح ، اخرى] ولم يعمله بانها عهدية .

لا يقال : صح كلام الجواهر اذ المسجد والنوع لا يملكان ، فاللازم ان تكون الوصية عهدية .

لانه يقال : أي محذور في ملك النوع ، فان الملك اعتبار عقلائي وهو كما يعتبره بالنسبة الى الفرد ، يعتبر بالنسبة الى النوع ، ثم ان المسجد ، وان كان لا يملك ، لان الشارع لم يعتبر ملكه - كما ذكرناه في [كتاب احياء الموات] وغيره ، والافال عقلاء لا يرون مانعاً من ذلك - الا ان الوصية للمسجد بالمال يعتبر من قسم التمليلية ، لا العهدية ، هذا بالاضافة الى ما تقدم من احتياج كل وصية الى القبول ، سواء كانت تمليلية أو عهدية ، للجهة أول للنوع .

ومما تقدم يظهر ، وجه النظر في انتصار المستمسك للجواهر ، حيث قال :

وقد عرفت سابقاً قوة عدم اعتبار القبول مطلقاً ، وانما يكون الرد مانعاً ، وهو أيضاً لايجرى في مثل المذكورات فلا تبطل برد بعض الفقهاء مثلاً ، بل اذا انحصر النوع في ذلك الوقت في شخص فرد لا تبطل

والتحقيق ما ذكره في الجواهر من امتناع تمليك النوع والجهات ، لان الملكية تستوجب نوعاً من التبعية والمتبوعية ، وذلك لايتحقق في النوع ولافي الجهة ، لان المتبوعية لايصح اعتبارها الامع الهيمنة للمتبوع على التابع والنوع والجهة لا تصلح لذلك - انتهى . فان الملك كما عرفت نوع اعتبار والعقلاء يعتبرونه في المقام .

ومما تقدم ظهر وجه النظر في قول المصنف : (وقد عرفت سابقاً قوة عدم اعتبار القبول مطلقاً ، وانما يكون الرد مانعاً) اذ كل من تمليك الغير أو التحميل بشيء عليه تصرف في حدود سلطنته ، وذلك خلاف الناس مسلطون ، فاللازم القبول ، فهو كما لو لم يرد ايجاب البيع الموجه اليه في انه لا يحق العقد والملكية بدون قبوله ، وان لم يرده .

(وهو) أي الرد (أيضاً لايجرى في مثل المذكورات فلا تبطل) الوصية (برد بعض الفقهاء مثلاً) اذ قد عرفت جوابه (بل اذا انحصر النوع في ذلك الوقت في شخص) أو اشخاص (فرد لا تبطل) فيه انها تبطل بالنسبة كما تقدم ، كما ان ولي المسجد اذا رد بطات ، لما ذكرنا ، وقد علق الوالد على قوله [لا تبطل] : اذالم يختص الموصى به بذلك الوقت والابطال ، كما لو أوصى لهم بغلة بستانه أو سكنى داره في تلك السنة - انتهى .

بقي شيء ، وهو انه لو أوصى له بسكنى زيد داره ، وقبل زيد ، على ما ذكرنا من اشتراط القبول ، ثم لم يسكن هل يحق للورثة السكنى أم لا؟ مقتضى القاعدة

مسألة - ٩ - -- الاقوى فى تحقق الوصية كفاية كل ما دل عليها من الالفاظ ولا يعتبر فيه لفظ خاص

انه ان كانت الوصية على نحو تعدد المطلوب ، أي وصول ربح الدار الى الموصى له ، ومطلوبه الثاني سكناه فلم يسكن آجرها الحاكم وأعطى الموصى له اجرتها ، وذلك - لا لان فراغ الدار اسراف - بل لان الحاكم ولي الميت ككونه ولي الغائب والقاصي ، فاللازم عليه تنفيذ الوصية أي إيصال حق الميت اليه ، ولذا يحتمل جبر الموصى له بالسكنى ، لان عدم سكناه اضاءة لوصيته مثل جبر الحاكم المشتري بأخذ المثمن واعطاء الثمن ، وان كان على نحو وحدة المطلوب ، فان امكن جبره ، جبره ، والارجح ارتثاً ، لان الوصية كلما لم تتحقق كان اطلاق دليل الارث محكماً ، وقد ذكرنا مسألة جبر الحاكم ونحوه في بعض المباحث السابقة .

(مسألة - ٩ - الاقوى في تحقق الوصية) في ايجابها (كفاية كل ما دل عليها من الالفاظ ولا يعتبر فيه لفظ خاص) قال في الشرائع : فالايجاب كل لفظ دال على ذلك القصد ، ومثله في القواعد والتذكيرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد كما حكى عن بعضهم .

أقول : وذلك لاطلاق الادلة بعد صدق الوصية عرفاً ، ولذا تصح بالكناية والمجاز اذا تحقق الموضوع ، قال في محكى التحرير : انها تقع بكل لغة يعرف منها قصد ذلك قطعاً ، بل عن الدروس لافرق بين العربية وغيرها ، كما في سائر العقود الجائزة ، وقد ذكرنا في صيغة النكاح ان من غير اللازم ان يعرف المتلفظ خصوصيات المراد من اللفظ ، فلو قال : أوصيت ولم يعرف ان التاء للمتكلم لم يضر بعد ان عرف ان هذه صيغة وصيته .

ومنه يعلم، وجه النظر في كلام الجواهر حيث قال: ينبغي ان يكون استعماله اللفظ في ذلك جارياً مجرى الاستعمال المتعارف، ولا يكفي ارادته ذلك من لفظ غير صالح لارادته حقيقة أو مجازاً، ولذا رده المستمسك بانه بعد ظهور المراد لامجال للتوقف في الصحة عملاً باطلاق الأدلة - انتهى .

ومما ذكرنا يعلم، وجه ما قاله القواعد من صحة أو صيت بكذا، أو افعلوا كذا؟ أو اعطوا فلاناً بعد وفاتي، أو لفلان كذا بعد وفاتي؟ أو جعلت له كذا؟ قال: ولو قال هو له فهو اقرار في الحال لا يقبل منه حملة على الايضاء الا ان يقرنه بما يفسد الاقرار، كما لو قال: هو من مالي له فهو وصيته، ولو قال: عينت له كذا؟ فهو كناية ينفذ مع النية، ولو قال: وهبته وقصد الوصية لا التنجيز، فالاقرب صحة التفسير لانه بمنزلة ملكة، ونقل ذلك عن التذكرة والايضاح وحواشي الشهيد .

ثم ان شك في لفظ انه أراد الاقرار، حيث ينفذ كله، ولو أكثر من الثلث، أو وصية فلا ينفذ الا في مقدار الثلث، فالظاهر جريان اصالة عدم لزوم الزيادة بعد تساقط اصالتي عدم الاقرار وعدم الوصية، وكذا لو شهد اثنان بانه أوصى بكذا، وآخران بانه اقر بكذا فالمعطى للطرف بقدر الثلث لأكثر، والظاهر انه لا تكفي النية المجردة في الوصية، اذا علمنا بها، وان كانت النية على نحو انشاء الوصية لعدم تحقق العقد بذلك، بل ولا الايقاع، فلو طلق زوجته أو اعتق عبده قلباً لا ينفذ .

وكذا لو قال في قلبه انه ابرء مدينه من دينه، فانه لا يبرء لعدم اعتبار العقلاء بذلك وكذا النية في النفاق، ولذا لا يعتبر ونها في الايمان مع المجهود لساناً، كما قال سبحانه: « وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم » بل وحتى بدون المجهود فانه لا يسمى ايماناً، وعليه فاذا قال في قلبه انه بريء الدين الذي له على زيد

بل يكفي كل فعل دال عليها حتى الاشارة والكتابة ، ولو في حال الاختيار اذا كانت صريحة في الدلالة بل أو ظاهرة

لم يبرء .

ومما تقدم ، من كفاية القلب والمظهر يعلم انه لو قال : اعطوا ومات ولم يكلم بما علمنا ارادته من [زيداً ديناراً] مثلاً ، كانت وصية لعدم لزوم ذكر المتعلقات ، فهو يعد وصية ، وكذلك لو انعكس بأن قال : [زيداً ديناراً] ولم يقل اعطوه لحيلولة الموت دونه .

(بل يكفي كل فعل دال عليها حتى الاشارة والكتابة) كما احتمله التذكرة ، بل عن المناهل والرياض الجزم به وفي الجواهر : لعلمه الظاهر من النافع ، لكن عن غير واحد العدم ، بل نسب ذلك الى المشهور . وفي الجواهر انه ظاهر الاصحاب وعن السرائر نفى الخلاف فيه وعن رسالة الشيخ المرتضى ظهور عدم الخلاف فيه وعن ظاهر الغنية الاجماع على اختصاص الكتابة بحال الضرورة واختار الجواهر الجواز ، وذلك لصدق العقد عرفاً فيشمه الدليل ، بل لو لم نقل انه عقد شملته الوصية موضوعاً فيتمتعها المحكم ، ولذا كان المشهور بين المعاصرين ونحوهم الصحة ، بل يؤيد الصحة استمرار السيرة على الكتابة من دون التلظ .

أما من نفس الموصي فكتب ما يريد ، فاذا وجدت في تركته عمل بها من دون مناقشة ، أو ممن يملي عليه ، ومن الواضح ان الاملاء ليس انشاءً ، فلا يقال : ان في الاملاء انشاءً ، ولذا الذي ذكرناه انه ليس بانشاء لو قال لكتبه : اكتب طلاقي هندياً ، لم يكن ذلك طلاقاً ، فالاشارة والكتابة كافية :

(ولو في حال الاختيار اذا كانت صريحة في الدلالة ، بل أو ظاهرة) بل أو

فان ظاهر الافعال معتبر كظاهر الاقوال فما يظهر من جماعة

علم المراد منه ، اذ اللفظ والقصد كافيان فلاحاجة في المقام الى الظهور الذي لايراد به الا في عالم الاثبات .

(فان ظاهر الافعال معتبر كظاهر الاقوال) عند العرف والشارع لم يحدث طريقاً جديداً .

لايقال: مقتضى القاعدة كفاية القصد أيضاً ، ولذا يستندون في الوقف الى ارتكاز الواقف بعد تعذر المصرف، ولا فرق بين الوصية والوقف من هذه الجهة فاذا وصى ان يفرش فراشه في مسجد كذا، ثم تعذر ذلك قالوا بلزوم فرشه في مسجد مماثل له ، استناداً الى ارتكاز الواقف ، و أي فرق بين أصل الوصية و بين فروعها حتى يقال : بان القصد في الثاني مصحح دون الاول .

لانه يقال: الفارق ان في الفروع يوجد أصل اللفظ، والعقلاء يعتبرونه اذا كان لفظ في الجملة بخلاف أصل الوصية، فانه اذا لم يكن لفظ لم يعتبره العقلاء ولو قال: حيث لا يسمعه أحد أو صيبت بكذا، ثم علمنا ذلك ، فالظاهر الكفاية لتحقق اللفظ والقصد، وأولى بذلك ما لو اخبر بعد ذلك بانه أوصى في الخلو بكذا، أما لو قال: أوصيت بكذا - بصيغة الماضي بدون ارادة الانشاء ، بل بارادة الاخبار - فان كان أوصى قبلا لزم والالم يلزم لانه اخبار مكذوب، وليس بانشاء والوصية انشاء، ومثله لو قال: سأوصي، فانه اذا أوصى في المستقبل كانت وصية والالم تكن وصية، اذ لانشاء فيه كما عرفت .

(فما يظهر من جماعة) ، بل تقدم نسبته الى المشهور و عدم الخلاف و

الاجماع .

من اختصاص كفاية الاشارة والكتابة بحال الضرورة لاجه له

(من اختصاص كفاية الاشارة والكتابة بحال الضرورة لاجه له) كما تقدم ثم لاشكال ولاخلاف في كفايتهما حال الضرورة للمصدق بعد عدم المانع والمناط في صلاة الاخرس وطلاقه وقدورد روايات في ذلك .

فقد روي الصدوق، عن أبي مريم، عن أبي عبد الله عليه السلام ، ذكره عن أبيه: ان امامة بنت أبي العاص وامها زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وآله كانت تحت علي بن أبي طالب عليه السلام بعد فاطمة عليها السلام فخلف عليها بعد علي عليه السلام، المغيرة ابن نوفل فذكر انها وجعت وجعاً شديداً حتى اعتقل لسانها فجاثها الحسن والحسين ابنا علي عليهم السلام وهي لا تستطيع الكلام فجعلوا يقولان لها والمغيرة كاره لذلك اعتقت فلاناً وأهله فجعلت تشير براسها وكذا وكذا فجعلت تشير براسها .

نعم، لانفصح بالكلام فاجازا ذلك لها، فان كان المراد الوصية كان من محل الكلام ، والادل عليه بالمناط، لكن في رواية دعائم الاسلام فاجازا وصاياها فهي صريحة في الوصية .

وعن قرب الاسناد، عن علي بن جعفر، عن أخيه عليهم السلام، قال: سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأة فجعل أهلها، يسأله اعتقت فلاناً و فلاناً فيومى برأسه أو تومى برأسها في بعض نعم وفي بعض لا وفي الصدقة مثل ذلك أيجوز ذلك؟ قال : نعم، هو جائز .

وروي الكليني، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : ان فاطمة بنت أسد أم أمير المؤمنين عليه السلام، كانت أول امرأة هاجرت الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من مكة الى المدينة على قدميها ، الى ان

بل يكفى وجود مكتوب منه بخطه مهره

قال: وقالت لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يوماً: اني اريد ان اعتق جاريتي هذه، فقال صلى الله عليه وآله وسلم: لها ان فعلت اعتق الله بكل عضو منها عضواً منك من النار، فلما مرضت أوصت الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وامرت ان يعتق خادمهما و اعتقل لسانها فجعلت تؤصي الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ايماءاً فقبل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وصيتها .

وروى الصدوق، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: دخلت على محمد بن علي بن الحنفية، وقد اعتقل لسانه فأمرته بالوصية فلم يجب قال: فأمرت بطشت فجعل فيه الرمل فوضع، فقلت له: خط بيدك فخط وصيته بيده في الرمل، و نسخت انا في صحيفة .

وفي رواية الكليني، عن عبد الرحمان بن الحجاج، عن الصادق عليه السلام مثله بتفصيل أكثر .

ومن ذلك يعرف، كفاية كل اشارة وكتابة ولو بالتسجيل في المسجل، أو الالتقاء القلبي على شيء اذا ظهر ما في قلبه بواسطة الشريط ونحوه، كما يؤخذ الان شريط القلب والمخ وما أشبهه .

و كيف كان، فيعلم مما تقدم عدم المفهوم، لما رواه الدعائم، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: والاشارة بالوصية لمن لا يستطيع الكلام يجوز اذا فهمت .

(بل يكفى وجود مكتوب منه بخطه) وان لم يكن به (مهره) كما لا يخفى

اذا علم كونه انما كتبه بعنوان الوصية ويمكن ان يستدل عليه بقوله عليه السلام لا ينبغي لامرء مسلم ان يبيت ليلة الا ووصيته تحت رأسه بل يدل عليه ما رواه الصدوق، عن ابراهيم بن محمد الهمداني، قال: كتبت اليه كتب رجل كتاباً بخطه ولم يقل لورثته هذه وصيتي ولم يقل اني قد أوصيت الا انه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصي به هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك فكتب: ان كان له ولد ينفذون كل

(اذا علم كونه انما كتبه بعنوان الوصية) ولم يبطله .

(ويمكن ان يستدل عليه) بالاضافة الى السيرة القطعية من غير نكير (بقوله عليه السلام) فيما رواه المفيد في المقنعة مرسلاً والشيخ في المصباح: (لا ينبغي لامرء مسلم ان يبيت ليلة الا ووصيته تحت رأسه) فان المراد به الكتابة، كما هو واضح، وذلك يلزم حجية الكتابة، وان كان السند ضعيفاً .

و روى الجعفریات ، بسند الائمة عليهم السلام الى علي بن أبي طالب عليه السلام ، قال : قال رسول صلى الله عليه وآله وسلم : ليس ينبغي للمسلم ان يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عند رأسه . ورواه الدعائم والغوالي فراجع المستدرک .

(بل يدل عليه ما رواه الصدوق، عن ابراهيم بن محمد الهمداني، قال: كتبت اليه كتب رجل كتاباً بخطه ولم يقل لورثته هذه وصيتي ولم يقل اني قد أوصيت الا انه كتب كتاباً فيه ما أراد ان يوصي به هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك، فكتب: ان كان له ولد ينفذون كل

شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجه البر وغيره .

شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجه البر وغيره) .

وهذا الحديث بعد حجيته يدل على ان وجوب تنفيذ الوصية خاص بالولد كما ذكرناه سابقاً فلا يجب على غيرهم، وعن نهاية الشيخ الزام الورثة بالمكتوب اذا عملوا ببعضه، وكأنه ينظر الى ما رواه التذكرة فانه رواها هكذا، [ان كان له ولد ينفذون شيئاً منه وجب عليهم ان ينفذوا كل شيء] أو الى ان تنفيذ البعض دليل على قبولهم الوصية، فاللازم عليهم تنفيذ الكل .

وبما ذكرناه ظهر، وجه ضعف ما في المستمسك قال: والانسب في رواية المتن حملها على كون هذا التنفيذ من خواص الولد نظير قضاء الصلاة والصوم فتدل على عدم حجية الكتابة المجردة عن القول لاعلى حجيتها كما قصد المصنف [ره] - انتهى .

وكيف كان ، فحجية الوصية بالكتابة شيء ، و لزوم تنفيذ الوصى شيء آخر .

فالاول : مورد السيرة القطعية ، بل مقتضى اطلاق ادلة الوصية بعد وضوح ان العقلاء يعتمدون على الكتابة و لم يعلم احداث الشارع لها طريقاً جديداً .

وأما الثاني : فقد عرفت عدم وجوب تنفيذ الموصى اليه الوصية اذا لم يقبلها الا اذا كان ولداً أو غائباً كما تقدم، فاذا لم يكن الامر ان، فالظاهر وجوب التنفيذ على الحاكم الشرعى، لانه ولي من لولى له .

هذا على الغالب من كون ارادة الموصى تعدد المطلوب ، أما اذا علم ارادته وحدة المطلوب قيماً أو مصباً بطلت الوصية اذا لم يقبل الوصى ، لان

مسألة - ١٠ - يشترط في الموصى أمور :

الاول : البلوغ ، نعم الاقوى وفاقاً للمشهور صحة وصية البالغ
عشرأ اذا كان عاقلاً

المقيد عدم عند عدم قيده، ولانه لاوصية مع فقد المصعب -- كما ذكرنا مثل ذلك
من أحكام الشرط والقيد والمصعب في كتب المزارعة والمساقاة وغيرهما -- و
الله سبحانه العالم .

(مسألة - ١٠ - يشترط في الموصى امور :

(الاول: البلوغ) بلا اشكال ولاخلاف بل اجماعاً وضرورة في غير المميز
لانه كالبهيمة لايشمله دليل الوصية ، وقد دلت الروايات المستفيضة على قصور
سلطنة الصبي على نفسه وماله، بل يدل عليه أيضاً قوله سبحانه: «وابتلوا اليتامى
حتى اذا بلغوا النكاح فان انستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم » .
(نعم ، الاقوى وفاقاً للمشهور) كما صرح بالفتوى به الشيخان وابن
البراج وأبو الصلاح وابن حمزة وغيرهم ، وفي الشرائع انه الاشهر ، وعن
المختلف وجامع المقاصد والحدائق والجواهر وغيرها نسبته الى الشهرة، بل
عن ظاهر الغنية وكشف الرموز والروض والدروس الاجماع عليه (صحة
وصية البالغ عشرأ اذا كان عاقلاً)لوضوح ان غير العاقل لاتصح وصيته ، وان
كان بالغاً ضرورة واجماعاً .

بل عن غاية المراد في تصحيح وصيته قال: ان الاقدام على رد ماتظافت
به الفتاوى واشتهرت به الرواية من طريق أهل البيت عليهم السلام مشكل .
وقال في مفتاح الكرامة : لمكان الاخبار هنا و الفتاوى والاجماع و
الشهرات .

فى وجوه المعروف للارحام أو غيرهم لجملة من الاخبار المعتمدة

(فى وجوه المعروف للارحام أو غيرهم لجملة من الاخبار المعتمدة) كصحيح عبد الرحمان بن أبى عبد الله عليه السلام ، قال : قال أبو عبد الله : اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته .

وصحيح زرارة ، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال : اذا أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له فى ماله ما اعتق أو تصدق أو أوصى على حد معروف ، وحق فهو جائز .

وموثق منصور بن حازم ، عن أبى عبد الله عليه السلام ، قال : سألته عن وصية الغلام ، هل تجوز؟ قال : اذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته .

وموثق عبد الرحمان بن ابى عبد الله عليه السلام ، عن أبى عبد الله عليه السلام ، قال : اذا بلغ الصبى خمسة أشبار اكلت ذبيحته ، واذا بلغ عشر سنين جازت وصيته .

أقول : خمسة اشبار ، أما لاجل انه فى قبال ما ينسب الى الخليفة الثانى - كما فى البحار - من امره بضرب اعناق جملة ممن بلغ خمسة أشبار ، أو لاجل ان البلوغ لم يكن موقتاً فى ذلك الزمان ، حيث لم يكونوا يهتمون بسنى العمر فقرر الشارع ما يناسب البلوغ ارتفاعاً ، وان كان بينه وبين خمسة اشبار عموم من وجه ، أو هو حكيم واقعى لانعرف وجهه .

وموثق أبى ايوب ، وأبى بصير ، عن أبى عبد الله عليه السلام ، فى الغلام ابن عشر سنين يوصى ؟ قال عليه السلام : اذا اصاب موضع الوصيه جازت . وصحيح محمد بن مسلم قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام ، يقول : ان الغلام اذا حضره الموت فأوصى ولم يدرك جازت وصيته لذوي الارحام ولم

تجزز للمغرباء .

وصحيح أبي بصير، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: اذا بلغ الغلام عشر سنين، وأوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته، واذا كان ابن سبع سنين وأوصى من ماله باليسير جازت وصيته .

وموثق محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهم السلام، قال: يجوز طلاق الغلام اذا كان قد عقل وصدقته ووصيته، وان لم يحتلم .

وروي أحمد بن عيسى في نوادره، عن ابن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: الغلام اذا أدركه الموت ولم يدرك مبلغ الرجال وأوصى جازت وصيته لذوي الارحام ولم يجز لغيرهم .

ويشمله اطلاق مارواه العياشي، عن ابن سنان قال: قال أبو عبد الله عليه السلام [في حديث]: اذا بلغ ثلاث عشر سنة كتب له الحسن، وكتب له السوء وجاز أمره، الا ان يكون سفيفاً أو ضعيفاً، ثم ان الجمع بين ما دل على عشر سنين، وما دل على العقل هو وجود كليهما، بل المنصرف من الاول الثاني، فمادل على اشتراط العقل لا اطلاق له بحيث يشمل غير العشر .

أما ما دل على كفاية دون العشر ففيه ان اعراض الاصحاب يوجب رفع اليد عنه والمراد باصابة موضع الوصية كون الوصية عقلانية مشروعة .

ومنه يعلم، انه لا خصوصية لتقييد المصنف بوجوه المعروف الا ان يريد ذلك فالصبي كالكبار في ان الوصية تقبل منه الا اذا كان جنفاً، كما ذكر في الآية الكريمة ومقتضى القاعدة وان كان تقييد الوصية بذوي الارحام لو جود بعض الروايات المقيدة الا ان المشهور لم يقيدوا فالمقيد محمول على بعض مراتب الفضل .

ثم ان ابن الجنيد قال: بصحة وصيته اذا بلغ ثمان سنين لرواية الحسن بن راشد، عن أبي الحسن العسكري عليه السلام، قال: اذا بلغ الغلام ثمان سنين

خلافاً لابن ادريس وتبعه جماعة .

فجائز امره في ماله ، وقد وجب عليه الفرائض والحدود واذا تم للجارية سبع سنين فكذلك .

وقد تقدم صحيح أبي بصير في سبع سنين أيضاً ، لكن في الشرائع ان الرواية شاذة ، وفي التذكرة هي متروكة بين الاصحاب .

وقال في مفتاح الكرامة : بل هي متروكة بين المسلمين لدلالاتها على حصول البلوغ لهما بذلك وأبو علي لا يقول به ، ولذا خص بذلك وصيتهما ، الى ان قال : وليس لك ان تقول انه يمكن حملها على التقية من أحمد ومالك والشافعي في أحد قوليهِ .

لانا نقول : ان أبا حنيفة والشافعي في القول الاخر الاظهر عنده يقولان بمقالة ابن ادريس ، فلا ترجيح ولا تضعيف من جهة التقية .

(خلافاً لابن ادريس وتبعه جماعة) قال في مفتاح الكرامة في شرح قول العلامة : فلا تنفذ وصية الصبي ، وان كان مميزاً في المعروف وغيره هو خيرة السرائر والتحرير والايضاح وشرح الارشاد لفخر الاسلام والتلخيص والتبصرة ، وكأنه قال به في المسالك والروضة وفي المختلف والمهذب البارع والمقتصر وجامع المقاصد انه أحوط ، وظاهر التذكرة واللمعة والنافع والدروس التوقف والتردد .

أقول : استدل هؤلاء باصالة عدم النفوذ ، وقال في السرائر : انها اخبار احاد وأوردها في النهاية ايراداً ، وقال في المختلف : الاحوط عدم انفاذ وصيته مطلقاً حتى يبلغ ، لعدم مناط التصرف في المال عنه ، وأشكل في المسالك عليها باختلاف الاخبار بحيث لا يمكن الجمع بينها واثبات الحكم المخالف للاصل

الثانى : العقل ، فلا تصح وصية المجنون ، نعم تصح وصية الادوارى منه اذا كانت فى دور افاقته

بها مشكل ، وانت خبير بما فى هذه الاستدلالات والاشكالات ، فالقول المشهور هو مقتضى القاعدة .

نعم ، يبقى انه ان شرط العشر وكانت البنت تبلغ حينئذ لم يكن لها شيء ، الا ان يقال برواية السبع لها ، حيث ان ثلاث سنوات هي الفاصلة غالباً بين عشر الغلام وبلوغه ، فاللازم ان يكون مثل ذلك الفاصل للبنت أيضاً ، لكن لم أجد من صرح بذلك ، فالاصل عدم نفوذ وصيتها ، وان كان ربما يستأنس له بذلك . ولو كان خنثى مشكلاً ، هل ينفذ أم لا ؟ الاصل العدم والمناط القبول .

(الثانى : العقل فلا تصح وصية المجنون) بلا اشكال ولا خلاف ، وفي مفتاح الكرامة الاجماع عليه ، وفي المستمسك لسلب عبارته لسلب قصده فلا يصح انشائه ، وان كان عن قصد والعمدة الاجماع - انتهى .

وفيه : ان العمدة عدم شمول أدلة الوصية له ، كعدم شمول أدلة النكاح والطلاق والبيع وغيرها له .

(نعم تصح وصية الادوارى منه اذا كانت) الوصية (فى دور افاقته) بلا اشكال ولا خلاف ، وقد نسب ذلك الى الاصحاب لشمول الأدلة له بلامانع ، واحتمال عدم استقامة حاله حتى حال عقله غير ضار بعد عدم اعتناء العرف به ، فيشملة الدليل ، ولو شك فى انه هل وصي فى دور افاقته أو جنونه؟ فان كان مستصحب أحدهما عمل به ، والا كان الاصل عدم النفوذ ، لعدم احراز الشرط ، ولا مجال لاصالة الصحة لانصراف أدلتها عن مثل ذلك ، وان كانت المسألة بعد بحاجة

وكذا لاتصح وصية السكران في حال سكره ولا يعتبر استمرار العقل
فلو أوصى ثم جن لم تبطل

الى التأمل، حيث ذكر بعضهم انه لو اجري معاملة، ثم شك في انه هل كان حال
المعاملة غير بالغ أو بالغ جرت اصاله الصحة لاطلاق أدلتها، وربما يحتمل انه
محل القرعة، أو محل قاعدة العدل، لانه أمر مالي فينفذ في نصفها دون النصف
الآخر الذي يكون للوارث .

(وكذا لاتصح وصية السكران في حال سكره) اذا كان بحيث يسلب عقله
لماتقدم في اشتراط العقل هنا، وفي سائر المعاملات، وأمامل على صحة نكاح
السكرى نفسها، فاللازم تخصيصه بمورده، وحكم الشك في انه هل أوصى في
حال سكره أو صحوه؟ كما تقدم في الادوارى، ولو أوصى في حال السكر، ثم
أجازة حال صحوه صح بلا اشكال، لان الاجازة بمنزلة الوصية، وكذا في
مسألتي البلوغ والعقل .

(ولا يعتبر استمرار العقل فلواوصى ثم جن لم تبطل) وذلك لاطلاق الأدلة
وكثرة جنون الادوارى بعد دور عقله، ومع ذلك قالوا بصحة وصيته، ولذا
نسب عدم البطلان الى الاصحاب، وعن العلامة الطباطبائي في مصابيحها الاجماع
عليه ولا نسلم ما ذكره من بطلان العقود الجائزة بالجنون حتى يقال بأن الوصية
خارجة عن تلك القاعدة، بل الاصل بقائها .

وكيف كان فان وصلت النوبة الى الاصل كان الاصل مع بقاء الوصية لو عرض
جنون بعدها، ولو أوصى ولم نعلم هل كان عاقلاً أو مجنوناً فان كانت حاله سابقه كان
مقتضى الاستصحاب بقائه، والا كما اذا لم يعلم الحال السابق، فهل يتمسك
باصالة الصحة، كما اذا شك في فقد سائر الشرائط، وكذلك في كل عقد أو لا

كما انه لو أغمى عليه أو سكر لا تبطل وصيته فاعتبار العقل انما هو حال انشاء الوصية .

الثالث : الاختيار.

لشك في أصل الوصية ، لان فاقد الشرط ليس بوصية احتمـالان ، وان كان الاقرب الى اطلاق دليل أصل الصحة ، مثل : ضع أمر أخيك على أحسنه . الاول فتأمل .

(كما انه لو اغمى عليه أو سكر لا تبطل وصيته) لما تقدم (فاعتبار العقل انما هو حال انشاء الوصية) .

ومما تقدم ظهر ، وجه قول مفتاح الكرامة والمحكى عن التذكرة بعدم صحة وصية المغمى عليه والمبرسم والمعتوه الذي لا يعقل والنائم ، لان هؤلاء في حكم المجنون .

(الثالث : الاختيار) بلاشكال ولاخلاف ، بل اجماعاً كما ادعاه غير واحد وذلك لرفع الاكراه الظاهر في رفع جميع الاثار ، لاخصوص المواخذة ، وان ذكر غير واحد انه ظاهر في رفعها فقط ، بل هو مثل رفع القلم عن الصبي والنائم فـقلم التكليف [الاعم من التكليف والوضع ، لان الوضع أيضاً نوع من التكليف] لم يوضع على المكروه ، وما خرج من الاثار مثل الجنابة والنجاسة ونحوهما يلزم ان يدل عليه الدليل من نص أو ضرورة أو اجماع ، كما ذكرنا مثله في باب رفع القلم من الصبي فالصبي كانه لم يكن هناك شرع ، لانه هو المفهوم عند العرف من مثل هذا اللفظ ، ولذا لم نستبعد عدم الخمس عليه ، وعدم حرمة البهيمة الملو طله ، وعدم حرمة ام المفعول ونحوها اذا كان الفاعل طفلاً ، بل وعدم جنابته فلا يجب عليه غسل الجنابة اذا كبر ، الى غير ذلك ، وان كان اللزوم مراعاة

الرابع : الرشد فلا تصح وصية السفية

الاحتياط في بعض المذكورات .

وكيف كان ، فيؤيد ما ذكرناه من استفادة العموم من رفع الاكراه ، صحيح البنزطي ، عن أبي الحسن عليه السلام [في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعناق وصدقة ما يملك أيلزمه ذلك ؟ قال عليه السلام : لا .

قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : وضع عن امتي ما كرهوا عليه وما لم يطبقوا وما أخطأوا] أما الواضطر الى الوصية فالظاهر صحتها ، لان الاضطرار لا ينافي الاختيار ، كما اذا اضطر الى بيع داره لاجل صرف ثمنها في تعليم أولاده وغير ذلك ، وهنا ولو بقربنة الاجماع يحمل على رفع المؤاخذة الدنيوية كالحدود والقصاص والاخروية كالعقاب ، والذا رفع أمير المؤمنين عليه السلام العقاب عن الزانية اضطراراً ، حيث لم يرض الزاني باعطائها الماء وخافت الهلاك فرضيت مضطرة .

فلا يقال : ان المساق في الاكراه والاضطرار واحد ، فاللازم اما رفع جميع الاثار فيها أو دفع المؤاخذة فقط ، وحيث لارفع لجميع الاثار في الاضطرار ، لارفع لجميعها في الاكراه ، لان الفارق الدليل الخارجي ، ولو أوصى كرهاً ، ثم رضى كان اجازة مثل بيع المكروه .

(الرابع : الرشد فلا تصح وصية السفية) كما يفهم من كلام السرائر ، حسب ما ذكره مفتاح الكرامة ، بل والقواعد ، حيث استوجه قبول وصية الجرح نفسه مع تيقن رشده ، قال : ولو قيل بالقبول مع تيقن رشده بعد الجرح كان وجهاً وحكى عن ابن حمزة والتحرير ، وقواه جامع المقاصد لعموم حجب السفية عن التصرف في ماله ، وظاهر المحكى عن المفيد وسائر والمحلبي عدم نفوذ

وان كانت بالمعروف سواء كانت قبل حجر الحاكم أو بعده، وأما المفلس فلا مانع من وصيته وان كانت بعد حجر الحاكم لعدم

وصيته الا في البر والمعروف ، بل في جامع المقاصد المشهور بين الاصحاب جواز وصيته في البر والمعروف ، ويظهر من سكوت السادة الوالد وابن العم والبروجردي وغيرهم على المتن انهم وافقوه ، لكن في المستمسك ان ما ذكره المشهور هو مقتضى عموم الصحة وقصور أدلة الحجر عن شمولها للمقام لظهورها في الامتنان عليه فلا تقتضى حرمانه عن الانتفاع بماله .

أقول : مقتضى القاعدة الصحة حتى في الامور العادية اذا لم يكن سفهياً اذ لا دليل على أكثر من ذلك، فان قوله تعالى «لا توثوا السفهاء أموالكم» منصرف عن الوصية العقلائية ، ولو شك في شمولها للمقام كان الاصل مع تسلط الناس على أموالهم ، ومنه يعلم وجه النظر في منع المصنف لها .

(وان كانت بالمعروف سواء كانت قبل حجر الحاكم أو بعده) لان الحجر عن تصرفاته حال الحياة .

نعم ، يمكن ان يشكل ذلك اذا اتخذ الوصية ذريعة السى تصرفه في مثل ماله حال حياته ، مثلاً : أوصى لولده بألف - من ثلثه - وقد كان قران يعطيه الولد الألف في حال حياته ليأخذ بدله بعد موته فيتصرف في الألف تصرفاً سفهائياً ، لان مناط منع السفه آت في المقام ، فان المال حينئذ يخرج عن كونه قياماً ، وان كانت المسألة مستثنى ومستثنى منه بحاجة الى التأمل ، والله سبحانه العالم .

(وأما المفلس فلا مانع من وصيته) لاطلاق الأدلة الشاملة له (وان كانت) الوصية (بعد حجر الحاكم) فكيف بما اذا أوصى ثم حجر الحاكم عليه (لعدم

الضرر بها على الغرماء لتقدم الدين على الوصية .

الخامس : الحرية فلا تصح وصية المملوك ببناءً على عدم ملكه وان أجاز مولاه ، بل وكذا بناءً على ما هو الاقوى من ملكه لعموم أدلة الحجر ، وقوله عليه السلام : لا وصية لمملوك ببناء على ارادة نفى وصيته لغيره لا نفى الوصية له .

الضرر بها) بالوصية (على الغرماء لتقدم الدين على الوصية) فاذا أوصى ثم مات وهو مفلس ، فان صار له مال يزيد على الدين ، كما اذا قتل وصارت له الدية اخرج الدين من تركته أولاً ، ثم عمل بوصاياه ، وان لم يصر له مال يزيد على الدين ، لكنه برى من بعض الدين بما جعل مجالاً للوصية كالأو بعضاً ، فانه تنفذ وصيته .

وبذلك ظهر وجه النظر في عبارة المستمسك قال : وبالعجالة المفلس لا يترتب الاثر على وصيته الا اذا مات غير مفلس فيكون حال التفليس حال الرقية ، فانه لا تصح وصية الرق الا اذا مات حراً ، وعليه فلا وجه للفرق بينهما في المشروطة وعدمها - انتهى .

اذ فيه : ان الفارق ان العبد لا يقدر على شيء ، أما المفلس فالمانع تزاحم الوصية للدين ، فاذا رفع التزاحم قبل الموت ، أو حين الموت أو بعده لم يكن مانع من نفوذ الوصية .

نعم ، اذا بقى التزاحم بما قدم الدين بطلت الوصية لعدم المجال لها ، ان ام يوجد متبرع يقوم بها ، ولذا سكت على المتن السادة ابن العم والوالد والبروجردى والجمال وغيرهم .

نعم ، لو أجاز مولاه صح على البناء المذكور ، ولو أوصى بماله ، ثم انعتق وكان المال باقياً في يده صحت على اشكال ، نعم لو علمها على الحرية فالاقوى صحتها ، ولا يضر التعليق المفروض ، كما لا يضر اذا قال : هذا لزيد ان مت في سفرى ولو أوصى بدفنه في مكان خاص لا يحتاج الى صرف مال فالاقوى الصحة ، وكذا ما كان من هذا القبيل .

السادس : ان لا يكون قاتل نفسه بأن أوصى بعد ما أحدث في نفسه ما يوجب هلاكه من جرح أو شرب سم أو نحو ذلك

ومنه يعلم ، انه اذا رفع الحاكم الحجر على المفلس بعد موته ، كما اذا ظهر له عدم موازين الحجر نفذت الوصية أيضاً ، اذا بقى بعد الدين شيء .
ثم ان اشترط عدم السفه وعدم الفلاس - في الجملة - انما يكون في الوصايا المالية ، أما غيرها فلا ربط لها بهما .

(السادس : ان لا يكون قاتل نفسه بأن أوصى بعدما أحدث في نفسه ما يوجب هلاكه) بحيث لولاه لم يهلك ، وفي كونه جزء علة تامة ، أو علة تامة بحيث لولا علة اخرى كانت تامة في هلاكه ، أو انه يهلك في الوقت بسبب آخر ، ولو لم يسبب بنفسه هلاك نفسه ، كما اذا يقتله القاتل ساعة كذا ، فشرب سمأ قتله في نفس الساعة مثلاً ، فسيأتى الكلام في جميعها .

(من جرح أو شرب سم أو نحو ذلك) كالتقاء نفسه في البحر ، أو من سفح جبل ، أو في النار ، أو في المسبعة ، أو غير ذلك .

فانه لا تصح وصيته على المشهور المدعى عليه الاجماع للنص الصحيح الصريح

(فانه لا تصح وصيته على المشهور المدعى عليه الاجماع) وهو مذهب الاكثر كما في التذكرة وايضاح النافع والمشهور ، كما في المهذب البارع ، وجامع المقاصد والمسالك والكفاية ، وقد نسبه في الايضاح الى الاصحاب مكرراً مؤذناً بدعوى الاجماع عليه ، كذا في مفتاح الكرامة ، وادعاه هو صريحاً ، كما يأتي ونسبه في الحدائق الى المشهور ، وفي الجواهر بلاخلاف معتد به ، وذلك (لنص الصحيح الصريح) وهو صحيح أبي ولاد قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام ، يقول : من قتل نفسه متعمداً فهو في نار جهنم خالداً ، فيها قلت : [قيل] له ارأيت ان كان أوصى بوصيته ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته قال : فقال : ان كان أوصى قبل ان يحدث حدثاً في نفسه من جراحة أو قتل اجيزت وصيته في ثلثه ، وان كان أوصى بوصية بعدما أحدث في نفسه من جراحة أو قتل لعله يموت لم تجز وصيته .

وعن دعائم الاسلام ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، انه سأل عن وصية قاتل نفسه ؟ قال : اذا اوصى بها بعد ان أحدث الحدث في نفسه ومات منه لم تجز وصيته .

أقول : العمدة في الحكم الرواية والا فلا ربط بالوصية مع قتل نفسه ، فالاطلاق لوها شامل لها ، ولذا كان تعليل المختلف بدلالة الفعل على سفهه ، بضميمة ان السفه لا تقبل وصيته ، وبعدم استقرار حياته فيكون في حكم الميت والوصية تكون نافذة اذا صدرت في حال الحياة ، وبان القاتل يمنع عن الميراث لغيره فيمنع من نفسه ، لان قبول وصيته نوع ارث لنفسه - انتهى بتصريف من

خلافاً لابن ادريس وتبعه بعض

باب بيان مايمكن ان يكون حكمة في الحكم .

(خلافاً لابن ادريس وتبعه بعض) قال في القواعد: ولوقيل بالقبول مع تيقن
رشده بعد الجرح كان وجهاً .

وقال في مفتاح الكرامة : كما هو خيره السرائر، وقد نفى عنه البأس في
المختلف، وفي ايضاح النافع انه حسن جداً ، وفي المسالك انه وجه وجيه ،
وفي الروضة انه حسن لولا مخالفة النص المشهور، قلت : ومع ذلك فالقائل
به شاذ والاجماع معلوم على خلافه .

أقول : خلافهم لايقاوم النص الصحيح المعمول به قديماً وحديثاً ، وقد
حمل القواعد الرواية على ما ذكره بقوله : وتحمل الرواية على عدم استقرار
الحياة على اشكال - انتهى .

ورده الجواهر بقوله: هل من الممكن احتمال اعتبار استقرار الحياة في
صححة الوصية؟ وهل هو الاتقييد للادلة من غير مقيد؟ وكيف جاز ارتكابه؟ ولم يجز
ارتكاب تقييدها بالنص الصحيح .

أقول: عدم اعتبار استقرار الحياة انما هو لاجل اطلاق الادلة، ثم ان معنى
ان وصيته لم تجز ما اذا لم يرد الوارث والاجاز فانه كالتبرع من الوارث، كما
انه اذا كانت الوصية بالواجبات أمثال خمسة وزكاته، ودبون الناس منه، نفذت
لامن باب الوصية، بل من باب اقرار العقلاء، واطلاقه يشمل ما اذا جرح نفسه
والظاهر ان الكافر اذا جرح نفسه، أو المخالف ولم يكن يعتقد في دينه ومذهبه
بهذا الحكم نفذت وصيته، لقاعدة الالزام، ولوقال بعد ان جرح نفسه: اني كنت
قد وصيت سابقاً بكذا وكذا قبلت، لانه مما لايعرف الامن قبله ، وقد ذكر في

والقدر المنصرف اليه الاطلاق الوصية بالمال ، وأما الوصية بما يتعلق بالتجهيز ونحوه مما لا تعلق له بالمال فالظاهر صحتها

بعض مباحث الكتاب ان ما لا يعرف الامن قبله حجة قوله فيه .

(والقدر المنصرف اليه الاطلاق) اطلاق النص ، بل صريحه لقوله عليه السلام : [في ثلثه] كما نبه عليه المستمسك .

(الوصية بالمال) سواء كان ملكاً أو حقاً كالحریم على قول من يراه حقاً لملكاً ، لان في الحریم أيضاً الثلث .

(وأما الوصية بما يتعلق بالتجهيز ونحوه) كصلاة قضائه (مما لا تعلق له بالمال فالظاهر صحتها) لاطلاق أدلة الوصية وعدم شمول الصحيح له الا بالمناط وهو غير مقطوع به ولا مانع من كون صلاة القضاء وصومه وحججه ونحو ذلك مستلزماً للمال ، وكذا خمسه وزكاته ومظالمه ونذوره وكفاراته وأمثال ذلك لما تقدم ، لانه من باب الاقرار ، لامن باب الوصية .

نعم ، لو أوصى بالصلاة والصوم وله ولد أكبر لم يكن من باب المال ودخل في الوصية التي لأبأس بها ، وكذا اذا قال : فلان يطلبنني ، أما لو أوصى بالصوم والصلاة والحج احتياطاً واستلزم المال لم يعمل به ، كما لا تجب على الولد الأكبر ، لان الواجب عليه القضاء القطعي .

ثم ان ما لا يسمع منه الوصية انما هو بمال نفسه لا ما اذا كان متبرع يعمل بوصيته لانصراف النص عنه ، بل قد عرفت انه ظاهر [في ثلثه] وكذا يسمع اذا كانت الوصية تدخل المال في كيسه ، كما اذا باع بخيار وكان الاخذ بالخيار يوجب رجوع المبيع اليه مما يكون أربح من الثمن ، لان ظاهر النص أو صريحه ما يخرج المال ، ولا فرق في عدم نفوذ وصيته ان يقبل الوصي لها ، أو لا لان الشارع لم يحترم

كما ان الحكم مختص بما اذا كان فعل ذلك عمداً لا سهواً أو خطأً وبرجاء أن يموت لا لغرض آخر، وعلى وجه العصيان لامثل الجهاد في سبيل الله

هذه الوصية فلا ينفذ قبول الوصية في احترامه، وكذا تقبل وصيته بالنسبة الى أولاده الصغار بجعل القيم عليهم ، لانه ليس بمات، ولو كان كافراً فجرح نفسه بما يهلكه، ثم أسلم فهل تقبل وصيته ؟ لا يبعد ذلك لجب الاسلام عما قبله، ولو انعكس قبلت أيضاً، اذا كان الكافر من دينه ذلك لقاعدة الالزام ، ولا فرق بين كون الجرح ذا عشر سنين أو بالغاً لاطلاق الدليل ، كما لا فرق بين ان يعلم حرمة القتل أو لا ؟ ولا بين ان يعلم ان الجرح المهلك يحرمه من الوصية أو لا؟ لاطلاق الدليل .

أما لو أراد انسان جرحه - في منازعة - فقال له: اجر حنى تحديداً فجرحه فهل يكون من جرح الانسان نفسه في هذا الحكم أو لا؟ احتمالان، من الانصراف الى المباشرة، ومن وحدة المناط .

(كما ان الحكم مختص بما اذا كان فعل ذلك عمداً) كما قيده به الصحيح (لا سهواً أو خطأً) أو اكرهاً أو اضطراراً، لعدم صدق متعمداً - كما في النص - ولرفع المذكورات .

(وبرجاء ان يموت لا لغرض آخر) لقوله عليه السلام : لعله يموت ، فاذا فعل ذلك ليكون اقطع أو اشل أو نحو ذلك ليستجدى الناس ، كما يفعله بعض المتسولين ثم ظهرت عليه علائم الموت لم يمنع ذلك وصيته .
(وعلى وجه العصيان لامثل الجهاد في سبيل الله) كما يدل عليه قوله عليه

وبما لو مات من ذلك، واما اذا عوفى ثم أوصى وصيته بلا اشكال، وهل تصح وصيته قبل المعافات اشكال

السلام: فهو في نار جهنم خالداً فيها. ومثل: الجهاد ما اذا أخذ في الانتحار تهرباً من محذور أهم ان قلنا بجوازه ، أوصى بنفسه للمشى على الانعام تفادياً عن تضرر الجيش بها ، كما يعتاد في حروب اليوم ، فلما جرح وأخذ في الموت أوصى، وكان عمله ذلك لاجل الله تعالى .

ثم ان الحكم لا يختص بالجرح، كما ألمعنا اليه، فاذا ذهب الى مكان مخوف لعلمه يموت خوفاً أو في برد ، أو حر ، أو شرب سماً ، أو ما أشبه كان له نفس الحكم للاطلاق ولو حدة المناط .

(وبما لو مات من ذلك ، واما اذا عوفى ثم أوصى وصيته بلا اشكال) كما في الجواهر والمستمسك وغيرهما لاختصاص النص بمن قتل نفسه ، فلا يشمل ما اذا لم يموت ، وان كان بقصد الموت .

(وهل تصح وصيته قبل المعافات اشكال) عند المصنف، وتبعه السادة الوالد والبروجردى والجمال لسكوتهم عليه ، وان قال ابن العم : الاقوى الصحة . وسائر المعلقين اختلفوا في الموافقة والمخالفة .

وفي الجواهر : لا يخلو من نظر مع فرض عدم تجدد انشاء تمليك ، ولذا لو نسأها ولم يجددها لم تنفذ على الاقوى - انتهى .

والاقوى الصحة لما ذكره المستمسك وغيره من ان الدليل مختص بما اذا مات بذلك السبب، فلا يشمل ما لعوفى ثم عرضه سبب آخر فمات به ، وان كان قد نسي الوصية .

والحاصل : ان الدليل خاص بما اذا مات بذلك ، فاطلاق أدلة الوصية

ولا يلحق التنجيز بالوصية هذا ولو أوصى قبل أن يحدث في نفسه ذلك ثم أحدث صحت وصيته

شاملة له ، وإذا مات بعد الجرح ونحوه ولم يعلم هل انه مات به أو عوفى ومات بسبب آخر؟ قبلت ، لعدم العلم بالموضوع ، فإطلاق أدلة الوصية محكمة ، ولو علم بجرح مميت ووصيته ولم يعلم السابق منهما قبلت للإطلاق بعد عدم احراز الموضوع فتأمل .

ويمكن تصور الاقتران ، ولو أوصى له فضولي - كما سيأتي - وبعد الجرح اجازها لم تنفع ، لان العرف يراها وصيته له في هذا الحال ، اللهم الا ان تبنى المسألة على الكشف والنقل فتصح على الاول دون الثاني ، ولو كان سببان لقتله أحدهما من نفسه فالظاهر عدم بطلان الوصية ، لان من قتل منصرف الى السببية الكاملة ، وليس هنا كمال سبب وان كان جرحه نفسه قاتلاً بنفسه ان كان وحده ، وبذلك يعرف حال الفروع التي ذكرناها أول المسألة .

ولو شرب سماً يقتله خمس سنوات مثلاً ، فالظاهر عدم شمول الدليل له لانصرافه عنه ، وان كان قاتل نفسه ، وعليه اثم قتل النفس ، ولا حكم فيما لم يسبب القتل ، وان سبب شللاً أو نحوه .

(ولا يلحق التنجيز بالوصية هذا) لعدم صدق الوصية عليه ، والمناط غير معلوم ، ولذا أفتى به الجواهر والمستمسك ، وسكت عليه كافة المعلقين الذين وجدنا تعليقاتهم ، ولو وصى ونفذه الوارث لم يكن محرماً عليه ، اذ لا دليل على الحرمة ، وانما الدليل على عدم نفوذ الوصية

(ولو أوصى قبل أن يحدث في نفسه ذلك ثم أحدث صحت وصيته) وذلك

وان كان حين الوصية بانياً على أن يحدث ذلك بعدها للصحيح المتقدم مضافاً الى العمومات .

مسألة -- ١١ -- يصح لكل من الاب والجد الوصية بالولاية على الاطفال

لاطلاق دليل الوصية بعد عدم شمول الصحيح له (وان كان حين الوصية بانياً على أن يحدث ذلك بعدها) وذلك (للصحيح المتقدم مضافاً الى العمومات) . ولو ضرب نفسه ضربة بقصد القتل مما يقتل لو ثبتت بضربة ثانية ووصى ثم ضرب الثانية ومات فالظاهر انه ليس مما يكون القتل قبل الوصية فلا يشملها الدليل، ولو شك في شمول الصحيح له فاطلاق صحة الوصية محكمة، ولا مجال بعد ذلك للقول بالشك في نفوذ الوصية فاصالة عدم النفوذ محكمة .

(مسألة - ١١ - يصح لكل من الاب والجد الوصية بالولاية على الاطفال) بلا اشكال ولا خلاف ظاهر وفي الجواهر نصاً وفتوى ، بل اجماعاً بقسميه ، وفي المسالك انه محل النص والوفاق .

أقول: اللازم تقييد ذلك بما اذا كان للاب والجد ولاية على الاطفال لامثل الكافر منهما بالنسبة الى طفل بحكم الاسلام ، ولذا قال الجواهر: الثابتة ولايتهما عليهم زمن الحياة على وجه لهما الوصية بها .

وكيف كان، فالنصوص دلت على ذلك مثل رواية سعد بن اسماعيل، عن أبيه قال: سألت الرضا عليه السلام، عن وصي ايتام يدرك ايتامه فيعرض عليهم ان يأخذوا الذي لهم فيأبون عليه كيف يصنع؟ قال عليه السلام: يرد عليهم ويكرههم عليه [على ذلك، خ ل].

ورواية محمد بن عيسى، عن رواه، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال

مع فقد الاخر ولا تصح مع وجوده

في رجل مات وأوصى الى رجل وله ابن صغير فادرك الغلام وذهب الى الوصي وقال له: رد على مالي لاتزوج فابى عليه- الحديث .

وموثقة محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام، انه سأل عن رجل أوصى الى رجل بولده وبماله لهم واذن له عند الوصية ان يعمل بالمال، و ان يكون الربح بينه وبينهم؟ فقال عليه السلام: لأبأس به من أجل ان أباهم قد اذن له في ذلك وهو حي .

وعن دعائم الاسلام، عن أبي جعفر عليه السلام، انه قال: اذا اذن الموصى الوصى ان يتجر بمال ولده الاطفال فله ذلك ولا ضمان عليه، وان شرط لهربحاً فيه فهو على ما شرطه. الى غير ذلك من الروايات .

وانما تصح وصية كل منهما (مع فقد الاخر) لانه لاولي بعده فله اعطاء ولايته للاجنبي (ولا تصح مع وجوده).

قال في الشرائع: واذا أوصى بالنظر في مال ولده الى أجنبي وله أب لم تصح، وكانت الولاية الى جد اليتيم دون الوصي، وقيل يصح ذلك في قدر الثلث مما تركه، وفي اداء الحقوق .

وفي الجواهر بلاخلاف أجده فيه في الجملة، بل الظاهر الاجماع عليه، ثم قال المتجه بناءً على ذلك صحة الوصاية على مثل ذلك وليس معارضاً لولاية الجَد .

أقول: استدلل للمقول الاول باصالة عدم حقه في ذلك مع وجود الاخر، و بان الولاية كانت للاب والجد فلا تكون لغيرهما حال وجود احدهما اذ الوكيل لاحق له مع وجود الاصيل .

كما لا يصح ذلك لغيرهما حتى الحاكم الشرعي

وفي كليهما نظر، اذ مقتضى اطلاق ولاية أي منهما بضميمة ما دل على ان له حق جعل الوصي ان له ذلك مع وجود الآخر أوفقده منتهى الامر انه ، اذا تصرف الولي الاصيل لا يعارضه البديل ، فاذا جعل كلاهما ولياً وماتا كسان البديلان كالاصيلين في كون احدهما في عرض الآخر .

ومنه يعلم، انه لاوجه لسكوت المعلقين على المتن ، كما لم يعرف وجه تعليقه الوالد على قوله : ومع فقد الآخر، بقوله : في ولاية الجدة مع فقد الاب نظر، وعكسه يظهر من المستمسك قال: ذكرنا في نهج الفقاهة في مبحث الولاية الاشكال في وجود اطلاق في دليل ولاية الاب في حال حياته فضلاً عن المقام وعليه فلا مجال للتأمل في عدم الوصية بالولاية من الاب على الولد مع وجود الجدة - انتهى .

وحيث ان محل البحث في ذلك [كتاب النكاح] نتركه لموضعه .

أما استدلال الجواهر لعدم الصحة مع وجود الآخر بان الولي الطبيعة الموجودة فيهما، و لذا لم يصح الوصية من الاب والجد له بالولاية مع وجود الآخر ولو على ثلث ماله باعتبار ثبوت الولاية للاب الصادق على كل منهما فمع فرض وجود مصداقه انقطع ولاية الآخر بموته - انتهى بتصرف .

فيرد عليه ان اطلاق الروايات في جعله ولياً على الطفل بعد موته لا يجعل مجالاً لهذا التفصيل، منتهى الامران فهم العرف بحفظ الرتبة يجعل رتبة البديل بعد الاصيل، فاذا لم يتصرف الاصيل كان للبديل التصرف .

(كما لا يصح ذلك لغيرهما) كسائر الاقرباء ووصي الاب و الجدة ، ان لم يجعل ولياً على الاطفال (حتى الحاكم الشرعي) لانه ولي من لاولي له ، فاذا

فانه بعد فقدهما له الولاية عليهم ما دام حياً

كان الاب والجد لم تصل التوبة اليه، بل وكذا اذا كان وصي أحدهما عليهم موجوداً، ثم ان الوصي المنصوب عليهم من قبل أحدهما ان اذن له في نصب غيره بعده وصياً عليهم صح له جعل الوصي، والا لم يصح، اذ لا دليل على ان له هذا الحق، وهل للمحاكم الشرعية جعل وصي عليهم بعد موت نفسه؟ الظاهر ان له ذلك مع المصلحة، كما اذا لم يكن حاكماً شرعياً بعده، أما اذا كان فالحق للمحاكم الشرعية بعده، كما ذكرنا وجه ذلك في اوائل [كتاب أحياء الموات].

(فانه بعد فقدهما) فقد الوصي للاب والجد (له الولاية عليهم ما دام

حياً).

قال اسماعيل بن سعد: سألت الرضا عليه السلام، عن رجل مات بغير وصية وترك أولاداً ذكراً وأغلماناً صغاراً وترك جوارى ومماليك، هل يستقيم ان تبايع الجوارى؟ قال: نعم وعن الرجل يصحب الرجل في سفر فيحدث به حدث الموت ولا يدرك الوصية كيف يصنع بمتاعه وله أولاد صغار وكبار، أيجوز ان يدفع متاعه ودوابه الى ولده الاكبر أو الى القاضى؟ وان كان في بلدة ليس فيها قاض كيف يصنع؟ وان كان دفع المتاع الى الاكبر ولم يعلم فذهب ولم يقدر على رده كيف يصنع؟ قال عليه السلام: اذا أدرك الصغار وطلبوا لم يجدوا من اخراجه الا ان يكون بامر السلطان - الحديث .

وفي رواية دعائم الاسلام، عن أمير المؤمنين عليه السلام، انه قال في

حديث: والسلطان وصي من لا وصي له والناظر لمن لا ناظر له .

وليس له أن يوصى بها لغيره بعد موته فيرجع الامر بعد موته الى
الحاكم الاخر فحاله حال كل من الاب والجد مع وجود الاخر

(وليس له ان يوصى بها لغيره بعد موته) لما تقدم من ان كل حاكم له حق
الولاية زمن حياته، فانه مقتضى ولاية الحكام ، والالكان الحاكم السابق قد أخذ
من زمن ولاية الحاكم الثاني، لكننا قد ذكرنا انه لو فعل ذلك لمصلحة كان للمحاكم
الثاني الرفض أو القبول .

(فيرجع الامر بعد موته الى الحاكم الاخر فحاله حال كل من الاب و
الجد مع وجود الاخر) فاذا لم يكن حاكم وصل الامر الى عدول المؤمنين
أو ثقاتهم لجملة من الروايات الدالة على ذلك ، فانها وان كانت مطلقة الا انها
تقيد بالروايات السابقة الدالة على ولاية السلطان .

ففي صحيح علي بن الرئاب قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام
عن رجل ببني وبينه قرابة مات وترك أولاداً صغاراً وترك مماليك له وغلماً و
جوارى ولم يوص فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد وما ترى
في بيعهم؟ قال عليه السلام: ان كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم،
كان مأجوراً فيهم، قلت: فما ترى في من يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد؟
قال: لا بأس بذلك اذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم، وليس لهم ان
يرجعوا عما صنع القيم لهم الناظر في ما يصلحهم.

وعن سماعة قال : سألته عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من
غير وصية وله خدم ومماليك وعقد كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث؟
قال: ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس .

ولا ولاية في ذلك للام خلافاً لابن الجنيدي حيث جعل لها بعد الاب اذا كانت رشيدة، وعلى ما ذكرنا فلو أوصى للاطفال واحد من أرحامهم أو غيرهم بمال

(ولا ولاية في ذلك للام) على المشهور شهرة عظيمة، بل في الجواهر بلا خلاف معتمد به، وعلمه بالاصل لان الاصل عدم حق لاحد في التصرف في الاخر فأن قرر الشارع متصرفاً فهو والا وصلت النوبة الى السلطان كما تقدم .
(خلافاً لابن الجنيدي حيث جعل لها) الولاية (بعد الاب اذا كانت رشيدة)
قال في الجواهر: وضعفه واضح، وفي المسالك وغيره انه شاذ، وفي المستمسك وغيره انه لم يعرف له موافق، كما لم يعرف له دليل.

أقول: ربما استدل له بقوله سبحانه: «يهب لمن يشاء اناثاً ويهب لمن يشاء الذكور» فالموهوب له له حق التصرف في الموهوب - عقلاً وشرعاً - وبقوله صلى الله عليه وآله وسلم: وان امرأك ان تخرج من اهلك ومالك فافعل، وبقوله سبحانه: «وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله» والاولوية تعطي الولاية .

وبما رواه محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام، عن الصبي يزوج الصبية؟ قال: ان كان أبواهما اللذان زواجهما فنعيم جائز ولكن لهما الخيار اذا أدركا بعد ذلك - الحديث .

وفي الكل ما لا يخفى بعد ورود الأدلة الخاصة في كتاب النكاح بعدم ولاية الام، وأبواهما في الحديث يراد به أب الولد وأب البنات، وقد ذكرنا تفصيل الكلام في ذلك في [كتاب النكاح] من الشرح فراجع.

(وعلى ما ذكرنا فلو أوصى للاطفال واحد من أرحامهم أو غيرهم بمال) أو

وجعل أمره الى غير الاب والجد وغير الحاكم لم يصح ، بل يكون للاب والجد مع وجود أحدهما وللحاكم مع فقدهما ، نعم لو أوصى لهم على أن يبقى بيد الوصى ثم يملكه لهم بعد بلوغهم أو على أن يصرفه عليهم من غير أن يملكهم يمكن أن يقال بصحته

بعناية ورعاية (وجعل أمره الى غير الاب والجد وغير الحاكم) في صورة عدمهما ، اذ لا ولاية للحاكم مع وجود أحدهما (لم يصح) كما نص عليه المشرع وغيره ، وذلك لانه لا يحق لاحد ان يتصرف في الصغار غير الولي ، فمعنى جعل ولاية التصرف في الاموال لهم الى غيرهم تبعية ولاية الولي الشرعي ، وذلك غير مأذون فيه شرعاً .

ثم اذا قبل الولي صح وان لم يقبل فان كانت الوصية على نحو تعدد المطلوب صحت أصل الوصية وصار بيد الولي دون الوصي ، وان كان على نحو وحدة المطلوب بطلت بالنسبة الى هذا الموصى له ، وهل يصح بالنسبة الى مورد مشابه اذا كان ارتكاز عرفي ، كما في الوقف وورد في موارد من أبواب الوصايا؟ الظاهر الثاني ، ولا يخفى انه فرق بين تعدد المطلوب ، وبين الارتكاز ، حيث ان الاول يصرف فيه الى نفس الطفل ، لكن بيد وليه الثاني يصرف فيه الى موضع مشابه .

نعم ، اذا علم عدم ارتكاز الموصى تبطل الوصية أيضاً ومن ذلك يظهر عدم وجه لاطلاق قوله : (بل يكون للاب والجد مع وجود أحدهما) أو وصى أحدهما (وللحاكم مع فقدهما) ، وفقد وصيهما ، اذ قد عرفت البطلان في بعض الصور .
(نعم لو أوصى لهم على أن يبقى بيد الوصي ثم يملكه لهم بعد بلوغهم أو على أن يصرفه عليهم) بعد بلوغهم (من غير أن يملكهم يمكن ان يقال بصحته)

وعدم رجوع أمره الى الاب والجد أوالحاكم .

بل اللزوم القول بالصحة، ولذا قال الوالد : بل هو الاقوى لاطلاق الادلة بعد ان لم يكن في ذلك مزاحمة للاب والجد.

وبذلك يظهر، عدم وجه لتردد الجواهر قال: ففي تسلط الاب حينئذ اشكال من عدم ملكيتهم للمال فلان تسلط لوليهم عليه ومن كونه حقاً لهم والولي مسلط عليه كالمال، وقد يفرق بين الاول والثاني ولعل الاول أقوى، ولذا قال المستمسك بل هو الاقوى لان الوصية تكون بالولاية على مال الموصى لامال الطفل وليس هناك حق للطفل كي يكون تحت ولاية وليه.

أقول: بل وان كان حقاً له، كما يؤيده انه اذا أراد الوصي الخيانة حق له بنفسه -- اذا كان مميزاً، وقد ذكرنا في [كتاب القضاء] حق المميز في الدعوى - أو بوليّه اذا كان غير مميز، الشكاية عند الحاكم للحيلولة دون الخيانة، اذ لولا الحق لم يكن له ذلك، لكن ان مثل ذلك خلاف ولاية الولي غير ظاهر الوجه، ثم ان كانت الوصية للطفل غير سبب للتصرف فيه صححت، كما اذا وصى بصرف المال في تبريد أو تحرير غرفة الاطفال الذين يدرسون فيها صيفاً وشتاءً أو تبليط الشارع الذي يمشون عليه، أو ما أشبه ذلك .

(وعدم رجوع أمره الى الاب والجد أوالحاكم) ثم الظاهر صحة ان يوصى بافراغ ذمة الطفل اذا كان مديوناً وان لم يرض الولي، اذ البراء ايقاع لاطرف له، ولذا يقولون بجوازه بالنسبة الى الكبير وان لم يرض، وكأنه لان الناس مسلطون على أنفسهم لايشمل مثل افراغ ذمته فتأمل.

فصل فى الموصى به

تصح الوصية بكل ما يكون فيه غرض عقلائى محلل من عين
أو منفعة أو حق قابل للنقل

(فصل فى الموصى به)

مسألة (تصح الوصية بكل ما يكون فيه غرض عقلائى) لانصراف الأدلة عن
ما ليس فيه غرض عقلائى، ولو كان شىء فيه غرض عقلائى فى زمان دون زمان
أو مكان دون مكان، كان لكل زمان ومكان حكمة (محلل) اذ لو كان للعقلاء غير
المتشعبة غرض كالخمر والخنزير لم يصح شرعاً اذ الأدلة الشرعية لاتشملة (من
عين أو منفعة) كاجرة الدار (أو حق قابل للنقل)، الى الموصى له، اذ ربما يكون
الحق غير قابل للنقل اليه، وان كان قابلاً للنقل الى غيره مثل حق الخيار فى
الارض ان قيل بان الزوجة، كما لاترث الارض لاترث خيارها، وفي غير الوصية
أيضاً، قد يقبل الحق النقل الى شخص دون شخص مثل حق القسم، حيث انه
قابل للنقل الى زوجة اخرى للرجل لاغيرها.

ولا فرق في العين بين أن تكون موجودة فعلاً أو قوة فتصح بما تحمله الجارية أو الدابة أو الشجرة وتصح بالعبد الأبق منفرداً ولولم يصح بيعه إلا بالضميمة ولا تصح بالمحرمات كالخمر

(ولا فرق في العين بين أن تكون موجودة فعلاً أو قوة) لاطلاق أدلة الوصية (فتصح بما تحمله الجارية أو الدابة أو الشجرة) كما نص عليه الجواهر وغيره، والظاهر أنه لا فرق بين ملكه للشجرة ونحوها أو لا؟ بل قال: بأنه يوصي بشجره الذي يشتريه، اذ هو امر عقلائي والشارع اطلق، ولا انصراف قطعي عنه، وبذلك اثنى جامع المقاصد قال: لو أوصى بما يتجدد له تملكه، ولو على وجه الندرة، كما يتجدد له بشراء أوهبة وارث ونحو ذلك صح، لأن وجود ذلك ممكن، وقد قدر أن الشرط إمكان وجوده وتبعه المستمسك، وقد سكت على المتن كافة المعلقين الذين وجدت كلماتهم.

ثم أنه ربما يؤيد ما ذكره صحة الوصية بالثلث بلاشكال مع أن المال كثيراً ما يزيد أو يوجد مما لم يكن له أصل الوصية.

أما احتمال عدم الصحة للأصل، ولأنه كبيع ما ليس عنده ولعدم العلقه المصححة لصدق الوصية ولأنه كيف يوصي بما لا سلطنة له عليه، فيرد عليها أن الأصل لا يقاوم الاطلاق والقياس ممنوع ولادليل على لزوم العلقه أو السلطنة حالاً.

(وتصح) الوصية (بالعبد الأبق منفرداً) للاطلاق فلا وجه لقياس الوصية بالبيع (ولو لم يصح بيعه إلا بالضميمة) للدليل الخاص، والمناط محتمل لامقطوع به.

(ولا تصح) الوصية (بالمحرمات) في الجهة المحرمة (كالخمر) لشربها أو

والخنزير ونحوهما ولا بآلات اللهو ولا بما لا نفع فيه ولا غرض عقلائي

استعمالها في المحرم (والخنزير ونحوهما) لا كله، أما لو كانت الوصية للمحلل من منافعها فلا بأس، أما المستثنى منه فلان المحرم غير قابل للمالك، بل والمناطق في ان الله اذا حرم شيئاً حرم ثمنه، ولذا اطبق الاصحاب على عدم صحة الوصية بها.

وأما المستثنى فلان غير المحرم من المحرم مثل استعمال شعر الخنزير في الحبل، وجلده في السقاء، وشحمه في طلي الاجرب من الحيوانات وجعل لحمه سماداً، أو أكلا للحيوانات، ومثل استعمال الخمر في سقي الشجر - مما لا دليل على تحريمه - أو ما أشبه ذلك، حيث لا دليل على حرمة، بل دل الدليل على حليته يشمله اطلاق أدلة الوصية، وبهذا افتى المستمسك فقال: انها تصح الوصية بها على وجه التخصيص اذا كانت لها فائدة نادرة، وان لم تصح على وجه التمليك، والظاهر ان فتوى الاصحاب مبنية على ملاحظة الفائدة المحرمة.

أقول: ومن ذلك يعرف صحة الوصية بالادوية، ولو كانت محرمة لانها لها فوائد عقلائية لم يمنع عنها الشارع، بل قد ورد ما من شيء حرمه الله الاوقد أحله لمن اضطر اليه. ومن ذلك يعرف، لزوم القول بالاستثناء المذكور في آلات اللهو والصلبان والاصنام ونحوها.

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

كالحشرات و كلب الهراش ، وأما كلب الصيد فلا مانع منه ، وكذا كلب الحائط والماشية والزرع ، وان قلنا بعدم مملوكية ماعدا كلب الصيد اذ يكفي وجود الفائدة فيها

نعم ، قديكون غرض عقلائي بما لا يسمى نفعاً ، كما اذا كان الغرض الاقتناء للجمال أو نحوه ، وانما لا تصح الوصية بذلك لعدم ما يستوجب الملك أو الاختصاص فاطلاق أدلة الوصية لا يشمل بعد ان المنصرف عنه غير ذلك ، وعليه فالوصية بها مثل عدم الوصية في عدم الاثر .

أما مثال المصنف بقوله : (كالحشرات و كلب الهراش) فهو تبع للمشهور الغالب في المثالين ، اما اذا كان لهما نفع أو غرض عقلائي كالاقتناء فلا ينبغي الاشكال في صحة الوصية بهما لاطلاق أدلة الوصية .

(وأما كلب الصيد فلا مانع منه) بلا اشكال ، وان كان نجساً للنفع والغرض العقلائي فيه .

(وكذا كلب الحائط) مما يحفظ البستان والدور والخيام ونحوها (والماشية) الحافظ للاغنام ونحوها (والزرع) الحافظ للمراعى والمزارع ونحوها ، وكذا كلب الاجرام المتعارف في الزمان المحاضر (وان قلنا بعدم مملوكية ماعدا كلب الصيد) وقد ذكرنا تفصيل الكلام في ذلك في باب الديات عند ذكر دية هذه الكلاب ، وذلك لانه لا تلازم بين صحة الوصية وبين المملوكية ، وانما الادلة شملت الوصية العقلائية مما لم يند عنه الشرع والوصية بهذه الكلاب عقلائية ولم يند عنها .

(اذ يكفي وجود الفائدة فيها) المراد بها ما يكون عقلائية ، والا فلا شيء الا وفيه فائدة ، كما لا يخفى .

قال في القواعد : ولو أوصى بالخمروالخنزير و كلب الهراش و طبل المهور لم يصح ، ولو أوصى بما ينتفع به في ثان الحال كالخمر المحترمة التي يرجى انقلابها والجروالقابل لتعليم الصيد فالاقرب الجواز ، و كذا لو أوصى بالزبل .
وقال في مفتاح الكرامة : كما صرح بالاول جماعة في الطبل والعود واكتفى بالثاني جماعة فيهما أيضاً .

أقول : الطبل والعود ومما أشبه اذا أوصى بهما باعتبار الخشب ونحوه ، حيث يكسره الموصى له وينتفع بخشبه ونحوه لم يكن به بأس ، اذ تلك لا يخرج عن المالية .

نعم ، قد ذكرنا في [كتاب الامر بالعمروف ، والنهي عن المنكر] انه اذا توفقا على تلف ذلك جاز ، مثل ان يحرق الطبل والصليب ، كما يجوز خرق زق الخمر مع ان الزق له مالية فراجع .

ثم قال مفتاح الكرامة : في الخمر المحترمة والجروالخ كما هو في جامع المقاصد ، وهو الاصح ، كما في الايضاح وبه جزم في الدروس والمسالك والروضة والقول بعدم الصحة فيهما ليس بشيء ومستنده ان الوصية تمليك وهو ممتنع هنا .

أقول : أولاً : لادليل على عدم صحة تمليكهما ، ولذا جزم بعضهم بصحة تمليكهما .

وثانياً : لادليل بين عدم صحة التمليك وعدم صحة الوصية ، كما تقدم فاطلاق الوصية شامل لهما .

ومما تقدم يظهر وجه النظر في محكى التحرير من عدم صحة الوصية بالجرو ، كما انه ظهر وجه النظر في قول القواعد : ولو أوصى بكلب ولاكلب له لم يصح لتعذر شرائه ان معنا بيعه مطلقاً ، اذ فيه : عدم التلازم وان كان ان يأخذه

ولا تصح بما لا يقبل النقل من الحقوق كحق القذف ونحوه وتصح بالخمير المتخذة للتخليل ولا فرق في عدم صحة الوصية بالخمير والخنزير بين كون الموصى والموصى له مسلمين أو كافرين أو مختلفين

من الشارع ونحوه .

ثم ان اطلق اعطائه كلباً جاز للوارث ان يشتري أى الكلاب المفيدة . قال في مفتاح الكرامة: قد صرح بصحة بيع الكلاب الاربعة في خمسة و عشرين كتاباً، وقد حكى على صحة بيع كلب الصيد ستة اجماعا والاختبار مستفيضة .

(ولا تصح) الوصية (بما لا يقبل النقل من الحقوق) اذ لا ينتقل فكيف يوصى به، كما اذا اوصت المرأة حق قسمها لجارتها ، هذا مع الغرض عن ان هذا الحق لا يبقى بعد موتها .

أما قول المصنف: (كحق القذف، ونحوه) فقد ذكرنا تفصيل الكلام فيه في [كتاب الحدود] فراجع .

(وتصح) الوصية (بالخمير المتخذة للتخليل) أو لغيره من الفوائد المحللة كالتعقيم ، وكما اذا اضطر الى شربها لدواء أو عطش أو نحو ذلك . ولا فرق في عدم صحة الوصية بالخمير و الخنزير بين كون الموصى و الموصى له ملتزمين بالدين من المسلمين المحرمين لهما، وعدم ذلك لاطلاق ما تقدم من عدم صحة الوصية بهما .

نعم، لو كانا (مسلمين) يريان حلية قسم من الخمر كالنبيذ (أو كافرين) يريان الحلية (أو مختلفين) مسلم وكافر يريان الحلية، صحت الوصية لقاعدة الزموم بما التزموا به .

لان الكفار أيضاً مكلفون بالفروع، نعم هم يقررون على مذهبهم،
وان لم يكن عملهم صحيحاً

نعم، لو كان أحدهما مسلماً لا يرى الحلية؟ أو كافراً كذلك لم تصح الوصية
وان كان طرفه مسلماً أو كافراً يرى الحلية، لاطلاق ما تقدم من دليل المنع،
حيث ان الموصى لو كان يحرم لم تصح وصيته، والموصى له لو كان محرماً
لم تصح الوصية له، وان كان الطرف الآخر محلاً، لان الوصية قائمة بالطرفين
كالبيع الذي لا يتم اذا كان أحد الطرفين اجتهاداً أو تقليداً يرى عدم صحته .
ومنه يعلم، ان قول المصنف بعدم الصحة غير ظاهر الوجه، وان علمه بقوله
(لان الكفار أيضاً مكلفون بالفروع) اذ تكليفهم بالفروع عقاباً لا ينافي اقرارهم
على دينهم من باب قاعدة الالزام .

ولا يخفى نوع تدافع بين قوله: هذا، وبين قوله: (نعم هم يقررون على مذهبهم
وان لم يكن عملهم صحيحاً) اذ لازم اقرارهم على مذهبهم القول بصحة وصيتهم
فيما بين أنفسهم، ولو أوصى الكافر المحلل مسلماً محرماً ان يدفع خمره الى
كافر يحلل أيضاً، فهل يصح للمسلم تسليمها اليه؟ احتمالان الصحة، لان الوصى
لا ربط له بالحرام، والعدم، لان كل انواع التقلب في الخمر محرمة، ومثله ما
لو أوصى المجوسي ان يزوج بنته من ابنه، لكننا ذكرنا في بعض كتب [الفقه]
ان مقتضى القاعدة انهم اذا جاؤوا اليها يريدون نكاح الاخ بالاخت جاز لنا
النكاح، وقد ذكرنا شيئاً من تفصيل المسألة في [كتاب القضاء] فراجع .

قال في القواعد: وتنفذ وصية الكافر الابخمر وخنزير للمسلم، وفي الذمي
اشكال، أو عمارة كنيسة، أى تنفذ وصيته الا في عمارة الكنيسة، نعم، المحكى
عن الدروس الجزم بصحة وصية الذمي، وعن جامع المقاصد انه الاصح .

ولا تصح الوصية بمال الغير ولو أجاز ذلك الغير اذا أوصى لنفسه

قال في مفتاح الكرامة : وقد قرب المصنف في باب الوقف من الكتاب صحة وقف الكافر الخمر والخنزير على مثله وجزم به في الدروس ، وجامع المقاصد ، لكن عن الايضاح انه ابطال الوقف ، و الوصية من الكفار في كلا البابين .

ثم ان قلنا بانه لايجوز لهم احداث الكنيسة، كما ذكرناه في [كتاب الجهاد] لم تصح وصيته بعضهم بذلك في بلاد الاسلام .

نعم، تصح في بلاد الكفر، والظاهر انه يجوز ان يبني الكافر لها في بلادهم كما يصح ان يرممها في بلاد الاسلام ، حيث يجوز لهم ترميم الكنيسة ، ثم ان ما عدا الكتابي في بلاد الاسلام تنفذ وصيته فيما يعتقد بصحته، وان كان حراماً عندنا، وقد ذكرنا في [كتاب الجهاد] وغيره ان الكافر لايجبر على الاسلام ، أو السيف ، بل يبقى على دينه ان قبل شرائط الزمة ، وان كان دينه الشرك ، ولذا لم يجبر الرسول صلى الله عليه وآله وسلم المشركين على الاسلام لافى بدر ، و لافى مكة ، و لافى غيرهما فقول له سبحانه : «لا اكراه فى الدين» شامل للكل .

نعم ، لاتصح وصيته الكفار ، ولو الكتابي منهم بما لايجوزه الاسلام ، مثل الوصية بنشر كتبهم في بلاد الاسلام مما يوجب الاضلال ، الى غير ذلك .

(ولاتصح الوصية بمال الغير ولو أجاز ذلك الغير اذا أوصى لنفسه) كما اذا قال : اذا مات انا فادفعوا من مال زيد عشرة دنانير لعمرو مثلاً، وذلك لانصراف أدلة الوصية عن مثل ذلك .

نعم لو أوصى فضولا عن الغير احتمل صحته اذا أجاز .

مسألة - ١ - يشترط في نفوذ الوصية كونها بمقدار الثلث أو بأقل

منه

وعلله في المستمسك بقوله : بانه تعليق التملك على موت نفسه فيكون التعليق مبطلا للإنشاء، لكن تنظر فيه ابن العم وبعض المعلقين الآخرين، والظاهر الصحة، لان انصراف أدلة الوصية عنه غير ظاهر الوجه، والتعليق في مثل الوصية غير مبطل، بل مثل ذلك عقلائي، فاذا قال الوالد: اعطوا من مال ولدي الأكبر عشرة لخدومي اذا تمت انا وقبل الولد الأكبر كان اللازم صحة الوصية، ويشمله دليل لزوم تنفيذ الوصية، ولا حاجة حينئذ الى القيد الذي ذكره الشيخ ضياء الدين العراقي بقوله: بل يمكن تصحيحه بالغاء قيد لنفسه .

(نعم لو أوصى فضولا عن الغير احتمل صحته اذا أجاز) لاطلاق دليل القضيولي بعد كون ذلك مشمولاً لاطلاق دليل الوصية .

قال في المستمسك: فكما ان الانسان اذا باع مال غيره فاجاز المالك صحته نسبة البيع الى المجيز كذلك في المقام .

أقول : ومن المتعارف ان يوصي الانسان عن بعض العوام ، فاذا أراها له قبلها، ولذا كان اللازم الفتوى بالصحة وأفتى بذلك غير واحد من المعلقين .

نعم، اشكل بعضهم في نفوذها، بناءً على ان الوصية ايقاع، وان الاجازة لا تدخل في الايقاع، وبذلك ظهر ان الصور عبارة عن ان يوصي انه اذا مات، أو زيد اذا مات ، وعلى كل يعطي من مال نفسه، أو مال زيد، لعمرو .

(مسألة - ١ - يشترط في نفوذ الوصية كونها بمقدار الثلث أو بأقل منه)

فلو كانت بأزيد بطلت في الزائد

فلو كانت بأزيد بطلت في الزائد) سواء في المال أو في المنفعة أو في الحق ،
وسواء يمكن تفكيك الثلث أم لا ؟ مثل ان يوصي بعين داره ، أو بمنفعتها ، أو
بهق التحجير وحق الحرير ، اذا قلنا انه حق ، وليس بملك ، على ما ذكرناه في
[كتاب أحياء الموات] وممكن التفكيك كصبرة الحنطة وثلاثة دنانير وما أشبهه ،
وغير ممكنه ، كما اذا كان له حيوان غير قابل للتبعض عيناً ، وان امكن الاشتراك
فيه أو بيعه للتجزئة .

وكيف كان ، فالحكم مما لاخلاف فيه ولااشكال وفي المسالك الاخبار به
متظافرة ، وفي الجواهر الاجماع بقسميه عليه ، وفي مفتاح الكرامة : ان عباراتهم
بهذا الشرط طافحه ، وان اجماعاتهم به مستفيضة .

أقول : ويدل عليه اخبار كثيرة ففي رواية محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر
عليه السلام ، في رجل أوصى بأكثر من الثلث واعتق مماليكه في مرضه؟ فقال:
ان كان أكثر من الثلث رد الى الثلث وجاز العتق .

ورواية حمران ، عن أبي جعفر عليه السلام ، في رجل أوصى عند موته ؟
وقال : اعتق فلاناً وفلاناً حتى ذكر خمسة نظرفي ثلثه فلم يبلغ ثلثه اثمان قيمة
الممالك الخمسة التي أمر بعتقهم؟ قال : ينظر الى الذين سماهم وبدا بعتقهم
فيقومون وينظر الى ثلثه فيعتق منه أول شيء ذكر ، ثم الثاني والثالث ثم الرابع
ثم الخامس ، فان عجز الثلث كان في الذين سمي أخيراً ، لانه اعتق بعد مبلغ
الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك .

وعن محمد بن مسلم ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : سألته عن رجل
حضره الموت فاعتق غلامه وأوصى بوصية فكان أكثر من الثلث؟ قال : يمضي

الامع اجازة الورثة بلا اشكال

عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقى .

وعن اسماعيل بن همام، عن أبي الحسن عليه السلام، في رجل أوصى عند موته بمال لذوي قرابته واعتق مملوكاً وكان جميع ما أوصى به يزيد على الثلث كيف يصنع به في وصيته؟ قال: يبدء بالعتق فينفذه .

وعن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: ان عتق رجل عند موته خادمه ثم أوصى بوصية اخرى اعتقت الخادم من ثلثه والغيت الوصية الا ان يفضل من الثلث ما يبلغ الوصية. الى غيرها من الروايات .

(الامع اجازة الورثة بلا اشكال) ولا خلاف. قال في محكى التذكرة: اجماع العلماء على صحة الوصية بالاكثر ان اجاز الورثة ، ونقل الاجماع على ذلك في التلخيص أيضاً ، الى غير ذلك من عباراتهم، ويدل عليه بالاضافة الى انه حقهم فلهم ان يسمحوا بالنزول عن حقهم لكونه مقتضى تسلط الناس على أموالهم، حيث لم يمنع الشارع عنه جملة من الروايات :

كصحيح احمد بن محمد ، كتب أحمد بن اسحاق الى أبي الحسن عليه السلام: ان ذرة بنت مقاتل توفيت وتركت ضيعة اشقاصاً في مواضع وأوصت لسيدنا في اشقاصها بما يبلغ أكثر من الثلث ونحن أوصيائها واحبيننا انهاء ذلك الى سيدنا، فان امرنا بامضاء الوصية على وجهها امضيها، وان امرنا بغير ذلك انتهيها الى امره في جميع ما يأمربه ان شاء الله؟ قال: فكنت عليه السلام بخطه: ليس يجب لها في تركتها الا الثلث، وان تفضلتم وكنتم الورثة كان جائز لكم انشاء الله .

وصحيح محمد بن مسلم ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، في رجل أوصى

وما عن علي بن بابويه من نفوذها مطلقاً على تقدير ثبوت النسبة

بوصيته وورثته شهود فاجازوا ذلك فلما مات الرجل نقضوا الوصية هل لهم ان يردوا ما اقروا به؟ فقال عليه السلام: ليس لهم ذلك ، والوصية جائزة عليهم اذا اقروا بها في حياته. اذ الظاهر ان الكلام كان في الزائد من الثلث، والافقي الثلث لاجابة الى الاجازة .

ويدل على انه حق الورثة بالاضافة الى وضوحه رواية الدعائم، عن أمير المؤمنين عليه السلام، انه قال: من أوصى بأكثر من الثلث، أو أوصى بماله كله فانه يرد الى المعروف عن المنكر، فمن ظلم نفسه في الوصية وجار فيها فانه يرد الى المعروف ويترك لاهل الميراث حقهم .

ثم لا يخفى ان المراد بالورثة الذين لهم الاجازة من يرث فعلاً لامثل القاتل ونحوه ممن فيه موانع الارث فان اجازته لا تنفع ، اذ المنصرف من الاخبار والفتاوى ذلك ، كما انه لو كان شيء لبعضهم كالحبوة احتاج الامر لمن له الحبوة اذ هو الوارث لها دون غيره .

أما وصية المخالف والكافر ، فان كان في دينه ومذهبه المنع عن الزائد عن الثلث كان هو المتبع ، والا كان اللازم اتباع مذهبه لما تقدم من قاعدة الالزام .

(وما عن علي بن بابويه من نفوذها مطلقاً) ولو كانت بقدر تمام المال (على تقدير ثبوت النسبة) اذ في فهم ذلك من عبارته نظر، قال - في محكي عبارته -: فان أوصى بالثلث فهو الغاية في الوصية، فان أوصى بماله كله فهو أعلم وما فعله ويلزم الوصي انفاذ وصيته على ما أوصى ، وذلك لان قوله: [فهو الغاية] ظاهر في الموافقة لفتوى العلماء ، كما ان قوله: [هو أعلم] ظاهر في صورة احتمال

عذره في الوصية بالجميع بان كان مديوناً ، أونحو ذلك، وسيأتي في المسألة الثالثة بقية الكلام .

وهذا التوجيه ذكره بعضهم منهم مفتاح الكرامة قال: وهذا التوجيه جار في مستنده وهي عبارة الرضوي عليه السلام، ثم هنا كلمات اخر للعلماء في كلام الصدوق، منها: قول التذكرة، حيث قال في قوله: [فهو اعلم] لان قوله: لادلالة فيه على مخالفة ما افتاه، لانا لانسلم ان الموصي أعلم بما فعل .

ومنها: انه أراد بالمال الثلث ، كما صرح به الصدوق في بعض نسخ المقنع قال: بعد ان روي كلام فقه الرضا عليه السلام المال هو الثلث، لانه لامال للميت أكثر من الثلث .

ومنها : ما احتمل من حمل عبارته على صورة فقد الوارث الخاص ، كما نقل عن أبي علي، وعن المقنع .

ومنها : حمل الوصية على التصرفات المنجزة ، كما ذكره بعضهم ، الى غير ذلك .

نعم، ورد بعض الروايات على طبق الفتوى المذكورة ، مثل موثق عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال ارجل: أحق بماله مادام فيه الروح اذا أوصى بماله كله فهو جائز .

وموثق محمد بن عبدوس: أوصى رجل بثر كتفه متاع وغير ذلك لابي محمد عليه السلام، فكتب اليه، رجل أوصى بجميع ما خلف لك وخلف ابنتي اخت له فأريك في ذلك؟ فكتب الي : بع ما خلف وابعث به الي، فبعته ، وبعثت به اليه ، فكتب الي : قد وصل .

رموثق علي بن الحسن قال: مات محمد بن عبد الله بن زرارة وأوصى الى أخى أحمد بن الحسن وخلف داراً ، وكان أوصى في جميع تركته ان تباع

شاذ ولا فرق بين أن يكون بحصة مشاعة من التركة أو بعين معينة ولو كانت زائدة واجازها بعض الورثة دون بعض نفذت فى حصة المجيز فقط

ويحمل ثمنها الى أبى الحسن عليه السلام ، فباعها واعترض فيها ابن اخت له وابن عم له فاصلحنا أمره بثلاثة دنانير ؟ وكتب اليه أحمد بن الحسن : ودفع الشىء بحضرتى الى أيوب بن نوح فاخبره انه جميع ماخلف ، وابن عم له وابن اخته اعترضا وأصلحنا امره بثلاثة دنانير؟ فكتب : قد وصل ذلك وترحم على الميت وقرأة الجواب .

وهذه الروايات لا بد من حملها على بعض المحامل ، كما فى الوسائل وغيره بعد ان كانت الروايات السابقة أكثر عدداً وأصح سنداً ، وأبعد عن الحمل وعليلها الفتوى قديماً وحديثاً ، حتى ان قول الصدوق على تقدير صحة النسبة (شاذ) كما ذكره غير واحد .

(ولافرق) فى عدم صحة الوصية بالازيد من الثلث (بين أن يكون بحصة مشاعة من التركة أو بعين معينة) لاطلاق دليل المنع ، ولو كانت العين بذاتها تساوى الثلث ، أمالها اعتبار يجعلها أكثر قيمة لو حظ الاعتبار لالذات ، كما اذا كان له قفل وفتحاه كلاهما يساويان ستة للمفتاح اثنان - اذا كانا معاً - أما اذا فصل المفتاح عن القفل ساوى الاول أربعة ، مثلاً : فأوصى بالمفتاح لم يصح فى الاثنيين الزائد على الثلث ، باعتبار الاجتماع ، وانما يباع الاثنان ويعطى الموصى له اثنان كما لا يخفى .

(ولو كانت) الوصية (زائدة وأجازها بعض الورثة دون بعض نفذت فى حصة المجيز فقط) بلا اشكال ولا خلاف ، كما يظهر من المحقق والعلامة وشراهما

ولا يضر التبعض، كما في سائر العقود فلو خلف ابناً وبنثاً، وأوصى
بنصف تركته فأجاز الابن دون البنث كان للموصى له ثلاثة الاثلاث
من ستة ولو انعكس كان له اثنان وثلاث من ستة

وغيرهم، فاذا كان له ولدان وكانت التركة عشرة ووصى بأربعة فأجاز احدهما
كان للموصى له ثلاثة وثلثان، الثلاثة والثلث وصية والثلث الاخر اجازة من احد
الولدين (ولا يضر التبعض، كما في سائر العقود) لان حقيقة الوصية تحلل الى
وصايا متعددة .

نعم، ينبغي ان يستثنى من ذلك ما اذا كان الموصى أوصى على نحو وحدة
المطلوب ولذا قال الوالد في حاشيته: الا اذا كانت بالمجموع من حيث المجموع
- انتهى .

ثم ان أراد الموصى انه اذا لم يكن المجموع لم تكن وصية بطلت الوصية
رأساً، وذلك في قبالة انه أراد اذا لم يكن بعض الزائد على بعض الثلث لم يصح
كل الزائد، لان تبطل الوصية، كل ذلك، لان العقود تتبع القصور .

(فلو خلف ابناً وبنثاً) كما مثل بذلك المسالك، ومفتاح الكرامة وغيرهما .
(وأوصى بنصف تركته فأجاز الابن دون البنث كان للموصى له ثلاثة الا
ثلاث من ستة) فاذا كانت التركة اثني عشر كان للميت أربعة، فاذا أوصى بستة،
كان معناه ان [أربعة اثلاث] يخرج من كيس الابن، و [ثلثان] يخرج من كيس
البنث .

(ولو انعكس) بأن اجازت البنث دون الابن (كان له اثنان وثلاث من ستة)
الى غير ذلك من الامثلة .

ثم ان العلامة قال في القواعد: ويستحب التقليل فالربع أفضل من الثلث

والخمس أفضل من الربع وهكذا - انتهى .

وقال في مفتاح الكرامة : ان ظاهره ان التقليل مطلقاً أفضل ، كما هو صريح التحرير والتلخيص والدروس ، وهو ظاهر المذهب والحواشي وفقه الراوندى ، وقد يفهم من كلام المبسوط ، وظاهر الدروس استحباب الاقلال نص عليه علي عليه السلام .

وقال في الحواشي : ان في خبر سعد ايماء الى ان الوصية بالاقل أولى .

أقول : لكن عن جامع المقاصد ليس فى النصوص ما يشهد ان التقليل مطلقاً أفضل .

أما خبر سعد ، ففي المستدرک ، عن حواشي الشهيد على القواعد ، عن سعد قال : مرضت مرضاً شديداً فعادني رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال لي : أوصيت ؟ قلت : نعم ، أوصيت بما لي كله للمفقرات وفي سبيل الله ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : أوص بالعشر ؟ فقلت : يا رسول الله ان مالي كثير ، وذريتي اغنياء فلم يزل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يناقضني وانا قصه حتى قال : أوص بالثلث والثلث كثير .

أقول : وقد احتمل بعضهم [يناقضني] بالضاد المعجمة لا المهملة .

وكيف كان ، فلا دليل على الاطلاق المذكور ، بل اللازم الوصية بما لا يعد جنفاً عرفياً وبال معروف لانهما ذكر في النص وهما عرفيان فقد يكون ذلك كذلك وان جعل تسعة اعشار للورثة ، وقد لا يكون ذلك خلاف المعروف الا اذا جعل الثالث للمخير بل قد يكون الامر يتطلب العطا ، قبل موته والوقف والصلوة والبر ونحو ذلك .

كما فعله علي عليه السلام باملاكه ، حيث أوقفها فانه وانما لم تصح الوصية بأكثر من الثلث لانه لضرب القاعدة لاستقامة القانون ، كما ذكرناه في بعض

مباحث [الفقه] والاول مثل ان يوقف تسعين بالمائة مثلاً ، كما اذا كان له مليون وكان له وارث واحد يكتفى بأقل من مائة ألف في كل عمره .

ويؤيد ما ذكرناه من ان الملاحظ عدم الجنب مارواه السكوني، عن جعفر بن محمد ، عن أبيه عليهما السلام ، قال علي عليه السلام : ما بالي اضرت بولدي أوسرقتهم ذلك المال .

وفي رواية اخرى ، عن عبدالله بن مغيرة مثله ، الا انه قال : اضرت بورثتي .

وفي رواية اخرى ، قال علي عليه السلام : من أوصى ولم يحف ولم يضار كان كمن تصدق به في حياته .

كما انه يؤيد ان يتصدق قبل الموت مارواه جابر ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله (ص) : من ختم له بلا اله الا الله دخل الجنة ومن ختم له بصيام يوم دخل الجنة ، ومن ختم له بصدقة يريد بها وجه الله دخل الجنة .

وكيف كان ، فيدل على التقليل في الوصية في الجملة مارواه محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : كان أمير المؤمنين عليه السلام ، يقول لان أوصى بخمس مالي أحب الي من ان أوصى بالربع ، ولئن أوصى بالربع أحب الي من ان أوصى بالثلث ومن أوصى بالثلث فلم يترك وقد بالغ .

وعن حماد بن عثمان ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال : من أوصى بالثلث فقد أضر بالورثة ، والوصية بالربع والخمس أفضل من الوصية بالثلث ، ومن أوصى بالثلث فلم يترك حقاً له [اضر] أي فعل خلاف الأفضل ، و [لم يترك] أي مجالا للوصية بالاكثر ، لان الثلث غاية ما يجوز له .

وعن السكوني ، عن جعفر بن محمد ، عن أبيه عن آبائه عليهم السلام ، قال قال علي عليه السلام : الوصية بالخمس ، لان الله عز وجل قدرضى لنفسه بالخمس

مسألة - ٢ - لايشترط في نفوذها

وقال : الخمس اقتصاد والرابع جهد والثلث حيف .

أقول: المراد بالحيف خلاف الأفضل، والتمثيل بخمس المال لانه يعرف من جعل الله ذلك انه حسب العدل بين المحترف ، وبين حق الفقراء ونحوهم ولا يخفى ان كون الثلث، خلاف الأفضل انما هو فيما لم يكن مقتضى الفضل ذلك - كما ذكرنا - والا كان الأفضل الثلث.

وقد روي عبدالرحمان بن الحجاج قال : سألت أبا الحسن عليه السلام ، عما يقول الناس في الوصية بالثلث والرابع عند موته أشياء صحيحة معروف أم كيف صنع ابوك عليه السلام ؟ قال: الثلث ذلك الامر الذي صنع أبي رحمه الله الى غيرها من الروايات .

(مسألة - ٢ - لايشترط في نفوذها) أي الوصية بالثلث حجم الاعيان، بل قيمها لانها المنصرفة من الأدلة، فاذا وصي بدار له ألف ذراع وله داران اخريان كل واحدة مائة ذراع، و كانت قيمة الدار الموصاة ثلث قيم المجموع صححت الوصية .

ومنه يعلم، صحة الوصية بالأفضل اذا كان عنده فاضل ومفضول ، كما اذا كان له ثلاث حق ونصف من الحنطة كانت قيمة حقة منها - وهي أفضل - تساوي ثلث قيم الجميع جازت له الوصية بهذه الحقة، ولاحق للورثة في المقامين من الامتناع .

كما يعلم مما ذكر ، ان اللزوم القيمة في الخارج ، وان كانت حاصلة من ضم البعض الى البعض مثلا، كان له ديناران ومصرعاً باب قيمته خمسة ، بينما أربعة من هذه الخمسة قيمة الانضمام بحيث لو تفرقاً كانت قيمة كل واحد نصف

قصد الموصى كونها من الثلث الذي جعله

دينار، فانه لاحق له في الوصية بالمصراعين حتى وان وصى باعطاء زبده صراعاً وعمرو مصراعاً، حيث الذي يصل الى الموصى له بقيمة دينار فقط، اذ انه بوصيته اتلف بعد موته أربعة وأوصل واحداً وهو ثلث مجموع ما عنده .

ولو انعكس بان وصى بماله قيمة ثابتة وترك لاولاده ما قيمته تريدون تص بص بالاجتماع والافتراق جاز أيضاً، فانهم حيث لم يتقدموا من التقسيم لخسارتهم بالافتراق تمكنوا من تبديل العين الى القيمة حتى لاتكون خسارة، وكذلك لايشترط ان يكون الثلث من الجميع حجماً، بل له ان يجعله في شيء خاص لاطلاق النص والفتوى .

ثم ان المعبر حال وجود الاعيان وان امكن الزيادة والنقصمة بنقل العين من مكان الى آخر مثلاً كان له ثلاث صبر كل صبرة مائة أحداها في النجف، والاخرى في كربلاء، والثالثة في الكاظمة، قيمة الاولى مائة، والثانية سبعين والثالثة عشرة، فان له ان يوصى بقدر ستين عيماً أو قيمة، فاذا أراد ان يوصى بعين ما في النجف أو صبي بستين مناً، وان أو صبي بما في كربلاء أو صبي بخمسة وثمانين وخمسة اسباع، وان أو صبي بما في الكاظمة أو صبي بكل الامنان، ويتمكن بالاضافة اليها الى الوصية بما يعادل خمسين ديناراً، سواء من امنان النجف، أو امنان كربلاء، أو امنانها معاً، ويعرف ذلك بالاربعة المتناسبة بان يقال: اذا كان مائة من بمائة دينار كان ستون مناً بستين ديناراً، واذا كان مائة من بسبعين ديناراً كان خمسة وثمانون مناً وخمسة اسباع من بستين ديناراً، واذا كان مائة من بعشرة دنانير كان يبقى له خمسون الى آخره .

ثم انه لايشترط في نفوذ الوصية (قصد الموصى كونها من الثلث الذي جعله

الشارع له فلو أوصى بعين غير ملتفت الى ثلثه وكانت بقدره أو أقل صحت ولو قصد كونها من الاصل أو من ثلثي الورثة وبقاء ثلثه سليماً مع وصيته بالثلث سابقاً أو لاحقاً بطلت مع عدم اجازة الورثة ، بل وكذا ان اتفق أنه لم يوص بالثلث أصلاً لان الوصية المفروضة مخالفة للشرع وان

الشارع له) لعدم الدليل على ذلك القصد بعد اطلاق الادلة، ولذا صرح في الجواهر وغيره بعدم الاحتياج اليه .

(فلو أوصى بعين غير ملتفت الى) قدر (ثلثه و كانت) تلك العين (بقدره أو أقل صحت) كما انه اذا أجاز الورثة صح الزائد اجازة ، و قدر الثلث اصالة .

(و لو قصد كونها من الاصل) بان يكون ثلث ما أوصى به من ثلثه ، و ثلثاه من ثلثي الورثة (أو) ان كل ما أوصى به (من ثلثي الورثة و بقاء ثلثه سليماً) .

وبين المصنف كيفية بقاء ثلثه سليماً بقوله: (مع وصيته بالثلث سابقاً) على هذه الوصية (أو لاحقاً بطلت) الوصية في ثلثي الثلث عند [قصد كونهما من الاصل] وبطلت في كل الوصية عند [قصد كونها من ثلثي الورثة] .

(مع عدم اجازة الورثة) وانما تبطل الوصية في ثلثيها، أو في الكل، لان الوصية كما تقدم عقد أو ايقاع وكلاهما يحتاج الى القصد حتى يصح كونه عقده أو ايقاعه فبدون القصد لا تصح .

(بل وكذا ان اتفق أنه لم يوص بالثلث اصلاً لان الوصية المفروضة مخالفة للشرع،) حيث جعل الشارع الوصية من ثلث الاصل، لامن ثلثي الورثة (وان

لم تكن حينئذ زائدة على الثلث، نعم لو كانت في واجب نفذت

لم تكن الوصية (حينئذ) حين أوصى بالثلث فقط (زائدة على الثلث) اللهم الا ان يقال: ان الشارع لم يأذن في الوصية بالزائد على الثلث، وهذا لم يوص بالزائد فتصح الوصية وبلغو قصده .

قال في المستمسك: اللهم الا ان يقال: حمل الاصل على ما يقابل الثلث لا يمنع من صحة الوصية من الاصل لان ثلثيها، وان كانا من ثلثي الورثة لكن لما لم يكن وصية من الميت بالثلث فثلثه فرضى - يعني على تقدير الوصية به - وكذلك الثلثان أيضاً فرضيان بالمعنى المذكور ولادليل على بطلان الوصية من ثلثي الورثة اذا كانا فرضيين لا غير فمادام الميت لم يوص بالثلث تصح وصيته من ثلثي الورثة حينئذ اذا لم تزد على الثلث ويتم ما ذكره في الجواهر - انتهى .

ولهذا أشكل جماعة من المعلقين على بطلان الوصية في ثلثيها أو في كلها .

و منه يعلم حال ما اذا قصد بالوصية ان يكون المال من حصة أحد الورثة مثلا، حيث تبطل ان قلنا بمقالة المصنف، وتصح ان قلنا بمقالة الجواهر .

(نعم لو كانت في واجب نفذت) لان الوصية تنفذ اذا كانت في الواجب المالي ونحوه، وان استوعبت جميع التركة .

قال سبحانه: «من بعد وصية يوصي بها أو دين» بل لو لم يوص أيضاً، وجب الانخراج من الاصل قبل الارث، فان لم يبق شيء فلا ارث بلا اشكال ولا خلاف .

قال في محكي الكفاية: الوصية بالواجب المالي من أصل المال عند الاصحاب

لانه يخرج من الاصل الا مع تصريحه باخراجه من الثلث .

وكذا اذا لم يوص اخراج من اصل المال عندهم ، سواء كان مالياً محضاً كالزكاة والكفارات و نذر المال أو مالياً مشوباً بالبدن كالحج ، وعن التذكرة ان كان واجباً كالوصية بقضاء الدين أو الحج الواجب أو الزكاة الواجبة وشبهها نفذ من الاصل اجماعاً ، الى غيرهما من عباراتهم ، ويدل عليه متواتر الروايات : مثل ما رواه معاوية بن عمار ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، في رجل مات وترك ثلثمائة درهم ، وعليه من الزكاة سبعمئة درهم وأوصى ان يحج عنه؟ قال : يحج عنه من اقرب المواضع ويجعل ما بقى فى الزكاة .

وعن سماعة قال : سألته عن رجل أوصى عند موته ان يحج عنه ؟ فقال عليه السلام : ان كان قد حج فليؤخذ من ثلثه ، وان لم يكن حج فممن صلب مساله لايجوز غيره .

وعن صهيب ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، في رجل فرط فى اخراج زكاته فى حياته ، فلما حضرته الوفاة حسب جميع ما فرط فيه مما لزمه من الزكاة ، ثم أوصى ان يخرج ذلك فيدفع الى من يجب له؟ قال : فقال : جائز يخرج ذلك من جميع المال انما هو بمنزلة الدين لو كان عليه ليس للورثة شىء حتى يؤدي ما أوصى به من الزكاة ، قيل له ، فان كان أوصى بحجة الاسلام ؟ قال : جائز يحج عنه من جميع المال . الى غيرها من الروايات ، وسيأتى تفصيل الكلام فى ذلك فى مسألته انشاء الله تعالى .

(لانه يخرج من الاصل الا مع تصريحه باخراجه من الثلث) لان الثلث بيده حسب اطلاق النص والفتوى ان شاء جعله فى الواجب ، وان شاء جعله فى غيره .

مسألة - ٣ - إذا أوصى بالازيد أو بتمام تركته ولم يعلم كونها في واجب حتى تنفذ أو لا حتى يتوقف الزائد على اجازة الورثة فهل الاصل النفوذ الا اذا ثبت عدم كونها بالواجب أو عدمه الا اذا ثبت كونها بالواجب وجهان ربما يقال بالاول : ويحمل عليه ما دل من الاخبار على أنه اذا أوصى بماله كله فهو جائز

(مسألة - ٣ - إذا أوصى بالازيد) من الثلث (أو بتمام تركته ولم يعلم كونها في واجب) مالي ونحوه (حتى تنفذ أولاً) بل تبرعى (حتى يتوقف الزائد على اجازة الورثة فهل الاصل) الاعم من الدليل الاجتهادي والاصل العملى (النفوذ الا اذا ثبت عدم كونها بالواجب) فلا تنفذ .

(أو الاصل) عدمه (عدم النفوذ) (الا اذا ثبت كونها بالواجب وجهان) و ربما احتمل التفصيل بانه اذا كانت الوصية تضييعاً لحق الورثة نفذت حملاً لفعل المسلم على الصحيح، وان لم تكن تضييعاً لم تنفذ، مثلاً : اذا كان له وارث مجنون لا يقدر على الاجازة والرفض فانه ان أوصى بالكل ولم يكن محل الاجازة كانت الوصية تضييعاً لحقه ان لم تكن بالواجب فحمل فعل الموصى على الصحيح يوجب الخروج من الاصل، وذلك بخلاف ما اذا كانت الورثة أهلاً للاجازة، حيث يحتمل انه أوصى بالكل لاحتماله اجازتهم فتأمل .

(ربما يقال بالاول): لاصل الصحة واللزوم في العقود (ويحمل عليه ما دل من الاخبار على أنه اذا أوصى بماله كله فهو جائز) حيث انها دائرة بين الطرح وبين الحمل على بعض المحامل البعيدة ، كما تقدم حين نقلها عنده فتوى الصدوق بذلك وبين الحمل على ما اذا أوصى ولم يعلم هل عليه واجب أم لا ؟

وانه أحق بماله ما دام فيه الروح، لكن الاظهر الثاني ، لانه مقتضى ما دل على عدم صحتها اذا كانت أزيد من ذلك والخارج منه كونها بالواجب وهو غير معلوم

(و) مثلها ما ورد من (انه أحق بماله مادام فيه الروح) لكن هذا الحمل بعيد أيضاً، بل بعده عن الروايات الثانية أكثر لظهورهما في ان له حق الوصية لوجود الروح فيه وهو ماله اكتسبه - مثلاً - .

(لكن الاظهر الثاني) وقد سكت عليه كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم (لانه مقتضى ما دل على عدم صحتها اذا كانت أزيد من ذلك) فان في المقام طائفتين من الروايات .

الاولى: ما دل على ان الوصية بأكثر من الثلث غير نافذة الاباجازة الورثة وليس قصد المصنف هذه الطائفة حتى يقال: بان ذلك من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية ، كما اعترض عليه بعض المعلقين .

الثاني: ما دل على رد وصايا خارجية مما يظهر منها ان الاصل عدم القبول وذلك مثل جملة من الروايات التي ذكرناها في دليل قول المشهور برد الامام عليه السلام، الزائد من الثلث فان حمل رد الامام عليه السلام، للزائد على علمه بانها وصية تبرعية خلاف الموازين الفقهية لا يصار الى مثله - من حمل قولهم أو فعلهم أو تقريرهم على ان ذلك حسب علمهم الخارجي - الا اذا لم يوجد بد من ذلك، كما قرر في موضعه .

(والخارج منه كونها بالواجب) المالي ونحوه (وهو غير معلوم) ومنه يعلم ان قول المستمسك لكن الاصل الصحة فيكون بحكم المعلوم غير ظاهر الوجه وهل يقول المستمسك: بانه اذا اوصى بعدم اعطاء ولده فلان من الارث ينفذ

نعم، اذا أقر بكون ما أوصى به من الواجب عليه يخرج من الاصل بل وكذا اذا قال : اعطوا مقدار كذا خمساً ، أو زكاتاً ، أو نذراً ، أو نحو

لاحتتماله انه نذر كل ماله لبقية اولاده وهكذا، واذا قدم اليه وصية بصرف نصف ماله في اعطاء السادة والفقراء ينفذه لاحتتماله انه نذر أو ما أشبهه. ثم ليس الحكم المذكور خاصاً بالوصية، بل قد ذكرنا في بعض مباحث [الفقه] ان اللازم اجراء الحكم الاولي الا اذا ثبت بالدليل كون المورد من الحكم الثانوي، كما اذا كان يفطر في شهر رمضان او يشرب الخمر، أو يبيع الوقف أو ما أشبهه، واحتمل صحة فعله لمرض، أو مجوز لبيع الوقف لم يكتف بذلك، بل اللازم النهي حتى يظهر المجوز، فراجع الفقه: [كتاب الصوم، و الوقف] وغيرهما .

ولذا سكت على المتن كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم أمثال السادة الوالد و ابن العم و البروجردي و الجمال و الاصفهاني و الشيخ العراقي و غيرهم .

(نعم، اذا أقر بكون ما أوصى به من الواجب عليه يخرج من الاصل) و ذلك لانه مما لا يعرف الا من قبله، ولما دل على نفوذ اقرار الانسان بالدين و بالزكاة وبالحج وبغيرها، وانه يجب العمل به على الورثة، مثل صحيح أبي ولاد قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن رجل مريض أقر عند الموت لو ارث بدين له عليه قال: يجوز ذلك؟ قلت: فان أوصى لو ارث بشيء، قال: جائز .

(بل وكذا اذا قال : اعطوا مقدار كذا خمساً، أو زكاتاً، أو نذراً، أو نحو

ذلك وشك في أنها واجبة عليه، أو من باب الاحتياط المستحبي فإنها أيضاً، تخرج من الاصل

ذلك) من الواجبات المالية (وشك في أنها واجبة عليه ، أو من باب الاحتياط المستحبي فإنها أيضاً، تخرج من الاصل) فعن عباد بن صهيب ، عن أبي عبد الله عليه السلام، في رجل فرط في اخراج زكاته في حياته، فلما حضرته الوفاة حسب جميع ما فرط فيه مما لزمه من الزكاة ثم أوصى به ان يخرج ذلك فيدفع الى من تعجب له؟ قال عليه السلام: جائز يخرج ذلك من جميع المال انما هو بمنزلة دين لو كان عليه ليس للورثة شيء حتى يؤدوا ما أوصى به من الزكاة.

والحاصل: ان في المقام ثلاثة اشياء: قاعدة اقرار العقلاء، وانه مما لا يعرف الا من قبله، والروايات ، وهي كثيرة وبعضها مقيدة، كما لا يخفى على من راجع الوسائل بابها في [كتاب الوصية] ولعله يأتي الكلام حولها مفصلاً انشاء الله تعالى.

أما قول المستمسك: ان العمل بهذا ليس لقاعدة اقرار العقلاء على انفسهم جائز، لكون هذا الاقرار متعلقاً بالورثة ، فهو ليس اقراراً على النفس ، الى آخره.

ففيه: انه اقرار على النفس، والا فغالب الاقرارات ترتبط بالغير، فاذا أقر الرجل بانه تزوج زوجة ثانية كان اقراراً في حق أولاده انهم لا يحق لهم الزواج منها، وفي حق امها وبناتها انهما لا يحق لهما التزويج به، وفي حق زوجته الاولى انها لا ترث الا نصف الربع أو الثمن، ولو أقر انسان بانه رضيع فلان كان اقراراً في حق ولده انه لا يتزوجها، وفي حقها انها محرم مع ولده، ولو أقر انسان بانه قتل فلاناً خطأ كان اقراراً في حق المعاقلة ولو أقر انسان بانه لاط بفلان كان اقراراً

لان الظاهر من الخمس والزكاة الواجب منهما والظاهر من كلامه اشتغال ذمته بهما .

في حق امها وبنتها واختها انهن حرمن عليه، الى غير ذلك من الاقاربات، فالاقرار كالمبينة يشبث لوازمها. وان كان لدي التعارض بينهما تقدم البينة على ما ذكرناه في [كتاب الشهادات] .

(لان الظاهر من الخمس والزكاة الواجب منهما) فلا يقال: بامكان المستحب منهما، مثل زكاة مال التجارة والخمس الاحتياطي في مورد اختلاف العلماء ونظره أو نظره مرجعه الاستحباب لا الوجوب.

(والظاهر من كلامه) اعطوا، أما لوقال: علي فهو نص (اشتغال ذمته بهما) وقد سكت على الممتن السادة البروجردي وابن العم والجمال، وان قيده الوالد بقوله: اذا لم يكن الموصى ممن علم مواظبته على اداء الحقوق، والا فقد يكون مجملاً أو ظاهراً في غير الواجب .

أقول: اذا عد ذلك اقراراً شمله اقرار العقلاء، والاحتمال لا ينفع في رد الاقرار، اللهم الا ان يؤخذ بالروايات المشتركة لعدم الاتهام كما في الوسائل في الوصية في الباب السادس عشر فراجع.

أويقال: ان اقرار العقلاء لا يشمل مورد الاتهام، فلو كان انسان كثير الاقرار بالمتناقضات لم يشمله دليل اقرارهم لانصرافه عن مثله، ومثله مالو كان وسواسياً يحتاط باعطاء الخمس والزكاة كل سنة مرات، فانه لا يعتمد على اقراره انه مديون باحدهما، بل وكذلك لو اعترف بالدين، وفيه يمكن ان يقال: بقاعدة القرعة، أو قاعدة العدل، أو اصالة البرائة من المراجع عند اعواز الدليل الخاص.

مسألة -- ٤ -- اذا أجاز الوارث بعد وفاة الموصي فلا اشكال في نفوذها ولا يجوز له الرجوع في اجازته وأما اذا أجاز في حياة الموصي ففي نفوذها وعدمه قولان أقواهما الاول كما هو المشهور

(مسألة - ٤ - اذا أجاز الوارث) لما زاد من الثلث فيما لو أوصى الموصي بما زاد من الثلث (بعد وفاة الموصي فلا اشكال في نفوذها) وذلك لان الحق له، فاذا أجاز كان اسقاطاً لحقه (ولا يجوز له الرجوع في اجازته)، اذ لا دليل على ان المسقط يرجع، فان حاله كالابراء، حيث لا يتمكن المبرء من الرجوع، وهذه قاعدة عقلائية لم يردع عنها الشارع بل في الجواهر ادعى الاجماع بقسميه والنصوص على ان الاجازة توجب النفوذ للوصية، ومراده بالنصوص ما تقدم من صحيح احمد بن محمد وغيره، كما ان في المستمسك قال: الظاهر ان عدم جواز الرجوع مما لا اشكال فيه، ويقتضيه الاصل لانها بالاجازة نفذت، فبطلانها بالرجوع يحتاج الى دليل - انتهى.

هذا بالاضافة الى عموم الادلة الدالة على وجوب امضاء الوصية، وكون الارث بعدها، والمخارج من ذلك ما اذا لم يمض الوارث أما اذا امضى فالمرجع فيه عموم العام.

ومما تقدم ظهر، ان المراد بلايجوز عدم النفوذ، أما لو رجع عن اجازته حال حياة الموصي، فالظاهر سقوط الوصية، كما اذا رجع من قبوله للوصية، اذ لا دليل على اللزوم، والمناط في الرجوع عن قبول الوصية موجود في المقام.

(وأما اذا أجاز في حياة الموصي ففي نفوذها) حتى لا يتمكن من الرد بعد الوفاة (وعدمه) فيتمكن من الرد بعد الوفاة (قولان أقواهما الاول كما هو المشهور)

للاخبار

وقد حكى الشهرة فيه الجواهر والحدائق وغيرهما وعن الشيخ الاجماع عليه ، خلافاً لما عن المقنعة والمراسم والسرائر والوسيلة والجماع والايضاح وشرح الارشاد ، من عدم نفوذها حال الحياة ، فلو اجازوا حال الحياة كان لهم الرجوع بعد موت الموصى .

(للاخبار) كصحيح محمد بن مسلم ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، في رجل أوصى بوصيته وورثته شهود فاجازوا ذلك فلما مات الرجل نقضوا الوصية هل لهم ان يردوا ما اقروا به ؟ فقال عليه السلام : ليس لهم ذلك والوصية جائزة عليهم اذا اقروا بها في حياة .

وصحيح منصور بن حازم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بوصية أكثر من الثلث وورثته شهود فاجازوا ذلك له؟ قال: جائز، قال ابن رباط [الراوي عن منصور بن حازم] وهذا عندي على انهم رضوا بذلك في حياته وأقروا به .

أقول: وهذا هو الظاهر من قوله: وورثته شهود .

وعن دعائم الاسلام ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، انه قال : اذا أوصى الرجل يعني بما تجاوز الثلث فاجاز له الورثة ذلك في حياته ، ثم بدالهم بعد الموت، قال : ليس لهم ان يرجعوا .

قال في الجواهر : كما هو مؤيد بعموم الأدلة الدالة على وجوب امضاء الوصية، وكون الارث بعدها [مثل قوله سبحانه: «من بعد وصية يوصى بها أو دين»] خرج منها ما اذا لم يجز الوارث مطلقاً فيبقى الباقي، وبان المنع من نفوذ الزائد عن الثلث انما هو لحق الورثة وهو متحقق في حال الحياة، فاذا اجازوا

المؤيدة باحتمال كونه ذا حق في الثلثين فيرجع اجازته الى اسقاط حقه كما لا يبعد استفادته من الاخبار الدالة على أن ليس للميت من ماله الا الثلث

فقد سقط حقه، وبان المال الموصى به لا يخرج عن ملك الموصي والورثة ، لانه ان برى كان المال له، وان مات كان للورثة فان كان للموصي فقد أوصى به وان كان للورثة فقد اجازوه ، ولان التعليق الذي في الوصية ليس للانشاء فيها كي لا يقبل القبول والاجازة، بل هو لحصول الاثر فيها ، والا فالانشاء حاصل الان فعلا نحو الاوامر المعلقة والتدور كذلك، فان المعنى الانشائي فيها حاصل عند حصولها ولذا لم يحتج المأمور بأمر معلق على شيء عند حصول المعلق عليه ولم يجز اتلاف المنذور قبل حصول المعلق عليه ، وكذلك مانحن فيه ، الى آخر كلامه .

وقد أخذ بعضه عن المختلف وغيره، وحيث جعل تلك مؤيدات لامجال لرد المستمسك لها، فان المؤيد غالباً يقرب من جهة ويبعد من جهة ، والا كان دليلاً، فقله: انها لاتصلح للتأييد غير ظاهر الوجه .

(المؤيدة باحتمال كونه ذا حق في الثلثين) حتى حال حياة الموصى (فيرجع اجازته الى اسقاط حقه) وبعد الاسقاط لاحق في الاسترجاع، اذ لا دليل عليه، بل الاصل ينفيه (كما لا يبعد استفادته) أي استفادة كونه ذا حق في الثلثين (من الاخبار الدالة على أن ليس للميت من ماله الا الثلث) وهذا الاحتمال، وان سكت عليه غير واحد من المعلقين كالسادة الاصفهاني والوالد وابن العم والبروجردي والجمال والشيخ العراقي وغيرهم، الا انه مشكل كما يأتي منه [قدس سره] وقد رده المستمسك بان المستفاد من الاخبار انه ليس للميت التصرف في الزائد

بعد الموت، ولادلالة فيها على حق للوارث .

قال عمار الساباطي : قال أبو عبد الله عليه السلام: الميت أحق بماله مادام فيه الروح ، فان قال: بعدي فليس له الا الثلث .

اما القول الاخر: الذي تقدم عن جماعة، فقد استدلل به بما عن السرائر من انها اجازة في غير ما يستحقونه بعد فلا يلزمهم ذلك بحال ، وربما أيد بما اذا باع الفضولي ملك المورث، فاجازه الوارث في حال حياة المورث، فانه لأثر لاجازته .

ولا يخفى ما فيهما ، اذ هما وجهان اعتباريان لا يقاومان النص ، لكن اللزوم في الاجازة التي لا يرد بها الرد بعد الموت ان تكون مستمرة الى وقت الموت ، فلو اجاز الوارث، ثم رد في حال حياة الموصي صح الرد، لانه مقتضى القاعدة بعد عدم شمول النصوص المذكورة لهذا الغرض، فان الرواية الاولى صريحة في المطلب، والثانية وان شملت صورتها البقاء والرد بالاطلاق الا ان المنصرف منها صورة بقاتهم على اجازتهم ، بل هو الظاهر من تفسير الراوي ، كما انه صريح رواية الدعائم أيضاً .

ومنه يعلم، أحكام كل صور المسألة :

(١) الرد ثم الاجازة في حال الحياة ، فتنفذ اذا كان الموصى باقياً على وصيته .

(٢) عكسها والوصية تسقط ، وان اجازوا بعد الموت ، وذلك لان الرد نقص الوصية، ولادليل على كفاية الاجازة بعد ذلك، اللهم الا اذا بقى الموصى على وصيته، حيث ان الاجازة اللاحقة على الموت ترتبط بالوصية ، كما سبق فتكفي في لزوم الوصية على الورثة، وان ندموا بعد الاجازة وارادوا الرد فيكون حال ذلك حال ما اذا أوصى ولم يردوا في حال الحياة ولم يجيزوا ثم اجازوا بعد

هذا والاجازة من الوارث

الموت، حيث لاحق لهم في الرد بعد ذلك .

(٣) الاجازة ثم الرد بعد الموت ، ولافايدة في الرد كما عرفت .

(٤) الرد ثم الاجازة بعد الموت، ولا تلزم الاجازة، لان الرد اسقط الوصية ولذا يكون الزائد على الثلث لهم فيه الخمس والزكاة والاستطاعة وغيرها ، نعم لهم ان يفعلوا طبق الوصية تبرعاً منهم لازوماً عليهم .

(هذا والاجازة من الوارث) في حال الحياة انما تصح اذا بقى على كونه وارثاً، لانه المنصرف من النص، أما اذا خرج كلية أوفي الجملة لم تنفع اجازته كلية في الاول ، وفي الجملة في الثاني مثلا اجاز الوصية ، ثم ارتد أو قتل المورث ظلماً فانه يخرج بذلك عن كونه وارثاً، وانما يرثه غيره ويكون الاعتبار باجازة ذلك الغير، فان كان اجاز في حال الحياة [وان كان يعلم انه ليس بوارث أو يشك حين ان اجاز لانه زعم ان الطبقة المتقدمة وارث] لزمت والاتوقفت على اجازته بعد الموت .

ومثال في الجملة ما لو كان له ابن واحد فاجاز ثم ولد له ابن ثان، فان اجازته تنفع في نصف الزائد ونصفه الاخر يحتاج الى اجازة الولد الثاني ، اللهم الا اذا كانت اجازة الولد الاول في كل نصيبه ، مثلا ، فلاحاجة الى اجازة الولد الثاني، مثلا : كان للميت ثلاثة دنانير فوصى بدينارين مما يبقى للولد الاول دينار فلما حصل على ولد آخر ملك ذلك الدينار فلا يبقى للولد الاول شيء ، فان كانت اجازته تشمل ذلك أو اجاز صريحاً بعد ان حصل الولد الثاني نفذت الوصية في الدينار الزائد والانفذت في نصفها ، كما انه لو كانت اجازة الولد الاول خاصة بما اذا بقى له دينار لم تنفذ الوصية في الزائد اطلاقاً ، لان ولادة الولد الثاني كشفت عن عدم اجازة الولد الاول أصلاً ، وانما زعم انه اجاز بما لاحقيقة له ،

تنفيذ لعمل الموصى وليست ابتداء عطية من الوارث

والله سبحانه العالم .

ثم ان الاجازة من الوارث (تنفيذ لعمل الموصى وليست ابتداء عطية من الوارث) سواء كانت الاجازة قبل الوفاة ، كما يشمله اطلاق عبارة القواعد أو بعد الوفاة ، كما صرح به الشرائع ، وكأنه انما اقتصر على بعد الوفاة ، لانه كان الانتقال من الموصى الى الموصى له اذا أجاز الوارث حال الحياة أظهر .
وكيف كان ، فقد قال الشرائع : واذا وقعت بعد الوفاة كان ذلك اجازة لفعل الموصى ، وليس بابتداء هبة .

وقال في الجواهر : بلاخلاف أجده بيننا ، بل ربما ظهر من بعضهم الأجماع عليه .

أقول : والاحتمال الآخر منسوب الى بعض العامة كما في المسالك ، قال : وانما يذكر الاخير وجهاً أو احتمالاً ، وانما هو قول العامة ، وان المرجح عند الاصحاب ما اخترناه .

وكيف كان انما ذهب الاصحاب الى ما اختاروه ، لان المال ملك للموصى وقد فوضه بعد موته الى الموصى له والوارث ليس له شأن الا الاجازة فهي تنفيذ قبول الوصية ، سواء أجاز قبل الوفاة أو بعدها ولو بمدة ، لان الاجازة قبول عمل الموصى بالانتقال فوراً بمجرد الموت ، ولذا لم يكن الفاصل بين الموت وبين الاجازة - لو تأخرت الاجازة عن الموت - موجباً لكون المال للوارث حتى يترتب عليه أثره من الخمس والزكاة والاستطاعة ، وكون النماء له ، الى غير ذلك ، سواء قلنا في الاجازة في الفضولي بالكشف أو النقل ، لان ظاهر الروايات كصريح الفتاوى تلقى الموصى له الملك من الوصى مباشرة .

فلا ينتقل الزائد الى الموصى له من الوارث بأن ينتقل اليه بموت الموصى أولاً ثم ينتقل الى الموصى له ، بل ولا بتقدير ملكه ، بل ينتقل اليه من الموصى من الاول .

و بذلك يظهر ، انه لاوجه لما ذكره العامة دليلاً على مختارهم من ان الزائد على الثلث ملك للورثة ، فاذا اجاز الوارث انتقل من حين الاجازة الى الموصى .

اذيرد عليه ان الانتقال الى الورثة لا يكون الا بعد عدم صحة الوصية ، قال سبحانه : «من بعد وصية يوصى بها أو دين» فاذا صححت الوصية بالاجازة لم يكن انتقال الى الورثة أصلاً ، فالمال قد انتقل من الموصى الى الموصى له رأساً ، ولا فاصل بين الامرين حتى يكون ملكاً حقيقة أو حكماً للوارث .

(فلا ينتقل الزائد) من الثلث (الى الموصى له من الوارث بأن ينتقل اليه بموت الموصى أولاً ثم ينتقل الى الموصى له) لانه خلاف الادلة كما عرفت . (بل ولا بتقدير ملكه) أي الملك الوارث ، أو مثل تلقى الحفيد عن جده الارث بتقدير ملك أبيه [الميت] عن الجد ، ولذا يقسم فرض الاباء على أولادهم [أي الحفيد] .

(بل ينتقل اليه من الموصى من الاول) كما ذكروا في تلقى البطن اللاحق الوقف من الواقف رأساً لا بواسطة البطن السابق .

ومما تقدم يعلم ، عدم الفرق بين كون الوارث الذي سيجي ء أهلاً للاجازة حال الموت أم لا؟ كما اذا كان طفلاً أو مجنوناً حال موت أبيه الذي أوصى بأكثر من الثلث ، ثم بلغ وعقل وأجاز ، فانه يكون ملكاً للموصى له حين الموت و يترتب عليه آثاره .

ثم انه لو بقي الوارث مجنوناً أو سفياً أو مأشبه مما لا يكمل ، فالظاهر ان لوليه الحق في الاجازة والرفض اذا لم يكن أحدهما مفسدة ، اذ قد تحقق في محله كفاية عدم المفسدة أما من يرى لزوم المصلحة كان اللازم تقييد عمل الولي باحدهما بالمصلحة . -

نعم، لا ينبغي الاشكال في عدم صحة الاجازة من الصبي والمجنون لا قبل موت الموصى ولا بعد موته، ولومات الوارث بدون اجازة أو رفض فالظاهر ان الاجازة والرفض يتوقفان على ورثة الوارث، لو حدة الدليل اطلاقاً أو منطاطاً، و لافرق بين ان يجيز الوارث كل الزائد أو بعضه، كما لافرق بين ان يجيز كلهم أو بعضهم للاطلاق فيصح في ما أجاز ويبطل في غيره ، ومقتضى القاعدة صحة الاجازة من المفلس حال حياة الموصى، لأنه ليس تصرفاً في ماله ، ولذا قال في الجواهر: وتصح من المفلس حال حياة الموصى - انتهى .

ولكن ربما احتتم عدم الصحة لأنه تصرف مالي بالاخرة، فيشمله دليل الحجر، خصوصاً اذا كانت الاجازة قرب موت الموصى، حيث ان بعد ساعة يموت مثلاً، وينتقل اليه مال كثير يمكن به قضاء كل ديونه، والمسألة بعد بحاجة الى التأمل، خصوصاً وقد قال في الروضة: في ضحتها بعد موته وجهان.

أقول : اذا قلنا بعدم الصحة، ففي حال الحياة أيضاً كان كذلك، لو حدة الملاك فيهما، ولو شك في تأثير الاجازة كان الاصل عدم، فالمرجع اطلاق دليل الارث، ولو كفر الموصى بعد الوصية لم تنفع الاجازة، لان المال خرج عن ملكه بالارتداد ، ولو كفر الوارث قبل الاجازة سقطت اجازته لأنه ليس بوارث حتى يكون بيده الاجازة والرفض ، ولو كفر الموصى اليه ولم يصح الانتقال اليه، كما اذا كان الزائد القرآن لم تصح الاجازة وانما يكون ارثاً ولو لم يصح الانتقال اليه من الاول لكنه صح بعد ذلك، فان لم يكن فاصل بين

الموت وبين صحة الملك لم يكن بالاجازة بأس كما اذا كان الموصى له كافرأً
والوصية بالقرآن الزائد على الثلث ثم اسلم قبل ان يموت الموصى .
أما اذا أسلم بعد موت الموصى لم تصح الوصية، اذ هي من الوصية باعطاء
القرآن للكافر، فلا تنفع الاجازة لان الشيء لم يبق على ملك الموصى بعدموته
ولا على ملك الوارث لفرض انه لا يرث ولا على ملك الكافر، اللهم الا ان يقال:
يبقى على ملك الميت كما في الثلث ونحوه، فان الملك صرف اعتبار والعقلاء
يعتبرونه والشارع لم يردع عنه، فهو في ملك الموصى الى ان يجيز الوارث و
يسلم الكافر فنأمل.

قال في الجواهر: ثم الظاهر عدم الفرق بين الاجازة بعد الوصية وبين
الاذن فيها سابقاً.

أقول: مثلاً، قال الوارث: اني اجيز كل وصية وصيت بها، ثم أوصى
لاطلاق الادلة أو مناطها، قال: كما لافرق في ذلك أيضاً، بين الوصية التمليلية
والعهدية كالوصية بالوقف والعق ونحوهما.

أقول: وهو كما قال: لان الدليل يشملهما، ولو قال: المجيز ظننت قلة المال
الزائد على الثلث والان ظهر لي بعد الاجازة كثرته، فهل يقبل لانه أعرف بنيته
أم لا؟ والا لملك كل مقرر ونحوه ذلك وهو خلاف ما دل على أن الامر مأخوذ
بكلامه، مثل اقرار العقلاء على أنفسهم جائز ونحوه، وسيأتي تفصيل الكلام فيه
في المسألة الآتية، ولو اوصى بداره وكانت بقدر الثلث أو أقل وبعد موته، قل
الوارث: كان يظن الموصى انها تسوى ألفاً بينما تسوى ألفين ولو كان علم بذلك
لم يوص بها كلها، بل نصفها لم يقبل منه الا اذا اقام البينة .

نعم، لو كان انصرف بيد الوارث وعلم بذلك، وان الوصية كانت على نحو
التقييد، لاعلى نحو الداعي حق له ان يصرف بقدر ما يعلم لا يزيد من ذلك، وانما

مسألة - ٥ - ذكر بعضهم انه لو أوصى بنصف ماله مثلاً فأجاز
الورثة ثم قالوا ظننا انه قليل قضى عليهم بما ظنوه وعلينهم الحلف
على الزائد

قلنا بنحو التقييد، اذ لو كان بنحو الداعي لم تكن وصية بالاقل من الدار ،
وكذا الحال لو أوصى بالالف، فقال وارثه: كان يظن انه عشر ماله بينما هو خمسه
فاللزام اعطاء نصفه ، ولو قال اعطوا : أحد الدارين وكانت احدهما أكثر من
الثالث، والاخرى بقدره أو أنقص تعين اعطاء الثانية، الا ان يجيز الورثة فيتخيرون
اذمع عدم اجازتهم للزيادة كان اعطاء الثانية تطبيقاً للموصية فلا وجه لاعطاء أقل
من الدار الاولى تطبيقاً للثالث، اذ هو خلاف وصية الموصى، وهل تحتاج الاجازة
الى كونها في محضر الناس، فلو قال الوارث: وحده اجزت لم يكف، احتمالان
وان كان الظاهر الكفاية لصدق انه اجاز .

نعم، لو شك في كفايتها كان الاصل عدم، ولو لم يجز ولم يرد فهل يجبره
الحاكم على احدهما؟ لا يبعد ذلك اذا كان البقاء معلقاً ضرراً على الموصى اليه،
والالم يدل دليل على الاجبار .

(مسألة - ٥ - ذكر بعضهم) وهو الشرائع وغيره (انه لو أوصى بنصف
ماله مثلاً فأجاز الورثة ثم قالوا ظننا انه قليل قضى عليهم بما ظنوه) من الزائد
على الثالث (وعليهم الحلف على الزائد) انهم ما اجازوا ذلك ان لم يعلم صدقهم
انهم ظنوه أقل، والالم يحتج الى الحلف، لان الحلف طريقي، فمع العلم بذي
الطريق لم يحتج اليه، وواضح ان ذلك اذا كان هناك نزاع بين الموصى له والورثة
أوبين الحاكم الشرعي وهم، أو بين الوصي وهم: والالم يكن مجال لهذا الكلام
بل يعمل الوارث حسب ظنه كما ان اللزام ان لا تكون الاجازة بداعي انه أقل والا

فالداعي لا يقيد الاجازة اذا كانت الاجازة مطلقة .

والحاصل : انه قد يجيز مطلقاً وداعيه انه أقل ، وقد يجيز مقيداً بالاقل ، ففي الاول الاجازة تقع على الكل ، بخلاف الثاني ، حيث تنع الاجازة على القدر المظنون ، وكذا الحال فيما اذا كانت الاجازة مقيدة أو مطلقة بالنسبة الى شيء آخر ، مثلاً : كان يظن ان له مالا ، فاذا أجاز الزائد لا يضره ، ثم تبين ان لامال له ، فانه اذا كان ظنه داعياً صححت الاجازة .

أما اذا كان ظنه مقيداً للاجازة لم تصح الاجازة ، لان المقيد عدم عند عدم قيده ، أمالوجعل ذلك شرطاً بان قال : اجيز بشرط ان يكون الزائد مائة مثلاً ، أو بشرط ان يكون اي مالي - سواء ذكر الشرط لفظاً أو قصده حين الاجازة فلم تكن الاجازة مطلقة - فله ان يأخذ بشرطه ويفسخ الاجازة ، وان يسقط شرطه ويبقى على اجازته ، فان الاجازة حيث تجعل العقد [عقد كم] يصح تقييدها كما يصح تقييد نفس العقد بالاجازة .

فالمظنون قد يكون مصباً ، وقد يكون قيداً ، وقد يكون شرطاً ، وفي الاولين تبطل الاجازة ، وفي الثالث يتخير بين اسقاط الشرط وعدمه .

وكيف كان ، فقد قال الشرائع : لو أوصى بنصف ماله ، مثلاً : فاجاز الورثة ، ثم قالوا ظننا انه قليل قضى عليهم بما ظنوه واحلفوا على الزائد ، وفيه تردد ، وأما لو أوصى بعبد أو بدار فاجازوا الوصية ، ثم ادعوا انهم ظنوا ان ذلك بقدر الثلث أو أزيد بيسير لم يلتفت الى دعواهم ، لان الاجازة هنا تضمنت معلوماً .

أقول : قال في الجواهر - بالنسبة الى الشق الاول - : وهذا الحكم وان ذكره غير واحد من الاصحاب ، بل لأجد فيه خلافاً صريحاً ، وان قال المصنف : هنا فيه تردد الى آخره .

فلو قالوا ظننا أنه ألف درهم فبان أنه ألف دينار قضى عليهم بصحة الاجازة في خمسمائة درهم، واحلفوا على نفى ظن الزائد فللموصى له نصف ألف درهم من التركة وثالث البقية

(فلو قالوا ظننا أنه ألف درهم فبان أنه ألف دينار قضى عليهم بصحة الاجازة في خمسمائة درهم ، واحلفوا على نفى ظن الزائد فللموصى له نصف ألف درهم من التركة وثالث البقية) .

أقول: قد ذكر ذلك المسالك والجواهر وغيرهما، وأشكل عليهم المستمسك بقوله : ولعل الاولى في التعبير ان يقال: انه يعطي ثلث الالف دينار بالوصية وثلث الالف درهم بالاجازة لانهم لما ظنوا ان التركة ألف درهم فاجازوا الوصية، بنصفها، فقد ظنوا ان الزائد المجاز سدس الالف درهم فتصح الاجازة فيه لا غير - انتهى .

أقول: قد تكون الاجازة على تقدير ان المال ألف درهم فقط فلا اجازة في الزائد على الثلث لو كان ألف دينار ، وعليه فاللازم اعطاء ثلث ألف دينار بلا شيء زائد ، لان الورثة لم يجيزوا شيئاً ، حيث كانت الاجازة مقيدة ، وقد تكون الاجازة للفتاوت بين الثلث والنصف [أي السدس] من غير نظر الى كونه ألف درهم أو غيره وحينئذ الواجب عليهم اعطاء خمسمائة دينار، لان ثلث الالف حق الميت وسدسه صار حقه بالاجازة، وقد تكون الاجازة للفتاوت بين ثلث ألف درهم ونصفه، أي سدسه، وحينئذ يلزم عليهم اعطاء ثلث ألف دينار وبقدر سدس ألف درهم .

وبذلك يظهر ، وجه النظر في كثير من الكلمات ، كما يظهر وجه النظر في سكوت غير واحد من المعلقين على المتن وكان لذا قال الوالد : شقوق هذه

وذلك لاصالة عدم تعلق الاجازة بالزائد واصالة عدم علمهم بالزائد بخلاف ما اذا اوصى بعين معينة كدار أو عبد فأجازوا ثم ادعوا أنهم ظنوا أن ذلك أزيد من الثلث بقليل فبان أنه أزيد بكثير

المسألة لا تخلو من منع أو نظر . والسيد الاصفهاني [ره] نظر الى ما ذكر أخيراً فقال: وان شئت قلت : يعطى ثلث ألف دينار والتفاوت بين ثلث ألف درهم ونصفه .

(وذلك) انما يقبل قول الوارث بيمينه (لاصالة عدم تعلق الاجازة بالزائد واصالة عدم علمهم بالزائد) واليهما اشار في المسالك قائلًا: ووجه قبول قولهم استناده الى اصالة عدم العلم بالزائد، مضافاً الى ان المال مما يخفى غالباً الخ حيث ان قوله : [ان المال] ان لم يرد به الاصل الاول لم يصح ان يعبر عنه بـ[مضافاً] كما لا يخفى . ثم قال: ولان دعواهم يمكن ان تكون صادقة، ولا يمكن الاطلاع على صدق ظنهم الا من قبلهم فلو لم يكشف فيه باليمين لزم الضرر لتعذر اقامة البينة على دعواهم - انتهى .

ويمكن ان يرجع هذا الى دليل: [ما لا يعرف الا من قبله] فيشملة قوله عليه السلام: لصاحب الحق مقالا . والى دليل: [لا ضرر] .

وكيف كان، فان في مجموع المذكورات كفاية ، وان كان في الاستناد الى بعضها نظر، مثلاً: اصالة عدم علمهم بالزائد لا ينفع، اذ يكفي في اجازة النصف كائناً ما كان احتمال الزيادة - كما اشار اليه السيد البروجردى - فمقتضى القاعدة ان الدعوى مسموعة والحلف مقبولة .

(بخلاف ما اذا اوصى بعين معينة كدار أو عبد) أو صرة من الدراهم والدنانير (فأجازوا ثم ادعوا أنهم ظنوا ان ذلك ازيد من الثلث بقليل فبان انه ازيد بكثير)

فانه لا يسمع منهم ذلك لان اجازتهم تعلقت بمعلوم وهو الدار أو العبد

أي بأكثر مما ظنوا ، وان كانت الزيادة قليلة أيضاً ، كما انهم ظنوا انه أكثر من الثلث بدرهم فبان أزيد بدرهمين - فان دليل المنع يأتي في هذا أيضاً .
(فانه لا يسمع منهم ذلك لان اجازتهم تعلقت بمعلوم) خارجي (وهو الدار أو العبد) وتوضيح الفرق بين هذه المسألة والسابقة بما ذكره المسالك بان في هذه المسألة موضوع الاجازة الدار مثلاً ، وهي معلومة ، وفي المسألة السابقة موضوعها الجزء المشاع والعلم بمقداره يتوقف على معرفة مقدار مجموع التركة والاصل عدمه .

ثم انه ربما قيل مثل ذلك في الفرق بين المسألتين فيما اذا وصى الموصى زاعماً قلة ما وصى به ، ثم ظهرت كثرته ، حيث انه اذا كان على وجه التقييد - على ما ذكرناه سابقاً - تبطل الوصية بالنسبة الى الزائد ، فيما علم الوصي قصده ، اذ لا وصية بالقدر الزائد حقيقة ، بخلاف ما اذا وصى بعين معينة كالدار فان الوصية نافذة ، وان زعم انها تسوى بأقل من ما ظنه ، وانما كان الامر كذلك لوحدة الدليل بين فرضي المصنف وهذين الفرضين ، ومن الواضح انه لاحاجة الى علم الموصى بقدر ما وصى فلامانع من نفوذها في المسألة الثانية ، اذ لم يشترط أحد لزوم علمه ، وان كانت الوصية عقداً ، كما لا يشترط علم الموصى له ، وان كان قبوله جزءاً من العقد لاطلاق أدلة الوصية فيهما ، فلو كانت للموصى صرة لا يعلم كم مقدار ما فيها جازت وصيته بها ، كما صح قبول الموصى له لها بعد موته ، وان لم يعلم قدرها .

قال في المستمسك : ونحوه ما اذا وصى بثلثه وعشرة فأجازوا ثم ادعوا ظن كثرة المال فتبين قلته لكون العشرة التي هي موضوع الاجازة معلومة .

ومنهم من سوى بين المسألتين في القبول، ومنهم من سوى بينهما في عدم القبول، وهذا هو الاقوى أخذاً بظاهر كلامهم في الاجازة كما في سائر المقامات

أقول: وكذا كل مورد كان كذلك، كما اذا أوصى بمعلوم لديه مجهول لديهم، أو مجهول لديهما، أما اذا كان مجهولاً لديه معلوماً لديهم فالحكم يترتب على ما ذكرناه في [ربما قيل].
(ومنهم من سوى بين المسألتين في القبول) للدعوى، وفائدة ادعاء الورثة للجهل.

قال في الجواهر: لكن مال في الدروس الى التسوية بينهما في القبول، وجعله في محكى التحرير وجهاً، وفي القواعد احتمالاً.
أقول: وقال في المسالك: لعله الاوجه، وذلك لان العلم بالموصى به المعلوم لديهم لا يلازم علمهم بقدر قيمته، ولذا لم يكونوا اجازوا هذا المقدار وكأنه من باب تقييد الاجازة بما قيمته مثلاً ألف، بينما ظهر انها ألفان، فهو من قبيل اختلاف الوصف والاشارة.

أقول: يصح عدم نفوذ الوصية اذا كان الموصى جاهلاً، كما تقدم في [ربما قيل] لان الموصى لم يوص كما قرر، وان لم نقل بالتساوى في قبول دعوى الوارث المميز.

(ومنهم) كما يظهر من الجواهر (من سوى بينهما في عدم القبول) لدعوى الوارث، وهذا هو الذى قرره كثير من المعلقين كالسادة الوالد وابن العم والجمال وغيرهم، وان أشكل عليه السيد البروجردى وبعض آخر.

(وهذا هو الاقوى أخذاً بظاهر كلامهم في الاجازة، كما في سائر المقامات)

كما اذا أقر بشيء ثم ادعى أنه ظن كذا، أو وهب أو صالح أو نحو ذلك ثم ادعى انه ظن كذا فانه لا يسمع منه ، بل الاقوى عدم السماع حتى مع العلم بصدقهم في دعواهم

اذ يؤخذ بظاهر الكلام في العقود والايقاعات الا اذا ثبت الخلاف .
(كما اذا أقر بشيء ثم ادعى أنه ظن كذا) مثلاً : قال : كل ما في هذه الصرة لزيد ، ثم قال : ظننت ان فيها مائة ، بينما كان فيها مائة وعشرون ، أو قال : هذه الدار لزيد ، ثم قال : ظننت اني وهبتها له ، بينما الذي وهبته له دار اخرى .

(أو وهب أو صالح أو نحو ذلك ثم ادعى انه ظن كذا فانه لا يسمع منه)
الادعاء المذكور ، لكن الاقرب السماع في كلتا المسألتين . لان الاصل عدم الاجازة ، لان الاصل بمجردده لا يقف امام ظاهر الكلام ، بل لما تقدم من انه لا يعرف الا من قبله ، فاذا لم تسمع الدعوى لزم الضرر الكثير .

وقد قال جمع من الفقهاء : كالشيخ وغيره بسماع الدعوى ضد ورقة الانسان نفسه ، فاذا ارى المنكر ورقة من المدعي كتب فيها ان المدعي تسلم المال و ادعى انه كتب الورقة للتسلم بعد ذلك تقبل دعواه وعمل فيها بميزان المدعي والمنكر .

(بل الاقوى عدم السماع حتى مع العلم بصدقهم في دعواهم) وذلك لان الظن من قبيل الداعي ، ومع تخلف الداعي لا يبطل الانشاء ، فاذا كان داعيه الى اشترائه الطعام زعمه ان له ضيوفاً ثم تبين عدم بقائهم لم يبطل اشترائه ، وذلك لتمامية اركان العقد فيصدق عقودكم ، وكذلك في الايقاع .

نعم ، اذا كانت الاجازة مقيدة كان اللازم القول بالامور الثلاثة ، أي البطلان فيما كان مصباً أو قيداً ، لانه ليس بعقده ولا باجازته والصحة مع الاختيار في الابقاء

الا اذا علم كون اجازتهم مقيدة بكونه بمقدار كذا فيرجع الى عدم الاجازة ومعه يشكل السماع فيما ظنوه أيضاً .

والفسخ اذا كان شرطاً ، ولذا قال : (الا اذا علم كون اجازتهم مقيدة بكونه بمقدار كذا) وعلى هذا فالنسبة الى الواقع يكون المؤثر المصوب والقيود والشرط والداعي ، فله ان يعامل حسب قصده ، وان لم يسمع منه في مقام المرافعة ، اللهم الا اذا حلف الطرف الاخر ، حيث ان الوارث مدع لدعواه خلاف الاصل لمادل على ان الحلف يذهب بالحق ، فيما اذا كان النزاع على الامور المالية ، كما ذكرنا تفصيله في [كتاب القضاء] .

وبالنسبة الى الظاهر ان علمنا صدقه عومل كل حالة حسب ماقررناه من قواعد ، فاذا علمنا كون الاجازة على نحو المصوب أو القيد نقول بالبطلان ، وان علمنا بانها على نحو الداعي قلنا بالصحة ، وان علمنا كونها على نحو الشرط كان له الفسخ أو الاجازة ، وان شككنا في انها كيف كانت كان المحكم اصالة الاطلاق الا اذا لم يكن اطلاق حيث ان المحكم حينئذ عدم الاجازة .

قال في المستمسك : بناءً على ما ذكرنا يكون مورد الشك في كون الخصوصية اخذت بنحو الداعي أو القيد مورداً لاصالة عدم الاجازة لو لم يكن محكوماً بظاهر الاطلاق ، فسان اطلاق الخطاب وعدم تقييده يوجب البناء على كون الخصوصية لو حظت داعياً فما لم يعلم التقييد يبنى على صحة الوصية .

(فيرجع الى عدم الاجازة) أي ان الحكم مع عدم الاجازة ، لان الاصل عدم الاجازة كي يستشكل عليه المستمسك بان هذا اذا احتتمل تحقق اجازة اخرى غير الاجازة التي قيدت والافلاشك كي يرجع الى الاصل .

(ومعه يشكل السماع فيما ظنوه أيضاً) فانه اذا علم ان الاجازة مقيدة بكذا لم

مسألة - ٦ - المدار في اعتبار الثلث حال وفاة الموصي

يكن محل لسماع الدعوى ، سواء كان القيد حسب ظنهم أو خلافه .

(مسألة ٦- المدار في اعتبار الثلث حال وفاة الموصي) قال في الشرائع ويعتبر الثلث وقت الوفاة لا وقت الوصاية ، فلو أوصى بشيء وكان موسراً في حال الوصية ثم افتقر عند الوفاة لم يكن بإيساره اعتبار ، وكذلك لو كان في حال الوصية فقيراً ثم ايسر وقت الوفاة كان الاعتبار بحال يساره - انتهى .

وقال في الجواهر: بلاخلاف أجده فيه ، بل الاجماع محكى عن الخلاف وذلك لانه المنصرف من اطلاق الدليل ، بل الظاهر من الادلة الجاعلة للثلث حيث كثرة اختلاف مال الانسان بدون اشارة الروايات الى ان المعيار الثلث حال الوصاية وبدون بيان ماذا يعمل اذا قل ماله حال الوفاة عن حال الوصاية دليل على ان العبرة حال الوفاة ، بل ويؤيده ماسمأتى من كون الدية أيضاً داخله في الثلث .

مثل خبر السكوني ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال امير المؤمنين عليه السلام : من أوصى بثلثه ثم قتل خطأ ، فان ثلث ديته داخل في وصيته .

ومثله غيره ، بل اللازم القول بذلك ، وان كان حقاً حال الموت وملكا بعده كما اذا نصب شبكة ، ثم صادت بعدان مات ، كما في الجواهر ، هذا بالاضافة الى انه هو مراده من ثلث ماله ، فهو مقتضى الوصية والعقود وغيرها تتبع القصد حتى يكون عقدكم ونحوه ، ولذا لو علم ان مراده الثلث حال الوصية لم يكن ثلثه الا بمقدار الثلث حال الوصية فيكون مثل اقراره ان لزيد نصف ماله مثلاً ،

أو نذر ان لله سبحانه نصف ما يملك ، حيث ان الغالب ارادتها النصف حال الاقرار وحال النذر ، وبالعكس لو علم ارادتهما وقتاً آخر ، كما اذا نذر ان يكون

ولو زاد كانت الزيادة لهما مطلقاً وان كانت كثيرة جداً وقد يقيد بما اذا لم تكن كثيرة اذ لا يعلم ارادته هذه الزيادة المتجددة والاصل عدم تعلق الوصية بها

كلاهما كل بقدره ، وهذا يؤكده كون الثلث للميت حال وفاته ، كما يؤكده كون الثلثين للوارث .

(ولو زاد كانت الزيادة لهما مطلقاً) وبذلك يعرف ، وجه النظر في كلام كل من جامع المقاصد والمستمسك ، حيث قال الاول : قد بينا ان الثلث يعتبر بعد الموت ، اذ قد يتجدد مال للميت بعد الموت كالدية اذا ثبت صلاحاً ، وقد يتجدد تلف بعض التركة قبل قبض الوارث ، وكأن المصنف انما اعتبر حال الوفاة في مقابل وقت الوصية لامطلقاً ، فكأنه قال : لا يعتبر وقت الوصية .

وقال الثاني : هو في محله في المتجدد ، وأما في التلف قبل قبض الوارث فغير ظاهر ، لان النقص يكون من أصل التركة ، ولا يختص بمال الوارث ، فالمدار في الثلث على حال الوفاة ، الى آخر كلامه .

اذ قد عرفت ان كلامنا الزيادة والنقيصة تؤكده حقه في الثلث ، فان الزيادة انما حدثت لحقه حال الوفاة لا بعد ذلك .

(وان كانت كثيرة جداً) اذ كان ظاهر الوصية يشملها لاما اذا علم بعدم قصده أو شك في القصد بعد عدم ظهور عرفي للوصية في الاطلاق بما يجعله وصيته . (وقد يقيد بما اذا لم تكن) الزيادة (كثيرة اذ لا يعلم ارادته هذه الزيادة المتجددة والاصل عدم تعلق الوصية بها) قال في الجواهر : قال ثاني المحققين والشهدين هذا انما يتم اذا كانت التركة حين الوصية أزيد منها حال الوفاة ، أما لو انعكس اشكل اعتبارها عند الوفاة مع عدم العلم بارادة الموصى للزيادة المتجددة ،

ولكن لاوجه له للزوم العمل باطلاق الوصية

لاصالة عدم التعلق وشهادة الحال بان الموصى لا يريد ثلث المتجدد حيث لا يكون تجدده متوقفاً غالباً، خصوصاً مع زيادته كثيراً [فرداد اولهما] انه قد تقدم الاشكال فيما لو أوصى لا قرب الناس اليه وله ابن وابن ابن فمات الابن ، فان استحقاق ابن الابن لا يخلو من تردد ، بل قال : انه قد يتوقف في دية العمد من حيث تجدد ثبوتها بعد الموت - انتهى .

(ولكن لاوجه له للزوم العمل باطلاق الوصية) والمراد بالاطلاق اطلاق [الثالث] ونحوه ، فلاوجه لاشكال المستمسك عليه بانه لاوجه لدفع كلام جامع المقاصد بالتمسك بالاطلاق ، فان المقام ليس مقام الاطلاق والتقييد لتعيين المراد ثم ان ما ذكره جامع المقاصد من مسألة الابن وابن الابن ، فالكلام فيه انه قد يفهم من كلامه ان مراده عنوان [الاقرب] وقد يفهم ان مراده ابنه ، وقد لا يفهم أيهما ، فعلى الاولين يكون الامر واضحاً ، وعلى الثالث لا يعطى الحفيد ، اذ لا علم بالوصية يكون ارتثاً كما هو الحال في كل أمثال هذه المقامات ومرادنا بان [مراده] كذا ، نريد بالمراد الاعم من ماله اطلاق أو ارتكاز ، اذ الارتكاز أيضاً كاف كما ذكرنا في الوقف اذا تعذر مصرفه في العين ، حيث يصرف في شبهه ويؤيده عدة روايات في باب الوصية ، بل وغيرها أيضاً .

مثل ما رواه محمد بن الريان قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام ، أسأله عن انسان أوصى بوصيته فلم يحفظ الوصي الاباباً واحداً منها كيف يصنع في الباقي ؟ فوقع عليه السلام : الابواب الباقية جعلها في البر. الى غير ذلك مما يظهر منه اعتبار الشارع للارتكاز .

نعم لو كان هناك قرينة قطعية على عدم ارادته الزيادة المتجددة صح ما ذكر لكن عليه لافرق بين كثرة الزيادة وقتلتها ، ولو أوصى بعين معينة كانت بقدر الثلث أو أقل، ثم حصل نقص في المال أو زيادة في قيمة تلك العين بحيث صارت أزيد من الثلث حال الوفاة بطلت بالنسبة الى الزائد مع عدم اجازة الوارث

(نعم لو كان هناك قرينة قطعية) أي مايقطع بها في مقام الظاهر - لا القطع الوجداني خاصة .

والحاصل قرينة صالحة للتقييد عرفاً (على عدم ارادته الزيادة المتجددة صح ما ذكر) في عدم شمول الوصية للزيادة المتجددة (لكن عليه) على وجود القرينة (لا فرق بين كثرة الزيادة وقتلتها) وكان جامع المقاصد خصص الزيادة الكثيرة في عبارته المتقدمة [بعد ان جعل كل زيادة كذلك] من جهة ان الكثيرة ابعد عن ارادة الموصى .

(ولو أوصى بعين معينة كانت بقدر الثلث أو أقل، ثم حصل نقص في المال أو زيادة في قيمة تلك العين بحيث صارت أزيد من الثلث حال الوفاة بطلت بالنسبة الى الزائد مع عدم اجازة الوارث) لان العبرة بحال الوفاة ، كما تقدم .
 و منه يعلم ، انه لو أوصى بالاقل من الثلث ، لم تبطل الوصية ، ولو أوصى بالاكثير من الثلث ، ثم صار بقدر الثلث ، لم يحتج الى اجازة الورثة ، وقد علم من ذلك حال الاقسام التسعة : لان الشيء حال الوصية ، أما بقدر الثلث ، او أقل ، أو أكثر ، وعلى كل حال في حال الموت أما ان يكون أقل أو أكثر أو مساوياً - وقد عرفت ان مرادهم بحال الوفاة الاعم من ما يكون عيناً أو حقاً ينمو بعد الوفاة، مثل الدية المأخوذة صلحاً، والصيد

وان كانت ازيد من الثلث حال الوصية، ثم زادت التركة أو نقصت قيمة تلك العين فصارت بقدر الثلث أو أقل صحت الوصية فيها ، وكذا الحال اذا أوصى بمقدار معين كلى كمأة دينار مثلاً .

الحاصل في الشبكة، وما أشبه ذلك -

(وان كانت) العين (أزيد من الثلث حال الوصية، ثم زادت التركة أو نقصت قيمة تلك العين فصارت بقدر الثلث أو أقل صحت الوصية فيها) و ان كان الوارث قدرد الوصية اذ الرد غير ضائر بعد عدم كون الوصية وقت اعتبارها لا تزيد على الثلث .

(و كذا الحال) حال الوصية بالعين المعينة (اذا أوصى بمقدار معين كلى كمأة دينار مثلاً) . ومما تقدم ظهر حال ما اذا بقي مراعى كما اذا كان ما أوصى بقدر ثلثه اذا أخذت دينته، وأكثر ان لم تؤخذ، حيث ان الزائد يبقى معلقاً باختيار الوارث الدية أو العفو أو القصاص .

ثم انه اذا أوصى بمقدار كلى قابل للتضخم والتنزل كالذهب مثلاً، فان كان كل ماله كذلك لم يهمل الامران، لان الكل يتنزل ويصعد، أما اذا كان كل ماله مختلفاً اعتبرت القيمة في الموصى به .

و منه يعلم ، ان الاعتبار ببلد الصرف ان عين بلداً خالصاً ، وان كان بلد آخر تختلف القيم فيه مثلاً : كان الذهب في العراق ألفاً ، بينما في ايران خمسمائة لوجود التضخم على الضعف في العراق، أو التنزل بقدر النصف في الثاني، وان لم يعين بلداً خاصاً لزم على الوارث أو الوصي مراعاة الغبطة في الوصية ، لانه المنصرف من الوصية، فاذا أوصى بأن يذهب حرم الامام أمير المؤمنين عليه السلام، أو الامام الرضا عليه السلام، بمأة مثقال، وهي ثلث في

مسألة - ٧ - ربما يحتمل فيما لو أوصى بعين معينة أو بكلي
 كمائة دينار مثلاً أنه إذا اتلف من التركة بعد موت الموصى يرد
 النقص عليها أيضاً بالنسبة كما في الحصة المشاعة، وإن كان الثلث
 وافيًا وذلك بدعوى أن الوصية بهما

إيران، بينما نصفه ثلث في العراق لزم تذهيب حرم الامام الثامن .
 نعم، إذا كانت هناك جهة مرجحة بالنسبة الى الاول مما يتقدم على الغبطة
 فيما يفهم من الوصية - ولو ارتكازاً - مراعاتها قدم الاول ، والله سبحانه العالم .
 (مسألة - ٧ - ربما يحتمل فيما لو أوصى بعين معينة) كهذه المائة (أو بكلي
 كمائة دينار مثلاً أنه إذا اتلف من التركة بعد موت الموصى يرد النقص عليها أيضاً)
 فسره بقوله: [كما في ...] (بالنسبة) بين الموصى به ويأتي التركة (كما في الحصة
 المشاعة) فكما انه اذا أوصى بالثلث وتلف الخمس من المجموع قسم ذلك الخمس
 المتلف على الأربعة الباقية فيذهب من حصة الوارث اثنان، و من حصة الميت
 واحد ففيما كان المال ثلاثين وتلف ستة بقي من الثلث ثمانية، ومن ثلثي الوارث
 ستة عشر، كذلك اذا أوصى بما يعادل الثلث، مثل ان اوصى بكتاب قيمته عشرة
 او بعشرة دنانير خاصة، او اوصى بعشرة دنانير على نحو الكلبي .

(وان كان الثلث وافيًا) بكل ما اوصى، اي ليس النقص على الموصى به
 لاجل ان الثلث - بعد النقص - لا يفي بما اوصى - كما في مثالنا السابق، حيث
 لا يفي الثلث، فان الثلث حينئذ ثمانية من اربعة وعشرين، بينما الموصى به
 عشره - و مثال ما يفي الثلث، كما اذا اوصى بخمسة من الثلاثين فتلف خمسة
 فانه يبقى خمس وعشرون، حتى اذا اعطينا خمسة الموصى بها، لم يكن زائداً
 على الثلث .

(وذلك بدعوى أن الوصية بهما) أي بالعين المعينة أو الكلبي، والمراد بأي

ترجع الى الوصية بمقدار ما يساوي قيمتها فيرجع الى الوصية بحصة مشاعة ، والاقوى عدم ورود النقص عليهما مادام الثلث وافياً ورجوعهما الى الحصة المشاعة في الثلث أو في التركة لا وجه له خصوصاً في الوصية بالعين المعينة

منها، مثل : [وانظر الى طعامك وشرابك لم يتسنه] (ترجع الى الوصية بمقدار ما يساوي قيمتها فيرجع) بالاخرة (الى الوصية بحصة مشاعة) فيكون حال مثل هذه الوصية كحال الوصية بالمشاع.

وقد اشار المصنف بذلك الى ما ذكره الجواهر قال: انما الاشكال في ان هذا ونحوه [يعني الوصية بشيء معين أو بمقدار كلي كمائة دينار] هل يرجع الى الوصية بحصة مشاعة من الثلث حتى ان التالف منه ينقص من الموصى به على حسب النسبة، لانه كالوصية بربع الثلث مثلاً، أو انه لا يرجع الى ذلك، بل هو كلي مضمون في الثلث حتى انه لولم يبق منه الا مقدار ما يساوي ذلك نفدت الوصية؟ فيه وجهان منشأهما ان الكلي يملك في الخارج، لا على جهة الاشاعة على وجه تشمله عمومات الوصية مثلاً، أو انه لا يملك الا على جهة الاشاعة الا ماخرج بالدليل كبيع الصاع من الصبرة، بناءً عليه لخبر الاطنان - انتهى.

(و الاقوى عدم ورود النقص عليهما) لاطلاق دليل العمل بالوصية اذا لم تزد على الثلث فلا يرد النقص على الموصى به لانه خلاف ذلك الاطلاق (ما دام الثلث وافياً) كما تقدم في مثال الوصية بخمسة من ثلاثين (ورجوعهما) الوصية بعين معينة أو بالكلي كمائة (الى الحصة المشاعة في الثلث، أو في التركة لا وجه له) لانه خلاف المفهوم من الوصية بهما.

(خصوصاً في الوصية بالعين المعينة) اذ لا وجه للاشاعة بعد التعيين، فاذا

كانت له ثلاثة دور، وقال: اعطوا هذه ثلثا فذهب بها السيل، سواء قبل موته أو بعد موته بطلت الوصية، كما انه لو ذهب بالدارين الاخرين بعد موته بقيت الوصية كاملة، وذهب حق الوارث.

وأما اذا ذهب بهما حال حياته كان ثلث الدار الباقية للوصية وثلثاها حسب اجازة الوارث، لان بذهاب الدارين صار مال المييت منحصرأ في دار، ولا تصح الوصية في أكثر من ثلثها الا بالاجازة.

ولو كان ثلثمائة دينار، وقال: اعطوا مائة ثم تلف مائة من المال في حياته كان له ثلث مأتين الا اذا أجاز الوارث، وان تلفت المائة بعد وفاته كان التلف من مال الحي، واللازم اعطاء المائة كاملة، وربما يقال: هذه الثلثمائة الباقية ثلثها له و ثلثاها لهم، فلماذا يكون التلف من مال الوارث فقط، ويؤيده انه لو ذهب كل المال لم يكن له شيء فكما اذا ذهب الكل، كات الذاهب كل ما لكيهما كذلك اذا ذهب البعض كان الذاهب بعض من هذا وبعض من ذلك، كما اذا تلف كل مال الشركة أو بعض مال الشركة، ولاوجه لقياس ذلك بما اذا قال: اعطوا هذه الدار، لان في الوصية بها افراز بخلاف ما اذا لم يفرز ومثل قوله: اعطوا هذه الدار قوله: اعطوا هذه المائة الخاصة .

وعليه فلا فرق في التلف منهما بالنسبة بين أن يقول: [اعطوا مائة] أو يقول [اعطوا الثلث] و ليس [اعطوا مائة] مثل اطنان القصب، اذ [وفوا] يقول: اعطه مائة مادامت باقية [اذا اشترى مائة طن من مأتي طن مثلاً] فالعقد عقد على ذلك فهما بينان على اعطاء مائة [بقي الباقي أم لا؟] في قبال المال وليس المقام كذلك، اذ حق المييت داخل في الكل، فاذا أصاب بعض الكل عطب أصاب كلا من المييت والوارث بنسبته، وان كانت المسألة بعد بحاجة الى التأمل .

مسألة - ٨ - اذا حصل للموصى مال بعد الموت ، كما اذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته يخرج منه الوصية، كما يخرج منه الديون، فلو كان أوصى بالثلث أو الربع أخذ ثلث ذلك المال أيضاً مثلاً

(مسألة - ٨ - اذا حصل للموصى مال بعد الموت ، كما اذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته يخرج منه الوصية) أي بقدر الثلث، وان لم يكن التركة بقدر ثلاثة اضعاف ما أوصى، مثلاً أوصى بمائة، وكل تركته مأتان وحصل بعد موته ما قيمته مائة، فأن المائة تعطى ثلثاً له بلا حاجة الى اجازة الورثة.

(كما يخرج منه الديون) لانه مال الميت، وقد نص على ذلك غير واحد كالجواهر وغيره، وذلك لان الصيد متعلق حقه، حيث انه نصب الشبكة والاثار تابع للمؤثر تبعية النماء لذي النماء - كما في المستمسك - .

(فلو كان أوصى بالثلث أو الربع أخذ ثلث) أوب ربع (ذلك المال أيضاً مثلاً) وانما قال: مثلاً باعتبار انه لا يلزم الاخذ من عين ذلك ، بل يجوز الاحتساب بقدر ثلثه أوب ربعه من باقى التركة ، كما يجوز اعطاء الوصاية من ذلك المال، لامن سائر التركة، اذ لخصوصية فى اعيان أموال الميت ، فاذا أوصى بالعين لزم الاعطاء من العين ، واذا وصى بالاعم جاز من العين وغيره ، واذا اوصى بالقيمة لزم الاعطاء من القيمة، لاطلاق دليل نفوذ الوصية وضمن تبديل العين الى القيمة اذا اوصى بالقيمة أو تبديل القيمة الى العين - كما اذا وصى باعطاء ملابس، وكانت عنده نقود، والوزان والكيال والحافظ وغيرهم على الثلث، اذ لاحق للميت فى أكثر من ثلثه فليس المقام مثل الزكاة، حيث اختلفوا فى ان تلك الاثمان على الزكاة أو على رب المال .

وإذا أوصى بعين وكانت أزيد من الثلث حين الموت وخرجت منه بضم ذلك المال نفذت فيها

نعم، لو وصى بالاعم لا يحق للموصى التبديل المستلزم للمال، لانه تنقيص عن الوصية بدون سبب.

ومما تقدم يعلم، انه لو لم يمكن تنفيذ الوصية الا بنقد المال الى بلد آخر مما يستلزم اجرة ونحوها، أو اعطاء الظالم مصانعة أو ما أشبهه صرف من نفس الثلث الموصى به، اذ لا حق للميت في أكثر من ثلثه.

(وإذا أوصى بعين وكانت أزيد من الثلث حين الموت وخرجت العين منه) أي من الثلث (بضم ذلك المال) الذي جاء بها الشبكة ونحوها (نفذت) الوصية (فيها) أي في تلك العين، مثلاً، كانت له مائة دينار فأوصى بمائة منها [حيث تزيد على الثلث حال الموت] لكن جاءت الشبكة بالسلك الذي يساوي مائة دينار فانه حيث ينضم الى ملك الميت - على ما تقدم - تنفذ الوصية في المائة، وكذلك اذا أوصى بما يساوي المائة في المثال.

ومن ذلك يظهر، وجه النظر في كلام المستمسك قال: يشكل بان النصب حال الوفاة يكون للوارث، لانه غير موصى به واذا كان النصب للوارث يكون أثره وهو الصيد له للميت حتى تخرج منه وصيته نظير ما اذا ترك شاتين قد أوصى بأحدهما بعينها لزيد وكانتا متساويتين في القيمة، فانه ترد الوصية في سدس الشاة الموصى بها فاذا ولدت الشاة الاخرى لم يكن متداركاً به النقص لانه ملك الوارث لاغير - انتهى.

وفيه أولاً: ان النصب ليس للوارث، وقد سلم المستمسك قبل ذلك بان النصب فعل الميت والصيد أثره.

وكذا اذا أوصى بكلمى كمائة دينار مثلاً، بل لو أوصى ثم قتل حسبت ديته من جملة تركته فيخرج منها الثلث

وثانياً: ان المثل غير منطبق على المقام فان ولادة الشاة الاخرى للوارث لاللميت فليس ولد الشاة مثل صيد الشبكة .

(وكذا اذا أوصى بكلمى كمائة دينار مثلاً) ولم يكن له حين الموت الا مأتين وجائت الشبكة بما قيمته مائة - كما تقدم - ومما تقدم يعلم، أن اشكال المستمسك فى هذا أيضاً غير ظاهر الوجه أيضاً.

(بل لو أوصى ثم قتل حسبت ديته من جملة تركته فيخرج منها الثلث) فاذا أوصى بكل ما يملك ثم قتل بما صار كل ما يملك مع الدية بقدر ثلاثة اثلث ما اوصى نفذت كل الوصية، وكذا اذا لم يكن له مال واوصى وقتل خرج ثلث الدية لما اوصى، وكون الدية مما يكون فيها الثلث مجمع عليه، كما يظهر من عدم مخالفة فيه بالاضافة الى دعوى الاجماع المستفيضة فيه ويدل عليه متواتر النصوص:

كصحيح محمد بن قيس قال: قلت له: رجل اوصى بوصية من ماله ثلث اربع، فيقتل الرجل خطأً يعنى الموصى؟ فقال: يجاز لهذه الوصية من ماله ومن ديته.

وخبر السكوني، عن ابي عبد الله عليه السلام، قال: قال امير المؤمنين عليه السلام: من اوصى بثلثه ثم قتل خطأً، فان ثلث ديته داخل فى وصيته .
أقول: المراد بثلث الدية المثل والافان كانت الوصية اقل من الثلث كان بذلك القدر داخلاً فى الوصية .

وعن محمد بن قيس، عن ابي جعفر عليه السلام، قال: قضى امير المؤمنين

كما يخرج منها ديونه اذا كان القتل خطاءً ، بل وان كان عمداً و
صالحوا على الدية للنصوص الخاصة

عليه السلام، في رجل أوصى لرجل بوصية مقطوعة غير مسماة من ماله ثلثاً أو
ربعاً أو أقل من ذلك أو أكثر، ثم قتل بعد ذلك الموصى فودي فقضى في وصيته
انها تنفذ من ماله ومن ديته ، كما أوصى .

وعن الجعفریات، بسنده الى علي عليه السلام، انه قال : في رجل أوصى
ثم قتل خطاءً، قال: ثلث ديته داخل في وصيته. الى غيرها من الروايات .

(كما يخرج منها ديونه اذا كان القتل خطاءً) الشامل لشبه العمد في المقام
(بل وان كان عمداً وصالحوا على الدية) أو اعطوا دية كاملة، لان الوارث له الحق
في الثلاثة العفو والقصاص والدية كاملة أو صلحاً، وهل يصح له العفو أو الصلح؟
والميت مديون والصلح لا يكفي بدينه؟ احتمالان من انه حق غيره، أى الميت
حين كان مديوناً، ومن اطلاق أدلة الامرين كأطلاق، أدلة العفو؟ الاحتياط في الاول
خصوصاً اذا لم يكن بيت مال يدفع دين الميت، أو كان، ولكن كان الدين مما
لا يدفع منه ، كما اذا صرفه في المعصية ، وذلك لبعض الروايات المانعة عن
الاخذ بالاطلاق .

مثل ما رواه الكليني [ره]، عن أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام
عن الرجل يقتل وعليه دين وليس له مال ، فهل لأولياؤه ان يهبوا دمه لقاتله
وعليه دين ؟ فقال عليه السلام : ان أصحاب الدين هم الخصماء للقاتل ، فان
وهبوا أولياؤه دية القاتل فجائز، وان أرادوا القود فليس لهم ذلك حتى يضمّنوا
الدين للمغرماء والا فلا . فتأمل .

(لنصوص الخاصة) : مثل خبر عبد الحميد قال : سألت أبا الحسن الرضا

مضافاً الى الاعتبار وهو كونه احق بعوض نفسه من غيره، وكذا اذا أخذ دية جرحه خطأً بل أو عمداً .

عليه السلام، عن رجل قتل وعليه دين وأخذ أهله الدية من قاتله أعلمهم ان يقضوا الدين؟ قال عليه السلام: نعم، قلت: وهو لم يترك شيئاً؟ قال عليه السلام: انما اخذوا الدية فعليهم ان يقضوا الدين .

ونحوه خبر يحيى الأزرق، عن ابي الحسن عليه السلام، فان اطلاقهما شامل للعمد، بل هو صريح رواية ابي بصير المتقدمة .

وخبر ابي بصير، عن ابي الحسن موسى عليه السلام، [او علي بن حمزة عنه عليه السلام] قال: قلت: فان هو قتل عمداً وصالح اوليائه قاتله على الدية، فعلى من الدين على اوليائه ام من الدية، أو على امام المسلمين؟ فقال عليه السلام: بل يؤدون دينه من ديته التي صالح عليها اوليائه فانه احق بديته من غيره .

هذا بالاضافة الى الاجماع المحكية في المسألة والشهرة العظيمة المحققة قال في الجواهر: وانه لم يخالف فيه الا ما يوهمه كلام ابن ادريس في باب قضاء الدين عن الميت وهو اجتهاد في مقابلة النص .

(مضافاً الى الاعتبار وهو كونه احق بعوض نفسه من غيره) وهذا أمر واضح، وقد اشير اليه في النص المتقدم حيث قال عليه السلام: فانه احق بديته .

وأما ما ذكره السيدان الجمال والحكيم في وجه الاحقية فهو توضيح لما هو مركز في الاذهان والماع الى شرح النص المذكور فراجع كلامهما .

(وكذا اذا أخذ دية جرحه خطأً بل أو عمداً) لانه يملك الديتين فتكون كسائر أمواله، والمراد بالجرح أعم من قطع عضو أو اذهاب قوة أو جرح،

كما هو واضح .

ثم انه قد يصالح في حياته عن العمد بالدية، وقد يريد القصاص ، لكنه لم يقتص حتى مات وصالح وليه، فان المال يكون له ويكون أولى به من الوارث، أما اذا لم يصالح وليه وأراد القصاص - لانه حق وليه - يكون الكلام فيه كما تقدم في قتل العمد .

وهذا آخر ما كتبه المصنف [ره] في [كتاب الوصية] وهو آخر المجلد الاول من العروة الوثقى، والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً، وصلى الله على محمد وآله الطاهرين .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

حيث كانت بقايا مسائل الوصية غير مكتوبة في المتن نحن نذكرها ؛
والغالب ان نسير فيها على اسلوب الشرائع ، والله الموفق المستعان .

(مسألة - ١ -) لاتصح الوصية بصرف المال في المعصية القطعية لمن كان
عنده ذلك الشيء عصياناً .

قال في الشرائع: ولاتصح الوصية في معصية .

وقال في الجواهر: بلاخلاف أجده فيه ، كما اعترف به غير واحد ، بل يمكن

تحصيل الاجماع عليه - انتهى .

ويدل عليه بالاضافة الى قوله سبحانه : «فمن خاف من موص جنفاً او اثمأً

فأصلح بينهم فلا اثم عليه» جملة من الروايات :

مثل ما رواه الكليني [ره] عن محمد بن سوقة قال : سألت ابا جعفر عليه

السلام عن قول الله تبارك وتعالى : «فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه»

قال: نسختها الآية التي بعدها قوله تعالى : « فمن خاف من موص جنفاً أو اثمأ

فأصلح بينهم فلا اثم عليه » قال: يعني الموصى اليه ان خاف جنفاً من الموصى فيما

أوصى به اليه مما لا يرضى الله عز ذكره من خلاف الحق فلا اثم عليه، اى على الموصى اليه ان يردده الى الحق والى ما يرضى الله عز وجل فيه من سبيل الخير. اقول: الظاهر ان المراد من النسخ التخصيص.

قال في الوسائل: فانه نسخ في بعض الافراد، وهذا المعنى كثير في كلامهم عليهم السلام - انتهى.

وذكر غيره مثله ايضاً، والظاهر ان المراد النسخ في الظاهر والا فالاية منصرفه عن الجنف والاثم.

وفي حديث محمد بن قيس، عن ابي جعفر عليه السلام، في رجل توفي واوصى بماله كله او اكثره؟ فقال: الوصية ترد الى المعروف غير المنكر، فمن ظلم نفسه واتى في وصيته المنكر والحيف فانها ترد الى المعروف، ويترك لاهل الميراث ميراثهم.

والظاهر ان المراد بالجنف الميل عن الحق كان يوصى بأكثر من ثلثه ر لوفي سبل الخير وبالاثم الوصية بالحرام، كما اذا اوصى بان يشتري بثلثه الخمر مثلاً، وان كان بقدر الثلث، وانما قلنا [في المعصية القطعية] اخراجاً لما اذا كان بين المورث والوصى اختلافاً في الاجتهاد او التقليد، كما اذا اوصى بأن يزوج بنته بأخيها من الرضاة اذا كان بينهما عشر رضعات، بثلثه مثلاً: وكان الوصي يرى ذلك حراماً اجتهاداً او تقليداً، فهل ينفذ الوصية باعتبار انه لا يعلم انه اثم او لا ينفذ باعتبار انه متعبد باجتهاده او تقليده؟ لا يبعد الاول - اذا لم يكن اجتهاد او تقليد الولد او البنت الحرمة - لانه لا يعلم انها جنف او اثم، فعموم او اطلاق لزوم تنفيذ الوصية يشملها، وان كان لا يخلو من تأمل وانما قلنا: [لمن كان عنده ذلك الشيء عصياناً] لانه اذا كان الموصى لا يراه عصياناً لزم تنفيذ الوصية، كما اذا اوصى المجوسي بتزويج بنته من ابنه بمهر منه، فان قاعدة الالزام تجعل

ذلك جائزاً، وان كان الموصي اليه يرى حرمة، ولذا نقسم ارثهم بينهم حسب رأيهم لاحسب رأينا .

وكذا في سائر الكفار من اهل الكتاب وغيرهم، بل والمخالف ايضاً، فاذا اوصى ان يزوج بنته التي طلقت بدون شهود عدول بمال منه صح تزويجها ، وان كان الزواج عندنا باطلاً، لان الطلاق عندنا باطل، وهل المراد بالاصلاح في الاية جعل الوصية بحيث تصح، وان لم تكن حسب ما قال الموصي: اولغو الوصية اصلاً .

قال الجواهر بالثاني قال: كما ان الظاهر ارادة ما لا ينسفي البطلان من التبديل الى الحق ، لان المراد تبديل الوصية بتعمير الكنيسة مثلاً ، الى تعمير المسجد والوصية باعانة الظالم على ظلمه الى اعانة المطيع من حيث هو كذلك ضرورة عدم الدليل على ذلك، بل ظاهر الادلة خلافه الى آخر كلامه .

لكن يمكن ان يقال: ان الوصية بالحرام على نوعين :

الاول: ما تكون على نحو وحدة المطلوب، وحينئذ تبطل الوصية ويصرف المال في الارث ونحوه .

والثاني: ما تكون على نحو تعدد المطلوب ، و لو علم ذلك من ارتكاز الموصي، كما قالوا في ارتكاز الوقف ، بل ورد مثل ذلك في ارتكاز الموصي ايضاً، كما تقدم في بعض الروايات، فانه حينئذ يفعل المطلوب المرتكز، كما اذا اوصى بصرف ماله في الخمر في زواج ولده و علم منه ان ارتكازه ضيافة المحتفلين بشراب ينعشهم مطلقاً ، و ان كان مطلوبه الاكيد الخمر ، فانه يصرف في شراب محلل ، اذ يشمله اطلاق ادلة الوصية ، بالاضافة الى عدم بعد ظهور الاية وبعض الروايات فيه ، مثل ما تقدم من قوله عليه السلام: [من

سبيل الخير] .

ثم انه يظهر مما ذكرناه في الكافر وجه النظر في قول الجواهر : ولا فرق في ذلك كله بين المسلم والكافر المشتركين في الفروع عندنا .
وقال الجواهر : والضابط ان كلما جاز فعله حال الحياة جاز له الوصية به ، وكلمة لم يجز له ذلك لم يجز له الوصية به ، وبذلك يفرق بين المعابد وغيرها كالقنطرة والخان ونحوهما ، وبين كتابة التورات مثلاً : للنفقض وغيره .

اقول : وبذلك يظهر ان تأييده للمحقق في بطلان الوصية بمال الكنائس وبيع غير ظاهر الوجه ، اذ بنائهم الكنائس في بلادهم التي ليست تحت نفوذ الاسلام او ترميمهم لها التي هي في بلاد الاسلام لم يدل الدليل على عدم جوازه ، بل ظاهر قوله سبحانه : «لهدمت صوامع وبيع وصلوات ومساجد» ان ذلك محبوب لله في الجملة في قبال الالحاد ، اللهم الا ان يراد بالآية كل في زمان صحته وعدم نسخ شريعة المعتقد به ، لكن بنائهم على جواز الترميم ، كما ذكروا في [كتاب الجهاد] ولعله لذا قيد الجواهر كلام الشرائع [للكنائس] بقوله التي هي معابد النصرارى ومحال سبهم للمحق واهله والعبادات الفاسدة ، وكيف كان فهل يفرق بين ما اذا كان الموصى مسلماً ، وبين كونه كافراً؟ الظاهر العدم اذا كان في وصية المسلم جهة رجحان ، كما اذا وصى بمال لبناء كنيسة في بلد الكفر لاجل اعطاء الدولة اجازة بناء المسجد هناك ، ففي الكافر يصح مطلقاً ، وحيث يصح في المسلم مع المصلحة ، وعليه يلزم ان يقيد كلام الجواهر بذلك ، حيث منع عما اذا كان الموصى مسلماً .

نعم ، ينبغي ان يقال : ان المسلم العامى الذى يرى في مذهبه جواز ذلك تنفذ وصيته لقاعدة الازام ، وان لم يكن للوصية وجه مرجح عندنا .

ثم انه قال فى القواعد : والاقرب صحة الوصية للذمى ، وان كان اجنبياً
والبطلان للمحرى والمرتد .

اقول : لم يذكر الوصية لغيرهما كالمعاهد ممن ليس ذمياً ولا حربياً ، و
الظاهر صحة الوصية للكل لاطلاق ادلة الوصية من غير محذور ، الا اذا كان
هناك محذر خاص ، مثل كونها تقوية للكافر على فساده ، وذلك لا يخص
بالكفار ، بل كذلك الوصية للمخالف والفاسق ، فهو ليس باستثناء عن
الحكم الاولى ، بل له خروج موضوعى ، لان الحكم بعدم الجواز حينئذ ثانوى
ولذا كان المحكى عن الخلاف والمبسوط انهما قالان : ان الوصية جائزة لاهل
الذمة بلا خلاف ، وفى اصحابنا خاصة من قيدها بما اذا كان من قرباته و لم
يشترط الفقهاء بذلك .

وعن الكافى تقييد الصحة للاجنبى الكافر بما اذا لم يجعلها صدقة ، وفى
كلا التقيدين نظر ، اذ هما منافيان للاطلاق من غير مقيد ظاهر ، كما ان عدم
صحة الوصية للمحرى - اذا لم يكن محذور خارجى - لادليل على ان فيها البأس
وان ادعى عليه الاجماع ، لكنه غير تام بعد مخالفة جماعة ، وسيأتى الكلام فيه
عند تعرض الشرائع له ، انشاء الله تعالى .

(مسألة ٢ -) الوصية عقد أو ايقاع جائز يصح للموصى الرجوع فيها
حتى اذا أوصى بالواجب ، اذ الرجوع لا يضر الواجب ، وانما يجعل الواجب
كما اذا لم يوص ، ولو نذر ان يوصى فأوصى ثم رجع ، فان كان نذره
مجرد الوصية لم يضر ، وان كان نذره الوصية مع بقائه عليها كان حثناً ، لان
وصيته باقية بعد الرجوع ، ويحقق الرجوع بالتنصريح به لفظاً بلا اشكال ، بل
فى الجواهر بلاخلاف ، فاذا قال : رجعت أو نقضت أو فسخت أو لاتعطوه ما
أوصيت به له ، أو لاتفعلوا ما امرت بفعله أو ما أشبه ذلك ، كان رجوعاً .

وكذا يصح الرجوع في البعض ، أو في الشرط ، كما اذا أوصى باعطاء زيد الفأ ؟ فقال : بل خمسمائة أو أوصى باعطائه ان أخذ في تحصيل العلم؟ فقال: بل مطلقاً ، وذلك لاطلاق أدلة الرجوع من القاعدة والروايات المتواترة .

فعن ابن مسكان ، عن ابي عبدالله عليه السلام ، قال : قضى امير المؤمنين عليه السلام ، ان المدبر من الثلث وان للرجل ان ينقض وصيته فيزيد فيها وينقص منها ما لم يمت .

وعن يونس ، عن بعض اصحابه قال : قال علي بن الحسين عليه السلام ، للرجل ان يغير وصيته فيعتق من كان امر بملكه ويملك من كان امر بعتقه ويعطى من كان حرمه ويحرم من كان اعطاه ما لم يمت .

وعن عبيد بن زرارة قال : سمعت ابا عبدالله عليه السلام ، يقول : للموصى ان يرجع في وصيته ان كان في صحة او مرض .

وعن بريد العجلي ، عن ابي عبدالله عليه السلام ، قال : لصاحب الوصية ان يرجع فيها ويحدث في وصيته مادام حياً .

وعن محمد بن عيسى بن عبيد قال : كتبت الى علي بن محمد عليه السلام رجل اوصى المكشبي بمعلوم من ماله ، واوصى لاقربائه من قبيل ابيه وامه ثم انه غير الوصية فحرم من اعطى واعطى من منع ايجوز ذلك ؟ فكتبت عليه السلام : هو بالخيار في جميع ذلك الى ان يأتيه الموت .

وعن منصور بن حازم ، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام ، عن رجل قال ان حدث بي حدث في مرضي هذا فغلامي فلان حر ؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام : يرد من وصيته ما يشاء ويجيز ما يشاء .

وعن عبد الرحمان بن سيابة ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : اذا مرض الرجل فأوصى بوصية عتق أو تصدق فانه يرد ما عتق وتصدق فيها ما

يشاء حتى يموت، وكذلك أصل الوصية.

وعن محمد بن مسلم ، قال سألت أبا جعفر عليه السلام، عن رجل دبر مملوكاً له ثم احتاج الى ثمنه؟ قال: فقال: هو مملوكه ان شاء باعه، وان شاء اعتقه، وان شاء امسكه حتى يموت، فإذا مات السيد فهو حر من ثلثه.

وفي رواية أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام، مثله بتغيير، وفيه: و ان شاء وهبه، وان شاء امهره. الى غيرها من الروايات.

ومن هذه الروايات كالفتاوى يظهر انه لو أوصى بداره لزيد ، ثم اوصى بها لعمره و بطلت الاولى، لعدم امكان ملك نفرين لدار واحدة، ولا فرق في ذلك بين ان كان نسي الاولى أو لا؟ .

ومنه يعلم، الاشكال فيما عن جامع المقاصد ، حيث قال: ولودلت قرينة على صدور الوصية الثانية لنسيان الاولى وانه لم يرجع عنها، فان العمل بالاولى حينئذ، وانما قلنا بعدم صحته، اذ الرجوع رجوع سواء كان مبعثه النسيان أو العمد، واطلاق الادلة يشمل النسيان كأطلاق الفتاوى فلا مجال لاستصحاب بقاء الوصية الاولى.

أما لو قال: اعطوا فلاناً ألفاً، ثم قال : بعد مدة اعطوا فلاناً الاخر ألفاً، و كان ثلثه بقدر ألف، فان علم انه رجوع فهو، وان علم انه اراد اعطاء الثاني من التركة المتوقف على اجازة الورثة بقيت الاولى واحتاجت الثانية الى الاجازة وان لم يعلم انه ابهما، فمقتضى قاعدة العدل تقسيم الالف بينهما، وان لم نقل بقاعدة العدل كان اللازم اتباع الاصول.

ولو أوصى له بألف هذا، وبألف آخر، فهما ألفان قطعاً.

ولو أوصى بمطلقين، او مطلقاً ومقيداً، كما لو قال : هذا الالف ثم ألفاً، قال في القواعد: هي واحدة، وقال: لو اوصى بألف ثم بألفين فهي الفان، وتبعه

فيهما جامع المقاصد.

قال في الجواهر: لكن لا يخلو من تأمل مع فرض عدم القرينة في الاستثناء الذي لا يتصور في تكراره التأكيد، نعم هو كذلك في الاقرار.

أقول: ظاهر الوصية الثانية التأكيد، فهو كما ذكره العلامة والكركي [ره] واصالة التعدد لامجال له مع الظهور، ولو شك كان الاصل عدم الزيادة، ولا فرق في ذلك بين الاقرار والوصية، واحتمال ان الاصل في الكلام الثاني التأسيس مردود بالظهور الذي ذكرناه.

نعم، اذا كان هناك ظهور بالقرينة تعددت، كما اذا كان يقرأ ديونه من الدفتر فقال: يطلبنني زيد عشرة، ويطلبنني عمرو خمسة، ويطلبنني بكر عشرون، و يطلبنني زيد عشرة، كان الظاهر التعدد، وكذلك في باب الوصية.

وعلى كل حال، ففي الشرائع، ويتحقق الرجوع بالتصريح أو بفعل ما ينافي الوصية، فلو باع ما اوصى به، أو اوصى ببيعه أو وهبه واقبضه أو رهنه كان رجوعاً.

أقول: وكان عليه ان يذكر الاشارة والكتابة والكتابة وما أشبه ذلك، كما ان من الرجوع - حكماً - ما لو انتفى الموضوع، كما اذا اوصى ان ما يرثه من فلان يصرف في كذا، ثم قتل مورثه عمداً لانتفاء الموضوع كما هو واضح.

ولو فعل مقدمات المناقض، كما اذا عرضه على البيع، فعن المسالك انه رجوع الا اذا دلت القرينة على عدم ارادة الرجوع بذلك، وأشكل عليه الجواهر بأن ذلك دليل كون الموصى قد قسد شيئاً لو تحقق لا بطل الوصية قهراً، ولا دلالة في ذلك على ارادته انشاء الرجوع بعد احتماله وجوهاً متعددة.

اقول: ان كان ظهور عرفي لمقدمات العمل فهو، والا فان شك فالاصل عدم رجوعه، وكذا في ما أشبهه التعريض للبيع.

ولوشك في انه هل رجع عن الوصية أم لا ؟ كما اذا قال لغيره: هل أبيعك لك او أهبه او ما أشبهه او باع خياراً، او وهب ولم يقبض، او وقف كذلك، او رهن او ما أشبهه استصحب عدمه اذا لم يكن عرف يستفيد من عمله الرجوع، او من قوله ذلك، فأن الانسان اذا عرض للبيع او امر على بيعه، او ما أشبهه يفهم العرف انه راجع عن وصيته، اما مثل بيع الخيار فأظهر، وان ارجعه بالخيار الى غير ذلك.

قال في الجواهر: قد يقال: ان الهبة قبل القبض والرهن من المنافي فان الاعداد لذلك منافي، فان الموصى به ينافيه تعلق عقد الهبة به، لكنه لا يخلو من نظر او منع، خصوصاً مع ملاحظة استصحاب الوصية - انتهى.

ولوتصرف في الموصى به تصرفاً أخرجه عن مسماه، كما اذا اوصى بطعام فطحنه، او بدقيق فمجنه، او خبزته، فقد ذكر الشرائع وغيره بأنه يحقق الرجوع وعلوه بأنه كتلف محل الوصية المقتضى لبطلانها من غير حاجة الى قصد، لكن الظاهر انه اذا كان الظاهر من عمله الاعراض، والا لم يكن وجه للبطلان خصوصاً وقد ذكر بعضهم انه يبطل الوصية اذا وقعت الامور المذكورة لا بفعله، فانه كيف يبطل اذا لم يكن بفعله، بل قد يكون مما بفعله ايضاً غير مبطل كما اذا كان قريب الموت وفعل ذلك تهيسة لمن يعيّلهم حتى لا يقعوا في حرج الطعام بعد موته، كما اعدت فاطمة الزهراء (عليها السلام) اولادها حين علمت بوفاتها .

نعم، اذا علم ولو بالقرائن، اودلت القرائن الموجبة للظهور، انه رفع اليد بطلت، كما اذا احتاج زيد للحنطة حتى يزرعها فطلب منه ذلك، فقال: هي لك بعد وفاتي، ثم طحنها كان ذلك ابطالا للوصية.

وكيف كان، فاذا كانت قرينة على احد الطرفين فهو، والا كان الاستصحاب

محكماً، ولعل من قال ببطلان الوصية بالطحن ولو بدون فعله نظر الى ما كان نظره الحنطة بما هي هي، لان الطحن يخرج الحنطة عن كونها متعلق الوصية فهو كما اذا احرق الحطب حتى صار رماداً، وقد كان وصى باعطائه ، اذ الرماد غير الموصى به، وان كانت له فائدة بل قيمة ايضاً، وكان المسالك نظر الى ما ذكرناه، حيث علل البطلان بانتفاء الاسم، ولذا أعترف بعد ذلك بعدم البطلان لو فعل الوصي ذلك لمصلحة العين كدفع الدود عنها ونحوه، ولا يرد عليه قول الجواهر بأن كلامه لا يكاد يلتم أطرافه ، وبانه اذا كان المدار انتفاء الاسم يتجه البطلان مطلقاً.

ولو قال: مافي البيت لزيد وكانت بيوضاً ودجاجات وبطات ونحوها، ثم كبرت الافراخ وباضت الدجاجات واستفرخت البيوض فالظاهر عدم بطلان الوصية بالتغيرات المذكورة.

ولو قال: هذا الحيوان لزيد فحملت ، فهل يدخل الحمل لانه جزء أو لا؟ احتمالان، فهو مثل قوله: هذه الشجرة لزيد ثم حملت، أما خروج اصل الحيوان والشجرة للتغير الحاصل فيهما فالظاهر العدم .

ولو قال: هذه النويات له فزرعت واعشوشت كان الاحتمالان ، ولو قال : هذا الحيوان، وقد كان قد قرض صوفه، ثم اخرج لم يضر ذلك، ولو قال: هذه الدار، ثم عمر فيها طبقاً ثانياً فالظاهر عدم كون ذلك من الرجوع، بل صار الكل للموصى له .

نعم، ان رأى العرف الطابق الثاني خارجاً لم يدخل في الوصية بخلاف مثل تبيض الجدران واصلاح الباب ونحوهما، حيث ليس ذلك اعراضاً .

ولو قال: هذه الدفاتر لزيد، ثم كتب فيها كان الحكم العرف، اذ يكتب فيه علومه مما لا يريد - حسب الظاهر - انتقاله عن مكتبته ، وقد يكتب فيها

الادعية وعاداته كتابتها واهدائها للناس فلا يظهر منه الاعراض، ولو شك فالمحكم الاستصحاب كما تقدم، ولو أوصا باعطائه مياهه فثلاج لم يضر لو حدة الامر عرفاً .

أما لو أوصى باعطائه أخشابه فجعلها بياناً وصناديق يشكل البقاء الا اذا رآه العرف كالنجار الذى يوصى باخشاب دكانه لابن عم له تلميذ عنده مثلاً، ولو أوصى له بفرسه وقيمه عشرة ثم علمه السباق فصارت قيمته مائة، فهل هو رجوع؟ الظاهر لا، ولو شك فالاستصحاب، ولو أوصى بشياهه ثم قرض صوفها لم يكن رجوعاً .

قال في الشرائع: وكذا لو أوصى بزيت مثلاً فخلطه بما هو اجود منه أو بطعام فمزجه بغيره حتى لا يميز.

بل قال المسالك: ظاهرهم القطع بكونه رجوعاً لتجدد وصف لم يعلم الرضا ببذله مع عدم امكان الفصل ولكونه كالتلف .

أقول: المزج سواء كان بالمثل أو بالاردء أو الاجود لا يدل بنفسه على الرجوع الا اذا كانت قرينة، ولو أوصى بدقيقه لزيد، وبدهنه لعمر و فمزجهما وخبزهما، فهل هو بطلان أو لا، بل يشتركان بالنسبة؟ احتمالان، كما ذكرنا في خلط الزيت، اذ لافرق بين المزج بماله أو بما أوصى به، بل أو بمال غيره .

ولذا قال في الجواهر: بعد ذكر بعض الامثلة المتقدمة: والمتجه عدم اقتضاء شيء من ذلك الرجوع ما لم تقم قرينة تدل عليه - انتهى .

ومما تقدم يعلم، حال ما اذا خلط الموصى به، كما اذا أوصى بصاع صبرة - وكانت متميزة - ثم خلطه بصبرته، مثلاً: أما لو خلطه بغيره من انسان أو ربح أو ما أشبه فأولى بعدم الشبهة في انه ليس برجوع .

قال في الشرائع: وأما لو أوصى بخبز فدقه فتمتاً لم يكن رجوعاً .

أقول: اذا لم يكن ظهور، والا كان كما اذا عرض الشيء للبيع والتلف، كما اذا جائه الحمام فأخذ يده ليلقيه اليهما .

(مسألة - ٣ -) قال في الشرائع : ولو أوصى الى انسان بالمضاربة بتر كتبه أو ببعضها علم ان الربح بينه وبين الورثة نصفان صح، وربما يشترط كونه قدر الثلث أو أقل، والاول مروى .
وقال في القواعد: ولو أوصى بالمضاربة بتر كتبه أجمع على ان نصف الربح للوارث صح .

أقول : مقتضى القاعدة ان وصية الميت بمعاملة، سواء كانت بقدر عادل، أو بقدر غير عادل، كما اذا أوصى بان تباع داره، أو توهب ببدل او لا، أو يزارع بستانه، أو يجعل الجعل لمن وجد ضالته، الى غير ذلك ان كانت بالنسبة الى مقدار الثلث تصح لاطلاق أدلة الوصية والامحذر في كون الوصية خلاف المصلحة بان ورثت الغبن، مثلاً : اذ هي، كما اذا عمل هو بذلك في حال حياته .
نعم، اذا كانت المعاملة غبنية وعملها جاهلاً بالغبن كان للوارث الفسخ لانتقال حق الخيار الى الوارث .

أما اذا اوصى بها فهل يعامل الوارث تلك المعاملة الغبنية مع علمه بالغبن، ثم كان له حق الفسخ أو لا يعامل، أو يعامل تلك المعاملة بدون غبن ان امكن والاعامل شبه تلك المعاملة، مثلاً: أوصى بان تباع داره - وهي مقدار ثلثه - لزيد بألف بينما تسوى هي بألفين، فان امكن باعها له بألفين، والا باعها لغيره بألفين أو انه ان كان الموصي عالماً بانها تسوى ألفين، ومع ذلك أوصى ببيعها بألف، فانها تباع كذلك .

اما اذا لم يكن يعلم بيعت بالقيمة العادلة ان امكن للموصي له، والافلغيره

احتمالات ، والاقرب الاخير ، لانه ان كان عالماً فقد كان مثل ان يبيعها بنفسه بالانقص .

اما اذا كان جاهلاً فعدم البيع خلاف الوصية والبيع ثم الفسخ خلاف ان الفسخ انما هو للجاهل ، والمفروض ان الوارث عالم ، فهو مثل ان يبيع الوكيل عالماً بالانقص ، ثم يفسخ معتدراً بأن يبيعه عن الموكل الجاهل ، وفسخه عن نفسه العالم ، والبيع بدون الفسخ تفويت لحق الورثة ، والمفروض ان الموصي يرتكز على ان البيع وفق المتعارف فلم يكن تصرفه حال علمه بأنه يبيع بالانقص ، فلم يبق الا الجمع بين الوصية وبين حق الورثة بالبيع بالقيمة العادلة الى الموصى له ، أو الى غيره ، هذا ومع ذلك المسألة بحاجة الى التأمل ، هذا كله اذا اوصى بما لا يزيد على الثلث ، وان اوصى بما يزيد على الثلث ، فان كانت الورثة كباراً أو أجازوا فلا اشكال ، سواء كان بالقيمة العادلة او غير العادلة ، لان الزائد على الثلث حق الورثة ، فان اجازوا لالم يجز ، وان كان تنفيذ الوصية في مصلحتهم ، وان كان الورثة صغاراً جاز - اذ لم تكن مفسدة - اذا الزائد ، وان كان حق الوارث الا انه قد تقدم حق الولي - فيما كان الموصي ولياً - في الوصية بهم وجعل الوصي لهم .

نعم ، اذا كانت الوصية مفسدة ، او كان المورث غير ولي كالاخ والام ونحوهما لم تصح تلك الوصية ، اذ كما لا يصح ان يقرب مال اليتيم الا بالتي هي احسن في حال اليتيم لا يصح ان يوصي بماله كذلك قبل القيم ، لوحدة الملاك وغير الاب والجد لاحق لهما في جعل الولي على اليتيم ، وان كان وارثاً للمجاعل ، ثم انه اذا اوصى الموصي بالثلث او بالزائد مع اجازة الورثة حق للمورثة التسلط على البديل ونحوه ، مثلاً : اذا اوصى بأن يضارب في ثلثه ولو ارثه نصف الربح كان ذلك الربح للمورث ، وكذا اذا اوصى بأن يضارب في كل ماله ، واجازوا ، وان كان

حق المال اكثر من النصف مثلاً، وهناك بعض الروايات الدالة على الحكم :
مثل موثق محمد بن مسلم ، عن الصادق عليه السلام ، المروي في كتب
المشايخ الثلاثة، انه سأل عن رجل اوصى الى رجل بولده وبمالهم واذن له عند
الوصية ان يعمل بالمال، وان يكون الربح بينه وبينهم؟ فقال عليه السلام: لا بأس
به من أجل ان أباه قد اذن له في ذلك وهو حي .

وصحيح خالد بن بكر الطويل الذي رواه المشايخ الثلاثة ايضاً ، قال :
دعاني ابي حين حضرته الوفاة؟ فقال: يا بني اقبض مال اخوتك الصغار واعمل
به وخذ نصف الربح واعطهم النصف وليس عليك ضمان فقدمتني ام ولد ابي
الى ابن ابي ليلى؟ فقالت : ان هذا يأكل اموال ولدي؟ قال : فاقترضت عليه
ما امرني به ابي فقال لي ابن ابي ليلى : ان كان ابوك امرك بالباطل لم اجزه ، ثم
شهد علي ابن ابي ليلى ان انا حر كته فاناله ضامن، فدخلت على ابي عبد الله عليه
السلام، فقضت عليه قصتي ، ثم قلت له : ماترى؟ فقال : اما قول ابن ابي ليلى
فلا يستطيع رده، واما فيما بينك وبين الله عز وجل فليس عليك ضمان .

وعن دعائم الاسلام ، عن ابي جعفر عليه السلام ، انه قال: اذا اذن الموصي
للموصى ان يتجر بمال ولده الاطفال فله ذلك ولا ضمان عليه ، وان شرط له ربحاً
فيه فهو على ما شرطه ، ثم هل هذا الحكم خاص بمال ولده الصغار ، أو يعم
حتى الكبار فيه بينهم خلاف ، لكن حيث صرح فسي الروايتين بصغر الاولاد
والرواية الاولى لا اطلاق قطعي لها ، بل ظاهرها انهم صغار ، حيث قال بولده
وبمال لهم ، فان الكبار لا يوصى بهم، كان اللازم حملها على الصغار أو الحكم
باجمالها مما لا يمكن ان تقاوم قاعدة عدم حق الوصى في التصرف في أزيد من
الثلث الاباجازة الورثة ، وعليه فلا فرق في هذا الحكم بين كون الورثة هم
الاولاد أو غيرهم.

قال في مفتاح الكرامة : عند عبارة العلامة المتقدمة في أول المسألة اطلاقه يتناول الوارث الصغير والكبير ، وما اذا كانت الحصصة من الربح بقدر اجرة المثل لعمله أو زائدة عليها ، وما اذا كان الوصي هو العامل أو غيره بأمره ، و ذلك كله قضية اطلاق الشرائع والتذكرة والارشاد والتحرير مع تأمل في الاخير ثم نقل عن المسالك ان أكثر الجماعة اطلقوا الصحة في الورثة الشامل للمكلفين وعن الكفاية ان المشهور لم يعتبروا كون الاولاد صغاراً - انتهى .

ولكن ظاهر الدروس انهم يذكرونه في الاولاد الصغار قال : روي محمد بن مسلم جواز تفويض المضاربة الى الوصي على نصف الربح مع صغر الاولاد وبها قال الجماعة ، وكذا قال المهذب البارع قال : و موضوعها في كتب الفقه والنص هو ان ينصب الانسان على اطفاله وصياً ، ثم قال : انه المشهور .

أقول : والظاهر ان لاشهرة في طرف ، بل هناك قولان في المسألة حتى ان العلامة اختلف رأيه في كتابين ففي القواعد اطلق بينما في المختلف قيد بالاولاد الصغار تبعاً للنهاية والمقنعة وغيرهما ، السى غير ذلك من أقوالهم ، وحيث قد عرفت ان مقتضى القاعدة عدم الصحة بالنسبة الى الكبار في الازيد من الثلث فالاقرب ما ذكره المانعون ، وان استدلل المجوزون بغير اطلاق الرواية الاولى - على ما استندوا اليها - بدليلين آخرين :

الاول : انه تصح المضاربة بأزيد من الثلث في المرض ولو بحصة قليلة من الربح ، كما انه يصح بيع التركة كلها بضمن المثل ، فينبغي ان تجوز الوصية بهما أيضاً ، لاتحاد الدليل فيهما .

قال في الجواهر : كما مال اليه في جامع المقاصد ، بل حكى فيه عن الفاضل في التذكرة انه قواه .

الثاني: ما حكاه الجواهر ، عن جامع المقاصد والمسالك بأن المقيد بالثلث هو تفويت بعض التركة ، وليس حاصلها هنا ، لان الربح مما تجدد بفعل العامل وسعيه ، الى آخر كلامه ، وفيهما نظر .

اذ يرد على الاول : ان حال الحياة غير حال الموت ، فالتصرف في المال كله ولو بالهبة جائز حال الحياة بينما لا يصح الا بالاجازة في حال الموت ، اذا اراد ان يتجاوز الثلث .

وعلى الثاني : بما أشكل عليه في نفس المسالك قائلا : فيه نظر ، لان المضاربة ، وان لم تقتض تفويت شيء من التركة على تقدير تسليمه مشتملة على وضع اليد على مال الغير بغير اذنه ، الى آخر كلامه .

والمحصل : ان الموصى لا حق له في أي تصرف في الازيد من الثلث ، سواء بالاذهاب به بمثل الهبة أو بما يربح ، أو بما لا يربح ولا يخسر فأي دليل يدل على لزوم وصيته بالمضاربة .

نعم ، لا ينبغي الاشكال في ان يوصى بالمضاربة بالثلث ، وان يوصى بان يربحه يكون لمصرف كذا ، فهو مثل ما اذا قال: هذا البستان ثلثي ويصرف نمائه في مصرف كذا ، وعليه فما يستظهر من عبارة ابن ادريس من انه ابطل الوصية لعدم حق الميت في التصرف في الربح ، غير ظاهر الوجه قال فيما حكى عنه روي انه اذا امر الموصى الوصى ان يتصرف في تركته لورثته ويتجر لهم بها وبأخذ نصف الربح كان ذلك جائزاً أو حالاله نصف الربح ، أو رد ذلك شيخنا في نهايته الا ان الوصية لاتنفذ الا في ثلث ما كان يملكه الميت قبل موته والربح متجدد بعد موته ، فكيف تنفذ وصيته ، وقوله فيه ، وفي الرواية نظر - انتهى .

ثم انه لو أوصى بالنسبة الى مال الاولاد الصغار ، فهي على ثلاثة أقسام لانها ، أما مفسدة فلا تصح الوصية ، اذ لاحق للوصى العمل بالمفسدة ، كما لا

حق للوالي بذلك .

وأما مصلحة وتصح بلاشكال ، وأما ليست احداهما وتصح على رأي من يرى الصحة بدون المفسدة ، كما اخترناه نحن أيضاً ، اما بالنسبة الى مقدار الثلث فتصح الوصية حتى بما يستلزم المفسدة فيما لم يكن محرماً .
واما بالنسبة الى حصة الكبار فان اجازوا مطلقاً جاز الا فيما استلزم المحرم وان لم يجزوا لم يجز حتى فيما كان مصلحة لانه خلاف سلطتهم ، والناس مسلطون على اموالهم .

ومما تقدم يظهر ، الاشكال في قول القواعد : ولو اوصى ببيع تركته بثمان المثل ، ففي اشتراط الاجازة اشكال ، اذ التركة بمجرد الموت تنتقل الى الوارث فتصرف المورث في ازيد من الثلث لوجه له ، وان كان تصرفاً في ربح الوارث بأن اوصى ببيع التركة بأكثر من ثمن المثل ، فليست العبارة بكون البيع بثمان المثل ، او اقل أو اكثر .

ولعل وجه اشكال القواعد ما ذكرنا من اطلاق ادلة نفوذ الوصية اذا لم تكن اكثر من الثلث ، ومثل هذه الوصية ليست اكثر من الثلث .

مضافاً الى خبر عباس بن معروف قال: كان لمحمد بن الحسن بن أبي خالد غلام لم يكن به بأس عارف يقال له ميمون ، فحضره الموت فأوصى الى ابي العباس الفضل بن معروف بجميع ميراثه و تركته ان اجعله دراهم ، وابعث بها الى ابي جعفر الثاني عليه السلام ، وترك أهلاً حاملاً وأخوة قد دخلوا في الاسلام .

وأما مجوسية قال: ففعلت ما أوصى به وجمعت الدراهم ودفعتها الى محمد بن الحسن ، الى ان قال: وأوصلتها اليه عليه السلام ، فأمره ان يعزل منها الثلث يدفعها اليه عليه السلام ، ويرد الباقي الى وصيه يردها على ورثته ، حيث لم

يبطل الامام عليه السلام البيع ، لكن يرد عليها ان الوصية لاتصح بشيء من الثلثين، كما هو ظاهر النص والفتوى، والرواية لادلالة فيها، لان أمر الثلثين لم يكن محل السؤال، لكن في الجواهر رجح نفوذ الوصية اذا لم يكن فيها ضرر على الوارث .

ثم لا يخفى ان الظاهر التنافي بين ما تقدم عن القواعد من الاشكال، وبين قوله: ولو خصص كل واحد بعين هي قدر نصيبه، فالاقرب الانتقال الى الاجازة لظهور الغرض في أعيان الاموال - انتهى. اذ دليل الاشكال هنا ينسحب الى هناك فكيف يمنع هنا ويستشكل هناك .

(مسألة - ٤ -) لو أوصى بواجب مالي وغيره اخرج الاول من الاصل، كما عن الفاضلين والشهيدين وغيرهم .

وفي الجواهر: لانه كالدين نصاً وفتوى، بل الاجماع بقسميه عليه ، وفي الكفاية انه يخرج من أصل المال عند الاصحاب، وان لم يوص به، سواء كان مالياً محضاً كالزكاة والكفارات ونذر المال أو مالياً مشوباً بالبدن كالحج .

وأما الواجب غير المالي كالصلاة والصوم يخرج من الثلث على ما عن جامع المقاصد والمسالك والكفاية والروضة وغيرهم ، وقد أرسله غير واحد ارسال المسلمات، بل عن الاخير منهم انه لاخلاف فيه، لكن عن الذكرى و الدروس و جامع المقاصد عن بعضهم ان الواجب البدني يخرج من الاصل أيضاً، كالمال، وان لم يوص به، كذا حكاه مفتاح الكرامة، وفي الجواهر: بل لعلمه ظاهر المحقق في الشرائع والنافع والغنية والسرائر وغيرها مما اطلق فيها الواجب، بل نفى عنه البأس في الدروس .

و يؤيده اطلاق الدين على الصلاة في غير واحد من الاخبار منضمماً الى ما ورد في الحج ان دين الله احق ان يقضي - انتهى . وبالعكس من ذلك.

قال في الكفاية : المحجة في غير الزكاة والحج الواجبين غير واضحة .
 ففي المقام مسائل أربع :
 الاولى : ان يوصي بالواجب المالي كالزكاة ولاشكال ولاخلاف في خروجه
 من الاصل .

نعم، اذا أوصى ان يخرج من الثلث لم يخرج من الاصل، وكذا اذا أوصى
 ان يتبرع عنه متبرع وقبل ذلك المتبرع، وذلك لان الادلة الدالة على وجوب
 الاخراج من الاصل لاتشمل هاتين الصورتين .

الثانية : ان لا يوصي، ولاشكال في خروجه من الاصل، الا اذا تبرع عنه
 متبرع، حيث يكون من السالبة بانتقاء الموضوع .

وكيف كان، فيدل على حكم المسألتين جملة من الروايات الواردة في
 الزكاة والحج .

ففي الصحيح رجل توفي و أوصى ان يحج عنه ؟ قال عليه السلام : ان
 كان ضرورة ، فمن جميع المال انه بمنزلة الدين الواجب ، وان كان قدحج
 فمن ثلثه .

وفي صحيح معاوية بن عمار، قال: ان امرأة من أهلي ماتت وأوصت الي بثلث
 مالها وامرت ان يعتق عنها ويتصدق ويحج عنها فنظرت فيه فلم يبلغ ذلك ؟
 فقال عليه السلام: ابدء بالحج فانه فريضة من فرائض الله سبحانه، وتجعل ما بقى
 طائفة في العتق وطائفة في الصدقة .

قال في مفتاح الكرامة: وقد روي هذا التعليل في خمسة طرق، وان شئت
 قلت: في خمسة اخبار .

أقول : وكلها صحاح و جعل بعضها حسناً بابراهيم بن هاشم غير ظاهر
 الوجه، حيث قد ثبت انه [ره] في أعلى درجات الوثاقة فراجع كتب الرجال

وتتممة المستدرك ، وقد نص على ذلك الفقيه الهمداني [ره] وغيره .

الثالثة والرابعة: ان يوصى بالواجب البدني كالصلاة أو لا يوصى ، فهل يخرج من الاصل ، أولاً؟ أما اذا أوصى بان يخرج من الثلث فلا اشكال ، لاطلاق أدلة الوصية ، وكذا اذا أوصى مطلقاً ، وكان بقدر الثلث ، أو أقل منه ، لان للميت حق الثلث كما تقدم ، وقد عرفت ان فيه قولين استدلل للاخراج من الاصل بقوله سبحانه: «أو دين» حيث ان كل واجب يمكن اتيانه دين ، وبالعملة في الروايات [التي تقدم بعضها] وبالمناط الاولوي ، اذ لو وجب اخراج الحج وهو أقل أهمية من الصلاة وجب اخراج الصلاة وهي أكثر أهمية لانها [عمود الدين ان قبلت قبل ما سواها ، وان ردت رد ما سواها] وبان حق الله أولى من حق الناس ، فاذا كان مديوناً للناس وجب الاخراج فالاولى ان يخرج ما كان مديوناً لله سبحانه وبأنه لافرق بين الحج والصلاة ، لان كليهما يحتاج الى المال ، مثل الوضوء في الصلاة ونفقة السفر في الحج ، وبأنه [بعد تسليم ان الحج يشمل من كان عليه عمرة مفردة] العمرة المفردة لمن كان في مكة لا يحتاج الى المال الا في وضوئه فكيف يمكن ان يقال: باخراجها من الاصل ، والحال ان الصلاة كذلك .

أما اجرة العمل فهي مشتركة بينهما ، وبما في الجواهر من معلومية وجوب المال لو توقف عليه لوقوف حصول الواجب المطلق عليه فالمتجه ان لم ينعمد اجماع على خلافه المحاق الواجب البدني بالمالي في الاخراج من صلب المال اذ لم يكن له ولي يخاطب به بما يفوت المولى عليه من صوم أو صلاة والاخوطب هو به ما لم يوص باخراجه من ثلثه ، الى آخر كلامه .

الى غيرهما من الوجوه التي هي بالاستحسان أقرب منها بالأدلة الفقهية ، مثل ان الميت معاقب هناك ما لم يؤد عنه ، ومن الظلم تركه كذلك ، وفي الكل

ما لا يخفى باستثناء العلة المنصوصة ، لكن احتمال اختصاصها بالواجبات المالية كاف في المنع عن خروج البدنية عن الاصل للانصراف، بل لو لظاهرهم الاجماع على ان سائر الواجبات المالية كالنذر والكفارة كذلك اشكل الحكم باللاحق .

قال في محكى التذكرة: لافرق عندنا في الواجب وخروجه من الاصل بين ان يكون وجوبه باصل الشرع كالزكاة الواجبة و الحج ، و بين ماوجب بالتزام العبد من نذر أو مباشرة ما يقتضي الكفارة - انتهى .

ثم في الواجب المالي أن اوصى الميit بأن يخرج من الاصل كان تأكيدياً وان اوصى بان يخرج من الثلث ولم يكف الثلث اخرج الزائد من الاصل ، وان اوصى انه لايزيد على الثلث، اذ لا اعتبار بالوصية في قبال الحكم الشرعي بلزوم اخراج الواجب من الاصل، وانما صرفت الوصية عن الاصل الى الثلث لاطلاق دليل تنفيذ الوصية بعد عدم ظهور دليل الاخراج من الاصل في تعيين ذلك حتى في حال الوصية باخراجه من الثلث، ولو قال: اخرجوه من الاصل ولا أعلم هل وجب علي أم لا ؟ لم يخرج من الاصل ، بل من الثلث اذا علم ارتكازه في ارادة الموصى به مطلقاً ، والافان علم انه يريد من الاصل مطلقاً بطلت الوصية، اذ الوصية تخرج من الثلث فيما لم يعلم اشتغال ذمة الوصي به فجعله من الاصل جنف يلزم اصلاحه .

نعم، لو كان اشتغال الذمة مقتضى الاستصحاب اخرج من الاصل ، لانه علم تنزيلى وواقع جعلى ، وقد سبق في بعض مسائل الشرح انه ان قال : علي كذا من المال صدق .

ومنه يظهر، وجه النظر في ما قاله في الجواهر : والظاهر تصديق الولي فيما فات منه ، كما صرح به في جامع المقاصد، ولعله لانه لا يعلم لامن قبله

بل هو المنساق منه، ومن نظائره، مضافاً الى كونه من الاقرار - انتهى اذ الشبوت
اما بالعلم ، أو بالبينة ، أو بالاقرار في حصة المقر - اذا لم تكن وصية و اقرار
منه في حال الحياة .

لايقال: انه اقرار في حق الغير وهو الوارث .

لانه يقال أولاً: انه اقرار في حق نفسه وبعد الموت ينقلب الى الاقرار في
حق الغير واطلاق أدلة الاقرار يشملها، مثل اقراره بانه باع ولم يقبض أو اشترى
ولم يقبض الثمن، الى غير ذلك ثم مات .

وثانياً: ان كل اقرار لا بد وان يرتبط بالغير، واطلاق الدليل تنفيذه في
حقه وفي حق غيره، فاذا قال: فلان زوجتي كان اقراراً في حق ولده ووالده وامها
وبنتها، حيث لا يحق للاولين زواجها ولا يحق للاخيرتين الزواج به .
ولو قال: هذا ملك فلان لم يحق لاولاده التصرف فيه بعد موته، كما لا يحق
لمن تضمنهم الاية الاكل منه .

ولو قال: انا قتلت فلاناً خطأً كان اقراراً في حق العاقلة، كما ذكرناه في
[كتاب الدييات] .

و لو قال : فلان ابني كان اقراراً في حق بنته ان لا تتمكن من التزويج
بالمقر به الى غير ذلك ، ثم انه يؤيد لزوم تنفيذ الوصية مطلقاً بقول الموصي
بعض الروايات .

مثل ما رواه سعد بن سعد، عن الرضا عليه السلام، قال: سألته عن رجل
مسافر حضره الموت فدفع مالا الى أحد من التجار؟ فقال له: ان هذا المال لفلان
ابن فلان ليس لي فيه قليل ولا كثير فادفعه اليه بصرفه ، حيث يشاء فمات ولم
يأمر صاحبه الذي جعله له بأمر، ولا يدري صاحبه ما الذي حمله على ذلك كيف
يصنع؟ قال عليه السلام: يضعه حيث شاء، فان ظاهره انه يضع الوصي حيث شاء

الموصى .

هذا بالاضافة الى السيرة المستمرة في تنفيذ الاقرارات في الوصايا خلافاً لطائفة من الروايات دلت على عدم التنفيذ مطلقاً ، أو التنفيذ اذا كان المال قليلاً ، أو اذا كان الموصى مرضياً ، أو ملياً ، أو مؤمناً ، أو ما أشبهه .

مثل ما رواه منصور بن حازم ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام ، عن رجل أوصى لبعض ورثته ان له عليه ديناً ؟ فقال : ان كان الميت مرضياً فاعطه الذي أوصى له .

و عن اسماعيل بن جابر ، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام ، عن رجل أقر لوارث له وهو مريض بدين له عليه ؟ قال : يجوز عليه اذا أقر به دون الثلث . وعن الحلبي ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : قلت له : الرجل يقر لوارث بدين ؟ فقال : يجوز اذا كان ملياً .

وعن أبي ايوب ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، في رجل أوصى لبعض ورثته ان له عليه ديناً ؟ فقال : ان كان الميت مرضياً فاعطه الذي أوصى له .

الى غيرهما من الروايات التي لا بد من حملها على التقية ، و لو التقية على مذهب صاحب الحقائق ، كما حملها عليها الشيخ في رواية مسعدة ، عن الصادق عن أبيه ، قال علي عليه السلام : لا وصية لوارث ولا اقرار له بدين يعنى اذا اقر المريض لاحد من الورثة بدين له فليس له ذلك . قال الشيخ في هذا الرواية : انها محمولة على التقية ، وقد جمع صاحب الوسائل بين الروايات بما عنونه في الباب بالنفوذ في الوصية الا ان يكون في مرض الموت ، ويكون المقر متهما فمن الثلث ، لكنك خبير بأن هذا الجميع غير ظاهر الوجه بعد عدم امكان كونه جمعاً لمختلف الروايات فراجع الباب السادس عشر من [كتاب الوصية] .

ويؤيد النفوذ مطلقاً صحيح أبي ولاد قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام

عن رجل مريض أقر عند الموت لو ارث بدين له عليه؟ قال: يجوز ذلك قلت: فان أوصى لو ارث بشيء؟ قال عليه السلام: جائز .

ويمكن ان يحمل روايات الرد مطلقاً، أو في الجملة على الاطمينان بكذب الموصى، كما يؤيده ما رواه السكوني، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام، انه كان يرد المنحلة في الوصية، وما أقر به عند موته بلائبث ولاينة رده . وكيف كان، فالاقرب ما تقدم، وقد سبق الالماع الى هذه المسألة في الشرح ولعله يأتي أيضاً في مسألة منجزات المريض ثم لو قال: فلان يطلبني كذا واما وقال الموصى له: لا اعلم، حق له الاخذ، أما اذا قال: لأطلبه، لم يحق له الاخذ وكان ما أوصى به للمورثة لا ان ثلثه للموصى له، لان الاقرار ليس وصية حيث تنفذ في ثلثه، كما لا يخفى .

(مسألة - ٥ -) اذا أوصى بوصايا، ولم تكن المتأخرة ناسخة، فان كان الجميع واجباً مالياً، مثل الزكاة والحج والندر، اخرجت من الاصل لما تقدم وان كان مستحباً اخرج من الثلث بقدر ما يسع، لانه لاحق له في الاكثر من ذلك الاباجازة الورثة، وان كان البعض واجباً مالياً، والبعض مستحباً اخرج الواجب من الاصل والمستحب من الثلث، بقدر ما يسع الثلث، فاذا زاد على الثلث احتاج الى اجازة الورثة، فان لم يجيزوا بطل، وان كان واجباً غير مالي كسان من الثلث أيضاً على ما اخترناه، وان كان واجباً مالياً وغير مالي، فالمالي من الاصل وغيره من الثلث، وان كان واجباً غير مالي ومستحباً فالواجب مقدم على غيره ان لم يسع الثلث كل ذلك، وان كانت واجبات غير مالية لا يسعها الثلث فالظاهر التخيير بين هذا وذاك، مثل الصلاة والصوم، ويحتمل تقديم مساقدمه لخبر حمران، ويحتمل تقديم الالهم في نظر الشارع، فتقدم الصلاة على الصوم لما ثبت من أهمية الصلاة، لكن الاقرب التخيير، اذ خبر حمران لا اطلاق له يشمل

المقام، كما سيأتي والاهمية لادلالة فيها على التقديم في المقام، بل هي لا توجب التقديم في القضاء في حال الحياة أيضاً، فإذا كان عليه صلاة وصوم لا يتمكن الامن أحدهما تخير، بل وان كان أحد الواجبين أصلياً، والآخر عرضياً، كما إذا كان عليه صوم رمضان وصوم النذر، أو كان عليه صلاة اليومية وصلاة النذر إذ الأصل عدم الترجيح لبالنسبة الى نفسه ولا بالنسبة الى القاضى عنه، ولو كان عليه مثل الزكاة والحج مما يخرج عن الأصل، فهل تقدم الزكاة؟ لان فيه حقين حق الله وحق الناس، بخلاف الحج الذي فيه حق الله، ومثل ذلك إذا كان دين وحج، أو تقدم في الدين والحج، الحج لمسا ورد من تقديم حق الله أو يخير مطلقاً لعدم كفاية مثل هذه الوجوه للترجيح الذي هو شرعى فلا يثبت الابدليل؟ احتمالات، وان كان لا يبعد التخيير مطلقاً، ولعل الاولى تقديم مثل الزكاة والدين لانهما حق الله أيضاً، وفيه فائدة للناس، ولما دل على ان الله يغفر حقه ويطالب بحق الناس حتى يغفروا هم .

وكيف كان، فيدل على بعض ما ذكر بعض الروايات .

فعن معاوية بن عمار، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن رجل مات فأوصى ان يحج عنه؟ قال: ان كان ضرورة فمن جميع المال، وان كان تطوعاً فمن ثلثه .

وفي حديث آخر، عنه عليه السلام، قال: يقضى عن الرجل حجة الاسلام من جميع ماله .

وعن حارث بن عمار، انه سأل أبو عبد الله عليه السلام، عن رجل أوصى بحجة؟ فقال: ان كان ضرورة فهي من صلب ماله انما هي دين عليه، وان كان قد حج فهي من الثلث. الى غيرها من الروايات المذكورة في الوسائل والمستدرک فی [كتاب الحج] .

أما صحيح معاوية بن عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام ، في رجل توفي وأوصى ان يحج عنه ؟ قال : ان كان ضرورة فمن جميع المال انه بمنزلة المدين الواجب ، وان كان قد حج فمن ثلثه ، ومن مات ولم يحج حجة الاسلام ، ولم يترك الا قدر نفقة الحمولة ، وله ورثة فهم أحق بما ترك ، فان شائوا أكلوا ، وان شائوا حجوا عنه .

فالظاهر العمل به لان بقاء الانسان بلا نفقة محذور في الشريعة فلا يمكن ان يشرع الشارع تقديم الحج ، وعليه فلا دليل على ان عليهم بدله اذا تمكنوا بعد ذلك ، اللهم الا ان يقال : انه من باب الجمع بين الحقيين ، لكن سكوت الامام عليه السلام عن ذلك يؤيد عدمه ، بل يمكن ان يستفاد من الصحيح المذكور جواز اعطائها للفقير الذي لا يجد القوت اذا دار بين قضاء حجه واشباعه ، بل والى انه اذا أراد الحج ورأه جازله اعطائه له وعدم الحج ، ومقتضى القاعدة انه اذا دار الامر بين الحج الواجب وانقاذ نفس عن الهلكة قدم الثاني للاهمية فان استطاع في المستقبل ذهب الى الحج والا لم يكن عليه حج .

وفي حديث مروى ، عن المسيح عليه السلام : جعل السبت للانسان ولم يجعل الانسان للسبت .

وكيف كان ، فعن معاوية بن عمار ، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام ، عن امرأة أوصت بمال في الصدقة والحج والعتق ؟ فقال : ابدء بالحج فانه مفروض فان بقى شيء فاجعل في العتق طائفة ، وفي الصدقة طائفة .

وعن معاوية أيضاً قال : ان امرأة هلكت وأوصت بثلاثها يتصدق بها عنها ويحج عنها ويعتق عنها ، فلم يسع المال ذلك ، الى ان قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام ، عن ذلك ؟ فقال : ابدء بالحج فان الحج فريضة فما بقى فضعه في النوافل .

ومما تقدم يظهر ، وجه قول الشرائع : ولو أوصى بواجب وغيره ، فان

وسع الثلث عمل بالجميع ، وان قصر ولم تجز الورثة بدء بالواجب من الاصل وكان الباقي من الثلث - انتهى .

وان كان فيه نوع غموض ، وأوضح منه عبارة القواعد قال : ولو أوصى بواجب وغيره بدء بالواجب من صلب المال والباقي من الثلث ان لم يجز الوارث ، ومفتاح الكرامة فهم من الشرائع نفس ما ذكره العلامة ، ولذا قال : صرح بذلك في الشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والروض والروضة والمختلف والكفاية وفيها انه المشور ، ثم لو كان عليه حج مفرد وعمرته وزكوة والمال لا يكفي الا لاحدهما ، أو بعض هذا وبعض ذلك ، لم يبعد التخيير لما تقدم ، وان جازان يعطي عن كل بعضاً ، لانه أقرب الى الجمع بين الحقين . (مسألة ٦-٦) لو أوصى بعدة امور لا يكفي الثلث لجمعها ولم يجز الوارث ففيه أقوال :

الاول : انه يبدأ بالاول فالاول حتى يستوفى الثلث، ويبطل الزائد ، وهذا هو المشهور بينهم ذكره الشيخ وابن ادريس وابن حمزة والمحققان والعلامة والشهيدان والكفاية وغيرهم ، بل عن ظاهر المبسوط والتذكرة الاجماع عليه .
الثاني : ان العتق مقدم ، وان تأخر في اللفظ ، كما عن أبي علي .
الثالث : ان الوصية المتأخرة المتباعدة زمانها من الاولى ناسخة لهما ، ومقتضية للرجوع عنها ، كما عن ابن حمزه .

استدل الاولون : بما في الجواهر بأن الوصية الصادرة أولاً نافذة لوقوعها من اهلها في محلها ، وهكذا ما بعدها الى ان تبقى المتأخرة بلاموضوع تتعلق به فتقضي بالبطلان ، وبعض الروايات :

كخبر حمران ، عن أبي جعفر عليه السلام ، في رجل أوصى عند موته ، وقال : اعثقوا فلاناً وفلاناً حتى ذكر خمسة فنظرت في ثلثه فلم يبلغ اثمان قيمة المماليك

الخمسة الذين أمر بعثتهم؟ قال: ينظر الذين سماهم وبدء بعثتهم فيقومون وينظر الى ثلثه فيعتق منه أول شيء ذكر، ثم الثاني، ثم الثالث، ثم الرابع، ثم الخامس وان عجز الثلث كان ذلك في الذي سمي أخيراً لأنه اعتق بعدمباغ الثلث ما لا يملك. والحديث معمول بتقديماً وحديثاً، ولذا يصح الاستناد اليه وتعليقه يدفع احتمال اختصاصه بالعتق المذكور فيه، ولا فرق في ذلك بين الوصية العهدية والتسليمية لان العلة عامة .

ويؤيده ما رواه الدعائم ، عن أمير المؤمنين عليه السلام ، قال: في الرجل يعتق بعض عبيده عند الموت وليس له مال غيرهم ولم يعلم من اعتق أو لامنهم، اذ لم يسمه؟ قال عليه السلام: يقرع بينهم ، ويعتق الاول فالاول حتى يبلغوا الثلث، قال أبو جعفر عليه السلام: فان سماهم؟ فقال: اعتقوا فلاناً وفلاناً وفلاناً نظري ثلثه وفي اثمانهم ، ثم بدء بعث من سماه أولاً فاولاً ، فان خرج الثلث على الرأس عتقوا [الى ان قال:] وكان الباقي ميراثاً، ولا يقف أمام دليل المشهور الا امور :

الاول: ان ارتكاز الموصي الذي علم منه، أما بتصريحه أو بالقرائن على انه لا ترتيب ، وانه لا يهيمه تقديم المتأخر أو المتقدم أو التوزيع ، ومن المستبعد جداً ان الشارع شرع على خلاف ارادة الموصي ، بل ظاهر أداة لزوم تنفيذ الوصية خلاف ذلك .

الثاني: ما استدل به للاسكافي ونسب الى الشيخ أيضاً من الموثق، عن أبي عبدالله عليه السلام، سألته عن رجل حضره الموت فاعتق غلامه وأوصى بوصية وكان أكثر من الثلث؟ قال: يمضى عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقي، حيث ان ظاهره ان العتق مقدم مطلقاً، وظاهر ان النقصان فيما بقي ان العتق كان وصية لا تنجزاً، كما لا يخفى .

وعن اسماعيل بن همام، عن أبي الحسن عليه السلام، في رجل أوصى عند موته بمال لدوي قرابته واعتق مملوكاً، وكان جميع ما أوصى به يزيد على الثلث كيف يصنع به في وصيته؟ قال: يبدأ بالعتق فينفذ .

وعن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: ان عتق رجل عند موته خادماً له ثم أوصى بوصية اخرى اعتقت الخادم من ثلثه والغيت الوصية الا ان يفضل من الثلث ما يبلغ الوصية، الى غيرها .

الثالث: ما عن ابن حمزة، فعن علي بن سالم، قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام، فقلت: ان أبي أوصى بثلاث وصايا فبأيهن آخذ؟ فقال: خذ بأخرهن فقلت: انها أقل؟ فقال: وان قلت .

الرابع: ما دل على تقسيم المال بين الوصايا - مما ظاهره لا اعتبار بالاول فالاول - .

فعن معاوية بن عمار، قال: أوصت الي امرأة من أهل بيتي بثلاث مالها [بمالها: خ ل] وامرت ان يعتق عنها ويحج ويتصدق فلم يبلغ ذلك؟ فسألت أبا حنيفة؟ فقال: يجعل ذلك اثلاثاً ثلثاً في الحج، وثلثاً في العتق، وثلثاً في الصدقة فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام، فقلت له: ان امرأة من اهلي ماتت وأوصت الي بثلاث مالها وامرت ان يعتق عنها ويحج ويتصدق فنظرت فيه فلم يبلغ فقال: ابدء بالحج، فانه فريضة من فرائض الله عز وجل واجعل ما بقى طائفة في العتق، وطائفة في الصدقة .

فأخبرت أبا حنيفة بقول أبي عبد الله عليه السلام، فرجع عن قوله وقال: بقول ابي عبد الله عليه السلام .

وفي روايته الاخرى، عنه عليه السلام: ابدء بالحج، فانه مفروض، فان بقى شيء فاجعل في الصدقة طائفة، وفي العتق طائفة .

وفي رواية ثالثة عنه، قال: ماتت احدى مفضل بن غياث وأوصت بشيء من مالها الثلث في سبيل الله، والثلث في المساكين، والثلث في الحج، فاذا هو لا يبلغ ما قالت: [الى ان قال:] ولم تكن حجت المرأة، فسألت أبا عبد الله عليه السلام، فقال لي: ابدء بالحج فانه فريضة من فرائض الله عليهما، وما بقى اجعله بعضاً في ذا، وبعضاً في ذا.

الى غيرها من الروايات، وفي كل هذه الوجوه الاربعة عدم قدرتها على معارضة دليل المشهور.

اذ يرد على الاول: ان ليس الكلام في الارنكاز الذي هو بمنزلة النصريح، بل الكلام فيما لم يعلم ذلك.

قال في الجواهر: لو صرح بعدم ارادة الترتيب اتبع، وان ترتب في اللفظ. وعلى الثاني: ان رواياته محمولة على ارادة العتق مقدماً بقريضة الروايات التي ذكرناها في الاشكال الرابع، حيث ان هذه الروايات تقول بالتقسيم بين العتق وغيره من الوصايا، وفي روايات تقديم العتق دلالة على ان مراد الموصي التقديم، حيث ان الموثق الاول، وخبر أبي بصير ظاهر ان في ذلك فيحمل غيرهما عليهما.

وعلى الثالث: ان تلك الرواية ظاهرة في الوصايا الناسخة، كما يتعارف عند بعض الناس بوصون بشيء، ثم بشيء آخر، ولذا قد يوجد لانسان ورقتا وصية متخالفـة بعضها مع بعض، وحينئذ فالعمل على الاخير ان علم به، والا فأمال القرعة لانها لكل مشكل، أو قاعدة العدل ان كانت الوصية مسرحة لها، ويؤيد القرعة رواية الدعائم المتقدمة، ويؤيد قاعدة العدل ما تقدم من جعل المال طائفة في العتق وطائفة في الصدقة واذا كان بين الوصيتين عموم من وجه كان اللازم

العمل بالمجمع، وفي مورد الافتراق يعمل بما ذكر من القرعة اوقاعدة العدل، وان كان بينهما عموم مطلق عمل بالمجمع، وفي الزائد يعمل بها بقدر السعة ان امكن بقدر السعة، والاعمل بالزائد من المال في رجوه البرء. مثلاً: اوصى في ورقة بالعمرة، وفي اخرى بالعمرة والحج فان العمرة تعطى والحج حيث لايسعه الثلث، واما بواجب يعطى بمابقى من الثلث لسبل الله تعالى .

وعلى الرابع: ان الظاهر من رواية معاوية ان الامام اراد الجمع بين الثلاثة حسب الوصية مع تقديم الحج، فلم يكن الثلث قاصراً عن الثلاثة، و انما اراد الامام رد التقسيم اثلاثاً بحيث يعطى الثلث للحج زاد أو نقص، مثلاً: كان له ثلاثمائة لايعطى الثلث للحج، وان كانت قيمة الحج مائتين أو خمسين حتى يوجب في المائتين التكسر أو اعطاء الحج الميقاتي، وفي الخمسين اعطاء النائب أكثر من حجه، بل يقدم الحج ومابقى نصفه في العتق ونصفه في الصدقة وهما غالباً قبالان للمليل والكثير .

أما في الصدقة فواضح، وأما في العتق فلامكان عتق البعض، نعم قد تقدم ان ما ذكر في الروايات ليس في ما عرف ارتكاز الموصى بخلاف ما فيها والا اتبع الارتكاز، ففي عتق العبيد مثلاً ان علم منه ارادته عتق الجميع ما أمكن منهم عتق بعض كل واحد لأن يعتق أولاً فأولاً حتى يحرم البعض، وفي الصدقة والعتق ان علم ارادته الاول فالاول قدم ما ذكره أولاً.

والحاصل: ان أمكن الجمع جمع، وان لم يمكن، فان لم يكن ارتكاز عمل بالاول فالاول، وان كان ارتكاز عمل به مثلاً: اذا أوصى بصدقة لزيد وصدقة لعمر و قسم المال بينهما، واذا أوصى بعتق زيد وعمر و وعلم ارتكازه بالتقسيم عتق نصف كل منهما - اذا كان المال ليس أكثر من ذلك - وان لم يعلم اعتق الاول فقط، فان زاد من عتقه صرف في عتق بعض الثاني، فانه مقدم على سائر

سبل الخير، وان لم يكن الاول فالاول، بل ذكر الجميع دفعة ، مثل ان قال: اعتقوا كل عبيدى دار الامر بين القرعة وقاعدة العدل، والثانية أولى كما ذكرناه في بعض مباحث الكتاب : انها مقدمة على القرعة ، وكذا ان علم السبق و اللحق، لكنه لم يعلم السابق منهما، وكذا لو شك في السبق والتقارن.

(مسألة - ٧ -) لو قال: فلان مائة من من الحنطة، وكان عنده ثلاثة أقسام من الحنطة ، كل واحد مائة من ، لكن كان أحدها يساوى ثلثه والاخران أكثر وأقل كان على الوارث اعطائه مائة من سواء ذلك الذي الثلث أو الملقاً، ولا يحق له اعطاء الاقل، وذلك لامكان تنفيذ الوصية.

نعم. لو بادل الموصى له بعد اعطائه بالاحسن أقل، أو الاسوء أكثر جاز اذا قبل الوارث، وكذا اذا كان كل حنطته مساوية فى القيمة ، لكن كان بعضها فى بلد لا تضخم فيه ولا تنزل وبعضها فى بلد فيه احدهما اعطاه المساوى، سواء فى هذا البلد أو بلد آخر، وذلك لامكان تنفيذ الوصية، ولو أوصى أن يعطى له ثلثه حق للوارث اعطائه من أي الثلاثة، سواء صار بقدر ثلث كمية الحنطة، أو أقل أو أكثر، لان الاختيار بيده، ولا يحق للموصى له أن يقول لا يريد هذا، وانما ذاك اذا قبل الوصية.

نعم ، قد تقدم ان الوصية عقد فيحق له أن لا يقبل اصلها أو بعضها ، ولو أوصى لشخص بثلث أو لا ولاخر برربع ثانياً، ولاخر بسدس ثالثاً ، ولم تجز الورثة اعطى الاول فقط، لانه لا مانع منه وبطل الاخران، ذكر ذلك الفاضلان وشرائحهما ، وذلك اذا لم يجز الوارث الزيادة ، وان أجاز احدهما او بعض أحدهما جاز ، و اذا لم يكن رجوع من المورث و الاعمل بالمتأخر، كما تقدم.

قال فى الجواهر: فما عن بعضهم فى ان الوصية بالربع والسدس فى نحو

مفروض المتن رجوع عن الاول واضح الضعف ، بل قيل انه غير معروف القائل - انتهى .

ومن ذلك يعرف ، أمثال ذلك ، كما اذا أوصى للاول بالسدس ، وللثاني بالثلث ، حيث يبطل السدس بالنسبة الى الثاني ، ويعطي كل واحد سدساً ولو شك في انه هل يرجع عن الوصية الاولى حتى تصح الثانية والثالثة مثلاً؟ أولم يرجع حتى تبطل؟ استصحب البقاء لتمامية أركانه ، ولو وجدنا منه ثلاث وصايا مجهولة التاريخ ، أحدها بالثلث ، والثانية والثالثة بالسدس ، فقد تقدم ان مقتضى القاعدة قاعدة العدل وعليه ينقص من كل نصفه ، لان المجموع ثلثين بينما له الثلث فقط فيعطى الاول السدس ، والثاني والثالث نصف السدس .

وعلى هذا القياس ، ولو شك في ان ما كتبه لفظ : [الثلث] أو : [النصف] بطل الزائد ، أما لو شك انه كتب الثلث أو السدس ، فهل القاعدة اصالة البرائة عن السدس المشكوك فيه او اجراء قاعدة العدل باعطائه سدساً ونصفاً؟ احتمالان وان كان الاول اقرب .

ولو اوصى بثلثه لزيد وبثلثه لعمرو وبطل الثاني ، الامع اجازة الوارث للثاني كلا او بعضاً ، بل ربما نسب هذا الحكم الى علمائنا كما في الجواهر ، و قد اختلفوا في ذلك وان كان الذى ينبغى ان يقال انه ربما يعلم ان مراده بالوصية الثانية نسخ الوصية الاولى ، كما اذا كان يقرأ الدرس عند زيد فأوصى له بثلثه ثم صار بينهما نزاع ، فدرس عند عمرو فأوصى بثلثه له ، حيث يعلم من ذلك انه اراد بالوصية الثانية نفس الثلث الاول ، وهذا لا ينبغى الاشكال في نسخ الثانية للاولى ، وربما يعلم ان مراده ثلث آخر غير الثلث الاول ، لانه لا يعلم المسألة ، وانه لا يصح له ان يوصى بثلثين ، او يعلم المسألة ، وانما اوصى بالثلث الثاني جاء ان يجيزه الوارث ، وهنا ان اجاز الوارث صح الثانية والابطلت .

اما الوصية الاولى فهى صحيحة مطلقاً ، وربما يشك فى انه قصد الفسخ او صدرت منه الثانية جهلاً او رجاءاً ، ومقتضى القاعدة هنا استصحاب صحة الاولى، لان الشك فى الصحة والبطلان ناشىء عن الشك فى الفسخ وحيث ان الاصل عدمه كان الاصل بقاء الوصية الاولى على حالها.

ثم انهم جزموا ببطلان الوصيتين فى الوصية بالثلث والرابع والسادس ، وتفرقوا فى الوصية بالثلاث وبالثلث فالشرايع قل بالبطلان فيها ايضاً تبعاً للمشايخ وابن ادريس وتبعهم المسالك والكفاية والمقاتيح، بينما فى القواعد ان الثانية رجوع على اشكال، وعن التحريز والدروس وجامع المقاصد عدم الترجيح ايضاً .

قال فى مفتاح الكرامة: ان منشأ الاشكال هو الفارق بين المسألتين، حيث ان الانسان لا يستحق من ماله الا ثلثه، فاذا اوصى بالثلث، مضافاً الى نفسه ثم اوصى به، كذلك كان الموصى به ثانياً هو الموصى به اولا ، فيكون فاسخاً له - انتهى .

لكنك قد عرفت اختلاف الصور فلا يمكن الفتوى بالبطلان مطلقاً ولا بالاشكال مطلقاً، اما استدلال الخلاف لما ذهب اليه من البطلان باجماع الفرقة واخبارهم فاللازم حمله على ارادة الموصى ثلثاً ثانياً - كما هو واضح -

ثم لو كان له عبد يساوي ثلثه او اقل ، فقال : ثارة عبدى لزيد - بعدى وقال اخرى: عبدى لعمرو ، كان لا بد وان يكون الثانى فاسخاً للاول ، اذ العبد لا يتكرر كما كان يحتمل التكرار [ثلثى] فلا صور لمثل الوصية بالعبد المذكور .

ولو كان له ثلاث صبر ، صبرتان منها تسوى ثلثه ، فقال مرة : ثلث الصبر لزيد، ومرة: ثلث الصبر لعمرو، صححت الوصيتان، لامكان جمعهما فى الصبرتين اللتين تساويان ثلثه - وان كان كل صبرة مائة من - فاللازم جعل الوصية صحيحة

قال عليه السلام : ضع أمر أخيك على أحسنه . والاحسن هنا الصحة في قبال البطلان ، ولو قال في كلام واحد : ثلثاى لآخوى ، فيما لم يكن مقدم ومؤخر فمقتضى القاعدة تقسيم ثلث لهما ان لم يجز الورثة ، والاكان لكل منهما ثلث .
 قل في القواعد : فان اشبهه الاول - فيما لو اوصى بثلث وثلث - أقرع ، وقد عرفت ان مقتضى القاعدة التنصيف ، كما ذكروه في باب الخمس فراجع الجواهر هناك ، وقد ذكرنا بعض تفصيله في الشرح .

لكن القرعة هو اختيار المبسوط والمهذب والشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والروض والمسالك على ما حكى عن بعضهم .

قال في الجواهر في شرح كلام المحقق [استخرج بالقرعة] : باعتبار عدم اندراجه في قاعدة من قواعد الشرع ، الى آخر كلامه .

ثم انه لو لم يعلم هل وصى بمثل [ثلثاى لآخوى] حتى يكون لكل منهما السدس ، أو قال : ثلثي لزيد ، وثلثي لعمرو [فاسخاً] حتى تصح الثانية فقط ، أو [بظن الصحة] حتى تصح الاولى فقط ، فعلى ما ذكرناه من قاعدة العدل كان لكل منهما السدس ، وعلى ما ذكروه يقرع مرتين مرة لآظهار ان الثلث لهما ، أو لاحدهما ، ومرة - اذا طلعت القرعة انها لاحدهما - بأنها لهذا أولذاك ، ولذا قال في الجواهر : اقرع أولالبيان انها دفعة أو مرتبة ، وان كان الثاني جعل جميع الاحتمالات سهاماً متعددة ، واستخرج أحدها وعمل عليه .

(مسألة - ٨-) قال في القواعد : ولو اوصى بمعين زائد على الثلث لآثنين ولم يجز الورثة ، فلهما منه الثلث ، وقبله قال به الشرائع ، وبعدهما الشراح لهما وذلك لان الوصية دفعة واحدة فالزائد ، حيث لا يكون يسقط والقدرا الممكن يكون لهما بالتنصيف ان لم يوص بالنسبة والافبالنسبة ، كما اذا قال : داري هذه ثلثها لزيد وثلثها لعمرو ، وقد كانت الدار نصف تركته ، فان ثلثا الدار يكون

لهما ثلثاه لعمرو وثلثه لزيد ، فاذا كانت تسوى تسعة كان لصاحب الثلثين أربعة ،
ولصاحب الثلث اثنان .

قال في القواعد [بعد عبارته السابقة] ولو رتب أعطى الاول وكان النقص
على الثاني ، سواء أوصى لكل منهما بشيء منه ، أو أوصى لكل منهما بشيء
منفرد .

أقول : وذلك لان الوصية الاولى نفذت ، حيث كانت بلا مانع ، والثانية
حيث زادت على الثلث كان بقدر الثلث منها نافذاً والزائد لا ينفذ وقد نقل مثل هذه
العبارة عن الارشاد وجامع المقاصد والروض ، بل في الجواهر عند قول المصنف
ولو جعل لكل واحد منهما شيئاً بدء بالاول وكان النقص على الثاني منهما - انتهى .
قال : بلا اشكال في شيء من ذلك ، ولا خلاف ضرورة كونها وصيتين
متعاقبتين .

أقول : ويأتي في المقام بعض الكلام في المسألة السابقة ، ولو أوصى
بوقف دوره ، وكانت بعضها مختصة وبعضها مشتركة ، ولم تكن جميعها أكثر
من الثلث ، أو أجاز الوارث الزائد نفذت الوصية في المختصة والمشاركة ،
أما المختصة فانها تكون موقوفة ، وأما المشتركة فيكون بعضها الخاص بالموصى
وقفاً ، واللازم الافراز - بعد أن يقبضها الوصى - .

وكذا اذا أوقفها بنفسه بعد ماته وقلنا بصحة مثل هذا الوقف ، لانه عقلائي
يشمله الوقوف على حسب ماوقفها أهلها ، وقد ذكرنا في بعض مباحث الكتاب
ان مقتضى القاعدة ان قبل الافراز بعد الوقف في المشترك ، لا يصح التصرفات
المنافية للمسجد فيه اذا وقف مسجداً ، ولو أوصى بوقف دوره وكانت أكثر من
الثلث ، ولم يجز الورثة ، فالظاهر ان الورثة يتمخرون في وقف قدر الثلث

مجتمعاً أو مشتركاً، ثم الافراز، مثلاً : كانت له سنة دور ، فلما لم يجز الورثة وقفوا اثنتين منها، أما خاصة أوفي ضمن المجموع ويفرز بعد ذلك، وكذلك اذا وقف هو الستمة بعد وفاته ، فهو مثل التدبير الذي يقول : أنت حر دبر وفاتي .

قال في الشرائع: واذا أوصى بثلاث ماله مشاعاً كان للموصى له من كل شيء ثلثه وان أوصى بشيء معين وكان بقدر الثلث فقدم ملكه الموصى له بالموت ولا اعتراض فيه للمورثة ، ولو كان له مال غائب أخذ له من تلك العين ما يحتمله الثلث من المال الحاضر ويقف الباقي حتى يحصل من الغائب ، لان الغائب معرض للتلف - انتهى .

ومثله قال العلامة في القواعد : الا انه قال - اخيراً - ويحتمل منعه من التصرف، وان كان مستحقاً بكل حال لان حق الوارث التسلط على ضعف تسلطه وهو غير ممكن هنا .

أقول: ان كان المال الذي أوصى بأنه للموصى له معيناً أخذه بعد الموت، سواء كان الثلثان الاخران حاضراً ، أو غائباً محتملاً تلفه بعد موت الموصى أم لا ، تلف بعد ذلك أم لا ؟ وذلك لان الثلث عين فلا حق للمورثة فيه، وان تلف بعد موته الثلثان، اذ المعيار بالثلث وقت الموت ولم يفت من الموصى له شيء لفرض وجود المعين، وكذلك حال العكس، كما اذا كان المعين غائباً، واحتمل تلفه بعد الموت، بل أوقبله، حيث انه ملك للموصى له .

أما الورثة فلهما الثلثان الحاضران، ولا شأن لهما في بقاء مال الموصى له ولا عدمه، بل قد عرفت انه كذلك اذا تلف الموصى به في حياة الموصى ، فان الوصية لما كانت خاصة بذلك المعين لم يكن للمورثة خسارة اذا تلف في حياة الموصى .

أما إذا كان المعين الموصى به حاضراً و احتمال أن يكون تلف الثلثان الاخران في زمان حياة الموصى صح للموصى له التصرف في ثلث المعين لانه له على كل حال .

أما حقه في ثلثيه الآخرين ، فانه ينكشف ببقاء بقية التركة ، فاذا ظهر ان بقية التركة كانت موجودة الى زمان موت الموصى حق له التصرف في تمام المعين وان انكشف انها كانت تالفة كان ثلثا المعين للمورثة ، وان انكشف تلف بعض الغائب في زمان حياة الموصى ، كان التالف من الطرفين بالنسبة ، مثلاً : ان ظهر انه قد تلف نصف الغائب كان للموصى له من المعين بقدر ثلث الثلثين [المعين والغائب] وهكذا ، ولولم ينكشف هل بقي الغائب الى زمان موت الموصى أم تلف ، فاللازم استصحاب بقائه فيملك الموصى له كل العين ، هذا اذا كانت الوصية بالمعين .

أما لو كانت مشاعاً فالغائب اذا تلف منه بعد موت الموصى كان الذاهب من الطرفين ، بالنسبة فكل ما يتلف يذهب ثلثه من الموصى له و ثلثاه من الورثة .

و كذا الحال اذا أوصى بوقف ثلثه ، فان قال : اوقفوا هذه الدار وتلف الثلثان في حال حياته لزم عليهم وقف ثلث المعين ، وان تلف بعد موته لزم وقف جميعها ، ولو أوصى بوقف ثلث ماله - مشاعاً - فان تلف الثلثان كان اللازم وقف ثلث الثلث ، سواء كان التالف للثلثين في زمان حياة الموصى أو بعده كما لا يخفى .

وإذا أوصى بثلث داره المملوكة كلها له في ظاهر الحال فظهر ثلثاه مستحقاً للمغير انصرفت الوصية الى الثلث المملوك له ، فان كان له ما يقابله مرتين ، بأن كان ثلث الدار بقدر ثلث ما يملك نفذت الوصية مطلقاً ، وان لم يكن له الا ذلك

الثالث نفذت الوصية فيه ان أجاز الورثة ، والا نفذت في ثلث الثلث ، وهكذا ذكر أصل هذا الفرع الشرائع وغيره ، وعلله في الجواهر بأن الوصية متى صادفت محلاً قابلاً للمنفوذ نفذت و هو في الفرض متحقق ، وكذا البيوع على الاصح قال : وجواز الفضولي فيه أوفيهما أيضاً لا ينافي ذلك فما في المسالك من بناء هذه المسألة على ذلك في غير محله - انتهى.

ثم ان أوصى بكل الدار زاعماً أنها له فظهر بعضها مستحقاً ، فان كان له مال غيرها أو أجاز الورثة ، فالظاهر ان الوصية بالنسبة الى ما لا يملكه من الدار تقع فضولية فان أجاز المالك لبعضها الاخر بدون مقابل أو بمقابل صححت والابطلت وقد تقدم في الشرح للعروة صحة الوصية الفضولية لاطلاق أدلتها .

ولو اوصى بما يقع اسمه على المحلل و المحرم للاشتراك لفظاً او معنى انصرف الى المحلل لاصالة الصحة في امر المسلم ، ولذا علله في الشرائع بقوله: تحصيماً لقصد المسلم عن المحرم.

أما تعليل الجواهر له بقوله تحصيماً لكلامه عن اللغو ولو جوب تنفيذ الوصية ، فلذلك وجب صرفه الى المحلل ، فقي دليله الاخير نظر ، اذ وجوب التنفيذ فرع صحة الرصية فلا يمكن الاستدلال به عليها .

وكيف كان ، فاذا اوصى فقد يعلم انه اراد المحرم ، وحينئذ تبطل ، وقد يعلم انه اراد المحلل وحينئذ تنفذ ، وقد لا يعلم انه اراد ايهما وهو عارف بالحلال والحرام وحينئذ تنفذ اما اذا لم يكن يعرف الحلال من الحرام ، واحتمل احتمالاً عقلياً انه اراد الحرام ، فالظاهر النفوذ ايضاً ، لان قوله عليه السلام: ضع امر اخيك على احسنه. شامل لمثل هذه الصورة ايضاً ، ولو كان لا يبالي بالحلال والحرام وكانت عنده زوجة واتخذ فاحشة ايضاً ، ويسميها زوجة لعدم المبالاة ، او اتخذ خمساً للجهل ، او عدم المبالاة بحرمة الزائد على الاربع ، او ما اشبه

ذلك، واوصى ان يعطى زوجاته كذا، فالظاهر اعطاء حتى المحرمة، اذ حرمة جعلها زوجة لا تسبب عدم شمول الوصية نعم ان اراد المحلل منتهن لم يكن للمحرمة نصيب .

قال في الشرائع [في مسألة مالو أوصى بعود من عيد انه وله عود حلال وعود حرام] : ولو لم يكن له عود الاعود للهو قيل تبطل، وقيل تصح وتزال عنه الصيغة المحرمة - انتهى .

وظاهره التوقف، وجه الاول انها وصية بغير المشروع فهي مثل الوصية بالخمر غير القابل للتخليل ، ووجه الثاني ان كونها على الصفة المحرمة لا يخرجها عن الملكية، والفرض عدم الوصية به مقيداً ببقائه على تلك الصفة حتى تكون الوصية به غير مشروعة، فاطلاق الوصية يشمله، وهذا هو الاقرب، وقد قواه الجواهر، واستثنى منه بقوله: نعم لو توقف زوالها على كسره المخرج له عن اسم العود اتجه البطلان حينئذ ، لعدم التمكن من انفاذها على وجهها ، لان ازالة الصفة المحرمة متوقفة على اخراج اسمه القاضي ببطلان الوصية به - انتهى .

وفيه: انه اذا كان لمكسوره فائدة لم يكن وجه للبطلان اذ بطلان بعض الوصية - كالصفة هنا - حال بطلان ذات بعض الوصية ، كما اذا أوصى بشاة و كلب هراش .

نعم ، اذا لم يكن لفاقد الوصف ، أي فائدة كان مقتضى القاعدة البطلان، ولا يخفى ان الفائدة أعم من انتفاع الموصي له به حالا ومالا ، كما اذا أوصى له بالسمك المحرم ، وقلنا بجواز بيعه ممن يستحل وأكل ثمنه، وكان هناك امكان البيع ، كما لم نستبعده في بيع سمك لافلس له ممن يستحله من العامة وفقاً لبعض الفقهاء المعاصرين، ويؤيده قوله عليه السلام: بيعا ممن يستحل .

ولو أوصى بالمحلل، لكن عرف ان الموصي له يصرفه في الحرام كالسلاح

يصرفه في قتل المؤمن، أو العنب يصرفه في الخمر، فالظاهر صحة الوصية، وإنما يحال بينه وبين الصرف في المحرام إن أمكن، والالم يسلم اليه، وإن كان ماله دفعاً للمنكر .

(مسألة - ٩ -) في بعض الوصايا المهمة :

قال في الشرائع: من أوصى بجزء من ماله ففيه روايتان، أشهرهما العشر، وفي رواية سبع الثلث .

أقول: فمن الروايات الدالة على الأول حسن إبان، عن أبي جعفر عليه السلام قال: الجزء واحد من عشرة، لأن العيال عشرة، والطيور أربعة. إشارة إلى قوله سبحانه: « فاجعل على كل جبل منهن جزءاً » .

وصحيح عبد الله ابن سنان ، على ما في الاستبصار والمختلف والدروس، [كذافي الجواهر] وهي مذكورة في الوسائل أيضاً إن امرأة أوصت الي، وقالت: ثلثي تقضي منه ديني وجزء منه لفلانة، فسألت عن ذلك ابن أبي ليلى، فقال: ما أرى لها شيئاً ما أدري ما الجزء، فسألت عنه أبا عبد الله عليه السلام بعد ذلك، وخبرته كيف قالت المرأة وما قال ابن أبي ليلى؟ فقال عليه السلام : كذب ابن أبي ليلى عشر الثلث ، إن الله عز وجل أمر إبراهيم عليه السلام ، فقال : « اجعل على كل جبل منهن جزءاً » وكانت العيال يومئذ عشرة ، فالجزء هو العشر من الشيء .

وخبر معاوية بن عمار، سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن رجل أوصى بجزء من ماله؟ قال : جزء من عشرة ، قال الله عز وجل: « فاجعل على كل جبل منهن جزءاً » .

وخبر عبد الصمد بن بشير ، عن جعفر بن محمد عليه السلام في حديث أنه سأل عن رجل أوصى بجزء ماله ؟ فقال : هذا في كتاب الله، إن الله يقول:

« اجعل على كل جبل منهن جزءاً » .

ومرسل ابن جعفر بن سليمان في حديث : ان رجلا مات واوصى اليه بمائة الف درهم ، وامره ان يعطي ابا حنيفة منها جزءاً ، فسأل عنه جعفر بن محمد عليه السلام و ابو حنيفة حاضر ، فقال له جعفر بن محمد عليه السلام : مات قول فيها يا ابا حنيفة ؟ فقال : الربع ، فقال عليه السلام : لابن ابي ليلى ؟ فقال : الربع ، فقال جعفر بن محمد عليه السلام : من اين قلتم الربع ؟ فقالوا : لقول الله تعالى : « فخذ اربعة من الطير » الى آخره ، فقال ابو عبد الله عليه السلام : من هذا قد علمت الطير اربعة ، فكم كانت الجبال انما الاجزاء للمجبال ليس للطير ، قالوا : ظننا انها اربعة فقال ابو عبد الله عليه السلام : لا ، ولكن الجبال عشرة . الى غير ذلك من الروايات التي توجد جملة اخرى منها في المستدرك وغيره .

والظاهر انه امر تعبدى علم الامام عليه السلام به من حكم الله تعالى ، وانما استدل بالاية اقناعاً لاعلة ، ولو كان ذلك الحكم التعبدى عبارة عن لزوم اخذ ما في القرآن الحكيم من باب البطون ، فان للمقرآن الى سبعين بطن ، فهو في التشريعات والتكوينات ، مثل الاشياء المتسلسلة في التكوينات ، مثلاً : شراب مربى التفاح من مرباه ، وهو من مائه وهو من التفاح ، وهو من زهره ، وهو من شجره ، وهو من التراب الذي يحلل ايضاً الى اجزاء يتكون منها التراب ، الى غير ذلك . ولعله اريد بالبطون في القرآن مثل ذلك ، والافال لازم كون الوصية تابعة لارتكاز الموصى ان كان له ارتكاز ، وان لم يكن فالمرجع الاطلاق الشامل في المقام لاقول العشر .

ومن ذلك يعلم ، ضعف تعليقات الجواهر وغيره ، مثل ضعف تعليل دعائم الاسلام .

فقد روي عن ابي عبد الله عليه السلام : ان رجلا من اصحابه قال له : ان امرأة

عندنا اوصت بثلثها، وقالت: يعطى منه جزء لفلان، وجزء لفلان، وابن ابى ليلى دفع ذلك اليه فأبطله، وقال: انما ذكرت شيئاً ولم تسمه، فقال له ابو عبد الله عليه السلام: لم يدر ابن ابى ليلى وجه الصواب، الجزء واحد من عشرة، يعنى صلوات الله عليه السلام ان الاجزاء كلها يتجزىء من عشرة، فمادونها يقال نصف وثلث وربيع كذلك الى العشرة، وليس كذلك فوقها.

اقول: اراد بذلك ان ماله اسم هو من النصف الى العشر، اما قل منه فليس له اسم خاص، بل يقال له جزء من احد عشر، وجزء من اثني عشر وهكذا، وانت تعرف ضعف هذا التعليل، اذ لا تلازم بين لفظ الجزء وبين كون ذلك الكسر له اسم خاص.

وكيف كان، فاذا علم ان ارتكاز الموصى غير ذلك قلة أو كثرة عمل بالارتكاز، لان ذلك هو الموصى به، ولادليل على ان الروايات تشمل حتى مثل هذه الصورة، فان العقود والوصايا والاقارير والايقاعات تتبع القصود فاذا علمنا ان الموصى يريد أكثر من العشر ولم نعلم هل هو النصف الى الثمن، مثلاً أعطى الثمن لانه متيقن وماعداه مشكوك ولو علم انه اراد جزءاً من العشرين الى جزء من أحد عشر، أعطى جزءاً من العشرين وهكذا ولو كان في دين آخر [الجزء] كسر غير العشر اتبع ذلك الدين، لقاعدة الزموم، ولا يخفى ان المراد بالعشر في الروايات العشر من كل التركة، لا العشر من الثلث، اللهم الا اذا ذكر الموصى اجزاء كثيرة فقال: (اعطوا محمداً وعلياً - الى ان عدد عشرين اسماً مثلاً، كل واحد جزءاً) أو الى ان عدد أربعة أسامي، فانه لا يعطي كل واحد جزءاً من عشرة لانه في الاول غير معقول.

وفي الثاني يكون أكثر من الثلث، وفي مثل ذلك يقسم الثلث على عشرين جزءاً في الاول فيكون لكل واحد، واحد من ستين جزء من التركة

وفي الثاني يعطى لكل واحد عشر باستثناء القدر الناقص أى ثلاثة اعشار وثلاث عشر - لانه بقدر الثلث الذى لاحق للموصى في اكثر منه ، وهكذا في سائر الامثلة والظاهر انه لافرق بين اللغة الفارسية و العربية في ذلك ، لان كليهما يعبران به - (الجزء) ثم فى قبال الروايات السابقة جملة من الروايات تقول بالسبع في مثل تلك الوصية كصحيح البزنطى سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله فقال واحد من سبعة ان الله يقول لها سبعة ابواب، وخبر اسماعيل بن همام الكندي ، عن الرضا عليه السلام فى الرجل أوصى بجزء من ماله فقال : الجزء من سبعة ان الله يقول : «لها سبعة أبواب» .

والمرسل الذى رواه المفيد ، عن أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل أوصى بجزء من ماله ولم يعينه فاختلف الوارث بعده فى ذلك ، ففضى عليهم باخراج السبع من ماله ، وتلى قوله تعالى : «لها سبعة أبواب» وكذا المرسل المروى عن فقه الرضا عليه السلام .

أقول : وهنا لطيفة وهى انه ربما علل كون الابواب سبعة لجهennem وثمانية للمجنة ، ان مراكز العصيان فى الانسان سبعة : العينان ، والاذنان ، واللسان ، واليدين ، والرجلان ، والبطن - حيث يأكل الحرام - والفرج ، وربما جعل الانف مكان البطن ، حيث ان الاكل الحرام ، و الكلام الحرام كليهما من الفم والشم فى الحج من المحرمات .

وعلى أى حال ، يضاف على تلك السبعة مورد ثامن للطاعة ، وهو التفكير فقدورد : فكرة ساعة خير من عبادة سبعين سنة بينما ان مفكر العصيان غير معاقب عليه الى غيرها من التوجيهات ، وهى وان كانت محتملة لكنها غير معلومة . وكيف كان ، فالقولان مشهوران بين الاصحاب ، وان كان السبع أشهر فتوى ، فبالنسبة الى السبع .

قال في مفتاح الكرامة : في الخلاف والغنية الاجماع على ذلك ، وفي كشف الرموز انه الاظهر بين الاصحاب ، وفي السرائر انه الاظهر في الاقوال والاختبار ، وفي المسالك انه مذهب الاكثر ، وفي المفاتيح انه أشهر .

أقول : ولذا قل في الجواهر : ان اشهر القولين فتوى السبع ، أما القول بال عشر ، فانه محكى عن الصدوقين والتهذيبين و النافع - كما في السرائر - والمختلف والايضاح والدروس والمعة والروضة وجامع المقاصد ، وفي مفتاح الكرامة : ان ظاهر ايضاح النافع انه اجماع ، حيث قال : قطعاً ، الى غيرهم .

نعم ، توقف في المسألة بين القولين محكى المبسوط والمهذب البارع والمقتصر والمفاتيح ، والاقرب قول المشهور لقوله عليه السلام : خذ بما اشتهر بين أصحابك ، فانه وان لم يكن الطرف الاخر شاذاً نادراً ، الا انه لما كان المشهور المعيار كان طرفه غير معيار ، اذ يدور الامر بين كون [الشاذ] عدمه معياراً أو كون [المشهور] وجوده معياراً لكن حيث انصب الكلام على المشهور كما هو الظاهر من كل كلام متقدم على كلام متأخر كان اللازم أن نقول بالاول أما ترجيح الجواهر قول العشر بوجه اعتبارى فلا يخفى ما فيه فراجع .

وان شئت قلت : ان المقام من أظهر مصاديق تعارض الروايات ولا جمع دلالي بينهما فاللازم الرجوع الى المرجحات الخارجية ، أما جمع الصدوق بينهما بأنه قد جرت العادة في السابق لاصحاب الاموال بتجزئة المال تارة عشرة واخرى سبعة فينصرف الجزء حينئذ على حسب ما وقع من التجزئة ، وقال ايضاً : ان حمل الجزء على العشر والسبع انما يصح اذا كانت الوصية من العارف باللغة دون غيره من جمهور الناس ، فانه لا تصح الوصية منه بذلك حتى يبينه - انتهى فم منظور فيه ، كما ان حمل الشيخ روايات السبع انه للوارث بعد رجحان العشر فتوى

كأنه لصرف الجمع ، والا فظاهر كل طائفة تنافى الطائفة الاخرى ، وليس المقام ، مثل ما لو قال المولى : اعط الفقير الفلانى عشرة وقال مرة اخرى - لنفس الموضوع - اعطه سبعة ، حيث يفهم العرف كفاية سبعة وان جاز العشرة .

وكيف كان ، فقد ورد في خبر الحسين بن خالد قال : سألته عن رجل أوصى بجزء من ماله ، قال : سبع ثلثه ، ولم نجد عاملاً به ، وقد احتمل بعضهم ان مراد السائل انه اذا وصى بجزء من الثلث ، ويؤيده انه ورد مثله في العشر .
فقد روى ابن سنان ، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام ، عن امرأة أوصت بثلثها يقضى به دين ابن اخيها وجزء منه لفلانة وفلانة فلم أعرف ذلك فقدمنا الى ابن ابي ليلى ؟ فقال : ليس لهما شيء ، فقال عليه السلام : كذب والله لهما العشر من الثلث .

ثم ، انه ان قال الموصى : جزء لفلان و فلان ، فان فهم منه لكل واحد جزء ، قسم السبع بينهما ، وان فهم ان لكل جزءاً أعطى كل واحد منهما سبعة .
(مسألة - ١٠ -) لو أوصى بسهم من ماله ، كان اللازم اعطائه الثمن على ما هو مذهب الاكثر ، كما عن التذكرة والمختلف وجامع المقاصد وعن المسالك وملاذ الاخبار والكفاية انه المشهور ، وعن الرياض ان عليه عامة من تأخرو عن السرائر انه المعمول عليه ، وعن ايضاح النافع الاجماع عليه ، خلافاً لمن قال انه واحد من ستة وهو المنسوب الى والد الصدوق و المقنع و المبسوط و الخلاف والغنية ، بل عن الاخيرين الاجماع عليه - كذا نقله مفتاح الكرامة .
وقال في الجواهر : ان الثمن هو قول الاكثر ، بل المشهور ، ويدل عليه صحيح البنظري انه سأل أبا الحسن عليه السلام ، عن رجل أوصى بسهم من ماله ؟ فقال : السهم واحد من ثمانية ثم قرأ عليه السلام : «انما الصدقات»

الاية .

وكذا في حسن صفوان وموثق السكوني ، وعن المفيد في ارشاده انه
نسبه الى قضاء أمير المؤمنين عليه السلام: في رجل أوصى عند موته بسهم ولم
يبينه فاحتمل الورثة في معناه ففضى عليهم بذلك، وتلى الاية .

وروي العياشي في تفسيره استدلال الامام الرضا عليه السلام بالاية، ثم قال
عليه السلام : ان السهم واحد من ثمانية . الى غيرها .

أما من قال بالسة ، فقد استدلل له بجملته من الروايات :

مثل ما رواه الصدوق قال : روي ان السهم واحد من ستة ، ثم قال: متى
أوصى بسهم من سهام الموارث كان واحداً من ستة و من أوصى بسهم من
سهام الزكاة كان واحداً من ثمانية ويمضى الوصية على ما يظهر من مراد الموصى .
أقول: الظاهر انه أراد ان الارث اصوله ربع وثلث ونصفهما وضعفهما
كما ذكروا .

وقال في معاني الاخبار: روي ان السهم واحد من ستة ، وذلك حسب ما
يفهم من مراد الموصى على حسب ما يعلم من سهام ماله، لكن في الوسائل بعد
نقل ذلك عن المعاني قال: هذا محمول على التقيية .

و عن دعائم الاسلام - كما في المستدرک - عن أبي عبد الله عليه السلام
انه قال : في رجل أوصى لرجل بسهم من ثلثه ؟ قال : يعطى سدسه ، لان السهم
من ستة .

وعن الرضوي عليه السلام قال: فان أوصى بسهم من ماله فهو سهم من ستة
أسهم، وعن الصدوق في المقنع والهداية مثله .

ولعل وجه حمل الوسائل الرواية على التقيية ما نقل عن ابن قدامه في المغنى
أرسل عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، ان رجلاً أوصى لرجل بسهم من المال

فأعطاه النبي صلى الله عليه وآله وسلم السدس .

وكيف كان، فالعمل على المشهور والاجماع المدعى على خلافه ممنوع
ولذا قال الجواهر: انه مظنة العكس .

وكيف كان، فما في خبر طلحة بن زيد، عن أنى عبد الله عليه السلام، عن
أبيه قال: من أوصى بسهم من ماله فهو سهم من عشرة، لاعامل به . ولعله حصل
الوهم للراوي بين الجزء والسهم، ففسر الاول بالثاني من غير ملاحظة الفرق
بينهما في الروايات، وان لم يكن فرق بينهما لغة أو عرفاً .

ثم ان الجزء اذا كان من سبعة والسهم من ثمانية وشك انه قال: الجزء أو
السهم، أو قال: بلغة اخرى يكون معناه أي منهما، فهل اللازم اعطائه الاقل للاصل
أو الاكثر للاحتياط، أو القرعة لانه لكل امر مشكل؟ أو جريان قاعدة العدل
في التفاوت؟ احتمالات، وان كان لا يبعد الاول، اما القاعدة فلمما ذكرناه
مكرراً من انه القاعدة في الماليات، فتأمل .

(مسألة - ١١ -) قال في الجواهر مارجاً مع الشرائع: لو كان قد أوصى
بشيء كان سدساً بلا خلاف معتد به أجده فيه، بل الظاهر انه اتفاقي كما في
المسالك، بل ظاهر التذكرة وايضاح النافع الاجماع عليه .

وقال في مفتاح الكرامة: بعد أن حكى الاجماع على السدس من الخلاف
والغنية والمسالك والمفاتيح وظاهر التذكرة وايضاح النافع، كأنهم لم يظفروا
بما في المقنع من انه واحد من عشرة، أو لم يعباؤا به لندرتة .

وكيف كان، فيدل عليه خبر أبان، عن علي بن الحسين عليه السلام، انه
سأل عن رجل أوصى بشيء من ماله؟ فقال عليه السلام: الشيء في كتاب علي
عليه السلام واحد من ستة .

أما ما عن المقنعة من الاستدلال عليه بقوله تعالى: «ولقد خلقنا الانسان

من طين» الآية - فخلق الانسان من ستة أشياء، فكانه أراد التأييد لا الاستدلال.
وعن فقه الرضا عليه السلام، وكذلك اذا أوصى بشيء من ماله غير معلوم
فهى واحد من ستة .

وعن الصدوق في الهداية - وهى متون الاخبار - كذلك .

ثم انه لو أوصى بما جمع لفظين : مثل سهم من جزء ، أو بالعكس أو ما
أشبهه، ففي الجواهر في جريان الحكم فيه وجهان .

أقول : لا يبعد التكسير ، كما في جزء الثلث حيث يكسر الثلث لاكل
التركة ، ولو قال: أعطوه جزءاً وسهماً و شيئاً أعطى الكل أي أربعاً وعشرين
وثلاثاً من ستة وخمسين ، اذا أجاز الوارث والا أعطى الثلث فقط .

ثم انه قال في القواعد : وما عدا ذلك يرجع الى تعيين الوارث فيقبل، و
ان قل كفوله أعطوه حظاً من مالى، أو نصيباً أو قسطاً أو قليلاً أو جزئياً أو يسيراً
أو عظيماً .

قال فى مفاتيح الكرامة : لا أجد فيه خلافاً ولا تردداً، وان قل من تعرض له.
أقول : و ذلك للاطلاق المحمول على أي فرد صدق عليه ذلك اللفظ ،
والظاهر انه لا يرجع الى القرآن الحكيم فى ذلك ، وان كان فيه شبهة مثل ما
اذا أوصى أن يعطى ضغشاً ، حيث فسر فى القرآن بمساء عودة وهكذا ، اذ لا
دليل على ذلك والمناط غير مقطوع به .

(مسألة - ١٢ -) لو أوصى بصرف ماله فى وجوه من الخير فمضى الوصى

وجهاً، أو وصلت الوصاية الى من لم يعلم بوجهه، وان لم ينس، جعله فى وجوه
البر كما هو المشهور، ونسبه الى المشهور ايضاح النافع والمسالك والمفاتيح
والى الاكثر الكفاية، وعليه الفتوى كما عن التنقيح وبلا خلاف الامن الحلى
تبعاً للطوسى فى بعض فتاواه، كما عن الرياض، خلافاً لماعن السرائر وحائريات

الشيخ وكشف الرموز، حيث قالوا بأنه بصير ميراثاً، ولا ترجيح لاحد المذهبين في التحرير وغاية المراد والمهذب البارع - على ما حكى عن بعضهم - لكن في مفتاح الكرامة ان المذهب لم يوضع على الترجيح .
وكيف كان ، فالاقرب قول المشهور لجملة من الروايات .

مثل ما رواه المشايخ الثلاثة ، عن محمد بن الريان قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام ، أسأله عن انسان أوصى بوصيته فلم يحفظ الوصى الاباً واحداً منها كيف يصنع ؟ في الباقي فوق الابواب الباقية اجعلها في البر .

ومثلها رواية الصدوق في المقنع فانه متمون الروايات على ما ذكروا وقد ايد ذلك في مفتاح الكرامة والجواهر وغيرهما بماورد في المنذور للكعبة انه يصرف الى زوارها ، حيث يتبين ان المصرف هو ارتكاز الناظر لعين ما ذكر ، وفي من أوصى ان يحج عنه بمال لا يفي به انه يصرف في البر ويتصدق به ، وكذلك في الوقف اذا جهل الموقوف عليه ، مما يظهر منه ان الشارع اعتبر ما يعتبره العرف من كون هذه المقامات من باب تعدد المطلوب ، فان تعذر المطلوب الاشد رجع الى المطلوب الاخف ، بل لو لم يكن دليل شرعي لم يستبعد القول بذلك من باب انه عرفي لم يردع الشارع عنه .

أما سائر الوجوه التي ذكرها الكتابان فانها ترجع الى الوجهين الاولين من الروايات والارتكاز ، لكن لا يخفى ان المصرف في وجوه البر في الجملة ، اذ هناك صور :

الاولى : ان ينسى الوجه مطلقاً مع عدم العلم بالتقييد ، وهذا كما ذكروا .
الثانية : العلم بالتقييد بأن الموصى لا يريد الا الوجه الذي ذكره بالنصريح أو بالقرائن القطعية ، والامر حينئذ يرجع ميراثاً ، اذ لا ارتكاز ، والرواية منصرفة عن مثله .

الثالثة: ان لا يكون تقييد، وقد ذكر الوصى الوصية على نحو العلم الاجمالي كما لو تذكر انه أوصى لاحد علماء البلد ، ولكنه نسي انه ذكر من منهم ، فانه لا يصرف في مثل المسجد ، وانما المرجح القرعة أوقاعدة العدل .

الرابعة : ان يعلم الموصى به على سبيل الاجمال - بدون العلم الاجمالي - بأن يعلم انه كان من قبيل البناء لامن قبيل سائر وجوه البر ، لكنه لا يعلم هل كان بناء حسينية ، أوداريتيم ، أو مدرسة أو ما أشبه ؟ وفي هذه الصورة يصرفه في ذلك القبيل لافى كل وجوه البر .

أما القول الاخر ، فقد استدلل له ببطلان الوصية لتعذر القيام بهما ، وفيه : انه لا وجه للبطلان بعد النص والارتكاز ومناط النظائر .

ومما تقدم ظهر ، ان الأمر كذلك في الصرف في الوجوه فيما اذا حيل بين الوصى وبين الصرف في الوجه المعين ، وان علمه ، كما اذا هدم الظالم ذلك المسجد الذي اوصى له او ذهب به السيل وصار مستنقعا او ما شبه من وجوه التعذر . ثم انه انما يصرفه في سائر الوجوه مع النسيان ونحوه اذا فحص ولم يجد اوتروى وانتظر في محتمل الكشف ، او محتمل الامكان في صورة التعذر فعلا ، لان ذلك مقتضى وجوب العمل بالوصية بالاضافة الى ما ذكرناه غير مرة من لزوم الفحص في الشبهات الموضوعية ، ومثل النسيان والتعذر عقلا التعذر شرعاً ، كما اذا اوصى باعطاء قرآن الى فلان فارتد ، حيث لا يمكن شرعاً تسليمه القرآن أو اوصى بأن يبني مراحيض في ساحة موات فجعلها انسان مسجداً ، الى غير ذلك .

ثم لافرق في وجوه البر بين الوجوه الباقية أو الزائلة ، مثل الاطعام به أو وقفه مسجداً لاطلاق الدليل السابق ، نعم ذلك اذا لم يكن يتذكر انه اراده باقياً من مسجد أو مدرسة أو حسينية مثلاً ، والادخل في العلم اجمالاً ، أو العلم

الاجمالي .

(مسألة ١٣-) قال في القواعد : لو أوصى له بسفينة أو صندوق أو جراب

دخل المظروف .

أقول: وذكر بعضهم الكيس والوعاء ، وهذا هو المشهور ، كما عن الكفاية وعن المسالك انه مشهور بين المتقدمين والمتأخرين ، وعن المقتصر ان عمل الاصحاب على رواية أبي جميلة ، وعن التذكرة نسبه الى علمائنا ، وفي الجواهر عن ايضاح النافع الاجماع عليه ، ويدل على ذلك بالاضافة الى انصراف الوصية الى الاعم من الظرف والمظروف في الاشياء الجزئية غالباً جملة من الروايات .

مثل رواية أبي جميلة المفضل بن صالح قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام ، أسأله عن رجل أوصى لرجل بسيف ، فقال : الورثة انما لك الحديد وليس لك الحلية ؟ فكتب الي : السيف له وحليته .

أقول : - هذا بناءً على شمول الحلية للمقرب-

وخبره الآخر سألت الرضا عليه السلام ، عن رجل أوصى لرجل بسيف وكان في جفن وعليه حلية ، فقال الورثة : انما لك النصل وليس لك المال ؟ فقال لابل السيف بما فيه له ، قال : فقلت : رجل أوصى بصندوق وكان فيه مال ، فقال الورثة : انما لك الصندوق وليس لك المال ؟ فقال عليه السلام : الصندوق بما فيه له .

وخبر عقبة سألت أبا عبد الله عليه السلام ، عن رجل أوصى لرجل بصندوق وكان في الصندوق مال ، فقال الورثة : انما لك الصندوق وليس لك ما فيه ؟ فقال عليه السلام : الصندوق بما فيه له .

وخبره الآخر عنه عليه السلام ، أيضاً قال : سألته عن رجل قال : هذه السفينة لفلان ولم يسم ما فيها وفيها طعام اعطيها الرجل وما فيها ؟ فقال عليه السلام :

هي للذي اوصى له بها الا ان يكون صاحبها متهماً وليس للمورثة شيء .
فان هذه الرواية ، وان كانت خارجة عن باب الوصية لانها من باب الاقرار
بقريئة [الا ان يكون متهماً] حيث قد تقدم الكلام في صحة الاقرار اذا كان المقر
متهماً ، الا ان لها دلالة على ان ما في السفينة لمن له السفينة ، ولو ان الدلالة بسبب
جواب الامام بالاطلاق عن سؤال [وفيها طعام] .

اما قول الامام عليه السلام : هي للذي اوصى له بها فلا دلالة فيها على الوصية
اذ هي تعبير آخر عن الاقرار في حال الموت لانه ايضاً نوع وصية .

نعم ، هذه الرواية رواها الصدوق (كما في الوسائل) بهذا اللفظ [الا ان
يكون صاحبها استثنى مما فيها] ومع الغض عن [مما] مكان [ما] تكون الدلالة
على الوصية أقوى .

ومثل الروايات المتقدمة مارواه الصدوق في الهداية ، عن الصادق عليه
السلام ، انه سأل عن رجل اوصى لرجل بسيف كان في جفنه وكان عليه حلية
فقال له الورثة : انما لك النصل ؟ فقال : السيف بما فيه له .

وروى فيها ايضاً عنه عليه السلام ، انه سأل عن رجل اوصى لرجل بصندوق
فيه مال فقال : الصندوق بما فيه له .

وفي الرضوى عليه السلام واذا اوصى رجل لرجل بصندوق أو سفينة وكان
في الصندوق أو السفينة متاع أو غيره فهو مع ما فيه لمن اوصى الا ان يكون قد
استثنى ما فيه - وهذا يؤيد نسخة الصدوق في الاستثناء - .

وروى الصدوق في الهداية ايضاً ، عن الصادق عليه السلام ، انه سأل عن
رجل قال هذه السفينة لفلان ولم يسم ما فيها وفيها طعام؟ قال هي للذي اوصى له بها
وبما فيها الا ان يكون صاحبها استثنى ما فيها ، وليس للمورثة فيها شيء - هذه
الروايات رواها المستدرك - .

وكيف كان ، فقد ظهر من هذه الروايات والشهرة المحققة وكون ذلك مقضى القاعدة لانصراف الوصية ، اذا لم يمكن انصراف مصاد - كما اذا كان في السفينة او الصندوق اموال كثيرة ، لا يوصى بمثلها لمثل الموصى له غالباً . ان قول المختلف وفخر المحققين وأبي العباس وغيرهم لعدم دخول الجفن والحلية في الوصية بالسيف ، وقول الدروس وجامع المقاصد والكفاية وغيرهم بعدم دخول ما في السفينة في الوصية بها .. محل نظر .

أما ما حكى عن الكفاية - كما في مفتاح الكرامة - من ان عدم الدخول في الجميع هو المشهور فلم يظهر وجهه .

ثم ان من الواضح ، انه انما يدخل المذكورات في الوصايا المذكورة اذا لم يكن المجموع زائداً على الثلث ، أو اجاز الورثة ، والا كان اللازم بطلان الوصية بالنسبة الى الزائد عنه والظاهر انه لا فرق في البطلان بين ما ذكر في الوصية وبين تلك التوابع ، لان البطلان يكون في التوابع فحسب ، فلا فرق بين ان يقول : السيف وجفنه ، أو ان يقول : السيف وذلك لان كليهما مدلول الكلام فاحتمال الصحة في كل السيف و البطلان في كل الجفن ، أو الزائد منه من الثلث غير وجهه .

(مسألة - ١٤) قال في الشرائع : ولو أوصى باخراج بعض ولده من تركته لم يصح ، وهل يلغوا اللفظ فيه تردد بين البطلان وبين اجرائه مجرى من اوصى بجميع ماله لمن عدا الولد فيمضى في الثلث ويكون للمخرج نصيبه من الباقي بموجب الفريضة والوجه الاول ، وفيه رواية بوجه آخر مهجورة - انتهى .

أقول : الاول عليه الاكثر ، كما عن المسالك والكفاية أو المشهور ، كما عن المختلف والايضاح والمهذب البارع أو المشهور شهرة عظيمة كادت تكون

اجماعاً كما فى الجواهر أو انه الذى عليه الاصحاب - المشعر بالاجماع - كما عن المقتصر خلافاً لمن يأتى ممن عملوا برواية السرى .
 وأما الثانى : بأنه وصية باخراجه من الثلث فيكون الثلث لباقى الورثة فهو المحكى عن المختلف ، و عن الخراساني انه استظهره ، وتبعهما صاحب الجواهر .
 أما الاول : فهو مستند الى الكتاب والسنة والاجماع المتقدم لانه من الجنف فى الوصية .

وعن محمد بن قيس ، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال : قضى امير المؤمنين عليه السلام فى رجل توفى و اوصى بماله كله أو اكثره ؟ فقال عليه السلام : له الوصية ترد الى المعروف غير المنكر ، فمن ظلم نفسه وأتى فى الوصية المنكر والحييف فانها ترد الى المعروف ويترك لاهل الميراث ميراثهم .
 وعن مسعدة بن صدقة ، عن جعفر بن محمد عليه السلام ، عن أبيه قال : من عدل فى وصيته كان كمن تصدق بها فى حياته ، ومن جارفى وصيته لقي الله عز وجل يوم القيامة وهو عنه معرض .

وعنه ، عن أبيه عليهما السلام ، قال علي عليه السلام : الحيف فى الوصية من الكبائر وفى رواية اخرى : الضرر فى الوصية من الكبائر .
 وعن السكونى ، عن جعفر ، عن أبيه عليهما السلام ، قال : قال علي عليه السلام ما ابالى اضررت بولدى أو سرقتهم ذلك المال .
 وفى رواية ابن المغيرة مثله ، الا انه قال : اضررت بورثتي . الى غيرها من الروايات .

بل فى الصحيح ، عن رجل كان له ولد يدهيه ثم اخرجه عن الميراث ، وانا وصيه فكيف اصنع ؟ فقال عليه السلام : لزم الولد لاقراره بالمشهد ولا يدفعه

الوصى عن شيء علمه .

والاية وهذه الروايات بضميمة مانقدم وغيره تسدل على المنع عن مطلق اخراج الموصى ورثته ، وان لم يكونوا اولاداً .

وأما الثاني : فقد عرفت ان جماعة قالوا : ان الوصية تلغوا حتى يكون وجودها كعدمها ، خلافاً لمن قال بصحتها بالنسبة الى الثلث ، استدلالاً الاول بان الاخراج من الثلث اعم من الوصية بالمال لباقي الورثة ، فانه وان رجعت الحصص اليهم لكن ليس ذلك وصية لهم ، واذ لم يشمله دليل الوصية كان لغواً . وفيه : ما ذكره الجواهر قال : ان الوصية بالاخراج وان لم تكن وصية بالباقي للباقي ، لكنها نفسها وصية ضرورة عدم الفرق فيها بين الامر والنهي والاعطاء وعدمه في نفوذ جميع ما اوصى به من الثلث ، فهو كما لو صرح باخراجه من الثلث ، فانه لا اشكال في اختصاص غيره من الورثة به لا الوصية به لهم ، بل لاخراج الولد مثلاً منه فيبقى ارثاً لغيره ولا يعتبر في الوصية قصد الوصية ، كما لا يعتبر فيها سوى العهد بما اراده ، والشارع لم يقطع سلطنته عن الثلث بل ابقاها فهو مسلط عليه دفعاً ومنعاً ، فاذا اخرج بعض الورثة عن المال كله نفذ في مقدار الثلث الذي له تسلط عليه ولم ينفذ في غيره ، كما لو اعطى المال كله لبعضهم فانه ينفذ بمقدار الثلث دون غيره - انتهى .

فاذا قال : لاتعطوا ابني زيداً ارثاً ، وكان له ثلاثة اولاد وله تسعة دنانير لزم اعطاء زيد دينارين ، واعطاء كل ولد آخر ثلاثة دنانير ونصفاً ، حيث ان الوصية اقتضت حرمانه من الثلث الذي للموصى حق فيه ، لامن الثلثين الذي ليس للموصى حق التصرف فيه فهو بوصيته وفر للدين الاخرين ديناراً يقسم بينهما .

ولو قال في المثل : لاتعطوا لاحد من اولادى شيئاً بل اعطوا ارثى لفلان اعطى فلان ثلثه واعطى كل ولد دينارين .
ولو قال فى المثل لاتعطوا لولدين من اولادى زيد وعمر وشيئاً كان لكل،
منهما ديناران وخمسة دنانير لولده الثالث الذى لم يستمته .

ولو قال : اعطوا كل مالى لزوجتى اضيف الى حصتها ثلث اموال الميت
واللازم اعطائها قدر الثلث من ارض الميت ونقده بالنسبة اى لا يعطى لها كل الثلث
من الارض، ولا كل الثلث من النقد ، اذ لوجه لاحد الامرين بل اللازم اعطائها
الثلث من النقد والارض بالنسبة فاذا كان كل واحد منهما قدر نصف مال الميت
اعطيت ثلث الارض وثلث المقد بالاضافة الى ارثها ربعاً او ثمنياً وهكذا واعطى
الباقى الذى يبقى بعد الثلث وحصتها الارثية ، لسائر الورثة ومن الواضح انه
لا يلاحظ كون الزوجة لاثرت من الارض اذ اخذها من الارض حينئذ انما هو
بالوصية لا بالارث .

ومنه يعلم، انه لو قل له احد اولاده فقال قبل موته : اعطوه كل ارثى، اعطى
الثلث، فانه ليس ارثاً حتى يقال: ان القاتل لا يرث، بل وصية ، وهي تنفذ بالنسبة
الى القاتل وغيره .

وأما الرواية التي أشار اليها المحقق، فهي رواية علي بن السري التي عمل
بها الصدوقان وجعلها الشيخ قضية في واقعة [والمراد بها انها بملاحظة أمر خارجي
ولانعلم ما هو سبب الحكم بذلك ، فلا يمكن ان يؤخذ بها لقاعدة كلية، اذ الاصل
في الروايات أخذها قاعدة كلية، أما اذا لم يمكن الأخذ بها كذلك لزم ان يحتمل
جهة خرجية، حتى لاتطرح، فان الطرح ينافي الروايات التي تدل على عدم طرح
الروايات، بل ردها اليهم عليهم السلام والتسليم لهم، وكيف كان، مثلاً يقال :
انه عليه السلام انما حرم الولد المذكور من الارث لانه علم انه ليس بولد الميت

بعلم الغيب أو ما أشبه ذلك] .

قال الراوي : قلت لابي الحسن موسى عليه السلام ، ان علي بن السري توفي فأوصى الي وان ابنه جعفرأ وقع على امولد له فأمرني بأن اخرجه عن الميراث؟ قال: فمال عليه السلام: اخرجه، وان كنت صادفأ فيصيبه خبل: قال : فرجعت فقدمني الى أبي يوسف القاضي - فقال له : أصلحك الله انا جعفر بن علي السري، وهذا وصي أبي فمره فليدفع الي ميراثي من أبي؟ فقال لي أبو يوسف القاضي: ماتقول؟ فقلت : نعم، هذا جعفر بن علي السري، وانا وصي علي بن السري؟ قال: فأدفع اليه ماله، فقلت: اريد ان اكلمك فأذن لي فدنوت ، حيث لا يسمع أحد كلامي، فقلت: هذا وقع على امولد لابيه فأمرني أبوه وأوصى الي ان اخرجه من الميراث، ولاأورثه شيئاً فأنت موسى بن جعفر عليه السلام بالمدينة فاخبرته وسألته فأمرني ان اخرجه من الميراث ولاأورثه شيئاً، فقال: الله ان أبا الحسن أمرك؟ قلت: نعم، فاستحلفني ثلاثاً، ثم قال لي: انفذ ما أمرك أبو الحسن به فالقول قوله .

قال في الجواهر: ظاهر الصدوقين ذلك ، لكن في الولد الذي قدأحدث الحدث المزبور دون غيره، وحينئذ يكون عدم النفوذ في ماعداه مجمعاً عليه ، بل لعله كذلك فيه أيضاً لعدم قرح خلاف مثلهما فيه - انتهى .

ثم لوقيل به هل يتعدى الى الحفيد و الجد، والى الفاحشة بالام، أو بزوجة الاب؟ احتمالان، لكن لما كانت الرواية مهجورة واحتمل فيها انها قضية في واقعة ولو من جهة ولاية الامام عليه السلام، من باب عقوبة المنكر أو ما أشبه ذلك، لم يكن للبحث في خصوصياته مزيد فائدة .

ثم الظاهر انه لوقال : لانعطوا ولدي الاكبر شيئاً من ميراثي ، لم يعط من الحبوة ،لانه كالوصية باعطاء الحبوة لغيره ، وتكون بين سائر الورثة لا لاكبر

الاولاد بعده، اذ لا دليل على انه لاحق في الوصية بالمحبوبة فالاصل صحتها ، كما لا دليل على اعطائها أكبر الاولاد بعد الولد الا كبر اذا كان فيه محذور، واذا اوصى الكافر بعدم اعطاء بعض ورثته، فان صح ذلك في مذهبهم عملنا بوصيته من باب الزموم ، وان كان لا يبعد التخيير بالعمل بالنسبة الى ذلك بديننا أو بدينهم من باب الجمع بين قاعدة الالزام، وقوله سبحانه : «ان احكم بينهم بما اراك الله» كما ذكرناه في [كتاب القضاء] وغيره .

(مسألة - ١٥ -) لو اوصى بلفظ مجمل غير مفسر في الشرع فالاجمال على

ثلاثة أقسام :

الاول: المجمل المبين بين محصور ، كما اذا قال: اعطوه غلامى زيداً وله غلامان كل واحد اسمه زيد .

الثانى: المجمل المبين بين الاقل والاكثر، كما اذا قال: اعطوه بعض مالى حيث انه يشمل ديناراً كما يشمل ألف دينار - مثلاً - .

الثالث: المجمل الموغل في الابهام، مثل: ليكن عبرى فى المحل الذى استجيب فيه دعائى، حيث طلبت الولد ولم يعلم انه أى مكان كان .

أما الاول : فالظاهر ان كان تساوى بينهما عين بالقرعة لانها لكل امر مشكل، او عمل بقاعدة العدل وان لم يكن تساوى ففيه احتمالان القرعة وقاعدة العدل فى الزائد على اقلهما قيمة، مثلاً : كان احدهما يسوى مائة، والاخر يسوى مائتين، فانه يعطى الاقل وخمسون ، او الاكثر ويسترد خمسون لان الاقل متيقن، والاكثر مردد بينهما ، وفى المالىات تجرى قاعدة العدل ، كما ذكرناه غير مرة .

ولو قال كل واحد من الوارث والموصى له بأنه يريد اقلهما قيمة مع خمسين كان مجال القرعة .

واما الثانى: فقد قال الشرائع: ولو اوصى بلفظ مجمل لم يفسره الشرع رجوع

فى تفسيره الى الوارث كقوله: اعطوه حظاً من مالى، او قسماً، او نصيباً، او قليلاً او يسيراً، او جليلاً، او جزيلاً .

وفى الجواهر: بلاخلاف اجده بين من تعرض له، واستدل له بان الوارث هو المرجع فى تعيين مصاديقها المندرجة فيما اراده الموصى بحسب ظاهر اللفظ .

اقول: مرادهم انه اراد مفهوم اللفظ الصادق على القليل والكثير، وحيث ان الوارث هو مأمور بالتنفيذ والموصى او كله الى الوارث كان المعتبر فيه تقديره كما اذا او كل السيد عبده بأن يعطى الفقير شيئاً، فان الشيء وان كان يشمل الدرهم الى الدينار الا ان العبد لما كان موكلاً بالتنفيذ، وقد او كله السيد حسب نظره كان له ان يعطى درهماً، او درهمين الى عشرة دراهم قيمة الدينار، والاذا لم يكن كذلك بأن اراد الموصى ظاهر اللفظ، وكان ظاهر اللفظ عند العرف شيئاً، وعند الوارث شيئاً آخر، ولم يعلم ان المورث اراد الظاهر عند الوارث كان مقتضى القاعدة كون المعيار نظر العرف، لان معانى الالفاظ، سواء فى كلام الشارع او غيره يؤخذ من العرف على ما هو سيرة العقلاء الا اذا علم عدم ارادة المفهوم العرفي .

لا يقال: ان امره الوارث قرينة على ايكاله الى فهمه لفهم العرف .

لانه يقال: الايكال فى التنفيذ لافى فهم مخالف لفهم العرف .

لا يقال: اذا كان له مفهوم عند العرف لم يكن مجملاً وكلام الفقهاء فى

المجمل .

لانه يقال: مرادهم بالمجمل اللفظ القابل للانطباق على متعدد، كما فى مثال الدرهم والدينار، وذلك قد يكون قابل الانطباق على اشياء حسب فهم العرف وقابل الانطباق على اشياء آخر حسب فهم الوارث، مثلاً اذا قال: اعطوه قليلاً،

والعرف يرى انه من الدرهم الى الدينار، اما الوارث فهو يرى انه من الفلوس الى الدرهم - والدرهم خمسون فلساً مثلاً - فقدم نظر العرف على نظر الوارث ، لما عرفت .

ولا يخفى اختلاف الزمان والمكان والموصي والموصى اليه والموصى به في سببية ان يفهم العرف هكذا، أو هكذا، مثلاً: من عاداته اعطاء الفقراء بين الدرهم والدينار، اذا أوصى بان يعطوا كل فقير اتى باب داره، الى سنة من موته ، مثلاً : شيئاً يفهم العرف انه بين الدينار والدرهم، ومن عاداته اعطائهم بين الفلوس والدرهم حملت وصيته على ما بينهما في الفهم العرفي ، وكذا بالنسبة الى ما أوصى ان يعطوا المرجع الاعلى شيئاً ، فانه بين مائة دينار والالف بينما مالو اوصى بأن يعطوا المستكفف فانه بين الدينار والعشرة، وهكذا في سائر الخصوصيات .

والحاصل: ان للقرائن دخلاً في تحديد المعجل بين اطراف محتمله، ومثله غيره، مثلاً: اذا كانت له حديقة حيوان فأوصى ان يعطى احد حيواناته لولده الصغير لم يفهم منه، مثل الفيل والزرافة، بل مثل الهرة والصمخة، اما اذا اوصى باعطائه لشيوخ القبيلة فهم منه امثال الفيل والفرس ، الى غير ذلك من الامثلة ، ولو صار اللفظ مجملاً من جهة جهل الوارث ، لامن جهة اجمال نفس اللفظ ، مثلاً: لم يعلم هل ان مورثهم عراقي يصطالح الزنجور في الوصية على خلية النحل او سوري يصطلحه على الزوجة فالمجال هنا للقرعة فتأمل .

اما الثالث: وهو الموغل في الأبهام، فان كانت هناك محتملات عين المراد بالقرعة، وان لم يعلم حتى المحتملات سقطت الوصية في مثل المثال السابق وصرف في وجه الخير الخاص فيما اذا أوصى بأن يعطى لفقراء المحل الذي استجيب فيه دعائه مائة دينار ، مثلاً: ار الخير العام فيما اذا أوصى في ان يصرف المبلغ في تعميم ذلك المكان ، مثلاً : اللهم الا اذا كان ارتكازبانه اذا لم يعمر

هناك كان يريد الاقرب اى تعمير فى مكان آخر فيكون مثل الخاص ، ثم ان المسالك قال : ولو تعذر الرجوع الى الوارث لغيبه او امتناع او صغر .

[اقول: اوموت او جنون او نحو ذلك] اعطى اقل ما يصدق عليه الاسم لانه المتيقن، وكأنه اراد ان اخراج المال من كيس الورثة خلاف الاصل فيما يتيقن خروجه كان خارجاً ومالم يتيقن يبقى داخلاً، لكن الجواهر اشكل عليه بانه لم لا يكون التخيير للمحاكم ، او عدول المسلمين في المصاديق، اللهم الا ان يقال: ان المخاطب بالتنفيذ اولا وبالذات الوارث فالخطاب في الحقيقة له ، ولكن ناب غيره للمتعدر فيقتصر على المتيقن مما يعينه المنوب عنه لو كان قد باشر التعيين - انتهى .

أقول: حيث ارتكار الموصي الاعطاء الدائر بين الدرهم والدينار، ويريد ان يعطي وارثه ذلك لتعدد المطلوب كان للمحاكم ونحوه نفس ما كان للوارث من التخيير للارتكاز، ولا مجال للاخذ بالقدر المتيقن فانه لا مجال للاصل مع الارتكاز.

ومما تقدم يظهر، ان المكلف بتنفيذ الوصية وارثاً، أو وصياً، أو حاكماً هو الذى بيده اختيار التعيين فقولهم: [الوارث] انما هو من باب المثال .

ولذا قال الجواهر: بأن الوصي كالوارث، ولو أوصى الى اثنين بأن يعطى زيد الفقراء مالا وعمره ابنا السبيل مالا، لا يلزم تماثلهما، بل كل يأخذ بما يرى لشمول الدليل المتقدم لكل واحد واحد، كما ان الوصى لو كان واحداً وأوصاه اثنان بمثل ذلك كان له ان يفرق بين الوصيتين ، وكذا الحال اذا كان كل من الموصى والوصي واحداً والموصى له اثنين .

ثم ان كان انصراف اللفظ السجمل الى ان لا يكون حده الاقل أقل من كذا

أو وحده الاكثر أكثر من كذا فهو ، لانه مصب الوصية، وان لم يكن انصراف في أي منهما ، أو في أحدهما عمل فيه حسب الفهم العرفي المستفاد من المجمل .

وعليه، ينزل كلام المسالك قال : المجمل لاتعدد له لغة ولا عرفاً ولا شرعاً [ومراده بعرفاً، أي عرفاً بالانصراف] فكل ما يتمول صالح لان يكون متعلق الوصية .

أما في القسط والنصيب والحظ والقليل واليسير فواضح، وأما في الجليل والجزيل، وما في معناهما كالعظيم والنفيس، فانه وان كان يقتضى عرفاً زيادة على التمول الا انه مع ذلك يحتمل ارادة الاقل نظراً الى ان 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 - انتهى .

فلا يرد عليه اشكال الجواهر بأنه قد يقطع بعدم ارادة الموصى اياه ، و الظاهر ان النزاع بينهما لفظي حيث كلام المسالك في عدم الانصراف وكلام الجواهر في الانصراف .

ثم قال المسالك: لو قال: اعطوا زيداً قسطاً عظيماً وعمراً قسطاً يسيراً لم يشترط تمييز الوارث بينهما بزيادة الاول عن الثاني لما ذكرناه مع احتمالنا نظراً الى غلبة العرف بارادة ذلك، وفيه ان ذلك ان اعتبر لزم مثله عند الانفراد وفيه: ان تنظير الاجتماع بالانفراد ، غير ظاهر الوجه ، اذ قرينة المقابلة في الاجتماع يقتضي الفرق .

ولذا قال الجواهر: ان كلامه مجرد دعوى ، يشهد العرف، الذي قد أمرنا باتباعه على خلافها ، ثم انه لو اختلف العرف في الزيادة والنقص ، فأن قلنا بالآخذ بالاكثر في الشهادتين المتضاربتين أخذ به هنا للمناط ، ولقوله عليه

السلام: فان المجمع عليه لا يرب فيه ولا غيرهما ، وان لم نقل بذلك ، فالظاهر تصنيف القدر الزائد فلو قال احدهم: عشرة، وقال الاخر : أربع عشرة اعطى اثنتى عشرة لقاعدة العدل .

أما لو اختلف الوارثان، أو الوصيان وبمد كل المال أعطى كل حسب نظره لانه المكلف ويرى ذهنه مرآت العرف.

نعم، اذا كانت الورثة كباراً وارادوا الاخذ بالاكثر في العرفين المتنافيين جاز لهم ذلك، لان الزائد ، أما حق الموصى له أو تنازل منهم له ، كما ان الوارثين المترتبين والوصيين كذلك لكل منهما ان يعمل حسب نظره .

(مسألة - ١٦ -) لوقال: اعطوه كثيراً قال الشيخ والصدوق وجماعة: كما حكى عنهم يعطى ثمانين درهماً ، كما في النذر للرواية التي وردت في ذلك، وكان المراد بها مرسله المبسوط، قال في كتاب الاقرار: وان قال له: عندى مال كثير، كان ذلك اقراراً بثمانين على الرواية التي رويت فيمن أوصى بمال كثير انه ثمانون، وقد ذكر في الوسائل جملة روايات تدل على ان النذر بمال كثير يراد به ثمانون .

فقد روي الكليني ، عن بعض أصحابه عن على بن ابراهيم، انه قال: لما سم المتوكل نذران عوفى ان يتصدق بمال كثير ، فلما عوفى سأل الفقهاء عن حد الكثير فاختلفوا عليه فقال بعضهم : مائة ألف وقال بعضهم: عشرة آلاف، فقالوا فيه أقاويل مختلفة ، فاشتبه عليه الامر ، فقال له رجل : يقال له : صف وان الا تبعت الى هذا الاسود فتمسأله عنه، فقال له المتوكل : من تعني ويحك ؟ فقال ابن الرضا عليه السلام، فقال له: وهو يحسن من هذا شيئاً؟ فقال : ان اخرجك من هذا فلي عليك كذا وكذا والا فاضربني مائة مقرة فقال المتوكل: قدرضيت يا جعفر بن محمود صر اليه واسأله عن حد المال الكثيرة فصار جعفر بن محمود

الى أبى الحسن علي بن محمد فسأله عن حد المال الكثير؟ فقال له: الكثير ثمانون، فقال جعفر: ياسيدى انه يسألني عن العلة فيه؟ فقال أبو الحسن عليه السلام: ان الله يقول: «لقد نصركم الله في مواطن كثيرة» فعددنا تلك المواطن فكانت ثمانين.

وعن أبى بكر الحضرمي، قال: كنت عند أبى عبد الله عليه السلام، فسأله رجل عن رجل مرض فنذر لله شكراً ان عافاه الله ان يتصدق من ماله بشيء كثير ولم يسم شيئاً، فما تقول؟ قال عليه السلام: يتصدق بثمانين درهماً فانه يجزيه ذلك بين في كتاب الله اذ يقول لنبه صلى الله عليه وآله وسلم: «لقد نصركم الله في مواطن كثيرة» والكثيرة في كتاب الله ثمانون.

وروى الصدوق، عن ابن أبى عمير، عن بعض أصحابنا، عن أبى عبد الله عليه السلام، انه قال في رجل: نذر ان يتصدق بمال كثير؟ فقال: الكثير ثمانون فما زاد لقول الله تعالى: «ولقد نصركم الله في مواطن كثيرة» وكانت ثمانين موطناً.

وعن العياشي قال: اشتكى المتوكل شكاة شديدة، فنذر لله أن شافاه الله أن يتصدق بمال كثير فعوفى من علمته، فسأل أصحابه عن ذلك الى أن قال: فقال ابن يحيى المنجم: لو كتبت الى ابن عمك يعنى أبا الحسن عليه السلام، فأمر أن يكتب له فيسأله فكتب أبو الحسن عليه السلام تصدق بثمانين درهماً فقالوا هذا غلط سله من أين قال هذا؟ فكتب قال الله لرسوله صلى الله عليه وآله و سلم: «لقد نصركم الله في مواطن كثيرة» والمواطن التي نصر الله رسوله فيها ثمانون موطناً، فثمانون درهماً من حلقه مال كثير.

وعن الرضوي عليه السلام، و الصدوق في المقنع: ان النذر ثمانون

وعن المناقب وثاقب المناقب ، عن أبي علي بن راشد: أن الشيعة بعثوا الى الصادق عليه السلام أموالاً ورقاعاً مختومة وفيها مسائل ، فوصلت الى المدينة بعد وفاته، فأجاب عنها الامام موسى بن جعفر عليهما السلام قبل فك الخواتيم، وفي احداها مايقول العالم عليه السلام، في رجل قال: اتصدق بمال كثير مايتصدق؟ تحته الجواب: ان كان الذى حلف بهذه اليمين من ارباب الدراهم يتصدق بأربعة وثمانين درهماً، وان كان من ارباب الغنم فأربعة وثمانون غنماً، وان كان من ارباب البعير فأربعة وثمانون بعيراً، والدليل على ذلك قوله تعالى: «ولقد نصركم الله في مواطن كثيرة ويوم حنين» فعدت مواطن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قبل نزول الاية فكانت أربعة وثمانين موطأً.

و فى المسالك نسب الجواب للمتوكل الى الامام الجواد عليه السلام، هذا ، والمشهور كما حكى عنهم، قالوا: أن الثمانين فى الوصية على القاعدة .

قال فى الجواهر مازجاً مع الشرائع: أقتصاراً فيما خالف الاصل والعرف واللغة على موضع النقل خلافاً للشيخ حيث تعدى فى ذلك الى الاقرار أيضاً وكأنه وغيره ممن تعدوا جعلوا ذلك اصطلاحاً شرعياً مثل الزمان بمعنى خمسة أشهر، وحين بمعنى ستة أشهر، وكذلك القديم، والسهم بمعنى الثمن والجزء بمعنى السبع أو العشر، والشئ بمعنى السدس، كما تقدم بعضها.

و كيف كان ، فاللازم الاخذ بالمشهور فى النذر اما الوصية ، فقد رواها الشيخ مرسلأ أيضاً، كما تقدم .

وأشكال تهافت الروايات هناك بين ثمانين واربع وثمانين، فغير ظاهر اذ الشانين لايقاوم الاول من وجوه، كما ان اشكال اختلاف المروى عنه فى النذر ايضاً، غيرضار بعد شهرة كونه الهادى لا الجواد عليهما السلام.

اما اشكال بعض المتأخرين بأسه سواء اريد بالمواطن الغزوات، او مع السرايا فهي ليست ثمانين لانها قد تزيد، وقد تنقص، كما يظهر لمن راجع صاحب المغازي والواقدي وغيرهما.

فغير وارد بعد ان لم يكن دليل على ان المراد الغزوات والسرايا ، بل مطلق مواضع نصر الله سبحانه ولعل العامة كانوا يعلمون انها ثمانون فلم يستشكلوا على الامام، او ان الامام عليه السلام، قال : ما هو حق من لزوم الثمانين وألبسه لباس الاية، حيث كانوا يعتقدون بذلك ، وان كان يعتقد عليه السلام هو بغير الثمانين ثم ان العدد الى نزول الاية .

وكيف كان فالاشكال المذكور غير وارد بعد حجية الرواية واشتهارها واستناد المشهور في باب النذر اليها ثم في باب النذر يلزم ان يقال برواية المناقب وغيره من كون العدد ثمانين ، اما الجنس فحسب ارتكازه ، والظاهر ان ذلك انما هو اذا اطلق، واراد الاطلاق، اما اذا اراد العرف الخاص لهم او اصطلاحه الخاص مثلا: فليس كذلك، ولا فرق بين الكافر والمسلم بعد جعل الاسلام ذلك ثمانين، اللهم الا اذا كان الاطلاق في عرفهم - وان لم يقصده الناذر- غير ذلك، فالحاكم الاسلامي بخير بين ان يحكم بما يرون او بما نرى ، هذا في النذر، واما في الوصية فاللازم الذهاب الى قول المشهور بعد عدم فهم مناط قطعي يتعدى بسببه من النذر الى المقام .

اما جعل الجواهر تبعاً للمسالك من موهنات الرواية انه قد ورد كثير في القرآن مثل : « فئمة كثيرة، واذكروا الله ذكراً كثيراً » في امكئة متعددة غير مراد منه ذلك فلا يخفى ما فيه بعد الرواية ، فهو اشبه بالاشكال العلمي على تقدير عدم وجود الرواية ، ثم مهما قلنا بانه ثمانون ، فالظاهر عدم اختصاص لفظ الكثير بل معناه في سائر اللغات كذلك .

(مسألة - ١٧-) لو اوصى له بشئٍ يحتمل أحد شيئين ، مثل ان اوصى له ببهيمة فقال الموصى له : اراد بعيراً ، وقال الوصى : اراد شاةً او اوصى له بشئٍ مع مجمل مثل [شئٍ] فقال الوصى : اراد درهماً ، وقال الموصى له : اراد شاةً ، او تنازعا في انه اراد بالشئ الدرهم او الدرهمين ، فان كان النزاع بين متباينين كان من التحالف اذ مجرد كونه وصياً لا يجعل القول قوله ، فيشمله اطلاق ادلة التنازع ، وان كان بين الاقل والاكثر كان الاصل مع مدعى الاقل ، سواء كان الوصى ، كما هو الغالب ، او الموصى له كما قد يندر ذلك ، لانه متدين لا يريد اخذ المال بالبطل ويزعم انه اوصى بالاقل ، ويكون حال المقام ، كما اذا قل تطلبني كذا ؟ فقال : لا اطلب ولم يستعد لاخذ المال .

قال في السرائع : اذا عين الموصى له شيئاً وادعى قصده من هذه الالفاظ وانكر الوارث كان القول قول الوارث مع يمينه .

وقال في الجواهر : بلاخلاف ولا اشكال ، واذا قال الوصي : انه اراد شاة وقال الوارث : بل اراد درهماً ، فهل يقدم هذا او ذاك ؟ فان كانا متباينين كالمثال كان من التحالف والاكان من المدعى والمنكر ، لان الوارث ينكر الاكثر بينما الوصى يدعيه وتفصيل امثال هذه الامور في [كتاب القضاء] .

(مسألة - ١٨ -) قال في المسالك : اعلم انه ليس من شرط الموصى به كونه موجوداً بالفعل وقت الوصية ، بل لو اوصى بما تحمله الامة او الدابة او الشجرة في هذه السنة ، او في المستقبل مطلقاً صح كما سيأتي ، ولكن لو اشار الى معين ، أو اوصى بحمله الموجود أو بالحمل الموجود لامة أو بحملها مطلقاً حيث تدل القرينة على ارادة الموجود أو مطلقاً نظراً الى ادعاء دلالة القرينة عليه ، كما قيل اشترط كونه موجوداً حال الوصية ولو بمقتضى ظاهر الشرع . أقول : أما صحة الوصية بما تحمله الدابة والشجرة فلاطلاق الوصية

بعد عدم اشتراط وجوده فى الحال ، بل قد تقدم انه لو اوصى بالثلث اريد ثلث حال موته ، سواء كان له وجود اقل او اكثر حال الوصية ، أولم يكن له وجود أصلا .

واما اذا اوصى قائلا حمل هذه الدابة ، واراد الحمل الموجود حالا - بأن صرح بذلك ، أو كانت قرينة على ذلك - لم ينفع فى صحة الوصية حملها مستقبلا اذا لم يكن الحمل فى الحال ، وذلك لانه لاموضوع للوصية حالا ، والموضوع الذى يتحقق فى المستقبل لم يرده الموصى ، والعقود تتبع القصد والالم يصدق (عقد كم) المستفاد من (أوفوا بالعقود) وكذلك فى الايقاعات . لا يقال : ارتكاز الموصى الحمل وان لم يكن الان .

لانه يقال : المفروض انه لا ارتكاز بالنسبة الى ماتحمل مستقبلا والا كان من الوصية بالاعم من الحال والمستقبل .

ثم انه لوقال : الحمل الموجود الان فقد يعلم بوجود الحمل وقد يحكم الشرع بانه موجود حالا مثل قيام البينة به أو ولادة المرأة الامه لدون ستة أشهر حيث جعل الشارع أقل الحمل ستة أشهر .

قال فى الشرائع : ولو أوصى بحمل موجود فجاءت به لاقبل من ستة أشهر صححت الوصية به ، و لو كانت لعشرة أشهر من حين الوصية لم يصح ، وان جاءت لمدة بين الستة والعشرة وكانت خالية من مولى وزوج حكم به للموصى له ، ولو كان لها زوج أو مولى لم يحكم به للموصى له لاحتمال توهم الحمل فى حال الوصية وتجده بعدها .

أقول : فالصور ثلاث :

الاولى : ان تأتى به لدون ستة أشهر ، فهو حال الوصية كان موجوداً شرعاً اذ لا يبقى الولد الذى أتى لدون ستة أشهر ، ولكن لا يخفى ان هذا على ضرب

القاعدة في حال الجهل والافقد امكن مجيء الولد لدون ذلك مع العلم بانه كذلك ، اذ الامر ليس مستحيلا عقلا ، وانما عادة ، ولذا نقلت الاخبار العالمية حدوث مثل ذلك .

نعم ، اذا لم يكن علم كانت القاعدة انه لاياتى لدون ذلك مع بقائه ، فقول المسالك : لانه حال الوصية لايمكن حدوثه - اذا جاء لاقل من ستة أشهر - فلا بد من فرض تقدمه في وقت يمكن فيه وطى الامة بحيث يمكن فيه تخلق الولد - انتهى انما أراد الامكان العادى .

الثانية : ان تأتى به لاكثر من أقصى مدة الحمل وقد فرضه المحقق عشرة أشهر من حين الوصية بطلت الوصية اذ يقطع شرعاً بعدم كونه موجوداً حال الوصية ، والمفروض ان الوصية بالحمل الموجود والاستثناء المذكور في الاولى آت هنا ايضاً ، والكلام في أقصى مدة الحمل في باب النكاح .

الثالثة : ان تأتى به لمدة بين الستة والعشرة ، وقد فارقها من يباح وطئها حكم به للموصى له لمعلومية سبق وجوده على الوصية ، لان احتمال فرض تجدد الولد منفي لفرض ان من يباح له وطئها قد فارقها ، والاصل عدم وطى غير الوطى السابق وظهور حال المسلمة في عدم الزنا - كما علمه بذلك في الجواهر - .

ومنه يعلم ، ان مراد المحقق كانت خالية من مولى وزوج ، مفارقة من يباح له الوطى فلا خصوصية للمفارقة ، وانما هي من باب المثال .

قال في المسالك : وما يقال : من ان الظاهر الغالب انما هو الولادة لتسعة اشهر تقريباً فما يولد قبلها يظهر كونه موجوداً ، وان كان لها فراس ، وان الخالية يمكن وطؤها محللاً بالشبهة ومحرمماً لو كانت كافرة ، اذ ليس فيها محذور لعدم الصيانة بخلاف المسلمة ، يندفع بأن الحكم السابق مرتب على الاصل المقدم على

الظاهر عند التعارض الا فيما شذ - انتهى .

ومراده مما شذ ما حكم الشارع بالظاهر مثل ظاهر حال المسلم وظاهر سوقه وأرضه وما اشبهه ، وان كان يرد عليه بان الكافرة أيضاً يحكم عليها بالصحة ، لان لكل قوم نكاحاً ، والظاهر في المسألة ان اللازم التمسك بأصل الصحة ، كما يتمسك به في سائر العقود والايقاعات لدى الشك في الشروط والاجزاء .

نعم ، قال في الجواهر: لم أجد الى من استند الى اصل الصحة في شيء من افراد المسألة حتى في صورة الوصية به بعد الاطمينان بحصوله للامارات العادية ثم حصل الشك بعد ذلك فيه ، الى آخر كلامه .

ومنه يعلم ، وجه النظر في قوله : وان كان قد يناقش في قول الشرائع : [لو كان لها زوج أو مولى الخ] بان الاصل عدم وطى آخر تجدد منه الحمل ووجود الفراش اعم من ذلك ، مضافاً الى انه ظاهر بملاحظة الغلبة العادية التولد من الوطى الاول فيما بين الاقصى والاصل .

اذ يرد عليه اولاً ، ان اصل عدم وطى آخر لا يثبت انه من الوطى الاول الموجب لوجوده حال الوصية .

وثانياً : من اين الظهور المذكور؟ وعلى أى حال ، فان عمل باصالة الصحة كما هو مقتضى القاعدة فيها ، وان لم يعمل كان من مسألة التاريخين فقد يجهلان وقد يعلم احدهما فقط .

(مسألة - ١٩ -) قال في الشرائع : لو قال : ان كان في بطن هذه ذكر فله درهمان . وان كان انثى فلهادرمهم ، فان خرج ذكروانثى كان لهما ثلاثة دراهم اما ان قال : ان كان الذى في بطنها ذكراً فكذا ، وان كان انثى فكذا فخرج ذكروانثى لم يكن لهما شيء .

أقول : قد يريد الموصى ان كل ذكر في البطن له كذا، وكل انثى في البطن له كذا، وهذا هو النوع الاول، وعليه فاذا كان ذكران فلهما أربعة، وان كانت انثيان فلهما درهمان وهكذا، وقد يريد الموصى ان الشيء الوحيد الذي في البطن لذكره كذا، ولانثاه كذا، وهذا هو الفرع الثاني ومن المعلوم انها وولدت اثنتين لاشيء لاحدهما، سواء كانا ذكراين او انثيين او باختلاف، وهناك فرع ثلث وهو ان يريد ان مافي البطن للذكر درهمان، وللانثى درهم من غير نظر الى الوحدة والتعدد .

وهنا ان ولدت ذكراً واحداً كان له درهمان، أو انثى واحدة كان لها درهم، وان ولدت ذكراين كان لهما درهمان أو انثيين كان لهما درهم، وهكذا فلو ولدت ذكراً وانثى كان لهما ثلاثة دراهم .

و لو قال عبارة لم يعلم ان المراد بها الفرع الاول، أو الثاني، فالظاهر انه لاشيء لاحدهما في الولادة توأماً، اذا اصل عدم الحق بعد عدم العلم بشمول الوصية .

قال في المسالك: ولو ولدت في الصورة الاولى ذكراين أو انثيين أوهما معاً، ففي غير الوارث في اعطاء نصيب الذكراين لهما شاء، ونصيب الانثى لهما شاء، واشتراك الذكراين في الدرهمين والانثيين في الدرهم، أو الايقاف حتى يصطلحاً أو وجه أجودها الاول، لان المستحق للوصية هو ذكر في بطنها أو انثى في بطنها وهو صادق لهما فيكون تعيينه الى الوارث، كما في كل لفظ متواط، ولا يتوجه هنا احتمال استحقاق كل واحد من الذكراين ما عين له وكل واحد من الانثيين كذلك، لان الموصى له مفرد نكرة فلا يتناول ما زاد على الواحد، بل كان بالنسبة اليهما متواطئاً، كما لو أوصى لاحد الشخصين، أو الفقيرين او نحو ذلك - انتهى .

أقول : صور المسألة ثلاث : لانه أما ان يعلم ان مراده ان لكل ذكر كذا،

وفيهما يجب اعطائهما كل واحد اثنين ، او كل انثى كذا فيعطي كل واحدة درهماً .

واما ان يعلم ان مراده ان الوصية بالدرهمين والدرهم فقط وفيها يقسم الدرهمين بينهما ، والدرهم بين الاثنين .

واما ان لا يعلم ، وهنا لاحق الا في درهمين او درهم ، حالهما حال الصورة الاولى ، لاصالة عدم الزيادة ، كما اذا شك في انه اوصى بدرهم او درهمين .

قال في المسالك : فرع لو ولدت خنثى دفع اليه الاقل لانه المتيقن ، بناءً على انه ليس طبيعة ثالثة مع احتمال عدم استحقاق شيء ، لانه ليس احد الامرين ورجح في الجواهر الاحتمال الاول ، قال : اما احتمال عدم استحقاق شيء ، لانه ليس احد الامرين فواضح الضعف .

اقول : ان علم ان مراده الذكر والانثى العاديان لم يكن له شيء لانه مقابلهما وان لم يعلم وشك في شمول وصيته للخنثى ، كان الاصل العدم ، وان علم بالشمول كما هو مفروض كلامهما ، فهنا احتمالان ، قاعدة العدل كما في الارث واعطاء الاقل كما ذكره ، كما اننا لانستبعد اختيار الخنثى في جعل نفسه ذكراً وانثى واجراء كل المعاملات على نفسه حسب ما جعل ، ودليل ارث الخنثى لايقاوم القواعد بعد انه في موضع خاص لم نعلم مناطه .

او يقال: انه اذا لم يعين الخنثى نفسه احدهما بارادته من باب الناس مسلطون او بالقرعة - وان كان بعيداً - لدليل لاضرر مع وضوح ان بقائه محروماً من مزايا الرجل والمرأة من اشد الضرر ، وغير ذلك ، والقول بأن لاضرر لا يثبت حكماً فيه نظر ، حيث انه ملقى الى العرف ، والعرف يرى اثباته له بالنسبة الى الحكم الايجابي المناسب للحكم السلبي ، ولذا استند الرسول صلى الله عليه وآله

وسلم بقلع الشجرة الى دليل لاضرر .

اما اذا قلنا بانها ليس طبيعة ثابته فالامر اوضح بأن المجال للمتعين بالعلائم ، ثم القرعة كما يستفاد من تعيين علي عليه السلام الخشي الذي كان من اشكل اقسامه حيث كان له زوج وزوجة .

ثم انه كما تقدم عدم الخلاف في صحة الوصية باعطاء الحمل شيئاً كذلك تصح الوصية باعطاء حمل الدابة او الشجرة لانسان او صرفهما لشيء مثل المسجد مثلاً : بلاشكل ولاخلاف ، وذلك لاطلاق أدلة الوصية من غير فرق بين ان يكون الحمل موجوداً حال الوصية او حال الموت او معدوماً حالهما ، وانما يتجدد بعد ذلك .

وقول الجواهر : لايقدر كونه معدوماً حالها ، لانه يكفى فيها احتمال الوجود وان لم يكن عن شأنه الوجود كالوصية بما يشتره او يتهبه في مستقبل الازمنة - انتهى .

فانما أراد انه يصح ان يوصى لان الوصية صحيحة اذا انما تصح اذا كشف انه صار في المستقبل لوضوح ان الوصية بدون المتعلقة باطله ، سواء كانت للمحال او المستقبل فانه كما تبطل اذا زعم ان في كيسه ديناراً فقال : اعطوه لزيد ، اذا لم يكن هناك دينار واقعاً كذلك تبطل اذا قال اعطوا ثمرة شجرتي التي ستظهر في الربيع لزيد فلم تثمر الشجرة كما هو واضح .

وعلى ما ذكرناه ينزل كلام القواعد وجامع المقاصد وغيرها ، فليس مرجع كلامهم عدم اشتراط الوجود بل مرجعه كفاية الاحتمال ، واما التحقق للوصية فلا يكون الامع تحقق للموصى به خارجاً .

ثم الظاهر انه لافرق في الوصية بالحمل ان يعطي ازيد أن تكون وصية

عهدية أو تمليكية، كما لافرق بين المعين والمردد، كما اذا قال: كل واحدة من بقرتي وشاتي كانت حاملة فحملها لزيد، كل ذلك للاطلاق، لكن هل تصح الوصية التمليكية بالنسبة الى حمل المستقبل؟ الظاهر ذلك، وفقاً للجواهر بل قال: انه ظاهرهم، لان الملك اعتبار عرفي والعرف يعتبره اذا كان في المستقبل كما اذا باعه حاصله الذي يأتي بيعاً سلهماً.

ومنه يعلم، وجه النظر في الاشكال على ذلك بعدم قابلية المعلوم الذي لم ينزله الشارع منزلة الموجود للتمليك.

ولو قال: اعطوه حمل دابتي وكانت حاملة فهل يعطي له حملها الحالي، أوحتى الاستقبالي؟ ان كان ظهور اتباع والا فالاصل عدم الاستقبالي . وكذا لو قال: أوصيت لزيد بما تحمله دابتي، وشك في ان المراد حملها الاولي أودائماً، ومن ذلك يظهر وجه النظر في مافي المسالك فراجعه.

ولو قال: أوصيت له بحمل هذه الشاة، فهل يحق للوارث ذبح الشاة قبل الولادة، ويعطى له الولد الحلال- بعد وضوح عدم جواز ذلك اذا كان الجنين بعد لم يبلغ مبلغ الزكاة - الظاهر انه اذا لم يكن قرينة للاطلاق، أو التقييد بالولد الكامل حق للوارث ذبحه، واعطائه الجنين الحلال.

ولو باع الشاة الموصى بولدها كان بالنسبة الى الجنين فضولياً، فان لم يرض الموصى له كان للمشتري الجاهل بذلك خيار تبعض الصفقة .

ثم انه لو خالف ارتكاز الموصي وصيته فهل العبرة بالارتكاز أو بالوصية؟ الظاهر الثاني، حيث ان العقود والايقاعات تتبع القصد والالفاظ . قال عليه السلام: انما يحلل الكلام وقال سبحانه: «بالعقود» والعقود تتبع القصد، والا لم يصدق عقود كم .

فاذا قال: اعطوه كل مافي بطن هذه الدابة، وكان ارتكازه واحداً، ولكن

قصده ولفظه: [الكل] اعطى الكل ورجوعهم في الوقف المتعذر المصروف الى الارتكاز انهما هو اذا لم يخالف الارتكاز اللفظ والقصد ، والا فلا دليل على الرجوع الى الارتكاز، وانما يستدلون بأن الارتكاز داخل في دليل الوقوف على حسب ماوقفها أهلها.

نعم، في الامور الاذنية المنوطة برضى الباطن المعتبر الارتكاز ، فذا ظنه عدواً، وقال له: لا تدخل حق له الدخول اذا كان صديقاً لوجود طيبة النفس، حقيقة، فيشملة [لايحل مال امرء الابطية نفسه] وقد ألمعنا الى ذلك في [كتاب أحياء الموات] فراجع.

ثم انه لافرق في الوصية المستقبلية بين العين والمنفعة، فتصح الوصية بسكنى الدار مدة مستقبلية اطلاقاً أو في الجملة ، وفي الجملة قد يكون معيناً ، أولاً، أو وسطاً، أو آخراً، أو مردداً بينها، أو اجمالاً مطلقاً، مثل: يسكن داري مدة فالمعين واضح، والمردد يعطى للموصى له أحدهما، والظاهر ان الاختيار مع الوارث، لامع الموصى له، فيما لو اختلفا فأراد أحدهما شيئاً، والاخر شيئاً آخر، اذ اعطاء الوارث أيهما تنفيذ للوصية، ولا دليل على أكثر من ذلك .

نعم، لو اختلف الوارثان، مثلما اذا قال الموصى: اسكنوه احدى داري ، فقال: وارث داره الغربية، وقال: وارث آخر داره الشرقية كان المملجاً القرعة لانها لكل أمر مشكل الا اذا أمكن اجراء قاعدة العدل، كما لورضى الموصى له بأن يسكن هذه شهراً وتلك شهراً وجعله الوارثان حلاً وسطاً .

وان شئت قلت: ان الواجب تنفيذ الوصية، فاذا كان له طريق واحد فهو، وان كان له طريقان ورضي الوارث بأحدهما ، فهو وان تعارضوا فالمرجع قاعدة العدل -- لانه لاوجه لتقديم رأى وارث على وارث - وان لم يمكن اجرائها فالقرعة، ومثل الكلام في المردد الكلام في الكلبي المطلق، والكلبي في المعين

والمشاع اذا اريد اعطائه هذا الفرد أوداك في المطلق أو من هذه الناحية أو تلك الناحية في الكلبي المعين والمشاع.

أما في المجمعل مطبقاً ، مثل يسكن داري مدة فأقل مدة يصدق عليها انها [مدة] حق للموصى له في مال الموصى فاذا أسكنوه ما صدق عليه تلك عملوا بالوصية ، واذا أوصى بثلاث ثمرة بستانه ، فالظاهر انها من الجميع ، لامن بعض الثمار ، فاذا كان في البستان عنب وتمر وتفاح لم يصح اعطائه بقدر الثلث من ثمر واحد الا اذا أراد حال الوصية القيمة ، أي ثلث قيمة المجموع .

كما أن الظاهر لزوم اعطائه من كل جنس حسنه وغير حسنه ، فاذا كان نوعان من التفاح حسن وغير حسن لم يحق للوارث اعطائه من غير الحسن كما لا يحق للموصى له طلبه من الحسن فقط ، لان من القسمين هو المنصرف من الاطلاق ، وهل له اعطائه من الاوسط اذا كان ثلاثة أقسام ، الظاهر لا ، وان كان الاوسط يساوي قيمته قيمة الاخرين . اذ لا دليل على اعتبار القيمة .

نعم ان أراد الموصى القيمة حق له اعطاء ما قيمته تساوي ثلث قيمة الجميع ولوشك الوارث في صدق ما أوصى على هذا الشيء الخاص ، أوفى مصداقه لم يصح اعطائه ، كما اذا أوصى باعطائه ثلث الثمار فشك في انه هل يصدق الثمر على أوراق الحناء ، او علم انه يصدق على هذا ، ولا يصدق على هذا ، ثم شك في ان ما يريد اعطائه ، هل هو هذا او هذا؟ كما اذا قال : اسكن طالب العلم الدينى المدرسة فشك في ان الذي يدرس الادبيات فقط ، هل هو طالب علم دينى حيث الشبهة في المفهوم ، اوشك في ان زيداً هل يدرس العلوم الدينية او عمرواً مع علمه بأن احدهما يدرس فانه لا يحق له اسكان احدهما ، كما لا يحق له اسكان الاول ، لان الموضوع غير ظاهر التحقق ، وتفصيل الكلام فى ذلك فى الاصول .

ثم انه اذا أوصى بالمنفعة الدار، او البستان، او الدابة مؤبدة فقد يريد جميع المنافع، وحينئذ لا قيمة للمعين، لان العين التى سلبت جميع منافعها لا قيمة لها، وحينئذ تقوم العين، وتجعل من الثلث، وقد يريد بعضها، مثل ما اذا أوصى بجميع ثمر البستان، فان للبستان قيمة بدون الثمر ايضاً مثل الحطب والسكنى والمياه الزائدة والدود الذي يخرج من ارضه وما اشبهه، وهنا يقوم مرة مع الثمر ومرة بلا ثمر ويخرج التفاوت بينهما من الثلث، فاذا كانت قيمته مع الثمر عشرة وبلا ثمر ثلاثة كان الموصى به سبعة ومما ذكرنا يعلم، ان جعل الا وجه ثلاثة كما فى المسالك واتباع الجواهر له محل تأمل .

ومن ذلك يعرف، انه لافرق بين ان يوصى بالثمر او بالكل فى ما اذا لم تكن منفعة له اطلاقاً بدون الثمر، كما يعرف الحال فى ما اذا اوصى لاحد بالرقبة ولاخر بالثمر، حيث لاتصح وصية الرقبة اذا لم تكن له قيمة دون الثمر اطلاقاً .

ولو قال : كل الثمر لزيد والرقبة لاولادي، ألغى قوله: والرقبة لاولادي اذ لايبقى بعد الثمر شيء يتمول أو يملك ولا وصية الا فى الملك، فى صورة عدم قيمة للرقبة بعد الثمر .

وكيف كان، فاذا أوصى بكل الثمر قوم - سواء ما لايبقى بعده شيء أو يبقى - فان كان بقدر الثلث أو أقل نفذ، وان كان أكثر توقف ذلك على اجازة الوارث كما هي القاعدة على ما سبق الكلام فيه .

قال فى الشرائع : ولو أوصى بخدمة عبد أو ثمره بستان أو سكنى دار، أو غير ذلك من المنافع على التأبيد أو مدة معينة قومت المنفعة، فان خرجت من الثلث، والا كان للموصى له ما يحتمله الثلث، وهل العبرة بالثلث حال الموت أو حال تنفيذ الوصية، فيما اذا كان بينهما تنزل أو تضخم .

مثلاً: أوصى بثمره بستانه على التأييد وكانت حين الموت تسوى مائة وله بقدر ضعفه من مال آخر، ثم حين التقسيم تسوى الثمرة مائة وعشرين ، أو كان له حين الموت اضافة على مائة البستان مائة وأربعون مما كانت الوصية زائدة على الثلث. ثم حين التقسيم تنزل البستان فصارت قيمة الثمن ثمانين مما يساوي الثلث؟ الظاهر ان العبرة بحال الموت ، لانه وقت تعلق حق الموصى له بالموصى به فلا عبرة بزيادة أو نقصان بعد ذلك، بل الحكم كذلك ، وان قال: حين الوصية اعطوه بعد سنة من وفاتي، فان الوصية تنجز بالموت لابعد سنة ، وانما الاقباض بعد سنة .

ومن ذلك يظهر ، اوضحية المسألة فيما اذا حصل التضخم أو التنازل بين الوصية والموت، اذ لا اعتبار بالثلث قبل الموت، وانما النص والفتوى ظاهران في اعتبار الثلث حال الموت .

قال في الجواهر: ولو لم يكن له غير العبد الذي أوصى بخدمته مؤبداً مضت وصيته في ثلثه خاصة ، لكن هل يعطى من المنفعة مدة تقابل مقدار الثلث ثم يرد الى الورثه؟ أو يكون له منها ما يقابل الثلث مؤبداً، ولو عشر المنفعة، أو أقل وجهان أفواهما الثاني .

أقول : مقتضى القاعدة ما ذكره ، وان لم يعلم وجه لقوله :

أما الاول: فلانه صار شريكاً حسب قرار الموصي والشريك مشترك لالمهايا وان حق لهما جعل المهياة .

وأما الثاني : فلان الثلث يساوي ثلث المنفعة لاعشرها أو أقل .

(مسألة - ٢٠ -) اذا أوصى بخدمة دابته لزيد مدة او دائماً، وكذلك اذا أوصى بمنافع البستان او الدار له كذلك، ففي كون النفقة على الوارث ، أو الموصى له، او بيت المال ، أو التفصيل وجوه .

قال في الشرائع : اذا أوصى بخدمة عبده مدة معينة فنفقته على الورثة لانها تابعة الملك، بل في الجواهر بلا خلاف ولا اشكال، وعلل كونها تابعة للملك بالنص والفتوى، وانه كذلك في المؤبدة ايضاً، ونقل عن الفاضل في التواعد النوقف .

اقول: وجه الاول ما ذكر، ووجه الثاني ان الخراج بالضمان، فمن له الغنم عليه الغرم، ووجه الثالث ان النفقة ليست على الوارث، لان النفع للغير، ولا على الموصى له، لانه ليس بمالك، ولادليل على انه عليه فليس، الا على بيت المال المعد لمصالح المسلمين، خصوصاً في مثل العبد الواجب حفظ حياته والدابة المحترمة، وكذلك في مثل الاملاك، حيث ان انهدامه بتركه حتى يهدم حرام، لانه اسراف، وقد ذكروه في باب النفقات، وقالوا ان الشجرة لها نفقة ايضاً، والمختار من الاحتمالات التفصيل بين ما كان كل المنافع للموصى له حتى الحطب في البستان، وحتى اللحم بعد ذبح الشاة، وبين ما كان بعض المنافع للورثة، وفيه بين ما كان للموصي بقية ثلث يمكن صرفها في النفقة، وبين عدمها .

ففي الاول: النفقة على الموصى له، لان دليل وجوب نفقة المملوك على مالكة يشمل بالمناط أو بالاطلاق له، اذ كون جميع المنافع للموصى له يساوق الملك، فان الملك اعتبار عرفي، ومثل الوصية المذكورة يأتي فيها الاعتبار المذكور، فاذا قيل للعرف الشيء الفلاني لزيد، أو قيل له الشيء الفلاني لجميع منفعه لزيد، لم ير فرقاً بينهما، هذا حتى وان لم نقل بأن الوضع عبارة عن مجموع تكاليف، وان كنا قد رجحناه تبعاً للشيخ [ره] في الرسائل، حيث لا يرى العرف الحكم الوضعي شيئاً في قبال الحكم التكليفي .

وفي العبد الموصي بكل منفعه، لاحق للوارث في عتقه كفارة، اذ أدلة

العتق كفارة لاتشمل مثل هذا العبد، كما لايشمل النذر صدقة وما اشبهه، مثل هذا العبد او الدابة او ما اشبهه ، بل ادلة العتق في سبيل الله أيضاً لاتشمل مثل هذا العبد، واذا كان الوصية كذلك تساوق المملك شمله دليل ان نفقه المملوك على مالكة، حتى وان فرض انه ليس بمملك للموصى له ، اذ المناط موجود فيه بعد عدم شمول الاطلاق له .

و في الثاني : تكون النفقة من مال الميت من الثلث ، اذ الوصية بذلك تنحل الى الوصية بالملزوم وباللازم ، حيث ان لازم ما يحتاج الى النفقة اعطاء نفقته .

مثلاً: اوصى بأن دابته توصل المسافرين من كربلاء الى النجف، فان تلك وصية باعطاء النفقة لها ايضاً ، كما يفهمه العرف ، و كذلك اذا اوصى بأن يسكن الفقير داره لمدة سنة، فان تعمير الدار يكون من مال الموصى للملازمة العرفية المذكورة .

وفي الثالث : يتوقف على اجازة الوارث ، فان اجاز كانت النفقة من الثلثين الاخرين ، وان لم يجز نقص بقدر النفقة من نفس الوصية ، ولا وجه لكونها من بيت المال لما ذكره الجواهر من ان بيت المال معد لغير ذلك والحكمم بأخذ النفقة منه متوقف على الحكمم بعدم كونها على احد ، وهو محل البحث كما لاوجه لكونها على الوارث ، ودليل ان النفقة على المالك ، قد تقدم انه لايشمل المقام ، وكذلك لاوجه لكونها على الموصى له ، لانه ليس بمملكه ، فحاله حال ما اذا اوصى بر كوبه من كربلاء الى النجف ، حيث لانفقة عليه كما تقدم .

ومما تقدم يعلم الكلام حول ما اذا وصى بانتفاعه بثلث الدار أو الدابة مدة أو مطلقاً، حيث تكون النفقة في التركة ان كان للثلث بقية أو اجاز الوارث، ومن

نفس الموصي به ان لم يكن أحدهما ، كما يعلم أيضاً حكم النفقة فيما اذا أوصى بأن ركوب الدابة لمن أراد مدة أو مطلقاً وسكنى الدار لمن أراد مدة أو مطلقاً .

أما اذا فعل ذلك في حياته بان أوقف دابته في الاصطبل ، وقال : ير كبتها من أراد الزيارة أو خلى داره ، وقال : سكنها لمن أراد من الزوار كان النفقة عليه بلا اشكال ، لانها تابعة للملك ، ولادليل ولو الانصراف عن مثل المقام .

وقد ظهر مما تقدم حال ما اذا قال : تر كبون انتم يوماً على الدابة والموصي له يوماً ، أو تسكنون انتم الدار شهراً وهو شهراً ، أو لكم ثمرة البستان سنة وهو سنة .

ولو أوصى بأن سكنى الدار لكم سنة وله سنة ، وكذلك في الدابة والبستان وما أشبهه ، وقال : على الموصي له النفقة مدة انتفاعه ، فهل تنفذ هذه الوصية أم لا؟ مقتضى القاعدة القبول ان قبل الموصي له ، وان لم يقبل ، فان كان اعطاء النفقة على نحو تعدد الوصية اذمت الاولى ، دون الثانية ، وان كان على نحو المصب أو القييد بطلت ، وان كان على نحو الشرط كان للموارث رفض الوصية ، لان حق الخيار يورث ، والموارث عدم المسخ ، مثل خيار تبعض الصفقة وتحلف الشرط .

ثم ان صورة بطلان الوصية لامجال للمبحث في النفقة ، اما صورة صحتها فحال النفقة حال ما ذكرناه في السابق ، اذ الوصية لم تحدث تغييراً في الاصل ، ولا فرق في ذلك بين جعل بعض النفقة أو كلها ، سواء في الدائمة ، أو الموقته على الموصي له .

ثم انه اذا جعل الموصي المنفعة للموصي له بحيث بقى الملك للمورثة ، فهل لكل منهما التصرف فيما له ولو تضرر الاخر تضرراً متعارفاً بين المجيران ،

أوليس له ذلك، ولو لم يتضرر الآخر أوله ذلك بما لا يتضرر الآخر احتمالات - بعد وضوح انه ليس لاحدهما تصرف يتضرر به الآخر تضرراً كثيراً ، ليس من نحو تضرر الجيران المتعارف لاطلاق دليل لاضرر ونحوه - .

أما الاول: فيدل على أصل جواز التصرف اطلاق دليل السلطنة .

وقال في الجواهر ما زجاً مع الشرائع: وللموصي له التصرف في المنفعة على وجه لاضرر في العين، بل على حسب التصرفات في المنافع وللورثة التصرف في الرقبة ببيع وعق وغيره مما هو غير منافع للمنفعة، ولا يبطل حق الموصي له بذلك بلا خلاف معتد به، ولا اشكال أجده في شيء من ذلك - انتهى .

ويدل على جواز الاضرار المتعارفة ان الجوار دائماً يوجب ذلك مما يتعارف، وأدلة لاضرر لا تشملها، فان الجار ينزعج من اطفال الجار ومجالسه وثلجه في الشتاء، وغير ذلك كما ذكره في [كتاب احياء الموات] .

وأما الثاني: فيدل عليه انه كتصرف المشتركين في مال الشركة، حيث لا يحق لاحدهم التصرف الا برضى الشريك، لان كل تصرف في مال النفس تصرف في مال الغير، فيمنعه دليل سلطنة الغير، والقول بانهما ليسا كالشريكين الذين لا يجوز لاحدهما التصرف في العين المشتركة الا باذن الآخر، لعدم التمييز بخلافه هنا، فان ملك كل منهما مميز عن الآخر على وجه يمكن التصرف فيه من دون منافاة، ولا ضرر على الآخر، مردود بأن المراد بالتصرف المنافي .

أما غير المنافي فهو جائز في المشترك أيضاً، كما اذا باع أحدهما ماله المشاع مع الآخر، وفي المقام اذا أراد مالك العين ترميمها كان تصرفاً في ملك مالك المنفعة واذا أراد مالك المنفعة الجلوس فيها كان تصرفاً في ملك مالك العين، ومثل ذلك ما لو اشترى أحدهما المنفعة سنة والآخر العين، حيث اللازم اجازة كل واحد منهما اذا أراد التصرف المنافي لحق الآخر .

نعم، يمكن ان يقال: في المقام ان المالك الموصى، حيث أوصى بالمنفعة للموصى له كان معناه اعطائه حق التصرف في العين، فدليل التصرف في ملك الغير الممنوع لا يأتي هنا، وأرأتى فيما باعهما أحدهما العين والآخر المنفعة [بناءً على صحة بيع المنفعة، كما هو الاظهر وذكروا في المكاسب].

وأما الثالث: فيدل عليه ما دل على الاول بعد منع كونهما كالجيران في عدم بأس الاضرار القليلة المتعارفة، والاقرب الاوسط لما عرفت.

ثم الظاهر صحة بيع كل منهما ما له من العين أو المنفعة، كما تصح المصالحة والاجارة للعين وغير ذلك، لاطلاق أدلتها، والزوجة ترث من المنفعة، لا من الارض اذا مات الوارث، اذ المنفعة التي يستحقها الموصى له ليست أرضاً، وان كانت منفعة الارض فحالتها حال ما اذا وهب المنفعة لانسان فمات الموهوب له، حيث ان زوجته ترث منها، لاطلاق أدلة ما تركه الميت فلو ارثه.

قال في الجواهر: الوصية بذلك تمليك عندنا لاعارية، فلو مات الموصى له ورث عنه، وتصح اجارته واعارته - انتهى.

ولو قال: لزيد منافع الدابة الى خمس سنوات، مثلاً: ملك ولدها أيضاً حيث انه من المنافع، ولو جنى عليها جان بما أوجب نقص المنفعة كان له طلبها، وحيث لا يخسر الجاني مرتين كان قدر فوت المنفعة له والزائد للوارث ولو وطئها واطيء بما أوجب حرقها بعد ذبحها أعطى قدر خسارة الموصى له من القيمة والبقية للوارث، ولو ساوت اجرة الدابة لسنة مع قيمتها فرضاً، فهل القيمة المدفوعة للموصى له؟ أو تقسم بينهما بالنسبة لذهاب حق الاختصاص ولا يتوى حق امرء مسلم؟ احتمالان، وان كان الثاني أقرب الى قاعدة العدل ولو كانت الشاة الموصى بمنافعها لزيد في قطيع وطى احداها، واقرع لاجل تميزها فخرجت القرعة على غيرها لم يكن على الموصى له خسارة، أما اذا

خرجت القرعة عليها خسر كلاهما، فان عرف الواطي تحملها، وان لم يعرف سقط حق الموصى له، ولو أوصى بمنفعة دابة أو سيارة أو ما أشبهه كان للموصى له السفر بها في غير مورد المخطر .

أما الاول: فلانه المنصرف في الوصية بهما.

وأما الثاني : فلان المخطر على العين المملوكة للوارث ممنوع ، فإذا رضي جاز، أما اذا لم يرض في الاول لم يكن له حق بل كان كما اذا أراد أحد الشريكين تصرفاً متعارفاً في المال المشترك ولم يرض الآخر ، ثم اذا عذب الموصى بمنفعته على يد أحدهما بدون تعد أو تفريط لم يكن ضامناً لانه تصرف له، فهو كالأمين الذي ليس عليه الا اليمين، نعم، اذا كان بتعد أو تفريط كان ضامناً، لدليل على اليد وغيره.

قال في الجواهر: ولوقطع طرفه اختص الوارث بارثه على الاقوى ، و يحتمل التقييد أيضاً ولو لم تنقص به المنفعة كالانملة، فهو للوارث قطعاً.

أقول : الجناية على الدابة أو السيارة أو الدار أو غيرها على ثلاثة اقسام: لانها اما تنقص المنفعة لالعين، فالارش للموصى له، او العين لالمنفعة فالارش للوارث، او كليهما، فالاربيئهماش يقسم بالنسبة ، ولو شك في انه اوصى بهما أو باحدهما كان الاصل عدم الوصية بالثانية.

ولو اختلفا في انه اوصى بكون العين للموصى له مسلوبة المنفعة حيث للوارث المنفعة او بالعكس بأن تكون المنفعة للموصى له دون العين كان من التحالف فإذا حلفا او نكلا قسمتا بينهما بالنسبة ولا مجال للقرعة لانها لا مسرح لها في الماليات كما تقدم غير مرة.

ولو اوصى بمنفعة سنة [مجعلاً] لزيد كان للوارث جعلها أى وقت اراد مما يشمله اطلاق الوصية لما تقدم ويأتي ان تميز الكلبي في فرد في يد الوارث

اذ لادليل على أكثر من ذلك بعد صدق تنفيذ الوصية بأي فرد اراده الوارث والله سبحانه العالم .

(مسألة - ٢١-) اذا أوصى بالكلية المطلق، كما لو قال: اعطوا زيداً شاة تخير الوارث في اعطائه ما يصدق عليه انه شاة الا اذا جعل الخيار لغير الوارث في التعيين، سواء جعله للورثة كلهم أو بعضهم أو للموصى له أو لثالث

أما الاول : فلان الواجب تنفيذ الوصية الذي يتحقق باعطائه أي فرد من الكلبي كبيراً أو صغيراً صحيحاً أو معيباً سميناً أو هزيباً غالباً أو رخيصاً، بل وفي أي زمان أو أي مكان اذا لم يكن انصراف كان يعطى في يوم الخميس ، حيث الشاة رخيصة بمناسبة بيعها في ذلك اليوم حيث يجيء أهل الارياف لزيارة الامام الحسين عليه السلام، مما يوجب تنزل السوق أو يوم الجمعة حيث يحتاج الى كثرة الذبح مثلاً : فتـغـلـوا، وكذلك ان يعطي في هذا البلد، حيث الغلاء أو بلد آخر، حيث الرخص، كما اذا سافر معاً الى بلدان فأراد الوارث اعطائها اياه هناك، ولولم يقبل الاخذ في زمان خاص او مكان خاص او شاة مخصوصة سلمها بيد الحاكم الشرعي ان لم يمكن تسريعها امامه، كما ذكروا في باب قباض البائع المتاع المشتري للمشتري .

ولو جعل الموصي الخيار للاخذ أو لثالث لم ينفذ اختيار الوارث ، بل اللازم تنفيذ الوصية الا اذا أراد الثالث أو الموصى اليه فوق قدر الثلث ، كما اذا كان ثلثه مساو لعشرة فأراد من له الخيار ماله قيمة احدى عشرة ، ولو أخذ الموصي اليه الشاة، ثم أراد تبديلها فهو شيء جديد، وان رضي الوارث لان الثاني يقع نفس الوصية لان بالتسليم ستط النكليف ولا دليل على عوده بالفسخ، فاذا تسلمه الوارث ولم يسلم غيره لم يكن فعله منافياً للوصية بل كان من اكل المال بالباطل، ويظهر الثمر في انه اذا تسلمه ، ثم اراد اعطائه دون

تلك القيمة لم يكن له حق اذا لم يرص الموصى له، ويحتمل كون الثاني أيضاً من باب الوصية، لان العرف يرى ذلك .

وؤيده رواية الامام امير المؤمنين عليه السلام، في أخذ الصدقات حيث يريد صاحبها تبديلها، لكن الاقرب الاول، وفي التأييد المذكور نظراً .

ولو قال: اعطوه شيئاً لم ينتظر حتى يكبر بقية الورثة، او يعقل اذا كان فيهم معنون، اذ الانصراف اعطاء من كان قابلاً منهم للاعطاء .

نعم، يلزم اتفاقهم اذا كانوا جماعة فيما لم يكن انصراف، ولو اختلفوا فالقرعة لانها لكل امر مشكل وهل للمرأة الاختيار بالنسبة الى الوصية بالارض احتمالان من انها لاحق لها فيها فلا اعتبار باختيارها، ومن ان عدم حقها في اخذها ارثاً، والمعمول انصراف لفظ الموصي، ولو لم يكن انصراف كان الاصل عدم حقها، اذ لا دليل على الحق، ومثله الكلام في القاتل والكافر حيث لا يرثان، اما الطبقة التي لا يرث فأوضح .

نعم، اذا لم تنفذ الوصية حتى صار الامر الى الطبقة المتأخرة كان المعيار اختيارهم للارتكار، ويأتي مثل الكلام في الكلبي المطلق، في الكلبي في المعين كما اذا قال: اعطوه شاة من هذه الشياه، والمردد مثل احدى هاتين الشاتين والمشاع مثل صاعاً من هذه الصبرة والفرق بين المعين والمشاع ان الاول حصص ليست قابلة للتبادل الا في دائرة افرادها، فمن خمسة شياه مثلاً أحدها بينما المشاع صاع من خمسة اصوع، حيث يقبل الانطباق على عشرات بالتبادل ثم للمشاع فردان فقد يريد الموصي الفرد كما ذكر، وقد يريد الجزء، والفارق ان الفرد يبقى واجباً، وان تلف سائر افراده فيكون التلف من كيس الورثة، وفي المشاع اذا تلف البعض فقد ذهب من كيس الكل بالنسبة .

قال في القواعد: والضابط ان كل لفظ يقع على الاشياء وقوعاً متساوياً،

أما لكونه مشتركاً أو لكونه متواطياً فإن للورثة الخيار في تعيين ماشائوا ويحتمل في المشترك القرعة ، ويحتمل الحمل على الظاهر بالحقيقة دون المجاز .

أقول : الاحتمالان الاخيران غير ظاهر الوجه ، الا بالنسبة الى الاخير فيما كان اللفظ متساوي الظهور في كل من الحقيقة والمجاز .

ولا يخفى انه لا يلزم شمول اللفظ للجميع من باب وحدة الجنس أو النوع أو الصنف ، بل يمكن الشمول من باب صدق اللفظ فقط ، مثل اعطوه أحد اشيائي وله كتاب وقلم ومحبرة وشاة وشجرة مثلاً ، ولا يشترط وجود الفرد حال الوصية أو الموت ، فلو قال : اعطوه شاة صح اعطائه شاة تولد فيما بعد .

نعم لو قال لفظاً : تجدد له فرد جديد لم يكن في السابق اشكل اعطائه من الجديد اذا كان لللفظ عموم ، كما اذا قال : اعطوه مصباحاً كهربائياً وكان وقت الوصية لم تظهر بعد المصابيح الشمعية ثم ظهرت ، ولعل ذلك يفهم من عباراتهم وان كان المنصرف من التساوي في كلماتهم غير ذلك .

قال في الشرائع : وكل لفظ وقسح على اشياء وقوعاً متساوياً ، فللورثة الخيار في تعيين ماشائوا منها ، ولو قال : يعطى لزيد شاة وكان له وارث ووصي فالظاهر انهما مثل وارثين ، أو وصيين ، اذ لا ظهور لللفظ في ارادة أحدهما ، ولو تنازعا فان تساوى الامر ان المراد اعطاء أحدهما قيمة كان المجال للقرعة ، وان اختلفا واراد الوصي اعطاء الازيد قيمة لم يكن له ذلك الحق ، لانه تصرف في مال الورثة بدون رضاهم بالنسبة الى الزيادة ، والاختلاف فيما اذا اراد الوصي اعطاء الاقل قيمة حاله حال تساوى القيمة في القرعة ، ويأتى مثل هذا الكلام في وارثين اراد أحدهما اعطاء الاكثر قيمة والاخر اعطاء الاقل قيمة .

ولو أوصى باعطاء شاة خاصة أو شيء آخر معيناً فماتت بطلت الوصية

لفوت متعلقها .

نعم، لو علم انه من باب تعدد المطلوب ولو من جهة ارتكار الموصى انتقل الامر الى مثله أو قيمته أو بدله، مثلاً: أراد تزويج يتيم اذا بلغ، فقال: اعطوه الالف الموجود في الصندوق، لكن كان ذلك من باب مطلوب ثانوي، وانما كان مطلوبه الاولى اعطائه ألفاً ليتزوج وكان التعيين من باب مطلوب آخر كان اللازم اعطائه الالف من مكان آخر، والفرق بين المثل والقيمة واضح، وان كنا نستظهر ان الشاة ونحوها مثلى أيضاً، لان الاعتبار بالعرف، فان الشارع قال على اليد ما أخذت حتى تؤدي، واداء شاة بدل الشاة أقرب الى الشاة المغصوبة عن قيمتها، فان الشيء الى نفسه أقرب من غيره [باعطاء نفس الشاة المغصوبة] ثم بدله المثل اقرب [اذا هلكت] ثم قيمته [اذا لم يكن له مثل] ثم بدله، كما اذا اباحه جلوس داره فغصبها غاصب، حيث يجب عليه اعطاء بدل الایجار، وذلك ليس مثلاً ولا قيمة وانما بدلاً، وانما الفرق بينه وبين بدل الحيلولة ان الاول بدل الذات، والثاني بدل السلطة، ولذا كان مقتضى القاعدة رجوع الاصل الى صاحبه اذا حصل وبدل الحيلولة انما هو في من ألقى اناء الغير في البحر مثلاً ثم ان ما ذكرناه من تعدد المطلوب حاله حال ما ذكره في الوقف من الارتكاز اذا تعذر المصرف المعين .

ولو شك في انه هل كان من باب تعدد المطلوب أو وحدته كان الاصل مع الوحدة، ولو هلك من أوصى له، فان كان على نحو تعدد المطلوب عمل بالمطلوب الاخر، وان كان على نحو وحدة المطلوب، مثل انه أراد تزويج زيد، حيث ان اباه أمر بذلك فأوصى بان يزوج، فالظاهر ان المال يرجع ميراثاً، أو يكون حينئذ، كما اذا أوصى ان يعطي ولد زيد، والمحال انه اشتبته ولم يكن لزيد ولد، ولو لم يقبل الموصى له أخذ ما أوصى، فان كان من باب تعدد المطلوب صرف في المطلوب الاخر، وان كان من باب وحدة المطلوب صرف ميراثاً لما تقدم

اذ يظهر من ذلك بطلان الوصية .

ولو أوصى بأحد شاتيه فماتت احدهما أو سقرت تعين الثانية ، وكذلك الحال في الكلبي في المعين، ولو أوصت بشاة خاصة من شاتيه فسقرت أو ماتت احدهما ولم يعلم ان أيهما سقرت عمل بقاعدة العدل في الشاة الباقية، فلكل من الوارث والموصى له نصفها، ولو كانت الموصى بها شاة من ثلاث فسقرت أو ماتت احدها كان للموصى بها ثلث الشاة ، لملاحظة النسبة أو نصف الشاة كما في الدرهم والدرهمين للودعي على اختلاف في تلك المسألة ، هل ان الرواية على طبق القاعدة مما يتعدى منها الى أمثال ذلك المقام، أو على خلاف القاعدة مما يقتصر فيها على موردها ، وفي سائر المقامات يعمل بقاعدة العدل .

ولو أهلك الشاة الموصى بهامهلك لم تبطل الوصية، وانما تنتقل الى القيمة لقاعدة اليد او الى شاة اخرى .

قال في الشرائع: فيما لو أوصى بمماليكه لزيد، فان ماتوا بطلت الوصية فان قتلوا لم تبطل وكان للورثة ان يعينوا له من شائوا ويدفعوا قيمته ان صارت اليهم والأخذها من الجاني، ثم لو قتلوا في حياة الموصى، فقد قال المسالك الاصح عدم بطلان الوصية وانتقال حكمها الى البديل، لكن في الجواهر اشكل عليه بالبطلان كالعين الموهوبة قبل القبض .

أقول: ان كان في صورة وحدة المطلوب - ولو للاصل - فكما قال الجواهر وان كان في صورة تعدد المطلوب ، فكما قال المسالك : ولعله أراد ذلك ، اذ من المستبعد قوله بذلك في صورة وحدة المطلوب .

ولو هلكت الشاة في صورة تعدد المطلوب ، فهل يكون الصوف ونحوه للورثة في قبال اعطائه شاة اخرى أو للموصى له ، لانه باق من الشاة

فلوجه لانتقاله الى البدل؟ لايبعد الاول فان تعدد المطلوب يقتضي اعطائه شاة وقد اعطوه .

ولو قال: اعطوه أحدى شياهي، وكانت له خمس، فلما مات كانت له عشر شياه، فهل يعطى من الاول، أو مطلقاً، ولو من الجدد؟ هذا تابع لما يستظهر من لفظه، فان استظهر ارادة الخصوصية، فمن الاول و الا مطلقاً، و لو لم يعلم المراد كان الاحتياط مع الاول لاحتمال انصباب الوصية على الاول فلا يعمل بشمول الوصية للجدد فاعطائها يكون من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصداقية .

(مسألة - ٢٢ -) قال في الشرائع: تثبت الوصية بشاهدين مسلمين عدلين وقال في المسالك : سواء كان بالمال أو بالولاية وتبعه الجواهر في ذكرهما وادعى على ذلك الأجماع بقسميه، ولا يخفى ان المال والولاية من باب المثل والافكذلك الشهادة في الحق، مثل حق التحجير على قول المشهور انه مجرد حق، و انما يملك بعد العمارة ونحوها، و ان كنا اخترنا في [كتاب احياء الموات] تبعاً لبعضهم انه يملك بمجرد التحجير، وكذلك في مثل الحبة على قولهم انه ملك، وليس بمال وان تنظرنا فيه بانه مال أيضاً فالدينار في قبالة عشرة آلاف حبة معناه جزء من عشرة آلاف جزء من الدينار في قبالة الحبة .

و كيف كان، فكذلك تثبت بالشهادة بالبضع، كما اذا أوصى بتحليل أو تزويج امته لزيد، وليس ذلك احدهما، الى غير ذلك .

والحاصل : كل شيء له تثبت وصيته فيه بالشاهدين، ثم قال الشرائع : ومع الضرورة وعدم عدول المسلمين تقبل شهادة أهل الذمة خاصة، وقيده الجواهر بقوله في الاولى منهما: [أى المال] يل عن فخر الدين وظاهر الغنية و صريح الصيمرى الاجماع عليه .

أقول : لا بأس بالتعدى الى الولاية وغيرها ولو بالمناط عرفاً ، ويدل على أصل الحكم الاية الكريمة قال سبحانه : «يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم ، أو آخران من غيركم ان انتم ضربتم في الارض فاصابتكم مصيبة الموت تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ان ارتبتم لانشترى به ثمناً .

ولو كان ذاقربى ولانكتم شهادة الله انا اذا لمن الاثمين فان عثر على انها استحقا اثمًا فأخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهم الايمان فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وما اعتدينا انا اذا لمن الظالمين ، ذلك ادنى ان يأتوا بالشهادة على وجهها ، أو يخافوا ان ترد ايمان بعد ايمانهم واتقوا الله واسمعوا والله لا يهدى القوم الفاسقين» .

فقد روى محمد بن يعقوب ، عن علي بن ابراهيم عن رجاله رفعه قال : خرج تميم الدارمي وابن بندي ، وابن أبي مارية في سفر ، وكان تميم الدارمي مسلماً ، وابن بندي ، وابن ابي مارية نصرانيين وكان مع تميم الدارمي خرج له فيه متاع و آنية منقوشة بالذهب وقلادة اخرجهما الى بعض اسواق العرب للبيع فاعنل تميم الدارمي علة شديدة .

فلما حضره الموت دفع ما كان معه الى ابن بندي ، وابن ابي مارية ، وامرهما ان يوصلاه الى ورثته فقدموا الى المدينة ، وقد أخذوا من المتاع الاينية والقلادة وأوصلاسائر ذلك الى ورثته فافقد القوم الاينية والقلادة فقالوا لهما : هل مرض صاحبنا مرضاً طويلاً انفق فيه نفقة كثيراً ؟ قالوا : لا ، مامرض الاياماً قلائل ، قالوا : فهل سرق منه شيء في سفره ، هذا ؟ قالوا : لا ، قالوا : فهل اتجرتجارة خسرفيها ؟ قالوا : لا .

قالوا : قد افتقدنا أفضل شيء كان معه آنية منقوشة بالذهب مكلمة بالجواهر

وقلادة فقالوا : ما دفع الينا فاديناها اليكم فقدموهما الى رسول الله صلى الله عليه وآله فأوجب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عليهما اليمين ، فحلفا فخلى عنهما ثم ظهرت تلك الانية والقلادة عليهما فجاء أولياء تميم الى رسول الله فقالوا : قد ظهر على ابن بندى وابن أبي مارية ما ادعيناه عليهما فانتظر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الحكم من الله في ذلك ، فانزل الله تبارك وتعالى : «بأيهما الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر احدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم ان انتم ضربتم في الارض» .

فاطلق الله شهادة اهل الكتاب على الوصية فقط اذا كان في سفر ولم يجد المسلمين «فاصابتكم مصيبة الموت تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ان ارتبتم لا نشتري به ثمناً ، ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله انا اذا لمن الاثمين» فهذه الشهادة الاولى التي جعلها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم «فان عثر على انهما استحقا اثماً» أي انهما حلفا على كذب «فآخران يقومان مقامهما» يعنى من اولياء المدعى «من الذين استحق عليهم الاريان فيقسمان بالله» يحلفان بالله انهما أحق بهذه الدعوى منهما فانهما قد كذبا فيما حلفا بالله «لشهادتنا أحق من شهادتهما وما اعتدينا انا اذا لمن الظالمين» فأمر رسول الله أولياء تميم الدارمى ان يحلفوا بالله على ما أمرهم فحلفوا فأخذ رسول الله القلادة والانية من ابن بندى وابن أبي مارية ورددهما على أولياء تميم الدارمى «ذلك ادنى ان يأتوا بالشهادة على وجهها أو يخافوا ان ترد ايمان بعد ايمانهم» .

ورواه على بن ابراهيم فى تفسيره مرسلنا نحوه ، ورواه السيد المرتضى فى رسالة الحكم والمتشابهة نقلها عن تفسير النعمانى باسناده الأتى عن علي عليه السلام نحوه ، الا انه قال [تحبسونها من بعد الصلاة] يعنى صلاة العصر - كذا فى الوسائل - .

قال في الجواهر: نعم ، في غير خبر علي بن ابراهيم ان النصرانيين قد ادعيا شرائه عن تميم وانكرهما الورثة .

أقول : لكنى لم أجد ذلك فى الوسائل والمستدرک والظاهر ان الحكم ليس خاصاً بأهل الذمة ، اذ لا يدل عليه الكتاب ، والروايات المطلقة كثيرة ، بالاضافة الى الحكمة المذكورة فيها والمناط ، بل اطلاق الاصحاب أهل الذمة وأهل الكتاب يشمل كل أهل الذمة .

وقد ذكرنا فى [كتاب الجهاد] ان المعلوم من سيرة الرسول صلى الله عليه وآله وسلم وعلى عليه السلام ، ان غير أهل الكتاب أيضاً أهل ذمة ، اذ لا دليل معتدأ به لما اشتهر بينهم من تخيير غير الكتابى بين الاسلام والسيف ، وقد ترك رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم المشركين فى مكة وغيرها ولم يطلب منهم الاسلام أو السيف ، بل على ذلك جرت سيرة المسلمين فى حكوماتهم المستقيمة والمنحرفة كما لا يخفى لمن راجع السيرة والتاريخ ، وقد قال سبحانه : « لا اكراه فى الدين » .

وكيف كان ، فاصرار الجواهر على العدم منظور فيه ، فقد روى الكلينى فى الصحيح ، عن ضريس الكناسى قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن شهادة أهل الملل هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملتهم ؟ فقال : لا ، الا ان لا يوجد فى تلك الحال غيرهم ، وان لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم فى الوصية لانه لا يصح ذهاب حق امرء مسلم ، ولا تبطل وصيته . وعن الشيخ ، عن أحمد بن محمد مثله .

وفى رواية المشايخ الثلاثة ، عن أبي الصباح الكنانى ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : سألته عن قول الله عز وجل : « يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم او آخران

من غيركم» قلت : ما آخران من غيركم؟ قال : هما كافران ، قلت : ذوا عدل منكم؟ قال : مسلمان - كذا في الكافي ، و ترك ذيل الحديث في الفقيه و التهذيب - .

وفي صحيح ابن مسلم، المروي في الكافي ، عن ابن مسلم ، وفي الفقيه، عن عبیدالله الحلبي ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : سألته هل تجوز شهادة أهل ملة من غير أهل ملتهم؟ قال عليه السلام : نعم ، اذا لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهادة غيرهم انه لا يصلح ذهاب حق أحد .

وروي الشيخ ، عن علي بن ابراهيم مثله ، و عن الكافي والتهذيب عن هشام [بن سالم ، أو ابن الحكم] - على اختلاف النسخ - ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، في قول الله عز وجل : « أو آخران من غيركم » قال : اذا كان الرجل في بلد ليس فيه مسلم جازت شهادة من ليس بمسلم على الوصية . وفي رواية أخرى : اذا كان الرجل في أرض غربة لا يوجد فيها مسلم .

و عن أبي اسامة ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن قول الله سبحانه : «شهادة بينكم» الى قوله: «أو آخران من غيركم» قال :هما كافران ، قلت : فقول الله : «ذوا عدل منكم»؟ قال : مسلمان .

وعن زيد الشحام ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : سألته عن قول الله « أو آخران من غيركم»؟ قال : هما كافران .

ولا يقاوم هذه الروايات المطلقة والمعللة والموافقة لظاهر اطلاق الكتاب الاطائفتان :

الاولى : ما حصر بأهل الكتاب والمجوس ، مثل ما رواه يحيى بن محمد عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : اللذان منكم مسلمان ، واللذان من غيركم من أهل الكتاب ، فان لم تجدوا من أهل الكتاب فمن المجوس ، لان رسول

الله صلى الله عليه وآله وسلم سن فيهم سنة أهل الكتاب في الجزية .
 والثانية : ما جعل غيركم مسلمين أيضاً ، مثل ما رواه الصفار في بصائر
 الدرجات ، بسنده الى المفضل بن عمر ، الى أبي عبد الله عليه السلام ، وفيه
 في تفسير الآية ، و ذلك اذا كان مسافراً فحضره الموت اشهد اثنين ذوى عدل
 من أهل دينه ، فن لم يجد فآخرا ان ممن يقرء القرآن من غير أهل ولايته .
 واللازم حمل هاتين الطائفتين على الفضل ، فالمسلم غير أهل الولاية
 أولى ، ثم أهل الكتابين ثم المجوس ثم مطلق الكافر ، وهذا هو الذى يقتضيه
 الجمع الدلالي .

ولذا صرح بعض الروايات بأهل الكتاب فقط ، مثل ما رواه حمزة بن
 حمران ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : سألته عن قول الله عز وجل :
 «ذوا عدل منكم أو آخرا من غيركم» قال : فقال اللذان منكم مسلمان واللذان
 من غيركم من أهل الكتاب .

ومثله غيره ، وحيث لم يفرق في النص والفتوى بين اليهود والنصارى
 لم يكن فرق بينهما ، وان كان الاول أبعد ، قال سبحانه : «لتجدن أشد الناس
 عداوة للذين آمنوا اليهود والذين اشر كوا ولتجدنهم أقر بهم مودة للذين آمنوا
 الذين قالوا انا نصارى» وان كان اخير الآية «ذلك بان منهم» يمنع الاطلاق .
 نعم ، من ينكر نبيين اسوء ممن ينكر نبياً ، وكيف كان فالظاهر انه لا فرق
 بين الكافر الذمي والمعاهد وغيرهما كما اذا كان لا عهد ولازمة -- فرضاً -- فانه
 تصح الشهادة لدى الاضطرار لاطلاق الآية والرواية ولعموم العلة المنصوصة
 والمعقولة .

نعم ، في الشهادة للمسلم يلزم الضرورة وهي واقعي ، والطريق اليها العلم
 أو الحججة ، مثل قيام الثقة بالضرورة ، لكن لايبعد ان يستفاد من الروايات و

خصوصاً المعلمة انه لو كان الميت يزعم الضرورة كفى ، وان لم تكن ضرورة وافعاً ، فقول الجواهر : بل قد يقال : بعدم قبول شهادة أهل الذمة - حال عدم العلم بتحقيق الضرورة التي هي شرط ذلك لظاهر جملة من النصوص والفتاوى الى آخر كلامه غير ظاهر .

نعم ، اذا كان مسلم في مذهبه كفاية أهل الكتاب مطلقاً حكمنا بمذهبه لقاعدة الالزام ، لافي ما اذا كان مؤمن غير مبال مذهبه عدم الكفاية الالضرورة لكنه وصى بشهادتهما من غير ضرورة .

ثم انسه قد تقدم ان مقتضى بعض الروايات و المناط تقدم قبول شهادة المسلمين الفاسقين من غير جهة الكذب على الكافرين ، وهذا هو المحكي عن العلامة ، وكذلك مجهول الاسلام والكفر على واضح الكفر ، والمخالف على الكافر .

نعم ، لو دار بين المسلم الكاذب والكافر غير الكاذب قدم الثاني لاطلاق دليل الثاني بعد عدم شمول دليل الاول ، فقول الجواهر : الظاهر : ان يتمكن من المسلمين الفاسقين ولو بغير الجنائية والكذب كعدمه لعدم قبول شهادتهم ولو في حال الاضطرار ، محل نظر .

وبهذا يظهر ، انه لو كان مسلم فاسق من غير جهة الكذب وكافر ان ضم أحدهما اليه ، ولو دار بين امرأتين مسلمتين وكافر وبين كافر ان قدم الاول لما يستفاد من تأخر رتبة الكافر ، فقول الجواهر : والظاهر تحقق الضرورة ، وان تمكن من النساء الثلاثة التي يثبت بها ثلاثة ارباع الموصى به فضلاً عن الاثنتين والواحدة لظهور النصوص في ان المقدار قبولها على عدم التمكن مما يثبت به تمام المطلوب من المسلمين وهو متحقق في الفرض ، محل منع ، كيف و الضرورات تقدر بقدرها .

نعم ، اذا كانت امرأة واحدة لم تنفع ، اذ هي مع كافر واحد لا يثبت بهما الوصية .

نعم الظاهر ان الاضطرار حاصل ، وان تمكنت من تضعيف الوصية أربعة أضعاف مما يمكن به اثبات كلها ، و ذلك لصدق الاضطرار ، كما أفتى به الجواهر ، لكننا قد ذكرنا في [كتاب الشهادات] عدم البأس بالتضعيف للمرأة الواحدة لاثبات الحق ، فان أدلة حرمة الكذب لا تشمل مثل المقام ، فقول الجواهر الظاهر انه لا يجوز للمرأة العاملة بقدر الموصى به وانه لا شريك لها في الشهادة تضعيف المشهود به على وجه يصلح للموصى له مقدار مما أوصى به للكذب المحرم الذي مثل ذلك لا يعد مصلحة لتسوية لعدم الظلم بمنع مما لم يثبت شرعاً كونه له ، وان كان في الواقع انه له -- انتهى .

محل نظر ، فان الشهادة بحيث لا يصلح حق الطرف ، مثل عدم الشهادة و المعيار في الشريعة المحفوق .

ولذا قال صلى الله عليه و آله و سلم : فقد اقتطعت له قطعة من النار . و بعض الروايات تدل على جواز الكذب في مثل المقام فراجع [كتاب الشهادات] كما يشمله اطلاق جواز الكذب في الاصلاح ، وهل حال المرتد حال الكافر؟ الظاهر ذلك ، لاطلاق الادلة السابقة و وجوب قتله لا يمنع ذلك ، كما ان الكافر لو وجب قتله لقصاص ونحوه لم يمنع ذلك قبول شهادته .

أما المرأة الكافرة ، فالظاهر ان حالها حال المرأة المسلمة جمعاً بين دليلي كون المرأة الربيع وقبول شهادة الكافر .

ثم في مثل مورد الرواية ان ادعى البيع لهما أو سائر وجوه الانتقال ، فان انكر الوارث كانا مدعين ، وان قال الوارث : لا اعلم كان له ان يحلف على عدم علمه اذا لم تكن لهما بينة ، كما في كل مورد يدعي المدعي انتقال الشيء من

المورث اليه مع علم الوارث بالعدم او عدم علمه، وقد ذكرنا في [كتاب الشهادات] ان الادعاء على الميت يحتاج الى اليمين بالاضافة الى البيعة .
ثم الظاهر اشتراط الوثيقة في الكافرين وهي تحصل بعدم معرفتهما بالكذب وان كانا فاسقين حتى في دينهما، لعدم الدليل على أكثر من ذلك .

وهذا هو الظاهر من خبر حمزة بن حمران، قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل: «ذوا عدل» قال: اللذان منكم مسلمان واللذان من غيركم من اهل الكتاب، وقال: انما ذلك اذا مات الرجل المسلم بأرض غربة وطلب رجلين مسلمين ليشهدهما على وصيته فلم يجد مسلمين فليشهد على وصيته رجلين ذميين من اهل الكتاب مرضيين عند اصحابهما، اذ المستفاد من المرضي ليس اكثر من ذلك بقريظة الحكم والموضوع فاعتبار جماعة عدلتها في دينهما غير ظاهر الوجه، وهل يعتبر حلفهما مطلقاً او بعد صلاة العصر مطلقاً، او مع الريبة فيهم احتمالات، الظاهر ذلك مع الريبة، كما في الآية وبعض الروايات، وقد افتى به العلامة والكركي وغيرهما كما حكى عنهم .

ففي خبر يحيى بن محمد المروي في الكافي والفقيه وغيرهما - كما في الوسائل - عن الصادق عليه السلام [الى ان قال]: وذلك اذ مات الرجل في ارض غربة فلم يوجد مسلمان اشهد رجلين من اهل الكتاب يحبسان بعد الصلاة [العصر: ية] فيقسمان بالله لانشتري به ثمناً، ولو كان ذا قرنى ولانكتم شهادة الله انا اذاً لمن الاثمين، وذلك اذا ارتاب ولي الميت في شهادتهما، فان عثر على انهما شهدا بالباطل فليس له ان ينقض شهادتهما حتى يجيء شاهدان يقومان مقام الشاهدين الاولين فيقسمان بالله لشهادتنا احق من شهادتهما، وما اعتدينا انا اذاً لمن الظالمين، فاذا فعل ذلك نقضت شهادة الاولين وجازت شهادة الاخرين يقول الله عز وجل: «ذلك ادنى ان يأتوا بالشهادة على وجهها او يخافوا ان ترد

إيمان بعد إيمانهم» .

وبذلك يظهر، ان اطلاق الحلف ولو بدون الريبة او عدم الحلف أو عدم لزوم الحلف بعد صلابة العصر ليس مما قام عليه دليل، فقول الجواهر: قد يقوى في النظر خلافه لا لطلاق جملة من النصوص معتضداً بخلو فتوى المعظم عن ذلك على وجه يعلم منه عدم اعتباره، ثم حمله على النسخ او النذب، فيه كفاية الآية، ولادابيل على النسخ وظاهر الامر الوجوب وعدم تعرض بعض النصوص لايقيد، كما ان خلو كلام جملة منهم لايقاوم ذلك .

وعليه فاللازم ان يكون الحلف بعد صلابة العصر وبالصيغة المذكورة في الآية، الا ان كان لهما لغة اخرى، فاللازم تفسير ذلك لعدم فهم خصوصية اللمغة العربية من الآية المباركة، وهل اللازم اجتماع الناس، كما فعله رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم؟ الظاهر لا، اذ الفعل لايدل على الوجوب بعد عدم وجود دليل آخر، وان لم يستبعد استحبابه تأسيماً .

ثم انه اذا اوصى في حال امكان المسلمين ثم مات حين لم يكن مسلم لم تكف تلك الوصية، قال سبحانه: « ان انتم ضربتم في الارض فاصابكم مصيبة الموت » كما انه لو اوصى حين زعم انه يموت ولا مسلم ثم وجد المسلم قبل ان يموت لم ينفع لانه خلاف الآية والنص والفتوى، وهل الحكم كذلك اذا زعم الموت حيث لا مسلم، ثم اغمى عليه ووجد المسلم ثم مات، لايبعد ذلك لوحدة الملاك .

وكيف ذن، فظاهر الآية الكريمة بمعونة الروايات والفتاوي يعطى ثلاثة فروع رئيسية :

الاول : ان الانسان اذا اصابه مرض الموت ولا مسلم يشهده على وصيته صح له ان يشهد كافرين، فاذا شهد الكافر ان بما اوصى قبل كلامهما .

الثاني: اذا شك الولي للميت في شهادتهما ، وهل ان ميته اشهدهما على ذلك ام لا؟ احلف الحاكم الشاهدين بالكيفية المذكورة في القرآن الحكيم وبعد الحلف المذكور اخذ بشهادتهما المؤكدة بالحلف .

الثالث : اذا ظهر للمحاكم قرائن تدل على كذب الشاهدين وطلب الولي نقض الحكم، وابطال الوصية، فالحاكم لاينقض الحكم بمجرد ذلك، ولايبطل الوصية ، بل يأتي شاهدان من الاولياء يحلفان ببطلان شهادة الكافرين ، وحين ذاك يبطل الحاكم الوصية وينقض حكمه السابق ، وعليه فالآيات المباركات اشتملت على امرين :

الامر الاول: صحة الاشهاد للكافر على الوصية اذا لم يكن مسلم.

الامر الثاني: ان شهادتهما مأخوذ بها، بدن حلف [اذا لم يكن شك] أو مع حلفهما [اذا كان شك] وتبطل شهادتهما [اذا ادعى الولي بطلان شهادتهما ، و حلف وليان على البطلان] ونزلت الاية في القصة المتقدمة عن علي بن ابراهيم باعتبار الامر الثاني ، وقوله : « من الذين استحق عليهم الاوليان » أي يحلف آخران من الورثة الذين استحق عليهم المال ، والاوليان ، فاعل استحق أي الاولى بالميت من الورثة ، وقوله سبحانه : « ذلك » أي جعل الحكم هكذا قبول شهادة الكافر، وحلفه، وردة بالشهادة من الولي ، اذا عثر على كذبه ، فانا قد جعلنا الحكم [ذلك] ليرغبوا في الصدق [حيث ان الاعتماد على الكافر يرغبه في ان يصدق، فان الانسان يريد عدم خيبة ظن من جعل اعتماده فيه] أوليخافوا من التكذيب والى الاول أشار بقوله: «أدنى . . » والى الثاني أشار بقوله: «أو يخافوا . . » هذا حسب ما ظهر من معنى الاية الكريمة ، والله العالم بحقيقة مراده .

ثم الظاهر وجوب اشهاد الذميين ونحوهما، اذا كانت الوصية واجبة على

الموصي، وقد ذكرنا في اول الكتاب وجوب الوصية في بعض الاحيان، ولو شك في الوصية ولم يحلفا لم تنفذ الوصية لظهور الآية والرواية في ان التنفيذ معلق على الحلف.

ولافرق في ازوم حلفهما ترتيبا كل الورثة، أو بعضهم للاطلاق، ولو لم يكن شاهدان يقومان مقامهما عندما عثر على انهما استحقا اثماً، لم ينقض الحكم آية ورواية .

والظاهر ان شهادة غير الوليين ببطلان شهادتهما كاف في النقض لاطلاق أدلة البينة بعد وجود المناط في البينة الغربية .

ولو وصى بدون مرض الموت ثم مات فجأة أو بمرض فهل الحكم كذلك؟ لا يبعد لعدم فهم الخصوصية.

قال في الجواهر: ويقوى أيضاً عدم اعتبار السفر في قبولها أيضاً وفقاً للاكثر، بل في ظاهر المتن في باب الشهادة الاجماع عليه ، بل في الرياض لم أجد فيه مخالفاً الا نادراً ، وان تضمنته الآية الا انه خارج مخرج الغالب فلا يصلح لتقييد ما دل على قبولها في السفر والحضر من النصوص.

أقول: وهو كذلك، وقد تقدم بعض المصوص المطلقة، والعمدة عدم فهم العرف الخصوصية فكيف باعتبار ان يكون السفر شرعياً موجباً للمقصر حتى لا يصح ذلك في العاصي بسفره أو كثير السفر أو مادون المسافة أو ما أشبهه.

فقد روي الدعائم، عن ابي جعفر عليه السلام. قال: اذا كان الرجل بأرض ليس بها مسلم فحضره الموت فاشهد شهوداً من غير أهل القبلة على وصيته فحلف الشاهدان بالله ماشهدنا الا بالحق ، وان فلاناً اوصى بكذا وكذا، وهو قول الله عزوجل: «اثنان زوا عدل منكم» الى قوله: «فيقسمان بالله» الآية.

ثم الظاهر ان الحال كذلك اذا لم يحضره الموت الا انه يعلم انه سيصيبه

شلل لا يتمكن من الوصية عند المسلمين او حدة الملاك، والظاهر ان حال الوقف حال الوصية اذا اراد ان يوقف في مكان لا يوجد فيه مسلم، وهل الحكم كذلك اذا اراد الوصية، او الوقف فيما ليس فيه مسلم، لذلك المكاثم يسافر، مثلاً ذهب الى بلاد روسيا التي لا يتمكن من المسلم فيها فأراد جعل وقف هناك أو وصية بمال له هناك مما اذا رجع لم يقدر على تلك الوصية أو الوقف الظاهر ذلك، اذا الوقف والوصية يثبتان في عالم الثبوت.

أما في عالم الاثبات فهناك يكفي شهادة الكافرين و لا حاجة للاثبات في مكانه الذي يرجع اليه ، فان اشهاد الكفار ليس حراماً، وانما لا يثبت به عند الاختلاف وانكار الورثة ، ولذا لو أشهد كافرين عند وجود المسلم وقبل بهما الورثة لم يكن بذلك بأس، ولا فرق بين ان يكون الموصي رجلاً او امرأة او طفلاً تقبل وصيته لبلوغه عشرأ كما تقدم.

وإذا تمكن الموصي من المخابرة تلفونياً في مثل هذه الازمنة فيستشهد مسلمين لم ينفع اشهاد الكافرين لانه لا يعذر المسلم، والمفهوم من النص و الفتوى تعذر المسلم، كما انه اذا تمكن من الكتابة بما يثبت وصيته لم تصل النوبة الى الكافرين، حيث ظاهر النص والفتوى الاضطرار .

قال في الجواهر: ولو شهد عدل و ذمي فالاقرب وجوب اليمين حينئذ، كما في القواعد، ولعله لعدم تمام الحججة بهما، وان كان العدل أولى من الذمي لكنه خارج من مفروض المشروعية، ولا عبرة بمثل الاولوية المزبورة ، بل هي في الحقيقة قسم من الاستحسان .

أقول: ان كان فيما ليس فيه الا الكفار كفى ، لان المسلم أولى من الذمي الثاني، حيث لا اضطرار الى الذمي الثاني، والضرورات تقدر بقدرها، وان كان فيه المسلمون كان الذمي غير كاف واحداً كان او اثنين.

(مسألة - ٢٣ -) قال في الشرائع: تقبل في الوصية بالمال شهادة الواحد مع اليمين ، او شاهد وامرأتين وتقبل شهادة الواحد في ربع ماشهدت به ، و شهادة اثنتين في النصف ، وشهادة الثلاث في ثلاثة الارباع ، وشهادة الاربع في الجميع .

قال في الجواهر : من غير خلاف في شيء من ذلك ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه فضلا عن محكيه ، وقد قال : قبل ذلك الحكم موضع وفاق ، وقال في الاولين : لان الضابط الكلبي ثبوت المال مطلقاً بذلك [الشاهد و اليمين، والشاهد والمرثان] والوصية بالمال من افراده، الى آخره .

نعم، عن النافع التردد في الثبوت بالواحد مع اليمين، وفي الجواهر انه في غير محله .

و كيف كان ، فيدل على قبول الشاهد الواحد مع اليمين جملة من الروايات :

مثل مارواه منصور بن حازم عن ابي عبد الله عليه السلام قال: كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقضي بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق.

وعن حماد بن عيسى قال : سمعت ابا عبد الله عليه السلام، يقول : حدثني ابي عليه السلام، ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قضى بشاهد ويمين .

وفي رواية عبد الرحمان بن الحجاج، قال: دخل الحكم بن عتيبة وسلمة بن كهيل على أبي جعفر عليه السلام، فسألاه عن شاهد ويمين؟ فقال: قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، وقضى به علي عليه السلام عندكم - الحديث.

وعن العباس بن هلال، عن ابي الحسن الرضا عليه السلام قال: ان جعفر بن محمد عليهما السلام قال له ابو حنيفة: كيف تقضون باليمين مع الشاهد الواحد؟ فقال جعفر عليه السلام: قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقضى به

علي عليه السلام عندكم - الحديث . الى غيرها من الروايات ، وقد فصلنا الكلام حول ذلك في [كتاب الشهادات] .

كما انه يدل على قبول الشاهد مع المرأتين جملة من الروايات :
مثل مارواه الحلبي ، عن ابي عبد الله عليه السلام انه سأل عن شهادة النساء في النكاح ؟ فقال : تجوز اذا كان معهن رجل ، وكان علي عليه السلام ، يقول : لا اجيزها في الطلاق ، قلت : يجوز شهادة النساء مع الرجل في الدين ؟ قال عليه السلام : نعم -- الحديث .

وفي تفسير العسكري عليه السلام ، عن امير المؤمنين عليه السلام ، في قوله تعالى : « ان تضل احدهما فتذكر احدهما الاخرى » قال : اذا ضلت احدهما عن الشهادة فنسيتها ذكرت احدهما الاخرى بها فاستقاما في اداء الشهادة عند الله شهادة امرأتين بشهادة رجل . الى غير ذلك ، مما ذكرناه في [كتاب الشهادات] .

واما شهادة المرأة الواحدة والثنتين والثلاث كما تقدم ، فيدل عليه جملة من الروايات :

مثل مارواه المشايخ الثلاثة ، عن ربيعي ، عن ابي عبد الله عليه السلام ، في شهادة امرأة حضرت رجلا يوصى ليس معها رجل ؟ فقال عليه السلام : يجاز ربع ماوصى بحساب شهادتها .

ومارواه الكافي والتهذيب ، عن ابان ، عن ابي عبد الله عليه السلام ، انه قال : في وصية لم يشهدا الا امرأة فأجاز شهادتها في الربع من الوصية بحساب شهادتها .

وعن محمد بن قيس ، عن ابي جعفر عليه السلام ، قال : قضى امير المؤمنين عليه السلام ، في وصية لم يشهدا الا امرأة ان تجوز شهادة المرأة في ربع

الوصية اذا كانت مسلمة غير مريبة في دينها .

والمفهوم من هذه الروايات ان بالمرأتين يثبت النصف ، و يؤيده ما دل على ان المرأتين حالهما حال رجل واحد كما تقدم هنا ، وفي [كتاب الشهادات] ويفهم منهما حال شهادة ثلاث وأربع ، والذا لم يختلف المشهور في ذلك ، و يؤيده كون الحكم كذلك في الميراث

نفي رواية ابن سنان ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، يقول : تجوز شهادة القابلة في المولود اذا استهل وصاح في الميراث ، ويورث الربع من الميراث بقدر شهادة امرأة واحدة ، قلت : فان كانت امرأتين؟ قال : تجوز شهادتهما في النصف من الميراث .

وفي رواية اخرى : ان كانت امرأتين تجوز شهادتهما في نصف الميراث ، وان كن ثلاث نسوة جازت شهادتهن في ثلاثة أرباع الميراث ، وان كن أربعاً جازت شهادتهن في الميراث كله . الى غير ذلك .

ولا يعارض ذلك جملة من الروايات المخالفة لاعراض المشهور عنها مما يوجب حملها على بعض المحامل .

مثل ما رواه عبد الرحمان ، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام ، عن المرأة يحضرها الموت ، وليس عندها الا امرأة تجوز شهادتها ؟ قال : تجوز شهادة النساء في العذرة والمنفوس ، وقال : تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجل . وقد حملها الشيخ على عدم جواز شهادتها في الكل ، كما ان الوسائل حملها على ارادته عليه السلام القبول ، حيث تقبل فيما هو اعظم كالعذرة والمنفوس والحدود ، واحتمل الحمل على التقيية .

وعن عبد الله بن سنان ، قال : سألته عن امرأة حضرها الموت وليس عندها الا امرأة أتجوز شهادتها؟ فقال : لا تجوز شهادتها الا في المنفوس والعذرة .

وقد حملته الشيخ على الوجه السابق والوسائل على امكان حملها على الاستفهام الانكاري، أو على ماسوى الوصية .

ومارواه الهمداني، قال : كتب أحمد بن هلال الى أبي الحسن عليه السلام امرأة شهدت على وصية رجل ولم يشهدا غيرها ، وفي الورثة من يصدقها ومنهم من يتهمها؟ فكتب عليه السلام: لا، الا ان يكون رجل وامرأتان، وليس بواجب ان تنفذ شهادتها .

وقد حملها الشيخ على ماتقدم، والوسائل احتمال الحمل على عدم كونها مرضية بقرينة التهمة .

وفي الجواهر: انها قاصرة عن المقاومة لتلك من وجوه، فلا بأس بطرحها أو حملها ، والظاهر ان ذلك في مقام الشهادة لا الادعاء ، وان دل على القبول في الادعاء مارواه الحلبي، قال: سألت أبو عبد الله عليه السلام، عن امرأة ادعت انه أوصى لها في بلد بالثلث وليس لها بيعة؟ قال عليه السلام: تصدق في ربع ما ادعت. الا ان ذلك محمول على الاطمينان بقولها، أو ارادة الوارث عدم حرمانها. لان ذلك أفضل من الطرح - .

لكن في الوسائل يمكن حمل الدعوى هنا على الشهادة للغير، ويكون اللام في [لها] بمعنى [الى] يعني أوصى اليها بالثلث لتدفعه الى غيرها، فيكون دعوى لنفسها وشهادة لغيرها، ويحتمل الحمل على الاستحباب بالنسبة الى الوارث .

ثم الظاهر قبول الشهادة ربعاً ونصفاً وثلاثة ارباع حتى في ان تشهد انها وصت بوقف دارها، أو وصت باعطائها من باب نذرها، أو ما أشبه ذلك للاطلاق أو المناط، ولا يبعد قبول شهادة الرجل الواحد في النصف ، حيث دل الدليل المتقدم على انه بمنزلة امرأتين، وعن الفاضل وثاني الشهيدين وغيرهما الثبوت به، ولكن في الجواهر عدم ثبوت الربع به، فضلاً عن النصف لابتناء الحكم

على مصالح يقصر العقل عن ادراكها ، وفيه : ان الكلام في الظهور لدي القاء الكلام الى العرف .

ومن ذلك يظهر ، قبول شهادة الخنثى المشكل في الربع ، وان اشكل فيه الجواهر لاحتمال رجوليته ، نعم قال : واما الخنثيان فيثبت الربع فقط والثلاثة ثلاثة ارباع والاربعة تمام المشهود عليه .

اقول : وذلك لان الخنثين اما كلاهما الرجل فيثبت الكل [فالربع ثابت قطعاً] أو كلاهما امرأة او احدهما امرأة ، وفي كل حال يثبت الربع ، وفي الثلاثة ان كان الكل رجلا ثبت الكل [وفيه ثلاثة ارباع] وان كان اثنان رجلا ثبت الكل ، وان كان واحد رجلا ، فرجل وامرئتان ، يثبت الكل ، وان كانت الثلاثة امرأة ثبت ثلاثة ارباع ، لكن يرد عليه انه لو كان طبيعة ثالثة لم يشمله لادليل الرجل ، ولادليل المرأة فكلامه مبني على انه احدي الطبيعتين ، وفي المسالك جعل الخنثى كالمراة .

والظاهر انه لاحاجة الى يمين الواحدة والاكثر لاطلاق النص والفتوى ، كما اعترف به الجواهر ، خلافاً للنذكرة حيث قال بالاحتياج ، كما في شهادة الرجل الواحد .

وفيه : انه خلاف الادلة والنتظير بالرجل مع انه مع الفارق ، حيث يثبت بالواحد واليمين الكل لا البعض ، أشبه بالقياس ، وهل يشترط في قبول شهادتهن فقد الرجال كما عن الشيخ وابن ادريس والاسكافي وكأنه للانصراف وانه القدر المتيقن ام لا ؟ كما ذهب اليه غير واحد للاطلاق ، ولاوجه للانصراف ولااجمال حتى يتمسك بالقدر المتيقن احتمالان ، وان كان الثاني اظهر ، كما اختاره الجواهر .

وعليه فاذا كان هناك رجل وامراة ولم يشهد الا المرأة ، وان كان تقبل شهادة

الرجل لو شهد، رتب الحكم المذكور عليها .

ثم انه لا اشكال في اشتراط العدالة لاطلاق ادلتها وبعض الايماآت في المقام كما تقدم، وبذلك افتى الجواهر وغيره .

والظاهر قبول شهادة الدمية فيما يقبل فيه شهادة ذكورهم ، لانه مقتضى الجمع بين ادلة المقام وادلة قبول شهادتهم كما تقدم، وان نفاه الجواهر اقتصاراً فيما خالف الضوابط على المتيقن وهو ذكور اهل الذمة ولو مع فقد ذكورهم وذكور المسلمين ونسائهم .

قال في المسالك: والمرأة الواحدة لو علمت بالحال فاضعفت المال حتى صار ربعه قدر الموصى به قبل ظاهراً ، ولكن لا يجوز لها تضعيفه لذلك للكذب .

اقول : وقد يقال : باباحة مثل هذا الكذب ، لان المحرم ما كان في فساد ، لا في صلاح .

قال داود بن حصين، سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول: اذا شهدت على شهادة فأردت ان تقيمها فغيرها كيف شئت ورتبها وصححها بما استطعت حتى يصبح الشيء لصاحب الحق بعد ان لا تكون تشهد الابحقة ولا تزيد في نفس الحق ما ليس بحق ، فانما الشاهد يبطل الحق ويحق الحق و بالشاهد يوجب الحق وبالشاهد يعطى ، وان للشاهد في اقامة الشهادة بتصحيحها بكل ما يجد اليه السبيل من زيادة الالفاظ والمعانى والتفسير فى الشهادة بانسه يثبت الحق ويصححه ، ولا يؤخذ به زيادة على الحق، مثل اجر الصائم القائم المجاهد بسيفه فى سبيل الله .

ورواه ابن ادريس فى آخر السرائر - كما فى الوسائل - الى غيرها من الروايات الموجودة فى الوسائل فى باب جواز تصحيح الشهادة بكل وجهه

يجيزها القاضي اذا كان حقاً .

أما روايات حرمة شهادة الزور فانها منصرفة الى ماتوجب ابطال الحق .
مثل ما رواه هشام بن سالم، عن ابي عبد الله عليه السلام، قال: شاهد الزور
لاتزول قدماه حتى تجب له النار .

وعن صالح بن ميثم ، عن ابي جعفر عليه السلام ، قال : مامن رجل يشهد
شهادة زور على مال رجل مسلم ليقطعه الا كتب الله له مكانه صكاً الى النار . فراجع
باب تحريم شهادة الزور في الوسائل وغيره .

بل ربما يعد ذلك من التسبب الى اباحة الفرج الحرام، مثلاً: اوصى عندها
بأربع من امائه لزيد، فاذا شهدت بذلك تصرف في ثلاث منها الورثة، ويقول:
المطلع على ذلك انت المسببة لاباحة تلك الفروج، والله سبحانه العالم .

(مسألة - ٢٤ -) هل يثبت بشهادة الواحدة والاثنين والثلاث الولاية؟
المشهور ذهبوا الى عدم مطلقاً، للاصل السالم عما يدل على القبول، قال عليه
السلام: والاشياء كلها على ذلك حتى تستبين او تقوم به البينة . لكن في
الجواهر قد يناقش بأنها قد تتضمن المال، كما اذا اراد الوصى اخذ الاجرة
والاكل بالمعروف بشرطه، وبأن الولاية وان لم تكن مالا، لكنها متعلقة به
كبيعه واجارته واعارته، ونحو ذلك ومن ذلك يتجه القول بالقبول لعموم ما
دل على قبول خبر العدل الشامل للذكر والانثى ولو بقاعدة الاشتراك .

أقول: قوله لعموم ترقى عن الدليل الاول، وكأنه أراد وجود الدليل
الخاص والعام، وما ذكره هو مقتضى القاعدة، ولعل ادعاء المسالك عدم الخلاف
في عدم القبول ناظر الى ما ليس فيه مال، بل مجرد الولاية .

وكيف كان، فقد ذكرنا في [كتاب الشهادات] انه لو كانت الوصية بالمال
فلم يمكن انفاذها بالربع أو النصف أو ثلاثة الارباع، كما لو أوصى بأن توقف

داره أو يعطى لزيد مائه ليحج عنه أو ما أشبهه ، حيث ان ربع الدار ليست قابلة للوقف وربع المائة ليس قابلاً لاجرة الحج ، حيث ان اللازم صرفه في المشابه كاشتراء مكان آخر لوقفه مسجداً بربع ثمن تلك الدار، أو الاقرب ، مثل الحج الميقاتي عنه اذا كفى الربع له أو صرفه في وجوه الخير .

ويدل على ذلك بالاضافة الى ارتكاز الموصي بعض الروايات :

مثل ما عن علي بن يزيد صاحب السابري قال : أوصى الي رجل بتركته وأمرني ان أحج بها عنه فنظرت في ذلك ، فاذا هوشيء يسير لا يكون للحج [الي ان قال:] فسألت أبا عبد الله عليه السلام ، فقال لي : ما صنعت بها ؟ قلت : تصدقت بها ، قال : ضمننت أو لا يكون يبلغ ان يحج به من مكة فان كان لا يبلغ ان يحج به من مكة فليس عليك ضمان ، وان كان يبلغ ان يحج به من مكة فانت ضامن .

ثم ان مما تقدم يعلم قبول شهادة العدل الواحد مع اليمين في الوصية بالمال أو الولاية المستلزمة له ، لاطلاق أدلته ، وحيث قد فصلنا الكلام في ذلك في باب الشهادات لم يكن داع لتكراره .

وقال الجواهر عند قول الشرائع : [هل تقبل شهادة الواحد مع اليمين فيه تردد اظهره المنع] عند المصنف خاصة في الكتاب خاصة ، وفي المسالك قد قطع الاصحاب بالمنع من غير نقل خلاف في المسألة ، وعن الرياض ان النصوص متفقة الدلالة على انحصار قبولهما في الحقوق المالية .

أقول : لكن بعض النصوص مطلقة ، كما تقدم بعضها في المسألة السابقة . ثم ان مما تقدم يظهر ، حال ما اذا كان المال ، أو الولاية المستلزمة للمال ، جزءاً من الوصية معيناً أو مردداً ، ففي المعين يثبت ربع المال باحداهن ، وهكذا دون غير المال ، وفي الثاني ان اضطرار الوارث الاخذ بالمال قبل شهادتها في ربه ، وان اراد غير المال لم تقبل ، مثلاً : قالت : انه أوصى بأن يزور الوارث

عنها زيارة الامام الحسين عليه السلام ، أو يعطي ديناراً للمفقير ، فانه اذا لم يقدر على زيارة الامام الحسين عليه السلام كان عليه اعطاء ربع دينار لان حاصل الوصية انه اوصى بلزوم الدينار عند عدم زيارته للامام الحسين عليه السلام ، فتأمل .

(مسألة - ٢٥ -) قال في الشرائع : ولا نقبل شهادة الوصي فيما هو وصي فيه ، ولا ما يجربه نفعاً أو يستفيد منه ولاية .

وقال في المسالك : ان هذا هو المشهور بين الاصحاب لا يعلم فيه مخالف الابن الجنيدي ، فانه قال شهادة الوصي جائزة لليتيم في حجره ، وان كان هو المخاصم للطفل ولم يكن بينه وبين المشهود عليه ما يرد شهادته عليه ، ومال اليه الفاضل المقداد في شرحه ، ولا بأس بهذا القول [الى ان قال:] الا ان العمل بالمشهور متعين .

وعن الرياض انه حسن ان باع الشهرة الاجماع ، كما هو الظاهر من الشهيد الثاني ، والا فمختار الاسكافي لعلة اجود لبعده التهمة من العدل ، حيث انه ليس بمالك ولم يكن اجرة على عمله في كثير من الموارد .

أقول : ويدل على قول المخالف جملة من الروايات :

مثل مارواه الشيخ ، عن الحلبي قال : سأل أبو عبد الله عليه السلام ، عن امرأة ادعت انه اوصى لها في بلد بالثلث وليس لها بينة ؟ قال : تصدق في ربع ما ادعت . وللمكاتبة المرورية في الفقيه في باب شهادة الوصي للميت وعليه دين ، وفيها : وكتب اليه عليه السلام : أيجوز للوصي ان يشهد لو ارث الميت صغيراً او كبيراً بحق له على الميت ، او على غيره وهو القابض للوارث الصغير ، وليس للكبير بقابض ؟ فوقع عليه السلام : نعم ، وينبغي للوصي ان يشهد بالحق ولا يكتفم شهادته .

قال في الجواهر : وظاهر الصدوق العمل بها ، وحيث ذكرنا تفصيل المسألة

فى [كتاب الشهادات] لم يكن وجه لتكراره .

ومما تقدم يعلم ، وجه قول الشرائع : ولو كان وصياً فى اخراج مال معين فشهد للميت بما يخرج به ذلك المال من الثلث لم تقبل .

قال فى الجواهر : لما فيها من اثبات حق له ، واوضحه المسالك بقوله : كما لو اوصى اليه باخراج الف درهم والتركة ظاهراً الفان فشهد الوصى على ان للميت على احد الفاً مثلاً ، فان قبول هذه الشهادة يستلزم اخراج الالف المجموع وصياً فيهما من الثلث ونفوذ الوصية فلا تقبل ، ولا يشترط فى المنع خروج جميع ما اوصى به من الثلث بل متى كان الثلث قاصراً عن الوصية ولم يجز الوارث فشهد الوصى بمال الميت مردودة ، وان قل ، لان زيادة المال توجب زيادة النافذ من الوصى به ، وان لم ينفذ جميعه .

اقول : وعليه فاذا قبل الوارث اعطائه الالف قبلت شهادة الوصى ، لانه سواء شهد اولم يشهد كانت له الولاية على الالف ، اما اذا لم يقبل الوارث لم تقبل شهادته ، اذ مع صحة شهادته يكون له النفوذ على الالف ، ومع عدم قبول شهادته يكون له النفوذ على ثلثى الالف ، وان قال الموصى : ان اعطى المنكر الالف اعطى ثلثى الالف ، وان لم يعط اعطى الالف لم تكن شهادته تجزئ نفعاً اليه ولذا تصح مطلقاً ، نعم اذا قبل الوارث اعطى الفاً وان لم يقبل اعطى ثلثى الالف .

فصل

فى الموصى له

وفيه مسائل :

(مسألة - ١-) المشهور قالوا بالفرق بين الوصية للمعدوم فلا تصح وبالمعدوم - كما اذا وصى ان يكون لزيد ثمرة بستانه التى يحملها بعد سنة - فتصح ، وقالوا الوصية التمليلية لا تصح للمعدوم .

اما العهدية فتصح ولا كلام لنافى ما ذكره واصحته من [بالمعدوم] و[العهدية] اذ الصحة فيهما على القاعدة ، وانما الكلام فى عدم الصحة فى التمليلية للمعدوم فقد استدل المشهور لذلك بامور :

الاول : الاجماع المدعى ، قال فى الجواهر فى شرح قول الشرائع : [ويشترط فيه الوجود ، ولو كان معدوماً لم تصح الوصية له ، كما لو أوصى لميت ، أو لمن ظن وجوده فبان ميتاً عند الوصية ، وكذا لو أوصى لما تحمله المرأة] ولمن يوجد من اولاد فلان [بلا خلاف أجده فى شيء من ذلك ، بل عن نهج الحق والتذكرة الاجماع عليه] .

الثاني : الاصل ، فان الخارج منه هو صورة وجود الموصى له ، أما غيره

فبإق تحث الاصل .

الثالث : ان الملك صفة وجود لا تقوم الا بالوجود ، والمعدوم ليس بوجود ، فيكون مرجع صحة الوصية للمعدوم ان يبقى الملك بلا مالك .
الرابع : اذا أوصى ببستانه لولد زيد الذي سيوجد ومات الموصي لم يكن البستان للمورثة وللوالد الولد ، ولا يعقل ان يكون المولد ، لان ثبوت شيء لشيء فرع ثبوت المثبت له .

الخامس : ان مثل تلك الوصية لم تثبت من الشارع ، بل الثابت خلافه .
السادس : انه لافرق بين الوصية وبين الهبة والبيع وغيرهما ، فكما لا يصحان بالنسبة الى المعدوم لاتصح الوصية بالنسبة اليه ، وفي الكل ما لا يخفى .
اذيرد على الاول : ان الاجماع محتمل الاستناد ، بل ظاهره حيث يعلمون الاجماع بتلك الأدلة فانظر الجواهر وغيره بالاضافة الى ان بعضهم كجامع المقاصد وغيره أشكلوا في ذلك .

وعلى الثاني : ان الاصل لا مجال له مع وجود الدليل وهو اطلاقات أدلة الوصية بدون مقيد ونحوه .

وعلى الثالث : ان الملك أمر اعتباري وهو خفيف المؤنة ، فاذا اعتبره العقلاء كان كافياً والعقلاء يعتبرون ذلك ، ولذا قال الجواهر : لو ان الشارع شرع الوصية التمليلية على هذا الوجه لم يكن بأس في تملك المعدوم لها على الوجه المزبور ، الا انه لم يثبت من الشارع ذلك فيها ، بل الثابت خلافه .
أقول : من أين ان الثابت خلافه ؟ وقد عرفت انه لادليل على الخلاف الا ما ذكره الكل منظور فيه .

وعلى الرابع : ان ما يقال : في الوقف المنقطع الوسط يقال : هنا ، كما اذا وقف على ذكور ذريته من بنيمه أو بناته ، وكان في زمان متوسط لابنين

ثم حصلت إحدى بناته على ولد مع ان الوقف على البطون ملك ، كما قالوا ،
والسر ما تقدم من خفة المؤنة في الامور الاعتبارية وانها باعتبار العقلاء فحيث
اعتبروا صح والشارع لم يردع ، بل اطلاقات ادلة الوصية تشمله .
وعلى الخامس : ما عرفت .

وعلى السادس : أولاً : ان الفارق بينهما العرف ، حيث يوصون للمعدوم
ولا يهبون ولا يبيعون للمعدوم ، والشارع أحكامه امضائيات ، بل قال جمع
بكفاية عدم الردع ، لانه لو لم يرد ردع فعدم ردعه دليل قبوله .

وثانياً : انه ان لم يثبت ردع الشارع في البيع والهبة وشمله الدليل لقلنا
به هناك أيضاً ، والعمدة ما ذكرناه أولاً على السادس ، وعليه فلا دليل على الشرط
المذكور الذي ذكره المشهور .

ثم ان الابدع عن اشتراط الوجود حال موت الموصي اشتراط الوجود
حال الوصية ، كما قيد الجواهر الشرائع بذلك .

قال الشرائع : ويشترط فيه الوجود ، وقيده الجواهر بقوله : حال الوصية
ثم قال : انه الظاهر وان اتفق وجوده حال موت الموصي ، وانما كان أبعد ،
لانه لم يعرف وجه هذا الشرط مع وضوح انه يصح ان يوصي بالثلث ، وليس
عنده الان ما عنده حال الموت ، كما صرح به غير واحد ، وتقدم الكلام فيه ،
ووجه الصحة شمول اطلاقات الأدلة له وتعارف تبدل أموال الانسان بين حال وصيته
وحال موته ، فلماذا لا يصح في المقام مثل ذلك مع انهما من اادواحد ، بل في
الجواهر نفسه الاجماع بقسميه على صحة الوصية بالمعدوم عيناً ومنفعة وعلى
جواز بيع الثمار ونحو ذلك مما هو تملك المعدوم - انتهى .

(مسألة - ٢ -) لاشكال ولاخلاف في انه تصح الوصية للاجنبي والموارث
فعلاً وشأناً ، سواء كان الشأن في انه لم تصل المرثبة اليه كالاخ لموجود الابن

أو وصلت ، لكنه لا يرث امانع ككونه قاتلا الممورث ، وكذا مثل وصية الارض للزوجة .

وفي الجواهر عند قول الشرائع : تصح الوصية للاجنبي والموارث ، بلا خلاف بيننا ، بل الاجماع بقسميه عليه ، وان المحكي منهما مستفيض أو متواتر ويدل عليه بالاصافة الى الكتاب كما في الآية المائة والثمانين من سورة البقرة متواتر الروايات :

فقد سأل أبو ولاد الحنط عن الصادق عليه السلام ، عن الميت يوصى للموارث بشيء ؟ قال : نعم ، أو قال جائز له .

وعن محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن الوصية للموارث ؟ فقال تجوز ، قال : ثم تلا هذه الآية ان ترك خيراً الوصية للموالدين والاقربين .

وعن أبي بصير المرادي ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : سألته عن الوصية للموارث ؟ فقال : تجوز .

وعن محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : الوصية للموارث لا بأس بها .

وعن محمد بن مسلم ، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام ، عن الوصية للموارث ؟ فقال : تجوز .

وعن محمد بن قيس ، قال : سألت أبا جعفر عليه السلام ، عن الرجل يفضل بعض ولده على بعض ؟ فقال : نعم ، ونسائه .

وعن أبي ولاد الحنط ، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام ، عن الميت يوصي للبننت بشيء ؟ قال : جائز .

وعن عبد الرحمان بن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : سألت أبا عبد الله

عليه السلام، عن امرأة؟ قالت: لامها ان كنت بعدي فجاريتي لك فقصي ان ذلك جائز، وان ماتت الابنة بعدها فهي جاريتها، الى غيرها من الروايات.

وبذلك يظهر ان بعض الروايات المنافية محمولة على ما لا ينافي تلك. مثل ما رواه التهذيبان، عن القاسم بن سليمان، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن رجل اعترف لو ارث بدين في مرضه فقال: لا تجوز وصيته لو ارث ولا اعتراف له بدين.

ولذا قال الشيخ: انه محمول على ضرب من التقية، لانه مذهب جميع من خالف الشيعة والذي نذهب اليه مطابق لظاهر القرآن.

و قال في الوسائل: يحتمل حملة على عدم الجواز من أصل المال مع التهمة في الاقرار.

وعن الصدوق، انه قال: الخبر الذي روي انه لا وصية لو ارث معناه انه لا وصية لو ارث بأكثر من الثلث، كما لا يكون لغير الوارث بأكثر من الثلث.

أقول: ويؤيده ما رواه تحف العقول، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه قال في خطبة الوداع: ايها الناس ان الله قد قسم لكل وارث نصيبه من الميراث ولا تجوز وصية لو ارث بأكثر من الثلث، الخطبة.

و مما تقدم يظهر، انه يحمل على ما لا ينافي ما تقدم ما رواه العياشي في تفسيره، عن أبي بصير، عن أحدهما عليه السلام، في قوله تعالى: « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان تترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين » قال: هي منسوخة نسختها آية الفرائض التي هي الموارث، اذ من المحتمل خصوصاً بقرينة الخطبة ان قبل آية الموارث كان الاختيار بيد الميت في جعل أي قدر لمن شاء ثم نسخ وجعل بيد الثلث فقط فلا حاجة الى حملة على التقية كما صنعه الوسائل.

ثم الظاهر ان الدعائم حيث روى مارواه مما يأتي أراد انه لا يكون الارث بالوصية، بل بالفريضة، لانه أراد عدم صحة الوصية بقدر الثلث للوارث زيادة على فريضته ليرد عليه اشكال الجواهر بأن صاحبه جديد التشيع ، أي ولذا لم يكن يعلم الاحكام عند الشيعة، أو ما ذكره المستدرك من انه لعله لم يطلع على اخبارهم واتفقهم، فانه كان في بلد شاسع عن مراكزهم الى آخر كلامه.

قال في الدعائم : عن علي وابي جعفر وأبي عبد الله عليهم السلام انهم قالوا: لاوصية لوارث، وهذا اجماع فيما علمناه، ولو جازت الوصية للوارث لكان يعطى من الميراث أكثر مما سماه الله عزوجل له ومن أوصى لوارث فانما استقل حق الله الذي جعل له، وخالف كتابه ومن خالف كتابه لم يجز فعله .
وقد جاءت رواية عن جعفر بن محمد عليهما السلام، دخلت من أجلها الشبهة على بعض من انتحل قوله، وهي : انه سأل عن رجل أوصى لقرابته؟ فقال : يجوز ذلك لقول الله عز وجل : «ان ترك خيراً الوصية للوالدين و الاقربين» و الذي ذكرناه عنه ، وعن آباءه الطاهرين هو اثبت و هو اجماع المسلمين .

فقد روينا عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم انه قال: لاوصية لوارث وفرض الله عزوجل لاهل الموارث فرائضهم، فان ثبت عن أبي عبد الله عليه السلام ما ذكرناه آخراً فانما عني بالوالدين والاقربين غير الوارثين كالقرابة الذين لا يرثون يحججهم من هو دونهم وكالوالدين المملوكين والمشركين، الى آخر كلامه، الظاهر في انه أراد ان الوصية لا تكون في قبال الفرائض، فكأنه جعل تلك الاية وصية لغير من يرث، وان كان الاظهر حملها على من يرث فالوصية للزيادة عن الفريضة من الثلث.

وكيف كان، فقد اختلفوا في انه هل تصح الوصية للكافر الى أقوال:

الاول: الجواز مطلقاً ذمياً أو حربياً.

والثاني: عدم الجواز مطلقاً.

والثالث: الجواز في الذمي دون الحربي

والرابع: الجواز في ذوي الارحام دون غيرهم ، والاقرب الاول، اذا لم يكن محذور خارجي.

قال في الشرائع : وتصح الوصية للذمي ولو كان اجنبياً وقيل لا يجوز مطلقاً ومنهم من خص الجواز بذوي الارحام والاول أشبهه وفي الوصية للحربي تردد وخلاف أظهره المنع.

وقال في القواعد: والاقرب صحة الوصية للذمي وان كان اجنبياً والبطلان للحربي.

وكيف كان، فيدل على ما ذكرناه من الاطلاق، وقد ذهب الى ذلك اطلاق السرائر والجامع وصريح غاية المراد والمسالك، ونفى عنه البعد في الكفاية - كما في مفناح الكرامة - بل عن مجمع البيان دعوى الاجماع على جواز ان يبرء الرجل من يشاء من أهل الحرب قرابة كان او غير قرابة وانما الخلاف في جواز اعطائهم الزكاة و الفطرة والكفارات فلم يجوزه أصحابنا ، وفيه خلاف بين الفقهاء - انتهى .

اطلاق أدلة الوصية من الايات والروايات، ومادل على انفاذ الوصية ولو كان الموصى له يهودياً أو نصرانياً - بضميمة اطلاقها الشامل للرحم و غيرها والذمي والحربي منهم - .

ففي صحيح محمد بن مسلم، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل أوصى بماله في سبيل الله قال: اعطه لمن أوصى له به وان كان يهودياً أو نصرانياً ان الله عز وجل يقول: «فمن بدل به بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه» و

رواه آخرون كما لا يخفى على من راجع الوسائل والمستدرک .

وروى الكليني [ره] عن الريان بن شبيب قال : أوصت ما رده لـ قوم نصارى بوصية، فقال أصحابنا : أقسم هذا فى فقراء المؤمنين من أصحابك، فسألت الرضا عليه السلام فقلت: ان اختى أوصت بوصية لقوم نصارى وأردت ان أصرف ذلك لقوم من أصحابنا مسلمين؟ فقال عليه السلام: امضى الوصية على ما أوصت به، قال الله تعالى: «فإنما اثمه على الذين يبدلونه».

وفى الفقيه والتهذيب، عن أبى خديجة، عن ابى عبد الله عليه السلام قال لا يرث الكافر المسلم، وللمسلم ان يرث الكافر الا ان يكون المسلم قد أوصى للكافر بشيء.

وفى الوسائل، عن الحسين بن سعيد، عن الصادق عليه السلام، قال: لو ان رجلا أوصى الى ان اضح فى يهودى أو نصرانى لو ضعت فيهم ان الله يقول «فمن بدله بعد ما سمعه فإنما اثمه على الذين يبدلونه» .

وعن دعائم الاسلام، عن علي والباقر والصادق عليهم السلام، انهم قالوا من أوصى بوصية نفذت من ثلثه، وان اوصى بها ليهودى أو نصرانى أو فيهما أوصى به فانها يجعل فيه، لقول الله عز وجل: «فمن بدله» - الآية.

ويؤيد ذلك الوقف لهم، ومادل على ان علياً عليه السلام، اعطى الماء لمعاوية وأصحابه وهم محاربون له والحسين عليه السلام أعطى الماء للمحاربين له.

وفى بعض التواريخ ان الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ارسل بعض ذهب استفاده من خيبر الى كفار مكة المحاربين له، الى غير ذلك . بل ومادل على الخيرات المكافر الميت وجواز الهبة له وضيافته، كما كان ابراهيم عليه السلام يضيف الكفار، بل والعفو عنه كما عفى رسول الله صلى الله عليه وآله

وسلم عن أهل مكة وغيرهم من الكفار الى غير ذلك من المؤبدات القوية و الضعيفة.

أما من قال: بأنه لايجوز بالنسبة الى المحارب وهم المشهور ، بل عن المبسوط انه لا تصح عندهنا -- خلافاً لمن قال بالصحة ، طلقاً على ماتقدم ، أو بالصحة اذا كان ذا رحم كما عن ظاهر المقنعة والمراسم والنهاية والمبسوط في موضع منه والوسيلة بل في الغنية لاختلاف في جوازها للكافر اذا كان ذا رحم - كما في مفتاح الكرامة - .

فقد استدلوا بقوله تعالى: «لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آباءهم أو أبناءهم» وقوله سبحانه: «انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم ان تتولاهم» .

وبأن الحربي غير قابل للملك ، وبانه ومامعه ملك للمسلم ، وبأنه لو صححت وجب تنفيذها وهو مناف لما دل على أخذ المال من الحربي ، وبجملة من الروايات :

مثل مارواه احمد بن هلال ، عن ابي الحسن عليه السلام يسأله عن يهودى مات واوصى لديانهم ؟ فكتب : أوصله الي وعرفنى لانفذه فيما ينبغى ان شاء الله .

وعن محمد بن محمد قال: كتب علي بن بلال الى ابي الحسن علي بن محمد عليه السلام: يهودى مات واوصى لديانه بشيء اقدر على اخذه هل يجوز ان آخذه فادفعه الى مواليك ، او انفذه فيما اوصى به الي يهودى ؟ فكتب عليه السلام اوصله الي وعرفنيه لانفذه فيما ينبغى ، انشاء الله .

ومارواه علي بن ابراهيم ، عن الصادق عليه السلام ، في تفسير: «فمن خاف من موص جنفاً او اثماً» فالجنف الميل الى بعض ورثتك دون بعض ، والاثم

ان تأمر بعمارة بيوت النيران واتخاذ المسكر فيحل للموصى ان لا يعمل بشيء من ذلك .

بضميمة ان الكافر الحربى يصرف الموصى به الى أمثال ذلك ، وبأنه من الاعانة على الاثم وتقوية الباطل ، وبأنه يشتري به السلاح ويحرم بيع السلاح للمحارب ، بضميمة انه لافرق بين الامرين ، الى غير ذلك من المؤيدات ، وفي الكل ما لا يخفى .

أما الاول : فلان المادة والبر تختلف باختلاف الاغراض فهل كان عمل الرسول وعلي والحسين عليهم السلام مودة بالنسبة الى أهل مكة وصفين والكوفة؟ وهل كان توصية علي عليه السلام بالترفيه على ابن ملجم مودة ؟ الى غير ذلك .

ولذا ناقش في ذلك الجواهر بقوله: لان الاغراض الداعية الى ذلك كثيرة فانه يمكن ان يكون مكافأة وتأليفاً لهم ، وغير ذلك مما لا يندرج سببه في الايتين اللتين يمكن دعوى كون المنساق منهما المنع من ذلك من حيث المجادة لله والقتال للمسلمين وعدم الرغبة في الدين لامن غير هذه الحثية - انتهى .

نعم اذا كان في الوصية عنوان الموالاتة ونحوها لم يجز ، فالدليل أخص من المدعى .

وأما الثاني: فانه لا دليل على ان الحربى غير قابل للملك ، فان اطلاقات الادلة تشملها .

وأما الثالث: فبأنه لا دليل على انه ملك للمسلم لاشرعاً ولا عقلاً ، فان الملك اعتبار عقلائي لم يرفعه الشارع في الحربى الا فيما اذا أخذ ماله في حالة الحرب ، والافاذا باع حربى داره لآخر وجاء الى قاضي المسلمين أفلا يحكم بأن الدار للمشتري والتمن للبائع ؟ وقد ألمعنا الى ذلك في [كتاب القضاء] .

وأما الرابع: فلما ظهر مما تقدم من ان أخذ ماله عند الاستيلاء عليه لا يبافي ملكه قبل ذلك ، ولذا قال في الجواهر: لامنافاة بين صيرورة المال له بحسب الوصية، وبين جواز أخذ المسلم له بعد ذلك - انتهى .

مثلا : ان الرسول صلى الله عليه وآله وسلم لم يأخذ اموالهم عند فتح مكة، فهل كان معنى ذلك انهم لم يكونوا يملكونها ؟

وأما الخامس: فبان الروايتين الاوليين لادلالة فيهما على ذلك، بل ظاهرهما ان الامام عليه السلام أراد تنفيذ الوصية ، كيف و ظاهرهما ان اليهودى الموصي كان في ذمة الاسلام، ومن المعلوم انه محترم المال مع انه يحتمل ان يكون أمر الامام باعتبار ان الجزية التي كان يأخذها الوالي كانت باطلة وأراد الامام ذلك باعتبار الجزية أو ما أشبه ذلك، فلادلالة لهما على المقام بوجه .

ولذا قال الشيخ : لا يمتنع ان يكون تولى تفرقة ذلك ، لانه عليه السلام أعلم بكيفية القسمة فيهم ، وأما عمارة بيوت النيران فلا ربط لها بالمقام .

وأما السادس : فلان ما ذكر أشبه بالاستحسان ، والالجرى مثله في سائر المعاملات معهم ولا أظن ان يلتزم بذلك أحد ، ولذا قل الجواهر اخيراً : ومما عرفت يظهر لك قوة القول بالجواز مطلقاً من غير فرق بين الحربى وغيره والقريب وغيره وانما دل في القريب أيضاً اطلاق أدلة صلة الرحم الواردة في الكتاب والسنة .

(مسألة - ٣ -) اذا اوصى الانسان لجماعة من غير ذكر تفاضل ولا قرينة عليه كان لهم بالسوية ، اذ لا وجه للترجيح ، كما اذا قال: اعطوا هذه الدنانير لاهل محلتى، أو لاهل مدرسة كذا أو ما اشبه .

نعم، ان فهم منه انه اراد الوصول اليهم مع قطع النظر عن التسوية ام لا ؟ كما هو الغالب في من يوصي لطلاب العلوم الدينية في بلد كذا ، كان مقتضى

القاعدة الوصول اليهم فى الجملة ولو بعضهم ، او بالاختلاف ، ولذا جرت سيرة الفقهاء فى المشهدين جعل المال فى الوصايا والاقواف جزء مشاهراتهم او اعطائه بعض الطلاب دون بعض ، او بالاختلاف حسب المجرد والمعيّل والراقى فى دراسته وغيره .

قال فى الجواهر مازجاً مع الشرائع: واطلاق الوصية لجماعة محصورة يقتضى التسوية ما بينهم ، من غير فرق بين القريب والبعيد والذكر والانثى والفاضل فى الارث وغيره بلاخلاف ولا اشكال للتساوي فى سبب الملك - انتهى .

والظاهر ان الوصية والوقف لطلاب العلوم الدينية لايشمل للطالبات الا اذا كان اطلاق او ارتكاز ، حيث تتداول الطالبات فى امثال قم المقدسة فى المحال الحاضر ، وذلك للانصراف الى الطالب الذكر .

والحاصل : ان الامر يرجع الى الارتكاز المتفاهم عرفاً ، وقد ذكرنا شبه هذه المسألة بالنسبة الى اعطاء غرف المدارس الدينية للطالبات فى [كتاب احياء الموات] .

قال فى الجواهر: نعم، لو لم تكن الجماعة محصورة كان المراد من الوصية الصرف فيهم ، كما فى كل موصى له غير محصور، بل لو كان بلفظ الجمع لم يجب ملاحظة اقل مصداقه فى الامتثال ، وان كان هو احوط .

اقول: ذلك للارتكاز والجمع قد يستعمل فى الجنس كما فى العكس، مثلاً يقال: الفقهاء افتونى بكذا يريد به جنسهم ، كما اذا قال: الاطباء منعونى عن اكل كذا، حيث يريد جنسهم، وقد يقول: من حمل علماً كان كمن جاهد يريد جميعهم وان اتى بلفظ الجنس أو شبهه، ولو شك فى ارادة الموصى العدد من الجمع أو الجنس كان الاصل عدم خصوصية العدد اذا لم يكن ظهور ووصلت التوبة الى

الاصل ، لان الاصل عدم وجوب اعطاء الزائد عن اقل ما صدق عليه متعلق الوصية فلا يقال: للمعدد عقدان ايجابي وسلبى ، ولذا يكون له المفهوم ، ومثل الكلام فى متعلق الوصية متعلق متعلقها ، كما اذا قال : اطعموا الفقراء ليالى رمضان ، فان حال [ليالى] حال [الفقراء] فيما ذكر ، وكذا متعلق متعلق المتعلق ، كما اذا قال : ساعات ليالى رمضان .

قال فى الشرائع : فاذا اوصى لاولاده وهم ذكور واناث فهم فيه سواء ، وكذا لاخواله وخالاته واعمامه وعماته ، وكذا لو اوصى لاخواله واعمامه كانوا سواء على الاصح - انتهى .

وذلك لانه لاوجه للترجيح بعد اشتمال اللفظ لهم على حد سواء بل عن التذكرة الاجماع على ذلك ، وان كان المحكى عن الشيخ وجماعة انه يقسم بينهم كالارث ، ولعله للانصراف .

ولصحيحة زرارة ، عن الباقر عليه السلام فى رجل اوصى بثلث ماله فى اعمامه واخواله؟ فقال لاعمامه الثلثان ولاحواله الثلث .

وقد روى هذه الرواية الشرائع والمسالك وغيرهما بانها مهجورة ، وان كانت تؤيد برواية اخرى ايضاً وهى رواية المشايخ الثلاثة عن سهل ، وان رويت بالضعف فى المسالك والجواهر وغيرهما ، وان كان الظاهر انها حجة فى نفسها قال؟ كتبت اليه رجل له ولد ذكور واناث فأقر لهم بضيعة انها الولد ولم يذكر انها بينهم على سهام الله وفرائضه الذكروالانثى فيه سواء؟ فوقع عليه السلام : ينفذون فيها وصية ابيهم على ماسمى ، فان لم يكن سمي شيئاً ردها الى كتاب الله وسنة نبيه .

وهاتان الروايتان محمولتان على انصراف الوصية الى ذلك ، حيث ان كثيراً من الموصين يريدون ذلك ، ويؤيده الروايات الاخرى :

مثل ما رواه المشايخ الثلاثة، عن محمد بن الحسن الصفار، انه كتب الى
أبي محمد الحسن بن علي عليه السلام ، رجل أوصى بثلاث ماله في مواليه
ومولياته الذكرو والانثى فيه سواء أولئذ كرمثل حظ الانثيين من الوصية؟ فوقع
عليه السلام، جائز للميت ما أوصى به على ما أوصى ، انشاء الله .

حيث ان الامام عليه السلام أحاله الى قصد الموصي ، لا الى تشريع
خاص .

ومثلها ما رواه الكافي والشيخ، عن سهل بن زياد قال : كتبت الى أبي محمد
عليه السلام: رجل كان له ابنان فمات أحدهما وله ولد ذكور واناث، فأوصى لهم
جدهم بسهم أبيهم ، فهذا السهم الذكر والانثى فيه سواء ، أم للذكر مثل
حظ الانثيين ؟ فوقع عليه السلام ، ينفذون وصية جدهم كما أمر ، انشاء الله
تعالى .

وجه الدلالة ما ذكرناه في الرواية المتقدمة، نعم لاشكال فيما لو أوصى لمن
يتساوى ذكوره واناثه في الارث فيما لم يذكر ولم يكن انصراف الى التفاوت،
والاعمل حسب الذكر أو الارثكار .

قال في الشرائع: واذا أوصى لذوي قرابته كان المعروفين بنسبه مصيراً الى
العرف .

أقول: وذلك لانه المنصرف من ارتكاز الموصى بهذا اللفظ، ولما رواه الشيخ
بسنده الى أحمد بن محمد بن أبي نصر قال: نسخت من كتاب بخط أبي الحسن
عليه السلام: رجل أوصى لقرابته بألف درهم وله قرابة من قبل أبيه وامه، ما حد
القرابة يعطى من كان بينه وبينه قرابة أولها حد ينتهي اليه قرائه فذلك نفسى ؟
فكتب عليه السلام : ان لم ينسب اعطاها قرابته . وكذا رواية الحميرى، الى انه
قال: اعطى أهل قرابته .

قال في الجواهر: من غير فرق بين الوارث وغيره والمسلم والكافر والذکر والانثى والفقير والغنى، كما لا فرق في انصراف الوصية الى الموجود منهم، سواء اتحد أو تعدد، وسواء ذكرهم في الوصية بصيغة الجمع أو الافراد .
أقول: وكذا الحثي، كل ذلك للاطلاق، وقوله سبحانه: « انه ليس من اهلك » لا يدل على قطع قرابة الكافر، كما ان الظاهر دخول ولد الزنا - فضلاً عن ولد شبهته - اذ القرابة موجودة، ولذا لا ينكح ولا ينكح ومحرم، وغير ذلك الا الارث الذي دل عليه دليل خاص .

قال في القواعد: ولو أوصى بقربته فهو للمعروفين بنسبه، ذكرراً كان أو انثى صغيراً كان أو كبيراً، غنياً كان أو فقيراً، من قبل أب انتسب اليه أو من قبل ام، بعيداً كان أو قريباً بالسوية .

وزاد في مفتاح الكرامة تبعاً للمتذكرة؟ المسلم والكافر منهم، قال: كما ذكره في الوصية الى الفقراء، وذلك لاطلاق الادلة، وقد نقله عن صريح كلام جماعة واقضاء كلام آخرين، لكن عن الشيخ ان الموصى به يكون لمن يتقرب الى اخراب وام له في الاسلام .

قال في القواعد: ومعناه الارتقاء الى أبعد جد في الاسلام والى فروعه، ولا يرتقى الى آباء الشرك، ولا يعطى الكافر، واستدل لذلك بقوله تعالى: « انه ليس من اهلك » بتقريب انه اذا لم يكن من أهله لم يكن المنتسب اليه من القرابة، فحال له حال ولد الزنا، حيث اذا انقطع نسبه انقطعت قرابته .

وبما رواه المسالك، عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: قطع الاسلام ارحام الجاهلية، حيث انه حكم بلسان الموضوع، فاذا كان الجاهل مقطوع الرحم كان من ينتسب اليه كذلك بملازمة، ويرد على الدلالة فيهما انهما لا يدلان على قطع رحم المنتسب، وان دلا على قطع رحم الكافر الظاهر في انه

لايرث ولاولاية بينهما .

ولذا قال في الجواهر : ضرورة كون المدار هنا على صدق اللفظ ، ولارب فيه لغة وعرفاً على المعروفين بنسبه ، وان كانوا كفاراً - انتهى .

بل قد عرفت انه يشمل الكافر ، اذ اللفظ شامل، و الوصية صحيحة ، فلا وجه للمعدم وقطع الرحم في الارث لاينافي أحد الامرين، بل يشمل الحربي و المرتد منهم أيضاً ، وقد تقدم الكلام في ذلك ، وهل يشمل ولد الزنا؟ لايبعد ذلك، اذا لم يكن انصراف لكلامه ، لما تقدم من انه قريب أيضاً ، وانما قطع الشرع بعض احكامه عنه، وكذلك من كان بسببه قريباً ، ولو كان القريب في اصطلاحه اشخاصاً خاصين شملهم فقط ، كما ان الزوجة والزوج ليسا داخلين فيه بلا اشكال .

ثم انه قد تقدم عن العلامة استواء كلهم في ما يعطي اهم، وذلك على القاعدة حيث لا ترجيح ولاقرينة على الخلاف ، و عليه فلا فرق بين من له جهتا قرابة أو أكثر أو أقل للاطلاق ، كما لا فرق بين الاقرب و الاوسط و الابعد لذلك أيضاً ، ولو شك في ان أيهما قريب له قسم بينهما بالعدل ، لقاعدته بعد الفحص والياس ، ولو شك في انه هل نفاه أم لا؟ كان الاصل عدم نفيه .

ثم انه يحكى عن الاسكافي انه قال: اني لا اختار ان يتجاوز بالتفرقة ولد الاب الرابع، لان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لم يتجاوز في تفرقة سهم ذوي القربى من الخمس.

وفيه نظر ، اذ عمله صلى الله عليه وآله وسلم لا يدل على النفي ، بل ظاهر ما دل الى ان الرحيم الى أربعين خلافة، وان كنا لا نقول بذلك أيضاً لان تلك الرواية أشبهه بالاحتياط .

ولذا لايقول الفقهاء بذلك ، بل بقدر الصدق العرفي الذي يختلف زماناً

ومكاناً ، فان الموضوع حيث لم يحدد يؤخذ به حسب العرف .
ومما تقدم ظهر ضعف قول من قال باختصاص القرابة بالوارث ، أو بالمحرم
من ذوي الارحام ، مع انهما مجهول القائل كما في الجواهر ، الا ان في مفتاح
الكرامة نسبة الثاني الى أبي حنيفة .

أما احتمال ان يكون ذوي القربى الصهر والبنات والولد ، كما عن بعض
كتب العامة ، واستدل لذلك بانه لما نزل قوله تعالى : «قل لأسألکم عليه أجراً
الا المودة في القربى» قيل : يا رسول الله من قرابتك هؤلاء الذين أوجبت علينا
مودتهم ؟ قال : علي وفاطمة وابناهما عليهم السلام .

ففيه : ان ذوي القربى في مورد اناس خاصون لا دلالة على اطلاق ذلك
في كل مقام ، ولا فرق بين الذي لا يرث لمانع كالقاتل وغيره بعد اطلاق الدليل
في المقام .

ولو أوصى لقرابة النبي صلى الله عليه وآله وسلم ففي القواعد فهو
لاولاد عبد المطلب ولاولاد هاشم دون بني عبد شمس و بني نوفل ، والاقرب
دخول بني المطلب هنا .

والظاهر انه ما ينصرف في اطلاق اللفظ لدى العرف ، ولو شك أخذ بالقدر
المتيقن ، اذ لم يعلم شمول اللفظ ، ولا قصد الموصي ، وقد سبق ان الافراد لو
كانوا كثيرين لم يجب الاستيعاب ، وقد ذكر الايضاح و جامع المقاصد و
مفتاح الكرامة استدلالاً حول المقام ، لم يظهر امكان الاستناد اليها فراجعها .
ولو أوصى لقومه ، فالظاهر من يعد قوماً ذكوراً واناثاً اكل من يتكلم بلغته
ولالذكور منهم فقط .

قال في الجواهر ما زجأ مع الشرائع : ولو أوصى لقومه ، قيل والقائل الشيخان
وأكثر الاصحاب في المسالك و المشهور في غيرها هو الذكور من أهل لغته

أو مطلقاً ذكوراً واناثاً وهو كما ترى يشهد العرف بخلافه، ولعله لذلك نسيه المصنف السى القبل ، بل عن ابن ادريس انهم الرجال من قبيلته من ينطق العرف بانهم أهله وعشيرته دون من سواهم الخ، وقد ظهر مما تقدم وجه النظر فيه .

قال في المسالك: وذكر [أي ابن ادريس] انه قد روى ان قوم الرجل جماعة أهل لغته من الذكور دون الانث ، وسكت دو عابيه، وفيه نظر ، اذ ام بثت ذده الرواية .

ولو أوصى لآخوانه شمل الابوينى والمنتسب الى أحدهما لاطلاقه عليهم جميعاً، ولو أوصى لاعمامه أو عمانه، أو أخواله وخالاته أو بني عمومته. وهكذا دخل العم لنفسه ولأبيه و لجدته ولامه واجدته ، وهكذا للاطلاق ولانصراف الى خصوص اعمام و اخوال وما أشبه نفسه الا اذا كانت قرينة .

قال في الجواهر : ما زجاً مع المتن : ولو قال لاهل بيته : دخل فيهم الاباء والاولاد ، وان نزلوا والاجداد و ان علوا قطعاً ، بل الظاهر دخول الاعمام و اولادهم ، بل عن تذكرة الفاضل تفسيره بالقرابة التي يدخل فيها الاخوال و فروعهم - انتهى .

أقول: لو كان عرف اتباع والاكان الاصل عدم الشمول لكل من ذكر، بل جماعة خاصة منهم يعلم بشمول اللفظ لهم .

أما من لا يعلم فالاصل عدم استحقاقه ، ومن ذلك يعرف ان قوله صلى الله عليه و آله سلم: انا أهل البيت لانحل علينا الصدقة وحصرتهم في قصة الكساء بالخمسة عليهم السلام ، لا يكون دليلاً في المقام ، وذلك لوجود قرائن تدل على المراد منها ، فلا يكونان دليلاً لما لم يكن هناك قرينة ، كما ان تساوي القرابة مع أهل البيت لا دليل عليه ، وان حكاه المسالك عن العلامة وقال هو:

انه الظاهر .

ومما تقدم يعلم، ما لو أوصى لعشيرته ، حيث ان العرف محكم في ذلك، وفي الفرد المشكوك دخوله الاصل العدم، خلافاً للمشائخ حيث قال : ولو قال لعشيرته كان لا قرب الناس اليه في نسبه، اذ مع ان هذا التفسير مجهول في نفسه لادليل عليه .

قال في المسالك: ما فسرته هو أحد التفسيرين للعشيرة لغة، وقد ذهب اليه جماعة من الاصحاب .

وفي القاموس : عشيرة الرجل بنو أبيه الادنون أو قبيلته .

وفي كتب العلامة: ان العشيرة هي القرابة مطلقاً، والاجود الرجوع الى العرف ومع انتفائه فالعموم حسن - انتهى .

وفي الجواهر : جعل العشيرة عرفاً القبيلة، وفيه نظر، كما في جعله للعموم في المسالك مع عدم انتفاء العرف نظر أيضاً، اذ مع انتفاء العرف يجعل للمتميقن لما تقدم من اصالة عدم دخول المشكوك، ولو قال: لا قرب الناس الي، فالظاهر دخول الاخوة ، فلا يقال انه الابوان فقط أو الاولاد فقط ، أوهما لمن له كلاهما ، بدعوى ان الاخ ابعد من العمودين ، اذ المعيار العرف .

نعم ، لا ينبغي الاشكال في انه لو أراد ذلك حقيقة لم يدخل الا العمودان ولو قال ازوجاتي: دخلت المتعة لانها زوجة الا اذا كان انصراف، كما لا شك في دخول اولادها اذا قال : لا ولادي، والظاهر دخول ولد الشبهة، بل قد تقدم دخول ولد الزنا اذا لم يكن انصراف، لانه ولد حقيقة ومحرم نكاحه شرعاً، ولو قال: انه لمن يلي أمري من أقربائي كان له ، وجهالته عند الوصية لانصراف، اذ لاغر يشمل المقام، ولادليل آخر على خلافه، ومثله لو قال: لعائم بلدي، أو امام مسجدي أو ما أشبهه .

قال فى الشرائع: ولو قال لجيرانه قيل كان لمن يلى داره الى أربعين ذراعاً من كل جانب، وفيه قول آخر مستبعد .

قال فى المسالك: المستبعد هو انه لمن يلى داره بأربعين دار، ولعل استبعاده لمخالفة العرف فانهم لا يبلغون بالجار هذا المقدار [الى أن قال:] وأما ما اختاره المصنف، فلم نقف على مستنده مع اشتهاؤه، وتبعه فى ذلك الجواهر، ولعل المحقق رأى ان ذلك عرفى .

أما القول بأربعين داراً، فهو مستند الى جملة روايات :
مثل حسنة جميل بن دراج، عن أبى جعفر عليه السلام قال : حد الجوار أربعون داراً من كل جانب .

لكن الظاهر انه نوع من الادب والاخلاق، اذ لو حسب مربع الدور المحيطة بالدار بما يشمل زواياها بحيث تقع الدار فى وسط مربع متساوى الاضلاع لبلغت مبلغاً كبيراً، ولو كان له جيران من أعلى واسفل، كما فى ذات الطوابق شمل كل الجهات الست بالقدر العرفى .

(مسألة - ٤ -) قال فى الشرائع: تصح الوصية للحمل الموجود و تستقر بانفصاله حياً، ولو وضعته ميتاً بطلت الوصية، ولو وقع حياً ثم مات كانت الوصية لورثته .

أقول: اطلاق دليل الوصية يقتضى صحتها للحمل، سواء كان موجوداً حال الوصية ذا روح، او ليس بنى روح، او كان موجوداً حال موت الموصى، و ان لم يكن موجوداً حال الوصية، او لم يكن موجوداً حالهما، كما اذا قال: اعطوا لما تحمله بنتى عشرة دنانير، ومتى تزوجت البنت بعد موت الاب ولو بخمس سنوات وحملت بعد ذلك استحق الحمل، كل ذلك لانه عقلائى لم يردع عنه الشارع بل اطلاق ادلتها تشملها، فقول المسالك ثم وجوده حال الوصية شرط لصحتها

لم يدل عليه الا ظاهرهم، وانه كيف يمكن الملك بلا مالك بعد ادعاء انصراف الاداة عن مثله ، وفي الكل ما لا يخفى، اذ ظاهرهم لاحجية فيه ، وقد تقدم ان الملك امر اعتبارى كالعهد ، فكما يصح العهد بأن يكون متولياً لوقفه وما اشبهه بالنسبة الى البطن كذلك يصح بالنسبة الى الملك ، والانصراف لوجه له .

ثم ان الجواهر ادعى عدم الخلاف في صحة الوصية للمحمل الموجود حال الوصية، واستدل له بالعموم، وأنت خبير بأن العموم آت في غير الموجود وانما يشترط الانفصال حياً لما تقدم من اتفاقهم على عدم صحة اجراء المعاملات ونحوها مع الطفل في الرحم ، فلا يصح أن يباع له ويوهب له وما أشبهه ، وان قبله الولي من قبله، ويؤيده عدم صحة ارثه اذا ولد ميتاً نصاً واجماعاً، ولولا ذلك فالعرف يرون انه لا بأس بذلك .

وعليه فاذا ولد حياً كان النماء المتخلل بين موت الموصى وبين ولادة الطفل له كما ذكره المسالك والجواهر، وأما اذا ولد حياً ثم مات فلا اشكال ولا خلاف في انه يكون له الموصى به ويرثه وارثه فإن لم يكن له وارث بأن كان زنا من الطرفين كان ارثه لمبيت المال لانه وارث من لا وارث له .

ثم ان المسالك قال: المتجه اعتبار القبول في الوصية للمحمل مطلقاً فيقبله وليه ابتداءً ووارثه هنا ، وتظهر الفائدة فيما لو ردها الوارث قبل قبوله ، فان اعتبرناه بطلت والا فلا أثر للرد .

أقول : والظاهر عدم اعتبار القبول ، اذ لا دليل عليه واطلاق أداة الوصية يشملها ولو بدون القبول ، وانذا قال الجواهر : والذي يقوى في النظر عدم الاحتياج الى القبول في الوصية للمحمل ، بل الظاهر عدم الولي له وهو حمل .
أقول : استظهاره ذلك من باب انصراف أدلة الولاية الى المولود ، وان كان بما يستدل له بقوله : يهب لمن يشاء فالموهوب له وليه ، فاذا احتاج الحمل

الى شيء من التصرف كان لوليه التصرف دون غيره ، كما اذا مرض واحتاج الى تسليط الاشعة عليه أو ما أشبهه ، فانه لا يحق ذلك الا للوأي ، والله سبحانه العالم .

(سألة - ه -) لو أوصى المسلم للفقراء أو اطلاب العلوم الدينية أو للزوار أو للمجاهدين أو ما أشبه ذلك ، كان المنصرف منه كل ذلك من اهل ملته ، فلا يعطى لهم من الكفار ، مثل فقرائهم وطلاب علوم دينهم وزوار مقابر انبيائهم والمجاهدين لاجل الدفاع عن دينهم وان أطلق كل ذلك على اولئك لغة حتى المجاهدين ، ولذا ورد في زيارة الامام الحسين عليه السلام لعن الله العصابة التي جاهدت الحسين عليه السلام ، فانه من الجهد ، وكذلك اذا أوصى للمصلين والصائمين والعاكفين ، وان كان للكفار كل هذه الالفاظ .

نعم ، لو أراد الاطلاق أطلق ، بل أو التخصيص بالكفار خصص على ما تقدم في صحة الوصية للكافر .

قال في الشرائع : ولو أوصى المسلم للفقراء كان لفقراء ملته ، ولو كان كافراً انصرفت الى فقراء نحلته ، وقرره على ذلك الجواهر وغيره .

ويدل على حكمه الثاني بالاضافة الى ما تقدم من ارتكاز الموصي ما رواه المشايخ الثلاثة في الكتب الاربعة ، قال أبو طالب عبدالله بن الصلت : كتب الخليل بن هاشم الى ذي الرئاستين وهو والي نيسابور ، ان رجلاً من المجوس أوصى للفقراء بشيء من ماله فأحذه قاضي نيسابور [الوالي : به] فجعله في فقراء المسلمين ، فكذب الخليل الى ذي الرئاستين بذلك ، فسأل المأمون [عن ذلك : به] فقال : ليس عندي في هذا شيء ، فسأل أبا الحسن عليه السلام ؟ فقال أبو الحسن عليه السلام : ان المجوسي لم يوص لفقراء المسلمين ، ولكن ينبغي ان يؤخذ مقدار ذلك المال من مال الصدقة فيرد على فقراء المجوس وقريب منه رواه

عيون الاخبار - كما في الوسائل - .

ومما تقدم يظهر ، وجه صرف الوصية في الاخص من اهل الملة والنحلة فيما كانوا افرقاءً مختلفة ، مثل المسيحي الارثوذكس والبريستانت حيث لا يعطى أحدهم للاخر شيئاً وكذلك بالنسبة الى فرق المسلمين ولوشك في انه أراد الكل من اهل ملته او الاعم أو خاص طريقتة من أهل ملته وكان اطلاق أخذ به ولا مجال للاخذ بالقدر المتيقن لانه فيما اذا لم يكن اطلاق ولو لم نعلم هل انه كان يهودياً أو نصرانياً مع العلم بأنه يريد أهل نحلته ارتكازاً ، فقاعدة العدل تقتضي التقسيم كما تقدم غير مرة ولو صار الشك في المصداق بأن لم يعلم ان فلاناً مجوسى أم لا ؟ - فيما أوصى المجوسى - فان كان استصحاب حكمه به بعد عدم وصول الفحص الى شيء ، والا كان الاصل عدم اعطائه ، لان اللازم تحقق الموضوع حتى يرتب عليه الحكم .

ثم انه اذا أوصى لعنوان كالجار والفقير وما أشبه أعطى ، ولو تجدد العنوان بعد الوصية ، بل بعد الموت لتحقق الموضوع الموجب ترتب الحكم ، لا لما ذكره الجواهر مستدلاً بعموم من بدله لان الحكم لا يثبت الموضوع كما لا يخفى .
ولو قال : اعطوا فلاناً كذا ولم يبين الوجه صرفه اليه يصنع به ماشاء للاطلاق ، وعلمه المسالك والجواهر بعد فتوى الشرائع به بأن الوصية تقتضي تسليط الموصى له على المال تسليط غيره من الملاك على املاكهم .

أقول : ذلك اذا صح التسليم اليه كما هو واضح ، أما مثل السفه فيعطي لوليه ، قال سبحانه : «ولا توثقوا السفهاء أموالكم» ومثله الصبي ونحوهما .

ولو قال : اعطوا فلاناً كذا ليصرفه في بناء المسجد فقبل وجب عليه صرفه في بناء المسجد اذا أخذه ، أما اذا لم يقبل ، فقد تقدم انه لا دليل على جبره

شرعاً - الا في بعض الموارد - لقاعدة تسلط الناس على أنفسهم .

وعليه، فاذا علم من الموصى ارادة القيد بطلت الوصية والاصرف المال في المسجد من غير وساطة الذي رد الوصية، ولو اوصى بثلثه أونحوه ولم يبين الوجه صرف في وجوه البر، لانه مركزوز أذهان الموصين، ولذا أفتى به الجواهر وغيره.

ولو قال: داري ثلثي، فهل تباع ويصرف ثمنها أويصرف ايجارها؟ ان كان ارتكاز فيها، والا تخير الوصى بين الامرين وغيرهما مما يلائمه الاطلاق واو اوصى في سبيل الله صرف الى كل بر يقال له : سبيل الله ، كما هو المشهور، خلافاً للشيخ، ومن تبعه حيث جعلوه للغزاة، واذا تعذر ذلك صرف في ابواب البر من معونة الفقراء والمساكين و ابن السبيل وصلمة آل الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ، واحتجوا لذلك كما في المسالك بأن حكم الشرع يقتضي صرف السبيل الى الغزاة و حكم كلام الادميين مع اطلاقه حكم ما اقتضاه الشرع .

أقول: كلتا المقدمتين ممنوعتان، كما هو ظاهر اما المشهور فقد تمسكوا لما ذكروه بالاطلاق، وبيعض الروايات الخاصة.

فقد روى حسن بن راشد، قال: سألت أبا الحسن العسكري عليه السلام، بالمدينة ، عن رجل أوصى بمال في سبيل الله قال : سبيل الله شيعتنا - ومن الواضح انه عليه السلام، لم يرد الانحصار، بل المصدق - .

وروى الحسين بن عمر، قال: قلت لابي عبد الله (ع) : ان رجلاً أوصى الي بمال في السبيل؟ فقال عليه السلام: اصرفه في الحج ، قلت : اوصى الي في السبيل فقال (ع) اصرفه في الحج فاني لا اعلم سبيلا من سبله أفضل من الحج .

وروي الكليني والشيخ في الكتب الثلاثة، عن حجاج الخشاب، عن أبي

عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن امرأة أوصت الي بمال ان يجعل في سبيل الله فقيل لها يحجج به، فقالت : اجعله في سبيل الله فقالوا لها فنعطيه آل محمد صلى الله عليه وآله وسلم، قالت: اجعله في سبيل الله؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: اجعله في سبيل الله كما أمرت، قلت: خبرني كيف اجعله؟ قال: اجعله كما امرتك ان الله تبارك وتعالى يقول: «فمن بدله بعدما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه ان الله سميع عليم» ارايتك لو أمرتك ان تعطيه يهودياً كنت تعطيه نصرانياً قال : فمكثت بعد ذلك ثلاث سنين ثم دخلت عليه فقلت له: مثل الذي قلت أول مرة؟ فسكت هنيئة ثم قال: هاتها، قلت: من اعطيها؟ قال عليه السلام: عيسى شلقان.

أقول: لعله كان فقيراً أو كان يعرف كيف يصرفه، أو كان وكيل الامام عليه السلام .

وروى المشايخ الثلاثة في الكتب الاربعة، عن يونس بن يعقوب : ان رجلاً كان بهمدان ذكر ان أباه مات وكان لايعرف هذا الامر ، فأوصى بوصية عند الموت، وأوصى ان يعطى شيء في سبيل الله، فسأل عنه أبا عبد الله عليه السلام كيف نفعل، واخبرناه انه كان لايعرف هذا الامر؟ فقال: لو أن رجلاً أوصى الي ان أضع في يهودى أو نصرانى لوضعته فيهما، ان الله تعالى يقول : «فمن بدله بعدما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه» فانظر الي من يخرج الي هذا الامر [الوجه : خ ل] يعني بعض الثغور فابعث به اليه.

وعن الرضوي عليه السلام : فان أوصى بماله في سبيل الله ولم يسم السبيل فان شاء جعله لامام المسلمين ، وان شاء جعله في حج، أو فرقه على قوم مؤمنين الي غيرها من الروايات المشابهة الموجودة في مستدرك .

والظاهر انه لا يحتاج الوصي الي قصد القرابة عند الصرف ، وان احتاج

فيما اذا حجج، أو ما أشبه الى قصد القربة للاصل في الاول ولانه لا يكون سبيل
الله اذا حجج أو نحوه بدون قصد القربة في الثانى .

قال في الشرائع : وتستحب الوصية لذوي القرابة وارثاً كان أو غيره .

وقال في الجواهر: بلاخلاف فيه عندنا نصاً وفتوى .

أقول: كان قيد المسالك ذلك بقوله- في الجملة- : لاخراج قرابة يحرم
أو يكره شرعاً امداده بالمال، مثل الكافر المحارب - على المشهور في حرمة
الوصية له - ومثل الفاسق الذي يكره شرعاً امداده .

وكيف كان ، فيدل عليه بالاضافة الى قوله سبحانه:«ان ترك خيراً الوصية
للوالدين والاقربين» جملة من الروايات :

مثل مارواه المشايخ الثلاثة، عن ابراهيم بن عبد الحميد، عن سالمة مولاة
أبي عبد الله عليه السلام ، قال : كنت عند أبي عبد الله عليه السلام، حين حضرته
الوفاة فاغمى عليه .

[أقول: أي ضعف لما ثبت ان الامام لا يغمى عليه] فلما أفاق قال: اعطوا
الحسن بن علي بن الحسين وهو الافطس سبعين ديناراً، واعطوا فلاناً كذا،
وكذا ، وفلاناً كذا وكذا؟ فقلت: اتعطي رجلاً حمل عليك بالشفرة؟ فقال عليه
السلام: ويحك أما تقرئين القرآن؟ قلت: بلى ، قال: أما سمعت قول الله
عز وجل: «الذين يصلون ما أمر الله به ان يوصل ويخشون ربهم ويخافون سوء
الحساب» .

قال الكليني [ره] :- كما في الوسائل - قال ابن محبوب في حديثه: حمل
عليك بالشفرة يريد ان يقتلك؟ قال عليه السلام: تريد ان لا أكون من الذين
قال الله عز وجل: «الذين يصلون ما أمر الله به ان يوصل ويخشون ربهم و
يخافون سوء الحساب» نعم ، يا سالمة ، ان الله تبارك وتعالى خلق الجنة و

طيبها وطيب ريحها ، و ان ريحها ليوجد من مسيرة ألفي عام ، ولايجد ريحها عاق ولاقاطع رحم .

و عن السكوني ، عن جعفر بن محمد ، عن أبيه عليه السلام ، قال : من لم يوص عند موته لذوي قرابته ممن لايرثه فقد ختم عمله بمعصية .
أقول: العصيان يستعمل في خلاف الامر الارشادى مثل أمره الطيب فمعصاه قال سبحانه: «وعصى آدم ربه» .

وروي المشايخ الثلاثة وغيرهم ، عن محمد بن مسلم ، قال : سألته عن الوصية للوارث؟ فقال عليه السلام : تجوز ، ثم تلا هذه الآية: «ان ترك خيراً الوصية للموالدين والأقربين» الى غيرها من الروايات المذكورة في الوسائل والمستدرک ، وقد تقدم بعض الروايات المنافية مع توجيهها .
ثم انه اذا أوصى لانسان بمال فرده حق له ذلك لانه خلاف سلطنة الناس على أنفسهم بأن يدخل شيء في ملكه من دون ارادته ، كما تقدم الكلام في ذلك واذا رده كان المال من نصيب الوارث ، لان الوصية لم تخرجه عن ملكه حيث رد الموصى له .

ويؤيد الحكم الاول: ما رواه غوالي اللثالي، عن أبي قتادة، قال : ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم لما قدم المدينة ، سأل عن البراء ابن معرور، فقيل: يا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم انه هلك، وقد أوصى لك بثلاث ماله، فقبل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ثم رده الى ورثته فان ظاهره انه صلى الله عليه وآله وسلم كان له القبول والرد .

ثم ان الوصية قد لا تحتمل الاحمل اللفظ على الحقيقة ، وقد لا تحتمل الاحمل اللفظ على المجاز ، وقد يحتمل الامرين ، ففي الاولين تحمّل على ما لا بد منه .

أما في الثالث: فاللازم حملها على الحقيقة وذلك ، كما اذا قال: هذا لاولادي
أولابوي، فيما أولاده صليبيون أو ليس عنده الا غير صليبيين كالأحفاد ، أو له ابوان
فقط، أو اجداد فقط .

أما اذا كان له الاولاد، والأحفاد، والابوان ، والأجداد ، فاللازم ان تحمل
على الصليبيين والابوين، اذ لمناص عن الحقيقة في الاول، والمجاز في الثاني-
والا لبطلت الوصية ، وذلك خلاف حمل فعل وقول المسلم بل العاقل على
الصحيح- والحقيقة في الثالث لانها الظاهر من اللفظ بدون القرينة، والمفروض
انه لا قرينة .

ولذا قال في القواعد : لو أوصى لمن يتعذر حمل اللفظ عليه حقيقة عرفاً ،
فلا قرب صرفه الى الميجاز ، والظاهر ان مراده بالاقرب التعيين ، مثل الأقوى
والاحوط، لان هناك احتمالاً آخر، خلافاً للإيضاح، حيث جعل الاصح بطلان
الوصية لاصالة صيانة مال الغير الى ان يحصل الناقل القطعي، وهو أولى من صيانة
كلامه عن اللغو ، وفيه ما لا يخفى .

ولو اوصى بلفظ مشترك وله احدهما ، أو احدها عين والافقاعة العدل
أو القرعة ، كما اذا كان له كلاهما، أو لاشيء منهما بأن أراد الاشتراء والصرف.

فصل

في الاوصياء

وفيه مسائل :

(مسألة - ١ -) لا ينبغي الاشكال في انه لا يعتبر في الوصية اللفظ ، ومع اللفظ لا يعتبر لفظ خاص، لصدق العمومات والمطلقات مع الاشارة ، بل ولو كانت الاشارة بالسكوت ، كما اذا قال أو أشار اليه بأن اقرء وصيتي، فكلما سكنت انا كان علامة قبولي، وكلما لم أرده تكلمت بالنفي، فضلاً عن الاشارة برأسه ، أو الكلام بنعم او لا .

قال في الجواهر: ان صيغة الوصاية أوصيت اليك او فوضت او جعلتك وصياً ، او امسك مقامي في امر اولادى، او احفظ مالهم والتصرف فيه، او كذا وكذا، او وليتك كذا بعد موتي، او جعلتك ولياً بعد الموت، او نحو ذلك من الالفاظ التي تفيد توليته على ما يريد عليها عموماً أو خصوصاً - انتهى .

وكذا اذا قال: انت وليي في حياتي ومماتي، او وكيلي او قاضي ديني بفتح الدال، ولا يبعد ان يكون المروى، عن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم بالنسبة الى علي عليه السلام، بالفتح .

وان قال نصير الدين [ره] فى التجريد : انه بالكسر ، فيكون معناه قاضياً فى الاحكام ، ولو اراد الوصاية لكنه لم يؤشر ولم ينطق لم ينفع لعدم المصدق ، لعدم صدق العقد والايقاع بالارادة اذ لم ينطق ولم يؤشر ، وقد تقدم الكلام حول الكتابة ، وانها من اقسام الاشارة .

اما اذا قال : [انت] او [وص] ولم يتمكن بنطق بقية اللفظ كـ [وصي] او [بي] مثلاً : فالظاهر انه من الاشارة المعدة عرفاً ابصاءً ، ثم لو ما قال : انت وصيبي ان علم المراد منه ، كما هو الغالب فى ارادة اخراج الثلث لواجباته وسائر شؤونه وتولى اولاده الصغار وما شبهه ، فهو والافهل تبطل أو تكون وصية مطلقة فى أى شأن احتاج الانسان فيه الى الايصاء فهو من قبيل حذف المتعلق يفيد العموم مثل انت وكيلى ، الظاهر الثانى ، وعليه فاحتمال البطلان مطلقاً او العمل بالمتيقن غير ظاهر الوجه .

ومنه يعلم ، وجه النظر فيما جعله الجواهر تحقيقاً فى المسألة قال : والتحقيق ما فى الدروس من انه ان كان هناك قرينة حال حمل عليه ، والامكن البطلان ، ويحتمل التصرف فيما لا بد منه كحفظ المال ومؤنة اليتيم؟ قلت : لا بأس بالاحتمال المزبور مع تيقن ارادته من اللفظ المزبور ، او ظهوره مع الشك فى غيره ، والا فالابدية اعم من الوصاية به - انتهى .

اذلا حاجة الى تيقن الارادة مع الظهور كسائر الظواهر ، ولو اوصى بهذه اللفظة مثلاً ، ولم يعلم هل انه اراد بعد مماته اوفى حال حياته ولا ظهور لم يمكن العمل ، اذ لم يتحقق احدهما ، فلا يشمل دليل الاذن حياً ، ودليل الوصية ميتاً كأنه من التمسك بالمجمل فى احد فرديه ، ولو كان متعلق الوصية مجملاً ، لكن له متيقن بعد موته اخذ به ، لانه متيقن ارادته ، كما اذا قال : اعطوه ريبالا ولم يعلم ارادته المحجازى او القطرى ، فانه يعطى قدر الاول الذى هو اقل من الثانى .

ثم انه يعتبر في الوصى امور :

الاول: العقل فى الجملة، فان الوصي قد يكون عاقلاً، وقد يكون مجنوناً أدوارياً ، وقد يكون مجنوناً مطبقاً ، لا ينبغي الاشكال فى صحة كون الوصي الاول للاطلاق، وفى عدم صحة كون الوصي الثالث ، لانه لا عقل له حتى يقوم بشيء، والادلة منصرفه عنه .

واما الثانى: فلا وجه لعدم الصحة بالقدر الذى يأتي منه، مثلاً: أوصى بأن يشرف على أولاده، فان تمكنه من ذلك ايام عقله، كما اذا كان دوره جنونه ايام الصيف فقط، لا يوجب سقوط الوصية بالنسبة الى غير ايام الصيف، فان كان يكفى ايام افاقته من العمل بكل الوصية فهو ، وان كان لا يكفى عمل فى ايام جنونه ، كما اذا لم يكن وصي، فان التبعض فى الانسان حاله حال التفريق فى انسانين، كما اذا أوصى الى زيد وعمرو، لكن كان فى صحة الوصية بالنسبة الى الثانى محذور.

نعم، اذا كان ذلك على نحو القيد أو المصعب لم تصح، اذ لا وصية بالنسبة الى أحد الزمانين أو أحد الشخصين فلا يشملهما الدليل .

نعم، حيث ان الظاهر كونها من باب تعدد المطلوب تصح بالنسبة الى زمان الافاقة، أو الشخص الممكن .

ومن ذلك تعرف، موقع النظر فى كلام الدروس ، حيث قال : الاقرب صحة الايصاء لمن يعتوره الجنون ادواراً، ويحمل على اوقات الافاقة، ثم قال: والفرق بينه وبين الاول أي من طرء له الجنون انصراف الوصية فى ابتدائها أى فى الادوارى الى اوقات افاقته، وفي غيرها الى دوام عقله الذى لم يدم و لو قلنا بعود ولاية الاول فلا اشكال - انتهى المحكى عنه .

وعلى ما ذكرناه اذا أوصى ولم تكن مقيدة بالعقل الاستمرارى ، وكانت

قابلية النفوذ كلا أو بعضاً حال الافاقسة ، سواء كان عاقلاً ثم جن ، أو كان ادوارياً من الاول ، او كان مجنوناً من الاول ثم عقل صحت الوصية كلا أو بعضاً بالقدر الممكن ، لاطلاق دليل وجوب انفاذ الوصية .

ويؤيد ما ذكرناه مارواه دعائم الاسلام ، عن علي عليه السلام ، قال : لايزيل الوصي عن الوصية ذهاب عقل أو ارتداد ، أو تبذير ، أو خيانة ، أو ترك سنة ، و السلطان وصي من لاوصي له ، والناظر لمن لاناظر له .

ثم ان الموصى اذا قال : ليقوم بامورى فلان المجنون لم تصح ، لان الناس لايملكون أحكامهم ، وقد جعله الشارع غير صحيح التصرفات .
نعم ، اذا قال : ليقراء على قبري القرآن مثلاً ، لم تبعد صحته اذا كان يفعل ذلك ، اذ لا محذور على تأمل من جهة الشك في امضاء الشارع لمثل هذه الوصية الا ان يقال : ان عدم الردع كاف ولم يعلم رده عن مثل ذلك ، وسيأتى بعض المسائل المرتبطة بالباب ، انشاء الله تعالى .

الثاني : الاسلام ، ولا اشكال في اشتراطه في الجملة ، وذلك فيما اذا لم يصح قيام الوصي بما أراد ، كما اذا أوصى الى الكافر بكنس المسجد ، أو بيع القرآن اذا قيل بحرمة تسليط الكافر على القرآن ، لتهيئه صلى الله عليه وآله وسلم ان يسافر بالقرآن الى أرض العدو مخافة ان يناله العدو - أو ما أشبه ذلك .

ومنه يعلم ، صحة اشتراط الايمان في مثل ذلك ، كما اذا أوصى بصلاته وصومه وحججه ان يأتى بها غير المؤمن ، لان اعماله تلك باطلة ، والظاهر ان وصيته بادارة الكافر شئون أولاده مما يعد تسلطاً للكافر على المسلم غير صحيحة .
أما الوصية بما لا محذور فالظاهر صحتها لاطلاق أدلتها ، واحتمال عدم الصحة من جهة انه سبيل وركون ، وموادة وموالة وما أشبه مما ينفيها الايات

والروايات ، خصوصاً اذا كان الكافر حربياً لانها موادة ، وقد قال سبحانه : «لاتجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله» يرد عليه جزئية الدليل ، فلا يدل على النفي اطلاقاً ، فانه أخص من المدعى وقد تقدم في روايه الدعائم ذكر عدم ابطال الارتداد الوصية ، كما تقدم بعض الكلام في صحة الوصية للكافر مما ينفع المقام .

الثالث: القدرة عقلاً وشرعاً ، فاذا لم يقدر الوصي من تنفيذ الوصية مطلقاً أو في الجملة ، بطلت مطلقاً ، أو في الجملة ، مثلاً أوصى الى سجين لا يقدر حتى من التوكيل - مثلاً - أو الى مقعدان يأتي بقضاء صلواته ، حيث لا تصح مع القدرة على الكاملة ، أو الى مغمى عليه ، أو أوصى الى امرأة بكنس المسجد كل يوم ، وهي لا تقدر من ذلك أيام العادة شرعاً أو ما أشبه ذلك ، لم تصح ، اذ في صورة عدم القدرة العقلية تكون كالوصية الى الجمد ، وفي صورة عدم القدرة الشرعية تكون الادلة منصرفه عنها ، بالاضافة الى انه من غير المعقول ان يقول للوصي الشارع : أفعل ولا تفعل ، كما ذكروه في باب اجتماع الامر و النهي ، أو يقال : ان عدم شمول الادلة لمثلها انما هو من باب دليل الاقتضاء ، أو غير ذلك .

الرابع : اختلفوا في اعتبار العدالة في الوصي الى أقوال ثلاثة :

الاول : اعتبارها .

والثاني : عدم اعتبارها .

والثالث : ان المعتبر عدم ظهور الفسق لظهور العدالة .

أما الاول : فقد نسب الى المشهور ، بل عن الغنية الاجماع عليه .

وأما الثاني : فهو المحكي عن ابن ادريس والفاضلين في النافع والمختلف

وأما الثالث : فقد اختاره المسالك قال : لا ريب في اشتراط عدم ظهور فسقه ، أما اشتراط ظهور عدالته ففيه بحث ، والاقرب من هذه الاقوال الثاني ، لاطلاق أدلة الوصاية بعد عدم تمامية أدلة القولين الآخرين .
أما ما استدل به للمقول الاول ، فهو امور :

الاول : ان الايصاء ركون ممنوع عنه شرعاً ، اذ الفاسق ظالم ، فيشملة :
«لاتركنوا الى الذين ظلموا» .

الثاني : ان الفاسق لا امانة له شرعاً كما استدل به في الشرائع بضميمة ما أتسمه الجواهر بقوله : لوجوب التثبيت عند خبره ، قال سبحانه : «ان جاءكم فاسق بنباء فتبينوا» .

أقول : ولعله بضميمة انه معلوم من حال الشارع انه أراد غلق باب غير الامين والافلا تلازم بين لزوم التثبيت من خبره وعدم صحة كونه وصياً .
الثالث : انه تسليط الفاسق على أموال وانفس الناس حيث ان المال بعده للمورثة وأولاده الصغار أنفس محترمة ، وهو ضياع له ولهم ، فهو خلاف المصلحة قال سبحانه : «ولانؤتوا السفهاء أموالكم» وقال : «لاتقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن» وقال صلى الله عليه وآله وسلم : لعن الله من ضيع من يعول .

الرابع : ان وكيل الحاكم يلزم ان يكون عادلاً فأولى منه عدالة الوصي ، لان الحاكم مشرف على وكيله ، أما الوصي فلا مشرف عليه ، أما لزوم ان يكون وكيل الحاكم عادلاً فلان غير العادل خائن ، وقد قال سبحانه : «ولاتكن للخائنين خصيماً» .

الخامس : المناط في النصوص الدالة على اشتراط عدالة المتولى لامور ورثة الميت اذا كانوا صغاراً فيما مات ولم يوص .

مثل مارواه سماعة ، قال سألته عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار

من غير وصية ، وله خدم ومماليك وعقد ، كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث ؟ قال عليه السلام : ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله . الى غير ذلك مما ذكره الرسائل في باب من مات ولم يوص من يتولى بيع جواريه وقسمة ماله .

السادس : ان هذا الشرط انما هولان يحصل الوثوق بفعل الوصى ويقبل خبره وفي الكل ما لا يخفى .

اذ يرد على الاول : لاتركنوا ، منصرف عن مثل ذلك والا لم يصح استيداع وتوكيل غير العادل ، وهذا ما لا يقول به أحد ، لانه تخصيص للاية ، بل لعدم شمول مثلها ، وكذلك الاستيجار وجعل الجعالة ، وغير ذلك .

وعلى الثاني : انه لا تلازم بين الفسق وبين عدم الامانة ، بالاضافة الى ان الاعتماد على غير الامين لا دليل على منعه ، اذ الوجوه الذي ذكرناه بعد كلام الجواهر اعتبارى محض ، لا يصح حجة على المحكم .

وعلى الثالث : ان الدليل أخص من المدعى ، اذ ليس كل وصية تسليطاً على النفس وأموال الغير ، بالاضافة الى انه اذا كان ثقة لم يكن خلاف المصلحة فلا يشمل ما ذكر من الأدلة .

وعلى الرابع : انه لا دليل على لزوم عدالة وكيل الحاكم ، بل يكفي فيه الثقة ، الا اذا كان مما يشترط فيه العدالة كوكيله في القضاء وامامة الجمعة والجماعة والولاية على احتمال للاولوية من القضاء ، أولان الوالى يتصدى لكل الشؤن . أما لزوم عدالة مطلق وكيل الحاكم فلا دليل عليه ، بالاضافة الى ان تنظير الوصى بوكيل الحاكم بدون مناط قطعي ، أما ان غير العادل خائن فلا دليل على التلازم ، بل الدليل بالعكس .

وعلى الخامس: ان الروايات دلت على وثاقته لاعدائه - والقول بأن كل غير عادل غير ثقة لادليل عليه ، بل المر كوز في الازهان عدم التلازم - والروايات لم تدل على العدالة ، بل على الثقة ، كما نص بذلك في الرواية المتقدمة ، وقوله عليه السلام : ان كان مثلك ومثل عبد الحميد لا يدل على أكثر من الثقة .

ورواية علي بن رثاب ، واسماعيل بن سعد لا دلالة فيهما اطلاقاً ، فراجع الوسائل في الباب المذكور .

وعلى السادس : ان الاصل في فعل المسلم - الشامل لقوله - الصحة ، مضافاً الى ان هذا الدليل ليس في سياق الادلة الاخرى فان تلك في مقام اثبوت ، وهذا في مقام الاثبات ، ولذا الذي ذكرناه من قوة عدم الاشتراط .

قال الجواهر : ولعل خير الاقوال اوسطها ما لم يكن فيه مفسدة على القاصر لعموم الادلة واطلاقها ، خصوصاً ماورد منها في وصاية المرأة التي من الغالب عدم عدالتها ، وفي وصاية ولده وفيهم الصغار والكبار ، وان الصبي يكون وصياً بذلك عند بلوغه أو قبله ، والتصرف عند البلوغ ، سيما ماورد من وصية الكاظم عليه السلام ، جميع ولده ، ومنهم غير العدل ، وجعل الولاية بيد علي عليه السلام منهم لا يجدي ، بناءً على عدم صلاحية الفاسق للوصاية ولو مع انضمامه الى غيره ممن له الولاية عليه - انتهى .

أقول : أشار بذلك الى رواية علي بن يقطين ، سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى الى امرأة وشرك في الوصية معها صبيماً ؟ فقال : يجوز ذلك وتمضي المرأة الوصية ولا تنتظر بلوغ الصبي ، فاذا بلغ الصبي فليس له الا يرضى الا ما كان من تبديل أو تغيير ، فان له ان يرده الى ما أوصى به الميت .

(مسألة - ٢ -) لو أوصى الى العدل ففسق في حال حياة الموصي ولم يعزله مع علمه بذلك كانت الوصية ظاهرة في عدم اعتبار العدالة ، اذ لو كانت العدالة

مقومة لوصيته عزله ، فعدم عزله دليل العدم .

أما مع عدم علمه فيأتي فيه الكلام في فسقه بعد موت الموصي فان له صوراً ثلاثاً ، اذا ما ان يعلم بأن عنوان العدالة سبب الوصية باشتراطها بها ، أو يعلم بالعكس وانهاداعية، لان الوصية انصببت على العدالة ، أو لا يعلم أحد الامرين :

ففي الاولى : ينعزل .

وفي الثانية : لا ينعزل .

وفي الثالثة : الاصل بقاء الوصية للاستصحاب ، والاحتمال لا يبطله ولو قيل

بان الشك في المقتضى ليس مجرى للاستصحاب؟ قلنا: ان اطلاق أدلة الاستصحاب يقتضى حجيمته حتى في الشك في المقتضى ، كما حتمناه في الاصول .

قال في الشرائع: لو أوصى السى العدل ففسق بعد موت الموصي أمكن

القول ببطلان وصيته ، لان الوثوق ربما كان باعتبار صلاحه فلم يتحقق عند زواله .

قال في المسالك : وانما قال امكن ، لانه يمكن القول أيضاً بعدم البطلان.

أقول : لكن ظاهره الميل الى البطلان، و لعل مراده ما كان ظاهر الوصية

ذلك - وان لم يقطع به - والا فمجرد الامكان لا يوجب رفع اليد عن الاطلاق.

ولذا قال الجواهر : فان استصحابها كان في الحكم ببقائها ، بل لو علم

ملاحظة الوصف ، لكن لاعلى جهة دورانها معه وجوداً و عدماً ، بل لاحظه

غير خاطر في باله الحالي عنه ، فان الاستصحاب أيضاً يمكن جريانه ، الى

آخر كلامه .

نعم يرد عليه انه قال : ومثل هذه الصورة تأتي أيضاً فيما لو فسق حال

حياة الموصي أيضاً ضرورة عدم الفرق فيما ذكرناه من مدارك الصور بين

حالي الموت والحياة - انتهى . اذ قد عرفت الفرق .

وكيف كان ، فحال سائر الاوصاف حال العدالة اذا فقدت ، كما اذا أوصى الى المسلم فارتد أو الى الثقة فذهبت عنه أو ما أشبهه .
نعم ، لا اشكال في سقوط الوصية اذا أوصى الى العاقل فجن ، أو الى الرشيد فسفه أو ما أشبهه ذلك للحجر الشرعي ، ولو أراد الموصي ، اذ اطلاق دليل الوصاية لايشمل المذكور ، وان شئت قلت : الناس مسلطون على أنفسهم وأموالهم ، لاعلى أحكامهم .

أما أمر الايتام فأصعب ، لانه لا اطلاق لولايته على أولاده حتى يعطيه لغيره ، وان كان له مثل هذا الاطلاق على أمواله في الجملة .
ثم انه اذا كانت الوصية مقيدة بالعدالة أو ما أشبهه انعزل بمجرد الفسق من غير حاجة الى عزل الحاكم ، اذ لاوصية في حال الفسق ، فالاصل عدم الاحتياج الى عزله .

نعم ، لو صار خلاف بأنه ارتكب موجب الفسق ، أو خلاف في ان ما ارتكبه يوجب الفسق أم لا ؟ - أي كان الشك في الصدق او المصدق - من جهة اختلاف الورثة بينهم ، أو اختلافهم مع الوصي ، أو اختلاف من تتعلق به الوصية ، كما لو أوصى باعطاء أولاده ثلثه تدريجاً ، الى غير ذلك من الامثلة ، احتاج المحسم الى الحاكم ، لانه المرجع في المنازعات .

ولو فسق مما أوجب انعزاله لم يحق له العمل اذا كان ممترعاً مثل الشاهد لا يحق له حضور الطلاق اذا علم فسق نفسه على المشهور من اعتبار العدالة الواقعية .

نعم ، قد ذكرنا في بعض مباحث [الفقه] ان الظاهر عدم البأس بالحضور اذا علم الشاهد عدم ترتب أثر اطلاقاً على الطلاق ، مثلاً : لالرجل يتزوج والامرأة تتزوج الى آخر ذلك ، أو علم الشاهد بان المرأة اخته من الرضاعة و

لم يلامسها حتى يوجب عدة الشبهة ، فان طلاقها كالعدم ، الى غير ذلك .
وهل تعود الوصاية بعود العدالة؟ فيه صور لانه أما جعل الوصاية بحيث
لا تعود ، أو جعلها بحيث تعود فلاشكال .

أما اذا لم يعلم انها من أي القبيلين فلايبعد العود، لان الظاهر انها اثره
مدار العدالة وجوداً وعدمياً اذ ذلك خلاف فرض الشك، بل لاستصحاب الوصاية
فان القدر المتيقن خروج حال الفسق .

أما قول بعضهم بتعارض الاستصحابين بعد خروجه عن الفسق ، فقد
ذكر الشيخ المرتضى [ره] رده في الرسائل ، ويأتى هنا تفصيل ما ذكره
من ان الزمان ظرف أو مفرد ، وان كانت المسألة بحاجة الى التأمل ، والله
سبحانه العالم .

(مسألة -- ٣ --) لو أوصى الى الصغير بقيد بعد كبره ، لا ينبغي الاشكال
في صحته منفرداً أو مجتمعاً مع الكبير ، لاطلاق أدلة الوصية، ولو أوصى اليه
حتى في حال صغره باعتبار ان وليه يتصرف فلا ينبغي الاشكال أيضاً للاطلاق
المذكور ولا محذور .

أما اذا أوصى في حال الصغر بدون تصرف وليه لم يبعد حسب الصناعة
صحته في المميز الذي يأتي منه العمل ، كما لو أوصى بايصال مال له الى
الفقراء مما كان يوصله كذلك في حال حياته ، اذ لا محذور في ذلك وهو
عقلاني لم يعلم ردع الشارع له، بعد تأييده بصحة وصية من بلغ عشرين سنة وصحة
معاملاته الخفيفة حسب قوله: «وابتلوا اليتامى» وللمسيرة على عمل الاطفال في
المحقرات، خلافاً للمشهور، بل ظاهر الجواهر وغيره انه لاخلاف أجده فيه
لقصوره بالصبي السائب لا قواله و افعاله عن منصب الوكالة ، فضلاً عن
الوصاية التي قد عرفت انها أعظم منها باعتبار كونها ولاية بخلافها -- انتهى .

بل ربما أيد ذلك بقوله صلى الله عليه وآله وسلم: رفع القلم . ولا يجوز أمر الغلام، وما أشبهه، إلا انه يردده ما رواه الفقيه عن زياد بن أبي الحلال قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن رسول الله هل أوصى الى الحسن والحسين مع أمير المؤمنين عليهم السلام؟ قال: نعم، قلت: وهما في ذلك السن؟ قال: نعم، ولا يكون لغيرهما في أقل من خمس سنين .

ولعل التحديد بالخمس لعدم التميز في المتعارف في ما دون ذلك، ولعل ظاهر الروايات الآتية في التشريك ما يؤيد كلام المشهور حتى علقت الشرقة الفعلية على بلوغ الصبي .

قال في الشرائع: ولا تصح الوصية الى الصبي منفرداً، وتصح منضمماً الى البالغ، لكن لا يتصرف الا بعد بلوغه .

أقول: وذلك للاصل وبعض الروايات المعتبرة، فقد روي المشايخ الثلاثة في ما عدا الاستبصار، عن محمد بن الحسن الصفار، قال: كتبت الى أبي محمد عليه السلام، رجل أوصى الى ولده وفيهم كبار قد أدركوا وفيهم صغار، أيجوز للكبار ان ينفذوا وصيته ويقضوا دينه لمن صح على الميت بشهود عدول قبل ان يدرك الاوصياء الصغار؟ فوقع عليه السلام: نعم، على الاكابر من الولد ان يقضوا دين أبيهم ولا يحبسوه بذلك .

وروي المشايخ الثلاثة في الكتب الاربعة، عن علي بن يقطين قال: سألت أبا الحسن عليه السلام، عن رجل أوصى الى امرأة وشرك في الوصية معها صبياً؟ فقال عليه السلام: يجوز ذلك، وتمضى المرأة الوصية ولا تنتظر بلوغ الصبي، فاذا بلغ الصبي فليس له الا يرضى الا ما كان من تبديل أو تغيير، فان له ان يردده الى ما أوصى به الميت .

وفي الرضوي: واذا أوصى الرجل الى امرأة والى غلام غير مدرك فجائز

للمرأة ان تنفذ الوصية ، ولا تنتظر بلوغ الغلام ، و ليس للمغلام اذا ادرك ان يرجع الى شي ، مما انفذته المرأة الا ما كان من تغيير او تبديل .
 وزاد الصدوق في محكى المقنع على ما عن الرضوي، بقوله: فان له ان يرده الى ما أوصى به الميت . لكن ظاهر هذه الروايات ما اذا كانت الوصية لها مطلقة، لاما اذا كانت مقيدة بما اذا بلغ الصغير، والا لم يجز تصرف البالغ لعدم الوصية حينئذ .

وعليه، تصور المسألة ثلاث ، لانه أما ان بطاق تصرف الكبير قبل باوغ الصغير وبعده، أو يقيد تصرفه بما قبل بلوغ الصغير، فاذا بلغ كان الوصي الصغير فقط ، أو يقيد تصرفه بما بعد البلوغ فليس وصياً قبل البلوغ ، والكل على وفق القاعدة لاطلاق دليل الوصية ، بالاضافة الى الروايات المتقدمة في بعض صورها .

وبذلك يظهر، وجه النظر في كلام المسالك حيث قال: ان صحة الوصية الى الصبي منضمماً على خلاف الاصل، لانه ليس من أهل الولاية، ولكن جاز ذلك للنص فلا يلزم مثله في الوصية اليه مستقلاً، وان شرط في تصرفه البلوغ وكان ذلك في معنى الضم، ووقوفاً فيما خالف، الاصل على مورده ولانه يغتفر في حال التبعية ما لا يغتفر استقلالاً -- انتهى .

كما ظهر وجه النظر في كلام الجواهر، حيث قال: نعم، لو صرح بعدم تصرف الكبير حتى يبلغ الصغير صح لعموم المؤمنون عند شروطهم ، اذ ذلك ليس من باب الشرط ، بل من باب قدر الوصية وكان تسميته شرطاً من باب المسامحة كتسمية استقلال الصغير اذا كبر ، عزلاً للكبير الذي كان وصياً قبل البلوغ .

وكيف كان، فلا اشكال في تحديد وصاية الكبير ببلوغ الصغير، كما صرح به

القواعد والدروس وجامع المقاصد وغيرهم كما يصح تحديدها بغير ذلك كما اذا قال: انت وصي الى سنة وبعد ذلك لاوصى لي حتى يبلغ الصغير أو ما أشبه ذلك من التحديدات التي يراها الموصي، مثل ان يجعلهما شريكين بعد بلوغه، أو ان لاي منهما ان يعمل ولو مستقلا او ما اشبه ذلك، ومنه الترتيب في الوصية .

فقد روى المشايخ الثلاثة في غير الاستبصار: ان ابا بصير المرادى قال : قال أبو جعفر عليه السلام: الا احديثك بوصية فاطمة سلام الله عليها، قلت : بلى فاخرج حقاً او سلفاً فاخرج منه كتاباً فقرأه :

بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما اوصت به فاطمة عليها السلام بنت محمد صلى الله عليه وآله وسلم، اوصت بحوائطها السبعة بالعواف والدلال والبرقة والمبيت والحسنى والصفافية ومال ام ابراهيم الى علي بن أبي طالب عليه السلام فان مضى علي عليه السلام فالى الحسن عليه السلام ، فان مضى الحسن عليه السلام فالى الحسين عليه السلام فان مضى الحسين عليه السلام فالى الاكبر من ولدى تشهد الله على ذلك والمقداد بن الاسود ، و الزبير ابن العوام ، و كتب علي بن ابي طالب عليه السلام - كذا رواه الشيخ - .

وفى رواية عبدالرحمان بن الحجاج، عن أبي ابراهيم عليه السلام فى وصية علي عليه السلام ، وانه يقوم على ذلك الحسن بن علي عليه السلام - الى ان قال :- وان حدث بحسن بن علي عليه السلام حدث وحسين عليه السلام حتى، فانه الى حسين بن علي - الى ان قال - : وان حدث بحسن وحسين حدث، فان الاخر منهما ينظر فى بنى علي عليه السلام - الحديث .

وفى وصية موسى بن جعفر عليه السلام حسب رواية عبدالرحمان بن الحجاج وجعل صدقته الى علي و ابراهيم، فاذا انقرض احدهما دخل القاسم مع الباقي

فاذا انقرض احدهما دخل اسماعيل مع الباقي منهما، فاذا انقرض احدهما دخل العباس مع الباقي، فاذا انقرض أحدهما دخل الاكبر من ولدي مع الباقي، وان لم يبق من ولدي الا واحد فهو الذى عليه - الحديث .

ثم انه لا اشكال ولا خلاف فى انه ليس للصغير الاعتراض على تصرفات الكبير اذا بلغ ، بل دل عليه النص المتقدم .

نعم ، لا بد وان يكون تصرفه حسب الموازين ، اما اذا كان خلافها كان له حق الاعتراض ، بل والاصلاح اذا اثبت ذلك عند المحاكم لدى اختلافهما فى انه كان على نحو الصلاح ام لا ؟ وانما كان مدعياً ، لاصالة صحة فعل المسلم .

والظاهر انه لا يلزم الا ان لا يكون على نحو الفساد الا اذا قيده الموصى بالصلاح ، لوضوح الفاصل بينهما ، وهل للموصى الكبير ان يتصرف ازيد من زمانه الى حال بلوغ الصغير فيما لم يكن مضطراً الى ذلك ؟ الظاهر لا ، لانه تصرف فى حق الغير، مثلاً : كان وصياً فى ايجار داره وصرف بدله فى الامور الخيرية ، وبعد سنة يبلغ الطفل لاحق له فى ايجار سنتين ، لانه تصرف فى حق الغير .

نعم اذا كان مضطراً بان لا تؤجر الدار الاستنتين كان له ذلك ، لان تركه خلاف الوصية .

ولو اختلفا فى انه كان له الحق ام لا؟ كان الاصل عدمه ، كما لو اختلفا فى انه كان اضطرار ام لا ؟ كان الاصل مع الوصى ، لانه امين وليس عليه الا اليمين ومما تقدم ظهر ، وجه قول الشرائع .

ولو اوصى الى اثنين احدهما صغير تصرف الكبير منفرداً حتى يبلغ الصغير وعند بلوغه لا يجوز للمباغ المنفرد - انتهى .

وعليه، فلو تفرد، فان كان مراد الموصى الاشتراك بطل كل العمل، كما اذا باع داره فالبيع باطل، وان كان مراده عدم صحة التفرد في الكل لافى قدر ولايته بطل نصف البيع، لان قدر ولايته نصف مال الميت، ويكون حينئذ للمشتري خيار تبعض الصفقة، فانه من قبيل بيع ما لا يملك مع ما يملك.

نعم، اذا اجاز البالغ صح، لانه ليس ازيد من الفضولى، وكذا اذا منعه عن التصرف حتى يبلغ صغيره فيشتركان فتصرف قبل بلوغه توقف على كبر الصغير: فان اجاز اجاز، اما بالنسبة الى اجازة الصغير فواضح، واما بالنسبة الى اجازة الكبير المجرى بنفسه للعقد، فلانه من قبيل من باع ثم ملك، اذ لاحق له في البيع قبل بلوغ الصغير - حسب الوصية - .

ثم اذا كان الشرط انه اذا كبر اشتركا فعمل الكبير ولم يعلم بعد بكبر الصغير لم ينفع عدم علمه في نفوذ عمله، اذ الوصية - حسب الفرض - معلقة بالواقع لا يزعم الكبير بلوغ وعدم بلوغ الصغير.

ومنه يعلم، حال ما اذا زعم بلوغه، ومع ذلك استبد صح تصرفه اذا لم يكن في الواقع بالغاً .

ثم انه لومات الصغير او بلغ فاسد العقل اوضل فلم يعرف له اثر او ماشبه ذلك، فان كان مراد الموصى عدم تصرف الوصي حينئذك الا معاً بأن رجعت الوصية الى اعطائه الوصي جزء الصلاحية لم يكن للموصي الاستقلال في التصرف بل اللازم ان يضم المحاكم معه من يشاركه في التنفيذ لارتكاز الموصى ذلك فهو كما لو اوصى الى زيد بادارة وقفه فحدث به ما يمنع ادارته، حيث يجعل المحاكم انساناً مكاناً للارتكاز المذكور، الى غير ذلك من الامثلة التي حكموا بها حسب الارتكاز .

وان لم يكن مراد الموصى ذلك، وانما اراد ان يكون لولده، مثلاً: شأن

صح للموصى ان يستقل لانتفاء الحكم بانتفاء الموضوع، وان لم يعلم ان مراده اى الامرين، فالظاهر جواز استقلاله، اذ الاصل عدم الارتكاز، ولعل الشرائع وغيره نظروا الى صورتى الاولى والثالثة قال فيه: ولومات الصغير اوبلغ فاسد العقل كان للعاقل الانفراد بالوصية ولم يداخله الحاكم، لان المميت وصياً.

وبذلك يظهر، انه لاوجه لتردد الدروس، وعلمه الجواهر بالاستصحاب و بدلالة لفظ الموصى على الضم فى وقت امكانه عادة، قال: بل فى الرياض انه الاظهر لقوة دليله.

ثم قال الرياض: وينبغى القطع به فيما اذا بلغ الصبي رشيداً ثم مات بعده ولو بلحظة لانقطاع الاستصحاب الاول حينئذ بلا خلاف و تبدله باستصحاب عدم الاستقلال فيتبع - انتهى .

اقول: قد عرفت ان للمسألة صوراً، فلا وجه لاطلاق المنع كما لا وجه لاطلاق الانفراد.

اما مسألة بلوغ الصبي رشيداً ثم مات، فالدليل يشمل حالى قبل بلوغه و بعد موته - اذا كان للوصية اطلاق - فلا محل للاستصحاب .

ثم ان الظاهر ان البالغ قبل بلوغ الصبي يتصرف كتصرف سائر الاوصياء لاطلاق دليل الوصية .

اما قول القواعد، وهل يقتصر البالغ من التصرف على ما لا بد منه نظر، و لعله تردد من جهة ان الغالب ان من اوصى بمثل ذلك انما يريد الشركة، و انما يطلق للموصى التصرف قبل البلوغ من جهة اللابدية، فاللازم ان يقتصر الوصي على ما لا بد منه اقتصاراً على القدر المتيقن، وهو كلام وجيه فى نفسه فاستغراب الجواهر من العلامة معللاً ذلك بانه مناف لاطلاق النص والفتوى، بل ولما هو كالصريح من خبر علي بن يقطين - انتهى محل منع .

ثم انه لو مات الكبير قبل بلوغ الصغير، فان علم من الوصى ارادته تنفيذ وصاياه قبل البلوغ قام الحاكم مقام الميت لما تقدم من الارتكاز، ولان الحاكم ولى من لاولى له، وان علم منه ارادة العدم لم يقم الحاكم مقامه، لانه خلاف الوصية، وان شك لم يستبعد ان يكون كالاول اذا لم تكن عند الموصيين ارادتهم تنفيذ وصاياهم، وانما خصوصية الوصى من باب تعدد المطلوب.

ومنه يظهر، الاشكال في كلا اطلاق الجواهر بقيام الحاكم، الا ان ينزل كلامه على المتعارف واطلاق غيره من جهة ثبوت الوصاية للمصبي حال الانضمام وان لم يجز له التصرف، لانه لا ولاية له مع وجود الوصى، فاللازم للحاكم الانتظار الى البلوغ الا فيما لا بد منه.

ثم ان الشرائع قال: ولا تجوز الوصية من المسلم الى الكافر ولو رحماً نعم يجوز ان يوصى اليه مثله - انتهى.

ومضى الروضة الى ابعد من ذلك فقال: الاقوى المنع - بالنسبة الى مثله ايضاً - ولو اريد صحته عندهم وعدمه فلا غرض لنا في ذلك، ولو ترفعوا اليها، فان رددناهم الى مذهبهم والافاللازم الحكم ببطلانها، بناءً على اشتراط العدالة في الوصى، اذ لا وثوق بعقله في دينه ولا ركون الى افعاله - انتهى.

ويرد على الاول: ما تقدم من شمول اطلاق أدلة الوصية وذلك باطلاقه ليس ركوناً وموادة منهياً عنهما، فالدليل اخص من المدعي، ودعوى الرياض عدم الخلاف في المنع منظور فيه صغيرى وكبرى، ومن المعلوم ان الوصية حالها حال الوكالة والاجارة والمعاملة وما أشبهه، فعدم المنع فيها دليل على عدم المنع في الوصية ولو بالملك، وقد عمل علي عليه السلام لبعض الكفار بأجرة كما في بعض الروايات، فليس ذلك سبيلاً ممنوعاً، أو علو الكفر على الاسلام ليشمله الاسلام يعلو.

وعلى الثاني: ان معنى الزموم ان لهم أحكامهم ، بالاضافة الى السيرة القطعية، ولا حاجة الى عدالته في دينه اذا لم يكن دينهم اشتراط العدالة. ومنه يعلم ، وجه النظر في قول المسالك : ويحتمل قوياً الحكم بصحتها مطلاً مع عدالته في دينه، لان الغرض منها صيانة مال الطفل وحفظ ماله واداء الامانة، الى آخر كلامه.

ومنه يعلم، حال ما اذا أسلم الكافر - على القول بالمنع - فان الوصية لما كانت من باب تعدد المطلوب لم يمنع عدم نفوذها برهنة لكفر الوصي أو جنونه أو ما أشبه نفوذها في غير تلك البرهنة، الا اذا علم بوحدة المطلوب، كما علم ما اذا ارتد المسلم وقلنا بأنه لا يضر الكفر بالوصاية، حيث ارتداده لم يمنع قيامه بها .

قال في الجواهر: ولو أوصى الكافر الى المسلم صح وتصرف فيما يجوز للمسلم التصرف فيه من تركته دون غيره كالخمر .

أقول: العمل بوصية الكافر قد يكون مما علم من الشرع ارادة خلافه، كما اذا اوصاه باعطاء بعض ماله لحرب المسلمين ، وقد لا يكون كذلك، والظاهر صحتها ولزوم العمل بها، وان لم يكن في مذهبنا، وذلك لقاعدة الالتزام، وكذا في باب الوكالة، كما اذا وكله في طلاق زوجته التي هي اخته في المجوسي. ومثله: المخالف، كما اذا وكله في طلاق زوجته ، فان الطلاق في الكافر يصح، اذ النكاح عندهم صحيح، وفي المخالف يصح بلا شهود لانه مذهبهم، ولا دليل على لزوم ان يطلق بشهود بعد قاعدة الالتزام، ولذا اذا وكله في تقسيم تركه أبيه في الكافر، أو المخالف قسم حسب رأيهما.

(مسألة - ٤ -) لا اشكال ولا خلاف في جواز الوصية الى المرأة ، وقد اعترف بعدم الخلاف الجواهر ، بل قال : ان الاجماع بقسميه عليه ، كما ان

المسالك قال: انه موضع وفاق عندنا ومثلهما غيرهما، وبدل على ذلك بالاضافة الى الاجماع بعض الروايات :

مثل ما رواه التهذيبان والمقنع قال : كتبت اليه ، جعلت فداك ان امرأة أوصت الى امرأة ودفعت اليها خمسمائة درهم ولها زوج وولد وأوصتها ان تدفع سهماً منها الى بعض بناتها و تصرف الباقي الى الامام عليه السلام ؟ فكتب: تصرف الثلث من ذلك الي، والباقي يقسم على سهام الله عز وجل بين الورثة. وما رواه المشايخ الثلاثة ، في الكتب الاربعة، عن علي بن يقطين قال: سألت أبا الحسن عليه السلام ، عن رجل اوصى الى امرأة وشرك في الوصية معها صبياً؟ فقال: يجوز ذلك، وتمضي المرأة الوصية ولا تنتظر بلوغ الصبي فاذا بلغ الصبي فليس له ان لا يرضى الا ما كان من تبديل أو تغيير فان له ان يرده الى ما أوصى به الميت.

ومن ذلك يعرف ان مادل على عدم الصحة محمول على الكراهة أو التقيية أما الحمل على من فقد شرطاً من الشرائط كما في الجواهر، فمحل نظر . فقد روي السكوني، عن جعفر بن محمد عليه السلام، عن أبيه، عن آباءه عن علي عليهم السلام ، قال: المرأة لا يوصى اليها، لان الله عز وجل يقول: «و لا تؤتوا السفهاء أموالكم».

قال في الفقيه: وفي خبر آخر: قال: سألت أبو جعفر عليه السلام ، عن قول الله عز وجل: «و لا تؤتوا السفهاء أموالكم»؟ قال : لا تؤتوها شراب الخمر ولا النساء، ثم قال: وأي سفية أسفه من شارب الخمر.

قال الصدوق: انما يعني كراهة اختيار المرأة للوصية ، فمن أوصى اليها لزم القيام بها على ما تؤمر به ويوصى اليها فيه انشاء الله. وقال الشيخ: الوجه ان تحمله على الكراهة، أو على التقيية، لانه مذهب

كثير من العامة قال: وانما قال: ذلك لاجماع علماء الطائفة على القتوى بالخبر الاول - كذا في الوسائل - ومراده بالخبر الاول ماتقدم عن علي بن يقطين. أما وصية المرأة الى الرجل فلا اشكال فيها ولا خلاف، بل لم أجد حتى منع أحد من العامة لها، ويدل عليه بالاضافة الى الاطلاقات، بل و السيرة والضرورة والاجماع جملة من الروايات: مثل وصية فاطمة سلام الله عليها الى علي عليه السلام، ووصية فاطمة بنت أسد الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم.

ففى حدّثه رواه الكافي: فلما مرضت أوصت الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وأمرت ان يعتق خادمها واعتقل لسانها، فجعلت تومي الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ايماءاً، فقبل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وصيتها.

والحاصل: ان وصية كل من الرجل والمرأة والغنثى الى الاخر لا اشكال فيها، أما الوصية الى شارب الخمر، فالظاهر الكراهة الا عند من يرى لزوم العدالة في الوصي.

قال في الجواهر: لا يعتبر في الوصي البصر و لا كونه غير وارث بلا خلاف.

أقول: وهو كذلك للاطلاقات فيهما، وبعض الروايات الخاصة في الثاني، حيث ان الائمة عليهم السلام أوصوا الى ورائهم.

(مسألة - ه -) لا اشكال و لا خلاف في جواز الوصية الى واحد والى اثنين والى أكثر، وفي الثاني والثالث يجوز التشريك ويجوز التفريد، أي ان يجعل كليهما أو كلهم بحيث لا يعمل الا مع الاخر أو الاخرين، أو يجعل كل واحد مستقلاً في العمل في كل الوصية، أو في بعض الوصية مثلاً يقول: يؤخذ

عني حجج برأي كليهما، أرب رأي اي منكما ، او يأخذ هذا حججاً وهذا حججاً .
وكذا ان يقول: تصرفوا في أموالي برأي كليكما، او برأي أي منكما ، او
يعمل كل واحد منكما في نصف التركة - مثلاً - وفي ما كانوا جماعة يصح ما
تقدم في الاثنين، كما يصح ان يقول: برأي الاكثرية، واذامات الوصي الواحد
اونحوه صح للحاكم جعل وصيين او واحداً او اكثر، كما اذا كان له وصي او
اثنان او اكثر صح ان يجعل الحاكم مثل ذلك او خلافه ، حسب ما يراه
مصلحة.

قال في الجواهر مازجاً مع الشرائع: ولو اوصى الى اثنين فصاعداً جاز
اجماعاً بقسميه وسنة عموماً وخصوصاً، فان اطلق او شرط اجتماعهما لم يجز
لاحدهما ان يفرد عن صاحبه بشيء من التصرف - انتهى.

وعليه ، فاذا صرح او ظهر من كلامه شرط الاجتماع او كفاية الانفراد في
الكل ، او في البعض ، فلا اشكال، فلو خالف الاجتماع في الاول لم ينفذ ،
وهل تصح الفضولية بالاجازة من الاخر؟ الظاهر ذلك ان شملتها الوصية، كما
اذا باع احدهما مستقلاً فأجاز الاخر .

اما اذا اخذ نائباً ليحج عنه فأجازه الاخر بعد تمام المناسك فالظاهر عدم
الصحة، لعدم شمول الوصية لمثل ذلك، لكن ربما يقال: بالصحة من جهة بقاء
المجال، حيث انه اذا لم يجز الاخر كان اللازم استنابة اخرى بموافقتهم، بخلاف
ما اذا اجاز، حيث كان تنفيذاً للوصية بموافقتهم، مثل البيع اذا لم يجزه الثاني
بطل بخلاف ما اذا اجازه.

نعم، لا بد ان يشمل قوله باجماعهما لمثل الاجازة والا لم يصح حتى في
البيع، لانه وقع على مال الغير، اي الميت بدون قابليته للاجازة والرد فتأمل
- هذا فيما شرط الاجتماع - .

اما لو جعل لكل واحد منفرداً في الكل او البعض، فاذا شرط الانفراد لم يصح عملهما اجتماعاً، لانه خلاف الوصية، فاذا اجتمعا بطل، ومسألة اجازة احدهما بعد ذلك يأتي فيها الكلام السابق.

أما اذا لم يشترط الانفراد صح الاجتماع، لانه من باب لا بشرط لا بشرط لا، ومن المسألتين يعرف حكمه ما لو كان أكثر من ثلاثة، وقال باتباع أكثرية الآراء هذا كله اذا قال: يلزم الاجتماع، أو الانفراد أو ما شبه ذلك.

أما اذا اطلق سواء قال: انتما وصيي، أو قال لاحدهما: انت وصيي، وقال للاخر: انت وصيي، فهل يلزم الاجتماع، أو يصح الانفراد، أو يفصل؟ ففي الاول لا بد من الاجتماع، وفي الثاني: يصح الانفراد، احتمالات وان كان الظاهر الرجوع الى العرف والعادة فانهما كاشفان عن ارتكاز الموصي، لدخول الامر في الظاهر من كلامه، فيشملة دليل نفوذ الوصية.

ومنه يعلم، ان الاحتمالات المتقدمة مما قال بها بعض انما ترجع الى رؤية أولئك القائلين ان العرف كما قالوا، ولعل الاعراف كانت مختلفة في أزمنتهم.

قال في المسالك: أما اذا شرط الاجتماع فظاهر [أي وجه قول الشرائع: فان اطلق او شرط اجتماعهما لم يجوز لاحدهما ان ينفرد عن صاحبه بشيء من التصرف] لانه لم يرض برأى احدهما منفرداً فولايتهما لم يثبت الاعلى هذا الوجه، وأما اذا أطلق فلان المفهوم من اطلاقه ارادة الاجتماع - انتهى.

فلا يحق لمن رد المسالك ان يقول: ليس ذلك المفهوم من اطلاقه، اذ الظاهر ان الشهيد [ره] رأى ذلك في عرفه، وكذلك ما ذهب اليه الشيخ في أحد قولييه، وتبعه بعض من انه مع الاطلاق يجوز انفراد كل منهما.

ولذا قال في النجواهر: الانصاف اختلاف ذلك باختلاف الازمنة والامكنة

والاحوال التي ليس من وظائف الفقيه تنقيحها ، وأضاف في عبارة اخرى [الاشخاص] علي الثلاثة المذكورة ، وهو كما ذكره [ره] .

وبذلك يظهر ، ان ذهاب المشهور الى لزوم الاجتماع مع الاطلاق ، وغيره المشهور الى عدم لزوم الاجتماع مطلقاً ، أو عدم لزوم الاجتماع اذا قال لهذا : انت وصيي ، ولذاك : انت وصيي ، بخلاف ما اذا قال : انتما وصيي ، أو انتما معاً وصيي او ما اشبه ذلك ، لا ينفذ في ذهاب الفقيه الى أحد الأقوال الثلاثة بدون ملاحظة العرف والعادة ، كما ان ادلة الأقوال الثلاثة غير مقنعة ، فقد استدل المشهور بامور :

الاول : ان الاجتماع هو المتيقن ، واذا دار الامر بين التعيين والتخيير كان الاصل مع التعيين .

الثاني : ان الاصل تساويهما في الولاية فانفراد أحدهما خلاف الاصل ، لانه عزل الاخر عن ولايته .

الثالث : بعض الروايات :

مثل صحيح الصفار الذي رواه المشايخ الثلاثة في الكتب الاربعة قال : كتبت الى أبي محمد عليه السلام ، رجل كان أوصى لرجلين ايجوز لاحدهما ان يتفرد بنصف التركة ، والاخر بالنصف؟ فوقع عليه السلام : لا ينبغي لهما ان يخالفا الميت ويعملا حسب ما أمرهما ان شاء الله - كذا في الوسائل المطبوعة جديداً برواية الشيخ .

ثم عن الصدوق ، وذكر ان التوقيع عنده بخط العسكري عليه السلام ، ثم عن الكليني ، عن محمد بن يحيى قال : كتب محمد بن الحسن الى أبي محمد عليه السلام وذكر مثله - .

لكن في الجواهر : [ويعملان] مكان : [وان يعملان] .

وفي الرضوي عليه السلام: واذا اوصى رجل الى رجلين فليس لهما أن
ينفرد كل واحد منهما بنصف التركة ، وعليهما انفاذ الوصية على ما أوصى
الميت .

وروى التهذيبيان ، عن صفوان بن يحيى قال : سألت أبا الحسن عليه السلام
عن رجل كان لرجل عليه مال فهلك وله وصيان ، فهل يجوز أن يدفع الى أحد
الوصيين دون صاحبه ؟ قال : لا يستقيم الا ان يكون السلطان قد قسم بينهما المال
فوضع على يد هذا النصف ، وعلى يد هذا النصف لا يجتمعان بأمر السلطان .

وعن الشيخ انه قال : الوجه فيه ان قسم ذلك السلطان العادل كان جائزاً
وان كان السلطان الجائر ساغ التصرف فيه للمتقية .

ويرد على الاول : ان أصل الوصية متيقن والقيد مشكوك فيه فالأصل نفيه ،
كما اذا علم بأنه وكله ولم يعلم هل قيد وكالته بشيء ؟ فان الأصل عدم ذلك
القيد .

وعلى الثاني: ان اصل تساوي الولاية لا يعطى التقييد فهذا ولي وهذا ولي
اما تقييد ولاية هذا بهذا فالأصل عدمه .

وعلى الثالث: ان الصحيح - بعد عدم معلومية كون الرواية يعملان ، أو يعملان ،
- وما ذكره المسالك والجواهر وغيرهما غير مجد في الجزم - ان محتملات عملهما
انفراد كل واحد منهما بشيء من التركة واجتماعهما ، وعمل كل كأنه ولي مستقل
والرواية على تقدير الدلالة نفي الاول ، أما الاخران فلادلالة فيها على أحدهما
حتى تكون مفيدة للمشهور القائلين بلزوم الاجتماع .

وبذلك يظهر ، وجه النظر في الروايتين الاخيرتين كالرضوي والصحيحه ،
وخبر صفوان يمنع دفع المال الى أحد الوصيين ، أما لزوم اشتراكهما في كل
عمل فلادلالة له فيه .

ويؤيد ذلك الذى ذكرناه من اطلاق تصرفهما مارواه المشايخ الثلاثة في الكتب الاربعة ، عن بريد بن معاوية قال : ان رجلا مات وأوصى الي والى آخر ، أوالى رجلين فقال احدهما : خذ نصف ماترك واعطني النصف مما ترك فأبى عليه الآخر ، فسألوا ابا عبد الله عليه السلام عن ذلك ، فقال (ع) : ذلك له .
الظاهر في ان للاخر أن يفعل ما امره شريكه ، وذلك لان لكل من الوصيين ان يعمل مستقلا وان يعمل بالاجتماع ، وان يعمل بالنصف او اكثر أو أقل بموافقة الآخر .

نعم ، ليس لاحدهما ان يستبد بكل العمل لانه خلاف ظاهر وصية الموصى بأن الآخر أيضاً وصي ، وما ذكر هو الذى فهمه الشيخ ، قال في محكى كلامه : ذكر ابن بابويه ان هذا الخبر لأعمل عليه ، وانما اعلم على الخبر الاول ظناً منه انها متنافيان ، وليس الامر على ما ظن ، لان قوله عليه السلام : ذلك له ، ليس في صريحه ان ذلك للطالب الذى طلب الاستبداد بنصف التركة ، ولا يمتنع ان يكون المراد بقوله : ذلك له ، لغير الذى أبى على صاحبه الانقياد الى ما أراده فيكون تلخيص الكلام ان له ان يأبى عليه ، ولا يجيبه الى ملتمسه ، فعلى هذا الوجه لاتنافي بينهما - انتهى .

أقول : قوله : [لا يمتنع] كان الاولى ان يقول : انه الظاهر ، ولو بقريئة الرواية السابقة بل لو فرض ان [ذلك له] محتمل للاستبداد من الطالب ، والقبول من المطلوب له ، فيدل على كل حال ان لهما أن لا يجتمعا وهذا هو خلاف المنسوب الى المشهور من لزوم اجتماعهما ، أما قول الوسائل ان خبر بريد يحتمل الحمل على اذن الموصي ، فهو حمل تبرعي .

قال في القواعد : ولو أوصى الى زيد ثم الى عمرو لم يكن رجوعاً ، ولو لم يقبل عمرو انفرد زيد ، ولو قبل لم ينفرد أحدهما بالتصرف الامع قريئة دالة

على الرجوع أو التفرد .

أقول : في الاول : فديكون رجوعاً ، وقد لا يكون ، وقد يشتهبه .

وفي الثالث : الاصل عدم الرجوع .

وفي الثاني : انما ينفرد زيد اذا لم يكن رجوعاً ، ولم يعلم ارادته الاجتماع

على نحو التقييد والاستقطب الوصية .

نعم ، اذا فهم تعدد المطلوب بأنه يريد زيداً ويريد ان لا ينفرد كان اللازم

ضم المحاكم آخر الى زيد ، والحال كذلك اذا لم يقبل الثاني الوصية ، وانما

بقي زيد وحده قابلاً للوصية .

وفي الثالث : اى قوله : ولوقبلا الخ ، قد عرفت صحة الانفراد بما لا يضر

بوصية الاخر عرفاً ، فهو كما اذا قال الفقيه لزيد : أنت وكيلى ، وقال لعمرو :

أنت وكيلى ، فلكل منهما التصرف منفرداً الا فيما لا يدع مجالاً لو كالة الاخر ،

حيث ان ظاهر تو كيلى لهما ان كلامهما له الاستقلال كذلك .

ومما تقدم يظهر ، وجه القولين الاخرين لغير المشهور ، كما ظهر ان المختار

الاطلاق الامع العرف والعادة مما يوجب صرف وجهة الوصية الى غير الاطلاق .

ثم اذا لسزم الاجتماع لتصريح الموصي ، أو العرف ، أو قرينة اخرى ،

فالظاهر ان المراد موافقتهما ، وان لم ير أحدهما ذلك صلاحاً ، اذ اللازم عدم

المفسدة لا المصلحة ، كما ذكره وفي التصرف في مال اليتيم ، ويؤيده قوله تعالى : «فمن

خاف من موص جنفاً أو أثماً فأصلح» فان الاصلاح في قباليهما عدم الفساد لافوق

ذلك - بقرينة المقابلة - الى غير ذلك ، وهذا هو الظاهر من الجواهر ،

حيث قال : المراد باجتماعهما اتفاقهما على الرأى على وجه يحكمان بكونه

مصلحة وايقاع العقد لو احتيج اليه عن رأيهما بمباشرة احدهما واذن الاخر أو

غيرهما او باذنهما - انتهى .

نعم لورأى احدهما الصلاح والآخر الفساد لا يحق لاحدهما اعطاء الرأي للآخر لانه بنظره خلاف الوصية ، فهل المجال القرعة او حكم الحاكم ، او التقسيم لو امكن ، وبدونه احد الامرين ؟ احتمالات ، ولا يبعد ان يكون الاوسط اوسط للمشك في كون المجال للاول والتقسيم خلاف الوصية حسب فرض كونها بالاجتماع بينهما .

قال في الشرائع : ولو تشاح الم يمض ما يفرد به كل واحد منهما عن صاحبه الاما لا بد منه ، مثل كسوة اليتيم ومأكوله ، و اضاف المسالك والرقيق والدواب ومثله شراء كفن الميت ، وزاد بعضهم قضاء ديونه وانفاذ 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 ابو الصلاح : مع التشاح يرد الناظر في المصالح الامرالى من كان اعلم بالامر واقوى عليه ، ويجعل الباقي تبعاً له ، وفيه استلزام تخصص احدهما وقد منعه الموصي من ذلك ، واطلق الشيخ في المبسوط عدم جواز تصرف احدهما مع التشاح في القسمين من غير استثناء - الى ان قال - : ولقد احسن ابن ادريس هنا حيث قال : فان تشاحا في الوصية في الاجتماع لم ينفذ شيء مما يتصرفان فيه ، الى قوله : وللناظر في امور المسلمين الاستبدال بهما لانهما حينئذ قد فسقا لانهما قد اخلا بما وجب عليهما القيام به الى آخر كلام المسالك .

أقول : ومما تقدم من ترجيح احتمال الرجوع الى الحاكم في التشاح يظهر وجه النظر في جملة من هذه الكلمات و التي من اوضحه ايجاب ابن ادريس فسقهما ، اذ التشاح لا يوجب الفسق مطلقاً ، فالدليل اخص من المدعى واطلاق الشرائع ما لا بد منه مستثنى مطلقاً مع انه لم يذكر كيفية الاستثناء وان أيهما يقدم فيما اذا أراد أحدهما اكسائه ثوب كذا والآخر ثوب كذا ، فانه لا

شك ان اللازم عدم بقاء اليتيم عارياً أو جائعاً أو ما أشبهه ، لكن ماهو العلاج هل القرعة؟ أو الحاكم؟ أو الثاني الا ان لا يكون فالاول، أو ان الحاكم يقرع؟ .

نعم قال الجواهر: تتجه ذلك فيما تشتد الضرورة اليه على وجه لا يمكن الوصول الى الحاكم، او من يقوم مقامه فيتولاه حينئذ أحدهما او غيرهما من العدول من باب الحسبة لامن حيث الوصاية.

أقول: لكن لا بد في مثل ذلك من ترجيح عدول المؤمنين لاحد الوصيين أو القرعة .

ثم انه لو اختلف اجتهدهما او تقليدتهما فرأى أحدهما صحة الانفرد رأى الاخر لزوم الاشتراك ، فان عمل كل برأيه بدون التشاح فلا كلام ، اما مع التشاح كان المرجع حاكم الشرع وأمره نافذ فيهما كما ذكرناه في مراجعة مجتهدين متنازعين الى مجتهد آخر، وأمره نافذ، وان اختلف اجتهد احدهما او كليهما له فراجع [كتاب القضاء] .

ويؤيد ذلك اطلاق ما ذكره الشرائع وغيره قال: وللحاكم جبرهما على الاجتماع ، اما ما تقدم عن الحلبي من ان الحاكم يردهما الى العلم والاقوم، فلا دليل عليه، اذ ربما يرى الحاكم جعل حكم بينهما أو حكمه بالاقتراع، أو التقسيم مع الامكان، او الى المفضول لاعتبار شرعي، او عرفي، او غير ذلك ثم قال الشرائع: فان تعاسرا [اي بأن لم يمكن جمعهما] جاز له الاستبدال بهما - انتهى .

أقول: ان أراد مجرد الجواز في قبالة جواز غيره لم يكن به بأس، وان اراد التعيين فهو غير ظاهر الوجه، وان استدلل له الجواهر بقوله: حذراً من الترجيح بلا مرجح وصوناً لوصايا الميت عن التعطيل و حفظاً للمال عن التلف ولبقاء المال بلا ولي بعد فرض تعذر الاجتماع الذي هو شرط ولايتهما فينتفي المشروط

بانتفائه ويكون حينئذ وجودهما بمنزلة عدمهما - انتهى .
وفي الكل ما لا يخفى، وعن التذكرة انهما لا يعزلان بالاختلاف، وان الذين
اقامهما الحاكم نائبان عنهما، وعن الدروس له عزل احدهما والضم اليه وليس
له جعله منفرداً، الى غير ذلك من كلماتهم التي لا يخفى ما فيها ومقتضى القاعدة
ان الحاكم يفعل المصالح، فان أمكن ذلك مع كليهما أو احدهما فعله لانه جمع
بين ارتكاز الموصي بالعمل المصالح ووصيته والحاكم يقوم بالاول، اي ارتكاز
الموصي، وان لم يمكن ذلك الا بعزلهما او عزل احدهما فعل ذلك، لانه ولي
من لاولي له، و افسادهما للوصية حسب نظر الحاكم يدخل الامر في دائرة
ولايته وللمنات في آية من خاف من موص جنفاً أو اثمأ، ولغير ذلك من الوجوه
المؤيدة.

ومما تقدم من العمل بالصلاح للحاكم يظهر وجه النظر فيما ذكره الشرائع
بقوله: ولو اراد - اي الحاكم - قسمة المال بينهما لم يجز، وان ادعى الجواهر
انه لاختلاف فيه ولا اشكال، وعلله بأنه خلاف مقتضى الوصية من الاجتماع في
التصرف، اذ حيث ان الوصية لا يمكن تطبيقها يرجع فيها الى الارتكاز الذي قد
يشخصه الحاكم في التقسيم، وقد يشخصه في غيره .

قال في الشرائع: ولو مرض احدهما ضم اليه الحاكم من يقومه، والمراد
المثال، اذ كل ما يعجز الوصي عن القيام حاله حال ذلك من عجز، أو سفر، أو
سجن أو ما أشبه ذلك وانما يلزم الضم لارتكاز الموصي الاثنية فلا يقوم الباقي
وحده، وانما لاحق للموصي في الضم لانه ليس ولياً، وانما الولي الحاكم .

ثم ان كان الذي لم يسقط عن القيام قادر على العمل بالانضمام وشملته الوصية
اليه ضم هو بنفسه الى نفسه، لانه مقتضى الوصية، ولا حاجة الى الحاكم.

أما اذا لم يقدر على الضم أو لم تشمله الوصية كانت النوبة للحاكم والمحاكم

انما يضم الى ذلك العاجز مع الامكان، اذ لا وجه لسقوط الميسور بالمعسور فيكونون ثلاثة امامع عدم الامكان فيكون مايجعله الحاكم مكان العاجز فيكون اثنين .

وبذلك يظهر، ان من أطلق الاثنين أو الثلاث يلزم تقييد كلامه بما ذكرناه.

قال في المسالك: في تفسير كلام الشرائع ان الحاكم يضم الى المريض، أو العاجز شخصاً يقويه ويعنیه على التصرف، لان مرضه وعجزه لا يخرج منه عن الوصاية فيعتبر اجتماع الثلاثة على التصرف لكن عن محكي الدروس اطلاق كون الضم الى الاخر بالعجز لا الى العاجز، بل عن الكفاية ان ذلك هو الاشهر ثم قال الشرائع: أما المومات أوفسخ لم يضم الحاكم الى الاخر وجاز له الانفراد لانه لا ولاية للحاكم مع وجود وصي.

وقال في الجواهر: ان هذا هو الذي ذهب اليه الاكثر على ما في محكي الشرائع للصيمري والكفاية.

أقول: انما يتم ذلك اذا لم يكن ارتكاز الوصي الاشتراك - و يعرف ارتكازه عن العرف - والا كان اللازم الضم وعلّة الشرائع لا تكفي لهذه الصورة.

أما لو شك كان الاصل اطلاق تصرف الوصي الباقي، اذ تقييده بآخر حتى في صورة عدم ذلك الاخر خلاف الاصل، وكأنه لذا قال في الشرائع - بعد كلامه السابق - : وفيه تردد، وعلله الجواهر بقوله: مما سمعت، ومن ان ظاهر الشرطية عدم رضی الوصي برأى أحدهما منفرداً والوصي انما هما معاً لأحدهما منفرداً، فلا بد ان ينضم اليه أمين ومن هنا كان ذلك خيرة الفاضل في قواعده ومحكي ارشاده وتحريره والشهيد بن وفاضل الرياض، بل هو المحكي عن فخر الدين وجماعة .

أقول: قد عرفت ان للمسألة صوراً ثلاثاً، ومقتضى القاعدة في كلها، ثم ان

قولهم بالضم الظاهر ارادتهم في الجملة ، فربما يرى الحاكم ضم اثنين الى العاجز أو مكانه، لان كفايتهما ككفاية ذلك الساقط .

أما هل يصح ضم واحد مكان اثنين لكفايته بقدرهما -- فيما كان الاوصياء ثلاثة فسقط اثنان منهم -- يرجع الى ما يستفاد من الارتكاز، بضميمة ما يراه الحاكم صلاحاً، كما تقدم لزوم الجمع بينهما، الاول لمكان الوصية ، والثاني لمكان المصلحة .

ومنه يعلم انه كما للحاكم ضم الضميمة الى الوصي الواحد اذا رأى ذلك صلاحاً، كذلك له عزل أحدهما في الوصي المتعدد ، اذا رأى صلاحاً بدون ضم آخر مع الاول، فاشكال الرياض فيه من ان الموصي لم يرض برأى الاخر على الانفراد فليس للحاكم تفويض جميع الامر اليه و الا لزم التبديل المنهني عنه في الشريعة ، غير ظاهر الوجه ، اذ عدم رضى الموصي كان في حال صلاحهما أما وقد ظهر فساد أحدهما أو نحوه فليس متعلق الوصية الاثنين، وعليه فاذا لم يكن حاكم، ورأى الباقي الصلاح في انفراده لفساد الاخر أو ما أشبه رجع الى عدول المؤمنين، ومع عدمهم يستقل هو بنفسه من باب الحسبة أو الارتكاز. ولوقال الموصي: اعملا بالاجتماع أو الانفرد، كان تصرف كل واحد منهما ماضياً بأى حال ويحق لهما تقسيم المال أو ما أشبه، كتولي كل واحد بعض ولده أو بعض وقفه، أو بعض صلاته وصيامه .

بل في الجواهر: بلا خلاف ولا اشكال - في الاجتماع والانفراد وتقسيم المال -- والتقسيم يصح بالمماثلة والاختلاف، كل ذلك لشمول الوصية للكل، كما تشمل ما اذا قال لاحدهما: يحق لك التصرف وحدك ، وقال للاخر : لا يحق لك التصرف الا مع الاخر، وكذا لو شرط الاثمار لثالث لهما أو لاحدهما

و لو شرط الانفراد في كل منهما لم يحق لهما الاجتماع لانه خلاف الوصية،
فاحتمال صحة الاجتماع لانه يصدر عن رأى كل منهما و شرط الانفراد اقتضى
الرضا برأى كل منهما وهو حاصل ان لم يكن هنا آكد - كما في الجواهر -
خلاف الفرض .

ولذا قال اخيراً: ان ذلك بمنزلة مالو نهامها عن الاجتماع، فانه لا اشكال
في اتباعه عملاً بمقتضى الوصية المنهى عن تبديلها.
و لو علم بانه نهى أحدهما عن الانفراد ، كان مقتضى الاحتياط ان يعمل
مجتمعاً، اذ لا يعلم أى منهما نفوذ عمله اذا عمله منفرداً.

(مسألة - ٦ -) لا اشكال ولا خلاف في ان لكل من الموصي والموصى رد
الوصية ، لانها عقد جائز، كما تقدم تفصيل الكلام في هذه المسألة في شرح
المتن، لكن في المقام صورتان قالوا فيهما بعدم حق الوصي في الرد .
الاولى : ما اذا كان الوصي ولداً، فقد قال: جمع بوجوب قبوله الوصية،
لان عدم القبول عقوق، كما عن المختلف، ولبعض الروايات .

مثل مارواه المشايخ الثلاثة فيما عدا الاستبصار، عن علي بن الريان [رثاب
خل] قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام ، رجل دعاه والده الى قبول
وصيته هل له ان يمتنع من قبول وصيته؟ فوقع عليه السلام: ليس له ان يمتنع .
وقريب منه عبارة الصدوق في المقنع الذي هو متون الروايات ، وتقدم
في المسألة التاسعة في المتن ما يفيد ذلك من رواية الهمداني ، والمشهور
على عدم الوجوب ، وانما القائل بذلك بالاضافة الى المختلف والصدوق، و
ميل الرياض صاحب الوسائل والمستدرک ، قال ثالثهم : ان لم ينعقد الاجتماع
على خلافه ولا يمكن دعواه بساطلاق عبارات الاصحاب بجواز الرد مطلقاً ،
لعدم تبادر المقام منه جداً ، والمطلقات محتمل على القيد لاشتماله على شرائط

الحجبية .

أقول: أما استدلال العلامة بالعقوق فلا يخفى انه أخص، وهو أمر ثانوي لا يمكن ان يجعل دليلاً للمسألة، فهو مثل الاستدلال لذلك ولغيره من ذوي الارحام بانه صلة وخلافه قطيعة .

وأما الرواية فهي حجة في نفسها، وأخص مطلقاً، حيث يلزم حسب الصناعة تقديها ، الا ان اعراض الاصحاب عنها - بدليل عدم استثنائه كما يظهر لمن راجع كتبهم - أوجب التوقف ، و كأنهم حملوها على نوع من التأديب ككثير من الروايات الواردة في شئون الاء والاولاد ، ولذا كان الاظهر حملها على الاستحباب .

ولذا قال الجواهر: لاتقاوم هذه الاطلاقات لتعدد نصوص الاطلاق واتحاد خبر التقييد واعتضاد المطلقات باطلاق الفتاوى .

ثم الظاهر عدم شمول ذلك لوصية الاب لبنته والام لولدها والاجداد، للاصل بعد عدم القطع بوحدة المنط حتى لو قيل به، كما قال أولئك وهل على القول بالقبول لازم عليه؟ وان لم يقبل ، أو يتوقف على قبوله ، فاذا لم يقبل يأثم ولا يكون وصياً اختار الجواهر الاول، لكن لايبعد استفادة الثاني من الرواية، حيث قال عليه السلام: ليس له ان يمتنع. وفي المقنع: ان يأبى ، فان العرف يرى ان ذلك يفيد الوضع .

وهل يتعدى الى الكافر والمخالف فيما كان ولدهما مؤمناً والى ولد الزنا بالنسبة الى الزاني؟ الاطلاق، وانه ولد حقيقة، ولذا يحرم نكاحه، الى غير ذلك من أحكام الاولاد - باستثناء مثل الارث - يقتضي الاول، واصالة عدم اللزوم الا في المتيقن تقتضي الثاني والمختمى - اذا قيل بالاحتياط فيه بين تكاليف الرجال والنساء - يلزم عليه القبول .

ثم ان الموصي له ان يرد الوصية مـ ادام حياً ، بلا اشكال و لاختلاف ، بل الاجماع عليه ، ويدل عليه بالاضافة الى الاصل روايات مستفيضة :

مثل ما رواه ابن مسكان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام ، ان المدبر من الثلث ، وان للرجل ان ينقض وصيته فيزيد فيها و ينقص منها ما لم يمت .

وعن يونس ، عن بعض أصحابه قال : قال علي بن الحسين عليه السلام : للرجل ان يغير وصيته فيعتق ما أمر بملكه ، ويملك من كان أمر بعتقه و يعطي من كان حرمه، ويحرم من كان أعطاه ما لم يمت .

وعن عبيد بن زرارة قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: للموصي ان يرجع من وصيته ان كان في صحة أو مرض .

وعن بريد العجلي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: لصاحب الوصية ان يرجع فيها ويحدث في وصيته ما دام حياً .

وعن علي بن سالم، قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام، فقلت له : ان أبي أوصى بثلاث وصايا فبأيهن آخذ؟ فقال: خذ باخراهن، قلت: فانها أقل فقال: وان قلت. الى غيرها من الروايات .

لكن هل له جعل الرد بيد الوصي، مثل ان يوصي بوصايا، ثم يقول: ان شاء الوصي- بعدموتى-- ان يزيد أو ينقص أو يرد؟ الظاهر ذلك، لانه من الوصية الواجب تنفيذها .

نعم، اذا رد هو، أو وصيه الواجب بقى واجباً وينذهب عنه الواجب الثاني بالوصية، كما اذا كان عليه دين فأوصى به ثم رده، فانه يجب اعطاء الدين من باب انه دين لامن باب انه وصية أيضاً ، واذا كانت الوصية شرطاً عليه أو نذراً أو نحوه فردها، فالظاهر عدم الفائدة في الشرط، لانه يوجب الوضع كما ذكرنا

فيما لو شرط ان لايتزوج عليها ، حيث ذهب جمع الى بطلان الزواج الثانى لاستفادة ذلك من [عند شروطهم] أى لم يشرع الشارع التعدي عنه .
أما فى مثل النذر فالوصية بردها تبطل ، وان كان ذلك موجباً للمحنث ، وكذا فى اليمين والعهد، ومخالفة الاب والزوج .

ولو علم الوصى بانه غير، اكن لم يعلم ماذا غير منها ، فان كان مسرحاً لقاعدة العدل اجرئت والا كان المجال المقررة، كما اذا اوصى ان يعطى زيدو عمرو كل واحد منهما ديناراً ثم رد الوصية بالنسبة الى أحدهما ولم يعلم انه رد زيداً أو عمرواً ، فان الدينار يعطى لكليهما نصفين، اما ذكرناه من ان ذلك حكم الماليات فى الموارد المشبهة .

أما اذا اوصى بان يحج عنه ، وان يزار عنه مشهد الامام الرضا عليه السلام ثم سحب أحدهما ، فانه حيث لا يمكن التخصيف يقرع بين الامرين لانها لكل أمر مشكل .

وكيف كان، فللموصى اليه ان يرد الوصية، وان كان قد قبلها مادام الموصى حياً بشرط ان يبلغه الرد كما فى الشرائع وغيره، بل فى المسالك قال بأن بطلانها مشروط بأن يبلغ الموصى الرد ، فلو لم يبلغه لزمتم ، كما لورد بعد الوفاة و ظاهرهم الاتفاق على هذا الحكم -- انتهى .

أقول: ويدل على عدم قبول الرد اذا لم يبلغ الموصى الرد بعض الروايات وهى و ان كانت منافية لقاعدة سلطنة الناس على أنفسهم ، لكنه ثبت بالنص و الفتوى .

نعم الظاهر ان ذلك فى غير الماليات وغير العسر والضرر، اذ المنصرف من النص والفتوى العمل الجسدى لالمالى ، فاذا اوصى ان يعطى زيد ديناراً عنه كان له الرد ، كما انه اذا اوصى بما يضره او يعسر عليه كان له الرد لتقدم

قاعدة لاجرح ولاضرر على الاحكام الاولية، كما انه لايستبعد ان يكون له اخذ الاجرة في ما ليس له الرد اذا كان القيام بالعمل الجسدي له اجرة عرفاً ، وذلك جمعاً بين الحقين المحق الثابت شرعاً بوجوب القيام عليه، والمحق الثابت بمقتضى الناس مسلطون على انفسهم اذ لا دليل على اكثر من وجوب العمل بالوصية عليه اما ان يكون ذلك مجاناً فلا .

فعن محمد بن مسلم، عن ابي عبدالله عليه السلام، قال: ان اوصى رجل الى رجل وهو غائب فليس له ان يرد وصيته، وان اوصى اليه وهو بالبلد فهو بالخيار ان شاء قبل، وان شاء لم يقبل .

وعن الفضيل بن يسار ، عن ابي عبدالله عليه السلام، في رجل يوصى اليه قال عليه السلام: اذا بعث بها اليه من بلد فليس له ردها ، وان كان في مصر يوجد فيه غيره فذاك اليه .

وعن منصور بن حازم، عن ابي عبدالله عليه السلام قال: اذا اوصى الرجل الى اخيه وهو غائب فليس له ان يرد عليه وصيته، لانه لو كان شاهداً فأبى ان يقبلها طلب غيره .

وعن الفضيل، عن ابي عبدالله عليه السلام قال: في الرجل يوصي اليه؟ قال عليه السلام : اذا بعث اليها من بلد فليس له ردها .

والرضوي عليه السلام، قال: واذا اوصى رجل الى رجل وهو شاهد ، فله ان يمتنع من قبول الوصية ، فان كان الموصى اليه غائباً ، ومات الموصى من قبل ان يلتقي مع الموصى اليه، فان الوصية لازمة للموصى اليه. وعن الصدوق في المقنع مثله .

أما مرواه هشام بن سالم، عن ابي عبدالله عليه السلام ، في الرجل يوصي الى الرجل بوصيته فيكره أن يقبلها؟ فقال أبو عبدالله عليه السلام لا يخذله على

هذه الحال .. فالمراد بها:

أماما تقدم بتقييدها بذلك، ولذا ذكرها الوسائل في هذا الباب، أو المراد كراهة رد الوصية مطلقاً .

و مما تقدم ظهر وجه رواية الدعائم بلزوم حملها على اللزوم ، خصوصاً وفيها قرائن على ذلك .

فقد روى، عن أبي عبد الله عليه السلام، انه قال: من أوصى الى رجل فالموصى اليه بالخيار في ان يقبل أو يردّها اذا كان حاضراً، فان ردّها بحضرة الموصى لم يلزمه، وان كان قد أوصى اليه وهو غائب ثم مات الموصى فليس ينبغي للموصى اليه أن يرد الوصية، وقدمات الموصى وصار حقاً من حقوق الله عز وجل .

ومع ذلك كله فقد أختار الفاضل في محكي المختلف والتحرير والشهيد في المسالك جواز الرد مطلقاً ما لم يقبل، قال الثاني: عملاً بالأصل وبدفع الضرر المنفى بقوله تعالى : «ما جعل عليكم في الدين من حرج» .

وقوله صلى الله عليه و آله وسلم : لا ضرر ولا ضرار . وحمل أخبار الباب على حصول القبول أولى ، لانه عقد فلا بد فيه من القبول .

والحق ان هذه الاخبار :

وصحيحة محمد بن مسلم والفضيل، ورواية منصور بن حازم وحسنة هشام، ليست صريحة في المدعي لتضمنها ان الحاضر لا يلزمه القبول مطلقاً ، والغائب يلزمه مطلقاً وهو غير محل النزاع .

نعم، في تعليل الرواية المتقدمة ايماء الى الحكم ، الا ان اثبات مثل هذا الحكم المخالف للأصول الشرعية باثبات حق الوصاية على الموصى اليه على وجه القهر ، وتسليط الموصى على اثبات وصيته على من شاء بحيث يوصي ، ويطلب من الشهود كتمان الوصية الى حين موته، ويدخل على الوصي الحرج

والضرر غالباً بمجرد هذه العلة المستندة الى سند غير واضح بعيد، ولو حملت هذه الاخبار على سبق القبول، أو على شدة الاستحباب كان أولى - انتهى .
أقول: حيث ان الحكم على خلاف القاعدة لزم الاقتصار فيه على مورد من غيبة الموصى، وعدم بلوغه الرد، وعدم كون الوصية تحميلاً عليه ولا عسراً وموت الموصى قبل الالتقاء بالموصى اليه .

أما الاول: فللنص .

وأما الثاني: فلانه لما يشمله العلة في خبر منصور .

وأما الثالث: فلانصراف عن مثله، كما اذا أوصى أن يعطى الموصى اليه من كيسه دين الموصى، أو أن يقضى صلاته أو ما أشبهه .

وأما الرابع: فلادلته.

وأما الخامس: فلانه لو التقى به لم يشمله للعلة في خبر منصور، لا مكان طلب الغير مع الالتقاء، وقد ذكره الرضوي أيضاً، أما هل يتعدى عن مورد النص بأخذ قوله عليه السلام: لانه لو كان شاهداً الخ علة، فاذا كان حاضراً لم يمكنه غيره، أو لم يمهله الاجل ان يوصى الى غيره أو ما اشبه ذلك، لاحكامه، احتمالان .

وان كان مقتضى غلبة ذكر الحكم في الروايات لا يبقى وثوقاً بالعلية مع ان الحكم على خلاف القاعدة .

ولذا قال في الجواهر: ان المنساق من التعليل ارادة بيان واقع، فهو شبه الحكمة، لان المراد من التعليل قصد دوران الحكم مداره، ضرورة عدم لزوم طلب غيره، اذ قد لا يريد وصية غير هذا الذي ردها، فاستصحاب بقاء الرد بماله حينئذ من غير فرق بين المتمكن وغيره من حيث البينة وغيرها .

أقول: ويؤيد عدم كفاية الوصية مطلقاً في الالزام ولو بكتمانها حتى يموت

ما يشعر به وصية فاطمة (سلام الله عليها) الى علي عليه السلام ، وقولها له انه ان لم يقبلها أوصت الى غيره، فانه لو كانت الوصية لازمة ولو بكتمانها كانت اوصت بدون اعلامه، فاذا توفيت كانت لازمة عليه فتأمل .

ومنه يعلم، وجه النظر في قول الجواهر بصحة الوصية لمن يعلم بعدم رضاه بقبولها لو علم مع اخفائه الى أن مات الموصى، بل لو ردها على وجه يعلم منه استمراره على معنى الرد ثم أوجب الموصى بعد الايجاب المردود، ثم اخفاه الى أن مات، اتجه لزومها له، لعدم العبرة بها في نفسه، بل يمكن ذلك لو صدر منه ما يقتضى الرد مع عدم علمه بالايجاب لكن يقوى في النظر خلافه .

اما مارواه الكافي والتهذيب، عن سعد بن اسماعيل، عن ابيه قال: سألت الرضا عليه السلام ، عن رجل حضره الموت فأوصى الى ابنه واخوين شهد الابن وصيته، وغاب الاخوان، فلما كان بعد ايام ابيا أن يقبلا الوصية مخافة ان يتوثب عليهما ابنه فلم يقدر ان يحلا بما ينبغي، فضمن لهما ابن عم لهما وهو مطاع فيهم ان يكفيهما ابنه فدخلا بهذا الشرط فلم يكفيهما ابنه ، وقد اشترطا عليه ابنه وقالوا : نحن براء من الوصية ونحن في حل من ترك جميع الاشياء والخروج منه [ويخرجنا منه: به] ايستقيم ان يخلينا عما في ايديهما، وعن خاصته؟ فقال : هو لازم لك فأرفق على اي الوجوه كان فانك مأجور لعل ذلك يحل بابنه .

فلعل الظاهر منه ان ضمير [لك] خطاب لابن العم الملتزم، لا لاحدهما ، فالمراد ارفق بكفاية الابن لان الوصية لازمة ، وان فقدت شرط الوصى ، ولو احتملت غير هذا الاحتمال كانت الرواية مجملة يرد علمها الى اهلها عليهم السلام .

ثم اذا اوصى ولم يقدر الوصى على التنفيذ، أو لم يرد بعد ان كان له حق

الرفض، كان اللازم على الحاكم الشرعي ان ينفذها، لانه ولي القاصر .
نعم ، الظاهر اخذ الاجرة اذا احتاج التنفيذ الى اجرة من يعمل بها ممن
يجعله الحاكم مكان الوصي للجمع بين الحقين، ولاوجه لاختها من بيت المال
والله سبحانه العالم

ثم الظاهر ان الرد يكفي فيه اللفظ والكتابة والاشارة ولو من غير الاخرس
لصدق الرد على كل ذلك، وفي الوصية التي تملك لا يملك الا اذا رضى لها
تقدم في أول الكتاب من اصالة عدم دخول شيء في ملك الانسان بدون رضاه
لانه خلاف تسلط الناس على أنفسهم وأموالهم والوصية العقدية بحاجة الى
القبول، اذلا يتحقق العقد بدون القبول فراجع أول الكتاب .

(مسألة - ٧ -) هل تصح الوصية الى العاجز عن نفوذها مطلقاً؟ بأن لا يقدر
بنفسه ولا بوكيله مطلقاً، أي ولا يقدر نفوذ البعض من الوصية متعلقاً وزماناً، الظاهر
العدم لانصراف الادلة عن مثله .

ومنه يعلم العجز عن بعضها زماناً أو متعلقاً أو مباشرة، حيث لاتصح الوصية
بالنسبة الى ذلك ، فاذا كان عاجزاً عن التنفيذ في الصيف من كل عام لابنفسه
ولا بوكيله ، أو عاجزاً عن تنفيذ نصف الوصية كما اذا أوصاه بالتصرف في
كل أمواله وهو لا يقدر عن التصرف الا في نصفها ، وفي النصف الاخر يعجز
مباشرة وتسببياً ، أو عاجزاً عن المباشرة في متعلق الوصية، وان كان قادراً على
التوكيل ونحوه، لم تصح بالنسبة الى القدر العاجز .

فاذا اوصى اليه في الكل، أو في جميع الازمنة، أو في الاعم من المباشرة،
بطلت بالنسبة الى القدر العاجز منها فيكون الميراث كلا وصي بالنسبة الى ذلك
فيجعل الحاكم للوصي مساعداً ينفذ ذلك، اذا لم تكن الوصية مرتبطة بعضها
ببعض بنحو التقييد والابطال مطلقاً، وجعل الحاكم وصياً .

قال فى الدروس : من الشرائط كفاية الوصي ، فلو أوصى الى هرم يعجز عن التصرف، أو الى مريض مدنف، أو الى سفيه، ففي بطلانها من رأس ، أو صحتها ويضم الحاكم مقوماً نظريئشاً من وجوب العمل بقوله: ما يمكن ، ومن عدم الفائدة المقصودة بالوصية .

أقول: الظاهر انه لاوجه للترديد ، كما لاوجه لقوله : ولو عرض العجز في الاثناء ضم الحاكم اليه قطعاً ولاينعزل، اذ العجز الواقعي كان مانعاً عن الوصية واقعاً ، وجهل الموصي لايجعل الحكم على خلاف الواقع ، كما لو استأجره لخياطة أثوابه فعجز في الاثناء، أما من ذكروا الضم مع العجز كالشرائع وغيره بل عن التذكرة وجامع المقاصد الاجماع على عدم الانعزال بالعجز، فكأنهم أرادوا العجز في الجملة ممايتعاون أيضاً بعدعجزه في الرأى والوجهة ومأشبهه لان ذلك هو المنصرف من كلامهم ، والافهل يقول أحد بصحة الوصية الى مقعد بأن يمشي برجله الى زيارة أحد الائمة عليهم السلام ؟

ثم الظاهر انه اذا جعل الحاكم انساناً بضميمة العاجز تكون الولاية بينهما اذ الوصي ولي مجعول والحاكم ولي شرعي فيجتمعان، وكذا اذا لم يقدر الاب والمجد من الادارة الكاملة للاولاد فضم اليهما الحاكم، حيث ان الولاية بينهما تكون بالاشترار، فقول الجواهر: ان الولاية بتمامها للوصي، ولكن يضم اليه مساعداً على ماكلف به، لعدم معهودية شركة الحاكم وغيره في الولاية ، غير ظاهر الوجه، لانه مقتضى القاعدة وعدم المعهودية لايقاومها .

ثم اذا لم يكن حاكم ، فان علم من الشرع ارادة ماأوصى به قام عدول المؤمنين مقامه لماذكره هناك، والالم يلزم عليهم ، كما اذا أوصى ان يقرأ الوصي عنه كل يوم ختمة قرآن في قبال أخذه الاجرة من ماله فرض الوصي بما لايقدر الاقراثة نصف ختمة ، فانه لادليل على لزوم الاتمام على عدول المؤمنين .

ومنه يعلم، وجه النظر في اطلاق قول الجواهر، بل ان لم يقدّم اجماع على اعتبار الضم من الحاكم امكن القول بوجوبه كفاية على الناس للامر بالمعونة على البر والتقوى وغيره مما دل على ذلك .

ثم انه ان زال العجز عن الوصي رجع الى كامل وصايته وانسحب الحاكم وذلك لانه مقتضى اطلاق الوصية ، ولعل قول جامع المقاصد ان في ذلك وجهين، انما اراد ما لم يكن للوصية اطلاق، فيستصحب ولاية الحاكم بعد زوال العجز .

ومما تقدم ظهر، حال ما اذا جعل الميت ناظراً على الوصي أو قياً على أولاده فعز عن المباشرة ، أو عن النظر ، أو عن بعض أحدهما أو بعضهما ، فان الحاكم يجعل بقدر ما عجز لا أكثر .

ثم انه قد تقدم أعطى الحاكم الاجرة لمن يجعله ، فاذا كانت الاجرة توجب فوت معظم الوصية سقط الجعل ، كما اذا كان ثلثه عشرة وقد قبل الوصي ان يقرأ قرآناً بهائم عجز الا عن نصفه والخمسة الباقية لانكفي الا عن قراءة سورة مثلاً ، مما لا يعد ميسوراً من نصف القرآن ، فالظاهر سقوطها وصرفه في وجوه البر لارتكاز الوصي كما ذكروا في الوقف .

ويؤيده ما رواه المشايخ الثلاثة ، عن محمد بن مسلم قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام ، أسأله عن انسان أوصى بوصية فلم يحفظ الوصي الاباباً واحداً منها كيف يصنع في الباقي؟ فوقع عليه السلام : الابواب الباقية اجعلها في البر .

ولو دار الامر بين قراءة الوصي نصف القرآن بخمسة والخمسة الاخرى تصرف في البر ، أو قراءة غيره كل القرآن بعشرة ، حيث لا يوجد من يقرأ نصفه

بخمسة لو حظ ارتكاز الموصي في الترجيح ، فان لم يكن ارتكاز تخير الحاكم بينهما .

(مسألة - ٨ -) اذا ظهر من الوصي خيانة ، فان امكن انضم اليه في رفعها ضم ، وذلك لعدم اشتراطنا الوصاية بالعدالة حتى يقال : بانسه ينعزل تلقائياً ، وانما نقول بالضم لانه جمع بين ارادة الموصي وبين حفظ الوصية الواجبة على الحاكم ، حيث انه ولي القاصر ، لكن انما يكون الضم اذا لم يكن أكثر مؤنة من الخيانة .

مثلا: ان الوصي يخون في كل مائة واحداً بينما تكليف اجرة الضميمة اثنان فانه لاوجه للضم حينئذ ، وان لم يمكن الضم في رفعها عزل الوصى واقام غيره مكانه ، لانه ولي القاصر كما تقدم ، ويستثنى من المقام ، مثل المستثنى في الفرع الاول ، فانه اذا كان جعل انسان جديد يكلف أكثر من الخيانة لم يكن دليل على الجعل مثلاً: كانت الخيانة عشرة واجرة الوصى خمسة ، أما اذا جعل آخر كانت اجرته عشرين .

ومنه يعلم ، الحال فيما اذا لم ينفع الضم ، أو الجعل في رفع الخيانة ، حيث قدرة الوصى على مثل تلك الخيانة حتى مع الضم والجعل .

نعم ، اذا صارت اخف بأي منهما ضم وجعل ، ومنه يعلم وجه النظر في اطلاق جملة منهم المحقق ، حيث قال وان ظهر منه خيانة وجب على الحاكم عزله ويقيم مكانه اميناً ، ويؤيد الحكم بالاضافة الى القاعدة ماورد في قوله سبحانه « فمن خاف من موص جنفاً » فراجع الوسائل باب ان من حاف في الوصية فللموصي ردها الى الحق .

ويؤيده مارواه المستدرک في باب نواذر الوصايا ، عن الدعائم ، عن علي عليه السلام ، قال لا يزيل الوصى زوال العقل أو ارتداد أو تبذير أو خيانة أو ترك

سنة .

نعم ، اذا كان جعل الوصى بعنوان امانته أو عدايته كانت الخيانة موجبة لسلب الوصية لفقد العنوان ، ثم اذا خان الوصى مما عزله أو ضم اليه ، فاذا ذهب خيانتته رجعت اليه الوصاية ، لانه المر كوز فى اذهان الموصين الذى يجرى عليه الوصية فاطلاق الوصية يشمله .

نعم اذا لم يشمله الاطلاق كان استصحاب الانعزال أو الانضمام محكماً ، ويأتى فى المقام المسألة السابقة بأن كان النصب للمجديد أو الضم أكثر مؤنة من الخيانة ، حيث لاوجه لهما حينئذ .

(مسألة - ٩ -) الوصى أمين لا يضمن ما يتلف فى يده أو ما يشتهبه فيه الا اذا كان بتعداوتفریط ، فاذا تلف بدونهما أو اشتبه اشتبهاً متعارفاً كما اذا آجر الدار بمأة ثم ارتفعت القيمة الى مأتين ، حيث لو كان يعلم ذلك كان الايجار بالمأة خلاف الموازين لم يضمن ، لانه ليس مأموراً باتباع علم الغيب ، ولا خيار له فى الغبن ، لانه وقت الايجار لم يكن غيباً ، بل معتدلاً ، وانما ارتفعت القيمة مثلاً فجئة .

والحاصل : انه مأمور ان يعمل حسب الموازين ، فاذا عمل بها لم يكن ضماناً .

وفى الجواهر عند قول المصنف: الوصى أمين بلا خلاف أجده فيه بل فى جامع المقاصد نفيه بين أهل الاسلام، وكذا ادعى عدم الخلاف فى ذلك المسالك .

ولو شك عند ارادة التصرف ، هل هو تصرف حسب المتعارف أم لا ؟ لم يحق له الا بعد تحقق تعارفه ، فلو عمل والحال هذه فظهر ضرر أو نحوه كان ضامناً ، ولا يلزم تحرى الافضل ، بل المتعارف ، لان الوصاية ليست بأكثر من ذلك ، و

حيث قد عرفت ان اللازم التعارف، فاذا كان المتعارف احتمال الضرر، لكن العرف يقدم لم يكن به بأس، كما اذا كانت التجارة بالمال في البحر خطيراً، لكن العرف يقدم على ذلك صح له ذلك، وان تلف لم يضمن، وكذا اذا كان اجراء العملية على الطفل من القيم خطيراً، لكن الاباء يقدمون على ذلك من باب الاهم والمهم، صح له الاقدام، ولو تلف الطفل لم يضمن، ولو تلف الطفل بدون تعارف الاقدام فهو ضامن لديته، ولو اعطى الصوم والصلاة والحج غير الثقة فلم يعمل ضمن والا لم يضمن اذ المطلوب حصل، ولو اعطاه للثقة ظاهراً فظهر انه لم يعمل لم يضمن لانه عمل بتكليفه فلا وجه لضمانه، وما دل عليه بعض النصوص من الضمان يحتمل على غير المتعارف.

مثل ما رواه سعيد الاعرج، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل يوصي بنسمة فيجعلها الوصي في حجة؟ قال: فقال: يغرمها ويقضي وصيته وقريب منه ما رواه أبو سعيد.

وعن محمد بن مارد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن رجل أوصى الى رجل وامرأة ان يعتق عنه نسمة بستمأة درهم من ثلثه فأنطلق الوصي فأعطى الستمأة درهم رجلا يحج بها عنه؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: أرى ان يغرم الوصي ستمأة درهم من ماله ويجعلها فيما أوصى الميت في نسمة.

أقول: ومن الضمان ما لو كان ميسور للوصية فجعله في غير الميسور من وجوه البر، مثلاً: أوصاه بذبح خروف لاطعام الفقراء فكانت اكثر من الثمن المجمعول، فانه يجب عليه جعله في نصف خروف مثلاً بالاشتراك، لافي بناء المسجد لانه اقرب الى ارتكاز الموصي.

ويؤيده ما رواه علي بن مريد، قال: أوصى الي رجل بتر كتفه فأمرني ان أحج بها عنه فنظرت في ذلك، فاذا هي شيء يسير لا يكفي للحج، فسألت أبا

حنيفة وفقهاء اهل الكوفة فقالوا تصدق بها عنه [الى ان قال]: فلقيت جعفر بن محمد عليه السلام، في الحجر فقلت له : رجل مات وأوصى الي بتر كتفه ان احج بها عنه فنظرت في ذلك فلم يكف للحجج ، فسألت من عندنا من الفقهاء فقالوا: تصدق بها؟ فقال عليه السلام: ما صنعت؟ قلت : تصدقت بها ، قال عليه السلام: ضمننت الا ان لا يكون يبلغ ما يحجج به من مكة، فان كان لا يبلغ ما يحجج به من مكة فليس عليك ضمان ، و ان كان يبلغ ما يحجج به من مكة فانت ضامن.

ومما تقدم يظهر ، حال مثل ركوب الدابة والسيارة وسكنى الدار ولبس الثوب و استخدام الطفل و غير ذلك ، فانها كلها ان دخلت في المتعارف لم يضمن والا ضمن، فان كان عالماً عامداً كان من الخيانة، والا كان الضمان فقط، و قد يكون خيانة دون ضمان، كما اذا عمل بالولد عملاً سيئاً، فبين الامرين عموم من وجه، والى ما ذكرناه ينظر الشارحان للشرائع في أمثلة ذكرها.

أما قول الجواهر : و الظاهر ان من التفريط التكاسل في أمر الوصية و التهاون، فهو كذلك ان عد عرفاً تفريطاً، لان لهما مراتب كما لا يخفى .

وهل التفريط في البعض يوجب الخيانة المطلقة، اوفى نفس ذلك البعض مثلاً: أوصى اليه بداره وبستانه ، لكن يفريط في البستان دون الدار؟ احتمالان، وان كان لا يبعد ان يكون كلشيء بحسبه ، فاذا لم يكن عن عمد عين الحاكم غيره أو معه في البستان شخصياً ، وان كان عن عمد، فان قلنا باشتراط العدالة شرطاً أو تقييد الموصي له بها عزل لفقد الشرط ، وان لم نقل باشتراطها ولم يقيدها الموصي بها لم يعزل، بل يعين الحاكم غيره معه ، أو استقللاً بالنسبة الى البستان مثلاً.

ومما تقدم من ان مقتضى الوصية العمل حسب المتعارف في كل الشؤون

جاز للوصي بيع وشراء ورهن وغيره بالنسبة الى ماله ، سواء لنفسه أو لغيره ، كما يجوز له أخذ دينه الذي على الميت و اعطاء دين الميت من نفسه له أو لغيره ، الى غير ذلك ، فلا وجه للتفصيل الذي ذكره الشرائع قائلًا : ولو كان للوصي دين على الميت جاز ان يستوفي دينه مما في يده من غير اذن الحاكم اذا لم يكن له حجة وقيل يجوز مطلقاً .

أقول: وهذا هو الذي اختاره الشهيدان، بل في الجواهر هو الأقوى، ولا يعارض ذلك الا الاشكال في انه كيف يتوحد البائع والمشتري في اجراء الصيغة والا بعض الروايات :

مثل مارواه المشايخ الثلاثة في ماعدا الاستبصار ، عن بريد بن معاوية، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: قلت له: ان رجلاً أوصى الي فسألته ان يشرك معي ذا قرابة له ففعل وذكر الذي أوصى الي ان له قبل الذي اشركه في الوصية خمسين ومائة درهم [خمسمائة درهم : به] عنده ورهنًا بها جاما من فضة، فلما هلك الرجل انشاء الوصي يدعي ان له قبله اكر ارحنطة؟ قال عليه السلام: ان أقام البينة والافلاشيء له، قال: قلت له: ايحل له ان يأخذ مما في يديه شيئاً؟ قال: لا يحل له، قلت: أرأيت لو ان رجلاً عدا عليه فأخذ ماله فقدر ان يأخذ من ماله ما أخذ أكان ذلك له؟ قال عليه السلام : ان هذا ليس مثل هذا.

ويرد على الاول: انه لا مانع منه، اذ لا دليل على لزوم الاثنية في العقد، كما قرر في محله.

وعلى الثاني : ان الكلام في الرواية حول الدعوى على الميت لمن هو وصي الميت ، فان الشريك يريد الاخذ من مال الميت باجازة الوصي الاخر أو بسكوته، وهذا غير استيفاء الانسان حقه من مال الميت أو الحى، وقد اشار الامام عليه السلام الى ذلك بقوله: ليس هذا مثل هذا، ولذا قال في الجواهر:

وخروج الموثق عن الفرض باعتبار الاشتراك في الوصية على وجه ليس لاحدهما الاستقلال بالتصرف من دون اذن الآخر الذي ليس له اجازة هذا الاخذ من دون اثبات - انتهى .

ومن ذلك يعلم، حال الاجنبي الذي يطلب من الميت فانه اذا تمكن من ماله عليه جاز له أخذه منه ولو بدون اثبات، أو اذن حاكم اذا لم يكن محذور خارجي ، فاذا كان يطلب زيد من الميت ديناراً ووجد من مال الميت ديناراً حق له الاخذ عرفاً والشارع لم يمنع عنه، ولادليل على التفصيل بين امكانه اثباته فلا يحق له وعدمه فيحق له ، كما لادليل على التفصيل بين امكانه الاجازة من الحاكم، فلا يحق له بدون الاجازة، وبين عدم امكانه ذلك فيحق له .

لا يقال: هذا الدينار مشترك كسائر أموال الميت بين الدين والورثة ، ولا يحق التصرف في المال المشترك الا برضى الشريك .

لانه يقال : الدين مقدم على الارث، قال سبحانه : «من بعد وصية يوصي بها أودين» ومثل ذلك ما اذا وصى الى زيد وعنده بقدر الوصية أو ظفر به، فانه لادليل على لزوم رخصة الورثة أو اجازة الحاكم وان كان كلاهما سهلاً .

نعم، ذلك احتياط ، وربما يؤيد ما ذكرناه بادلة المقاصة ، حيث اطلقت التقاص، ويقوله : «ماعلى المحسنين من سبيل» ويقوله : «فمن اعتدى عليكم» وغير ذلك من العمومات .

(مسألة - ١٠ -) يجوز للوصي ان يشتري ويبيع ويهب بعوض وغير ذلك من اصناف المعاملة بالنسبة الى مال الميت، وهذا هو المشهور فيما ذكره من البيع وغيره مثله، لان الحاكم في الجميع واحد، خلافاً لما نقل عن الخلاف والحلي، حيث منعوا عن ذلك، ويدل على المشهور اطلاق الأدلة ، وانه ولي فلا يمنع عن عمله الذي فيه الصلاح ، أو عدم الفساد .

ويؤيده مارواه المشايخ الثلاثة في غير الاستبصار ، عن الهمداني قال : كتبت مع محمد بن يحيى ، هل للوصي ان يشتري من مال الميت اذا بيع فيمن زاد يزيد ويأخذ لنفسه؟ قال عليه السلام : يجوز اذا اشترى صحيحاً .

ويؤيده ما دل على اشترى الاب من مال ولده، وانه يجوز في النكاح، ففي المقام أولى للاحتياط في النكاح بما لا يحتاط مثله في المقام .

أما دليل من خالف فهو وجوب التغير بين الموجب والقابل ، وهو في المقام مفقود ، وبأنه معرض الغبن والضرر .

وبما روى عن ابن مسعود ، من ان رجلاً أوصى الى رجل ببيع فرس له فاشتراه الوصي لنفسه واستفتى عبد الله بن مسعود، فقال: ليس له ذلك .

قال في محكي الخلاف - بعد ان حكى ذلك عن ابن مسعود - : ولا يعرف له مخالف .

وبما ورد من المنع عن شراء الوكيل لنفسه فمناطه جار في الوصي، وفي الكل ما لا يخفى، اذ لا دليل على لزوم التغير بينهما، فيشمله عقود كم الاستفادة من [أوفوا بالعقود] ومعرضية الغبن ممنوع أولاً، ومتدارك ثانياً، ورواية ابن مسعود ليست حجة، بالاضافة الى ضعف دلالتها .

وقد عرفت ان المشهور على الجواز، فلو سلم لاخلاف الخلاف فهو مهذوم بمخالفة المتأخرين له ، والمنع في الوكيل لا يعلم مناطه بالاضافة الى انه في الوكيل أول الكلام .

ولذا قال في الشرائع : وفي شرائه لنفسه من نفسه تردد والاشبه الجواز، وأيده الشارحان وغيرهما، نعم ، قال: بعد ذلك اذا أخذ بالقيمة العدل وأضاف الجواهر ولم يكن ثمة من يزيد عليه لوجوب مراعاة المصلحة في ذلك، خصوصاً بعد قوله تعالى : « ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن » .

أقول : كأنه قيد يستغنى عنه ، اذ لو كان هناك من يزيد لا يسمى القيمة عدلاً ، والالزم قيد وان لا يكون لليتيم حاجة ، وغير ذلك من القيود المستغنى عنها ، ثم لو اشترى بقيمة غبنية ، فهل البيع باطل ، أو هناك خيار غبن ؟ احتمالان من النهي في الآية المستتبع للموضع عرفاً ، ومن انه لا يزيد عن سائر المعاملات الغبنية ، فاللازم عليه الفسخ ، وان لم يفسح أجبر عليه ، لا يبعد الاول ، وان كان للثاني وجه .

ثم اذا غبن اليتيم وقلنا بعدم البطلان فبلغ وأجاز كفى ، وان تغيرت القيمة بماسار في مصلحة اليتيم ، فالظاهر عدم لزوم الفسخ ، ولا مجال لاستصحابه لتبدل أركانه ، واذا اشترى منه بما غبن هو نجهله بالقيمة حقه الفسخ ، وفي بقاء خيار المجلس مطلقاً ، لان الموجب والقابل واحد فلا افتراق احتمال ، وان كان الظاهر عدمه من جهة استفادة عدمه من الأدلة ، أو على الأقل ، لا اطلاق للخيار يشمل مثل المقام ، فاللازم الاقتصار فيه على المتيقن .

قال في الشرائع : واذا اذن الموصي للموصي ان يوصي جاز اجماعاً .
وقال في المسالك : لاخلاف في جوازه .

وقال في الجواهر : الاجماع بقسميه عليه ، وذلك لا اطلاق أدلة الوصية ، ثم قد يوصي الوصي عن نفسه ، وقد يوصي عن الموصي .

ففي الاول : يجوز له عزله ، وفي الثاني يتبع قدر الوصاية ، مثلاً : قال له : أوص عني ولك عزله ، فان له عزله لا اطلاق دليل الوصاية الشامل للمقام .

أما ما يظهر من الجواهر من نوع تردد فيه ، قال : وهل يجوز نصب وصي عن الموصي مع التصريح من الموصي بذلك وجهان لا يخلو أولهما من قوة .

فلعل وجه الاخر انصراف ادلة الوصية الى نصب الشخص نفسه .

ومنه يعلم ، وجه احتمال عدم صحة الوصية اذا قال لغيره : أوص عني ولم

يعلم ماذا أوصى، أما إذا علم فلا اشكال فيه، وقد تقدم صحة الفضولية اذا اجازها لكن الكلام هنا فيما لم يعلم ماذا قال عنه ، وجه عدم الصحة انصراف الأدلة ، وانه غير عقلائي والغرر، وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر ، لكن يمكن ان يقال: لاوجه للانصراف، فانها وصية فهو مثل ما اذا لم يعلم ماذا في صندوقه، وقال: اعطوه بعدي للمفقر، اذ لاوجه لعدم صحته، وهو عقلائي ولاغرر في مثل ذلك ، فان من أراد الوصية بثلثه في أبواب البر لايفعل وصيه أكثر من ذلك فلا يطلق عليه الغرر .

ثم انه اذا أوصى زيد الى عمرو بوصية فنفذ عمرو كل الوصية ، فلا كلام وان لم ينفذ فهو على ثلاثة أقسام :

الاول: ان يصرح الموصى للموصي بأن يوصي من بعده الى غيره، ولا كلام في صحة ذلك لاطلاق الأدلة .

الثاني : ان يصرح بعدم حق له، ولا كلام أيضاً .

الثالث : ان يطلق ، فهل للموصي ان يوصي الى غيره بأن يعمل بعده بما تركه من الوصية، أماعمداً ، أولانه كان وصياً على الاطفال فلم يكملوا أو على غله تتجدد كل عام أو ماأشبه ذلك ، الظاهر ان له حق الوصية وفاقاً للشيخ ، ولابني الجنيد والبراج ، خلافاً لما نسب الى الاكثر من عدم الجواز، فاذا وصى كان لغواً، وانما يرجع الامر بعد الوصي الى الحاكم الشرعي لانه وصي من لاوصي له للاطلاقات .

وللرواية الخاصة ، عن علي عليه السلام كما تقدم في الشرح ، لنسا ان اطلاق كونه وصياً يشمل الاستمابة في حياته بالوكالة ونحوها وبعدها بالوصاية فانه المر كوز في اذهان المتشرعة والمسيرة ، فان الاوصياء يعينون أووصياء لهم .

ولمكتابة الصغار في الصحيح الى أبي محمد الحسن عليه السلام ، رجل كان وصى رجلا فمات واوصى الى رجل ، هل يلزم الوصى وصية الرجل الذي كان هذا وصيه؟ فكتب عليه السلام : يلزمه بحقه ان كان له قبله حق انشاء الله . والظاهر ان [يلزمه] أي الوصى للموصى [بحقه] أي بحق الموصى الاول على الوصى الاول [ان كان له] أي للموصى الاول [قبله] أي قبل الوصى الاول فهي ظاهرة في المسألة، ولذا استدل بها بعضهم فلاوجه للاحتتمالات التي ذكروها مثل :

١ - يلزمه الوفاء بحقه ان كان مؤمناً .

٢ - أو يلزم الوصى الثاني ان ينفذ وصية الموصى الاول بسبب حقه الذي على الوصى الثاني، لانه كان له ، أي للاول عليه حق من حيث الوصية فيجب على الثاني انفاذ كل حق على الاول .

٣ - أو ان كان للموصى الاول قبله، أي الموصى الثاني حق من جهة وصيته اليه بالايصاء لزمه الوفاء به والا فلا يكون المراد بالحق حق التوصية الى الوصى الثاني بأن صرح بالوصية .

ومما تقدم يظهر، ان الاستدلال لقول الاكثر باصالة عدم حق له في ذلك ، واصالة عدم الزام هذه الوصية للموصى الثاني، واصالة عدم اطلاق الوصية الاولى بحيث تشمل الوصية الثانية ، وبأن ظاهر الوصية المباشرة خرج منها الاستتابة حياً وبقي الباقي ، وبأنه داخل في قوله سبحانه : « فمن بدله » وبأن العهد - الذي هو الوصية - ظاهر فيما يتعلق به لاما يشمل الغير فلا اطلاق لادلة الوصية يشمل وصية الوصى بحيث يشمل عهد الموصى اليه أيضاً ، كل ذلك بعد اجمال الرواية، غير ظاهر الوجه، اذ لا مجال لكل ذلك بعد الاطلاق، والارتكاز والسيره والرواية الظاهرة كما عرفت ، ومما تقدم يظهر، مواقع النظر في كلام الشارحين وغيرهما فراجع .

ثم اذا لم يكن له جعل الوصى ولم يكن حاكم ولا وكيله صح له جعل الوصى من باب عدول المؤمنين والحسبة فانهما يشملان حال الحياة وبعد الممات، واذا قلنا بعدم الصحة في ما طلق الموصى الاول، فضلاً عما اذا صرح بالعدم، فاذا لم نعلم كيفية وصاية الاول، وقد أوصى الثاني، فهل يحمل فعله على الصحيح، لاطلاق قوله عليه السلام : ضع أمر أخيك على أحسنه . أو لا بد من ثبوت الايصاء اليه بذلك فلايكفى دعواه ، فضلاً عن مجرد فعله؟ ظاهر الجواهر الثاني ، لكن اطلاق دليل الصحة الاول ففعله كفعل سائر الاوصياء والوكلاء .

وكيف كان، فلومات انسان ، ولاولى له من وصى أو أب وجد فالنظر الى الحاكم الشرعى ، ولو لم يكن ولاوكيله وصل ذلك الى الثقات المعبر عنهم بعدول المؤمنين ، وقد تقدم عدم اشتراط العدالة ، بل يكفى الثقة ، ولذا قال الشرائع: جاز ان يتولاه من المؤمنين من يوثق به .

قال في الجواهر: هذا هو المشهور بين الاصحاب من ثبوت الولاية لهم على مثل ذلك للمعتبرة المستفيضة المؤيدة بمادل على الحسبة وحسن الاحسان وولاية المؤمنين بعضهم على بعض، وغير ذلك .

أقول : قد تقدم جملة من تلك المستفيضة .

ثم ان الشرائع بعد عبارته المتقدمة ، قال : وفي هذا تردد ، ولعله أراد التردد في عمل الثقة من باب الولاية كولاية الاب والجد كما ان ابن ادريس، حيث نفى ولايته لم يستبعد ان يراد به ذلك، اذ لا يمكن امكاناً شرعياً ضياع الاولاد والاموال والفارق بين ولاية الاب والجد، وولاية الثقة ان الاولين يعملان عمل الاولياء مطلقاً، والاخير يعمل حسب الضرورة وكيف كان فقوله سبحانه: «ماعلى المحسنين من سبيل» «وبعضهم اولياء بعض» «وأولى ببعض في كتاب الله» - في

الارحام اذا تولوا ذلك - كاف في الدلالة على ما ذكره المشهور، هذا بالاضافة الى الروايات الخاصة كما تقدم بعضها .

قال اسماعيل بن سعد الاشعري: سألت الرضا عليه السلام، عن رجل مات بغير وصية وترك اولاداً ذكراناً وغلماً أصغاراً وترك جوارى ومماليك هل يستقيم ان تباع الجوارى؟ قال عليه السلام: نعم .

وعن الرجل يموت بغير وصية تركه ولد صغير وكبار أيحل شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير ان يتولى القاضي بيع ذلك، فان تولاه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفة أيطيب الشراء منه أم لا؟ فقال عليه السلام: اذا كان الاكابر من ولده معه في البيع فلا بأس اذا رضي الورثة بالبيع وقام عدل في ذلك .

وخبر محمد بن اسماعيل قال: مات رجل من أصحابنا ولم يوص فرفع أمره الى قاض الكوفة فصير عبد الحميد القيم بماله، وكان الرجل خلف ورثة صغاراً ومتاعاً وجوارى فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهن، اذ لم يكن الميت صير اليه وصية وكان قيامه فيها بأمر القاضي لانهن فروج قال: فذكرت ذلك لابي جعفر عليه السلام، وقلت له: يموت الرجل من أصحابنا ولا يوصي الى أحد ويخلف جوارى فيقيم القاضي رجلاً منا فيبيعهن أو قال: يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لانهن فروج، فما ترى في ذلك؟ قال: فقال عليه السلام: اذا كان القيم به مثلك، أو مثل عبد الحميد فلا بأس .

ثم انه قد تقدم الالمام الى كفاية الثقة، وذلك للنص عليه في خبر زرعة [ان قام رجل ثقة] فذكر العدل في خبر الاشعري محمول على الفضل، لانه مقتضى الجمع بينهما عرفاً، كما اذا قال في خبر: اعط ديناراً، وفي خبر: اعط درهماً بالاضافة الى ان الاعتماد على الثقة في كل الشئون، الاما خرج بالدليل هو مقتضى

المركوز في اذهان المستشركة المبني عليه غالب الفقه الذي هو أهم من مثل هذه الموضوعات ، وان ذكر غير واحد لزوم العدل من باب ان الروايتين من باب المطلق والمقيد وانه المبني عليه في باب الموضوعات أمثال الشهادات ونحوها وهو كما ترى .

قال في الشرائع : واذا أوصى بالنظر في شيء معين اختصت ولايته به ، ولا يجوز التصرف في غيره وجرى مجرى الوكيل في الاقتصار على ما يوكل فيه .

أقول : وذلك واضح ، كما انه كذلك اذا خصها بزمان دون زمان ، أو مكان دون مكان ، أو حالة دون حالة ، فالتصرف أزيد من ذلك داخل في قوله سبحانه: «فمن بدله» .

ولو شك الوصي في انه هل كان للموصى مثل ذلك التصرف حمل فعله على الصحيح ، والله سبحانه العالم .

(مسألة - ١١-) الظاهر ان الصفات المعتبرة في الوصي من البلوغ والعقل وغيرهما انما تعتبر حالة تنفيذ الوصية لاحالة الوصية ولاحالة الموت ولا بينهما ولا غير ذلك لان الدليل لم يدل على أكثر مما ذكرناه فلو أوصى ان يزوج زيد ولده اذا كبر وكان الولد صغيراً يبلغ بعد عشر سنوات وكان زيد مجنوناً أو صغيراً يبلغ ويعقل بعد عشر سنوات صححت الوصية ، لاطلاق أدلتها بعد ان لم يكن المخصص شاملاً لذلك الوقت ، خلافاً لمن قال بالاعتبار حالة الوصية ، كما جعله الشرائع أشبهه ، وقال المسالك : انه مختار الاكثر ، ومن قال بالاعتبار حال الوفاة نسبة المسالك الى بعض الاصحاب ومن قال باعتبارها من حين الوصية الى حين الوفاة كما عن الدروس ومن قال باعتبارها من حين الوصية الى ان ينتهي متعلقها بأن يبلغ الطفل ، ويخرج الوصايا ويقضى الديون وغير ذلك ، ومن قال من حين الوفاة

الى حين الانتهاء ، والكل كما ترى لادليل عليها ، وان ذكروا لها وجوهاً هي أشبه بالاعتبار كما لا يخفى على من راجع الشرحين .

ومنه يعلم ، جعل الجواهر القول الثاني قوياً لمقتضى عمومات الوصية المقتصر في تخصيصها على ماتيقن من شرطية هذه الأشياء في الوصي بمعنى المتلبس بالولاية وأول انات تلبسه بذلك مع الاطلاق من حين الوفاة فتعتبر الشروط ذلك الوقت ، غير ظاهر الوجه ، فان الاعتبار العقلائي اشترط الشروط العقلائية حال العمل والشارع لم يزد على ذلك ، وانما زاد بعض الشروط ، وليس هذا منها فاذا قال : فلان وصيي يقضي ديني الذي يحل بعد سنة ، وكان فلان مجنوناً وافاق قبل اداء الدين ، فهل يكون موضع ايراد انه كيف يكون وصياً ، أو يقال انه لا يشمل العمومات .

ومنه يعلم انه لافرق بين التراوح بين الصفة وعدمها ، وبين عدمها مطلقاً اذا كان حال العمل متصفاً ، فانه وقت تعلق الوصية ، وكذلك حال الوكيل ، فاذا قال : فلان وكيلى ليزوج بنتى بعد بلوغها خمس عشرة سنة وكان فلان مجنوناً وافاق قبل ذلك الوقت وقبل الوكالة كان صحيحاً ، والاشكال في تعليق الانشاء ونحوه غير وارد بعد وضوح ان الانشاء خفيف المؤنة ، كما هو واضح .

نعم ، اذا كان انشائه الوصية مقيداً بوقت لا يصح تعلقها بالوصي لم تصح كما اذا قال : ان زيدا الجامع للشرائط الان ، أوفى وقت موتي - أو ما أشبه - هو وصيي ، بنحو تقييد الوصية بذلك ، وانما لا تصح لانه على تقدير فقد الشرط لم يوص ، ومن الواضح ان العقود والايقاعات تتبع القصد والالم يكن عقده وايقاعه .

ومما تقدم ظهر ، انه لو تقطعت الاحوال ، فان كانت الوصية على نحو تعدد المطلوب صححت حال الوصف وحال عدم الوصف يكون الحاكم وصياً والا

بطلت لو حدة المطلوب المتعذرة فرضاً ، مثلاً: قال زيد وصيبي يحج عني كل عام و كان الوصى يجن عاماً ويفيق عاماً ، فان عام جنونه يكون الحاكم ولياً بخلاف عام افاقته الا اذا كان على نحو وحدة المطلوب من غير فرق بين ان يجن من الاول أو الاوسط أو الاخير اذ الميزان قصد الموصي الشاهد له ارتكاز العرف ، اذا شك في كيفية قصده ، فحال الوصى في ما كان الارتكاز حال الاب و الجد و الوكيل - في حال ارتكاز ذلك فيه - والحاكم و وكيله ، حيث ان التقطع لا يضر بولايتهم حال الشرط فتوهم انه بعد فقد الشرط يستصحب العدم في الوصى غير ظاهر الوجه بعد شمول الوصية له لشمول اطلاق الولاية و اطلاق الوكالة لهم ، وأوضح من الاطلاق ما لوقال : ان هذا المجنون وصي كلما أفاق ، أو ما أشبه ذلك من التصريحات .

(مسألة - ١٢ -) لاتصح الوصية على ذوي الميت الكبار كأولاده وأبويه

واخوته، سواء كانوا في الصغر اختصارهم بيد الموصى أم لا ؟ بلا اشكال ولا خلاف، بل عليه النص والفتوى، حيث ان الناس مسلطون على أنفسهم، بل لا تصح الوصية وان رضى الكبير كما لوقال: ولده الكبير لا بأس بأن توصى زيداً ليكون قيماً وولياً علي، اذ ليس للكبير مثل هذه الولاية على نفسه، فأن الناس مسلطون على أنفسهم لاعلى أحكامهم.

نعم، اذا دخل في الوصية المشروعة وقبل الكبير صح ذلك، كما اذا قال ابني الكبير وصيبي عليكم أيها الاولاد الكبار في ان يزوجكم حسب رأيه فقالوا نعم قبلنا ذلك، فاللازم عليهم التنفيذ، لانه من الوصية الممضاة من الكبار حاله حال ما اذا أوصى بأكثر من الثلث أو بالصلاة عليه أو بما أشبهه، حيث ان الوصية تحديد لحرياتهم وأموالهم، فاذا قبلوا وجبت ولزمتهم ، ومثل ذلك اذا أوصى ان لاتزوج زوجته الا من زيد أو اوصت ان لايزوج زوجها الا من امامة ، الى

غير ذلك، فالمعيار المشروعية في نفسها وقبول الوصي وبدون كليهما لاتصح
فقول الشرائع وغيره لو أوصى على اولاده الكبار العقلاء، أو على ابيه أو على
اقاربه لم تمض الوصية عليهم، ناظر الى ما ذكرناه فليس لنفيهم اياها اطلاق.
وإذا شك في المنع الشرعي فالظاهر عدم نفوذ الوصية، كما لو أوصى
ان لاتزوج زوجته او بنته او اخته او لايزوج زوجها مادام العمر، وذلك للشك
في ان الشارع شرع مثل هذه الوصية، فالاصل اطلاق ادلة تلك الاحكام.

ثم انه ظهر مما تقدم انه لاتصح الوصية بالنظر في المال الذي تركه لورثته
الكبار، اذ المال لهم ولاحق للميت في جعل مشرف عليه، وهل تصح الوصية
بالنظر في ثلثه، وان لم يوص بالثلث، فانه قد يوصي ان ثلثه يصرف في الخير
وهذا يصح جعله تحت نظر الموصي، وقد لا يوصي بالثلث مما يكون الثلث
للورثة فيوصى بأن يكون التصرف فيه منهم تحت نظر الوصي.

قال في الجواهر عند قول الشرائع [ولو أوصى بالنظر في المال الذي
تركه لهم لم يصح له التصرف في ثلثيه] : بل ولا في ثلثه، لانه لا ولاية له عليه
مع عدم الوصية به، وعدم اخراجه عن ارث الوارث، فلا تصح الولاية عليه
مع كونه ملكاً للوارث، كما في نظائره - انتهى.

لكن ربما يحتمل صحة، مثل هذه الوصية، اذ لما كان للميت الوصية بثلثه
كان له ان يجعل النظر في ثلثه الى الوصي بطريق أولى، ففي الثلثين لاق
له في جعل الولاية.

أما في الثلث فله ذلك، لاطلاق أدلة الوصية، واطلاق دليل الثلث، كما
ان له ان يقيد ثلثه، كما اذا قال: لاق لكم في التصرف فيه الا في زمان كذا،
أو مكان كذا، أو حالة كذا، أو لاجل كذا، وهذا من تقييد ماله لامن تقييد سلطنة
الورثة حتى يقال: انه مناف لتسلط الناس على أموالهم، أو على أنفسهم ومثله

ما اذا وهبته مالا بشرط، والفرق بأن الهبة لا تدخل في ملكهم الا برضاهم و الارث يدخل بدون رضاهم لا يوجب فرقاً في المقام وهذا هو الاقرب.
ثم انه اذا أوصى بأن يصرف ثلثه في كذا، فان كان مميزاً فلا اشكال في حق الوصي بدون شراكة الوارث في شيء .

أما اذا كان مشاعاً فهل للوصي حق الاستقلال بأن ينزع ثلثه، او حاله حال الشركاء حيث لا يجوز له التصرف الا باجازة الباقيين؟ الظاهر الاول، اذا نص الميث على استقلاله، والثاني اذا لم ينص.

أما الاول: فلانه ولي على كل ماله مادام حياً فله اعطاء هذه الولاية للموصي ولذا قال في الجواهر : لان له مثل هذه الولاية التي هي أولى من حصره ثلثه في عين معينة .

أما استدلال الجواهر بما ورد في المضاربة فلا دلالة له بذلك، حيث انه من باب الولاية على الاول والصغار وقد تقدم الكلام في ذلك .

قال محمد بن مسلم : انه سأل عن أبي عبد الله عليه السلام ، عن رجل أوصى الى رجل بولده وبمال لهم واذن له عند الوصية ان يعمل بالمال، وان يكون الربح بينه وبينهم فقال: لا بأس به من أجل ان أباه قد اذن له في ذلك و هو حي، بل في رواية بن الحجاج اخوتك الصغار .

هذا لكن ربما يقال: ان حق الميث في الثلثين ينقطع بالموت ، فلا حق له في ان يوصي باستقلال الوصي بالقسمة لاخذ ثلثه، و فرق بين ما اذا جعل ثلثه في شيء معين، حيث لا شركة للمورثة فيه وبين جعل ثلثه مشاعاً ، حيث لهم الشركة فلا دليل مخرج عن مقتضى عدم تصرف شريك الا بأذن سائر الشركاء والمسألة بحاجة الى تأمل أكثر.

أما اذا قال: ان للموصي ان يختار لثلثه ماشاء من الاعيان، فالظاهر انه مثل

ما اذا شخصه في عين خاصة، حيث انه مثله، فاذا كان له ثلاثة دور كل واحدة ثلث ما يملك صح له ان يقول: خذدازي الاولى، أوأى دار شئت، أما ان يقول خذ ثلثك ولو من الدور الثلاثة بأن تبيعها وتقبض ثلث الثمن وتعطي الثلثين للمورثة ففيه الاشكال السابق، والاستدلال لصحته بمن بدله لا يخفى ما فيه اذ الاية في الوصية الصحيحة والحكم لا يثبت الموضوع.

ولو أوصى باعطاء دينه من ثلثه وجعل وصياً على ذلك فأبراه المديون، أو سارع بعض الورثة، أو متبرع بوفاء دينه، فالظاهر سقوط الوصية، اذ لا مورد لها حينئذ. ويكون المال للورثة حسب الارث، كما اذا أوصى بصرف ثلثه في تزويج بنته فماتت.

أما اذا وقع التعارض بأن أراد الوارث اعطاء الدين من نفسه وأراد الوصي اعطائه من ثلثه، فالظاهر ان أيهما تقدم كان له، اذ لا دليل على تقدم الوصي فقول الجواهر: نعم، لو أوصى وصياً على قضاء دينه، وأطلق لم يكن له معارضة الوارث لو أراد بذل الدين من نفسه، أو من بعض اعيان التركة لاحقيقته باعيانها من غيره - انتهى غير ظاهر الوجه.

ولو أوصى باعطاء الوصي حجة له، أو صوماً وصلاة، فتقدم الوارث و أعطاهما، فإن كان على نحو التقييد باعطاء الوصي لم ينفع عمل الوارث في اسقاط الوصية، وان كان على نحو تعدد المطلوب بان أراد الاصل وأراد ان يكون ذلك بنظر الوصي سقطت، لانه لا مجال للوصية بعد حصول المطلوب فهو كما اذا أوصى بتزويج الوصي بنته فتزوجت بدون نظر الوصي، حيث لا مجال للوصية بعد ذلك وان شك ولم يكن ارتكاز - وان كان الارتكاز على تعدد المطلوب غالباً - كان اللازم عمل الوصي كأطلاق دليل الوصية.

ومما تقدم يظهر، حال ما اذا أوصى ان يحج عنه زيد، أو يصوم ويصلي عنه

فأعطى حجه وصلاته وصومه لغيره حيث انه مع تعدد المطلوب تسقط الوصية
ومع وحدتها لا تسقط، وكذا في سائر الشرائط والخصوصيات.

(مسألة - ١٣ -) يجوز لمن يتولى أموال اليتيم ان يأخذ اجرة المثل من
جهة نظره في ماله، كما لعله المشهور الذي ذهب اليه الشيخ في بعض فتواه و
الاسكافي والفاضلان وغيرهم، بل عن اجماع البيان انه الظاهر من روايات
أصحابنا من غير فرق في ذلك بين المحتاكم ووكيله والوصي الخاص وعدول
المؤمنين، سواء كان غنياً أو فقيراً، خلافاً للقائل بأخذه قدر كفايته، كما عن نهاية
الشيخ وابن ادريس، والقائل بأخذه أقل الامرين من اجرة المثل، وقدر الكفاية
كما عن الخلاف والتبيان، والقائل بأقل الامرين مع فقره

كما عن المبسوط والقائل بالاجرة ان كان فقيراً، كما عن المسالك والقول
الاول بعد تقييده بعدم وجود المتبرع فيما للمتبرع التولي - اذ لو لم يكن له
التولي، كما اذا كان وصي خاص، فان له التولي باجرة، اذ لا حق لغيره التولي
بعد جعل الميت اياه وصياً - وبعدم قبول الوصي ونحوه التبرع، اذ لو قبل
الوصي التبرع فقد أهدر حقه، هو مقتضى القاعدة، لاصالة احترام فعل المسلم
ككون الناس مسلطون على أنفسهم والوجوب الشرعي لا ينافي الاجرة اذ هو
تكليف وهو لا يلازم عدم الوضع، ولذا وجب بذل الاكل في المخصصة مع
حق البساذل في اخذ القيمة، وكذا في انقاذ الغريق واسكان المضطر، وبذل
الدواء للمضطر الي غير ذلك من الامثلة، بالاضافة الي جملة من الروايات.

مثل صحيح هشام بن الحكم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن
تولي مال اليتيم ماله أياً كل منه؟ فقال: ينظر الي ما كان غيره يقوم به من الاجر
لهم فليأكل بقدر ذلك.

أقول: وهذا هو المعروف اذ لا فراط فيه، ولا تفریط فيدل عليه أيضاً صحيح

ابن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام، انه سأل وأنا حاضر عن القيم للميتامى والشراء لهم والبيع فيما يصلحهم أله أن يأكل من أموالهم؟ فقال : لا بأس أن يأكل من أموالهم بالمعروف، كما قال الله عزوجل: «فليأكل بالمعروف» وهو القوت .

أقول : والمراد بالاكل أعم من اللباس والمسكن ونحوهما ، ولذا قال «الذين يأكلون أموال الميتامى ظلماً» وقال: «ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل» .
وفي صحيحه الآخر، عنه عليه السلام: المعروف هو القوت .

وفي خبر أبي الصباح، عن الصادق عليه السلام: ذلك لرجل يحبس نفسه عن المعيشة فلا بأس ان يأكل بالمعروف اذا كان يصلح لهم أموالهم ، فان كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئاً، ونحوه خبر سماعة وأبي اسامة .

وفي خبر أبي بصير قال : هذا رجل يحبس نفسه لليتيم على حرث أو ماشية ويشغل فيها نفسه فليأكل منه بالمعروف ، وليس له ذلك في الدنانير و الدراهم التي عنده موضوعة .

أقول: وذلك لان حفظهما غالباً، لاجرة له، والحبس ليس بشرط ، وانما ذكر للغلبة ولوبقرينة الرواية الاولى .

ومنه يعلم، ان تقييد الاية الكريمة، وبعض الروايات بالفقر انما هو من جهة الفضل في الغنى لا للزوم، قال سبحانه: «ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف» .

فقد روي سماعة، عن أبي عبد الله عليه السلام، وأبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن قوله: «ومن كان غنياً» الاية؟ قال: بلى من كان يلي شيئاً للميتامى و هو محتاج، وليس له شيء وهو يتقاضى أموالهم ويقوم في ضيعتهم فليأكل بقدر الحاجة ولا يسرف وان كان ضيعتهم لا تشغله عما يعالج لنفسه فلا يرثن من

أموالهم شيئاً.

ويؤيده جعل مقابله الضرر في مارواه الكاهلي قال : كنت عند أبي عبد الله عليه السلام ، فسأله رجل ضرير البصر ؟ فقال : انا ندخل على أخ لنا في بيت أيتام معهم خادم لهم فتعقد على بساطهم ، ونشرب من مائهم ويخدمنا خادمهم ، وربما اطعمنا فيه الطعام من عند صاحبه وفيه من طعامهم ، فماترى أصلحك الله؟ فقال : قد قال الله : « بل الانسان على نفسه بصيرة » فانتم لا يخفى عليكم ، وقد قال الله : « وان تمخاطوهم فاخوانكم » [الى] لاعنتكم ، ثم قال : ان لم يكن دخولكم عليهم فيه منفعة لهم فلا بأس ، وان كان فيه ضرر فلا .

وفي موثق سماعة، عن أبي عبد الله عليه السلام : من كان يلي شيئاً لليتامى وهو يحتاج ليس له ما يقيمه فهو يتقاضى أموالهم ويقيم في ضيعتهم فليأكل بقدر ولا يسرف ، وان كان ضيعتهم لاتشغله عما يعالج نفسه فلا يرزئن من أموالهم شيئاً .

وموثق حنان، قال أبو عبد الله عليه السلام : سألتني عيسى بن موسى ، عن القيم للايتام في الابل ما يحل له فيها ، فقلت له : اذا لاط جوفها وطلب ضالتها وهناء جربانها، فله ان يصيب من لبنها من غير نهك لضرع ولا فساد لنسل. الى غيرها من الروايات الموجودة في الوسائل والمستدرک في کتاب التجارة، وفي غيرها هنا وهناك .

وإذا كانت اجرة مثله أقل، لكنه لا يرضى الا بالاكثروهو أصلح أو الصالح الوحيد الذي لا بديل له، فالحاكم يلاحظ الالم والمهم ، كما ان حال غير اليتيم حال اليتيم، مثلاً: سافر الاب ولاجد فالحاكم يضع من يلاحظ أولاده، أو يفعل ذلك عدول المؤمنين من باب الحسبة ويأخذون الاجرة العادلة لوحدة الملاك ولاطلاق دليل احترام عمل المسلم، بل الكافر كذلك، فان كون الناس مسلطون

على أنفسهم يشمل غير المسلم أيضاً، ولا فرق في أخذ الاجرة العادلة بين الحفظ والعمل بماله أو تربيته للاطلاق والمناط .

بل وما عن كنز العرفان قال : ان رجلاً قال للنبي صلى الله عليه وآله وسلم ان في حجري يتيماً أنا أكل من ماله؟ قال صلى الله عليه وآله وسلم: بالمعروف غير متأثر مالا ولا وقي، أي غير مستأصل للمال ولا واق بماله مالك. وكذا يؤيده ماتقدم من المضاربة بمال الطفل، الى غيرها من المؤيدات .

وإذا كان الميزان الاجرة لم يكن وجه للكلام في انه، هل يأخذ لنفسه وعائلته أو لنفسه فقط؟ ومما ذكر يظهر وجه ضعف سائر الاقوال، وان كان يؤيدها بعض ماتقدم .

ولو اختلف العرف في الاجرة أخذ بين الامرين أو الامور، كما ذكره في باب التقويم من باب قاعدة العدل، فلا يقال الاصل الاقل، والمراد بالاجرة، حيث كان المتعارف يشمل ماذا كان بعض السنة لا يعمل، لكنه يأخذ الاجرة لبقائه الى وقت الاحتياج، وما يأخذ الظالم من الاجير ظلماً محظاً أو بعنوان التأمين وما أشبه داخل في الاجرة اذا كان متعارفاً، ولو عمل الاب والجهد كان لهما الاجرة أيضاً اذا كان الولد زامال للاطلاق والمناط .

ولو عمل الولي أو الوصي أو نحوهما ولم يقصد الاجرة ولا عدهما كان اللازم الاجرة اذا أراد، لاصالة الاحترام الا ما خرج وهو ما قصد الاعراض . ولذا قال في الجواهر: لولم يقصد الرجوع ولا عده، فالظاهر الاستحقاق أيضاً، لقاعدة الاحترام، والاية وان كانت ظاهرة في فعلية الاكل الا ان اطلاق الاحترام، وبعض الروايات المتقدمة يعطى ان له الحق، وان لم يأخذ فعلا يكون ديناً .

ومما تقدم يظهر ، ان مارواه رفاة ، عن أبى عبد الله عليه السلام فى قوله تعالى: «فليأكل بالمعروف» قال: كان أبى يقول: انها منسوخة ، اللازم حملها على بعض المحامل .

وعن جماعة من العامة تفسيرها بقدر الحاجة من مال اليتيم على جهة القرض ، ثم يرد عليه ما أخذ اذا وجد .

قال فى مجمع البيان: وهو مروى عن الباقر عليه السلام ، وهذا يؤيد الحمل على الكراهة ، ولذا قال الجواهر: وان كان الثابت عندنا خلافهما .

ثم اذا أوصى الميت ان يزاول أعمال اليتيم مجاناً أو باجرة أقل وقبل وجب فانه سو الذى أهدر احترام سعى نفسه ، وان شرط الوصى الاكثر من اجرتة وقبل الموصى صح ، وكان الزائد من الثلث ، اذ لاحق له فى الاكثر منه الاذا قبل الكبار من الوارث ، واذا اعطاه الموصى مقدراً خاصاً ثم ظهر انه أقل أو اكثر من اجرة المثل - بما لا يكفى ثلثه ، أولم يقبل الكبار بالزائد منه - حق للموصى فى الاول أخذ التفاوت ان كان جاهلاً لما ذكره من دليل لاضرر فى خيار الغبن وحق للمحاكم ارجاع الوصى الى اجرة المثل رعاية لحال الايتام ، فان لم يقبل جعل غيره مكانه .

(مسألة - ١٤ -) لو أوصى لاجنبي عن الارث ، وان كان قريباً ، أو كان وارثاً لولا قبله وما أشبه بمثل نصيب ابنته ، وليس له الا واحد اعطى النصف ، مع رضى الابن والثلث مع عدم رضاه ، ولو كان له بنت كان كذلك ، ولو كان له ابنان كان للاجنبي الثلث ، وكذا لو كانت له بنتان ، ولو كان له ابن وبنت ، وقال كالابن : كان له الخمسان مع رضاهما ، ولو قال : كالبنت ، كان الربع ، ولو كان له ثلاثة أولاد ، وقال : كاحدهم كان له الربع .

قال فى الشرائع : والضابط انه يضاف الى الوارث ويجعل كاحدهم ان

كانوا متساويين ، وان اختلف سهامهم جعل مثل أضعفهم سهماً ، وعلل الاخير في المسالك والجواهر بانه المتيقن .

وفيه : ان اللازم اجراء قاعدة العدل ، ان لم نقل بالتخيير ، أما الثانى فلانه مقتضى كل مكان فيه أقل واكثر ، كما اذا قال : اعط الفقير بقدر ما يملكه أحد أبناء زيد ، وكان يملك أحدهم ضعف الاخر وهو ضعف الثالث ، فانه يحق له ان يعطى بأى قدر من الثلاثة لانطباق الكلى عليه ، فاذا لم يعطه عصياناً جاز لنفسه الاخذ بأى قدر من الثلاثة اذا لم يمكن الوصول الى الحاكم مثلاً .

وأما الاول : فلانه مقتضى العدل والانصاف ، كما يستفاد من جملة من الروايات الواردة فى مختلف أبواب الفقه ، كإثبات الخنثى ، ودرهمى الودعى وغيرهما ولذا تقدمه على القرعة ، اذ القاعدة ترفع الاشكال .

نعم ، اذا قال : مثل أعظمهم ، وكانوا مختلفين ، عمل بمقتضى ذلك ان لم تزد على الثلث والوقف على الاجازة ، وحيث ان المسألة لم توجد الا فى جملة من الكتب كان مراد جامع المقاصد حيث نسبها الى علمائنا من ذكروها فلا اجماع فى المسألة ، بالاضافة الى انه ظاهر الاستناد فلاحجية فيه ، وان سلم وجوده .

و مما تقدم ظهر عدم الفرق بين ان يعين أحد الورثة بالاسم ، أو يطلق ، فالاول كان يقول : اعطوه مثل نصيبى ولدى زيد .

والثانى : كان يقول : مثل نصيب أحد اولادى ولو كان له ابن وبنت وخنثى وقال : مثل نصيب احدهم جاز ، مثل احد الثلاثة لما تقدم ، ولو عين عمل على التعيين .

قال فى الشرائع : ولو كان له زوجة وبنت ، وقال مثل نصيب بنتى فاجاز الورثة كان له سبعة اسهم ، وللبنت مثلها ، وللزوجة سهمان ولو قيل لها سهم

واحد من خمسة عشر سهماً كان اولى .

أقول : الاول : قول الشيخ على ما حكى عنه .

والثاني : قول المشهور الذي ذهب اليه الفاضلان وجامع المقاصد والشارحان وغيرهم ، وذلك لان للزوجة ثمن المال بعد فرض ان هناك بنتين ، لان ظاهر الوصية تصحيح الفريضة مع الاجنبي او لاحتى يرد النقص على الجميع اللهم الا اذا صرح بخلافه .

أما على مبنى الشيخ فلا يرد النقص الاعلى البنت فقط ، وذلك خلاف ظاهر الوصية ، ولذا قال في المسالك : انه سهو من قلم الشيخ .

أقول : ولعل الشيخ لاحظ ما ذكرناه من ان مراد الموصي ما ذكرناه به [اللهم] ثم قال المسالك : هذا مع اجازة الورثة ولو لم يجز فالمسألة من اثني عشر الثلث أربعة - أي للاجنبي - والثمانية بين الزوجة والبنت .

ولو أجاز أحد الورثة خاصة كان للاجنبي بالاضافة الى الثلث بقدر التفاوت بين الثلث وبين الحصص المنتزعة من المميز، ويأتي في المقام القاعدة المذكورة في علم الحساب ، التي ذكر الفقهاء تفصيلها في الارث من التباين والتوافق وغيرهما مما تعطى الحصص بدون كسر ، وقد ذكر بعض الامثلة المسالك وتبعه الجواهر وغيره فراجعهم .

ومما تقدم ظهر ، وجه قول الشرائع انه لو كان له أربع زوجات وبنت فأوصى بمثل نصيب احديهن كان له واحد من ثلاثة وثلاثين اذ أصل الفريضة من ثمانية لهن واحد ، فيضرب عددهن في الفريضة تبلغ اثنين وثلاثين ويزاد عليها واحد بالوصية فتكون ثلاثة وثلاثين ، خلافاً للشيخ حيث قال : كانت الفريضة من اثنين وثلاثين ، فيكون للزوجات الثمن أربعة بالسوية وله سهم كواحدة ويبقى سبعة وعشرون للبنت ، وقد تقدم وجه الاعتذار عنه ، وان قيل

[ره] بالسهو من قلمه الشريف .

(مسألة -١٥-) لو أوصى لاجنبي بنصيب ولده ، فان أراد جعله مثله صححت الوصية والزائد على الثلث يحتاج الى اجازته ، وان أراد اعطاء نصيبه للاجنبي كان محتاجاً الى الاجازة في الزائد من الثلث ، وان أراد جعل نصيب الوارث لغيره بما هو تشريع بطلت الوصية، وان شك في البطلان وغيره حملت الوصية على الصحة ، وان شك بين الاولين كان الزائد على الثلث بحاجة الى اجازته، وبذلك ، يظهر وجه النظر في كثير من الكلمات .

ولو كان له ولد قاتل أو كافر مثلاً فأوصى بمثل نصيبه ، فالظاهر الصحة لان المتبادر من هذا الكلام انه لو لم يكن قاتلاً كان له كم فيعطى مثله للموصى له تبعاً للجواهر وغيره خلافاً للشيخ عن مبسوطه فقال بعدم الصحة ، وجعله الشرائع أشبه، وعلوه بأنه لانصيب للقاتل وفيه ان عدم النصيب فعلاً لايلزم كون معنى كلام الموصى ذلك ، فان الاصل في كلام العقلاء الحمل على الصحة ، الا اذا علم بالخلاف وفي المقام لم يعلم بالخلاف ، ولا فرق في ذلك بين ان يعلم الموصى انه لانصيب للقاتل مثلاً أو لايعلم اذهما لامدخلية لهما في ظاهر كلامه .

(مسألة -١٦-) اذا أوصى أن يكون لفلان الوارث ضعف حصته ، فالظاهر ارادة مثل حصة الارث فيكون له ارث ، ومثل ارث ، لأن يعطى ثلاثة مرات ، فان كان له ديناراً أعطى دينارين لثلاثة دنانير، أما اذا قال اعطوا الاجنبي ضعف نصيب الوارث الفلاني كان له مثله لانه المنصرف، ولايستشكل بأنه كيف اختلف معنى الضعف لان الاول : انما تنزل عن المثلين للمقارنة عرفاً ، والا فالضعف معناه المثلين في كل مكان بدون قرينة وهو مأخوذ من الضعف مقابل القوة ، حيث ان الشريك أضعف من المستقل ، فيلقال كيف يكون معنى الضعف بالكسر زيادة ، وبالفتح مقابل القوة ، مع ان القاعدة ان المادة الواحدة تعطي

المعنى الواحد في كل هيئته .

والظاهر ان من فسر الضعف بالمثل أو بالمثليين أراداً شيئاً واحداً، فبملاحظة مع الاصل فسر بالثاني ، وبملاحظة نفسه في قبال الاصل فسر بالاول ، فلا يقال كيف قال في المسالك : ان الاشهر بين الفقهاء ان ضعف الشيء مثله ، بل عن المخلاف حكايته عن عامة الفقهاء والعلماء ، مع ان المحكى عن الصحاح والجمهرة وابن العميد ان الضعف المثل ، وعن الازهرى الضعف المثل فما فوقه .

ويؤيد زيادة مثل الاصل عليه ، أو فوق المثل قوله سبحانه : « اذا لاذقناك ضعف الحياة وضعف الممات » أى عذاب الدنيا وعذاب الآخرة كلامضاعفاً ، وذلك لان القدوة اذا انحرف تحمّل مسؤولية الذين يقتدون به أيضاً لانه صار سبب ضلالهم وقوله سبحانه : « اولئك لهم جزاء الضعف » . وقوله سبحانه : « اولئك هم المضعفون » وقوله : « بضاعف » الى غيرها .

ولو قال : اعطوه ضعفيه ، فالظاهر انه ثلاثة لانه المتبادر لا لانه المتيقن كما جعله الشرائع أشبهه ، خلافاً لما عن المبسوط من انه يكون له أربعة ، ولذا كان المحكى عن أبي عميرة ان ضعفى الشيء هو مثله ثم لو شك في اعطائه ثلاثة أو أربعة للشك في ارادة الموصى كان المتيقن ثلاثة ، قال في محكى الدروس ، ولو أوصى له بضعف ولده أعطى مثليه وبضعفيه ثلاثة أمثاله .

ولو قال : اعطوه ضعف الضعف فالظاهر انه أربعة لان الضعف الاول اثنان والثانى مثله فيكون أربعة ، وبذلك يظهر وجه الضعف في سائر الاقوال مما لاحاجة الى الاطالة .

ولو قال : اعطوه أضعاف حصته - بالنسبة الى الوارث - فالظاهر كفاية الأربعة للتبادر .

ولو قال : اعطوه أضعافاً مضاعفة فهل يكفى الأربعة لانه تأكيد مثل الليل الليل أو اللازم ثمانية لانه أول مضاعفة الأضعاف [والأضعاف كانت أربعة] ؟ لا يبعد الأول ولو شك فانه متيقن ، ويؤيده قوله : «لاتأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة» والله العالم .

(مسألة -١٧-) لو وصى بثلثه أو أقل أو أكثر مع اجازة الوارث، للمفقر أو العلماء أو الكتاب أو الزراعة أو الصناعة أو ما أشبهه فإن كان انصراف أو قرينة أخرى على الخصوصية اتبع ، ولو صار اجمال بين متيقن وغيره اخذ بالاول أو اجمال بين امرين أو امور عمل بقاعدة العدل ، وإن كان اطلاق صح صرفه في البلد وغير البلد .

أما إخراجها عن البلد مع وجود الموصى له في البلد فربما يكون تكليف بالحرمة والوضع بالضممان وربما لا يكون أحدهما ، وربما يكون أحدهما .
فالاول: كما إذا كان في البلد المصرف وكان الطريق خطراً ومع ذلك إخراجها فتلف أو سرق فانه فعل حراماً وكان ضامناً لانه اتلف المال عمداً فاللازم اعطاء بدله فتوى ونصاً مطلقاً ، وفي المقام حيث تقدمت رواية صرف المال في غير مراد الموصى حيث ضمنه الإمام عليه السلام .

والثاني : كما اذا لم يكن في البلد المصرف وكان الطريق مأموناً واتفق العطب فانه لأشياء على الأمين كما تقدم في الوصية وفي غيرها .

والثالث : كما اذا كان تفریطاً عقلاً ولكن كان جاهلاً فانه لا تكليف مع وجود الوضع ، اذ لا تلازم بين عدم التكليف وعدم الوضع ، فدليل كل من الرفع لما لا يعلم وعلى اليد شامل للمقام .

والرابع : كما اذا كان خطراً لكنه لم يسرق اتفاقاً حيث قلنا بأن التجري حرام حرام أو ان تعريض مال الغير للمخطر حرام ، ثم اذا سرقه السارق وكان من

قبيل الموصى اليه كما اذا قال: اعطه للفقراء وكان السارق فقيراً واحتسبه الوصي له كفى ، اذ لا يشترط في المصروف عدم الفسق الا اذا صرح به الموصي أو ارتكزه .

قال في الشرائع: لو صرف الجميع في فقراء بلد الموصي جاز ، ومعناه جواز كل من النقل وعدمه ، ولذا علق عليه المسالك بما لم يستلزم تغيراً بالمال بسبب نقله ولا تأخيراً لاخراج الوصية مع امكان التعجيل ، والاشكل الجواز ، وفي اطلاقه ما عرفت من الاقسام الاربعة ، والى بعض ما ذكرناه اشار الجواهر بقوله: وفيه انه لا اشكال أيضاً ، وان اثم أو ضمن اذ الكلام في أصل جواز صرفه فيهم ، الى آخر كلامه .

ثم ان كان اموال الموصي متفرقة وأوصى بالثلث فان كانت مطلقة جاز اعطاء ثلث كل شيء ، كما جاز التبديل ، أما اذا لم تكن الوصية مطلقة لم يجوز التبديل كما في ما اذا كان المال الذي عليه الخمس سكرراً لم يجوز تبديل خمسه الى الملح أو الثلج أو الفحم مثلاً الا برضى الحاكم الشرعي .

والحاصل : ان اللازم اتباع اطلاق أو تقييد الموصي ، ولو المستفاد منه ارتكازاً للعرف الحاكم بذلك ، ولو شك في جواز التبديل كان الاصل عدمه .

ثم الظاهر من الوصية قد يكون ارادة الجنس ولو الواحد ، وقد يكون ارادة الجمع ولو ثلاثة ، وقد يكون ارادة الاكثر ، وقد يكون الاستيعاب ، فاذا قال : اعطوه للمراجع كان الظاهر الجنس ، فيصح اعطائه لواحد .

ولو قال : اعطوه للفقراء و علم من ارتكازه جماعة منهم اعطاه ثلاثة أو أكثر ، ولو كان المال كثيراً كانت القرينة على اعطاء الاكثر ، بل احياناً المتأتم .

ولو قال : اعطوه لاقربائي، وكانوا عشرة مثلاً، اعطى الجميع كل ذلك يلزم ان يفهم من الارتكاز المكشوف بالعرف أو نحوه .

ولو قال : الجمع ، ولم يعلم هل أراد الجنس أو الجمع أقله أو الاكثر عمل حسب اللغة لانها المرجع اذا لم يكن عرف .

ومنه يعلم ، وجه قول الشرائع يدفع الى الموجودين في البلد ولايجب تتبع من غاب، وهل يجب ان يعطى ثلاثة فصاعداً ؟ قيل : نعم، وهو الاشبه عملاً بمقتضى اللفظ، وكذا لو قال : اعتقوا رقاباً، وجب أن يعتق ثلاثة فما زاد ، الا ان يقصر ثلث مال الموصي - انتهى .

أقول : لو قال : اطعموا الجياع، فهل يلزم الاشباع ولو واحداً، اذا لم يكن المال الا بقدر شبع واحد تقديماً لظاهر الكلام ارتكازاً او الثلاثة، ولو كلا بقدر شبع ثلث بطنه تقديماً لظاهر الجمع، أو التخيير ؟ احتمالات ، وان كان الاول اقرب الى الذهن العرفي، لكن لم يبعد الثالث، ومثله لو قال : اعتقوا رقاباً، وقد تقدم في بعض الروايات تقسيم المال الذي لم يكف كل الوصايا طائفة في هذا وطائفة في ذلك .

ولو قصر المال عن شبع حتى واحد، فالظاهر اطعام بالقدر الممكن للارتكاز ودليل الميسور المروي عن علي عليه السلام كما في الغوالي، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : فأتوا منه ما استطعتم، فاحتمال انه يصرف في مطلق سبل الخير لوجه له .

ولو ذكر قيدين لم يمكن الجمع بينهما ، كما اذا قال : اشبعوا ثلاثة كل واحد بقدر درهم، ثم صار التضخم بما لزم امارفح اليد عن الدرهم لان الاشباع بدرهمين ، او عن الاشباع باطعام درهم بقدر نصف البطن، قدم المركوز في اذهان العرف وذلك غالباً رفع اليد عن قيد الدرهم، اذ الظاهر انه انما قال درهم

لانه كان يساوى الشبع في زمانه، ومثله الوقف الذي يدور الامر بين قيديه، وما اذا امر المولى عبده بمثل ذلك والمسألة سيالة .

(مسألة - ١٨ -) اذا اوصى لانسان بفرسه وللآخر بتمام الثلث، فالفرس أما اقل من الثلث او بقدره او اكثر، فان كان اقل حصل الثاني على تمام الثلث ، وان كان مساوياً لم يكن للثاني شيء الا اذا أجاز الورثة وحينئذ يعطون له ما يشاؤون ، اذ لاشيء محدد قابل للاجازة، فان ارتكاز الموصي اعطائه شيئاً، وحيث لاشيء خاص بين فرس و الثلث لا شيء خاص تتعلق به اجازة الوارث وانما يعطونه شيئاً وفقاً لارتكاز الموصي .

وان كان اكثر فللمورثة ان لايجزوا الكثرة ، فلا يحصل الاول الاعلى بعض الفرس الذي بقدر الثلث، وان يجيزوها كلها فيحصل الاول على كل الفرس ، وان يجيزوا بعضها فيحصل على بعض الفرس زائداً على الثلث ، زيادة بقدر اجازتهم، وان يجيزوا فوق ذلك على مال للثاني فيعطوه قدر ما يشاؤون حسب ارادة الموصي اعطائه شيئاً كما سبق ، كما ان للمورثة ان لايجزوا ما زاد على الفرس من الثلث، وانما يجيزوا للموصي له الثاني فيكون بقدر الثلث من الفرس للاول وما يعطونه - بالاجازة - للثاني .

ثم انه لو تغيرت قيمة الفرس فالاعتبار بقيمته عند الموت ، فلو كان بقدر الثلث قبلا ثم عند الموت صار نصف الثلث كان للثاني السدس، ولو كان قبل الموت اقل من الثلث ثم صار عنده بقدر الثلث احتاج الثاني الى اجازتهم ، ولو كان قبل الموت اكثر ثم صار اقل عنده فكالاول او مساوياً فكالثاني .

ومنه يعلم ، ضعف قول الشرائع ، قال : ولو حدث في العبد (لانه فرض المسألة في العبد وتمام الثلث) عيب قبل تسليمه الى الموصي له كان للموصي الاخر تكملته الثلث بعد وضع قيمة العبد صحيحاً لانه قصد عطية التكملة والعبد

صحيح، اذ المعيار بالموت فلا اعتبار بالتسليم وعدمه، ثم من اين ان قصد الموصى ذلك بينما ظاهر هذه الوصية ان المعين يعطى للموصى له، زادت قيمته او نقصت عابت ام لا .

نعم لو قصد ان العبد بقيمة صحيحاً يكون من ثلثه وما بقى من الثلث كان للثاني، اعطى العبد للاول، وما بقى بين قيمته صحيحاً ومعيباً للثاني ويربح الوارث التفاوت بين الصحيح والمعيب كأن كان فرسه يسوى مائة صحيحاً، وكل التركة ستمائة بما فيها الفرس فانه يكون للثاني - والفرس صحيح - مائة، اما اذا عاب الفرس بما نقص خمسين، فان المعطى للاول فرس، وللثاني مائة، والخمسون الباقى من الثلث يربحه الورثة اذ لا وصية به. ولذا قال في الجواهر: فالزيادة للوارث ضرورة عدم استحقاق الموصى له بالعبد اياها لانها ليست مما وصى بها له ولا الثاني لانها ليست من التهمة، ففي الفرض يأخذ الموصى له الثاني ما زاد من قيمة العبد صحيحاً - انتهى .

ومن ذلك يعرف، حال ما اذا تضخمت قيمة الفرس بين الوصية والموت أو تنزلت، وكذا حال ما اذا تضخمت قيمة بقية التركة أو تنزلت، أو عابت بعض التركة بما سبب قلة قيمتها أو نمت بما سبب كثرة قيمتها، وبذلك يظهر مواضع النظر في كلام المسالك والجواهر فراجعهما .

ولعل مراد الشرائع حيث قال: ولو كانت قيمة العبد بقدر الثلث بطلت الوصية للاخر، اذ الوصية الثانية غير لازمة لانها باطله، حتى لا تقبل الاجازة ثم انه لو مات الفرس قبل موت الموصى بطلت الوصية به لفوت متعلقها، فان كان مراد الموصى التفاوت بين قيمته والثلث حال الوصية، أو حال موت الفرس أو حال موت الموصى اعطى بقدر التفاوت بين القيمة والثلث للموصى له الثاني، وان اطلق بأن قال: اعطوا الزائد منه الى الثاني اعطى التفاوت عند

للرابع للاطلاق.

نعم، الظاهر بمقتضى الانصراف ان لا يعطى الرابع أكثر منهم، كأن يعطى من المائة للرابع ستين، اذ لو كان كذلك لا يجعل صاحب الاربعين الاصل وغيره فرعه -- في المتعارف من المحاورات -- بل يجعل العكس.

ولو قال: اعطوا زيدا الثلث وعمراً الربع وخالداً النصف من ثلثي، فان أجاز الورثة اعطى خالد ما أوصى، والا نقص منه نصف السدس حيث انه الذى زاد بقدر نصف السدس على الثلث، اما الاولان فلا ينقص من نصيبهم شيء لما تقدم فى بعض المسائل السابقة من أن الاول تسقط الاوخر.

ولو قال: اعطوا أولادي نصيبهم، ومثل نصيبهم وكان له ثلاثة اولاد مثلاً كانت الوصية صحيحة، واحتمل البطلان، اذ لا يعقل القدر الذى قاله، وانما له الثلث والمفروض انهم يعطونه سواء وصى أولم يوص، مثلاً كان له تسعة دنانير فان لكل واحد منهم ثلاثة ان لم يوص بالارث، وان وصى اخذوا ستة ارثاً و ثلاثة (ثلثه) وصية، وفيه ان الثمرة تظهر في الخمس حيث انهم لو أخذوا كل واحد الثلاثة ارثاً لم يكن عليهم خمس بخلاف ما اذا اخذوا الثلث بالوصية حيث على دينار كل واحد منهم الخمس مع توفر شرائط الخمس.

(مسألة ٢٢-) بحث منجزات المريض من الاصل أو من الثلث المذكور في كتاب الحجر والكلام هنا فى بعض الفروع وقد اخترنا هناك انها من الاصل فان المرء احق بماله مادام فيه الروح ولا حاجة الى ذكر الامراض هنا كما فعله الفاضلان وشرائحهما وغيرهم.

والظاهر ان المراد بمرض الموت ما يموت فيه، لا ما يخوف ولا يموت فالموت المعيار لا الخوف ولذا قال الشرائع: ولو قيل بتعلق الحكم بالمرض الذى يتفق به الموت، سواء كان مخوفاً في العادة، أو لم يكن، لكان مناسباً. وقال

الموصي بطلت الوصية لأنها خرجت عن اسم الدار، وفيه تردد، وفصل في المسالك فقال: موضع الخلاف ما اذا كان الانهدام لا بفعل الموصي، والا كان رجوعاً، وفيه نظر اذ الانهدام قد لا يكون بقصد الرجوع بعد ان كانت الوصية على نحو تعدد المطلوب، فلماذا يكون ابطلاً؟ اما اذا أوصى باعطائه ارضه تلك ثم بناها داراً أو جعله بستاناً أو ما أشبهه فالظاهر انه عدول، الا اذا كانت قرائن تدل على العدم.

نعم اذا قال: اعطوه احدى اراضي، ثم عمر احداها خرجت عن كونه طرف الوصية، ولو أوصى وقال اعطوه احدى دورى، ثم باعها واشترى غيرها ثم مات فالظاهر نفوذ الوصية، اذ حالها حال سائر الوصايا المشابهة، كما اذا قال اعطوه ألف دينار وكانت له دنانير، ثم تلفت وبعد ذلك حصل غيرها، فان المرتركز عدم الخصوصية للمتعلق الموجود وان تشمل الوصية ما كانت موجودة عند الموت الى غير ذلك من الامثلة.

ولو أوصى بدار معينة ثم جعل بعضها اصطبلأ أو دكاناً او ما اشبه لم تخرج البقية عن المتعلق، اما خروج الدكان ونحوه فمبني على فهم العرف انه بهيئته الجديدة خارجة أملاً، ولو شك فالاصل بقاء الوصية، خصوصاً في مثل الاصطبل الذي هو جزء الدار والدكان الذي هو عبارة عن جعل غرفة دكاناً برفع حاجزه عن الشارع، وجعل باب لها اليه فقط لصدق جزئيته للدار بعد.

(مسألة ٢٠٠-) اذا قال: اعطوا زیداً والفقراء كذا، فالظاهر ان ذلك محول الى ارادة الوصي ان شاء اعطاه مثلهم او مثل بعضهم او اكثر منهم للاطلاق، فقول الشرائع: كان لزيد النصف من الوصية غير ظاهر الوجه وان علله المسالك والجواهر بانه كما لو أوصى لقبيلتين مختلفي العدد لانه: اولاً: ليس كذلك عرفاً.

وثانياً: هناك ايضاً محتمل، فان قال: اعطوا حاصل هذا الوقف لمدرستين من مدارس طلاب العلوم الدينية، فهل يعطي احدهما بقدر الاخرى وان كان يسكن احدهما مائة والاخرى عشرة؟ ان مثل ذلك خلاف اذهان الموصيين و الواقفين، وكذلك حال الاقرار، كما اذا قال انا مديون لزيد والفقراء مائة أو للمدرستين او للمقيمتين فانه لا يفهم منه التساوي

ومنه يعلم عدم وجه لقول بعضهم ان له الربع، وان علله بان اقل الفقراء ثلاثة وقد شرك بينهم وبين زيد بالعطف فيكون كأحدهم، فهو فريق والثلاثة فرقاء ثلاثة، ولو قال: اعطوا المدارس الدينية مدرسة مدرسة ثلثي، فالظاهر عدم التقسيم بالتساوي اذا كان عدد الطلاب مختلفاً، بل حسب اعدادهم، فالمدرسة ذات المائة تعطي اكثر من ذات الخمسين وهكذا لانه المرتكز كما ان الامر كذلك في باب الوقف.

(مسألة - ٢١ -) قال في القواعد: لو اوصى له بثلث ولاخر بربع، ولثالث بخمس، ولرابع بمثل وصية احدهم فله الخمس، وفي مفتاح الكرامة نبه عليه في المبسوط، وصرح به في التحرير وجامع المقاصد، وعلله بأن الاطلاق ينزل على أقل المحتملات لتيقنه، والزائد مشكوك.

وفيه ان الاطلاق يؤخذ به، ولا وجه لتزويله على أقل المحتملات، وكذا أمثال ذلك، فلو قال: أعط زيد الفقير ديناراً وعمراً نصف دينار، وبكرراً ربع دينار، وخالداً كأحدهم رأى العرف ان للمأمور الحق في ان يعطيه كأحدهم، وكذلك في الوقف وغيره، كما اذا قال لو كيله: انكح لي بمثل عدد ازواج أحد الثلاثة، وكان لاحدهم اربع وللثاني ثلاث وللثالث اثنتان فانه وكيل في تزويجه أربع أو ثلاث أيضاً، الى غير ذلك ولا يخفى ان مشال القواعد لا بد و ان يضاف كل ذلك الى الثلث او يحتاج الى اجازة الورثة لان المجموع يكون

وكانت اكثر من الثلث بدء بالاول فالاول حتى يستوفي الثلث ، وكان النقص على الاخير ، الا اذا أجاز الوارث فبقدر ماأجاز ، كما تقدم مثله فيما اذا أوصى بوصايا متعددة . وعليه فاذا جمع بين عطية منجزه ، وعطية مؤخره بعد الموت بنحو الوصية كان حالهما كما تقدم في ان الثلث اذا كان يفى بهما خرجا منه ، والافالاول فقط ، وان لم يف بالاول صح منه مايفى به ، وان وفى به وبعض الثاني صح الاول مطلقاً ، والثاني بقدر الوفاء ، الا اذا أجاز الوارث فيصح الزائد على الثلث مطلقاً .

الثاني : قال في الشرائع : اذا باع كراً من طعام قيمته ستة دنانير وليس له سواه بكرردى قيمته ثلاثة دنانير ، فالمحابة هنا بنصف تركته فيمضي بمقدار الثلث ، فلو ردنا الثلث على الورثة لكان رباً ، فالوجه في تصحيحه ان يرد على الورثة ثلث كرههم ، ويرد على المشتري ثلث كرهه ، فيبقى مع الورثة ثلث كره قيمته دنانيران ، ومع المشتري ثلث كره قيمتها أربعة دنانير ، فيفضل معه دنانيران وهي قدر الثلث من ستة .

أقول : والضابط كما ذكره المسالك : انه يجب ان يبقى مع الورثة ضعف ما صححت فيه المحابات من غير لزوم الربا ، وقد ذكر هو وقبله القواعد وبعده الجواهر المسألة باسهاب ، ولاداعي لتفصيلها .

ثم انه لو شك في انه هل نجز في مرضه أو في صحته ، وكان محلاً للاستصحاب جرى ، والا كان الاصل صحة المنجزات للشك في موضوع عدم التمييز ، ولو اختلفا فقال الوارث : عقد أونحوه في مرضه الذي مات فيه ، وقال الطرف : بل لم يكن مريضاً ، او فعل ذلك في غير مرضه الذي مات فيه ، بل برىء من ذلك المرض ، ثم مات فجئة او بمرض آخر ، ففي ادعاء الطرف انه لم يكن مريضاً يكون الاصل معه . وفي ادعائه انه برىء ثم عقد ثم مرض ومات أو

موت الموصى بأن يفرض الفرس حياً الى حال الموت فالتفاوت للثاني، وقد عرفت ان التفاوت انما يكون اذا لم يكن الفرس بقدر الثلث أو أكثر ، و الا احتاج الى اجازة الورثة لدى العلم بارتكاز الوصى ارادة تحصيل الموصى له الثاني شيئاً .

ولو انعكس الفرض بأن قال: اعطوا زيداً مائة والباقي من الثلث اعطوا عمرواً من الفرس ، فانه يكون حال المائة هنا حال الفرس فى الفرع السابق، اذ قد يكون المائة عند الموت أقل من الثلث، وقد يكون مساوياً له، وقد يكون اكثر منه، ولكل حكمه كما تقدم.

ثم لو أوصى بدوره الثلاثة وليس له سواها فجعل كل واحدة لواحد حق للوراث اجازة الجميع واجازة بعض الثلثين الذين لهم ، لمن شاءوا مثلاً حق لهم اجازة مالهم لاحدهم او لاثنين منهم، كل مالهم أو بعض مالهم، مثلاً اذا كانت كل دار تسوى ثلثمائة، حق اخذ الثلثين من أحدهم دون الاخرين أو من اثنين دون آخر، كما يحق لهم أخذ بعض الثلث مثلاً يأخذون من اثنين مائتين مائتين، اما من الاخر فمائة مثلاً، الى غير ذلك من الصور والله العالم .

(مسألة -١٩-) لو أوصى له بدار فانهدمت فان كانت الوصية على نحو التقييد

بطلت، لان العرصة ليست بدار، وان كانت على نحو تعدد المطلوب بقيت، لانها جزء الوصية، كما اذا أوصى له بشيئين فقات شىء، وحيث ان المتعارف المرتكز فى اذهان الواقفين والموصين الثاني كان مع الشك فى انه اراد أي الامرين محكوماً بأن العرصة له، ولا فرق فى ذلك بين ان يوصى باعطائه داره أو احدى دوره فانهدمت تلك أو كلها.

أما اذا انهدم البعض، كان اللازم اعطاء اخرى سليمة، ومنه يعلم وجه النظر فى تردد الشرائع قال : لو أوصى له بدار فانهدمت وصارت يراحاً ، ثم مات

في القواعد : الاقرب عندى ان كل تصرف وقع في مرض اتفق الموت معه سواء كان مخوفاً أم لا ، فانه يخرج من الثلث ، كما ان ما ليس بمرض وان كان يموت فيه لا يدخل في ذلك كطلاق المرأة وتزاحم الامواج ، وذلك لتجردها عن اطلاق اسم المرض ، كما فى الشرائع وقال في الجواهر وفاقاً للمشهورين أصحابنا بل في المسالك لم ينقل المصنف ولا غيره ، خلافاً فيه ، بل في جامع المقاصد الاجماع عليه .

ومنه يعلم ، ان من مثل من يقدم لرحمه ، أو قتله قصاصاً ، أو لاجل جنائية ، أو لان عدوه ظفر به فيقتله أو سقط في بئر فيموت ولو جوعاً وعطشاً لعدم وجود ماء ، أو فى حال سقوط الطائرة ، أو الاحتراق أو فى حال هوى حائط المنجم عليه و قرب الاستشهاد فى ساحة الحرب ، أو ما أشبه ذلك لا يدخل فى عنوان مرض الموت الذي علق به الحكم ، و استنباط العلة بعد عدم القطع بها ، ومخالفة المشهور ، بل المجمع عليه الا ما يحكى من ابن الجنيد من اللاحاق ، غير ظاهر الوجه .

قال سماعة : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عطية الوالد لولده؟ فقال : أما اذا كان صحيحاً فهو ماله يصنع به ما شاء ، وأما في مرضه فلا يصلح .
وقال عقبة بن خالد : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً له ليس له غيره ، فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك ، كيف القضاء فيه؟ قال عليه السلام : ما يعتق منه الا ثلثه .

وسئل الحلبي أبا عبد الله عليه السلام ، عن الرجل يكون لامرأته عليه الصداق أو بعضه فتبرته فى مرضها؟ فقال عليه السلام : لا ، وفى حديث آخر مثله ، وزاد : ولكنها ان وهبت له جاز ما وهبت له من ثلثها ، الى غيرها المحمولة على جملة من المحامل ، والتي منها التقيّة لموافقته لمذهب اكثر العامة ، كما عن

العلامة في التذكرة، وتبعه الوسائل وغيره، بخلاف المشهور الذين ذهبوا الى
الصحة للمصاحح المتواترة :

مثل مارواه أبو بصير وسماعة عن أبي عبد الله (ع) قال: الرجل يكون له
الولد أيسعه ان يجعل ماله لقرابته؟ قال عليه السلام : هو ماله بصنع ماشاء به
الى ان يأتيه الموت - الى هنا رواه سماعة - .

وفي رواية أبي بصير، زيادة : ان لصاحب المال أن يعمل بماله ماشاء مادام
حياً ان شاء وهبته، وان شاء تصدق به، وان شاء تركه الى أن يأتيه الموت ، فان
أوصى به فليس له الا الثلث ، الا ان الفضل في ان لا يضيع من يعوله ، ولا يضر
بورثته .

وعن ابن أبي السماك، عمن أخبره، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الميت
أولى بماله مادامت فيه الروح .

وقال عمار بن موسى ، انه سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول: صاحب
المال أحق بماله مادام فيه شيء من الروح يضعه حيث يشاء .

وعن مرزم، عن بعض اصحابنا، عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطي
الشيء من ماله في مرضه؟ فقال : اذا ابان به فهو جائز، وان أوصى به فهو من
الثلث .

وعن عمار الساباطي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت: الميت أحق
بماله مادام فيه الروح يبين به؟ قال : نعم، فان أوصى به فليس له الا الثلث . الى
غيرها من الروايات الموجودة في الوسائل والمستدرک والوافي وغيرها .

ثم ان المحقق ذكر بعض الفروع المبنية على مختاره من ان المنجزات
من الثلث، ونحن نذكرها تبعاً له !

الاول: انه اذا تبرع بتنجز أمور متعددة في مرض موته، كما لو وهب وباع

(٥٩) من (٦٠) ولا يخفى بعد ذلك سوق ما اخترناه على ان يكون اضافة الى الثلث ما اوصى الى الثلث، ثم قال القواعد : ولو قال فلان شريكهم فله خمس ما لكل واحد .

أقول: أولاً: يلزم ان يفرض ذلك فيما اذا اضاف الثلث والرابع والخمس الى ثلثه، واجاز الورثة الزائد على الثلث، اذ لو اضاف الكل الى التركة، لا يبقى مجال للوصية الاخيرة، فانك قد عرفت ان الوصايا الثلاث تستوعب تسعة وخمسين من الستين المقسم عليه التركة كلها .

وثانياً: ان الدليل الذي ذكره مفتاح الكرامة له بعد نقله عن التحرير ايضاً غير واف، قال: لانه شرك بينه وبين الكل من حيث هو كل ، وذلك لان الكل مشتركون في شيء واحد بأجزاء مشاعة، وان اختلفت الحصص وحيث كان شريكاً للمجموع من حيث المجموعة ، و اطلاق التشرية منزل على أقل الحصص وجب ان يكون له خمس ما للمجموع - انتهى، وفيه نظر اذ الاطلاق لوجه لتنزيله على أقل الحصص .

بل الظاهر انه بيد الوصي لفرض انه اطلاق، ولذا أشكل على القواعد جامع المقاصد حيث قال : ولقائل ان قوله فلان شريكهم اعم من ان يكون شريكاً للمجموع ، أو لكل واحد ، واشترك الكل في شيء واحد لا يقتضي ارادة الاول .

ومما تقدم يظهر وجه النظر في كلام القواعد بعد ذلك قال : ولو اوصى لواحد بمائة ولاخر بدار ولاخر بعبء، ثم قال: فلان شريكهم، فله نصف مال الكل واحد، لانه هنا يشارك كل واحد منفرداً والشركة تقتضي التسوية - انتهى، اذ فيه ان الشركة اعم وكانه، لذا نسبه محكي التحرير الى القيل، ولم يرتضه في محكي جامع المقاصد، وعليه فاللازم اعطاء الوصي بعض كل واحد من الثلاثة

- ٧٩ يكفي الفعل الدال على الوصية
 ٨١ لاختصاص للاشارة بحال الضرورة
 ٨٣ كفاية الكتابة في الوصية
 ٨٥ اشتراط البلوغ في الموصي
 ٨٧ وصية من بلغ عشرأ
 ٨٩ اشتراط الوصية بالعقل
 ٩١ اشتراط الوصية بالاختيار
 ٩٣ اشتراط الوصية بالرشد
 ٩٥ اشتراط الوصية بعدم قتل نفسه
 ٩٧ لو جرح نفسه
 ٩٩ لو لم يكن الجرح عمداً
 ١٠١ لو أوصى ثم جرح نفسه
 ١٠٣ جعل الاب والجد القيم
 ١٠٥ الاولياء على الصغار
 ١٠٧ لولاية للام
 ١٠٩ الوصي ولي دون الابوين والحاكم
 ١١٠ فصل في الموصى به
 ١١١ الوصية بما فيه غرض عقلائي محلل
 ١١٣ الوصية بالكلاب المفسدة
 ١١٥ لاتصح الوصية بما لا تقبل النقل
 ١١٧ لاتصح الوصية بمال الغير
 ١١٩ لوصية في أزيد من الثلث

السلام قال له : كم تحب ان تعطيه؟ قال: الف درهم قال: اعطه تسعة آلاف درهم
فهى التى احببت وخذ الالف .

سبحان ربك رب العزة عما يصفون ، وسلام على المرسلين ، والمحمد لله
رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين .

تم [كتاب الوصية] فى ليلة ميلاد الامام امير المؤمنين عليه السلام، ثالث
عشر رجب ١٤٠٢ هجرية، بيد مؤلفه

محمد بن المهدي الحسينى الشيرازى

فى بلدة قم المقدسة

الفهرست

٧	الوصية عهدية وتمليكية
٩	تنقسم الوصية الى الاحكام الخمسة
١١	هل الوصية تحتاج الى القبول؟
١٣	الوصية التمليلية
١٥	وجه عدم اعتبار القبول
١٧	هل الوصية ايقاع؟
١٩	القبول بعد الموت
٢١	تنضيق الواجبات بظهور امارات الموت
٢٣	المبادرة الى اتيان الواجبات
٢٥	وجوب رد اعيان الاموال
٢٧	وجوب اداء الديون
٢٩	اقسام رد الموصي له
٣١	لوقبل ثم رد
٣٣	الرد بعد القبول

- ٢٠٩ الوصية بجزء المال
- ٢١١ لو اوصطلمح الجزء على كسر آخر
- ٢١٣ الجمع بين روايات الجزء
- ٢١٥ لو أوصى بسهم من ماله
- ٢١٧ لو أوصى بشيء من ماله
- ٢١٩ اذا نسي مصرف الوصية
- ٢٢١ لو أوصى بسفينة أو صندوق
- ٢٢٣ لو أوصى بحرمان بعض الورثة
- ٢٢٥ لو أوصى بكل ماله
- ٢٢٧ لو أوصى بلفظ مجمل
- ٢٢٩ لو أوصى بموغل في الابهام
- ٢٣١ لو أوصى اعطوه عظيماً أو قسطاً أو حظاً
- ٢٣٣ لو أوصى بمال كثير
- ٢٣٥ المال الكثير ثمانون
- ٢٣٧ لو أوصى به حمل الدابة
- ٢٣٩ لو قال ان كان ذكر فكذا أو انثى فكذا
- ٢٤١ لو ولدت خنثى
- ٢٤٣ لو قال اعطوه حمل دابتي
- ٢٤٥ لو أوصى مجملاً
- ٢٤٧ لو اختلف قيمة الموصى به
- ٢٤٩ على من نفقة الدابة ؟
- ٢٥١ لو أوصى بالمنفعة

مات فجئة يكون الاصل مع الوارث، حيث ان الاستصحاب معه ، والطرف مدع .

ثم الظاهر انه يحق للمريض مرض الموت انجاز عقد أو ايقاع ، لانه لادليل على منعه، وانما يكون الخيار بيد الوارث ان شاء اجاز وان شاء منع .

نعم، يمكن ان يقال على القول: بأن له الثلث انه ان علم ان انجازه يوجب تفويت الزائد على الثلث على الوارث ، حيث انه لا يقدر على الاستدراك ، اذا لم يرد الاجازة لم يجز للمريض الاقدام ، لانه تفويت لحقه كما تقدم مثل هذه المسألة في أوائل الكتاب ولا يخفى ان عدم حق للمريض في اكثر من الثلث منوط بالواقع ، فاذا زعم صحة نفسه لكنه كان مريضاً كان له الثلث. ولو انعكس بأن زعم مرض نفسه لكنه كان صحيحاً كان له الكل، ولو اختلف الورثة في الاجازة والعدم كان لكل حكمه بقدر حصته .

ولو جاء في الارض فهل للزوجة حق الرد وان لم ترث هي لمورد، ام لا، لانها لاحق لها في الارض، فلاحق لها في ما يتعلق بالارض؟ احتمالان، وقد ذكره الشيخ المرتضى (ره) في المكاسب والمعنا اليه في حق الانسان في ما حجره من كتاب [احياء الموات] بأن لم يرد ملكاً ، وانما صار له حق الاولوية .

ولنختم الكتاب بروايتين عن علي عليه السلام - كما في المستدرک - فقد روي عن الصادق عليه السلام عن آبائه عن أمير المؤمنين عليهم السلام ، انه حضره رجل مقل فقال: الاوصى يا أمير المؤمنين (عليه السلام)؟ فقال عليه السلام اوص بتقوى الله ، واما المال فدعه لورثتك ، فانه طفيف يسير، وانما قال : الله ان ترك خيراً، وانت لم تترك خيراً توصى فيه .

وعن الاصبغ انه قال: اوصى رجل ودفن الى الوصى عشرة آلاف درهم، وقال: اذا أدرك ابني فأعطه ما أحببت منها، فلما أدرك استعدى امير المؤمنين عليه

- ١٢١ قول ابن بابويه في نفوذ كل الوصية
- ١٢٣ الوصية بالمشاع أو بالعين
- ١٢٥ التبعض في الوصية
- ١٢٧ لا يشترط قصد كونه من الثلث
- ١٢٩ لو أوصى بغير الثلث
- ١٣١ الوصية بالواجب تنفذ مطلقاً
- ١٣٣ لو لم يعلم هل بالواجب أولاً
- ١٣٥ لو قال اعطوا كذا خمساً أو زكاتاً
- ١٣٧ اجازة الوارث بعد حياة الموصي
- ١٣٩ لو أجاز الوارث ما أَرَادَ عَلَى الثلث
- ١٤١ لو سقط الوارث عن كونه وارثاً
- ١٤٣ انتقال المال من الموصى
- ١٤٥ لافرق بين الاجازة والاذن
- ١٤٧ لو قال الورثة ظننا كذا
- ١٤٩ انما يقبل قول الوارث ظننت
- ١٥١ للمسألة صورتان
- ١٥٣ الاجازة مقيدة أو مصبباً أو مشروطة
- ١٥٥ الثلث حال الوفاة
- ١٥٧ صور اختلاف المال
- ١٥٩ لو زادت التركة أو نقصت
- ١٦١ هل النقص على الثلث؟
- ١٦٣ حصل المال بعد الموت

- ١٦٥ الدية من جملة التركة
- ١٦٧ الانسان أحق بديته
- ١٦٩ بقايا مسائل الوصية
- ١٧١ الوصية بما ليس بمحرم عند الموصى
- ١٧٣ يجوز الرجوع عن الوصية
- ١٧٥ لو أوصى وصيتين
- ١٧٧ لو تصرف الموصى في الموصى به
- ١٧٩ لو مزج الموصى به لغيره
- ١٨١ لو أوصى بالمضاربة بتركنه
- ١٨٣ لوصية في مال الكبير
- ١٨٥ لو أوصى ببيع تركته بشمن المثل
- ١٨٧ الواجب يخرج من الجميع
- ١٨٩ هل الواجب بالعارض كالواجب بالأصل؟
- ١٩١ هل يصح اقرار الموصى؟
- ١٩٣ حق الله وحق الناس
- ١٩٥ اذا لم يكف الثلث لوصاياه
- ١٩٧ ماذا يقدم من الوصايا الزائدة؟
- ١٩٩ الوصية بما زاد على الثلث
- ٢٠١ صور الوصايا المتعددة
- ٢٠٣ لو أوصى بمعين زائد على الثلث
- ٢٠٥ لو أوصى بثلاث ماله مشاعاً
- ٢٠٧ لو ظهر بعض المعين مستحقاً

- ٣٥ هل يصح القبول بعد الرد؟
- ٣٧ يصح القبول بعد الرد
- ٣٩ لو قبل الموصي له بعض الوصية
- ٤١ الوصية كالبيع في قبول البعض
- ٤٣ هل يجوز للورثة التصرف قبل القبول
- ٤٥ اذامات الموصى له قبل القبول
- ٤٧ يكفي قبول الوارث للروايات
- ٤٩ انتقال حق القبول الى الوارث
- ٥١ قبول وارث الموصى له
- ٥٣ الروايات المخالفة ليست حجة
- ٥٥ اذا مات الموصي اليه قبل موت الموصى
- ٥٧ اذا قبل الوصية بعض الورثة
- ٥٩ الاحتمالات في قبول بعض الورثة
- ٦١ الانتقال الى الميت ثم الى الورثة
- ٦٣ هل المدار بالوارث حين الموت؟
- ٦٥ في ارث الزوجة من الوصية
- ٦٧ في ارث الحبوة
- ٦٩ الوارث يقوم في التمليلية والعهدية
- ٧١ الوصية بحاجة الى القبول
- ٧٣ القبول في مختلف الوصايا
- ٧٥ هل يصح تملك النوع أو الجهات؟
- ٧٧ الوصية تتحقق بكل مظهر

- ٢٥٣ لوقطع طرف الموصى به
- ٢٥٥ يلزم اتفاق الورثة
- ٢٥٧ لوشك في ان الوصية من باب تعدد المطلوب
- ٢٥٩ الوصية تثبت بشاهدين
- ٢٦١ شهادة أهل الكتاب في الوصية
- ٢٦٣ شهادة الكافر مطلقاً في الوصية
- ٢٦٥ لودار الامر بين المسلم الكاذب والكافر الصادق
- ٢٦٧ حلف الكافرين بعد صلاة العصر
- ٢٦٩ الاحكام المستفادة من الاية
- ٢٧١ جواز اشهاد الكفار
- ٢٧٣ شهادة المرأة في الوصية
- ٢٧٥ المرأة الواحدة تقبل شهادتها في الربع وهكذا
- ٢٧٧ هل تشهد المرأة بالاكثر؟
- ٢٧٩ شهادة العدل الواحد مع اليمين
- ٢٨١ شهادة الوصي فيما هو وصى فيه
- ٢٨٢ فصل في الموصى له
- ٢٨٣ الوصية للمعدوم
- ٢٨٥ الوصية للوارث
- ٢٨٧ رواية الدعائم في الوصية للوارث
- ٢٨٩ الوصية للكافر
- ٢٩١ الوصية للكافر الحربي
- ٢٩٣ لو كان الموصى به غير محصور

- ٢٩٥ كيف يقسم الموصى به ؟
- ٢٩٧ الوصية للاقرباء
- ٢٩٩ لو أوصى لقومه
- ٣٠١ لو أوصى لجيرانه
- ٣٠٣ لو أوصى المسلم للفقراء
- ٣٠٥ لو أوصى لسبيل الله
- ٣٠٧ الوصية للمقاربة
- ٣٠٩ الوصية مجازاً أو حقيقة
- ٣١٠ فصل في الاوصياء
- ٣١١ أقسام الوصية
- ٣١٣ من شرط الوصى العقل
- ٣١٥ لا يشترط عدالة الوصي
- ٣١٧ لو أوصى الى العدل ففسق
- ٣١٩ لو أوصى الى العاقل فجن
- ٣٢١ الوصية الى الصبي
- ٣٢٣ ما دل على صحة الوصية الى الصبي
- ٣٢٥ لو مات الصغير
- ٣٢٧ جعل الكافر وصياً
- ٣٢٩ الوصية الى المرأة
- ٣٣١ لو أوصى الى اثنين
- ٣٣٣ هل يلزم اجتماع الوصيين ؟
- ٣٣٥ ليس لاحد الوصيين الاستبداد

- ٣٣٧ لو تشاح الوصيان
- ٣٣٩ المحاكم يعمل بالصلاح
- ٣٤١ هل يصح ضم اثنين مكان واحد وبالعكس؟
- ٣٤٣ وجوب قبول الوصية
- ٣٤٥ لو تردد متعلق الوصية
- ٣٤٧ المشهور وجوب قبول الوصية
- ٣٤٩ لولم يقدر الوصي على التنفيذ
- ٣٥١ الوصية الى العاجز
- ٣٥٣ خيانة الوصى
- ٣٥٥ عمل الوصى حسب العرف
- ٣٥٧ دين الوصى على الميت
- ٣٥٩ اشتراء الوصي من مال الميت
- ٣٦١ هل للوصي أن يوصى؟
- ٣٦٣ المحاكم وصي من لاوصى له
- ٣٦٥ صفات الوصى حال التنفيذ
- ٣٦٧ لاتصح الوصية على الكبار
- ٣٦٩ هل للوصي أن ينزع ثلثه؟
- ٣٧١ اجرة المثل للوصي
- ٣٧٣ الاجرة من مال الصغير
- ٣٧٥ لو أوصى لاجنبي بمثل نصيب ابنه
- ٣٧٧ لو أوصى للاجنبي بأكثر من الثلث
- ٣٧٩ لو أوصى بالضعف

- | | |
|-----|----------------------------------|
| ٣٨١ | لو أوصى للفقراء |
| ٣٨٣ | لو أوصى بفرسه وللآخر بتمام الثلث |
| ٣٨٥ | لو أوصى بدار فانهدمت |
| ٣٨٧ | لو أوصى لزيد والفقراء |
| ٣٨٩ | منجزات المريض |
| ٣٩١ | منجزات المريض من الاصل |
| ٤٩٣ | هل للزوجة حق الرد؟ |

المطبوع من موسوعة الفقه

- ١ - كتاب الاجتهاد والتقليد
- ٢ - كتاب الطهارة الجزء الاول
- ٣ - كتاب الطهارة الجزء الثاني
- ٤ - كتاب الطهارة الجزء الثالث
- ٥ - كتاب الطهارة الجزء الرابع
- ٦ - كتاب الطهارة الجزء الخامس
- ٧ - كتاب الطهارة الجزء السادس
- ٨ - كتاب الطهارة الجزء السابع
- ٩ - كتاب الطهارة الجزء الثامن
- ١٠ - كتاب الطهارة الجزء التاسع
- * * *
- ١١ - كتاب الصلاة الجزء الاول
- ١٢ - كتاب الصلاة الجزء الثاني
- ١٣ - كتاب الصلاة الجزء الثالث

- ١٤ - كتاب الصلاة الجزء الرابع
١٥ - كتاب الصلاة الجزء الخامس
١٦ - كتاب الصلاة الجزء السادس
١٧ - كتاب الصلاة الجزء السابع
١٨ - كتاب الصلاة الجزء الثامن

* * *

- ١٩ - كتاب الصوم الجزء الاول
٢٠ - كتاب الصوم الجزء الثاني

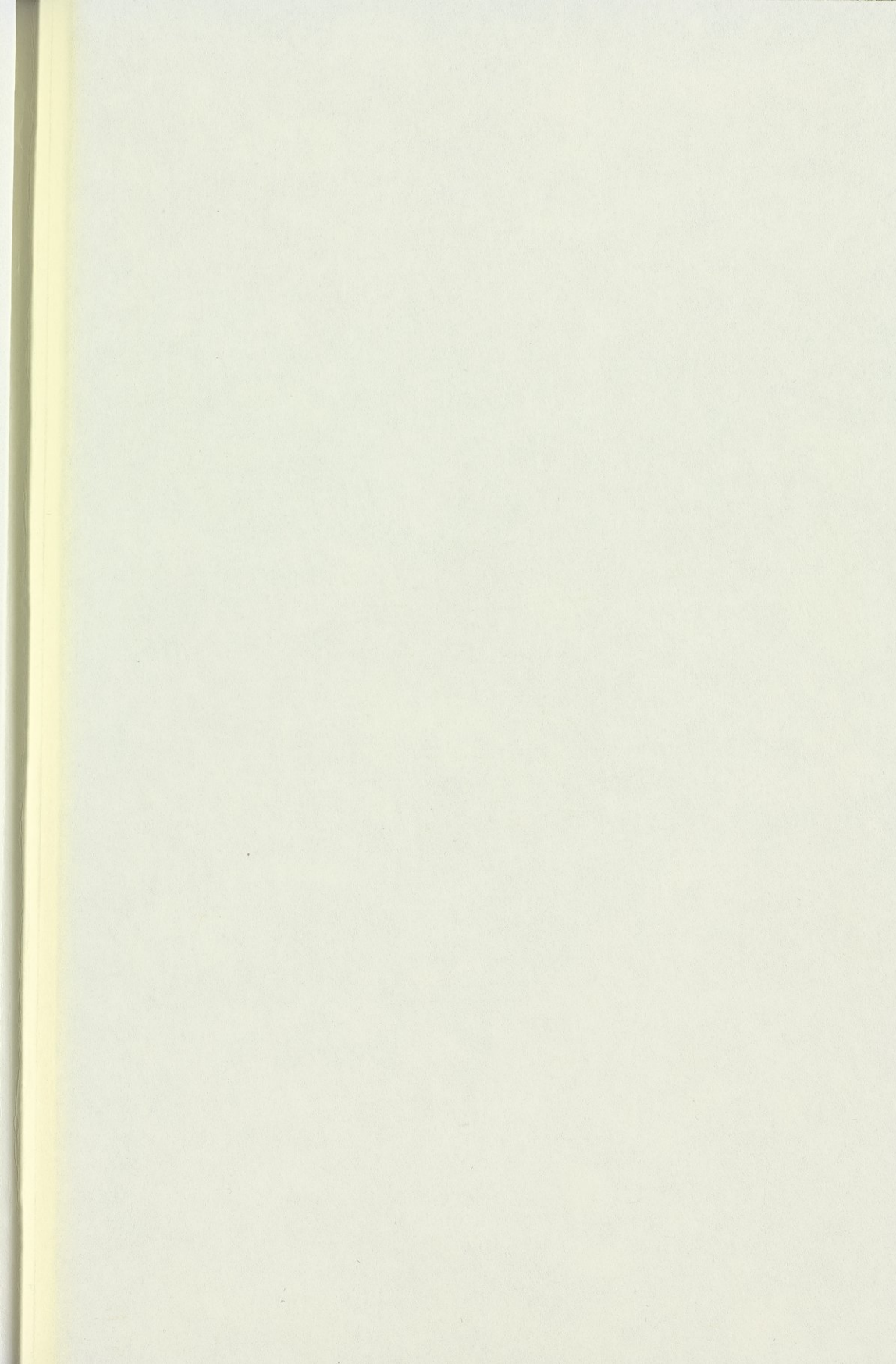
* * *

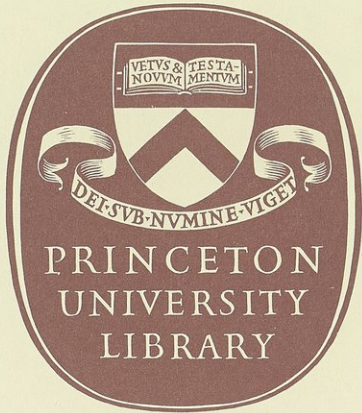
- ٢١ - كتاب الحج الجزء الاول
٢٢ - كتاب الحج الجزء الثاني
٢٣ - كتاب الحج الجزء الثالث
٢٤ - كتاب الحج الجزء الرابع
٢٥ - كتاب الحج الجزء الخامس
٢٦ - كتاب الحج الجزء السادس
٢٧ - كتاب الحج الجزء السابع

* * *

- ٢٨ - كتاب الخمس
٢٩ - كتاب الزكاة الجزء الاول
٣٠ - كتاب الزكاة الجزء الثاني
٣١ - كتاب الزكاة الجزء الثالث
٣٢ - كتاب الاطعمة والاشربة
٣٣ - كتاب الوقوف ، الصدقات ، الهبة

- ٣٤ - كتاب الحدود والتعزيرات
٣٥ - كتاب القصاص
٣٦ - كتاب الاجارة
٣٧ - كتاب الجهاد
٣٨ - كتاب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر
٣٩ - كتاب الحكم فى الاسلام
٤٠ - كتاب حول القرآن الحكيم
٤١ - كتاب الاقتصاد
٤٢ - كتاب القضاء الجزء الاول
٤٣ - كتاب القضاء الجزء الثانى
٤٤ - كتاب الديات
٤٥ - كتاب السياسة
٤٦ - كتاب الشهادات
٤٧ - كتاب المضاربة
٤٨ - كتاب النكاح الجزء الاول
٤٩ - كتاب النكاح الجزء الثانى
٥٠ - كتاب الشركة ، المزارعة ، المساقاة
٥١ - كتاب الضمان ، الحوالة
٥٢ - كتاب الوصية
٥٣ - كتاب احياء الموات





WERT
BOOKBINDING
MIDDLETOWN, PA.
JAN. 84
We're Quality Bound

الفِقْمَةُ

كتاب الوصية

آية الله المجاهد
احمد الشيرازي
دام ظلّه