

حائق الفقه

في شرح شرائع الإسلام

هذا هو المجلد الثاني والثلاثون

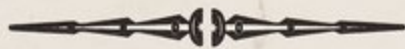
من كتاب

الهبات والسبق والرماية والوصايا

تصنيف

حجة الإسلام والمسلمين آية الله العظمى الحاج الشيخ
محمد رضا المشتهر بالمحقق الطهراني دام ظلته

رجب المرجب - ١٤١١



المطبعة العلمية - قم

Princeton University Library



32101 047105802

Princeton University Library

This book is due on the latest date
stamped below. Please return or re-
new by this date.

--	--

حائق الفقه

في شرح شرائع الإسلام

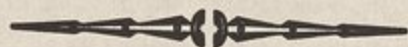
هذا هو المجلد الثاني والثلاثون

من كتاب الهبات

تصنيف

حجة الإسلام والمسلمين آية الله العظمى الحاج الشيخ
محمد رضا المشتهر بالمحقق الطهراني دام ظلته

رجب المرجب - ١٤١١



المطبعة العلمية - قم

هوية الكتاب

الكتاب : حقائق الفقه

المؤلف : آية الله العظمى الحاج الشيخ محمد رضا المشتهر بالمحقق الطهراني

الناشر : المؤلف

الطبعة : الاولى

العدد : ٥٠٠

القيمة : يوزع مجاناً

التاريخ : رجب المرجب ١٤١١

المطبعة : العلمية - قم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذى نور قلوبنا بانوار معرفته واكرمنا بالعطيات والهبات التى هى الولاية لادعيائه الذين هم اسباب مغفرته والبسنا ثوب العمل بقولهم دون اعدائهم فانه السبب للمسارعة والسباق الى جنته وادصانا بمحبة الرسول وآله الذين هم ينجون الانسان من سخطه .
والصلاة والسلام عليه وعلى آله الطيبين الطاهرين من الآن الى فناء الدنيا وبقاء آخرته وبعد فهذه .

﴿ كتاب الهبات ﴾

وفى الجواهر مازجاً مع المتن ما هذا لفظه التى جمعها باعتبار اختلاف حكم أفرادها ، والا فهى حقيقة واحدة ، كالبيع ونحوه ، ولذا عبر الأكثر بها موحدة ، ﴿ و ﴾ كيف كان ﴿ النظر ﴾ فيها ﴿ فى الحقيقة والحكم ﴾ .
أما ﴿ الاول ﴾ فحقيقة ﴿ الهبة ﴾ : هى العقد المقتضى تملك العين من غير عوض ، تملكها منجزاً مجرداً عن القرابة ﴿ أو الاثر الحاصل منه ، ولو بالمعاطاة أو فعل الواهب ، كما تقدم نظير ذلك ، اذ الظاهر كون المسألة من واد واحد .
لكن فى الرياض هنا أن ظاهر الأصحاب الاتفاق على دعوى اعتبار العقد القولى

كما يظهر من الكفاية ، وصرح به في المسالك انتهى .

ولا يخفى انه قد مر في البيع ونحوه ان المعاطاة عبارة عن العقد بين الطرفين بالفعل الكاشف عن حصول المقصود من اللفظ والافرق بينه وبين العقد اللفظي عند العرف الذي هو العمدة في الصدق ولا يحتاج الى ذكر صحتها و عدمها في كل باب .

والحاصل ان العرف اقوى شاهد على حصول التملك بمجرد الاعطاء وقبوله القابل بمجرد الاخذ منه وهو جار في كل عقد سوى النكاح المتوقف صحته وابطاحته بالالفاظ المعينة من جانب الشرع بل العقد اللفظي في الهبة لم يكن متعارفا عند الناس بل لعل البناء على ايجاب الواهب والقبول عد عندهم امرأ منكرا .

﴿وهي﴾ على كل حال ف﴿قد يعبر عنها بالنحلة والعطية﴾ وفي الجواهر قال وانا كانهما اعم منها ضرورة صدقهما على مطلق العطاء المتبرع به الشامل للموقف والصدقة وغيرهما كما أن الهبة اعم من الصدقة والهبة انتهى .

﴿وهي﴾ عقد ﴿تفتقر الى الايجاب والقبول والقبض﴾ وفي الجواهر بعده مال بالنسبة الى صحتها وترتب الاثر عليها انتهى يعنى ان الافتقار الى القبض لاجل صحة الايجاب والقبول ويلزم منه كونها لغوا وعبثاً والمؤثر في الصحة هو القبض بل الاجماع واقع على كون القبض شرطا للصحة وسيأتي بيان اشكاله فانظره .

﴿فالايجاب كل لفظ﴾ أو ما قام مقامه نحو اشارة الاخرس ﴿قصد به التملك المذكور﴾ وكان صالحاً للدلالة عليه بحسب التجاوز ﴿كقوله مثلا وهبتك وملكتك﴾ وكل لفظ يفيد معنى هما باى لغة كان قولاً او فعلاً او اشارة ويحصل بهما الملكية دون مجرد الاباحة سواء كانت الهدية طعاماً او ثوباً او كتاباً او جارية ونحو ذلك فيجوز للمهدى اليه اكلها او لبسها او طؤها وغير ذلك من غير الاحتياج الى شىء آخر بل يكفي نفس الاعطاء من الواهب ونفس

القبول من المتهب ولو بالاخذ بدون القول بل ولو بجعل الهبة عنده وعدم رد المتهب وتحصل قبوله بمجرد التبسم واظهار الفرح والتشكر من المعطى .
ولذا عن التذكرة حصولها بمجرد البعث من المهدي وانه ايجاب والقبض من المهدي اليه وانه قبول كما يدل اليه هدايا المرسل الى رسول الله ﷺ والائمة وسائر الناس بذلك من غير رد بل هو سيرة العرفية والشرعية فى كل زمان الى زماننا الحاضر .

فالقول بانه بذلك يحصل مجرد الاباحة دون الملك كى يتفرع عليه عدم جواز الوطاء لو كانت الهدية الجارية فى غير محله فان المارية القبطية ام ابراهيم كانت من الهدايا عند رسول الله ﷺ مع اشياء اخرار سله بعض السلاطين هدية لرسول الله ﷺ من دون ان يقول المرسل اليك هذه الجارية من جانب السلطان ومن غير ان يقول ﷺ قبلت بل تصرف فيها بما لايجوز لغير المالك حتى يصير منها ذات ولد وهو ابراهيم عليه السلام وهكذا يكون ذلك الدأب والديدن الى هذا العصر فالملكية حاصله بمجرد الارسال وقبول المهدي اليه لفظا او فعلا او اشارة بحيث يعامل المهدي اليه معها معاملة الملكية كاعطائها الى زوجته او اصدقاءه او هديته ايضا وقبوله فى المعاطاة نفس القبض ايضا .

وفى الجواهر قال فقد وقع ذلك للنبي ﷺ فى مارية القبطية ام ولده ، وقد كان يهدى اليه الشىء فيهديه لزوجاته وغير هن وأهدى اليه حلة فأهداها لعلى عليه السلام من غير أن ينقل عنه قبول لفظى ، ولا عن الرسل ايجاب كذلك مقارن له وهذا كله يدل على استفادة الملك فى الجملة ، لا الاباحة ، ولا ينافى جواز الرجوع بها ما دامت العين باقية انتهى .

بل اكثر الهدايا والعطيات واقعة بالمعاطاة وقد مر انها نفيذ الملك كما حصل بالمقد اللفظى وما ابعد ما بينه وبين ما عن الرياض من عدم مشروعية المعاطاة فى الهبة وهو عجيب منه بل الايجاب والقبول قولا عند العرف امر يعد منكر خصوصا فى القليل .

وكيف كان فلا دليل على الإيجاب والقبول اللفظي بل يكفي الفعل وما هو بمنزلة الفعل كما جعل المهدي أو رسوله الهدية عنده ولم يرد به يحصل الملكية ويجوز التصرفات الملكية فيها حتى الوطاء كما في مارية القبطية أم إبراهيم عليها السلام وهو المحكى عن التذكرة قال لاحاجة في الهبة إلى الإيجاب والقبول اللفظيين . بل البعث من جهة المهدي كالأيجاب ، والقبض من جهة المهدي إليه كالقبول لأن الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله صلى الله عليه وآله من قيصر وكسرى وسائر الملوك فيقبلها ولا لفظ هناك ، واستمر الحال من عهد عليه السلام إلى هذا الوقت في سائر الأصقاع ، ولهذا كانوا يبعثون على يد الصبيان الذين لا يعتمد بعبارتهم قال (رحمه الله) : ومنهم من اعتبرهما كما في الهبة ، واعتذروا عما تقدم بأن ذلك كان اباحة لانمليكاً ، وأجيب بأنه لو كان كذلك ما تصرفوا فيه تصرف الملاك ، ومعلوم أن النبي صلى الله عليه وآله كان يتصرف فيه ويملكه غيره .

ويمكن الاكتفاء في هدايا الأئمة بالارسال والاختصاص جرياً على العادة بين الناس ، والتحقيق مساواة غير الأئمة لها ، فإن الهدية قد تكون غير طعام فانه قد اشتهر هدايا الثياب والدواب من الملوك إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فان مارية القبطية أم ولده كانت من الهدايا ، انتهى .

ولا يخفى في صحة ذلك وبناء العرف عليه ومع ذلك ذهب في المبسوط إلى كون الإيجاب والقبول شرطاً للصحة قال على ما حكى عنه : ومن أراد الهدية ولزومها وانتقال الملك منه إلى المهدي إليه الغائب فيوكل رسوله في عقد الهبة ، فاذا مضى وأوجب له وقبل الهدية المهدي إليه وأقبضه أيها لزم العقد وملك المهدي إليه الهدية .

وفي الحدائق بعده قال ونحوه قال في الدرر ، وجعل عدم اشتراطها بالإيجاب والقبول احتمالاً واختلاف كلام العلامة في ذلك ، ففي القواعد قطع بأن الهدية كالهبة في اشتراطها بالإيجاب والقبول ، وفي التحرير نقل قريباً من

كلام الشيخ ، ثم قال : فلو قيل : بعدم اشتراط القبول كان وجهاً قضاء للعادة بقبول الهدايا من غير نطق ، ويلوح من آخر كلامه في التذكرة الفتوى بذلك انتهى .

ولا يخفى ان الهبة او يشترط بالايجاب والقبول لا يلزم منه كون الهدايا كذلك اذ الهدايا هي الارسال من المهدي وهو ايجاب فعلى بخلاف الهبة فانها اعطاء بيد الواهب وربما كان ذلك سؤال المتهب فهي اظهر بالاحتياج الى الايجاب والقبول فهذا الفرق بين النحلة والهبة ثابت فالايجاب والقبول للهبة لازم لكن يكفي وقوعهما بالفعل لكن الظاهر عدم الفرق بينهما من هذه الجهة ايضا فيكفي فيهما مطلق ما دل على الاعطاء كما اذا وضع الهبة في مكانه مع عدم حضور المهدي اليه وذهب وبقيت بحالها حتى يجيء المهدي اليه واخبر بكونه هدية من فلان وقبل صار ملكا له ﴿و﴾ كيف كان فيلزم القبول قولاً او فعلاً هبة او نحلة وهدية .

ثم انه ﴿لا يصح العقد﴾ او ما يقوم مقامه ﴿الا من بالغ كامل العقل جائز التصرف﴾ كما ظهر غير مرة ﴿ولو وهب ما في الذمة فان كانت لغير من عليه الحق﴾ كما اذا كان له في ذمة زيد دينار فوهبه بعمر و﴿لم يصح على الاشبة﴾ لاصالة عدم الانتقال على المشهور و﴿لانها مشروطة بالقبض﴾ لو قلنا بانه شرط للصحة بخلاف ما اذا قلنا بكون القبض شرطاً للزوم فانه حينئذ لا يحتاج في صحة الهبة الى القبض ويملك عمر وما في ذمة زيد واذا قبض عمر وأ سقط عن ذمته .

وفي المفاتيح قال لو وهب ما في الذمة ، فان كان لمن عليه الحق صح وصرف الى الابراء ، اذ الابراء لا يتعين في لفظ كما في مفاتيح المعاش ، بل ورد في الصحيح جوازه بلفظ الهبة .

وان كان لغيره فقولان : للعدم وعليه المعظم لامتناع قبض ما في الذمة لانه أمر كلي ، وللصحة بيعه والمعاوضة عليه ، وامكان قبضه بقبض أحد جزئياته قبله ، بأن يقبضه المالك ثم يقبضه أديو كله في القبض عنه ثم من نفسه ، لا بأن يجعل

قبضه عن الهبة قبضاً عن المالك ، لئلا يلزم الدور . وهذا هو الاصح ، وربما يدل عليه بعض الصحاح صريحاً انتهى .

وفي الحدائق قال وأما ما قيل: من أن الدين ماهية كلية لا وجودها في الخارج الى آخر ما تقدم ، فجوابه أنه لو تم ذلك لما صح بيعه والمعاوضة عليه ، لأن البيع مشروط بالقدرة على التسليم اجماعاً في غير الآبق ، بل يشترط وجوده مطلقاً ، و ماهية لا وجود لها على ما ذكره وبه يظهر أن الماهية وان كانت من حيث هي لا وجود لها الا أنها موجودة بوجود بعض أفرادها ، والا لما صح البيع ونحوه كما عرفت ، مع أنه لا خلاف في الصحة انتهى .

ولا يخفى اولاً ان وجود الطبيعي بوجود فرده وثانياً ان الكلى الطبيعي صحيح عند القوم واما عند الشرع لم يكن الكلى الا الافراد الخارجية بدون العوارض فلا جرم كان الكلى نفس الفرد مع العوارض فعلى هذا قبض الفرد عين قبض الكلى لكن مع تشخصه بالعوارض .

توضيح ذلك انه عند الشرع كان الاحكام كلها متعلقة بالافراد الخارجية وذلك لان الواضع عند الوضع تارة يلحظ نفس الكلى اى الافراد الخارجية بدون عوارضها الشخصية فيوضع له لفظ الكلى مثل الانسان واخرى يلحظه مع العوارض الشخصية فيوضع له لفظ الجزئى مثل زيد وعمرو و بكر فكل ما يفهم الانسان من الالفاظ هو الجزئيات الا انه تارة مع العوارض واخرى بدونها كما اذا سمع انساناً ولا يكون فى الذهن سوى ما يعلم فى الخارج ولا يكون الكلى هو الفرد النورى المجرد السعى اللذى هو المربى للافراد الفانية و عندهم هو المراد بالكلى الذى يعلم عند سماع لفظ الانسان مثلاً و هو المعلوم بالذات فالقول بان الكلى هذا الفرد النورى و هو الذى يكون المدرك بالذات اولاً و الافراد الخارجية ثانياً وبالعروض كى يقع النزاع فى ماهية هذا الكلى فاسد جداً راجع شواهد الربوبية والعرشية حتى يعلم كلها على خلاف ما يشاهد

الانسان وانه لا يرى سوى الافراد شىء اصلا - راجع ج ٨ ص ٢١٥ الى ٢٢٠ و ج ٤٨ كله .

وبالجملة اذا سمع الانسان لفظ الانسان لا يرى الا الانسانيات الخارجية لا الانسان الكلى النورى المجرى عن العوارض كى يقع النزاع فى ان ما يعلم اولاً وبالذات ما هو اى المثل الافلاطونية اورب النوع وغيرها .

وهو معلوم البطلان اذ لا يرى الانسان سوى الافراد الخارجية شىء آخر والكلى الطبيعى بهذا المعنى اى فرد نورى مجرد غير زائل وغير فاسد وهو الذى يعلم عند سماع لفظ الانسان اولاً وبالذات ثم بالعرض المجازى يعلم الفرد الزائل الفاسد من الموهومات البشرية وعلى هذا الامر الفاسد ليس العلم بالافراد الخارجى حقيقة بل العلم بها مجازى وليس بواقع ويكون العلم الواقعى هو بالانسان النورى وهو كما ترى فلا تغتر بمعارف البشرية فلا كلياً طبيعياً بهذا المعنى ولا الوجود الذهنى فضلاً عن الوجود الخارجى و الوجود امر الانتزاعى ينتزع من تحقق الماهية فالجاعل يوجد الماهية ابداعاً لا من وجود بل من كتم العدم ثم ينتزع منه الوجود قبل الابداع ليس شىء اصلاً وبعده يقال الانسان موجود فاطلاق الوجود فرع تحقق الماهية كما عليه المحقق الداماد [رض]

وهو اصل المحققين والمعلمين فى الخارج ليس وجود فضلاً عن ان يكون هو الاصل ويكون كل ما فى الخارج غير العلم والقدرة والارادة والحياة فاذا لم يمكن فى الخارج الامر انتزاعى كالتزاع الفوقية من الفوق وانه فى الحقيقة هو الفوق لاشىء آخر وراه فكذا الوجود وكل ما فى الخارج ماهيات متحققة فالمراد بالوجود الذهنى انكشاف العلم فاذا رأيت شيئاً ينكشف عندك هذا الشىء فتزعم انه وجود ذهنى فليس كلى طبيعى يقال عليه المثل الافلاطونية راجع شواهد الربوبية ص ١٠٧ حيث قال ما لفظه :

الشاهد الثانى فى الصور المفارقة والمثل الافلاطونية وفيه اشراقات الاشراف

الاول فى غرض الافلاطون واصحابه من هذا القول قد ورد عن الافلاطون الالهى انه قال موافقا لشيخه سقراط ان للموجودات الطبيعية صور مجردة فى عالم الاله وربما يسميها المثل الالهية وانها لاندثر ولا تفسد ولكنها باقية وان الذى يدثر ويفسد انما هى الموجودات التى هى كائنة الخ .

فقدبر فى عبارات الفلاسفة ان كنت من اهل التدبر حتى لانكون من الضالين القائلين بمثل هذه الموهومات التى امها اصالة الوجود المبني عليه الاسفار والمنظومة اللذان بنائهما على استحكام موهومات القصوص من محبى الدين وقديرد كله وتمامه بما افاده المحقق الداماد قده فى القبسات وسائر كتبه وقال فى افق المبين مالفظه: أما تعرفت ان الوجود ليس الانفس الموجودة التى ينتزع عنها العقل من الماهيات ونفس تحققها بالمعنى المصدرى ولا يثبت له فرديقوم بالماهية سوى الحصص المعينة بالاضافة او بالوصف كالوجود الذى لاسبب له والوجود المطلق ليس له خصوصية الا الاضافة الى ما ينتزع هو منه ولا يتخصص بالابتك الاضافة لاقبلها فاستشعر اذن ان الماهيات المتباينة لاتتحد فى الوجود و كيف ينتزع من احداها ما ينتزع من الآخر مع اختلافهما ويقوم المنتزع بالاضافة الى ما ينتزع هو منه ولذلك ما انهم يحكمون بان الواحد بالانصال لا يختلف بالطبيعة الخ وعليك بالمراجعة الى ج ٤٨ حتى تزيدك علما نافعا .

فلنعد الى ما كنا بصدده وفى الجواهر فى مقام استحالة قبض الكلى بقبض افراده قال ما لفظه ، ودعوى - امكانه - بقبض احد جزئياته - يدفعها ان الموهوب الماهية ، وهى غير الجزئيات قطعاً انتهى حيث رد القول بان قبض جزئياته بقبض نفس الماهية كى يكون وجودها بوجود افرادها فيمكن كونه من الذين انكروا وجود الكلى فى الخارج لكن المشهور عندهم ان وجود الكلى بوجود فرد هذا كله على مذاق الفلاسفة .

واما على المختار من عدم كلى سوى الافراد فواضح فان ما فى الذمة اذا

تعيّن بالفرد اتصف بصفات معينة وخرج عن الكلية بنفسه ولبس لباس التشخيص وبالجملة على مذهب القوم فخلاف عندهم ايضا فى ان الطبيعى موجود بوجود فرده اولا بل ليس فى الخارج سوى الافراد فانه لو كان فى ضمن افراده لزم كون الواحد الشخصى متصفا بصفات متضادة ووقوعه فى آن واحد فى امكنة متعددة . كما زعمه الرجل الهمداني الذى بظن ان الطبيعى واحد بالعدد ومع ذلك موجود فى جميع الافراد ويتصف بالاضداد قطعاً عليه ابو على سينا .

وكيف كان والقائلون بعدم كون الكلى فى الخارج وانه ليس فى الخارج سواها موافقون معنا فى انه ليس فى الخارج سوى الافراد لافى عدم كلى سوى الافراد بل قائلون به الا انه ليس فى الخارج وحيث كان عندهم نسبة الطبيعى مع افراده نسبة الالباء الى الافراد لابل واحد فيصححون وجود الطبيعى بوجود فرده ويمكن كون نظر صاحب الجواهر الى عدم الكلى فى الخارج فى ضمن افراده فجوابه انه موجود بوجود افراده كما صرح به المحقق الخوانسارى .

وان القائلين بالكلى والفرد ايضا عندهم ان الطبيعى بوجود فرده فيمكن حينئذ دفع الكلى بدفع فرده نعم لا يصح على قول آخر وهو عدم كون الكلى بوجود فرده بل يمتنع كون الكلى خارجا لاستلزامه انصاف شىء واحد بصفات متضادة .

وعلى كل حال ففى الحدائق ما هذا لفظه لو أراد هبة ما فى الذمة فلا يخلو اما أن يكون لغير من عليه الحق ، أو لمن عليه الحق ، فهنا مقامان : أحدهما فى هبة غير من عليه الحق وقد اختلف الاصحاب (رحمهم الله) فى صحة ذلك : بطلانه والمشهور البطلان لما سيأتى - ان شاء الله تعالى - تحقيقه من أن القبض شرط فى صحة الهبة وما فى الذمة يمتنع قبضه ، قالوا : لانه ماهية كلية لا - ود لها فى الخارج ، والجزئيات التى فى ضمنها ليس هى الماهية ، بل بعض أفرادها غيرها انتهى .

ثم ان هذا كله فى هبة الدين لغير من هو عليه ﴿ وان كانت له صح ﴾ بلا خلاف
أجده فيه ، بل فى بعض كتب مشايخنا ظاهرهم الاتفاق عليه ولعلمه لصحيح معاوية
بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام سألته عن الرجل يكون له على الرجل دراهم فيهبها
له ، أله أن يرجع فيها قال : لا .

ووجهه صحته ومالكية المتنب لما فى ذمته فلا يجوز الرجوع اليه بعد
ملكيته واما صحیحة الآخر عنه أيضاً «رجل كانت عليه دراهم لانسان فوهبها له ثم
رجع فيها ثم وهبها له ثم هلك قال : هى للذى وهب له» .

وفى الجواهر اذ الرجوع بعد الهبة انما كان فى كلام السائل انتهى مراده
ان السائل سئل رجوعه بعد الهبة الثانية واما جواب الامام عليه السلام قد تعلق بنفس هبته
الاولية كأنه اغمض عن سؤال السائل بتكراره .

فاجاب على فرض سؤاله الاول فقال للذى وهب له يعنى رجوعه بلائمر بعد
صيرورة الموهوب ملكا للمتهب لانها بعد القبض قهرا فيكون ملكا لمن وهبه
فيدل على حصول الملك اللازم بعد القبض وليكن فى ذكر منك ينفعك فيما من
قول المصنف كون الهبة من العقود الجائزة ولو بعد القبض القهرى فلا يكون ملكا
للمتهب ولو بعد التصرف ويجوز رجوع الواهب اليه بل يمكن كون الصحة
حينئذ لرجوع الهبة الى الابراء فالهبة الاولية كانت ابراء فلا اثر لرجوعه فالهبة
الثانية عين الهبة الاولية .

فلا يصح للواهب الرجوع من حيث ان هبته ابراء لما فى ذمة المديون فلا يحتاج
الى القبول فضلا عن القبض ﴿ و ﴾ من هنا قال المصنف ﴿ صرفت الى الابراء ﴾
على معنى انحادها معه فى المفاد لا أن المراد بلفظ الهبة الابراء فعدم الرجوع
حينئذ لرجوعه الى الابراء ﴿ ولا يشترط فى الابراء القبول على الاصح ﴾

وفى الجواهر وفاقاً للاكثر بل المشهور ، وخلافاً للمحكى عن الغنية و
السرائر بل والمبسوط وان كنا لم نتحققه ، بل المحكى عنه التصريح بكون

الاقوى عدم الاشتراط ، وان كان الاشتراط قوياً أيضاً كالأرندى فى فقه القرآن انتهى
وكيف كان فالقبول متحققاً ايضاً ان بنفس قوله وهبتك ما فى ذمتك كان
مسقطاً وقبولاً قهراً وهو يظهر من سكوت الموهوب له بعد الهبة و رضاه بذلك
والاقفال بالافضل لا اقبل .

﴿ و ﴾ على اى حال فقد قال ﴿ لا حكم للهبة مالم يقبض ﴾ الموهوب .
والمسألة فى غاية الاشكال فى اصل الهبة فى كونها من العقود الجائزة
او اللازمة وفى عبارته فى التصرف فيها فانها صريحة فى عدم لزومها بالتصرف
فانتظرها قال فى الجواهر على ما هو المعروف من مذهب الاصحاب كما فى جامع
المقاصد ، وعليه المتأخرون الافضل فى المختلف والشهيد فى الدروس ،
والاكثرون من علمائنا فى محكى السرائر ، والمشهور فى محكى ايضاح النافع
بل عن التذكرة بعد ان حكى القول بان القبض شرط فى اللزوم ، لا الصحة عن
ظاهر الشيخين .

وجماعة قال : لا يحصل الملك بدونه عند علمائنا أجمع ، والايضاح: عليه
اجماع الامامية ، ونص الائمة ، ونهج الحق : ذهب اليه الامامية ، بل لعله مقتضى
التدبر فى المحكى عن الخلاف ، وان قال فيه لانلزم الا بالقبض مستدلاً عليه باجماع
الفرقة وأخبارهم ، الا أن الظاهر ارادة الصحة من اللزوم فيه .

بل فى الدروس لعل الاصحاب أرادوا باللزوم الصحة انتهى وظاهره وظاهر
الجواهر وغير واحد من الاخبار ان الهبة جائزة قبضت او لم تقبض وفيه كلام .
وفى الحدائق قال ما هذا لفظه لاخلاف بين الاصحاب فى اشتراط القبض فى الهبة
فى الجملة ، وانما الخلاف فى كونه شرطاً فى الصحة أو اللزوم ؟ فالمشهور بين
المتأخرين الاول ، ونقله فى المختلف عن أبى الصلاح ونقله ابن ادريس عن أكثر
علمائنا وذهب الشيخان وابن البراج وابن حمزة وابن ادريس والعلامة فى المختلف
الى الثانى انتهى .

ولا يخفى ان القبض لو كان شرطاً للصحة ازم كون الهبة من العقود الجائزة
اذ بدون القبض لا يحصل الملك وبالقبض حصلت الصحة جائزاً كما هو مذهب
المصنف في التصرف وانه لا يرى لزوم الهبة بتصرف المتصرف بل بقى على
جوازه ويصح رجوع الواهب اليه ولو بعد التصرف نعم لو كان القبض شرطاً للزم
بالقبض والظاهر كون العقد لازماً بالقبض لا جائزاً كما سيأتى فهو عقد لازم
وان عرضه الجواز وهو اولى من القول بانه جائز وان عرضه اللزوم وسيصرح به
في الجواهر .

ثم اعلم ان قوله هنا لاحكم للهبة ما لم يقبض وقوله فيما سيأتى [وهل
يلزم بالتصرف قيل نعم وقيل لا وهو الاشبه] يستفاد منه في المقام ان الهبة
صحيحة بالقبض فقط دون اللزوم ويستفاد مما سيأتى من عدم لزومها بالتصرف
بل باقية على جوازها ان الهبة من العقود الجائزة ابدأ ولو بعد التصرف وانه
بعد التصرف من المتبهم ايضاً يصح رجوع الواهب اليه ولكن في ذكر منك .
ثم اعلم ان الاجماع كما عرفت بين كون القبض شرطاً للصحة او اللزوم
وبعد بطلان الاول لاجرم كان شرطاً للزوم واشكاله حينئذ بانه اذا لزم بالقبض
فكيف يصح الرجوع الى الاجانب وحله انا نقول بعدم جواز الرجوع مطلقاً
حتى الى الاجانب بعد القبض فانتظره في مسألة التصرف في الهبة .

قال في الخلاف الهبة لا تلزم الا بالقبض ، وقبل القبض للواهب الرجوع
فيها الى ان قال به قول في الصحابة ابو بكر وعمر وعثمان وابن عمر وابن عباس ومعان
القارى وانس وعابشة ولا يعرف اهم مخالفاً وبه قال الشافعى وقال مالك يلزم ذلك
كله بنفس العقد ولا يفتقر الى القبض ، ويتأجل الحق بالتأجيل ، ويلزم الاجل
واما ابو حنيفة فقد وافقنا لا انه قال الاجل في الثمن يلزم ويلحق بالعقد - دليلنا -
اجماع الفرقة واخبارهم ؛ أيضاً فان ما قلناه مجمع على ازومه وما ذكره ليس على
صحته دليل ، وروى موسى بن عقبة عن امه ام كلثوم وان النبي (ص) قال لام

سلمة انى اهديت الى النجاشى اواقى من مسك وحلة وانى لاراه يموت قبل ان يصل اليه وانى لاارى الهدية الا سترد على فان ردت على فهى لى ، فكان كما قال (ص) مات النجاشى قبل ان تصل اليه فردت الهدية اليه فاعطى كل امرأة من نسائه اوقية من ذلك المسك ، واعطى سايره ام سلمة واعطاها العجلة ، وهذا نص انتهى .

قوله هذا نص فيه تأمل واضح ان اريد ان الهدية المستردة من حيث ان النجاشى حيث لم يقبضها لم يملكها فكانت له عنه كما كانت له قبل الارسال ففيه كونها له من حيث عدم لزومها بعدم قبضها بسبب موته فينفسخ فاستردها عنه فلا يبدل على عدم حصوله للنجاشى لعدم القبض بل لكونها جائزة بسبب عدمه وانفساخ العقد بعدم قبولها وهو صريح السرائر قال فيها فهى من العقود الجائزة فيحتاج الى ايجاب وقبول ومن يشترط لزومها الاقباض انتهى .

والحاصل لو مات الواهب قبل القبض كان للموارث هو الخيار فى فسخه والعلامة فى المختلف ذهب الى كون القبض شرطا للزوم .

وفى القواعد الى كونه شرطا للصحة وفى مفتاح الكرامة بعد قوله الثالث القبض وهو شرط فى صحة الهبة عنه قال ما هذا لفظه وبدونه لا يحصل الملك عند (علمائنا) اجمع كما فى موضع من التذكرة و (عليه) اجماع الامامية و نص الائمة عليهم السلام (كما) فى (الايضاح) و (فى موضوع) آخر من (التذكرة) قال عند علمائنا وذهبت اليه الامامية كما فى نهج الحق ان تم ما فرعه فى (الايضاح) كما ستسمع و (هو المعروف) من مذهب الاصحاب (كما) فى (جامع المقاصد) و (عليه المتأخرون) كما فى (الدروس) و (الاكثرين) من علمائنا (كما) فى (السرائر) و (لاريب) فى ضعف القول الثانى (كما) فى (جامع المقاصد) .

و (هو المشهور) بين فقهاءنا (كما) فى (ايضاح النافع) و (عليه) معظم المتأخرين كما (فى المسالك) (هذا) كمله مضافا الى الاجماع الآتية الى ان قال بعد التكلم

كثيرا في نقل الاقوال غير ما ذكره من الكلمات الكثيرة الصريحة في كون القبض شرط في صحة الهبة ما لفظه .

(اما القول) بانه شرط اللزوم فقد حكى في (المختلف) و(الدروس) عن ظاهر (الشيخين) وجماعة (وظ) لو كان كذلك لما نسب في (السرائر) القول بانه شرط الصحة الى الاكثرين ولذكر واحدا من الشيخين او الجماعة يعترض به وهو مما يشهد على صحة الاجماع السالفة الا ان تقول انه في السرائر لم يعط التتبع حقه لانه يظهر من مواضع من (المبسوط) و(المهذب) و(الخلاف) في موضع منه انه شرط اللزوم (وهو) خيرة (فقه القرآن) للراوندى و(الوسيلة) و(السرائر) و(المختلف) و(الكفاية) و(المفاتيح) و(قد يظهر) او يلوح من (المراسم) و(قدحكاه) في (المسالك) عن ابي (الصلاح) وهو (وهو) قطعا (لانه) خلاف ما وجدنا فيما عندنا من نسخة وخلاف ما حكوه عنه لكنه في (المختلف) عدل عن ذلك بعد احدى عشرة مسألة كما ستمتع و(من الوهم) الفاحش قوله في (المفاتيح) القبض شرط في لزوم الهبة للمنص والاجماع لانها دعوى يكذبها النقل والمشاهدة والعيان انتهى موضع الحاجة .

ولا يخفى انه مع طول كلامه لم يأت بما تطمئن به النفس بل جميع ما ذكره لا يفي بالجواب عن الايجاب والقبول لماذا فلو كان القبض شرطا للصحة فلم يكن لهما اثر او كان لهما اثر بنحو الشرط المتأخر فهو كما ترى فاذا بطلا فلا جرم كان المؤثر في الملك هو الايجاب والقبول وان القبض للزوم .

وقد عرفت ان ملاك الصحة وحصول الملك انما هو بهما فلو لم يحصل بهما الملك لما كان القبض مفيد الشيء اصلا فالقبض فرع الصحة والافيكون قبضا باطلا الا ان يقال ان بالقبض يحصل الملك من حين القبض ويكون ايجاباً معاطاةً فيرجع ذلك الى عدم صحة حصول الملك بالقول بل بالفعل وهو كما ترى مع ان المعاطاة عندهم ايضا تفيد الاباحة لا الملك فلا مناص من حصول الملك بمجرد

الايجاب والقبول القولي او الفعلي ثم انه قد جعل قول صاحب المفاتيح الجاعل كون القبض شرطاً للزوم وغيره ممن جعل الشرط للزوم من الوهم الفاحش مع انه في كمال المتانة .

فلو كان بنظره غير تام فلاوجه للاطلاق عليه بالوهم الفاحش مع انه ليس من الوهم الفاحش بل كان دليلاً على اللزوم .

قال في المفاتيح القبض شرط في لزوم الهبة بالنص والاجماع ، وان خالفه ظاهر بعض الصحاح وغيرها ، فقد ورد «هو بالخيار ما لم يخرج عن يده» (وفي آخر «الهبة لا تكون هبة حتى يقبضها» (وفي آخر «في الهبة والنحلة ما لم تقبض حتى يموت صاحبها . قال : هي بمنزلة الميراث» (لافي صحته) ، وفقاً للمحلي و المختلف للصحيح «الهبة جائزة قبضت أو لم تقبض قسمت أو لم تقسم ، والنحل لا يجوز حتى يقبض» وبهذا يجمع بين الاخبار .

وقيل : بل يشترط في صحته ، وزعمه في الدروس اجماعاً كما هو ظاهر التذكرة وليس بذلك انتهى فهذه العبارة في غاية المتانة بل لادليل على كون القبض شرطاً للصحة فان لازمه عدم حصول النقل بالايجاب والقبول وهو كما ترى نعم يرد اشكال آخر هو اعظم من ذلك وهو ان القبض لو كان شرطاً للزوم وكان العقد به لازماً يلزم منه عدم صحة الرجوع بالهبة بعد القبض للاجنبي قبل التصرف مع ان الرجوع بها حينئذ اجماعى والشارح الوحيد له في شرحه ارجع اللزوم الى الهبة لا العقد بمعنى ان العقد بجوازه باق والهبة صارت لازمة حينئذ فصح الرجوع للمواهب فقال ما هذا لفظه .

اقول اجمع اصحابنا على ان القبض شرط في لزوم الهبة لابعنى لزوم العقد به حتى لايجوز للمواهب ان يرجع فيها بمطلق القبض لما ياتي من انحصار لزومها بهذا المعنى في مواضع محصورة وجوازها في غيرها بل بمعنى استقرار الملكية للمتهب وتحقق لزومها له بالقبض بحيث يجوز له بعده ان يتصرف في

الموهوب كتصرف سائر المالك فيما يملكونه ويملكه المتهب بمجرد الايجاب والقبول ملكا غير مستقر على قياس ما هو المذهب المنصور في الرهن من اشتراطه بالقبض بمعنى كونه جزء السبب لزومه من قبل الراهن فلا يقع باطلا بل هو صحيح الا انه غير لازم مالم يقبضه فكما ان للراهن ان يمتنع من اقباض المرهون وان يتصرف فيه ببيع ونحوه قبل ان يقبضه وان صار مرهونا بالعقد فكذا للواهب ان يمتنع من الاقباض بعد العقد وان يتصرف في الموهوب الذي لم يقبضه وان صار بمجرد العقد ملكا للمتهب .

وبما قلنا قطع الحلبي والعلامة في المختلف في مجرد العقد صار ملكا للمتهب وان لم يستقر ملكيته بالمعنى المذكور الا بالقبض وعليه ظاهر الشيخين بل صريح الخلاف فانه قال فيه من وهب لغيره عبدا قبل ان يهل شوال ثم قبضه فالفطرة على الموهوب له لان الهبة منعقدة بالايجاب والقبول وليس من شرط انعقادها القبض انتهى .

واستدل عليه العلامة في المختلف بصحيفة ابي بصير انتهى موضع الحاجة والحاصل ان ما افاده الوحيد في حصول الملكية بالايجاب والقبول ولزومه بالقبض ونقل قول العلامة كلها في محلها ولكن لا يحتاج الى التشبيه بالرهن حيث ان كلها من الواضحات بعد التزام بان الايجاب والقبول مفيدان للملك الغير المستقر والقبض يستقر ويلزم فمحصل المدعى ان العقد بعد الايجاب والقبول مفيدان للملك من غير دخالة للقبض في الملكية اصلا بل لا يكون جزء سبب ايضا الا ان الملكية غير لازمة ومعنى عدم لزومه ان للواهب التصرف فيه قبل القبض بالبيع والاجارة ونحوهما بل من هبته بآخر قبل القبض بالاول كما ان الراهن قبل القبض بالمرتهن له التصرف بمثل ما ذكر حتى يبطل الرهن وكل ذلك في كليهما قبل القبض وبعده لا يجوز التصرف للراهن وللواهب اذ بالقبض الملك يلزم للمتهب ولا كلام في ذلك بل كل ما ذكر معنى الا الملكية الحاصلة

بدون القبض واللىوم بعده .

واما ما ذكره بقوله لامعنى لزوم العقد به فانه ان كان ذلك لدفع اشكال جواز الرجوع الى الاجانب بعد اللزوم بالقبض صحيح لكن الكلام فى صحته لعدم تصور كون اللزوم من حيث الهبة لالعقد وان الهبة لازمة والعقد جوازه بحاله بل لا يتصور فان معنى كون الهبة لازمة عدم صحة الرجوع فيها فانه معنى اللزوم وجواز العقد معناه صحة الرجوع والتنافى بينهما ظاهر فانه بالعقد ثبت الملك الجائز وبالقبض يلزم .

وهذا المعنى هو المراد من لزومه بالقبض من كل القائلين بان القبض شرط للزوم بل لامعنى لغيره ولا يحتاج الى القول بانه لابعنى لزوم العقد به الخ فانه لولم يكن بهذا المعنى لزم ان لا يكون الهبة بالقبض ايضا لازما بل باقيا بجوازه وهو معنى جواز العقد وانه بالعقد ثبت الملك قطعا فاذا كان مفاد اللزوم ايضا ذلك لزم لغوية القبض .

والحاصل ان اراد بالقبض لزوم العقد فهو صريح كل من قال بالقبض يلزم وان اراد به مجرد الثبوت الغير المستقر كان ذلك حاصلًا بالعقد فالقبض لغو فتوجيهه لرفع اشكال الرجوع مع اللزوم غير نافع وبالجملة معنى لزوم الهبة بعد القبض استقرارها وثبوتها غير قابل للرجوع اليه مع ان الاصحاب القائلين بالاجماع على كون القبض لشرط اللزوم غير قائل بمفاد اجماعهم ولم يعملوا به واجازوا رجوع الواهب الى الاجنبى مادامت العين بحالها .

وقد عرفت عدم صحة الاجماع على كون القبض شرطا للصحة وان الملك انما يجيبىء بالقبض فكلا الاجماعين ساقط فليس المناس الاعن جعل الهبة جائزة دائما لافى موارد الافارب ولا يلزم حتى بالتصرف كما عليه المصنف وثانى الشهيدين .

وهو على خلاف اكثر الاخبار بل انظر ان اصلاحه خارج عن تحت قدرة البشر

وايكال الامر الى صاحبه الابرفع اليد عن اكثر الاخبار فى المقام وعدم الاعتناء بما هو المشهور من جواز الرجوع الى الاجنبى بل ظنى من حيث دفع الاشكال كلا هو القول بعدم جواز الرجوع بعد القبض فان الظاهر من اكثر الاخبار كون الهبة من العقود اللازمة وانما تجوز قبل القبض وبعده لارجوع فيها كما فى قوله لارجوع فى الهبة وكما فى قوله انت بالخيار مادام فى يدك الخ وسيأتى بيانه فانتظره وعمدة ما يصح ان يقال هو ذلك وفى الاقارب باللزوم بمجرد الهبة ولو قبل القبض ولكنه على خلاف اكثر النصوص والفتاوى ثم ان لصاحب الجواهر ايضا توجيه لدفع الاشكال وهو فى الفساد قريب بعبارة الوحيد ره فقال ما هذا لفظه . قلت الظاهر ان مراده فى المختلف من الصحة الحاصلة بدون القبض صحة العقد من حيث كونه عقداً لاصحته بمعنى ترتب الملك عليه فيكون المراد عدم مدخلية القبض فى مفهوم الهبة باعتبار أنها عطية ، وهى كذلك بل تصدق الهبة وتمحقق بالعقد ، وان توقف الملك مع ذلك على القبض كما يشهد لذلك جوابه عن مرسل أبان بعد أن ذكره دليلاً للمخالف - باننا نقول بموجبه بأن الهبة بنفسها لا تنقل الملك بل مع القبض انتهى .

وجه الفسادان التوجيه وان كان لعبارة المختلف لكنه فاسد جدا وذلك لان صحة العقد من حيث كونه عقداً معناه ترتب الاثر عليه اذ لا يعقل كون العقد صحيحاً ولم يترتب عليه الاثر هذا مضافاً الى انه مجرد تغيير عبارة فى عدم تأثير العقد لوضوح انه سواء قلنا بفساده او قلنا بصحته وعدم تأثير له فان عدم التأثير عبارة اخرى عن فساده ولو عوض اسمه وبديل الفساد بالصحة

والحاصل ان الصحة معناه ترتب اثر الملك فى مقابل الباطل والباطل هو الذى لا يترتب عليه الملك فللمعنى لصحة العقد من حيث انه عقد بل لا يطلق عليه العقد الاعلى القول بان الفاظ المعاملات موضوعة للاعم من الصحيح والفاقد فيصح حينئذ اطلاق العقد عليه ولو كان باطلا وهو كما ترى ومن جميع ما ذكرنا

ظهر عدم تمامية قوله في المختلف فان الهبة بنفسها لا ينقل الملك بل مع القبض الخ وان كان في مقام الجواب عن كون القبض شرطاً للصحة لكن العقد اى الايجاب والقبول الدالين على مضمونهما في الخارج كيف لا ينقل الملك بنفسهما الا اذا كان الموجب في مقام المزاح واللهو والافقوله وهبتك بمنزلة قوله ملكتك الى ان قال وعلى كل حال فكلام القائلين بكونه شرطاً للزوم غير منقح ، وخصوصاً بعد ما ستعرفه من الاجماع على جواز الهبة بعد القبض أيضاً الا في مواضع خاصة الى ان قال :

اللهم الا أن يقال كما ستعرف فيما يأتي أن المراد بجواز الرجوع بالهبة ما لا ينافي للزوم ، باعتبار عدم كونه فسخاً لعقد الهبة ، وانما هو ناقل للملك من المتهب ، وحينئذ يكون العقد لازماً بالقبض ، بمعنى عدم جواز فسخه ، وان جاز الرجوع بالهبة . بخلاف ما قبل القبض فان له فسخ العقد . وعليه ينطبق حينئذ ما في بعض النصوص من أن له الخيار ما لم يقبض فانه لا خيار له في نفس العقد بعد القبض .

ولكنه أيضاً مناف لظاهر ما تسمعه منهم من كون الرجوع بالهبة بعد القبض فسخاً لعقدها الى ان قال كل ذلك مضافاً الى دلالة النصوص على المشهور أيضاً كخبر ابي بصير المنجبر بما عرفت عن ابي عبدالله عليه السلام الهبة لا تكون أبداً هبة حتى يقبضها والصدقة جائزة عليه ، فان نفى الصحة أقرب من غيره الى نفى الماهية وموثق داود الهبة والمنحلة ما لم تقبض حتى يموت صاحبها قال : هو ميراث ، فان كانت لصبي في حجره أو أشهد عليه فهو جائز ، فان الظاهر منه بقاؤها على الملكية ، ولذا كان ميراثاً ، لأنه كان عقداً جائزاً انفسخ بالموت وصار ميراثاً ، كما التزم به القاضل في المختلف فانه وان كان محتملاً الا انه مخالف للظاهر . ولاداعي له لما ستعرف من عدم المعارض المقتضى لارتكاب خلاف الظاهر انتهى .

وفى كلامه مواقع للنظر الاول قوله فكلام القائلين بكونه شرطاً للزوم غير منقح الخ ولا يخفى ان عدم التنقيح بالقول الاول ايضا كان فان جواز الرجوع بمقتضى الاخبار يكون على القولين ايضا .

فاذا صار العقد صحيحاً بالقبض يلزم لامحالة وبعد اللزوم لامعنى للرجوع اللهم الا ان يكون مراد القائلين بكون القبض شرطاً للصحة هو مجرد الصحة بدون اللزوم بمعنى ان الهبة بعد العقد فلا اثر فاذا قبضت صحت لكن جوازاً كما صرح به الخوالف اى وهو وان اندفع به اشكال جواز الرجوع الى الاجانب لزومه وعمدة اشكال يرد عليه انه لو كان القبض شرطاً للزوم لا يصح الرجوع بعد القبض الى الاجانب وهذا الاشكال وان لم يرد على القول بالصحة لكنه يرد عليه اعظم من ذلك احدها عدم الاحتياج الى اللزوم ثانيهما كون الهبة من العقود الجائزة ثالثها عدم كون الايجاب او القبول مفيداً للملك خامسها لزوم الدور كما سيأتى. الثاني قوله وخصوصاً بعد ما ستعرفه الخ ولا يخفى ان الاجماع على جواز الهبة بعد القبض لو ثبت لزم كون الهبة من العقود الجائزة وحينئذ وان ارتفع اشكال الرجوع مع القبض ولكن جواز عقد الهبة على خلاف مذهبه كما سيأتى وخلاف اكثر اخبار الباب وان يظهر من المصنف وان ذهب اليه السيد المرتضى لكنه لا يعتقد بحجية الاخبار الاحاد ومع قطع النظر عن فساد هذا المذهب كانت المعارضة ثابتة فلا بد من الاصلاح .

والحاصل لوقام الاجماع على الجواز بعد القبض ايضا فلا تأثير للقبض اصلاً فان قلت لا تأثير له فى اللزوم بل به يصح العقد جائزاً . قلت الصحة وحصول الملكية بالعقد لا بالقبض وبالعقد يحصل الملك جوازاً فلا احتياج بالقبض بل هو وظيفة المالك قبضه حتى يصدق الوفاء بالعقد لانه شرط ثم ان قوله خصوصاً بعد ما ستعرفه من الاجماع على جواز الهبة بعد القبض هل يكون المراد به نفس الاجماع على كون القبض شرطاً للصحة فهو مجرد تغيير

العبارة اذ لازم كون الاجماع على جواز الهبة بعد القبض ان القبض ليس شرطاً للزوم وهو عبارة اخرى عن كونه شرطاً للصحة فمضافاً الى ان يرد عليه كل ما يرد على الاجماع على الصحة يعارضه الاجماع على كونه شرطاً للزوم و كيف كان فيرد عليه لغوية الايجاب و القبول و القاء الروايات وقد عرفت بعضها و ستعرف بعضها الاخر .

فالظاهر ان الهبة بالقبض تلزم الا للاقارب فانها تلزم بدون القبض والجواب عن لغوية الايجاب والقبول و كون المؤثر هو القبض كما ترى وعن كون الهبة بعد القبض جائزاً ايضاً كذلك لان روايات اللزوم بالقبض مما عليه العمل بل الاجماع على القول الثانى وسيأتى بعض الكلام فى جوازه بعد القبض .

الثالث قوله الا ان يقال الخ اراد بذلك دفع الاشكال عن قول الثانى بحيث لا ينافى لزوم العقد الحاصل بالقبض مع جواز الرجوع بما حاصله ان القبض شرط لزوم الهبة لا العقد فالعقد بحاله على الجواز بدون القبض وبعد القبض صارت الهبة لازمة وحيث كان العقد بحاله على الجواز صح الرجوع اليه فلزوم الهبة بالقبض لا ينافى جواز العقد هذا .

ولا يخفى ان لزوم الهبة بالقبض معناه عدم جواز الرجوع فمع عدم جواز الرجوع لا يبقى العقد بحاله من الجواز اذا اللزوم معناه عدم جواز الرجوع فكيف يكون العقد جائزاً .

والحاصل لزوم الهبة بعد القبض مع جواز العقد متنافيان ولا ينحل به الاشكال الا بعدم جواز الرجوع بعد القبض .

الرابع قوله عليه ينطبق حينئذ مافى بعض النصوص الخ ولا يخفى ان الخيار فى بعض الاخبار وهو خبر ابن عيسى العبيدى المتقدم آنفاً لاجل انه قبل القبض و قد عرفت انه جائز فالواهب بالخيار فى الرجوع وعدمه .

الخامس قوله مضافاً الى دلالة النصوص على المشهور ايضاً كخبر ابي بصير الخ

[فيه] ان دلالة على كونه شرطاً للزوم اظهر واصح فانه ما لم يقبض كانت في معرض الزوال بالرغوع لجوازها وعدم استقرارها حينئذ بالقبض تكون هبة مستقرة فالمراد لا يكون الهبة هبة حتى يكون متصفة بصفة الاستقرار دون التزلزل الذي هو في معرض الزوال .

فان قلت نفى الصحة ادلى من نفى الحقيقة .

قلت ادلويته هذا التركيب في نفى غير الحقيقة وان كان مسلماً لكن نفى غير الحقيقة ليس منحصراً في الصحة بل نفى للزوم واذالم يرد نفى الحقيقة يكون المراد نفى للزوم وان الهبة الغير المستقرة ليست بهبة حتى يقبضها فان القبض موجب للزوم فان قلت لم لم يجعل نفى الصحة الا بالقبض .

قلت نفى الصحة مستلزم لكون العقد باطلاً وبلا اثر وهو محال فلا جرم بالعقد مؤثرة وصحيحة فلا يصح نفى الصحة وما يكون قابلاً للنفي هو للزوم .

السادس قوله وموثقة داود الخ فانها المشتملة على ان الهبة الغير المقبوضة ميراث وفيه ان الغير المقبوضة غير لازم في زمان حياة الواهب فينتقل الى الوارث جائزة وغير مستقرة فيكون ادنأ لهم لعدم خروجها عما ترك المتوفى فالبقاء على الملكية لذلك لعدم الصحة المستلزمة للغوية الايجاب والقبول كيف وقد اعترف قده بان هذا الذي ذكرناه التزم به الفاضل في المختلف كما عرفت عبارته وليس ذلك مخالفاً للظاهر هو القول بكون القبض للصحة بل لو كان المؤثر في الملكية هو القبض لزم لغوية الايجاب والقبول .

وهو خلاف جميع العقود فلو لم يكن مؤثراً في الملكية يوجب القبض على الباطل كيف وهو قبض للملكية فلو لم يحصل الملك بالمقدف أي شيء يقبض فالقبض يتوقف على ثبوت الملكية فلو كانت حاصلة من القبض لزم الدور فالقبض يتوقف على الملكية وهي تتوقف على القبض وهذا الدليل بوحدته كاف في بطلان القول بكون القبض شرطاً للصحة فان المفروض عنده انه بدون القبض لا تصح الهبة أي تبطل ومعنى البطلان عدم الملك فالملكية انما هي بالقبض والفرض ان القبض

ليس الاعن الملكية فلائمة فى مبالغة الاصحاب كما فى مفتاح الكرامة والرياض
وجده فى كون القبض شرطاً للصحة .

السابع - قوله وبذلك يظهر وجه الدلالة أيضاً فى مرسل أبان عن الصادق
عليه السلام أيضاً والنحلة والهبة مالم تقبض حتى يموت صاحبها ، قال : هى بمنزلة الميراث
وفيه انه كالسابق ، فى دلالة على كون القبض شرطاً للزوم وانه لو لم يقبض فمات
الواهب كان جائزاً فيكون اختيار المال للوارث ولذا قال بمنزلة الميراث اى كان
لهم ارثا او اجازة و من جميع ما ذكرنا ظهر فساد عبارة المختلف الهبة بنفسه
لا ينقل الملك بل مع القبض كما ظهر فساد توجيه صاحب الجواهر فالقول بعدم
حصول الملك ساقط و لو كان اجماعيا مع عدم تحققه و الحق هو قول صاحب
المفاتيح وشارحه الوحيد وه والعلامة وغيرهم من اصحاب القول الثانى وعمدة
ما يدل على حصول الملكية هو الاجماع الواقع على ان الايجاب والقبول للارث
الحاصل من العقد فى كل مقام فلا تعقل وقوع لعقد المركب من الايجاب والقبول
من دون ان يتحقق ما افاد منه بل لعله عجيب بان يقول الواهب وهبتك والمتهب
يقول قبلت ومع ذلك لا يحصل الملكية مالم يحصل القبض فان قواهما حينئذ لقلقة
اللسان كمن يقول فى مقام العيب والهوبعتك او وهبتك فالظاهر ان هذا القول اسوء
الاقوال و ان كان اجماعيا بل يمكن استفادة الملك من كثير من الاخبار
بمجرد الايجاب فكيف يصح القول بعدم مع انهوية كون القبض موجبا دماً نراً
فان القبض فرع الملك ومتوقف عليه فلو كان الملكية متوقفة على القبض يدور .
ويدل على الملك خبر عبد الحميد انت بالخيار فى الهبة ما دامت فى يدك
فلو لم يكن ملكا للمتهب لما صح القول بالخيار بل يقول ان الهبة المتحققة بدون
القبض لا يتحقق به الملك فهى لنفسك فلا محالة كان المقصود الملكية الحاصلة
بالقول او بالفعل وما لم يقبض كان مختاراً فى ردها .

ومثل رواية ابي بصير المتقدمة آنفا الهبة جائزة قبضت اولم يقبض فاطلاق الهبة
على غير المقبوض ليس الامن حيث حصول الملك بدون القبض ويدل على الملك

ما رواه في الكافي عن محمد بن عيسى العبيدي قال : كتبت الى علي بن محمد
القيشاني رجلا جعل لك جعلني الله فداك شيئا من ماله ثم احتاج اليه أياخذه لنفسه
 أو يبعث به اليك ؟ قال : هو بالخيار في ذلك ما لم يخرج عن يده ، ولو وصل
 الينا لرأينا أن نواسيه وقد احتاج اليه ، ولا يخفى صراحتي في حصول الملك وان
 الملك الحاصل بعقد الهبة ما دام لم يخرج الى المتهب لم يلزم عليك الاخراج .
 والمسألة في غاية الاشكال واشكاله يوجب ان تطول قال في المسالك بعد
 عبادة المصنف ولا حكم للهبة ما لم يقبض قال لاختلاف بين الاصحاب في ان
 القبض شرط في الهبة في الجملة ولكن اختلفوا في انه هل هو شرط لصحتها
 او للزومها فمعظم المتأخرين على الاول وهو مقتضى ظاهر كلام المصنف فان
 الحكم بنفي الهبة بدونه يقتضى رفع جميع الاحكام لانه وقع نكرة منفية وذلك
 يقتضى عدم انعقادها بدونه اصلا .

واستدلوا عليه باصالة بقاء الملك على مالكة وعدم تأثير العقد في مقتضاه
 خرج منه ما بعد القبض بالاجماع فيبقى الباقي لقول الصادق في رواية ابي بصير الهبة
 لا يكون ابدأ هبة حتى يقبضها وقوله **علي** في النحل والهبة ما لم يقبض حتى يموت
 صاحبها اقول ومعناه عدم كون الهبة موجبا للملك .

ولقائل ان يقول ما الفرق بين ملكتك في مقام البيع وبينه في مقام الهبة
 والانصاف انه لعجيب اذ بعد تمامية الايجاب والقبول وتحقق العقد اللازم الوفاء
 لامحل لاصالة بقاء ملك الواهب مع كونه تقدما للاصل العملي على الاصل اللفظي
 وهي في طول الادلة اللفظية لزعم عدم تأثير العقد مع عدم الفرق بين قوله وهبتك
 وبين قوله بعتك في كونهما مصداقين لعموم الوفاء فما هو وجه عدم التأثير هنا
 دون هناك ولذا ردهم الآخرون بانه عقد يقتضى التمليك ولا يشترط في صحته
 القبض كما لا يشترط في غيره ومن آتفا احتمال عدم اشتراط القبض اصلا بل هو
 داخل في مفهوم وهبتك فاذا قال وهبتك يجب الوفاء بالاية اى بالدفع والقبض
 كما هو كذلك في قوله بعتك واما رواية ابي بصير وقد مر جوابه آتفا والروايتان

تدلان على الملك الغير اللازم قبل القبض ولذا استدلوا بهما للملك .
 ثم قال وذهب جماعة منهم ابو الصلاح والعلامة في المختلف ونقله ابن ادريس
 ره عن المعظم مع اختياره الاول الى الثاني واستدلوا عليه بانه عقد يقتضى التمليك
 فلا يشترط في صحته القبض كغيره من العقود ولعموم الامر بالوفاء بها المقتضى
 له ولانه تبرع كالوصية فلا يعتبر فيه ايضاً ولصحيحة ابي بصير عن ابي عبدالله عليه السلام
 قال الهبة جائزة قبضت اولم تقبض قسمت او لم تقسم والنحل لا يجوز حتى يقبض
 وانما اراد الناس ذلك فاخطأوا .

ولقد اجاد هؤلاء كما عرفت منا مكررا وفي سابق الايام في سائر المجلدات
 فالايجاب في كل عقد سببا لحصول مضمونه في الخارج بمجرد الانشاء والا كان لغواً
 ولقلقة اللسان وبعد الايجاب كان عليه العمل بمقتضى العقد واجبا في المقد الواجب
 وندبا في الجائز ولولا بعض الاخبار الدالة على اللزوم لقلنا بكون العقد جائزا
 من دون وجوب القبض فانه فرع تحقق الملك الحاصل من العقد ولكن القبض
 في الهبة شرط للصحة او اللزوم بالاجماع فان كان للصحة معناه جوازه بعد القبض
 وان كان للزوم معناه اللزوم بعده وحيث كانت الهبة من العقود اللازمة بمقتضى
 الاخبار الذي عليه العمل فلامحالة كان القبض لازما في الهبة وان كان المعظم
 على الصحة كالمصنف والشهيد وغيرهما فالعقد عندهم جائز خلافا للعلامة في
 المختلف والتذكرة وغيره فان القبض عندهم للزوم فيكون من العقود اللازمة
 بعد القبض وقبله كان واهب مختارا وبعده يجب عليه الرد الى المتهب اخراجا لها
 عن النزول فلنا اختيار القول الثاني وهو كون العقد لازما وازومه بالقبض .
 ولذا قال في الجواهر في غير المقام بان القول بان الهبة من العقود اللازمة ولو كان
 قد طرء عليه الجواز اولي من القول بانها من العقود الجائزة وان طرء عليه الوجوب .
 وكيف كان فالقبض للزوم فكونه للصحة المستلزمة لعدم تأثير الايجاب
 والقبول مما يضحك به الشكلى ثم قال في مقام جوابهم عن ادله القائلين بكون

القبض للصحة بما هو لفظه .

«واجابوا عن الاول بارتفاع الاصل بطر والسبب الناقل وعموم الامر بالوفاء بالعقد بمنع عدم تأثيره بل يقتضيه مطلقا والرواية الادلى لا يجوز حملها على ظاهرها للتناقض بل المراد ان الهبة لانكون هبة لازمة مالم تقبض وهو اولى من اضرار الصحة فان ما ليس بصحيح كالمعدوم والثانية ضعيفة السند مرسله» .
قوله للتناقض لان قوله القبض الهبة لانكون ابدأ هبة حتى يقبضها مع انه قبل القبض ايضا هبة والازم عدم كون العقد مؤثراً في الملكية فقبل القبض هبة غير لازمة وبنفي الهبة عنه لزم التناقض .

ثم انه بعد جميع ما ذكره مال الى قول المصنف والقائلين بكون القبض شرطاً للصحة بما كان نقلها تضييع للموقت ثم قال وفي كرة اتفق ما هو اعجب مما في شيء فانه قال الهبة والهبة لا يملكها المتهب والمهدى اليه والمتصدق عليه بنفس الايجاب والقبول اذا كان عيناً بالقبض وبدونه لا يحصل الملك عند علمائنا اجمع وهذا ظاهر في دعوى الاجماع على ان القبض شرط الصحة اجماعاً وهو يؤيد ما في الدروس وينافي ما في المختلف انتهى .

وليت شعري ما اراد من العلماء وهل القائلين بحصول الملك مثل الوحيد واكثر الفحول ليسوا بعلماء اوليس الاجماع عنده اتفاق الكل او كان عنده مدرك الحجية هو الدخول وهو لاء معلومى الانساب او اجماعهم عنده باطل تأمل في جميع ذلك وفي جامع المقاصد بعد قوله : [وهو شرط في صحة الهبة] قال ما لفظه لا ينافي عد القبض شرطاً للصحة على ما سبق من أنه ركن لها ، اذ لا امتناع في أن يكون جزأً لسبب وشرطاً لترتب أثره عليه ، واعلم أن هذا هو المعروف من مذهب الاصحاب .

وحكى الشيخ في المبسوط خلافاً ان الملك هل يحصل من حين القبض أو من حين العقد ، فيكون القبض كاشفاً؟ وصح الاول ، ولا ريب في ضعف

الثانى لاصالة بقاء الملك على مالكة الى أن يحصل السبب الناقل ، وتظهر الفائدة فى النماء انتهى .

ولا يخفى ما فيه ويرد عليه اولا استحالة كون الشئ بوحده جزءاً وشرطاً وليس مثل شخص موجبا وقابلا بوحده باعتبارين فالشئ فى الواقع اما جزء لشئ او شرط فان كان له دخل فى حقيقة الشئ ، بحيث لولاه لم يتحقق فلا بد وان يكون جزء وان كان تم به الماهية ولكن لا يجىء بما هو مطلوب للمولى كان شرطاً كالصلاة فى غير حال الطهارة او القبلة .

بداهة ان حقيقة الصلانية حاصلة وتم اجزائها لكنه ليست مطلوبة للشرع فان الصلاة المطلوبة هى التى مع الطهارة والقبلة واما كون شئ جزءاً بلحاظ وشرطاً بلحاظ فى حالة واحدة فهو كما ترى مستلزم لانقلاب الماهية و تبديل الشئ عن حقيقة بحقيقة اخرى وثانيا ان ذلك فرع صحة وقوعه جزءاً والمدعى ان الجزء ليس الا احد من الايجاب والقبول واما القبض فليس داخلا فى اجزاء العلة لتحققها بدونه فهو شرط لاغير والالزم تقدمه على نفسه .

وبالجملة فى الاجزاء والشرائط لافرق بين العقلى والشرعى وفى العقلى اما ان يكون الشئ داخلا فى الاجزاء اولا فالعقلى لا يخلو عما كان وكذا الشرط وكذا فى الشرع وثانيا هو قد مضافا الى جعل القبض جزء العلة اى جزء المؤثر جعله شرطاً للصحة ايضا وقد عرفت فساد كونه شرطاً للصحة بما لا يزيد عليه فلا يكون جزءاً بطريق اولى .

فان الايجاب بقوله وهبتك لا بد وان يكون مدلوله متحققا فى الخارج فان الواهب انشاء الملكية فى الخارج بهذا اللفظ فاذا كان له جزء او شرط لا يتحقق شئ فى الخارج الامع جزؤه او شرطه معه ولا يتحقق العلة مالم يتحقق جزءها او شرطها الآخر فلا ينشأ الملكية فى الخارج بدون احدهما لانه معلق على تحقق جزؤه او شرطه فلا يترتب به القبول ايضا وهذا الاشكال جار فى الفضولى ايضا اذ

قبل اجازة المالك كيف يصح القبول وليس القبول الا واقعا على الايجاب الصحيح وهو معلق بحصول الاجازة مع ان الكشف فيه خلاف ولا معنى لكون الاجازة كاشفا عن حصول الملك من حين الانشاء قبل حصول شرطه فالاولى هناك النقل ويتحقق الملكية من حين الاجازة .

و كيف كان ففي المقام لا يكون السبب الاتاما غير مشروط بشيء اصلا فلو كان للمقبض مدخلية في حصول الملك لزم الدور كما عرفت .

هذا حال الروايات وحال الاقوال وقد الجئهم رض بهذه الكلمات بعضها مقابل البعض وثمرتها في غاية الاختلاف وليس لهم مناص من ذلك وكلهم في حال كونهم مخطئين كانوا مثيبين عند الله فانهم قد اتوا بوظائفهم الشرعية وكان لهم عند الله اجر اجتهادهم والله درهم حيث ان كلما وصلنا من هذه المحذورات كان منشأه ظلم الظالمين .

فلو صح لنا القول بجواز الهبة رأساً فارتفع الاشكال كما في بعض الاخبار فيجوز الرجوع اليها ما دامت العين قائمة بعينها وعدم جواز الرجوع الى ذوى قرابتهم قد خرج بالدليل ولعله يستفاد من بعضها فلو قلنا بلزومها بعد الايجاب والقبول كما في قوله عليه السلام من رجع في هبته كالراجع في قيمه يلزم عدم جواز الرجوع الا الى المحارم والمسألة من حيث الاخبار في غاية الاختلاف .

والظاهر لزوم الاعراض عن الروايات المخالفة للمشهور كما في مفتاح الكرامة وصاحب الجواهر او حملها على التقية ولو سلم ذلك فالمشهور ايضا على القولين احدهما كون القبض شرطا للصحة والثاني شرطاً للزوم كما عرفت الثاني من المفاتيح وشارحه في قوله القبض شرط في لزوم الهبة بالنص والاجماع الخ فراجع والمسلم الذي لا ريب فيه كون الايجاب والقبول مفيدين للملك فالقبض حينئذ شرط للزوم .

فلو كان القبض جزءاً تأثير للملك فكيف يكون شرطاً للصحة وهل يكون

الشيء بوحدته جزءاً او شرطاً .

اللهم الا ان يقال القبض لا يكون لاشرط للصحة ولاللزوم بل هو من لوازم العقد والوفاء به واجبا فى الواجب وجائزا فى الجائز كما فى سائر العقود مثل البيع والاجازة وسائر العقود فهو امر لازم على المالك الوفاء به وجوباً او ندباً بل هو لازم المعاملة بل قوام كل المعاملات بالقبض بعدها فيخرج عن الشرائط بعد وقوع المعاملة الواقعة صحيحة ولا يصح ان يقال بان من شرط البيع او الاجارة هو وجوب القبض فانه لازم فى قوله ملكتك او آجرتك وانما يقولون من شرط البيع والاجازة ونحوهما القدرة على التسليم فيقال فى المقام كذلك لكنه قول ثالث يرد بالاجماع المركب ويضعف ايضاً بانه ظاهر صحيح ابي بصير الهبة جائزة قبضت اولم يقبض فلو بنى على العمل به لصح ذلك ويستحب القبض فالمسألة من حيث الروايات مشكلة وقد اتعب الاصحاب فى مقام الجواب عنها مع كون عمدتها عندهم قولين شرط الصحة او اللزوم ولا يصح الالتزام بالاول لان لازمه عدم حصول الملك بالعقد وهو خلاف لحصول الملكية به قطعاً .

وقال العلامة فى المختلف الظاهر من كلام الشيخين رحمهما الله ان الاقباض شرط فى لزوم الهبة لافى صحتها وانما قادهما وبه قال ابن البراج وسائر وابن حمزة وابن ادريس وقال الشيخ فى الخلاف من وهب لغيره عبد الى ان قال :

وقال ابو الصلاح انه شرط الصحة ونقله ابن ادريس عن اكثر علمائنا والوجه الاول لنا انه عقد يقتضى التمليك فلا يشترط فى صحته القبض كغيره من العقود ولانه تبرع فلا يشترط فى صحته القبض كالوصية ولانه خارج عن مسمى الهبة ولهذا يبزاه الحالف بمجرد العقد ولما رواه ابو بصير فى الصحيح قال ابو عبد الله الهبة جائزة قبضت اولم يقبض قسمت اولم يقسم والنحل لا يجوز حتى يقبض وانما اراد الناس ذلك فاحطوا انتهى .

قوله شرط فى لزوم الهبة معناه بدون قبض جائز وقوله ^{القبض} الهبة جائزة

قبضته اولم تقبض ظاهر في افادة الملك قبل القبض والالم يصح عليها اطلاق الهبة فظاهرها انه بنفس العقد ولو بدون القبض يصدق عليها الهبة فلان محالة هي هبة صحيحة اذا الباطلة لم يكن هبة حتى يطلق عليه الهبة واجمالها لا يضرب بما هو المعلوم مؤيد بالمقل فان لكل معاملة سبب وعلة وهو الايجاب والقبول الدالان على مضمونهما المتحقق في الخارج بمجرد انشائه .

ثم ان المراد المجمعين على كون القبض شرطاً للصحة هو مجرد الصحة اي بالقبض يصح الملكية الجائزة ولو اغمض عن استلزامه لغوية الايجاب والقبول لزم منه كون الهبة من العقود الصحيحة الجائزة وحينئذ وان ارتفع به اشكال الرجوع بعد القبض لكنه على خلاف الروايات الدالة على حصول الملك وكون عقد الهبة من العقود اللازمة واما ان اريد بشرط القبض لزمه فاندفع به اشكال كون عقد الهبة من العقود اللازمة فان الظاهر من قوله تعالى افوا بالعقود هو الصحة لزوماً لكن بقي الاولين عدم مؤثرية الايجاب والقبول .

ومنه يظهر فساد ما افاد المحقق الخوانساري حيث ان ظاهر كلاماته كون القبض شرطاً للصحة المجردة عن اللزوم بزعم ان معنى كون القبض شرطاً للصحة هو مجرد الصحة دون اللزوم اي القبض يوجب الصحة جائزة قال في جامعه بما هو لفظه وأما لزوم القبض واشتراطه في صحة الهبة فهو المشهور المدعى عليه الاجماع وعن جماعة كونه شرطاً في اللزوم دون الصحة .

ويدل على اشتراطه في الصحة خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام الهبة لانكون أبدأ هبة حتى يقبضها والصدقة جائزة عليه، [اي بدون القبض فالقبض مختص بالهبة].

وموثقة داود بن الحصين عنه أيضاً والنحلة والهبة مالم تقبض حتى يموت صاحبها؟ قال عليه السلام : هي ميراث ، فان كان لصبي في حجره وأشهد عليه فهو جائز ، حيث ان نفى الصحة أقرب الى نفى الماهية من نفى اللزوم الى ان قال ووجه دلالة

الموثق المذکور أنه لو كانت الهبة صحيحة غير لازمة كان الوارث بالخيار ولم يتعين كون المال الموهوب ميراثاً انتهى .

مواضع الدلالة ثلاثة :

الاول قوله شرطا في الصحة دون اللزوم .

الثاني قوله نفى الصحة اقرب من نفى اللزوم يعنى هبة غير مقبوضة ليس بصحيح فنفي الصحة اقرب من نفى اللزوم .

الثالث قوله لو كانت الهبة صحيحة غير لازمة كان الوارث بالخيار محصله انه ^{بالتالي} حكم بكون الهبة بدون القبض ميراثا وهو فيما كانت الهبة غير صحيحة لاجل عدم القبض فانه حينئذ كان الهبة ميراثا كما كان قبل الهبة واما لو كانت صحيحة بدون القبض لكن لم يكن لازما كان الوارث بالخيار في دفع الهبة او جعلها لهم ميراثا فالاختيار ثابت لهم فيما كانت الهبة الغير المقبوضة صحيحة الا انه لاجل عدم لزومها لهم دفعها الى المتهب وعدمه .

و اما لو كانت باطلة كانت ميراثا هذا وان كان لا يخلو عن دقة لكنه ليس بحيث ينفي الصحة الجائزة عن اختيار الوارث اذ لقائل ان يقول حيث كانت غير لازمة يكون ميراثاً لاجل عدم لزوم الدفع الى المتهب لو ارادوا عدم الدفع ففي صورة عدم الصحة كان ميراثا قطعاً لانفساخ العقد واما لو قلنا بصحة الهبة ففي هذه الصورة لم تنفسخ الهبة بل كان ميراثا مختاراً فلا ينافيه تعين الميراثية بعد كون الاختيار بيد الوارث .

وفي بعض الاخبار مادام في يدك لك الخيار ولا يصح ان يقال مادام الهبة الباطلة بيدك ويؤيده التعبير بكونه بمنزلة الميراث لاميراثا قطعاً كما في خبر ابان ومعنى كونه بمنزلة الميراث عدم التعيين للميراثية وانما يكون لو اختاروا عدم الدفع الى المتهب .

والحاصل لو قلنا بكون القبض شرطا للصحة وبدونه بطلت الهبة فبعدموت الواهب وقبل قبضه انفسخ عقد الهبة وكان للوارث معينة واما لو قلنا بصحة الهبة

بالعقد جواز انتقال بهذا النحو الى الورثة كما انتقل الملك الى الورثة في زمن الخيار فكما اذا باع الحيوان ومات المشتري في اثناء ثلاثة ايام انتقل الملك الخيارى الى الورثة فلهم الاخذ والرد كما يكون لهم عدم العمل بالخيار فكذلك في المقام فمعنى كونه بمنزلة ان اختيار جعله ميراثا بيد الوارث فلا يستقيم ما افاده قده فالاجماع على عدم الصحة الا بالقبض الموجبة لكون العقد كالعقد وجعل كون القبض مؤثراً في الانتقال مما يستحيل الالتزام به فضلاً عن جعل الثمرة كون النماآت قبل القبض للواهب لعدم حصول الملكية ولذا جعل الوحيد ره . زعم الشهيد في الدروس بان مراد القائلين باللزوم هو الصحة خطأ فقال وان اخطاء في هذا الزعم فلا يتأثر فيه الايجاب والقبول الا بعد القبض ويكون وجودهما قبل القبض كعدمهما فنماء الموهوب وسائر متعلقاته المتخللة بين العقد والقبض يكون للواهب ولومات الواهب قبل الاقباض بطل الهبة وليس خيار فيه الا بعقد جديد النخ .

والانصاف ان مثل ذلك لا يمكن الالتزام به اصلاً لكن الانصاف ان المسألة مشكلة لاختلاف الاخبار بنحو التعارض الذي لا يمكن الجمع بينها وتوهم امكانه في غير محله وما ذكر من كون القبض للصحة فيكون مشهوراً لا يمكن الالتزام به لامن الاخبار ولو سلم وجوده ولا من غيره .

وكيف يجمع بين ما رواه عن المعلى بن خنيس قال سألت ابا عبدالله عليه السلام هل لأحد أن يرجع في صدقته أو هبته قال : أما ما تصدق به لله فلا واما الهبة و النحل يرجع فيها حازها او لم يحزها وان كانت لذى قرابة النخ وبين ما في الموثق عن داود بن الحصين عن أبي عبدالله عليه السلام قال الهبة والنحلة مالم تقبض حتى يموت صاحبها ؟ قال هي ميراث .

وما رواه في الكافي عن معاوية بن عمار في الصحيح قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل الدراهم فيهبها له أنه أن يرجع فيها ؟ قال

لاذ وغيرها مما يكون نقلها تكراراً فالروايات متعارضة فى لزوم الهبة ولو بالقبض وجوازها وظاهر بعضها ان الهبة جائزة دائما اقبض اولاً و بعضها ظاهرة فى لزومها بعد القبض ولا يصلح للمقام التمسك بالروايات لعدم خلو كل من القولين عن المعارض .

وقد نقلها فى الحدائق الى قريب من السادس والعشرين ولا يمكن استفادة المحكم منها الا بالطرح والجمع فالتمسك بصحيح ابي بصير مع اجمال المراد ظاهرة فى جواز الهبة مطلقاً ولا ينفع لما فى المقام من ان القبض شرط للصحة او اللزوم لصراحتها فى الجواز قبضت او لم تقبض مع ان الاجماع واقع على اللزوم والصحة بعد القبض . والعجب من الذين لا يرون المعارضة بينها كما حكاه عنه فى الحدائق قال فيها واعترضه فى المسالك قال : وفيه نظر ، لمنع تعارض الروايات على ما قد سمعت ، فان الجمع بينهما ممكن . واردة جميع الاصحاب من اللزوم والصحة غير واضح فان العلامة فى المختلف نقل القولين واحتج لهما ، ثم اختار الثانى فكيف يحمل على الاخر .

نعم كلام الشيخ الذى نقله متناقض ، وليس حجة على النافين فان الخلاف متحقق انتهى فالمعارضة بلا كلام فيها و ظاهر بعضها لا يجوز الرجوع بعد القبض كما مر آنفاً فى خبر معاوية بن عمار و ظاهر بعضها الرجوع بعده للاقارب ايضاً وبعضها فيما بقيت العين بحالها وبعضها يجوز الرجوع بعد القبض مطلقاً فى الاقارب وغيره فى الزوجة والاولاد وغيرهما مع ان اللزوم لامتنى للرجوع كما ذكره فى الحدائق وذ كر عدم تنبه احد الى هذا الاشكال .

وقد الهمنى ربي بهذا الاشكال وكنت فى مقام الاصلاح قبل مرورى بعبارةه وقل "مسألة كانت مورداً للاختلاف بمثل الهبة وكيف يمكن دعوى الاجماع بمثل ذلك مع ان حجبية الاجماع لاجل الكشف عن قول المعصوم وليس فى البين اجماع يظهر منه ذلك .

ولكنى بحمد الله قد ظهر لى وجه اشكال القوم وانه مع اللزوم بالقبض كيف يرجع الى الاجانب وجه الظهور عدم جواز الرجوع رأساً بعد القبض فان الفرض انه يلزم الهبة حينئذ وانما يجوز الرجوع قبل القبض والفرق بين الاقارب والاجانب انه فى الاول بمجرد الهبة يلزم وبدون القبض ولا يصح المنع عنهم وفى الثانى بعد القبض فانتظره فى مسألة التصرف فى العين الموهوبة ﴿ولو أقر﴾ الواهب ﴿بالهبة والاقباض حكم عليه باقراره﴾ لعموم اقرار العقلاء، ﴿ولو كانت فى يد الواهب﴾ لعدم المنافاة بعد جواز اقباضه اياها ثم ردها اليه الامع العلم بكذبه ﴿ولو أنكر بعد ذلك لم يقبل﴾ .

وفى الجواهر بلاشكال ولاخلاف بل ليس له اليمين على الموهوب ، لان الفرض ثبوت الهبة والاقباض شرعاً .

﴿ولومات الواهب﴾ أو الموهوب ﴿بعد العقد وقبل القبض كانت ميراثاً﴾ مختاراً من الورثة لعدم كونه لازماً والميراث القطعى اذا لم يجز الوارث لان المال انتقل اليهم جائزاً نعم على مذهب الباطل و هو كون الهبة قبل القبض باطلاً وبالقبض يصح كان بعد موت الواهب وقبل القبض منفسخاً قطعاً ويكون ميراثاً .

وقد عرفت الكلام فى البطلان قال فى المختلف اذا مات الواهب قبل الاقباض قال الشيخ فى المبسوط لا يبطل الهبة وقام الوارث مقامه كالبيع فى مدة الخيار من حيث ان الهبة قد يؤل الى اللزوم فلا ينفسخ بالموت كبيع الخيار وتبعه ابن البراج على ذلك مع انه قال فى هبة ذى الرحم اذا مات قبل قبضها كانت ميراثاً والاقرب البطلان لنا انه عقد جائز قبل القبض فانفسخ بالموت كالوكالة والشركة و ما رواه داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام قال الهبة والنحلة ما لم يقبض حتى يموت صاحبها قال هو ميراث و الفرق ظاهر بينه وبين بيع الخيار لانه نوع معاضة بخلاف الهبة خصوصاً والشيخ رحمه الله ذكر خلافاً

في المبسوط ان الملك هل يحصل من حين القبض او من حين العقد ويكون القبض كاشفا واختار الاول وجعله الصحيح عنده انتهى .

اقول صريح الشيخ عدم البطلان بل كان للوارث الخيار خلافا للعلامة وثانيي الشهيدين فابطلاه من حيث ان العقد الجائز قبل القبض بالموت يفسخ والحق مع الشيخ لعدم الفرق في ذلك بين المعاوضة والهبة لان المعيار انتقال المال الى الوارث متزلا لا فيكون الامر اليه فاذا اشترى حيوانا اشتراه متزلا الى ثلاثة ايام فاذا مات في اثنائها انتقل الى الوارث بمثل ما اشتراه .

وبالجمله لا وجه لانفساخ العقد بموت الواهب فان الملكية حاصلة متزلة فكما يرث الوارث اموال المستقرة فكذلك يرث الاموال المتزلة فالموهوب منها وقديرته بنحو التزلة فيكون امر الرد والابقاء بيده كما في ايام الخيار فلا يفسخ العقد فبعد حصول الملكية لا وجه لزدائها خصوصا فيما بلغ قيمته في اعلاها و الحاصل لا وجه للبطلان فانه عقد يؤل الى اللزوم والنقض بكلام الشيخ بالمناقضة لكلامه هنا لا يوجب وهن بكلامه في المقام فانه يتم فتدبر .

﴿ ويشترط في صحة القبض ﴾ الذي هو شرط في صحة الهبة او اللزوم ﴿ اذن الواهب ﴾ كما في غيره مما اعتبر فيه القبض بلا خلاف لوضوح ان القبض بدون الاذن بمنزلة عدم القبض الا اذا اجاز الواهب بعد اذن الغير فيصل الملكية من حين الاجازة .

وحينئذ ﴿ فلو قبض الموهوب ﴾ له ﴿ من غير اذنه لم ينتقل الى الموهوب له ﴾ وفي الجواهر لعدم حصول الشرط الامع الاجازة بناء على جريانها في مثله ولا فرق في ذلك عندنا ﴿ ولو وهب ما هو في يد الموهوب له صح ، ولم يفتقر الى اذن الواهب في القبض ، ولا أن يمضي زمان يمكن فيه القبض ﴾ بلا خلاف أجدّه بين من تأخر عن المصنف ﴿ و ﴾ لاشكال لان القبض حاصل حينئذ جدا نعم ﴿ ربما صار الى ذلك بعض ﴾ من تقدمه من ﴿ الاصحاب ﴾ كالشيخ رحمه الله

ويهيى بن سعيد فاعتبرا الاذن فى القبض ، ولو من اقراره له ومضى زمان يمكن فيه القبض انتهى وهو فى غير محله لعدم الاحتياج الى ذلك اصلا .

﴿ وكذا ﴾ الحال ﴿ لو وهب الاب أو الجد للولد الصغير ﴾ ولو انشى ما هو فى يده و كان لنفسهما ﴿ ازم بالمقد ﴾ بلاخلاف ولذيل موثق داود المتقدم فان كانت لصبى فى حجره وأشهد عليه فهو جائز ، مضافاً الى فحوى ما تقدم فى الوقت من قوله وان كانوا صغاراً وقد شرط ولايتهم حتى يبلغوا فيجوزها لهم ، هذا مضافا الى ما ستعرف من عدم الاحتياج الى القبض بل بمجرد الهبة صارت لازمة وانما يحتاج الى القبض الاجانب .

والتعليل فى الصحيح الاخر « لان والده هو الذى يلى أمره ، وفى خبر على بن جعفر عليه السلام اذا كان أب تصدق على ولد صغير فانها جائزة ، لانه يقبض لولده اذا كان صغيراً ، وغير ذلك ﴿ لان قبض الولى قبض عنه ﴾ الذى يمكن ارادة بيان الوجه سقوط الشرط بذلك منه وهل يعم الولد ولد الولد صغيراً ذكوراً واناثاً . والظاهر يعم وهل يعم الاب والجدة اعلاهما والظاهر يعم ايضا مع صغر الولد و كان فى يده ما لنفسهما قال فى المختلف .

قال الشيخ فى الخلاف اذا وهب الوالد لولده وان علا الوالد والام لولدها وان علت وقبضوا كانوا كباراً وكانوا صغاراً لم يكن لهما الرجوع فيه وقال ابن ادريس الذى يقتضيه مذهبنا ان هبة الوالد يكون كما قال واما هبة الام للولد الكبير البالغ فاذا قبض فليس لها رجوع واما هبتها لولدها الصغير فلا بد من قبض وليه وهذا حق والظاهر ان مقصود الشيخ ذلك للعلم به فلماذا لم يفصل لظهوره وعدم خفائه انتهى .

ثم انه من جميع ذلك ظهر انه لا يجوز للواهب ابا كان او جدا وان عليا وكذا الام وان علت بيع ما فى يد الصغير بعد الهبة لحصول القبض ولانه للاب والجدة قبضه فيكون مالا للصغير وانما يصح لهما فيما لم يصدق القبض خلافاً للمختلف

قال فيه لو باع الواهب الهبة بعد الاقباض فيما يصح له الرجوع فيه قال الشيخ في المبسوط لا يصح البيع لانه صار ملكا لغيره والوجه عندي صحة البيع للاصل ويكون قد تضمن الرجوع والبيع انتهى .

والمسألة مشكلة من حيث ان مقتضى حصول الملكية عدم جواز البيع فيكون الحق مع الشيخ كيف وهو الاشكال الذي سود الاوراق الى هنا من غير ان يحصل لنا علم بذلك صحة وسقما اذ لو كانت الهبة من العقود الجائزة لصح للواهب الرجوع ولو بعد القبض كما هو ظاهر غير واحد من الاخبار المتروكة وبه قال السيد المرتضى ومن حيث كونها لازما بالقبض فلا يجوز الرجوع اليه والقول بطرح الروايات مشكلة .

وقد عرفت ان الجمع بينها لا يصح بحيث يطمئن النفس به فالتمسك بالاصل في غير محله بعد تحقق العقد الموجب لحصول الملك ولزومه القهرى ﴿ ولو وهبه غير الاب والجد سواء كان له ولاية اولم يكن ولا بد من القبض عنه ﴾ سواء كان له ولاية اولم تكن ، ﴿ ويتولى ذلك الولى او الحاكم ﴾ بلاخلاف ولا اشكال في ذلك وفي الحدائق ما نصه أنه لو كان الواهب للصغير غير الاب والجد له ، فانه لاخلاف في أنه لا بد من القبض عنه ، ويتولى ذلك الاب أو الجد أو الوصى أو الحاكم او من يعينه ، وانما الخلاف في أنه للصغير ولى شرعى غير الاب والجد كالوصى فهل يتولى القبض له ؟ أم يرجع الامر الى الحاكم ؟ الذى صرح به الشيخ في المبسوط وتبعه عليه جمع منهم المحقق فى الشرايع ، فانهم ألحقوا الوصى هنا بغير الولى من الاجانب ، واحتج فى المبسوط بأنه لا يصح أن يبيع من الصبى شيئاً او يشتري عنه ، قال : وينصب الحاكم أميناً يقبل منه هبته للصبى فاذا قبلها صحت الهبة .

قال فى المختلف بعد نقل ذلك عنه والوجه التسوية بينه وبين الاب لان له أن يقبل هبة غيره ، فكذلك يقبل هبة نفسه ، لعموم ولايته ، فلا وجه لاختصاصها

بغيره ، والجواب عما احتج به ، المنع من حكم الاصل ، فان له أن يبيع ويقبل
 الشراء وايضاً الفرق فان المعاوضة قد يحصل بها التغبان ، أما الهبة فانها عطية
 محضة ، فكانت المصلحة فيها ظاهرة ، انتهى وهو جيد انتهى وتام الكلام في محله
 ﴿وهبة المشاع جائزة﴾ وفي الجواهر قال عندنا بل عن الغنية ونهج الحق
 الاجماع عليه ، بل في جامع المقاصد لاختلاف بين أصحابنا في صحة هبة كلما
 صح بيعه من الاعيان سواء كان مشاعاً او مقسوماً من الشريك وغيره ، وعن التذكرة
 تصح هبة المشاع كما يصح بيعه على الحد الذي يجوز بيعه عند علمائنا أجمع ،
 وهو الحجة مضافاً الى العمومات ، وفحوى ما دل عليه من النصوص الكثيرة التي
 يمكن دعوى تواترها في الصدقة انتهى .

والظاهر لا اشكال في ذلك بل اذا جاز وقف المشاع فبطريق اولي يجوز
 بيعه لعدم تحقق اشكال اصلاً وكان قبل الهبة مالك المشاع هو الواهب مع
 غيره وبعدها صار المالك هو المتهب وغيره فلا يرى بأساً في ذلك .
 وخصوص موقوف أحمد بن عمر الحلبي «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دار لم
 تقسم فتصدق بعض أهل الدار بنصيبه من الدار ، قال : يجوز قلت : رأيت ان كان
 هبة قال يجوز» .

وصحيح أبي بصير المتقدم سابقاً ، بل قد يستفاد من المروى في طرق العامة
 فضلاً عن الخاصة كالنبوي «ذن وارجح» بناء على أن الراجح هبة مشاع .
 ﴿و﴾ كيف ما كان ﴿قبضه﴾ فهو ﴿كقبضه في البيع﴾ ضرورة اتحاد
 معناه مع البيع في ذلك ففي غير المنقول بالتخلية وفيه بالنقل اليه .
 ﴿ولو وهب لائنين شيئاً﴾ مثلاً ﴿فقبلاً وقبضاً ، ملك كل واحد منهما ما
 وهب له﴾ ولو مشاعاً لوجود المقتضى من العمومات وارتفاع المانع ﴿فان قبل
 أحدهما وقبض ، وامتنع الاخر ، صحت الهبة للقابض﴾ منهما لاجتماع شرائط
 صحتها فيه دون الاخر .

وفى الجواهر قال قلت : وعليه يجوز للواهب الرجوع بهبة أحدهما دون الآخر ، وكذا الحال فيما لو تعدد الواهب ، واتحد القابل انتهى ﴿ ويجوز تفضيل بعض الولد على بعض فى العطية على كراهية ﴾ .

وفى الجواهر قال بلا خلاف معتدبه أجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه كما فى الجواهر ويظهر من المحكى عن ابن الجنيد حرمة ذلك ولعل ما عن ابن الجنيد بعيد لعدم الدليل على الحرمة نعم يكره ذلك لعدم الفرق بين الاولاد الا اذا كان لمن وهب له مزية علما وعملا فلا بأس حينئذ لكن فى خبر أبى بصير عن الصادق عليه السلام (وقد سأله عن الرجل يخلص بعض ولده بالمطية قال : ان كان موسراً فنعم وان كان معسراً فلا ، ولا ينافيه ايضا لان الفقر من العرجات ﴿ واذا قبضت الهبة ﴾ بالاذن ﴿ فان كانت للابوين لم يكن للواهب الرجوع اجماعاً ﴾ .

وفى الجواهر قال محكياً مستقيماً أو متواتراً ومحصلاً فيعم الابوين اعلاهما ذكوراً واناثاً وهل يكون الحكم فى الاولاد كذلك فهبة الولد يعم ولد الولد ذكوراً واناثاً كما فى غيرهما فلا يجوز الرجوع فيها فالظاهر ان الحكم فى المقامين واحد بل عن التذكرة لافرق بين الولد وولد الوالد وان نزل الذكور والاناث عند علمائنا لاصالة اللزوم ، واطلاق ما دل من النصوص على عدم جواز الرجوع فى الهبة بعد القبض المقصر فى تقييدها على غير المقام وخصوص مامر من النصوص فى الاولاد الصغار هنا وفى الصدقة وغير ذلك انتهى ﴿ وكذا ﴾ لا يرجع ﴿ ان كان ﴾ الموهوب ﴿ ذارحم غيرهما ﴾ لكن ﴿ فيه خلاف ﴾ .

وفى الجواهر ما لفظه حتى فى الوالد فى الجملة وان حكى الاجماع عليه فى محكى كشف الرموز والمختلف والمهذب البارع وغاية المرام والدروس فى الصغار ، والمختلف فى هبة الاب ولده ، وظاهر الوسيلة والتذكرة انتهى .

وفى المسالك الظاهر ان الاتفاق حاصل فيه ، وعن التنقيح ، وظاهر جامع المقاصد انه لا خلاف فيه ، بل عن أبى انى سألت المصنف عن الاخلال بذكر

الاولاد مع ان الاجماع حاصل منهم أيضاً فقال كان زيغا من القلم ، لكن عن موضع من المبسوط يصح الرجوع ان وهب أولاده الكبار دون الصغار وبه جمع بين الاخبار في المحكى من موضع من التهذيب والاستبصار .

ألمهم الا أن يحمل ما في المبسوط على ما قبل القبض، وما في كتابي الاخبار على انه احتمال للمجمع لامذهب الى ان قال :

وأما باقى الارحام فالمشهور نقلاً وتحصيلاً انهم كذلك أيضاً، بل فى الرياض عليه عامة من تأخر ، بل قيل قد يظهر من التحرير الاجماع عليه ، بل عن الغنية دعواه صريحا وهو الحجة بعد ما سمعت . الى ان قال ايضا :

والمراد بالرحم فى هذا الباب وفى الصلة وغيرهما مطلق القريب المعروف بالنسب وان بعدت لحمته وجاز نكاحه ، وفى المسالك «انه موضع نص ووافق ، مضافاً الى آية «اولى الارحام» والصدق العرفى وغير ذلك ، فماعن بعضهم من اختصاصه بمن يحرم نكاحه شان محجوج بما عرفت والله العالم انتهى .

وليس فى المسألة كثير اشكال بعد عموم النص لكل ذى رحم مثل مارواه ابن مسلم فى الصحيح عن ابي جعفر عليه السلام «الهبة والنحلة يرجع فيها صاحبها ان شاء حيزت أولم تحز الا لذى رحم ، فانه لا يرجع فيها .»

وصحيح عبدالرحمان بن أبى عبدالله وعبدالله بن سليمان «قالا سألتنا أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يهب الهبة أيرجع فيها ان شاء أم لا ؟ فقال : تجوز الهبة لذوى القرابة والذى يثاب عن هبته ، ويرجع فى غير ذلك .»

وظهورهما فى العموم لذوى القرابة من غير اختصاص بالمحارم واضح فقط فلا يجوز الرجوع اليهم بعد الهبة خلافاً للمحكى عن أبى على وموضع من السرائر وما سمعته من علم الهدى فجوزا الرجوع فيها ولعل الوجه فى الجواز عندهم جعل العقد من العقود الجائزة كما هو صريح الصحيحين وقد مر آنفاً ما يتعلق بذلك وسيأتى من المصنف .

والاشكال كله فى قوله ﴿وان كان﴾ الموهوب ﴿أجنبيا فله﴾ أى الواهب ﴿الرجوع مادامت العين باقية فان تلفت فلا رجوع و كذا ان عوض عنها ولو كان العوض يسيرا﴾ فى الجواهر بلا خلاف معتد به فى شىء من ذلك بل عن الغنية والسرائر وكشف الرموز والتذكرة وظاهر التنقيح الاجماع عليه ، بل لم يحك الخلاف فيه الا لمن المرضى فيجوز الرجوع على كل حال انتهى .

قوله بلا خلاف ان كان راجعا الى عدم الرجوع بعد التلف فهو حق وان كان راجعا الى جواز الرجوع الى الاجنبى بعد القبض فهو ادل الاشكال والخلاف بل يعود جميع ما ذكر فى تلك الادراق الكثيرة وهو الذى تحير الاصحاب فى الجواب وانه ان يلزم بالقبض فلا وجه للرجوع ولا بيعها بعد القبض وقد عرفت توجيه صاحب الجواهر وشارح المفاتيح وعدم تماميتهما بوجه بان يكون المراد باللزوم بالقبض هو لزوم الهبة دون العقد والعقد بحاله من الجواز ونحو ذلك وقد عرفت ما يرد عليه وكذا صاحب الحدائق من حمل اللزوم على الصحة تبعا للدروس وان معنى كون الهبة بالمقد لازما اى صحيحا جائزا فيصح للواهب الرجوع اليه لجواز العقد .

قال فى الحدائق ما هذا لفظه اذا عرفت ذلك فاعلم أن فى المقام اشكالا لم أقف على من تنبه له ، وهو أن مقتضى القول بكون القبض شرطا فى اللزوم لافى الصحة ، هو أن الهبة بدون القبض تكون صحيحة غير لازمة ، وبالقبض تكون لازمة بمعنى أنه لايجوز الرجوع فيها ، اذ المتبادر من اللزوم هو ذلك ، مع أنه كما سيأتى ان شاء الله تعالى ذكره ان الامر ليس كذلك حيث انهم عدوا المواضع التى لايجوز الرجوع فيها ، وحصرها فى مواضع مخصوصة .

وان كان على خلاف فى بعضها ، وليس هذا منها ، وصرحوا بأنه لا خلاف فى جواز الرجوع فيما عداها ، ومن صرح بذلك المحدث الكاشانى فى المفاتيح لما فهمه من كلامهم ، فقال بعد عدم المواضع المشار اليها ما لفظه : وفى غير

ما ذكر يجوز له الرجوع مطلقا بلاخلاف ، كما في الصحاح المستفيضة ، ثم نقل ما يخالفها ، وحمله على الكراهة ، والاشكال كما ترى ظاهر ، ولا يخرج من هذا الاشكال الا بما ذكره في التذكرة ، وأشار اليه في الدروس مما يرجع الى حمل اللزوم على الصحة ، الا أنك قد عرفت ما فيه ، وبالجملة فان كلامهم في هذا المقام لا يخلو من تشويش واضطراب كما لا يخفى على ذوى الافهام والالباب والله العالم انتهى .

ولا يخفى ما فيه كما ستعرف وكيف كان والسيد المرتضى في فسخة من ذلك من حيث عدم العمل بالاخبار الواحد ولعمري ان مصيبة عظمى من المقام من حيث عدم حجية الاخبار .

قال في الانتصار ما هذا لفظه ومما انفردت به الامامية القول بان من وهب شيئا لغيره غير قاصد به ثواب الله تعالى ووجهه جاز له الرجوع الى ان قال بعد التكلم كثيراً في آراء اهل السنة ما هو لفظه ايضا دليلنا على صحة ما ذهبنا اليه بعد الاجماع المتردد انا قد علمنا باجماع من الامة ولا اعتبار بداود فان الاجماع قد تقدمه وسبقه بان عقد الهبة وان قارنه القبض غير مانع من الرجوع وانما اختلفوا في موضع جواز الرجوع الى ان قال :

فان قالوا لوجاز الرجوع في الهبة لجاز في البيع وفي سائر العقود قلنا سائر العقود ما اجمعت عليه الامة على جواز الرجوع فيها على الجملة وانما اختلفوا في التفصيل وعقد الهبة قد بينا الاجماع على سبيل الجملة على جواز الرجوع فيه وانما اختلفوا في مواضع فان احتج المخالف بما يروونه عن النبي ﷺ من قوله الراجح في هبته كالراجح في قبضه وبلغت آخر في هبته كالكلب يعود في قبضه فالجواب عن ذلك ان هذا كلها اخبار آحاد لا توجب علما ولا عملا ولا يثبت بمثلها الاحكام انتهى محل الحاجة .

وكيف كان فهو قد خلس من القيل والقال في المقام ومعارضة بعض

الاخبار مع البعض وغيره لكن له جرعة على رد الاخبار الصادرة عن الائمة بزعم عدم حجيتها مع ان عمدة الدليل عليها بناء العقلاء على العمل بخبر الثقة والبناء عليه حتى الواحد فضلا عن الاكثر .

وكيف كان فقد استدلوا كذلك بصحيح جميل والحلبى أو حسنهما عن ابي عبدالله عليه السلام اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله ان يرجع فيها والافليس له مضافاً الى اطلاق ما دل على جواز الرجوع بها من المعتمدة المستفيضة .

وفى الجواهر قال فالظاهر ما هو صريح بعض بل عن المذهب البارع الاجماع عليه ، عدم الفرق فى ذلك بين كون التلف من الله تعالى شأنه أو من غيره ولو المتهب بل فى المسالك وعن جامع المقاصد والكفاية عدم الفرق بين تلف الكل او البعض وان كان قد يشكل ذلك فيما يصدق عليه قيام الهبة بعينها كتلف الظفر ونحوه ، ولعلمهم لا يريدونه ، كما يشهدله التعليل فى المسالك لما ذكره بان العين مع تلف جزء منها لا تعد قائمة بعينها انتهى .

ومما يرد عليه منافاته مع قوله عليه السلام ويرجع فى غير ذلك فى صحيحى عبدالرحمان وعبدالله بن سليمان المتقدمان آتفا فانه عليه السلام يحكم فيهما بالرجوع غيرت اولاً حيث قال عليه السلام يجوز الهبة لذوى القرابة والذى يثاب عن هبته ويرجع فى غير ذلك فانحصر عليه السلام الرجوع فى القسمين وفى غيرهما يرجع من غير تفصيل بين بقاء العين بحاله اولاً وفى صحيح ابن مسلم استثنى ذى الرحم فقط فانه لا يرجع فيها فهو صريح فى كونه يرجع فى غير ذى رحم سواء كانت العين بحاله اولاً فهذا عمدة ما يرد على الصحيح .

فعلى شارح المفاتيح رفع اشكال المعارضة لان الصحيح فى اعلى درجة الصحة ومما يرد عليه معارضته مع الروايات الدالة على اللزوم بالقبض وان قوام الهبة بالقبض وبدونه لاهبة مثل قوله واذا خرج عن يدك فلا خيار لك كما فى بعضها وقد عرفت ما ورد فى ذلك وان الرجوع الى الهبة كالرجوع الى قيمته

وانه عند العرف قبيح وبمده قبيحا ومنكرا مع كون المالك مختارا يمكن له عدم الهبة رأسا واصلا وتمليكها المتهب الهبة معلوم قطعا وجواز الرجوع فيه مشكوك ولو لاختلاف الاخبار والاصل عدم جواز الرجوع الا فيما قطع بالخروج كالا بوبين والقربات والاصل بقاء الملكية في ملك المتهب .

بل ظهور كون الرجوع اليها كالرجوع الى القيثى اقوى شاهد على كونه امرأ منكراً وعليه فلا يجوز الرجوع بعد القبض كما لا يجوز الى الاقرباء والالتزام بهذا الامر اهلون من القول بجوازه مطلقا حتى مع التصرف كما عليه المصنف وسيأتي ايضا بهض الكلام فى مورد .

ومما يرد عليه ان الرجوع بعد القبض ان كان يجوز للواهب بمعنى كونه بالرجوع يرجع عليه ماملكه فلا جرم كان له اخذه سواء كانت قائمة بعينها او لا ان الفرض كان داخلا فى املاكه كما كان قبلا .

فكيف لا يصح له لو قطع الثوب او دقق الحنطة ونحوهما فلو كان شيئاً له كان له بتمام اجزائه وقطعانه وغاية ان يمكن الالتزام به عدم ضمان المتهب لما ورد عليه من النقص لاقدام الواهب عليه والا لكان ضمانه على المتهب فانه اذا لم يكن بالقبض لازما كان الموهوب فى يده بنحو التزلزل الذى فى كل ان كان فى معرض الزوال فلا يكون له حق التصرف المغير للموهوب .

وبالجملة على فرض عدم اللزوم كان عند المتهب نظير الوديعة فاذا رجع المودع عليه كان عليه تسليمه باى نحو كان فلا معنى للحكم برفع يده عن ماله من الشارع او تصرف فيه وان كان بعد القبض لا يجوز له الرجوع لكونه لازما فاختيار العين بيده من دون دخل للواهب لان الناس مسلطون على اموالهم فالحكم بهذا التفصيل تحكماً فافهم وتدبر .

فان قلت ان الصحيح المتقدم يدل على التفصيل .

قلت ويدل على عدمه وكون الهبة بعد القبض للمتهب ما يظهر منه الخروج

عن ملك الواهب ووقوعه فى يد الموهوب له مضافا الى ما عرفت آ نفا من الصحيحة
 و كيف كان فـ ﴿هل تلزم﴾ الهبة ﴿بالتصرف﴾ فى الموهوب اولا كما عليه
 المصنف ووجه ان القبض عند المصنف والشهيد شرط للصحة وبدون القبض لانصح
 الهبة وبعد القبض تصح جوازاً ولذا كانت الهبة من العقود الجائزة عندهما وعلى
 خلافهما الكحل وان القبض شرط للزوم كما عرفت مفصلا والثمرات الواقعة بين
 القولين كثيرة ومنها نماء ومنها هذه المسألة فانه على الاول لم يحصل ملك الا بالقبض
 مع جوازه ولو مع كل تصرف وعلى الثانى كانت الهبة لازمة فى الجملة ومع
 التصرف مطلقا يسقط التنازل ولا يصح الرجوع من الواهب كما عليه الكحل سوى
 المصنف فالنزاع بين القولين لذلك .

وقد عرفت ان القول الاول مستلزم للغوية الايجاب والقبول و كيف كان
 فقول المصنف مبنى على الاول اى كون القبض شرط للصحة وعدم حصول الملك
 الا بالقبض وعلى الثانى اى كونه شرطا للزوم حيث كان الاجماع ايضا على كون
 اللزوم بالتصرف فلا بد وان يكون للزوم سببين احدهما القبض وثانيهما التصرف
 وحينئذ ان كان كل واحد منهما تامين لزم توارد العلتين على معلول واحد وان
 كانا ناقصتين لزم عدم كون القبض بوحده شرط للزوم وهو على خلاف اجماعهم
 كما عرفت وان كان كلاهما علتين على البدل وتحقق المعلول بايهما تحقق قبلا
 فلا يحتاج الى التصرف فى اللزوم بعد حصول القبض اولا لان التصرف متوقف
 على كونه فى يده لكن الظاهر لا بأس باختيار كون كليهما علتين ناقصتين فالمراد
 من الاجماع على اللزوم بالقبض هو اللزوم فى الجملة وتاممه بالتصرف فى الموهوب
 فالقبض بوحده لم يصل الى حد اللزوم القطعى .

وان شئت قلت المراد بالقبض هو كونه جزء سبب للزوم والجزء الاخر
 هو التصرف فاذا وصارت الهبة لازمة لا يصح للمواهب الرجوع فيها ولو كانت
 باقية بعينها فمراد الاخبار باللزوم بالقبض هو ذلك بقريئة ماورد فى اللزوم بالتصرف

نصا وفتوى وذلك لانه لم يصرح احد بكون القبض بوحدته موجبا للزوم كما
صرح به الوحيد في شرح المفاتيح .

ولو كان على خلاف اجماعهم لان عبارة المجمعين على كون القبض شرطا
للزوم بنحو الاطلاق بل بذلك يمكن الجمع بين النص والفتوى فعليه لاشكال
في سقوط حق الواهب بعد التصرف مطلقا خلافا للمصنف والشهيد وبعض آخر
فقالا بما لا يمكن الالتزام به بوجه فانه مضافا الى ان استفادة الجواز من عقد
الهيئة امر مشكل مع الاخبار المختلفة ان الجواز لا يصح بقاءه الى الابد ولو بعد
التصرفات .

وكيف كان فلا مانع من القول بان لكل واحد من القبض والتصرف مدخلية
في اللزوم ولكن ذلك منى من حيث عدم التمكن من مخالفة الاصحاب كلا والا
ليقال ان اجماعهم قد عرفت بتحقيق اللزوم بالقبض وبعده لامجال للقول بان للتصرف
دخل له في اللزوم بل يمكن ان يقال ان جواز التصرف فرع اللزوم وما دام لم يلزم
بالقبض لا يجوز التصرف في الملك المتزول .

فلو لم يكن مخالفة مع القول لكان العمل باجماعهم على كون القبض شرطا
للزوم متينا جدا من دون مدخلية للتصرف في اللزوم فعلى مثل شارح المفاتيح
الذى ادعى الاجماع على كون القبض شرطا للزوم هو رفع الاشكال عن لزومه
بالتصرف ايضا لكن الالتزام موجب اطرح الاخبار الدالة باللزوم بالتصرف ولم
ارمن كان بصدد دفع اشكال ذلك .

وقد مر كثيرا ان الاجماع منحصر في الامرين اما على كون القبض شرطا
للمصلحة واما للزوم والاول هو المشهور وان الهيئة بدون القبض باطل وقد عرفت
فساده فينحصر في الثانى فعليه كان الملزم هو القبض لا غير وهو العلة وهو ظاهر
الروايات المتعددة نعم القائلون بان القبض شرطا للمصلحة في فسحة من ذلك اذ
عندهم بعد القرض لا يكون الهيئة لازمة بل صحيحة وحينئذ ينحصر اللزوم عندهم

بالتصرف لكنهم فى تعب رفع الاشكال عن لهوية العقد لو كان المؤثر هو القبض كما عرفت .

وكيف كان فالقائلون بكون القبض للزوم لاسبيل لهم من الجواب عن صيرورة الهبة لازما بالتصرف لحصول اللزوم قبلا بالقبض .

ويمكن تصحيح ما قلنا بكون كليهما سببين بان السبب فى اللزوم امر جامع بينهما لا خصوص احدهما كما فى قولهم ^{القبض} اذا خفى الجدران فقصر واذا خفى الاذان فقصر فان الاشكال فى خصوص احدهما واقع نظير المقام فلا جرم كان الموجب للقصر قدر جامع بينهما وهو البعد عن البلد بمقدار لم يسمع ولا يرى شيئا من آثار البلد فكذلك فى المقام فالعلة هى القدر الجامع بين وقوعها فى يد المتهب وهو الاخذ والاحاطة والجمع والتسلط عليه .

ويؤيده ان الاخبار عبرت عن القبض بقولهم ^{القبض} حيزت او لم تحيز وليس معناه خصوص القبض فانه من الحيابة والحيابة كما صرح بها الوحيد رهى الجمع والتصرف والقبض فهذه الثلاثة مجتمعة فى لفظ الحيابة وعليه لعله يرفع الاشكال ان ليس القبض بتمامه علة للزوم حينئذ بل هو من المعددات الموجبة للزوم فانه حينئذ كون المتهب مسلطا على التصرف .

بل اذا كان المراد بمطلق التصرف كما هو الحق كان القبض مستلزما له ولو بمجرد وقوعها فى يده ونقلها الى منزله والنظر اليها فان الجميع هو التصرف فالقبض لازم لكونه ملزوما لوقوع التصرف فالمراد بالقبض الواقع فى اجماع المجمعين هو التصرف وانما عبروا بالقبض لانه السبب لحصول القدرة على التصرف لبداية ان الموهوب ما لم يكن فى يد الموهوب له لم يكن قدرة له على التصرف فيها فنفس القبض مع انه ملازم للتصرف وغير منفك عنه يكون تصرفا بوجه خذوا غنم .

وكيف كان فالكلام فى لزوم الهبة بالتصرف مطلقا او فيما لم تبق العين

بحالها اذ عدم لزومه مطلقا كما عليه المصنف ففيه قولان ﴿قيل﴾ .
 وفي الجواهر والقائل الشيخ والقاضى وأبو الصلاح وصاحب الرائع وابن
 حمزة فى الوسطة وابنا ادريس وسعيد والابى والفاضل وولده والشهيدان والمقداد
 ﴿نعم﴾ تلزم بذلك بل هو المشهور نقلا وتحصيلا ، بل عن الخلاف نسبة ذلك فى
 قصر الثوب - فضلا عن غيره من التصرف - الى اجماع الفرقة واخبارهم .
 وفى محكى المبسوط نسبته الى رواية اصحابنا ، وانه الذى يقتضيه مذهبا
 وعن السرائر وكشف الرموز الاجماع عليه ، وهو الحجة مضافاً الى اصالة اللزوم
 وخصوص اطلاق ما دل عليه فى الهبة بالقبض ، وان خرج عنه ما خرج انتهى .
 ﴿وقيل لا تلزم وهو الاشبه﴾ عند المصنف والشهيد وفى المسالك ما لفظه
 حكم هذه المسئلة من المشكلات .

وقد اختلف فيها الاصحاب المتقدمون منهم والمتأخرون وتحرير الدليل
 على كل قول غير منقح ولا سالم من اشكال ونحن نذكر منه هنا ما يقتضيه المقام
 ونحيلك على معرفة ما اهملناه بملاحظة ما حررناه فنقول اذا تمت الهبة بالعقد
 والقبض ولم يكن لذى رحم ولا زوج ولا زوجة ولم يعوض المتهب عنها ولم يتلف
 فى يده ولكن تصرف فيها تصرفا لا يسوغ له قبل التملك فهل يلزم الهبة بذلك
 ويكون التصرف من جملة الاسباب الموجبة للزومها ام يبقى جائزة على ما كانت
 قبل التصرف فيه اقوال .

احدها وهو الذى اختاره المصنف الكتاب ومختصره وقبله وسلا روايا الصلاح
 وهو ظاهر ابن الجنيده عدم تأثير التصرف مطلقا فى لزومها بل للواهب فسخها
 كما لو كانت له قبله واطلاقه بقاء الحكم بالجواز مع التصرف يشمل الناقل للملك
 والمانع من الرد كالاستيلاذ والمغير للعين كطحن الحنطة وغيرها .

وثانيها انها تلزم بالتصرف مطلقا ذهب اليه الشيخان وابن البراج وابن
 ادريس ره واكثر المتأخرين كالعلامة والشهيد ره فى اللمعة وغيرهما .

وثالثها التفصيل بلزومها مع خروجه عن ملكه او تغيير صورته كقصدارة الثوب ونجارة الخشب او كون التصرف بالوطى وعدمه وبدون ذلك كالركوب والسكنى واللبن ونحوها من الاستعمال وهو قول ابن حمزة والشهيد ره في الدروس وجماعة من المتأخرين وزاد ابن حمزة فقال لا يقدر الرهن والكتابة وهو يشمل باطلاقه مالو عاد الى ملك الواهب اولم يعد الى ان قال :

فالذى يصلح حجة لاصحاب القول والاول صحيحة عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله عليه السلام في الرجل يهب الهبة ايرجع فيها ان شاء فقال يجوز الهبة لذوى القرابات والذى يثاب في هبته ويرجع في غير ذلك وظاهر ان المراد بالجواز في الخبر اللزوم بقريئة تخصيصه المحكم بالقرابة والمثاب وقوله ويرجع في غير ذلك وحسنة الحلبي عنه عليه السلام قال اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله ان يرجع والافليس له وبقاء العين شامل لحالتى التصرف وعدمه ولان استحقاق الرجوع ثابت قبل التصرف فيستصحب، ثم اطال الكلام في رد القولين بما لامزيد عليه .

اقول اما الاستدلال بالصحيحة فقد عرفت ما يرد عليها في المسألة السابقة من ان قوله ويرجع في غير ذلك يعم صورة بقاء العين بحالها وعدمه فراجع واما عدم تأثير التصرف في اللزوم فمبنى على كون الهبة من عقود الجائزة وهو مضافا الى خلافه الاجماع والشهرات انه على خلاف الاخبار المعمولة فلا يعنى بذلك الكلام واهون ما يرد عليه حينئذ ان الملك بقى في يد المتهب متزلا ولا يجوز له التصرف فيه بوجه لا يمكن رجوع المالك لان الفرض جوازه وكان بمنزلة الوديعة عند المتهب فكما لا يجوز له التصرف فيما اودعه فكذلك في المقام لان عنده ملك جائز صح رجوع المالك له وهو كما ترى .

والحاصل اذا بقى الموهوب عنده بحال الجواز وعدم اللزوم ان صح للمتهب التصرف فيه بلا مؤاخذه من الواهب فهو معنى اللزوم وان لم يصح بل يكون مورد مؤاخذه ويكون ضامنا لما فعل فهذا ضرر منفي .

و كيف كان فقد اعترف بان الصحيحة المفصلة بين بقاء العين بحالها وعدمه كانت في غاية الاعتبار من حيث صحة سنده واما من حيث دلالة فهي بالصرحة تدل على عدم جواز الرجوع لو لم تبق العين بحالها كما اذا قطع الثوب وطحن الحنطة أفليس ذلك معنى اللزوم بالنصرف في حال عدم بقائها او يكون تأمل وتفكر وفي القواعد في مقام بيان موارد اللزوم وعدم صحة رجوع الواهب قال او تلفت العين واستهلكت الهبة او تصرف على رأى تصرف الموهوب له فيه ويكون تصرفه موجبا للزوم قوله على رأى هو رأى الجميع واصحاب الاجماع وعبر بقوله على رأى تأديباً لمخالفة المحقق والا كان اللازم هو التعبير عن قول عدم اللزوم بعلى رأى اذ هذا التعبير مشعر بضعف القول .

و كيف كان ففي مفتاح الكرامة بعد قوله : (او تلفت العين واستهلكت الهبة) قال ما لفظه : كما في (المقنعة) و (الكافي) و (النهاية) و (المهذب) و (الوسيلة) و (الغنية) و (السرائر) و (الجامع) و (الشرايع) و (التذكرة) و (التحرير) و (الارشاد) و (التبصرة) و (التنقيح) و (جامع المقاصد) و (الروض) و (المسالك) و (الكفاية) و (المفاتيح) و (هو قضية) كلام (المبسوط) و (النافع) و (الدرر) و (اللمعة) و (الروضة) و (الغنية) و (السرائر) و (كشف الرموز) و (التذكرة) و ظاهر (التنقيح) الاجماع عليه و (المسالك) لا خلاف فيه الا من المرتضى .

وفي (المفاتيح) انه المشهور بل كاد يكون اجماعا (ولعله) فهم خلاف السيد من قوله قبض الهبة غير مانع من الرجوع على كل حال (وقضية) الاطلاقات عدم الفرق في اللزوم بين كون التلف من المتهب (كما هو صريح (الارشاد) و غيره (بل) في (المهذب البارع) الاجماع عليه اذ من الله تعالى وكون التالف تمام الهبة او بعضها (كما) هو صريح (جامع المقاصد) الى ان قال بعد قوله (او تصرف على رأى) موافق لما في (النهاية) .

و(الخلاف) و(المبسوط) في (موضعين) منه و(المهذب) و(الشرائع) و(الواسطة) على ما حكاه عنهما (كاشف الرموز) و(السرائر) و(الجامع) و(كشف الرموز) و(التذكرة) و(الارشاد) و(المختلف) و(الايضاح) و(اللمعة) و(المقتصر) و(الروض) (بل هو) ظاهر (المقنعة) كما فهمه منها (كاشف الرموز) لانه قال في (المقنعة).

وكذا اذا احدث فيها حدثاً لم يكن للواهب سبيل الى الرجوع كما يأتي بيان ذلك (بل) هو ظاهر (الكافي) وان نسبوا اليه خلاف ذلك لانه قال في الهدية وله الرجوع فيها ما لم يتصرف فيها من اهديت اليه .

وقد تقدم انها هبة فيخص بذلك اطلاق قوله هنا وغير المعترض عنها فالقيام العين منها يصح الرجوع فيه والمستهلك لا يصح و كلامه في الهدية متأخر عن الهبة على انه ان ابقى على ظاهره يكون قد اخل بحكم (الواسطة) وقد قال في (كشف الرموز) ذهب اليه الشيخان واتباعهما وابن البراج و (صاحب الشرايع) و صاحب (الواسطة) ثم ادعى عليه (الاجماع) وبينه (بوجهين) .

وفي (السرائر) ايضا الاجماع عليه وقال في (الخلاف) اذا وهب ثوبا خاما لمن له (الرجوع) في هبته فقصره (الموهوب) له لم يكن للواهب (الرجوع) له دليلنا (اجماع) الفرقة و (أخبارهم) على انه اذا تصرف الموهوب له في (الهبة) في (الجملة) لم يكن للواهب (الرجوع) فيها (وقال) في (السرائر) بعد نقله برمته نعم ما استدلل به ره .

(وقال) في (المبسوط) روى اصحابنا ان الموهوب له اذا تصرف في (الهبة) لم يكن للواهب (الرجوع) وقال في موضعين منه انه الذي يقتضيه مذهبنا وقال في موضع آخر انه متى تصرف فيه الموهوب له بطل حكم الرجوع لعموم الاخبار وفي (جامع المقاصد) تارة انه المذهب واخرى (كالمسالك) انه المشهور .
وفي (المقاييس) نسبتته الى الاكثر فهذه الاخبار المرسلة في (الخلاف) و

(المبسوط) التي حكيناها عنه (اولا) وكذا (السرائر) الا انه قال نعم ما استدل به كما سمعت صريحة في المطلوب غاية الامر انها مرسله والشهرة المعلومة والمنقولة تجبرها وعضدها الاجماع المنقول صريحا وظاهرا في عدة مواضع كما عرفت والاخبار الآخرة التي حكيناها عن (المبسوط) (ثانيا) مضافا الى صحيحة الحلبي كما سمعتها وهي حجة واضحة على ما فهمناه من كلامهم دالة على الحكم والموضوع كما ستعرف ومن الغريب انكار ذلك في (المسالك) مع انه من المعلوم ان الاخبار خرجت من يد الشيخ وانه لافرق بين ما يحكيه وبين ما يروي به ولا بين ارساله في (الخلاف) وارساله في (المبسوط).

ثم انه قد يلوح الاجماع من قوله في موضعين من (المبسوط) كما سمعت انه الذي يقتضيه مذهبنا كما يلوح من قوله في (جامع المقاصد) انه المذهب ثم ان في (اجماع الخلاف) و(السرائر) و(كشف الرموز) بلاغامع شهادة الشهرة لهما بذلك والتبعية التامة لانه على ما قضى به تتبعنا ان لامخالف استقر خلافه او ثبت على البت والقطع قبل المحقق والافقد حكى الخلاف عن ابي الصلاح وقد سمعت كلامه في الباين وعن صاحب الوسيلة.

وقد سمعت (ما حكى) عنه في (الواسطة) واستظهره بعضهم من (المقنعة) وقد سمعت كلامها وما فهمه (كاشف الرموز) منها ومن اتباع الشيخين وذلك شهادة على النفي والقاضي والعماد بن حمزة وغيرهم بل وعلى السيد ايضا وقد قال انه باحث المحقق واستقصى معه البحث انتهى.

وكيف كان فقول المصنف على خلاف الجميع الا نادرا فزعم قده ان الهبة مطلقا جائزة الى الابد ولا يلزم بالتصرفات بحيث لو بقيت العين الموهوبة الى مائة سنة وبقي المالك الواهب صح له الرجوع بهبته بل عليه لعله كان لو ارثه ايضا مطالبته لان الفرض بقيت على جوازه وعدم دخوله في ملك المتهب فكان للوارث

مطالبتها لو مات الواهب وهو كما ترى وشارحه الشهيد قده جعل موضع النزاع ايضا جواز الحكم فى الهبة وانه امر لا يلزم كما كان قبل الهبة فكما كان قبله جائزا هبته ولا يكون مجبوراً فيه فكذلك بعد هبته ولذا جعل اولى بناء النزاع فى الجواز الثابت قبل الهبة فلو شك بعدها استصحب جواز الثابت قبل العقد قال فى المسالك ما هذا لفظه :

وانما الكلام فى ان هذا الانتقال هل هو لازم ام جازى والاولى ابداله بما ذكرناه من استصحاب الحكم بالجواز لانه موضع النزاع ويمكن ان يحتج له من الاخبار ايضا بصحيفة محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال الهبة والنحلة يرجع فيهما صاحبهما انشاء حيزت او لم تحز الا الذى رحم فانه لا يرجع فيهما وبصحيفة زرارة عن ابي عبد الله عليه السلام قال انما الصدقة محدثة انما كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله ينحلون ويهبون ولا ينبغى لمن اعطى الله عز وجل شيئاً ان يرجع فيه . قال ومن لم يعطه الله وفى الله فانه يرجع فيه نحلة كانت او هبة حيزت او لم تحز الحديث وفى معناها موثقة عبيد بن زرارة قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق الصدقة الهة ان يرجع فى صدقته فقال ان الصدقة محدثة انما كانت النحلة والهبة لمن وهب او نحل ان يرجع فى هبته حيزت او لم تحز ولا ينبغى لمن اعطى شيئاً لله عز وجل ان يرجع فيه فهذه الاخبار الخمسة دالة باطلاقها وعمومها على ما ادعاه المصنف من جواز الرجوع فيها وان تصرف وهو ظاهر انتهى .

وقد اورد على هذه الاخبار فى مفتاح الكرامة بما هو فى محله فقال فى مقام ادلة القائل بالجواز وعدم لزومها بالتصرف من الاخبار التى مرت آنفاً فى عبارة المسالك ما هذا لفظه (فى الاستدلال) بها نظر لانها لو كانت فيها دلالة لما اعرض الاصحاب عنها سلمنا لكن اعراض الاصحاب عنها مع ظهورها وتكثرها و اتضح دلالتها كما تدعى ما كان الاقوى فى نظرهم منها كثيرة مستقيمة وطريقة

مستمرة وهو معنى الاجماع .

(وقد تقرر) في فنه ان الاخبار اذا تكثرت وصحت واتضحت دلالتها واعرض الاصحاب عنها ضعفت وسقط الاستدلال بها (سلمنا) انها ليست بتلك المثابة ولكنها (لاتقوى) على مكافئة تلك الادلة (فاما بيان) عدم صلاحيتها للاستدلال فلان العمومات لا يمكن الاستدلال بها على ظاهرها من لزوم الوفاء للاجماع على جواز الرجوع فيها قبل القبض مطلقا وان اريد بها الجري على مقتضاها من جواز اولزوم فلا ريب في توقف ذلك على ثبوت الهبة من دليل اخر لامنها فلا تدل على المطلوب .

(واما الاخبار) فيحتمل قويا ان تكون وردت تقية لان الجواز في اكثر اخبار الهبة يراد به اللزوم ففي الموثق تجوز الهبة لذى القرابة و الذي يثاب من هبته و يرجع في غير ذلك انشاء ونحوه غيره (ولاريب) ان المراد بالجواز في الهبة لذى الرحم والمعوض عنها اللزوم فاذا قام احتمال ارادة اللزوم من الجواز في ادلة الخصم (كما) نبه عليه في (الاستبصار) .

حيث احتمل حملها على التقية كما هو (مذهب مالك) حيث قال انها تلزم بنفس العقد ولا تفتقر الى قبض (كما) حكاه (في خلاف) و (مذهب داود بن) على (و كذا الشافعي) في احداقواله (حكاه) في (الاتصار) كانت غيرصالحة للاستدلال لاعامل بها اصلا (الا ان) هذا الاحتمال في (صحيحة) ابي بصير حيث لم يفرق فيه بين القسمة وعدمها بضعف جدا لان منهم من يقول بعدم صحة غير المقسوم وبعض هؤلاء وان لم يكن عاصر مولانا الصادق عليه السلام لكن الظاهر انه اخذه عن عاصره وقد (طعن) فيها في الاستبصار لتضمنها الفرق بين الهبة والنحلة والحال انه لافرق (ثم) ان الرجل في الاخبار الثلاثة اما ان يراد به الواهب او الموهوب فان اريد الاول كان المعنى انه يجوز ان يهب الرجل هبة من دون ان يقبضها الموهوب وعلى هذا فلا دلالة فيه على انها تصح من دون قبض وانه شرط اللزوم لان مطلق الجواز لا نزاع فيه .

(كما) في (المسالك) او يقال ان المراد من دون ان يقبضها في الحال لان الاصح عدم اشتراط الفورية فيه (ويحتمل) ان يكون المراد يجوز ان يهب الواهب ماله الذي لم يقبضه والذي لم يصل اليه والذي لم يقسمه وان اريد الثاني صار المعنى يجوز ان يهب المتهب ما هب له وان لم يقبضه او وان لم يقبضه له الواهب من باب التعميل فيقر قبضها صاحبها بالتشديد لانه انسب (حينئذ) .

و(على هذا) الاحتمال يتم الاستدلال بها ولكن الاول لعله هو المتبادر مع شهادة الصحة له به حيث تضمنت جواز هبة الواهب مالم يقسم (اذا قامت) هذه الاحتمالات بطل الاستدلال فليتأمل في ذلك كله و(قد طعن) في (المسالك) في دلالة هذه الاخبار اعنى اخبار الخصم بان اطلاق الهبة على غير المقبوضة اعم من الحقيقة فيجوز ان يكون مجازا باعتبار الاول او باعتبار ذكر اكثر اجزاء السبب يعنى الايجاب والقبول الا انه قد يلزمه استعمال اللفظ في حقيقته ومجازه لانه اطلق في الخبر الهبة على المقبوضة وغيرها مع ان غير المقبوضة ليست بهبة حقيقة فيكون ^{البيان} قد استعمل لفظ الهبة في حقيقتها ومجازها .

فان قلت ما تصنع انت في الخبر .

(قلت نقول) بانها مستعملة في قدر مشترك وهي الاعطاء ثم انه لا ريب ان فيها معاطاة لا يشترط فيها القبض ولا الصيغة يباح بها التصرف من دون ملك فليتأمل و(ربما استدل) لهم بان الهبة تبرع كالوصية فلا يعتبر فيها القبض (وفيه) ان مطلق التبرع اعم مما لا يعتبر فيه القبض اذ الوقف تبرع يعتبر فيه القبض والحاقه بالوصية قياس انتهى .

وفي الجواهر بعيد خبر الاخر عن ابي بصير قال سألت ابا عبد الله ^{عليه السلام} عن قوله صدقة مالم يقسم ولم يقبض فقال : جائزة انما اراد الناس النحل فأخطأوا مالظنه بل عن بعضهم احتمال اتحاده معه ، والتعبير بالهبة من الراى أد النساخ وقد فسر في الوافي خبر الصدقة بأنهم أرادوا الفتوى بالمنع من ذلك في النحل

فأخطأوا ، فمنعوا منه في الصدقات ، وذلك لانهم أطلقوا الصدقة وأرادوا به النحلة وعلى كل حال يكون الموضوع فيها حينئذ هبة مالم يقبض للواهب ولم يقسم كذلك وهو غير ما نحن فيه مضافاً الى ما في التنقيح - من أنه لادلالة في الرواية على المدعى ، وانما هي حكاية قول الناس وخطأهم فيه وتبين فيها الحق والى ما فيها من مخالفة الاجماع من الفرق بين الهبة والنحلة والى احتمال كون المراد في الصدر بيان حكم هبة مالم يكن مقبوضاً للواهب من أملاكه كميراث لم يصل الى يده أو قبل أن يقسمه ، وفي ذيله بيان عدم جوازها بدون قبض الموهوب والتعبير بالنحلة ، لالفرق بينها وبين الهبة ، بل تفننا في التعبير والى غير ذلك مما يقطع ببعضه بسقوط دلالاته على المطلوب فضلاً عن جميعه .

ومن ذلك يعلم الكلام في دعوى دلالة خبر عبدالرحمان بن سيابة عن أبي عبدالله عليه السلام اذا تصدق الرجل بصدقة أو هبة قبضها صاحبها أو لم يقبضها علمت أو لم تعلم فهي جائزة .

ضرورة امكان ارادة الواهب من صاحب لا الموهوب ، بل ربما احتمل فيه وفي غيره ارادة اللزوم من الجواز كما في كثير من النصوص فيكون حينئذ خارجاً منخرج التقيية انتهى .

واما ما ظاهرها اللزوم فهي امور منها ما رواه في الكافي عن معاوية بن عمار في الصحيح قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل الدراهم فيهبها له أله أن يرجع فيها ؟ قال : لا ، فدلالته وسنده تامتان اذ لو لم تكن للزوم لما وجه لعدم الرجوع فانه رجوع بعد القبض فلا يجوز فلو كانت جائزة فصح رجوعه اليه .

ومنها ما رواه عن معاوية بن عمار في الصحيح قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام رجل كانت عليه دراهم لانسان فوهبها له ثم رجع فيها ثم وهبها له ثم رجع فيها ثم وهبها له ، ثم هلك قال : هي للذي وهب له ، اى الهبة للذي وهب الواهب له

اى الموهوب له ظهورهما فى كون الهبة لازمة مما لا يخفى هذا مضافا الى ان العاقل اذا كان فى مقام تملك على احد كان تملكها لازما الا ان يعرضه الجواز مضافا الى ان الظاهر من الهبة هبة لا تعود اليه ويكون نظير الصدقة فكما ان المتصدق لا يرجع الى صدقته فكذلك الواهب لا يرجع اليه اصلا والفرق ان الصدقة مقيدة بقصد القرية دون الهبة .

بل يمكن شمول من رجع الى صدقته كمن رجع الى قيمته للمهبة لان الفرق الذى عرفت غير فارق لذلك هذا مضافا الى تصريح ذلك فى نفس الهبة وجعل الخبر فى الهبة وان الرجوع فيها كالرجوع الى قيمته كما فى رواية ابراهيم بن عبد الحميد عن الصادق عليه السلام قال : أنت بالخيار فى الهبة مادامت فى يدك ، فاذا خرجت الى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها ، وقال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «من رجع فى هبته فهو كالراجع فى قيمته» فالرواية فى خصوص الهبة شاهد لما اذا خرج الهبة عن يد الواهب فليس له فيه الرجوع وانه بعد القبض رجوعه اليها كالرجوع الى قيمته . ومنها خبر أبى بصير «عن الرجل يشتري المبيع فيوهب له الشيء و كان الذى اشترى لؤلؤاً فوهب له لؤلؤاً فرأى المشتري أن يرد ، أيرد ما وهب له ؟ قال عليه السلام : الهبة ليس فيها رجعة وقد قبضها انما سبيله على البيع فان رد المبتاع المبيع لم يرد معه الهبة ومنها خبر محمد بن عيسى «كتبت الى على بن محمد عليه السلام رجل جعل لك - جعلنى الله فداك - شيئاً من ماله ثم احتاج اليه أياخذه لنفسه أذ بيعت به اليك ؟ قال : هو بالخيار فى ذلك ما لم يخرجه عن يده ولو وصل الينارأينا أن نواسيه وقد احتاج اليه» .

ومنها ما رواه الشيخ فى التهذيب عن أبى بصير «عن أبى عبد الله عليه السلام قال : الهبة لا تكون أبداً هبة حتى يقبضها ، والصدقة جائزة عليه» .

ومنها ما رواه فى الفقيه مرسله «قال : وفى رواية السكونى أن علياً عليه السلام كان يرد النحلة فى الوصية وما أقر عند موته بلائبت ولا بينة رده» .

ومنها خبر الجراح المدائني ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول صلى الله عليه وآله :
 «من رجع في هبته كالراجع في قيمته» فهذه الروايات الصريحة الدالة على ان
 الواهب بعد القبض في الهبة لا يرجع ابدا و هو موافق للعرف الذي عد عندهم
 امر منكر ويذم الواهب بذلك فغاية ما يقال يكون عقدها جائزة وهي ما قبل
 القبض وبعده لا يرجع بحال وبه يرفع الاشكال عما تحير الاصحاب من الاجماع
 على كون القبض شرطا للزوم فكيف يصح الرجوع بعد القبض فالعقد لازم بعد
 القبض والتصرف ولا يصح الرجوع اليها اصلا .

وبالجملة فهذه الطائفة من الروايات كلها ظاهرة في حصول الملك بالعقد الا
 انها بين عدم لزومها لاجل عدم القبض وبين لزومها معه فبعد القبض كان لازما والطائفة
 المتقدمة روايات الدالة على ان الهبة جائزة قبضت او لا .

وقد عرفت تمسك الشهيد بها في المسالك لجواز الهبة ولو بعد القبض والتصرف
 باى تصرف كان فتلك الروايات متعارضة بحيث لا يمكن الجمع بينهما والطائفة
 الدالة على الملك واللزوم بالقبض والتصرف مطابقة للمشهور بخلاف تلك الطائفة
 الظاهرة في جواز الهبة ابدأ مع اجمالها وعدم ظهورها في معنى صحيح كالفرق
 بين الهبة والنحلة مع عدم الفرق بينهما ونحو ذلك .

فحيث عرفت فساد مذهب المصنف من كون الهبة من العقود الجائزة وان
 الظاهر من الصحاح لزومها فنقول هل الاصل هو لزوم الهبة الا ما خرج او جوازها
 الا ما خرج فالظاهر هو الاول وان الاصل لزوم الهبة الا ما خرج بل كل ما شك
 في ذلك اى في ان العقد لازم او جائز كان الاصل هو اللزوم فكل ما صدق عليه
 العقد كان لازما الا اذا دل الدليل على خروجه .

فلو شك في دليل اخرجه عن اللزوم كان الاصل هو اللزوم وعدم خروجه
 للاستصحاب لان بالعقد يثبت اللزوم واذا شك في ارتفاعه كان الاصل بقاءه وعدم
 وجود دليل اخرجه عن اللزوم وقد اشار اليه في الجواهر في غير المقام فيما شك

في ان القرينة شرط في صحة الصدقة او لزومها قال ما لفظه :
ومع التنزل عن ذلك كله فلا أقل من الشك والاصل اللزوم ولو لاستصحاب
الملك وقوله «أدوفوا بالعقود» ودعوى أن الهبة من العقود الجائزة ، وان اعترافها
للزوم في بعض أفرادها ليس بأولى من القول بانها من العقود اللازمة وان
اعترافها الجواز في بعض أفرادها بل هذا أولى ، لان العقد اللازم قديعتر به الجواز
حتى البيع الذي فيه خيار المجلس والعيب ، والغبن وغيرها .
وأما العقد الجائز فلزومه انما يكون بأمر خارجي كشرط ونحوه على
أنه قد ذكرنا في غير مقام الاجماع على انفساخ العقد الجائز بالجنون والاعماء
والموت و من المعلوم هنا خلافه ، و ذلك كله دليل على أن الهبة من العقد
اللازم ، وان اعترافها الجواز في بعض أفرادها بل قديقال : انه وان اختلف اطلاق
النصوص في ذلك باعتبار اطلاق الرجوع في بعضها ، وعدمه في آخر ، بل ربما
كان دلالة بعضها على الجواز أظهر ، لذكر الفرد اللازم على جهة الاستثناء
الا أن الأصل في العقد اللزوم ، للاستصحاب بل والاية فتأمل جيداً فانه نافع في غير
المقام أيضا .

وقال ايضا في السبق والرماية ما هو راجع الى المقام فراجع فالاية دالة
على الملك اللازم كما عرفت والاستصحاب في مقام الشك فيه يحكم بابقاءه فالشك
في كل ملك لم يعلم لزومه او جوازه هو الحكم باللزوم فانه الظاهر من الامر بالوفاء
و كيف كان فالاية مع الاستصحاب تفيدان اللزوم لما عرفت من استفادة
اللزوم من الاول والحكم ببقاءه من الثاني .

ولقد اجاد فقوله ولو لاستصحاب الملك تام لانه يدل على ثبوت اللزوم
المستفادة من الاية وبذلك يرد قول المسالك حيث قال العقد يفيد الجواز فلو شك
بعد القبض والتصرف في لزومه فيتمسك باستصحاب الجواز ويحكم به بقاء جوازه
في حال العقد وعمدة دليله توهم ان اللزوم والجواز من مقتضيات العقد كما

عليه العلامة غفلة عن انه حينئذ يكونان من مقومات الموضوع فاذا جعل الحكم موضع الموضوع لزم الدور وسيأتى بيانه .

وليس اهم دليل على جواز العقد الى الاخبار المتعارضة ودلالة الاستصحاب على الجواز فان مفاد او فوا بالعقود هو وجوب العمل على مقتضى العقد ان جائز فجائز وان واجب فواجب وحيث ظهر من تلك الاخبار جواز الهبة فالاصل بقاء جوازها بعد الشك وفيه ان الاخبار قد عرفت عدم مقابلتها في مقابل الروايات المعمولة عليها واما جواز الاصل فلزعم ان اللازم هو العمل بمقتضى العقد ومقتضى العقد هو الجواز وهو باطل اذ هما من الاحكام لامن اجزاء الموضوع بل الملك ليس قسمين لازم وجائز كى يكونا داخلين في الموضوع بل الملك هو اللزوم فقط وجوازه فيما اذا دل الدليل عليه وهو غير ثابت في المقام .

ولذا صرح شيخنا الاعظم في باب المعاطاة بقوله بان انقسام الملك الى المتزلزل والمستقر ليس باعتبار اختلاف في حقيقته وانما هو باعتبار حكم الشارع عليه في بعض المقامات بالزوال بر جوع المالك الاصلى ومنشأ هذا الاختلاف اختلاف حقيقة السبب المملك لاختلاف حقيقة الملك فجواز الرجوع وعدمه من الاحكام الشرعية للمسبب لامن الخصوصيات المأخوذة في المسبب .

ويدل عليه مع انه يكفى في الاستصحاب الشك في ان اللزوم من خصوصيات الملك او من لوازم السبب المملك ومع ان المحسوس بالوجدان ان انشاء الملك في الهبة اللازمة وغيره اعلى نهج واحد ان اللزوم والجواز لو كان من خصوصيات الملك فاما ان يكون تخصيص القدر المشترك باحدى الخصوصيتين بجعل المالك او بحكم الشارع فان كان الادل كان اللازم التفصيل بين اقسام التملك المختلف بحسب قصد الرجوع وقصد عدمه او عدم قصده وهو بديهى البطلان اذ لا تأثير لقصد المالك في الرجوع وعدمه وان كان الثانى لزم امضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشىء وهو باطل في العقود لما تقدم ان العقود المصححة عند الشارع تتبع

القصود الى ان قال :

لكن الكلام فى قاعدة اللزوم فى الملك تشمل العقود ايضا وبالجملة فلا اشكال فى اصاله اللزوم فى كل عقد شك فى لزومه شرعا وكذا لو شك فى ان الواقع فى الخارج هو العقد اللازم او الجائز كالمصلحة من دون عوض والهبة انتهى فكلامه وان كان فى المعاطاة لكن عباراته تنطبق على ما كنا بصدده لانا فعلا فى مقام ان الظاهر من الاية بل الاستصحاب هو لزوم الهبة من اول الامر والحكم بالتزلزل قبل القبض والتصرف حكم شرعى تترتب على اللزوم كما فى خيار المجلس المترتب على الملك اللازم فالجواز موقوف على الثبوت ولا يثبت ومنه يظهر فساد كون اللزوم والجواز من مقتضيات العقد اذ فى ذات عقد الهبة اندرج ملك اللازم والجواز امر خارجى يحتاج الى الثبوت فلو كان الجواز واللزوم من مقتضيات العقد كانا جزءا ان للموضوع فيلزم الدور وبالجملة هما حكمان شرعيان فلو كانا من مقتضيات الموضوع صارا جزءاً او قيذا للموضوع فيكونان متقدمين فلزم تقدم الشيء على نفسه وصرح بالدور المحقق الرشتى ده على ما فى تقريراته فقال ما هو لفظه المحكى :

واورد عليه شيخنا العلامة قده ان اللزوم والجواز من الاحكام الشرعية للعقد وليس من مقتضيات العقد فى نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع بل انما هو مستفاد من نفس الامر بالوفاء على العقد فلو اخذ فى نفس العقد الذى هو موضوع الحكم يلزم الدور انتهى .

ومن البديهي تقدم الموضوع على الحكم ولو كان الحكم جزءاً من الموضوع لزم تقدم ما هو متأخر فالموضوع مقدم على الحكم والفرض ان الحكم صار جزءاً للموضوع فيلزم الحكم مقدما على الموضوع وهو دور واضح الا ترى الى دعوى الشيخ الاتحاد بين حقيقة الملك وجدانا وانه شيء واحد من غير فرق بين الهبة والبيع فى ذلك وتوهم الفرق بين البيع والهبة ناش من العمل بالاختبار المتعارضة مع الاختبار الصحيحة وقبولها حيث ان الظاهر منها كون الهبة جائزاً ولو مع كل

تصرف كما عليه المحقق ره وانت قد عرفت انه وان ترك تلك الاخبار ولم يعمل بها لم يبق الا الاخبار الدالة على اللزوم .

فلا فرق بين البيع والهبة اصلاً ومنه ظهر ضعف ما افاد السيد الفقيه من الفرق بينهما وانه ناش من العمل بالاخبار المتركة وقد عرفت عدم الفرق بين قوله ملكتك بكذا وبين قوله وهبتك وان كليهما لازم من حين التملك مع ان كليهما مشروط لزومها في الاول بمثل مضي زمن الخيار وفي الثاني بحصول القبض والتصرف فكما ان ذلك غير مضر في البيع فكذلك في الهبة .

وقد تلخص ان الملك قسم واحد وهو اللزوم بمقتضى او فوا بالعقود فقول الخصم بان الكلام فعلا في اثبات لزومه فهو مصادرة في غير محله فظاهر الاية الوجوب الاماخرج ويرد على الجواز ايضا ان لازم ذلك يرجع الى كون الجائز واجبا لان الفرض هو وجوب العمل بمقتضى العقد فان كان مقتضاه الجواز يجب العمل بامر الجائز وهو كما ترى اذ معنى الجواز جواز تركه ومعنى الوجوب عدم تركه فيرجع الى وجوب العمل بالجائز وعدم وجوبه وهو تناقض .

وايضاً يرد عليه ما قد عرفت من الجواهر من ان العقد الجائز ينفسخ بالجنون والاعماء وعقد الهبة لا يفسخ بالمذكورات وايضا ظاهر التملك هو بنحو لا يرجع اليه فانه حيث كان مختاراً في اول الامر ولم يكن هبته على كره وجبر فلا محالة يدور امره بين عدم الهبة او هبته على نحو اللزوم كى يتمكن الموهوب له في العين بلا توجه ضرر عليه والالتزم الضرر لكون تصرفاته معلقاً على عدم المراجعة اليه بعدما وهبه ولانه امر منكر عند الشرع والعرف اما العرف فواضح بل يذم من هو كذلك .

واما الشرع فحيث كان الجواز لو خلى وطبعه قبيحاً ومنكراً فلا يأمر بامر منكر كما لا يحكم بامر ضررى فالحكم بالرجوع قبيح وضررى فكما لا يرجع الى ما دفع لله فكذلك اذا دفع هبة بل كون الهبة ايضا يكون قرينة في الغالب

غاية الامر ليست مشروطة بالقربة فالهبة امر ذاتا لازمة الا ان يعرضه الجواز هذا صغرى والكبرى اوفوا بالعقود .

والحاصل مقتضيات العقد عبارة عن مدلول العقد ومعناه اللغوى الظاهر منه عند سماع اللفظ وتعلق وجوب الوفاء بهذا المعنى لا غير و هو اجنبى عن وجوبه او جوازه فاذا قال انك وكيلى فى كذا مقتضاه هو ان يفعل الوكيل ما امر به الموكل واما كون ذلك ان واجبا فواجب وان جائزا فجائز فلا يكون من مقتضى هذا العقد اصلا بل هو امر يحتاج الى ثبوته وعدمه من دليل خارج فاذا دل دليل بان الوكالة من العقود الجائزة فيكون جائزة والا فيحسب الصيغة كان واجب الوفاء لانه عقد وعهد وبين الموكل يجب عليه فعله .

فلا يتم قول المحكى عن العلامة بذلك الذى افاد الشيخ من ان الوجوب والجواز من الاحكام الشرعية وخارج عن مقتضيات العقد وهو الوفاء بمدلول اللفظى من العقد ففى صورة كون المدلول هو التمليك ليس هو قسمان لزوم وجواز .

وكيف كان فقد تلخص ان الهبة لازمة من حين عقدها ولكن مع ذلك جعل الشارع له طريقا على فرض ندامته بالرجوع اليها مالم يتصرف فيها كما جعل لمشتري الحيوان طريقا الى ثلاثة ايام على فرض ندامته او الاطلاع على عيوبه وهذا غير مناف مع اللزوم .

وكيف كان فلا اشكال فى لزوم الهبة وان عقدها ظاهر فى اللزوم .
وكيف كان فالاقوال ثلاثة احدها وهو المشهور الموافق للقواعد وهو اللزوم بالتصرف والثانى وهو الذى اختص به المصنف وتابعيه وهو عدم اللزوم باى تصرف كان والثالث التفصيل بين بقاء العين بحالها فيجوز الرجوع ولا يجوز لو لم تبقى بحالها وقد عرفت ان الاصح هو القول الاول .

وقد اشار اليه العلامة فى المختلف والتذكرة وان المتهم قدمك بالعقد

والاقباض وظهر اثر الملك فالتصرف وظاهره ان التصرف اثر الملك اللازم لانه مع جوازه وتزلزله لايجوز فيه التصرف الموجب لذهاب حق الواهب فجوازه على فرض لزومه وبعده لايتحقق النقل عنه بالفسخ الاسبب طار وعارض له بعد العقد والرجوع ليس سببا جديداً كى يفسخ وانما يكون سببا جديدا فيما جازله الفسخ كما فى زمن الخيار .

قال فى المختلف اختلف علمائنا فى تصرف المتهب هل يوجب لزوم الهبة ويمنع الملك من الرجوع فيها افتى به الشيخ فى النهاية واطلق التصرف وتبعه ابن البراج وابن ادريس .

وقال المفيد رحمه الله اذا استهلكت الهبة لم يكن للواهب سبيل الى الرجوع فيها وكذلك ان احدث الموهوب له فيها حدثا لم يكن الواهب ارتجاعها وقال ابن حمزة اذا خرج الموهوب عن ملك المتهب لم يكن للواهب الرجوع فيها وان عاد اليه وان رهنه المتهب او كاتبه كتابة مشروطة فانفك الرهن او عجز العبد كان للواهب الرجوع فيها ان بقى بحاله فان تصرف المتهب فيها بان يكون الهبة شجرا فاتخذ منها بابا او سيرا او يكون ثوبا خلقا فقصره او امانة فوطيها لم يكن له الرجوع فيقسم التصرف الى ما يحصل معه تغيير العين او احداث شىء فيها وهذا النوع من التصرف يمنع الرجوع والى ما لا يحصل كالرهن والكتابة وهذا لا يمنع عنده وكان ظاهر كلام المفيد يمطيه وقال سلار للواهب الرجوع فيما لم يعوض عنه مادامت العين باقية وكذا قال ابو الصلاح واطلق القول وهذا الاطلاق يعطى جواز الرجوع مع التصرف لان ابا الصلاح منع من الرجوع فى الهدية مع التصرف .

والوجه الاول لنا ان المتهب قد ملك بالعقد والاقباض وظهر اثر الملك فقوى وجود السبب وكان تاما والالم يتحقق اثره فلا يتحقق النقل عنه الاسبب طار والرجوع

ليس سبباً هنا والا لكان سبباً فى غيره لا يقال ينقض بما قبل التصرف فان السبب موجود ولانه سبب فى ملك المطلق الثابت مع الجواز واللزوم لا فى الاخص وهو اللازم فانه عين المتنازع و الرجوع سبب فى ازالة الملك كما قبل التصرف فكذا فيما بعده عملاً بالاستصحاب لانا نقول الفرق ثابت بالقييد الذى ذكرناه من ظهور اثر السبب .

فلا يقاس وعليه ما لم يظهر اثره لضعفه والاصل لزوم الملك لا انتقاله الى المتهب فيدخل تحت عموم قوله تعالى ولانا كلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراص منكم وليس الرجوع تجارة ولا عن تراص والاستصحاب منقوض بمثله وبقوة السبب بظهور اثره وبما رواه ابراهيم بن عبد الحميد عن الصادق عليه السلام قال انت بالخيار فى الهبة مادامت فى يدك فاذا خرجت الى صاحبها فليس لك ان ترجع فيها. وقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من رجع فى هبته فهو كالراجع فى قيمته احتج الآخرون باصالة بقاء الملك على صاحبه و بما رواه عبدالله بن سنان فى الصحيح قال سئلت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يهب الهبة ايرجع فيها ان شاء ام لا .

فقال يجوز الهبة لذوى القربى والذى يثاب فى هبته ويرجع فى غير ذلك ان شاء وفى الصحيح عن الحلبي عن الصادق عليه السلام قال اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله ان يرجع والا فليس له والجواب الاصل قد زال بتجدد الملك الثانى فيستصحب حكم الثانى لطريانه على الاول وازالته اياه والثابت الموجود اقوى تاثيراً من المنفى المعدوم وتحمل الروايات على ما اذا لم يوجد التصرف انتهى .

قوله وكذلك ان احدث النخ اى بمجرد حدوث حدث فى الموهوب سقط حق المالك فى المراجعة اليه فيكون التصرف مطلقاً موجبا للزوم فانه ظاهر . قوله واطلق وليس للزوم بمطلق التصرف الا من حيث العمل بالروايات المعمولة عليها فايراد صاحب الحدائق تبعاً للشهيد بانه ان اراد بكون العقد بعد الاقباض لازماً فهو اول النزاع وان اراد مطلق الملك اعم من الجواز واللزوم

فلا يفيد فيه ان هذا الكلام مبنى على العمل بالاخبار المتروكة الظاهرة في كون الهبة جائزة دائماً . وكيف كان فليس تلك الاخبار الامجلمة غير قابل للعمل بها . ونعم ما افاد في مفتاح الكرامة من انه لو كان تلك الاخبار ظاهرة في الجواز لما عرض عنها الاصحاب والفرس انه قد اعرضوا مع انها فيما بأيديهم وبمنظرهم ومع ذلك لم يتكلموا فيها من حيث الاعتبار ولم تقدموا ما اعرض عنها ابداً فذلك منهم اقوى وهن عليها بحيث سلب عنها الاعتبار كلالا لا يكون عمل المصنف بوحده دليلاً على الاعتبار وحجة للعاملين بها وان اسر باثبات .

قوله في المسالك فقال فالهبة اذا تحققت كانت متزلزلة بحصول التصرف المتوقع على القبض كما ان البيع اذا تحقق كان متزلزلاً الى حصول الافتراق ومن ذلك ظهر فساد قوله .

واما الثاني لما عرفت من ان اللزوم غير مناف مع وجود شرط وجودى او عدمى فالعقد لازم مع حصول التصرف الحاصل بالقبض بل هو ملزوم القبض بل هما امر واحد اول ابتداءه القبض وآخره صدور عمل فى الموهوب واما قوله واما الثالث الخ فقد اعترف بان سنده لو صح كان دالاً على اللزوم بالقبض فنقول اما اولاً فالسند وان كان راويه واقفياً لكن اكثر روايات الاخبار كذلك ومع ذلك حيث كان موثقاً قد عمل الاصحاب برواياتهم فى كثير من المسائل وثانياً ليس الدليل منحصراً فيه .

بل يدل عليه ما رواه الشيخ فى التهذيب عن أبى بصير «عن أبى عبدالله عليه السلام قال : قال الهبة لا تكون أبداً هبة حتى يقبضها والصدقة جائزة عليه» تقر به ان الهبة مالم تقبض كانت فى معرض الزوال لاجل جوازها وعدم استقرارها فلا تكون هبة لازمة الا بالقبض .

وما رواه فى الصحيح عن أبان عن أخبره «عن أبى عبدالله عليه السلام قال : النحل والهبة ما لم تقبض حتى يموت صاحبها ؟ قال : هى بمنزلة الميراث الحديث فالهبة قبل القبض لا يكون هبة لازمة بل متزلزلة بمنزلة الميراث لو اختار ارثه الوارث والحاصل لا اشكال فى حصول الملك اللازم بمقتضى الاية متزلزلاً بالتصرف

وهو غير الجائز لانه يجوز لصاحبه الرجوع بخلاف التنازل فان الملك فى زمن خيار المشتري متنازل وليس للبائع عمل يذهب موضع الخيار كبيعه ثانياً بآخر وانما يكون ذلك للمشتري ففرق واضح بينهما وسيأتى من كشف الرموز بعض الكلام مع بحثه مع المصنف فى ذلك وقد تم الكلام فى مسألة لزوم العقد فراجع بعد الاستدلال للقول الاول بما هذا لفظه :

حجة القول الثانى امور :

الاول عموم قوله تعالى ولانأ كلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وليس الرجوع تجارة ولا عن تراض .

الثانى عموم او فوا بالعقود خرج منه ما دل الدليل على جوازه فيبقى الباقي على اصله .

الثالث رواية ابراهيم بن عبد الحميد عن الصادق عليه السلام قال انت بالخيار فى الهبة مادامت فى يدك فاذا خرجت الى صاحبها فليس لك ان ترجع فيها وقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من رجع فى هبته فهو كالراجع فى قيمته خرج من ذلك ما اخرجه الدليل فيبقى الباقي على اصله .

الرابع ان جواز الرجوع يقتضى تسلط الواهب على ملك المتهب وهو خلاف الاصل لقوله عليه السلام الناس مسلطون على اموالهم فيقتصر فيه على موضع الدليل .
الخامس قال الشيخ ره روى الاصحاب ان المتهب متى تصرف فى الهبة فلا رجوع فيها وهو يدل على وجود الروايات بذلك .

السادس ان المتهب قد ملك بالعقد والاقباض وظهر اثر الملك بالتصرف فقوى وجود السبب وهو تام والا لم يتحقق اثره فلا يتحقق النقل عنه الاسبب طارو الرجوع ليس سبباً هنا والا لكان سبباً فى غيره .

السابع ان جواز الرجوع يقتضى الضرر والاضرار بالمتهب على تقدير بنائه وغرسه وطول مدته وهما منفيان شرعاً .

الثامن ان الموهوب قد صار ملكا للمتهب بعقد الهبة فلا يعود الى ملك الواهب
الابعد جديد او ما فى حكمه .

التاسع انه اجماع لان المخالف معروف الاسم والنسب فلا يقدر فهده عشرة
ادلة بحديث القىء لانه دال برأسه وان كان فى ضمن حديث آخر فقد روى منفرداً
ايضا وهذه الادلة جمعتها من تضاعيف عبارات اصحاب هذا القول ولم يتفق جمعها
لاحد منهم هكذا وهى اقصى ما يمكن من استدلالهم وفى كل واحد منها نظراته
وقد اورد قده على العشرة بما لا يرد عليه اصلا وكل ما ذكر لهم من الدليل
صحيح ولو كان غير مجتمع فى هذا المورد .

ولا يرد عليه اعتراض المسالك فان الهبة صارت مال المتهب واخذ منه
دون رضاه كانت تجارة من دون نراض جدا وادفوا بالعقود عبارة عن مجرد
اعطاء المالك الى المتهب بعد كون الظاهر كون الهبة من العقود اللازمة غايته
له المنع عن القبض اليه واما اذا قبضه باختياره صار لازمة بحيث لا يجوز له
الرجوع ولقد اجاد الشيخان حيث كان الظاهر من فتواهما هو اللزوم بعد القبض
مطلقا حتى فيما بقيت العين بحالها فانه بمجرد التصرف فيها ولو بمثل الكنس
والسقى او غسل الثياب الذى كانت معه العين بحالها .

ولا يجوز للواهب الرجوع الى عين الباقية الا ترى الى فتوى الشيخ فى
النهاية ومما يضحك به الشكلى ان صاحب الحدائق تبع للشهيد الذى ذكره الوجوه
العشرة للقائلين باللزوم قال فليس الا هذه الوجوه التى لفقوها وهى اوهن من بيت
العنكبوت وانها لا وهن البيوت انتهى الا ترى الا وهن هذه العبارة لصاحبيه وراكتها
فى هذا المقام مع ان الامر بالعكس فقال فى مقام الايراد على العشرة التى ذكرها ما لفظه:
أما الأول ففيه أن الرجوع ليس أكل مال بالباطل، لانا انما جوزنا الرجوع
بتلك الأخبار الصحيحة الصريحة فى جواز الرجوع بعد القبض ، فانها صحيحة
صريحة فى الرجوع .

نعم قال الدليل من خارج على عدم جواز الرجوع في بعض الموارد فخصصنا به تلك الأخبار ، فبقيت فيما عداه على اطلاقها ، بل أكل المال بالباطل انما يلزم القائل اللزوم ، وعدم جواز الرجوع ، فانه متى دلت الاخبار على جواز الرجوع ويرجع الواهب ، ولم يدفع اليه بناء على دعوى لزوم الهبة بالتصرف ، فان اللازم من ذلك أكل المتهب لها بالباطل ، لمخالفته مقتضى النصوص المذكورة الدالة على استحقاق الواهب لها بعد رجوعه منها .

قوله انما جوزنا الخ الا ترى الى تجويزه الرجوع بالاخبار التي تر كها المحققون وترك الاخبار الصحيحة المعلولة عليها قوله نعم قام الدليل الخ وليت شعري بان الدليل الذي دل على عدم الرجوع في موارد خاصة كالقرابات وخص العمومات المتروكة كيف بغير موارد الجواز لم لم يخص تلك العمومات بادلة الصحيحة المعتبرة المعمولة عليها.

فلو سلمنا صحة تلك العمومات المجوزة للهبة لزم تخصيصها بمثل قوله اذا خرج الهبة عن يد الواهب فلا رجوع له وسائر ما تقدم بمثل ان الرجوع الى الهبة كالرجوع الى قيمته فصح تخصيص جوازها بما قبل القبض والتصرف . فان قلت ليس المقام مقام التخصيص لان الطائفتين متعارضتان عموما . قلت فمع التعارض لا محل للتخصيص بل لزم العمل بما هو المشهور لقوله خذ بما اشتهر منهما سواء اريد الشهرة الرائية او الفتوائية فالشهرة بكليةما في طرف اللزوم ثم قال :

«وأما الثاني ففيه أن العقود منها الصحيح ومنها الفاسد ومنها الجائز ومنها اللازم وقد حققنا سابقاً أنه لا يجوز العمل بالاية على ظاهرها لما عرفت ، بل الواجب حملها على العقود اللازمة ، وما نحن فيه ليس بلازم لدلالة النصوص الصحيحة واتفاقهم على جواز الرجوع بعد القبض أعم من أن يكون قد تصرف أو لم يتصرف ودعوى كون العقد

لازماً وهنا بالتصرف مصادرة ، لانه عين المتنازع ، افلا ترى الى انه مجرد دعوى باطله ثم قال :

«وأما الثالث فمع قطع النظر عن ضعف السند الذى يوجب طرحه باصطلاحهم فضلا عن أن يصلح للمعارضة ، فانك قد عرفت أن هذا الخبر وما فى معناه من الأخبار الدالة على عدم الرجوع بعد القبض قد حملها الأصحاب على الكراهة . قوله وأما الثالث فهو رواية ابراهيم بن عبد الحميد وفيه انه موثق والحمل على الكراهة بلا جهة توجبه غير صحيح ثم قال :

«وأما الرابع ففيه أن جواز الرجوع مما اقتضته الصحاح المتقدم ذكرها والمتهب انما ملكه ملكاً متزلاً مراعى بعدم الفسخ من الواهب ، فان مجرد القبض لا يقتضى لزوم الهبة ، كما عرفت ، بل هى جائزة لاتلزم الا بأحد الاسباب الموجبة للزومها ، وليس هذا منها ، ودعوى ان التصرف من جملتها مصادرة ومتى فسخ الواهب ورجع فانما رجع فى ماله ، وتسلب على ماله ، لامال المتهب ، وحينئذ فالاستدلال بالخبر عليهم ، لاهم ولا يخفى ما فى هذه الكلمات تدبر فيها ثم قال .
«وأما الخامس ففيه أن الاستدلال بمجرد هذا الكلام مجازفة محضة سيما على مذاقهم واصطلاحهم ، ومناقشتهم فى الاخبار المرورية فى الاصول ، فكيف يعتمدون هنا على مجرد هذا الكلام ، مع أن كتب الاخبار خالية من ذلك .

ولا يخفى ما فيه فان هذا الكلام غير خال عن التعريض بمثل الشيخ مع انه اعلم بمراتب الاخبار منه بما لا مقايسة له بالشيخ و كتابه بمثل النهاية ثم قال
«وأما السادس وهو أقوى أدلته فى المختلف ، ولهذا قدمه وبالغ فى الذب عنه ، ففيه ما ذكره فى المسالك من أنه ان أراد بالملك بعد العقد والاقباض هو الملك على جهة اللزوم ، فهو عين النزاع ومحل البحث ، وهل هو الامصادرة وان أراد تحقق الملك المطلق أعم من اللازم والجائز وترتب أثر هذا المطلق فهو غير نافع لان العقد الجائز لا يرفع جوازه التصرف فيه على هذا الوجه ، كما

يظهر ذلك في تصرف أحد المتبايعين مع وجود الخيار الاخر ، و كما في التصرف غير المغير للمعين ولا الناقل للملك في الهبة عند بعض الاصحاب .
 وحينئذ فالظاهر من أثر الملك انما هو أثر الملك اللازم الحاصل وهو الحائز رفعه على ما يدعيه الخصم ، ودلت عليه الاخبار الصحيحة وذلك لا يوجب قوة السبب ولا تماميته ، ولا ينافي كونه سبباً ودعوى كون الرجوع ليس سبباً هنا عين المتنازع ، فان الخصم يجعله سبباً تاماً في رفع ملك المتهب ، واثبات ملك الواهب بواسطة جواز العقد الذي قد استنفيد من النصوص ، انتهى ، وهو جيد رشيق .

قوله وان اراد تحقق الملك المطلق الخ وفيه اختيار الاول وهو الملك على جهة اللزوم والنزاع فيه ناش من عدم تعقل اللزوم بزعم انه لو كان لازماً لما كان لزومه مقيداً بالتصرف بل لازماً من حين صدور العقد وجوابه عدم منافاة اللزوم مع قيد او شرط كما عرفت وسيأتي في جواب صاحب التنقيح فان البيع لازم بالاتفاق مع ان لزومه متزائل على مضي خيار المجلس فكما ان البيع كان لازماً من اول الامر ومع ذلك كان متزائلاً فكذلك الهبة بمجرد صدور العقد لازماً بمقتضى ادفوا بالعقود مع ان الملك متزائل ومشروط بالتصرف ولا يكون اللازم في عقد اللازم لزومه مطلقاً فاذا تحقق العقد بقوله وهبتك يلزم عليه الدفع عند تصرفه وان اريد عدم لزومه من غير هذه الجهة بزعم ان عقد الهبة جائزة مطلقاً من دون شرط كما عليه المصنف فعليه الحجة الواضحة وجعل الحجة اخبار المعرض عنها وترك ما عمل عليها دون اثباته خرط القناد ثم قال :

وأمّا السابع فضعفه أظهر من أن يخفى ، اذ لا خلاف كما عرفت الخ
 قد عرفت ان دليل السابع عبارة عن كون حواز الرجوع ضرر على المتهب فيما اذا غرس او قطع او خاط الموهوب والضرر منفي في الشرع ولا يخفى ان

الدليل في غاية المتانة بل نفس هذا الدليل بوحدته كاف في بطلان الجواز وصحة الرجوع فان العقد بالتصرف لو لزم فلا كلام لاختيار المتهم في العين والتصرف فيه باى انواع التصرف .

واما لو بقى بعد التصرف ايضا في حال جوازه فان التصرف كان ضرراً عليه لامكان رجوعه ومطالبة العين وقلمها وخرابها وان لم يتصرف وبقى بحال التزاول كان ايضا ضرر عليه لاحتياجه الى التصرف وعدم اطمئنان له لامكان رجوعه فكان في صورتى التصرف وعدمه ضرر عليه تدبر .

ومن جميع ذلك يظهر فساد البقية الى آخر عشرة ادلة بل من ذلك يظهر فساد ما افاد في شرح المفاتيح فانه قريب من حيث العبارة بما نقلت لك من الحدائق بل منه يظهر فساد ما افاد في التنقيح فقال بعد تقريب المقام بامور ستة وجعل سادسها في تصرف المتهم ما هذا لفظه :

واختلف في السادس فقال سلا والتمقي بجوازه واختاره المصنف لرواية ابن سنان المتقدمة ورواية الحلبي صحيحاً عن الصادق عليه السلام . اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع والافليس له .

وقال الشيخ في النهاية والمفيد والقاضى وابن ادريس وابن حمزة بعدم جوازه ولا بن حمزة تفصيل ، وهو أن التصرف ان غير العين كالخشب يعمل باباً والثوب يقصر أو يفصل قميصاً والغزل ينسج فلار جوع ، والافله ذلك كالعبد يرهنه أو يكاتبه مكاتبة مشروطة .

واختار العلامة قول الشيخ في النهاية ، واحتج عليه بوجوه :

١) ان المتهم ملك بالعقد والقبض وظهر أثر ذلك بالتصرف فقوى وجود السبب فيكون ملكاً تاماً فيحتاج انتقالها عنه الى سبب حادث وليس . والرجوع ليس بسبب والا لكان سبباً في غيره من العقود .

٢) أصالة لزوم الملك لانتقاله الى المتهم ، فدخل تحت عموم «ولانا كلوا

أموالكم بينكم بالباطل، الى ان قال وفي الكل نظر .

أما الاول - فلان الملك مسلم لكن لزومه ممنوع والالزم مع عدم التصرف وكون التصرف سبباً لزومه عين المتنازع ، فلا يكون مقدمة والالكان مصادرة على المطلوب .

واما الثاني - فللمنع من كون اللزوم أصلاً والالكفى مع عدم التصرف .
وأما الثالث - فلان الرواية ان سلم سندها فهي تدل على اللزوم بالقبض مطلقاً وانتم لاتقواون به .

واعلم أن تردد المصنف من تعارض الاحتمالين كما قلناه انتهى قوله لكن لزومه ممنوع والالزم مع عدم التصرف وفيه ان آية ادفوا ظاهرة في لزوم في كل عقد انعقد مع الشرائط مضافاً الى الاخبار المعتبرة الدالة على اللزوم بقدر الكفاية .

واما قوله والا يخ ففيه ان كل عقد لازم مشروط بشرائط كان لزومه مع شرائطه وليس من اول صدور من المتكلم لازماً ضرورة ان اقوى عقد كان لزومه قطعياً هو البيع ومع ذلك لزومه متوقف على مضي خيار المجلس والحيوان والشرط فقول البايع بعثك مع لزومه متنازل الى انقضاء المجلس وبعده صار لازماً وكذا في الحيوان والشرط فلان مانع من كون الهبة لازمة ولكن لزومه متوقف على القبض والتصرف فالتنازل من اول الامر غير مضر مع لزومه بحصول شرطه فالهبة لازمة لامن اول عقدها .

ومنه يظهر فساد قوله وكون التصرف الخ اذ قد عرفت ان التصرف سبب للزوم واثره ظاهر بعد حصوله كما ان خيار المجلس سبب للزوم واثر اللزوم ظاهر مع التفرق فالهبة من اول الامر لازم واثر لزومه ظاهر بالتصرف .

و كيف كان فالمسألة على اختلاف كلاماتهم قد بقيت على اشكالها ونحن يقدر القدرة نتكلم فيها .

وقد عرفت ان المسألة بين قولين كون القبض شرطا للصحة او للزوم ومدرك
الاول روايات غير معمولة عليها مع كونها على وفق العامة .
وقد تحقق في محله ان العمل بالاخبار كما يحتاج الى الفراغ عن الصدور
يحتاج الى الفراغ عن جهة الصدور ايضا وكثيرا ما كانت الاول مسلم بخلاف
الثاني والروايات مع اعراض القوم عنها لا وجه لاعتبارها واما القول بكونها شرطا
للزوم فهو ايضا مبتلى باشكال عدم جواز رجوع الواهب بالاجنبى بعد القبض
وهو على خلاف اجماعهم ايضا بان عدم الجواز بعد التصرف وقبله يجوز فاذا قيل
بعدم جواز الرجوع مع التصرف معناه جوازه مع القبض .

وقد صرح الوحيد به بان القول بعدم جواز الرجوع بعد القبض ليس لاحد
منهم مع ان نفسه من المجمعين بان القبض شرط للزوم وقد عرفت منا تصحيح ذلك
بان المقصود بالقبض هو التصرف من حيث ان التصرف متوقف على القبض بل
مرتبة ضعيفة من التصرف بل نفس اخذها من الواهب وادخالها في منزله وابقائها
عنده تصرف كما عرفت فراجع فذكروا في مقام الفتوى ما هو سبب للتصرف
وهو القبض .

وبهذا البيان قد جمعت بين كلماتهم وارتفعت الاشكال بان المراد بالقبض
هو التصرف حتى يصح رجوع الواهب الى الاجنبى ولو بعد القبض ما لم يتصرف فيه
ومع ذلك كله ارجع علم ذلك عند الله ولا ينحل الاشكال كلا الا بالسماع
من المعصوم ولاجل بعض هذه الاشكالات قد باحث صاحب كشف الرموز مع
استاذة الشريف في مسألة جواز الهبة وعدم لزومها بالتصرف فقال بعد قول المصنف
في نافع وفي الرجوع مع التصرف قولان اشبههما الجواز ما لفظه .

وأما للاجنبى مع التصرف فذهب الشيخان وأتباعهما وابن البراج وصاحب
الرائع وصاحب الواسطة والمتأخر الى انه لا يجوز الرجوع ، واختار شيخنا الجواز

والاول أشبه ، وبه افتى .

(لنا) الاجماع ، والنظر ، والنص ، والاثر ، اما الاجماع فتقريره من وجهين (احدهما) ان فقهاء الاصحاب المتقدمين بين مفت بالمنع من الرجوع وبين ساكت عنه والساكت لا فتوى له ، فكل قائل ، يفتى بالمنع (وثانيها) ان هؤلاء فضلاء الاصحاب يفتون بذلك ، ومن خالف معروف باسمه ونسبه ، فيكون الحق فى خلافه وأما النظر ، والنص فبمثل ماضى فى مسألة ذى الرحم ، ويزيد على ذلك ان القول بجواز الرجوع يستلزم الضرر المنفى والاضرار المنهى لقوله عليه السلام: لا ضرر ولا ضرار ومستلزم المنفى والمنهى منقى ومنهى .

أما بيان الاول ، هو أن الموهوب او كان - مثلاً عرصة ، فبنى فيها الموهوب منه داراً قوياً (قوية ظ) وانفق عليها مالا عظيماً ، فى زمان طويل ، او كان ثوباً خاماً فقصره وخاطه قباء ، او كان حيواناً صغيراً فرباه مع الانفاق عليه ، او ضيعة خربة فأعمرها ، واخرج ماءها من قناتها - فلا ريب ان من القول بجواز الرجوع ، يلزم ضرر واضرار ، وفساد ونزاع بين الواهب والموهوب منه ، وكل ذلك غير جائز .

واما الثانى فظاهر مسلم لا ينكره الامعانء .

وأما الاثر فعدة روايات (منها) ما رواه الشيخ فى الكتابين ، مرفوعاً الى ابراهيم بن عبد الحميد ، عن ابي عبد الله عليه السلام قال : انت بالخيار ، مادامت فى يدك فاذا خرجت الى صاحبها فليس لك ان ترجع ، الحديث وفى معناه غير ذلك . (فان قيل) : هذه منافية لما ذكرتم من الروايتين فى مسألة ذى الرحم (قلنا) : هما محمولتان على عدم التصرف ، ووجود القبض ، وهذه على وجود التصرف توفيقاً بين الروايات ، وحذراً للالغاء ، فلانفاة .

وكذا باقى الروايات الواردة فى معارضة هذه امامؤولة أو مستضعفة ، وباحت شيخنا رحمه الله فى هذه المسألة فى الدرر ، واستقصيت فى المنع والتسليم ، فما

ظفرت بشيء يوجب لى الرجوع الى قوله ، انتهى محل الحاجة .
 وقدمر عبارة صاحب الجواهر فى مسألة ان الاصل لزوم الهبة او جوازها فراجع
 ولكن الانصاف ان طرح هذه الاخبار الكثيرة مشكل جدا لكونها مشتملة
 على الصحاح ايضا لكن الامردائر بين العمل بها وترك ما سلم من الاشكال وقد
 عمل بها الكل الانادرا .

ومن المعلوم ان الثانى هو المتمين الذى يصح ان يجاب به الرب تعالى لو
 سئل عن ترك الغير المعمول بها واللازم على الفقيه فى مقام الاستنباط ان يكون
 له حجة بحيث صح اقامته عند صاحب الدين والله يحفظنا عن مزال الاقدام والاقلام
 ﴿وتستحب العطية لذى الرحم﴾ .

وفى الجواهر وان لم يكن فقيراً بالاخلاف ، ولا اشكال فى شيء من ذلك
 ﴿وتنأكد فى الوالد والولد﴾ الذين هم أدلى من غيرهم من الارحام ، لانها من
 صلة الرحم المعلوم نديها كتاباً وسنة واجماعاً بل لعلمه من الضرورى بل فى
 المسالك وانما تستحب عطية الرحم حيث لا يكون محتاجاً اليها بحيث لا تندفع
 حاجته بدونها والا وحبت كفاية ان تحققت صلة الرحم بدونها ، والا وحبت عيناً ،
 لأن صلة الرحم واجبة عيناً على رحمه انتهى .

﴿و﴾ كذا تستحب ﴿التسوية بين الاولاد فى العطية﴾ بالاخلاف فيه بين
 العلماء كما فى محكى التذكرة ، بل محكى الخلاف ، لافرق فى ذلك بين الذكر
 والانثى باجماع الفرقة وأخبارهم .

﴿ويكره الرجوع فيما نهبه الزوجة لزوجها ، والزوج لزوجته﴾ .
 وفى الجواهر عند الاكثر فى المفاتيح وعندنا فى محكى المبسوط بل عن
 الخلاف والغنية الاجماع عليه انتهى .

ولا يخفى ما فى الكراهة بمد كونهما من ذوى القرابة فلا يجوز الرجوع
 للزوم الهبة حينئذ ووجه القول بالكراهة هو العمل بروايات المتروكة فحملها

على الجواز بنحو الكراهة .

﴿ و ﴾ ﴿ لذا ﴾ ﴿ قيل ﴾ والقائل الفاضل وفخر الاسلام والمقداد والقطيفى
وثانى المحققين والشهيدىن والخراسانى والكاشانى ﴿ بجريان مجرى ذوى الرحم ﴾
وفى الجواهر فى اللزوم بل عن التذكرة حكايته عن جماعة ، كما عن
التحرير والحواشى للشهيد حكايته عن الشيخ و كانه مال اليه أول الشهيدىن ﴿ والأول
أشبه ﴾ عند المصنف لاطلاق ما دل على الرجوع بها من الروايات التى قد اعرض
عنها الاصحاب كما عرفت بما لا مزيد عليه مع ورود الاشكالات الكثيرة عليها
المانعة من العمل عليها .

وقد عرفت منافى سائر مجلدات الكتاب ان معيار الصحة والقسم فى الروايات
ليس الاصطلاح الجديد الموجب لطرح الروايات المطابقة للروايات الصحيحة غالبا
بل المعيار هو عمل المتقدمين بها وقد عرفت اعراض الجميع عن امثال تلك
المضامين من الاخبار فكل ما صدر من قبيلها لاعتبار بها الا بنحو ترك اخبار
الصحيحة المعمولة عليها بعد عدم امكان الجمع بينهما .

ومنها قوله عليه السلام ما رواه فى التهذيب فى الصحيح عن أبى بصير قال : قال
أبو عبدالله عليه السلام الهبة جائزة قبضت أو لم تقبض قسمت أو لم تقسم ، والنحل لا يجوز
حتى يقبض ، وانما أزداد الناس ذلك فأخطأوا ، فمع عدم الفرق بين النحل والهبة
واجمالها معارضة مع جميع ما عرفت فى مسألة اللزوم .

واستدل عليه بصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام أنه سئل عن رجل
كانت له جارية فاذته امر أنه فيها فقال : هى عليك صدقة فقال : ان كان عليه السلام
ذلك لله فليمضها ، وان لم يقل فله أن يرجع ان شاء فيها .

وهو ايضا كذلك مع ان الزوجة من الاقارب راجع الى مسألة المتقدمة
أنفا فهو معارضة لجميع ما تقدم فالرواية ظاهرة فى القبض والتصرف فانها هبة
لها على فرض عدم قصد القرابة وكانت فى يدي زوجته ومقتضى جميع ما تقدم

عدم جواز الرجوع فيها بعد حصول التصرف فيها بمقتضى كونها فى تحت اختيار زوجها بعد الهبة مضافا الى انه هبة بذوى القرابة .

فلا يرجع اليها من وحين من كون الزوجة ذوى القرابة ومن كون الهبة بعد التصرف فيها بمقتضى العادة فان السؤال عن الامام عن حكم ذلك بعد تحقق كونها للزوجة ويمكن كونها عندها بعد مدة ثم سئل عن حكمها وفى هذه المدة لا يمكن خلوها عن التصرف عادة فيها خصوصا كون سؤال الزوجة لها لاجل الاحتياج اليها فهذا الصحيح من الروايات التى وقعت محل الاعراض عن الاصحاب واما بصحيح عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام «لا ينبغي لمن أعطى الله تعالى أن يرجع فيه ومالم يعطه الله وفى الله ، فانه يرجع فيه نحلة كانت أدهبة حيزت أدلم تحز ولا يرجع الرجل فيما يهب لامرأته ولا المرأة فيما تهب لزوجها ، حيز أدلم يحز ، أليس الله تعالى يقول «ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا» وقال «فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا» فهو بالنسبة الى الصادق صحيح .

ولعل ادخال الهبة فيه تقية عن العامة حيث ان مذهبهم جواز الرجوع وكيف كان فبالنسبة الى الصدقة صحيح ومطابق للروايات الصحيحة وفى غيرها كما فى قوله عليه السلام ومالم يعطه الله الخ لا يصح الحكم بالرجوع بنحو الاطلاق الامع العمل بالاخبار الاخر التى قد عرفت آفا الكلام فيها قد بلغ باقناه .

ولعل الاستشهاد بالاية ايضا قرينة على كون قبلها تقية عن العامة فقرنه عليه السلام بما هو المسلم من لآية ولا منافات بين العمل ببعض الخبر وترك بعضها واما صحيح ابن بزيع «سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يأخذ من أم ولده شيئا وهبه لها ، من غير طيب نفسها من خدم أو متاع أيجوز ذلك له ، قال: نعم ، اذا كانت أم ولده ، وفى الجواهر بناء على أن المراد بالشرط مملوكته ، لعدم صحة الهبة لها ، فيدل بمفهومه حينئذ على عدم الجواز اذا كانت زوجته انتهى .

فدلالتة تامة من حيث مفهوم الشرط على فرض عدم صحة الهبة على المملوك

وكيف كان فكلما شك فى لزوم الهبة كان اللازم هو التمسك باصالة اللزوم وعدم صحة رجوع الواهب كما مر.

النظر ﴿الثانى﴾ : فى حكم الهبات ﴿﴾

﴿دهى مسائل : الاولى﴾ : لو وهب فأقبض ثم باع ﴿﴾ مثلاً ﴿﴾ من آخر فان كان الموهوب له ربحاً ، لم يصح البيع ﴿﴾ على وجه يترب عليه أثره ، بل يكون فضولاً ، يحتاج الى اجازة الموهوب له لصيرورة الهبة ملكاله بالقبض ﴿﴾ وكذا ان كان أجنبياً وقد عوض ﴿﴾ او نحو ذلك مما تكون الهبة به لازمة ، ضرورة وقوع البيع حينئذ على مال الغير ، ﴿أمالو كان أجنبياً ولم يعرض﴾ .

وفى الجواهر فلا اشكال فى زوال ملك المتهب ، بل فى المسالك وعن ظاهر المحكى عن التذكرة الانفاق عليه انتهى ولا يخفى ما فيه من حيث كونه بعد القبض وقد مر الاجماع على كون القبض شرطاً للزوم اللهم الا ان يكون مرادهم من القبض هو التصرف من حيث انه السبب لحصول التصرف فذكروا السبب وارادوا منه المسبب بعلاقة السببية والمسببية فالمراد بالزوم وعدم جواز رجوع الواهب فيما اذا تصرف فيجوز حينئذ الرجوع بالبيع ولو بعد القبض لعدم التصرف .

وكيف كان فالمسألة مشكلة وانما تصح على مذهب المصنف قده خصوصاً بعد ما عرفت منا من ان القبض مستلزم للتصرف بل نفسه درجة ضعيفة من التصرف فيشكل بيعه بعد القبض الا بنحو الفضولى عنه مع اجازة الموهوب له فيصح البيع حينئذ بناء على صحة الفضولى بداهة انه يبيع ما لا يملك بعد الهبة .

وقد مر بما لامزيد عليه وقد مر ان الاجماع واقع بين كون القبض شرطاً للزوم ولذا ﴿قيل﴾ : ﴿والقائل الشيخ والقاضى ويحيى بن سعيد على ما حكى عنهم﴾ بيبطل ﴿البيع﴾ لانه باع ما لا يملك ﴿﴾ .

وفى الجواهر ولان الشئ الواحد لا يحصل به الفسخ والعقد ، ولذا كان المصلى بخرج بتكبيرة الاحرام الثانية من الصلاة ولا يدخل بها فيها ، ولان البيع موقوف على الملك الموقوف على الفسخ ، المتأخر عن البيع ، باعتبار كونه

سبباً فيه ، والسبب متقدم على المسبب ، فلو كان الفسخ سبباً في صحته لزم الدور انتهى .

ولا يخفى ان وجه البطلان ما في قوله قيل لكون البيع بيع ما لا يملك بخلاف ما ذكره الشارح الجواهر لان الشيء الواحد وان لم يصح كونه فسخاً وعقداً لكنه فيما صح البيع لو خلى وطبعه والفرض بطلانه في المقام ولو قلنا بصحة الفضولي ايضاً اذ صحته حينئذ يحتاج الى تحقق الاجازة وقبلها لم يتصف بالصحة كى لا يصح فسخاً وعقداً بل لا يصح من حيث عدم تحقق الملكية بعد والفسخ انما يصح في البيع الصحيح تدبر

و منه يعلم عدم صحة قوله ولان ثبوت الفسخ فرع صحة العقد اذ البيع موقوف على الملك وهو غير موجود حتى يصح التوقف لكون الملك قد خرج عن ملكه بالهبة بعد فرض الكلام في كون الهبة مقبوضة فلا يتم الدور حينئذ وبالجملة لا يصح البيع الاعلى مذهب المصنف .

﴿و﴾ لذا ﴿قيل : يصح لأن له الرجوع﴾ .

وفي الجواهر ولكن لم أعرف القائل به ممن تقدم على المصنف الى ان قال ولان العقد يدل على تحقق ارادة الفسخ قبل العقد فيكشف العقد عن حصول الفسخ الخ اما الصحة على القول المصنف فقد عرفت بطلانه بما لا مزيد عليه فان الهبة عنده جائزة الى الابد ولو بعد وقوع التصرفات مادامت العين باقية فعليه كان اختيار الرجوع بيده فيصح على مذهبه البيع بعد الهبة ويكون بيعه فسخاً لهبته ورجوعاً عنها واما قوله ولان العقد يدل على تحقق ارادة الفسخ قبل العقد الخ ففيه ان ذلك انما يصح على قول المصنف حيث يصح عقد البيع وحينئذ يكون العقد فسخاً للهبة لا فيما يكون العقد باطلا او فضولياً لصيرورته ملكاً للموهوب له ومن العجيب هو التمسك بمعموم ادفوا فانه في مال نفسه لامال الغير ومع ذلك :

﴿والاول أشبه﴾ عند المصنف والشارح الشهيد ولاظن احداً يلتزم بذلك

لكونه خلاف المشهور.

ومنهم صاحب الجواهر اللهم الا ان يريدوا بوقوع بيع الواهب قبل اقباضه لكنه على خلاف ظاهر المتن .

﴿وكذا﴾ كيف كان في لو كانت الهبة فاسدة صح البيع على جميع الاحوال ﴿وفي الجواهر من غير فرق فيها بين هبة الرحم والمعوض عنها وغيرهما ، ضرورة بقاء المال حينئذ على ملك مالكة بل في القواعد الاجماع على ذلك ، بل لعله كذلك في حالي العلم بالفساد والجهل به انتهى .

وهو في محله اما صورة العلم فواضح وصورة الجهل كما اذا وهب مال الغير بزعم انه ماله ثم باعه بعد الهبة ثم ظهر له كون المال للغير فالهبة فاسدة والبيع فضوليا صح مع اجازة مالك المال والا يبطل .

﴿وكذا﴾ يصح القول فيمن باع مال مورثه وهو يعتقد بقاءه ﴿وفي الجواهر الظاهر في أن مفروض المسألة السابقة حال الجهل أيضاً بقرينة التشبيه بما قدمه من عدم قصده الى البيع اللازم ، وانما قصد الفضولية ، فينبغي أن يعتبر رضاه به بعد ظهور الحال ، خصوصاً مع ادعائه عدم القصد على تقدير كونه مالكاً انتهى قوله وانما قصد الفضولية الخ لانه اذا اعتقد بقاء المورث علم بان المال له لانفسه فكان يبيعه فضولية عن المورث فاذا بان لنفسه بالعلم بموته لا يحتاج الى شيء لان يبيعه دالا على رضاه .

ولكن يمكن ان يقال لو علم بانه ماله لما باعه فالاحوط حصول رضاه لبيع نفسه .

﴿وكذا﴾ تصح الوصية بعبد معين لشخص معين مع عتقه قبلا فاسدا ولم يعلم بفساد عتقه وانما يعلم بعتقه في حال الوصية ثم بعد الوصية علم بفساد عتقه وعدم خروجه عن ملكه .

وهذا هو الظاهر من قوله ﴿اذا اوصى برقبة معتقة وظهر فساد عتقه﴾ الى

أوصى برقبة معتقة علما في حال الوصية بعتمقه وانما ظهر فساد العتق بعد الوصية فعلى هذا الظهور كيف يصح الوصية ضرورة انه مع علمه بعتمقه الملازم هذا العلم بخروجه عن ملكه وصيرورته مالكا لنفسه كيف ادصاه لزيد مثلا فالوصية باطلة وانه بمنزلة العايب كما عن الدروس ولا ينفعه علمه بعدا بفساد العتق وان العبد كان ملكاله .

وانما ينفع ذلك فيما اذا علم بصحة الوصية كى يتحقق منه قصد انشاء العتق والخروج عن ملكه فالوصية غير متحققة وكان العبد داخلا في امواله فهو مثل من قال بعتمك الدار مع عدم قصده البيع اصلا بل كان في مقام اللهو والعبث كما لو باع دار أبيه عبثا ولهو ثم ظهر موته وانها لنفسه واقعا وجه البطلان كونه في مقام العبث واللهو نعم لو باعت فضولة ثم ظهر كونها له صح .

المسألة ﴿الثانية﴾ : اذا تراخى القبض عن العقد ثم اقبض ، حكم بانتقال الملك ﴿على مذهب المصنف﴾ من حين القبض ، لامن حين العقد ، وليس كذلك الوصية فانه يحكم بانتقالها بالموت مع القبول وان تأخر ﴿القبض اما الوصية فسيأتى انشاء الله في محله .

واما المقام فاذا فرض حصول الملك بمجرد العقد غايته متزلزلا الى حصول القبض فيخرج عن التزلزل فالقبض لامدخلية لحصول الملك والالزم لغوية الايجاب والقبول كما عرفت غير مرة بل السبب الملك هو العقد آخر القبض او حصل بعده كما في زمن الخيار فاذا باع الحيوان انتقل الى المشتري وثمنه الى البائع مع انه زمن خيارى المجلس والحيوان .

نعم هذا يصح عند المصنف القائل بعدم حصول الملك بالعقد بل بالقبض وهو ايضا من ثمرات القولين فيترتب عليه النماء في ملك ايهما على اى المذهبين المسألة ﴿الثالثة﴾ : لو قال : وهبت ولم اقبضه كان القول قوله ﴿بلا خلاف أجدّه فانه منكر للقبض واليمين على من انكر .

وهذا ينطبق على القولين واما قول المصنف وان الهبة بدون القبض لا يفيد ملكا فقوله بعدم القبض صحيح واما على قول المشهوراى القول بان القبض لامدخلية له فى الملك بل الملك حاصل بالايجاب والقبول والقبض شرط للزومه كما يظهر من الجواهر حيث قال لما عرفت من عدم دخول الاقباض فى حقيقة الهبة العقدية النخ فالمعنى حينئذ اقراره بالهبة وملك جائز مع انكار القبض كى يكون له فسخ الهبة والمدعى يدعى بحصول القبض فالقول قول المقر بالهبة الا اذا كان المدعى القبض البينة والا كان عليه الحلف فلامحالة كان انكاره للقبض انكارا للاذن بكون العين عند مدع القبض .

والمحصل مدعى القبض مع كون العين فى يده يصح قوله ولا يكذب الابان كذب الواهب اذنه فى القبض .

﴿وكذا﴾ كان القول قوله ﴿لو قال وهبته وملكته ثم انكر القبض﴾ وفى الجواهر قال فى ان القول قوله اذا كان ممن يرى ان الملك بالعقد ولو تقليداً النخ وهذه العبارة لاتصح الاعلى القول المشهوراى اجتهادا او تقليداً فانه حينئذ يكون القول قول المقر بالهبة اذ عليه لا يكون القبض شرطا للصحة وحصول الملك بل القبض شرطا للزوم فيمكن اخباره اجتهادا او تقليداً عن الهبة بالعقد وحصول الملك به من دون قبض فيكون الملك حاصلًا للمتهب جائزا وللمقر هو المنع عن القبض والتصريح بالملك بيانا للهبة .

توضيحه انه ممن كان يرى ان الملك حاصل بالعقد ولا يحتاج الى اضافة التمليك حينئذ بل نفس وهبته متضمن لذلك فلا يحتاج الى القبض فى حصول الملك كى يكون الملك بالقبض ويكون على خلاف قوله اقبضته فالملك حاصل بالعقد جائزاً وله عدم القبض فانكاره صحيح واثبانه بلفظ ملكته حينئذ تأكيد وبيان لقوله وهبته من غير احتياج له بمقتضى مذهبه فان الفرض مذهبه او مقلده ان الملك حاصل بقوله وهبته من غير احتياج الى القبض وهو شرط للزوم فاذا اقر

بالهبة اقر بالملك .

ولفظ ملكته عبارة اخرى عن وهبته فقد اخبر بالهبة والتملك عن رأيه واجتهاده فاذا انكر الاقباض فالقول قوله :

فقوله ﴿لانه يمكن ان يخبر عن وهمه﴾ اى عن اجتهاده ورأيه اخبر بقوله وهبته اى ملكته ولا يتوقف على القبض فله ان لا قبض فالقول قوله ايضا بناء على اجتهاده او تقليده واخباره عن التملك بدون القبض وانما عبر المصنف عن اجتهاده بالوهم لانه على خلاف مذهبه حيث يرى ان الملك بالقبض المسألة ﴿الرابعة : اذا رجع فى الهبة﴾ المجانية عند من يجوز الرجوع كالمصنف .

﴿وقد عابت﴾ بزيادة أو نقصان ﴿لم يرجع بالأرض﴾

وفى الجواهر بلاخلاف أجده فيه ، للاصل ولأنه حدث فى عين مملوكة للمتهب ، وقد سلطه مالكها على انلافيها مجاناً فلم تكن مضمونة عليه سواء كان التعيب بفعله أم لا انتهى وهو فى محله على مذهب المصنف من جواز الرجوع وعليه ﴿وان زادت زيادة متصلة﴾ لعلف و نحوه كالسمن ولو بفعله على وجه يكون جزء من العين ﴿فللواهب﴾ بلاخلاف أيضاً ولا اشكال ، لأنها من العين المفروض جواز الرجوع بها كما فى الجواهر .

﴿وان كانت منفصلة كالثمرة و الولد ، فان كانت متجددة كانت للموهوب له﴾ لأنها نماء ملكه وخارجة عن العين ، ﴿وان كانت حاصلة وقت العقد كانت للواهب﴾ لأنها حينئذ من الهبة التى فرضنا جواز رجوعه بها بلاخلاف انتهى .

و فى الحدائق ما لفظه قالوا : اذا رجع الواهب فى الهبة حيث يجوز له الرجوع فان وجدها بحالها لم تتغير ، فلا اشكال ، وان وجدها متغيرة معيبة لم يرجع بالأرض لانه حدث فى عين مملوكة للمتهب وقد سلطه مالكها على انلافيها مجاناً فلا يكون مضمونة عليه ، سواء كان العيب بفعله أم لا وان وجدها زائدة

زيادة متصلة كالسمن والتعلم فهي للواهب ، لأنها تابعة للعين ، بل داخلة في مسمائها أو جزء لها لغة وعرفاً ، فالرجوع في العين يستتبعها .

و ان وجدها زائدة زيادة منفصلة حساً وشرعاً كالولد الناتج و اللبن المحلوب و الثمرة المقطوعة و الكسب فهي للمتهب ، لأنها نماء حدث في ملكه ، فيختص به و ان كانت الزيادة منفصلة حساً كالحمل المتجدد بعد القبض ، و اللبن كذلك قبل أن يحلب و الثمرة قبل قطفها ، فكذلك على المشهور ، لعين ما تقدم .

قال ابن حمزة له الرجوع في الأم ، و الحمل المتجدد بناء على انه كالجزء من الأم ، و مثله الصوف و الشعر المنجز ، ولو لم يبلغ أو ان جزه ، فان الأشهر تبعيته للعين ، هذا كله اذا كانت الزيادة قد حدثت بعد ملك المتهب للعين ، و ذلك بعد العقد و القبض ، و أما لو حدثت قبله فهي كالموجودة قبل الهبة ، فيرجع فيها كما يرجع في العين انتهى . و لا يخفى ان كل ذلك في محله على مذهب المصنف فان الملك بعد التصرف باق بحاله على جوازه و لا يلزم اصلاً و انما سلطه المالك عليه باختياره فيجوز له فيه التصرفات ما لم يمنعه عنه فاذا تصرف و رجع اليه ليس له حق و مؤاخذه فيما احدثه في ملك و لاحق ارش عليه اصلاً . و بالجملة على مذهب المصنف الملك حاصل للمتهب بالقبض و التصرف غاية الامر لا يراه لازماً و يجوز الرجوع اليه و اخذه لكنه ما لم يرجع اليه جاز للمتهب كل التصرفات بلاعوض و غرامة للمالك اصلاً .

لكن هذا على فرض جواز الرجوع بعد القبض و التصرف و الا فقد عرفت مما تقدم لزوم الهبة بالتصرف فاذا تصرف المتهب في العين بنحو عابت فلا يصح الرجوع للمالك الواهب حينئذ فانه تصرف في ملكه اللازم له بعد تصرفه فلا وجه لجواز الرجوع فضالاً عن الارش للواهب فادعاء عدم الخلاف من صاحب الجواهر من دون شرح و بيان للمذهبيين مع ان نفسه من القائلين بعدم جواز الرجوع

بالتصرف بعيد منه في الغاية .

وان كانت دعواه عدم الخلاف راجعة الى عدم الرجوع بالارش فهو وان كان كذلك الا ان ذلك فرع جواز الرجوع ولا بدله من بيان ان ذلك على مذهب المصنف فانه وان صح الرجوع حينئذ لكنه على خلافه الاجماع فدعوى عدم الخلاف بنحو الاطلاق في غير محله وكيف كان فالتصرف في الهبة بحيث ادب عيباً في العين مسقط للرجوع عند الجميع .

نعم ان قلنا بعدم كون الهبة من العقود اللازمة بل الجائزة بحيث لا يلزم ابداً ولو باى تصرف ماشاء كما عن المصنف فده وبعض اخر فلامحالة ان اجار المتهب العين ادبها او زوجها فرجع اليه لا بد له من الصبر حتى فرغت العين بانقضاء مدة الاجارة او الزراعة ان رزعاها او رد ثمن العين .

قال في التذكرة مانصه اذا جوزنا الرجوع مع التصرف كما هو مذهب بعض علمائنا ومذهب اكثر العامة فلو كان المتهب قد اجر العين او زارع عليها او زوج الجارية فرجع الواهب صح الرجوع وصبر الواهب في الاجارة الى انقضاء مدتها وكذا في المزارعة ويبقى التزويج بحاله وقد يكون مال الاجارة والزراعة والمهر للمتهب لان ذلك حصل في ملكه وليس للواهب فيه شيء لاعتن مامضى ولا عن ما ياتى ولو ابق العبد الموهوب في يد المتهب صح رجوع الواهب ان لم يتصرف المتهب عندنا ومطلقاً عند من جوز الرجوع مع التصرف انتهى ومراده من بعض علمائنا هو المصنف ره كما اشار الى ان مذهبه موافق للعامة فعليه للاعتداد بما وافقه من الاخبار لا مكان صدورها تقية .

والحاصل ان الهبة من العقود اللازمة ومعناه وجوب الوفاء بما وهبه الا انه مالم يقبض كان الملك متزلزلاً يمكن له فسخه بخلافه بعد القبض فانه صار الملك لازماً لا يمكن له فسخه ففي العقود اللازمة القبض واجب الوفاء بالعقد كما ان في بيع الخيار كان العقد لازماً ويجب القبض غايته الملك متزلزلاً الى

ثلاثة ايام فللمشترى فسخه ولو بعد القبض فمعنى اللزوم ليس بمعنى لا يجب عليه القبض بل يجب غاية ما قبل القبض له الفسخ بخلاف العقد الجائز فانه لا يجب عليه القبض وبعده ايضا له فسخه كما في الوكالة والشركة ونحوهما .

ثم انك قد عرفت الاشكال في انه على كون القبض شرطاً للزوم لازمه عدم صحة رجوع الواهب الى المتهب في الهبة المجانية بالاجماع وحينئذ فما الفرق بين الاجانب والاقارب مع ان بينهما فرقاً باللزوم في الاول دون الثاني . قلت في الاقارب ونحوها يلزم بمجرد الهبة والوصول الى يد المتهب تصرف فيه اولا بخلاف الاجانب فانها يلزم بعد التصرف .

فان قلت قد مر الاجماع ايضا على ان القبض شرط للزوم ولازمه عدم صحة رجوع الواهب بعد القبض والفرض انه في الاقارب كذلك فما الفرق بينهما قلت ان المراد بالقبض الواقع في الاجماع هو التصرف وبه يحصل الفرق فان قلت كيف يصح ارادة التصرف من القبض مع انه في مقابل القبض ويمكن التفكيك بينهما لحصول القبض وعدم التصرف .

قلت فكيف يصح قول الشهيد في الدروس ارادة الصحة من اللزوم اولا وثانياً التعبير بالقبض من حيث انه وجود نازل للتصرف ومرتبة ضعيفة من التصرف بل عينه في بعض مراتبه فان للتصرف دائرة واسعة اول مرتبته القبض واعلاها اخراج العين عن حالها فالقبض هو وصول الموهوب بيده ونفس الاخذ وابقائه عنده تصرف وايصاله الى منزله تصرف آخر وحفظه في مكانه تصرف ثالث واراءته بالغير تصرف رابع وهكذا :

ولاجل ذلك كان المراد بالقبض هو التصرف الحاصل لمرتبته الضعيفة به فانه لا ينفك عن التصرفات فعبروا بالقبض و ارادوا به المسبب فانه سبب للتصرفات من حيث انها يتوقف على القبض وان ابيت الاعن التعدد لغة وعرفاً فالقبض سبب للتصرف ووسيلة له فيكتفى الشارع في اللزوم بمسببه و اراد بالسبب وهو القبض

نفس المسبب في الاجانب دون الاقارب فان اللزوم لهم بنفس السبب وهو القبض
فالقبض سبب للتصرف وقد ذكر السبب واريد به التصرف .

فان قلت السبب لا ينفك عن المسبب فانه علة تامة ولا يجوز التفكيك بين العلة
والمعلول والعلة اذا تحققت قد تحقق المعلول بلا فصل وعلى ما ذكرت يمكن
تحقق القبض وعدم تحقق التصرف .

قلت قد عرفت آنفا ان للتصرف مراتب متفاوتة شدة وضعفا وقد حصل اول
مرتبته بالقبض فان نفس اخذه وجعله مصاحبا له تصرف وليس المقصود بالتصرف
مثل قطع الثوب وصبغه فقط وطحن الحنطة والشعير ولكن قد حكم الشارع في
الاقارب باللزوم بخلاف الاجانب فلا يكتفى باللزوم الا بالتصرف على ان ما ذكرت
من حيث التحقق في الخارج لامن حيث ارادة مسببه ففي الاقارب يلزم بالقبض
فقط وفي الاجانب بالتصرف وبذلك حل اشكال القوم بانه بعد القبض اذا يلزم .
فكيف يصح للواهب الرجوع الى الاجنبي والجواب بان القبض بوحده
لا يكون موجبا للزوم بل مع التصرف ففي الاجانب عبروا بالسبب واراد وامنه
المسبب فرجع الكلام في عدم صحة الرجوع في الاجانب بعد التصرف لابعداً بالقبض
بخلاف الاقارب فانه لا يصح ولو بمجرد القبض فالشارع جعل العقد في الاجانب
سببا للزوم و لكن متزائلا الى حصول التصرف كما جعل البيع سبباً للملك
لزوماً و لكن متزائلا مع مضي خيارى المجلس والحيوان فلزوم العقد غير
مناف مع جوازه .

و كلام العلامة في غاية المتانة فانه بالعقد يحصل اللزوم وجوازه بالرجوع
قبل التصرف من حيث عدم تحقق شرط اللزوم لان العقد جائزاً ذاتاً شرط اولاً
وقبض ادلاً فالتصرف من آثار العقد اللازم وبه يقوى سبب حصول الملك اذ بدون
التصرف كان الملك متزائلاً و كان في معرض الزوال وبعد تقوى السبب بالتصرف
لا يزول الملك عن المتهب ولا عن اختياره الا بسبب آخر و فسخ الواهب ليس

سببا لانه واقع على اللزوم .

والحاصل فرق واضح بين كون العقد جائزا ذاتاً وبين كونه جائزا بالشرط و في الاول لا يزول عن جوازه و في الثاني يزول بحصول الشرط فالعقد اللازم في الاجانب بالتصرف يلزم بخلاف الاقارب فانه بالقبض .

فان قلت فعلى ما ذكرت كان المراد بالقبض هو التصرف فلم لم يعبروا بالتصرف .

قلت في اكثر الاخبار حاز او لم يحز و الحازة هو جمعه و تصرفه و جملة في اختياره الا ترى الى قواهم من حاز او حجز ارضا هو اولى من غيره يعنى اذا تصرف في ارض كان له والتعبير بالقبض في معقد الاجماع من حيث كان اجماعهم ايضا على كون القبض شرطا للصحة فكان كلامهم في القبض فارادوا ردهم بنفس التعبير بالقبض وان القبض الذى انعقد الاجماع على كونه شرطا للصحة غير صحيح بل القبض شرط للزوم فخذوا غنم .

فان قلت جعل السقوط بالتصرف بنحو الاطلاق غير صحيح بل اذا لم يبق العين بحالها لدلالة صحة الحلبي المتقدم آتفاً اذا كانت العين فائزة النخ . قلت وهى كما عرفت معارضة بصحيفة عبدالله بن سنان المتقدم آتفاً مضافا الى ايرادات اخر قد مضت فراجع وقد تلخص ان عقدا الهبة لازمة مع شرط خارج عن معنى الهبة وهو القبض المستلزم بعده للتصرفات فان الهبة بدون القبض لا يكون هبة لازمة فمعنى الهبة هو اقباضها ومع هذا الشرط كانت لازمة .

المسألة ﴿ الخامسة ﴾ : اذا وهب و اطلق ﴿ من حيث اخذ العوض وعدمه فكانت هبة غير معوضة وانه ﴾ لم تكن الهبة مشروطة بالثواب ﴿ و الاجر سواء كانت من المساوى او من الأدنى ، أو من الأعلى بلاخلاف و يدل عليه خبر اسحاق بن عمار قال قلت : الرجل يهدى الهدية يتعرض لما عندي فأخذها ولا أعطيه شيئاً أيحل ؟ قال : نعم هي لك حلال ، ولكن لا تدع أن تعطيه ، نعم هي وان لم

تكن مشروطة به ، ولكن له الاثابة وعدمها ﴿ فان اثناب ﴾ الموهوب له واعطاء شيئاً ﴿ لم يكن للواهب الرجوع ﴾ مع قبوله .

﴿ و ﴾ ايضاً ﴿ ان شرط الثواب ﴾ والعوض في هبته ﴿ صح ﴾ بلاخلاف فيه عندنا بل عن التذكرة الاجماع عليه ، للاطلاق ﴿ اطلق أو عين ﴾ بلاخلاف في الثاني لكنه في الاول كلام لاحتمال كون الجهل مضراً كما عن يحيى بن سعيد لكن يردده صحيح القاسم بن سليمان و سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يهب الجارية على أن يثاب فلا يثاب أله أن يرجع فيها ؟ قال : نعم اذا كان شرط له عليه ، قلت : رأيت ان وهبها له و لم يشبه أبطأها أم لا ؟ قال نعم اذا كان لم يشترط عليه .

فانه صريح في انه لو شرط عليه ولم يعط الموهوب له ما يشترط عليه له الرجوع واطلاقه يعم كون شرط الثواب قليلاً ايضاً ومع ذلك فيه كلام فان الاطلاق في الاجر يعم القليل في الغاية فربما كان الاجر بالنسبة الى الموهوب بمنزلة العدم كما اعطاه شيئاً قليلاً في مقابل ما يكون قيمته باضعاف مضاعفة من قيمة الاجر .

وصحيح القاسم بوحدته هل يكون له قوة اثبات مثل هذا الامر من الحكم مع كونه كذلك منشأ للنزاع ولكن المتبع هو اطلاقه تأمل فيه و خبر اسحاق لعلمه كاف في مقام اثبات المحلية لما اخذه وانه حلال لكن قوله عليه السلام لا تدع ان تعطيه ظاهر في انه لا يترك اعطائه اللهم الا ان يقال الممنوع ترك الاعطاء ولا كلام فيه والكلام في جهله وابهامه وظاهر الخبرين هو الصحة فان صحيح قاسم يدل على الصحة وانما صح له الرجوع مع عدم دفع ما اشترط عليه واما مع الدفع فلا يرجع وان كان المدفوع غير معلوم .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ له الرجوع ما لم يدفع اليه ما شرط ﴾ مطلقاً أو معيناً .
و في الجواهر بلاخلاف أجده فيه لاطلاق الادلة السابقة ، وخصوص خبر

القاسم : وأدلويته من العقد اللازم الذي ثبت الخيار فيه ، بعدم بذل الشرط ، و لغير ذلك ﴿ ومع الاشتراط من غير تقدير ، يدفع ماشاء وان كان يسيراً ﴾ مع رضاه ﴿ وكيف كان ففي الهبة المعوضة مطلقاً ﴾ لم يكن للواهب مع قبضه الرجوع ﴿ لما عرفته من صيرورة العقد حينئذ لازماً بالقبض وكذا العوض ومعنى اللزوم هو وجوب دفع المتهب العوض الى الواهب عملاً بمقتضى الوفاء بالاية فهو حينئذ نظير سائر المعاملات العوضية كالبيع فاذا باع الدار وجب عليه دفعها كما وجب على المشتري رد الثمن وهو معنى مقتضى العقد كما عرفت لان واجبا فواجب وان جائزاً فجائز وحينئذ فما هو معنى قول المصنف .

﴿ ولا يجبر الموهوب له على دفع المشترط ، بل يكون بالخيار ولو تلفت ﴾ فانه قبل وقوع الهبة لا جبر في البين ولا كراهة اصلاً بل بالاختيار يهب الواهب وبالاختيار يقبل المتهب واما بعد الهبة وشرط العوض ولزوم كليهما يرد احدهما الى صاحبه فلا كلام فيه وفي اجبار المتهب لو امتنع فمن اين يكون مختاراً بين رد العين وبين دفع المشترط .

وفي الجواهر ونحوه مافى القواعد «من أنه ان لم يرض ، أى الواهب بما دفع اليه ، تخير المتهب بين دفع الموهوب ، وعوض المثل» انتهى .

فان اريد بذلك قبل القبض فهو كذلك فانه قبله لا تلزم هبة فيكون للمتهب هو الخيار في قبول الهبة وعدمه ولا اجبار في اختيار احدهما كما ان للواهب ايضاً هو الخيار في عدم رد العين اليه بخلاف بعد القبول والقبض اللهم ان يكون قول المصنف على مذهبه من جواز عقد الهبة وعدم لزومه بالقبض والتصرف وبصح له الرجوع .

ويرد عليه ان ذلك ايضاً في غير الهبة المعوضة وبعد الهبة وشرط العوض في العقد لا معنى لاختيار المتهب كي لا يجبر في دفع العوض بل يتعين عليه دفعه بلا كلام والا فللواهب هو الفسخ واخذ هبته منه .

ويدل عليه صحيح القاسم المتقدم آ نفا وكيف كان فلا معنى لعدم اجبار المتهب بعد القبض وفي شرح المفاتيح بعد قول المصنف لا يجوز الرجوع مع التعويض قال ما هذا لفظه اقول بعد تحقق القبض في الهبة لا يجوز الرجوع فيها في مواضع احدها ما اذا بذل المتهب شيئا للواهب عوضا عن هبته وازومها حينئذ اجماعى فلو وهب شيئا واخذ عوضا عن هبته لم يجز له الرجوع الى هبته سواء كان العوض يسيرا او خطيرا اصير ورتها بذلك عقد معاوضة محضة فيلزمها اللزوم كما في نظائرها .

ولما رواه عبدالله بن سنان في الحسن عن ابي عبدالله عليه السلام قال اذا عوض صاحب الهبة فليس له ان يرجع واصحححة ابن سنان الاية ولو امتنع المتهب من بذل العوض للواهب الرجوع كما تضمنه صحيحه القاسم بن سليمان الى ان ساقها ثم قال وازوم الهبة المعوضة مشروط بما اذا شرط عليه العوض في متن العقد كما يستفاد من هذه الرواية فلو وهب له شيئا من غير شرط فوهب له المتهب شيئا اخر فهي هبة اخرى ويكون كل منهما غير معوضة ولكل منهما الرجوع في هبته انتهى وحينئذ ان كانت العين الموهوبة في يد المتهب . **﴿والحال هذه﴾** اي كانت الهبة مشروطة ولازمة بالقبض فلا يخلو اما قد دفع العوض الى الواهب او كان في مقام الدفع من غير ان يراد المنع او لا بل كان ممتنعا من الرد وعلى الاول **﴿لو تلفت﴾** الهبة **﴿ادعابت لم يضمن الموهوب له﴾** للواهب فلا يكون له مؤاخذه المتهب .

وفي الجواهر قال وعند الفاضل وولده في محكي التذكرة والشرح ، وان كان ذلك بفعل المتهب **﴿لأن ذلك حدث في ملكه﴾** وكان ذهابه من كيس المتهب فلا يكون ضامنا للواهب .

واما على الثاني اي كان في مقام المنع عن دفع العوض كان للواهب هو الفسخ ولو تلفت كان ضامنا ولعل تردد المصنف لهذه الصورة اي الصورة الثانية

التي كان المتهم ممتنعاً من دفع العوض ولكن في الجواهر بعد قول المصنف لان ذلك حدث في ملكه قداًتي بكلام ظاهر في صحة عدم ضمان المتهم ووقوع التلف في ملكه ولو كان ممتنعاً ايضاً للدفع وانه لا يجب عليه دفع العوض بل كان مختاراً في رد العين .

فقال ما هذا لفظه ولان المتهم لا يجب عليه دفع العوض وللواهب الرجوع في العين فالتفريط منه تركها في يدهم يجوز له ذلك منها بتسليطه انتهى .
وحاصل هذا الدليل ان المتهم لا يجب عليه دفع العوض فحيث لا يجب كان على الواهب هو الرجوع في هبته وتركه عند المتهم الذي كانت العين في معرض الخطر عنده مع علمه بعدم وجوب الرد عليه كان هو السبب لتلف هبته فلو رجع واخذ هبته لما تلف فالتقصير من جانب الواهب لاقدامه على ضرره فلا ضمان على المتهم وفيه انه لا وجه لعدم وجوب الرد على المتهم مع انه عوض الهبة فيجب عليه الرد واذا وجب عليه الرد لا يجب له الرجوع اليه فبقيت العين عند المتهم بدون قصد رد العوض فتلقت العين او عابت فالضمان على المتهم .

نعم لو لم يجب على المتهم رد العوض كان للواهب هو الرجوع واخذ هبته وتركه عنده وعدم الرجوع اليه اقدام له على تلفها فلا ضمان للواهب ولكنك عرفت فساد بل وجب عليه رد العوض ولكن خالف وعصى ولم يرد حتى تلقت العين فالضمان على المتهم ﴿ و ﴾ لذا قال ﴿ فيه تردد ﴾ .

وفي الجواهر قال بل منع كما عن ابن الجنيد وجمع من المتأخرين لعموم ادقوا ونحوه ولأن قبضها على ان يؤدي عوضها ولأن الواجب احد الامرين ردها او دفع العوض، فاذا تعذر الأول وجب الثاني، وبذلك يظهر لك ما في دليل القول: الأول - ضرورة دخولها في ملكه ، ولا هو سلطه عليها كذلك ، وعدم وجوب دفع العوض ان اريد به عدم وجوبه عيناً لم يلزم منه نفى الوجوب على البديل الذي هو المدعى ، وحينئذ فاذا تعذر أحد الامرين المخير فيهما وجب الآخر

عيناً وان اريد عدم الوجوب أصلاً فهو ممنوع - لكن المراد بالاضمان هنا وجوب دفع العوض اذا كان معيناً ، والمثل أو القيمة اذا كان مطلقاً لأنه هو مقتضى الأمر بالوفاء وقوله « والمؤمنون » وغير ذلك مما تقدم سابقاً لا القيمة على كل حال ، لأن العين مضمونة على القابض والشرط لا يجب عليه قبوله ، اذ فيه أنها مضمونة بالعوض لا غير ، ودعوى عدم وجوب قبول العوض ممنوعة ، كما عرفت انتهى تأمل في المسألة وجميع عبارات القوم .

ثم انه على تقدير الاشتراط لو تلفت العين في يد المتهب قبل التعويض أو عابت سواء كان ذلك بفعله كلبس الثوب أم لا ، فهل يضمن المتهب الأرض أو الأصل أم لا ضماناً ؟ قولان : صرح في المختلف بالأول ، ونقل عن ابن الجنيد من المتقدمين .

قال في المختلف : وان شرط الثواب فان أطلق كان اطلاقه منصرفاً الى العادة ، وان شرط معيناً فان ائابه اياه لزمته الهبة ، والا كان للمالك العود في هبته ، فان كانت ناقصة فعليه الارش ، وان كانت تالفة فعليه المثل أو القيمة ، لانه ملكه بشرط العوض ، ولم يسلم له فكان له الرجوع في عينه ، انتهى .

وجزم في التذكرة - ومثله ولده في الشرح - بالثاني ، واختاره المحقق على تردد ، واحتجوا عليه بأن ذلك النقص حدث في ملك المتهب ، فلا يلزمه ضمانه ، ولان المتهب لا يجب عليه دفع العوض كما مر ، بل للواهب الرجوع في العين والتفريط منه من حيث تر كها في يدمن سلطه على التصرف فيها مجاناً . احتج الفائلون بالاول بما عرفت من كلامه في المختلف وهو انما ملكه بشرط العوض لامجاناً ، فانه انما قبضها ليؤدي عوضها فلم يفعل ، ومن ذلك يظهر أن الواجب عليه أحد الامرين ردها ، أو دفع العوض ، فان تعذر الاول وجب الثاني انتهى ومما ذكرنا ظهر ما في كلمات الاصحاب .

المسألة السادسة: اذا صنع الموهوب له الثوب ﴿ مثلاً ﴾ فان قلنا التصرف

يمنع من الرجوع ، فلارجوع للواهب ، وان قلنا لا يمنع اذا كان الموهوب له اجنبياً ﴿ رجع به و ﴿ كان ﴾ الموهوب له ﴿ شريكاً ﴾ معه فى الثوب ﴿ بـ ﴾ مقدار نسبة ﴿ قيمة الصبغ ﴾ الى الثوب لكنك قد عرفت اللزوم بمطلق التصرف فلارجوع له مطلقاً بل فى المسالك لافرق فى ذلك بين الصبغ وبين القصاراة والطحن .

المسألة ﴿ السابعة : اذا وهب فى مرضه المخوف ، وبرء صحت الهبة ﴾

بلاخلاف ولا اشكال فيها ، ولا فى شىء من تصرفاته المجانية ﴿ وان مات فى مرضه ولم تجز الورثة اعتبرت من الثلث على الأظهر ﴾ كما عرفت البحث فيه مفصلاً فى كتاب الحجر ، والله هو العالم ، والحمد لله رب العالمين أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً والشكر لله .

﴿ كتاب السبق والرماية ﴾

وفى الجواهر بسكون الباء وهو فى الأصل مصدر سبق كضرب ، أو سابق ، بل قيل : انه أوفق فى معاملته الكائنة بين اثنين فصاعداً على ما ستعرف الى ان قال وعرفاً معاملته على المناضلة بالسهام مثلاً ليعلم حذق الرامى ومعرفته بمواقع الرمى ﴿ وفائدتها بعث العزم ﴾ والقصد ﴿ على الاستعداد للقتال والهداية لممارسة النضال ﴾ فى حرب الكافرين .

﴿ وهى معاملة صحيحة ﴾ و ﴿ مستندها ﴾ بعد اجماع المسلمين هو المرفوع المروى عن عبدالله بن مغيرة فى تفسير قوله تعالى « وأعدوا لهم ما استطعتم » الآية عن النبى ﷺ « انه الرمى » ومن السنة المستفيضة أو المتواترة .

﴿ قوله ﷺ ﴾ المروى فى طرق الخاصة والعامة ﴿ لاسبق الا فى نصل أو خف أو حافر ﴾ منها ﴿ قول الصادق ﷺ ﴾ ان الملائكة لتنفق عند الرهان وتلعن صاحبه ، ما خلا الحافر والخف والريش والنصل ﴿ والروايات فى هذا الباب لكثيرة قد نقلها فى الحدائق ولا يخلو نقل جميعها عن الفائدة وانا انقل بتمامها بمثل ما رواه

فقال اولاً بعد التعرض لمعنى السبق لغة بقوله .

السبق بسكون الباء مصدر سبق وفي الصحاح مصدر سابق ، قال في المسالك :
وكلاهما صحيح ، الا أن الثاني أوفق بالمطلوب هنا ، لان الواقع في معاملته
بين كون العمل بين اثنين فصاعداً فباب المفاعلة به أولى ، والسبق بالتحريك
ما يبذل للسابق عوض سبقه ، ويقال له الخطر بالخاء المعجمة والطاء المهملة
المفتوحتين .

قال في كتاب المصباح المنير : «والسبق بفتحيتين الخطر» وهو ما يتراهن
عليه المتسابقان ، وسبقته بالتشديد ، أخذت منه السبق ، وسبقته أعطيته إياه ، قال
الازهرى : وهذا من الاضداد ، انتهى ما هذا لفظه .

الاول - ما رواه في الكافي عن طلحة بن زيد ، عن أبي عبد الله عليه السلام أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم أجرى الخيل التي أضمرت من الحفياء الى مسجد بنى زريق وسبقها
من ثلاث نخلات فأعطى السابق عذقاً وأعطى المصلى عذقاً وأعطى الثالث عذقاً ،
قوله عليه السلام «التي أضمرت» اضمار الخيل بعلفها القوت بعد السمن يقال : ضمير البعير
ضموراً - من باب قعد - : دق وقل لحمه ، قيل - والضمير بالكسر - : الموضع
الذى تضر فيه الخيل ، ويكون وقياً للايام التي تضر فيها ، وتضر الخيل أن
يظاها عليها بالعلف حتى تسمن .

ثم لا تعلق الا القوت لتخف ، وذلك في مدة أربعين يوماً وهذه المدة تسمى
الضمير ، والموضع الذى تضر فيه الخيل أيضاً يسمى مضمار وقيل : هى أن تشد
عليها سر وجها وتجلل بالاجلة حتى تعرق تحتها فيذهب زهلهما ويشد لحمها ،
والحفيا بالحاء المهملة ثم الفاء يمد ويقصر ، موضع بالمدينة على أميال ، وبعضهم
يقدم الياء على الفاء كذا في النهاية ، وبنوا زريق بتقديم الزاء حى من الانصار
قوله ، وسبقها من ثلاث نخلات» هو ما تقدم بفتحيتين ، وهو الخطر الذى يقع الراهن
عليه ، والعذق بفتح العين المهملة وسكون الذال المعجمة النخلة بحملها .

الثاني - ما رواه في الكافي ايضاً عن غياث بن ابراهيم «عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عن علي بن الحسين عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله أجرى الخيل وجعل سبقها أواقى من فضة، والادواقى بتشديد الياء وتخفيفها جمع أدقية ، وهي أربعون درهماً ويقال : أيضاً لسبعة مثاقيل .

الثالث - ما رواه في الفقيه مرسلًا «قال : قد سابق رسول الله صلى الله عليه وآله أسامة بن زيد وأجرى الخيل» فروى أن ناقة النبي صلى الله عليه وآله سبقت فقال عليه السلام : انها بغت وقالت : فوقى رسول الله صلى الله عليه وآله وحق على الله أن لا يبغى شيء على شيء الا أذله الله ولو أن جبلا بغى على جبل لهد الله الباغى منهما .

الرابع - ما رواه في الكافي عن أبي بصير «عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ليس شيء تحضره الملائكة الا الرهان وملاعبة الرجل باهله» .

قيل المراد بالشيء الامر المباح الذي فيه تفریح ولذة والرهان المسابقة على الخيل ، ونحوها كما يدل عليه الخبر الآتى .

الخامس - ما رواه في الفقيه مرسلًا قال : قال الصادق عليه السلام ان الملائكة لتتنفر عن الرهان وتلعن صاحبه ما خلا الحافر والخف والريش والنصل فانه يحضره الملائكة وقد سابق رسول الله صلى الله عليه وآله أسامة بن زيد وأجرى الخيل .

السادس - ما رواه في التهذيب عن العلاء بن سيابة «قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة من لعب بالحمام ؟ قال : لا بأس اذا لم يعرف بفسق ، ثم قال : وبهذا الاسناد قال : سمعته يقول : لا بأس بشهادة الذى يلعب بالحمام ، ولا بأس بشهادة صاحب السباق المراهن عليه ، فان رسول الله صلى الله عليه وآله قد أجرى الخيل وسابق ، وكان يقول : ان الملائكة تحضر الرهان فى الخف والحافر والريش وما عدا ذلك قمار حرام» .

السابع - ما رواه في الفقيه عن العلاء بن سيابة «قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة من يلعب بالحمام ؟ قال : لا بأس اذا كان لا يعرف بفسق ، قلت : فان

من قبلنا يقولون قال عمر : هو شيطان ، فقال : سبحان الله أما علمت أن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) قال : ان الملائكة لتنقر عند الرهان ، وتلعن صاحبه ما خلا الحافر والخف والريش والنصل فانها تحضره ، وقد سابق رسول الله أسامة بن زيد وأجرى الخيل» .

الثامن - ما رواه في التهذيب عن عبدالله بن عبدالرحمن عن ابي الحسن عليه السلام قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) : اركبوا وارموا وان ترموا أحب الى من أن تتركبوا ثم قال : كل لهو المؤمن باطل ، الا ثلاثة : في تأديبه الفرس ، ورميه عن قوسه ، وملاعبته امرأته ، فانهن حق ، الا ان الله تعالى ليدخل بالسهم الواحد الثلاثة الجنة : عامل الخشبة ، والمقوى به في سبيل الله ، والرامي به في سبيل الله» .

التاسع - ما رواه في الكافي عن طلحة بن زيد «عن أبي عبدالله عن آبائه عليهم السلام قال : الرمي سهم من سهام الاسلام» .

العاشر - ما رواه فيه أيضاً عن حفص بن البختري في الحسن «عن أبي عبدالله عليه السلام أنه كان يحضر الرمي والرهانة» .

الحادي عشر - ما رواه فيه أيضاً بهذا الاسناد «عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال : لاسبق الا في الخف أو حافر أو نصل يعنى النضال والمراد بالنضال بالضاد المعجمة المرماة ، والسبق يحتمل أن يكون بالتسكين مصدراً فيفيد الخبر المنع من الرهان في غير الثلاثة المذكورة ، ويحتمل أن يكون بالتحريك بمعنى الخطر فيفيد الخبر المنع من الاخذ والاعطاء في غيرها ، دون أصل المسابقة .

الثاني عشر - ما رواه في الكافي عن طلحة بن زيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : أغار المشركون على سرح المدينة فنادى فيها منادياً يا سوء صباحاه ، فسمعها رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) في الخيل فركب فرسه في طلب العدو وكان أول أصحابه لحقه أبو قتادة على فرس له ، وكان تحت رسول الله

(صلى الله عليه وآله وسلم) سرج دفتاه ليف ، ليس فيه أشر ولا بطر ، فطلب العدو فلم يلق أحداً وتتابعت الخيل ، فقال : أبو قتادة يا رسول الله ان العدو قد انصرف فان رأيت أن نستبق فقال نعم فاستبقوا فخرج رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) سابقاً ، ثم أقبل عليهم فقال : أنا ابن العواتك من قريش ، انه لهو الجواد البحر يعنى فرسه ، والمراد بالسرح هو المال السائم .

قوله (صلى الله عليه وآله وسلم) «أنا ابن العواتك» هو جمع عاتكة وهي المرأة المجرمة بالطيب ، وكان هذا الاسم لثلاث نسوة من أمهاته صلى الله عليه وآله احداهن عاتكة بنت هلال أم عبد مناف بن قصي ، والثانية عاتكة بنت مرة بن هلال أم هاشم بن عبد مناف ، والثالثة عاتكة بنت الاوقص بن مرة بن هلال أم وهب أبي آمنه أم النبي ﷺ فالاولى من العواتك عمه الثانية والثالثة عمه الثالثة قيل : وبنوا سليم كانوا يقتخرون بهذه الولادة ، وقيل العواتك في جدات النبي ﷺ تسع ثلاث من بنى سليم ، ودهن المذكورات ، والبواقي من غيرهم .

الثالث عشر - مارواه الحميري في قرب الاسناد عن الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه عليه السلام أن رسول الله ﷺ سابق بين الخيل واعطى السوابق من عنده ، الرابع عشر - مارواه في الكتاب المذكور عن أبي البختری عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن الحسين عليه السلام عن رسول الله ﷺ أجرى الخيل وجعل لها سبع أواق من فضة وأن النبي ﷺ أجرى الابل مقبلة من تبوك فسبقت الغضباء وعليها أسامة فجعل الناس يقولون : سبق رسول الله ﷺ ورسول الله ﷺ يقول : سبق أسامة هذا ما حضرني من الاخبار انتهى وكلها مختص بزمان صدورها ولو على فرض عدم التعدى عن خصوص النصوص فانه لو فرض الاحتياج الى المحاربة في هذا العصر لزم التكلم في آلات العصرية .

﴿و﴾ كيف كان ﴿تحقيق هذا الباب يستدعى فصولاً﴾ .

﴿الأول﴾ : في الالفاظ المستعملة فيه فالسابق هو الذي يتقدم ﴿ولو﴾ بالعنق

والكتد ﴿بفتح التاء وكسرها وهو العالى بين الظهر وأصل العنق ويعبر عنه بالكاهل .

﴿وقيل﴾ والقائل الاسكافي يكفى التقدم ﴿بأذنه﴾ لقوله ﷺ «دبعت والساعة كفرسى رهان كادأحدهما أن يسبق الآخر بأذنه» ﴿والاولاكثر﴾ غير خفى ان التقدم بمثل ذلك غير معلوم غالبا وغير صادق كثيرا وغير خال عن النزاع عرفا فالحق ان التقدم امر عرفي ولا يصدق عندهم الا بتقدم كل الفرس على الآخر ولا اقل من نصفه والا فكثيرا كان التقدم بمثل العنق او الاذن ناش من طول الفرس وقصره فيمكن كون التقدم بالرأس من حيث طول الفرس مع ان السبقة للقصر وعليه ينبغي كون المعيار بالتقدم باقدامها .

﴿والمصلى﴾ منها أيضاً هو ﴿الذى يحاذى﴾ ﴿رأسه صلوى السابق﴾ فصاعدا ﴿والصلوان﴾ ﴿ما﴾ العظمان النابتان ﴿عن يمين الذنب وشماله﴾ قد عرفت انه لائمره على دقائق تلك المسألة من حيث السبقة الا النزاع مع ان الحكم فى ذلك هو العرف بل اصل تشريع هذا العقد للممارسة والمهارة فى امر الجهاد باذن الامام عليه السلام فهو لاموضوع له فى عصر الغيبة بل الجمود على الفاظ الثلاثة لافائدة مهمة مثل الرمى الذى لا يستعمل الا نادرا .

﴿وعلى كل حال فقد عرفت ان﴾ السبق بسكون الباء ﴿فى الاصل﴾ المصدر ﴿ثم نقل الى المعاملة الخاصة﴾ وبالتحريك : العوض ﴿فى هذه المعاملة﴾ وهو المسمى بـ ﴿الخطر﴾ بالخاء المعجمة والطاء المهملة المقنوتين والندب والرهن ومنه أخذ الرهان بهذه المعاملة .

﴿والمحلل﴾ هو الذى يدخل بين المتراهنين ولا يبذل معهما عوضا بل يجرى فرسه بينهما اوفى أحد الجانبين على وجه يتناوله العقد على أنه ﴿ان سبق﴾ بنفسه أو مع غيره ﴿اخذ﴾ العوض أو بعضه على حسب الشرط ﴿وان لم يسبق لم يعزم﴾ شيئا ﴿والغاية مدى السباق﴾ ومنتهاهى ﴿والمناضلة المسابقة والمراماة﴾ . وفى الجواهر قال فى الصحاح : ناضله : أى راماه يقال : ناضلت فلانا فناضلته اذا غلبته ، وناضل القوم وناضلوا : أى رموا للسبق ، وعن التذكرة السباق اسم

يشتمل على المسابقة بالخيال حقيقة ، وعلى المسابقة بالرمد مجازاً ولكل واحد منهما اسم خاص ، فيختص الخيل بالرمان ، ويختص الرمد بالنزال .

وفى المسالك «اطلاق المناضلة على ما يشتمل المسابقة ليس بمعروف لغة ، ولا عرفاً ، ولعل المصنف ومن تبعه فى ذلك تجوزوا فى الاطلاق ، وبعض الفقهاء عنوان الكتاب بالمسابقة والمناضلة ، وهو الموافق لما سمعته من أهل اللغة» انتهى
 * ويقال : سبق - بتشديد الباء - اذا اخرج السبق * بالتحريك أى العوض منه لغيره * واذا أحرزه ايضاً * باستحقاقه له قبضه أم لم يقبضه .

* والرشق - بكسر الراء - عدد الرمد * أى عدد ما يرمى به من السهام يقال : رمد رشقا : أى رمدى بسهامه التى يريد رميها كلها ، واذا حصل الاتفاق على خمسة خمسة ، فكل خمسة يقال له رشق ، وعن بعض أهل اللغة تخصيصه بما بين العشرين والثلاثين .

* (د) أما * بالفتح * فهو * الرمد * الذى هو المصدر ، يقال : رشقه يرشقه رشقا : اذا رماه بالسهم ، * ويقال : * ايضاً * رشق وجهه ويد * بكسر الراء * ويراد به الرمد على ولا حتى يفرغ الرشق * فيكون مشتركاً اذا كان الاطلاقان على جهة الحقيقة ، وفى الصحاح «الرشق بالكسر الاسم ، وهو الوجه من الرمد ، فاذا رمى القوم بأجمعهم فى جهة واحدة قالوا : رمينا رشقاً .

* (د) على كل حال * يوصف الاسهم * المرادى به ، بأوصاف كثيرة . وفى الجواهر قال ما لفظه ذكر فى محكى التحرير منها ستة عشر ، ومحكى كتاب فقه اللغة تسعة عشر اسما ، واقتصر المصنف على ستة منها ، لما عرفت سابقاً من عدم فائدة معتد * بها * فى ذلك .

وهى * الحابى والخاصر ، والغازق والخاصق ، والمارق ، والخارم فالحابى مازاج * أى زلق * على الارض ثم أصاب الغرض * بمعنى أنه يقع دون الهدف ثم يجبو الى الغرض فيصيبه ، مأخوذ من جبو الصبى ، وجمعه حوابى ، وفى محكى

الصباح سهم زالج : يتزاج عن القوس .

﴿والغاصر﴾ بالخاء المعجمة والصاد المهملة من الخاصة هو ﴿ما أصاب أحد جانبيه﴾ أى الغرض .

﴿والخازق﴾ بالخاء والزاء المعجمتين ﴿ما خدشه﴾ أى الغرض

﴿والخاسق﴾ : ما فتحه وثبت فيه ﴿أى أصاب الرمية ونفذ فيها .

﴿والخارق﴾ بالخاء المعجمة والراء المهملة هو الذى يخرج من الغرض

نافذاً ﴿من الخرق بمعنى الشق وعن المسالك لم يذكره أحد من أهل اللغة ممن وقفت على كلامه فى أسمائه ، وفى بعض نسخ الكتاب المارق بالميم بدل الخارق وهو الصواب الموافق لكلام أهل اللغة .

﴿والخارم﴾ هو الذى يخرم حاشيته ﴿أى الغرض .

﴿ويقال :﴾ أيضاً فى اسم السهم ﴿المزدلف﴾ وهو الذى يضرب الأرض

ثم يثيب إلى الغرض ﴿وظاهر القواعد أنه رديف للمحابى﴾ والغرض ما يقصد أصابته وهو الرقعة والهدف ما يجعل فيه الغرض من تراب أو غيره والمبادرة ﴿أحد قسمى المراماة﴾ هى أن يبادر أحدهما ﴿مثلاً﴾ إلى ﴿مطلق﴾ الإصابة ﴿أو إصابة عدد معين﴾ مع التساوى فى الرشق ﴿من مقدار معين أو مطلق﴾ والمحاطة وهى إسقاط ما تساوى فيه من الإصابة ﴿بعد تساويهما فى الرشق .

الفصل ﴿الثانى﴾ فيما يسابق به و ﴿فى الجواهر لا ريب أن الأصل عدم

ترتب آثار هذا العقد وحينئذ ف ﴿يقتصر فى الجواز على النصل والخف والحافر ، وقوفاً﴾ فيما خالف الأصل ﴿على مورد الشرع﴾ فإن النص اختص بالثلاثة ولا يخفى أن تلك الثلاثة الواردة فى النص إنما ينفع للجهد ولذلك

كان محله كتاب الجهاد لا كتاباً مستقلاً ولعل ذكره على حده لاجل بيان أن السبق عقد لازم فى قبائل سائر العقود والا فالمنتج فى عصر الحاضر المعروف هو الآلات العصرية ولازم الجمود على النص ولفظه عدم الشمول

لغيره ولا فائدة لنفس الثلاثة في عصر الغيبة فلا امام موجود يامر بالجهاد .
 فلا يفيد هذه الثلاثة في مقابل الآلات العصرية اصلا واذا كان لا فائدة لنفسها
 يكون قماراً محرمة بلا كلام بل لاثمة لها لو حمل الكفارة على بيضة الاسلام
 لاجل الدفاع عن الاسلام لان اللازم هو الآلات العصرية فبدل الفرس هو الطيارات
 وبدل الرمي هو الآلات الحربية فالممارسة فيها والمسابقة عليها ان كان يقصد
 الدفاع عن الاسلام يخرج عن الحرمة والافقد بقي بحاله من حرمة القمار وما ذكر
 اصل يتفرع عليه فروع كثيرة .

فالمسابقة على الاقدام والعدو ان كانت للممارسة والمهارة على اخذ العدو
 والفرار عنه يخرج عن الميسر الحرام والافلا وعلى هذا كل ما يكون له فائدة
 اسلامية جاز والافلا حتى في المسابقة بالامور الثلاثة وبالحمام الا اذا فرض الاحتياج
 الى ارسال كتاب الى اعوانه والا كان امراً لغواً وربما يحصل منه الحرام كالابذاء
 على الجيران بل الجمود على الفاظ النصوص اذا لم يكن لها نفع بحال الاسلام
 غير خارج عن الميسر المحرم كالمسابقة بالفرس في عصرنا ونحوها فهي غير خارج
 عن القمار المحرم فالمسابقة والممارسة في كل عصر بالنسبة الى عصره الحاضر
 والحاصل انه في مثل عصرنا الآلات الحربية بمثل الرمح والسهم والسيف
 قليل الفائدة لان المفيد في مثل هذا العصر في الغلبة على الخصم انما يكون في
 مثل ما يستعمله الخصم من المر كوب وآلة الحربية وغيره كالطيارة والسيارة في
 المر كوبات والآلات النارية بما يسمى [بتفنك وتوب وبم] ونحو ذلك

فان الغرض من جواز السبق والرمية واخراجها من القمار الذي لا اشكال
 في حرمتها انما يكون في مقابل الخصم الكافر الذي يريد الفساد في الارض و
 الاضرار بالمسلمين .

ومن المعلوم انه لا يفيد في مقابل هذه الآلات للخصم السهم والرمح والفرس
 فاللازم في ذلك العصر هو الاحاطة بمثل تلك الر كوب وتلك الآلات ومن المعلوم

ان ذلك لا يحتاج الى المسابقة بل اللازم لمن كان حرفته الر كوب بمثل تلك الطيارات والسيارات واستعمال الالات النارية ومن يسمى بالخلبان ان يجعلوا نفوسهم لنصرة الاسلام وخذلان الكفر ان كان الخصم فى مقام الحرب والفساد وقتل المسلمين واخذ اموالهم والتعرض لنسائهم وبناتهم ونحو ذلك بل هو فى مثل ما ذكرنا وظيفة كل مسلم ان ينصر المسلمين والدين حتى يرتفع شرورهم بل اللازم على المسلمين فى مثل هذه الاعصار ان يكون معدون لذلك ومهيئون فى كل زمان ولو فى مقام الهدنة لاجل ان الخصم لو حمل غفلة على الاسلام صح لهم المقاومة والحروب لهم .

وبذلك الذى ذكرنا يمكن ان يستظهر عدم وجوب باب المسابقة فى هذا العصر فى مقابل تلك الحروب النارية الاندرة .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿يدخل تحت النصل : السهم والنشاب والحراب﴾ و السكين ﴿والسيف﴾ والرمح ، قال فى الصحاح : النصل نصل السهم والسيف والسكين والرمح ، وفيه أيضاً : النشاب السهام ، فيكون عطفه عليه هنا من عطف التفسير .

﴿ويتناول الخف : الابل والفيلة اعتبار باللفظ﴾ الشامل لذلك .
وفى الجواهر بالاخلاف اجده فيه بيننا ، بل ظاهر المسالك الاجماع عليه ، بل حكاها فيها عن أكثر العامة أيضاً انتهى .

﴿وكذا يدل الحافر على الفرس والحمار والبغل﴾ فيجوز المسابقة عليها فى المسالك ، قد عرفت ان كل ذلك مختص بزمان صدور هذه الروايات وانما يصح هذه التحقيقات ولحفظ هذه الدقائق الاحكام الباقية الى يوم القيامة وكانت مورد حاجة بعدا فبعد ومحل الابتلاء لعامة الناس فى كل زمان واماً ما يختص بزمان الحضور فكون القتال والجهاد لا يصح الا باذن الامام عليه السلام فاللازم هو التذكر به من الاصحاب ﴿و﴾ كيف كان ف﴿لا تجوز المسابقة﴾ المشتملة على عوض

﴿بالطيور ولا على القدم ولا بالسفن ولا بالمصارعة﴾ .

وفي الجواهر قال ولا بغير ذلك مما هو غير الثلاثة المزبورة بلا خلاف أجدّه فيه بيننا ، بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً الى الحصر السابق ، ولعن الملائكة الرهان في غيرها وانه قمار حرام انتهى .

اقول ومما ذكرنا ظهر حال السفن فانها هي العمدة في احتياج المسابقة عليها في مثل عصرنا اذا اكثر القتال المهمة قد وقع في البحر مع السفن كما يرى في الخلبج فيخرج المسابقة عليها عن الحرام والقمار لو كان الغرض من المسابقة هو المهارة في الغلبة على الخصم وعدم غرقها في البحر واما المصارعة فالظاهر لا اشكال في الحرمة مع العوض و كان الغرض منها هو الغلبة على الخصم فالرهن والعوض عليها حرام قطعاً اذا لم يترتب عليها اثر شرعى ممدوح .

نعم يصح ويجوز اذا كان المقصود هو الغلبة على الكافر اذا كانت المسارعة معه بحيث كان في الغلبة اثر نفع الاسلام كما اذا كان العوض هو الدخول في الاسلام وكيف كان فالمسألة وامثالها في غاية الاشكال خصوصاً ما شايع في عصرنا الحاضر مما يكون امثال المصارعة وسائر اللهويات متمارفاً وشايعاً مثل العدو والاقدام ومثل ما يسمى [بكاراته وفوت بال وبكس] وامثال ذلك مما لا يترتب عليه اثر شرعى بل يضر بالنفوس وهل يجوز المصارعة بدون الرهن والعوض اولا يجوز مطلقاً فيه كلام طويل لصاحبي الجواهر والرياض والمسألة في غاية الاشكال واشكاله ناش من لفظ السبق بسكون الباء اذ بفتحها .

وعلى الاول كان مصدراً والمعنى لا السبق والمسابقة الا في هذه الثلاثة فيجوز وان كان قماراً ولا يجوز في غيرها المسابقة ولو كان بدون العوض وعلى الثاني كان بمعنى العوض اى العوض لا يكون الا في هذه الثلاثة فيجوز العوض فيها ويحرم في غيرها فلا يدل على الحرمة في اصل العمل كالمصارعة لمجرد التفریح فالرواية مجعلة لا يمكن التمسك بها لاحد الوجهين من حيث لفظ السبق .

وقد عرفت نقل صاحب الحدائق من اللغات اللهم الا ان يقال بعد التعارض في غير الثلاثة والتساقط يرجع الى مآظها الجواز للاصل ومثل مصارعة الحسنين ومسابقة النبي ﷺ شاباً قوياً ثلاث مرات وغلبه ﷺ في كل مرة ثم اختاره الاسلام لقوة النبي ﷺ.

ويمكن كون ماورد في امثال ذلك من النبي ﷺ وامر الحسنين بالمصارعة قرينة على كون الرواية بمعنى العوض اى لا يكون في غير الثلاثة عوض ولكن اصل الفعل صحيح فيقدم على رواية السكون اللازم منه حرمة مطلق المسابقة في غير الثلاثة ولولم يكن لعوض .

وفي الجواهر نعم عن بعض العامة جواز المسابقة بالجميع ، لامكان الاحتياج الى الطيور في حمل الكتب واستعلام حال العدو ، وتعارف الحرب على الاقدام كتعارفه بالسفن في البحر ، والنبوى المروى من طرفهم وأنه ﷺ سابق عايشة بالقدم مرتين ، سبق في احديهما ، وسبق في الآخر ، وأنه صارع ثلاث مرات كل مرة على شاة فصرع خصمه في الثلاث وأخذ منه ثلاث شياة انتهى .

وفي الرياض بعد قول المصنف [ولا يصح المسابقة في غيرها] ما هذا لفظه اى غير الثلاثة المزبورة بل يحرم مع العوض باجماعنا كما في ب والتنقيح ولك وعن كرة وهو الحججة مضافا الى انه قمار منهي عنه في الشريعة وخصوص العصر المستفاد من الرواية المتضمنة للرخصة في الثلاثة ونحوها الخبر بل هو في الدلالة على التحريم اظهر ان الملائكة تحضر الرهان في الخف والحافر والريش وما عدا ذلك قمار حرام وقصور سند كبعث ما تقدمه من جبر بالعمل وفي جوازها بدونه اشكال ينشأ من اختلاف الروايات في فتح الباء من لفظ السبق وسكونه فانه على الاول بمعنى العوض المبذول للعمل وعلى الثاني بمعنى المصدر كما مر والاول هو المشهور كما في لك وغيره والموافق للاصل المعتمد عليه .

ولذا اختاره الشهيد الثاني مع تأييده باصالة جواز الفعل فيجوز المسابقة

بنحو الاقدام ورمى الحجر ورفع المصارعة والالات التي لا تشمل على نصل والطيور ونحو ذلك بغير عوض ولكن الاشهر خلافه بل ظ ب والمحقق الثاني وصريح المحكى عن كره ان عليه اجماع الامامية في جميع الامور المذكورة فالمنع اظهر لحجية الاجماع المنقول سيما مع التعدد والاعتضاد بالشهرة وبمادل على حرمة اللهو واللعب لكون المسابقة في المذكورات منهنما بالاتامل وخصوص مامر من المعتبرة المنجبر قصور سندها بالشهرة بل وعمل الكل ولو في الجملة الدالة على تنفر الملائكة عند الرهان ولعنها صاحبها ما خلا الثلاثة مع تصريح الرواية السابقة بان ما عداه قمار محرم .

ودعوى توقف صدق القمار والرهانة على بذل العوض غير معلوم الصحة مع صدقهما سيما الرهانة بدونه عرفا عادة ويحتمل قويا ان يجعل جميع ذلك قرينة لصحة النسخة الثانية من سكون الباء من لفظ السبق في الرواية ودلالاتها على عدم الصحة بل وعلى الحرمة ظاهرة لعدم امكان ارادة نفى الماهية فليحمل على اقرب المجازات وهو ان نفى جميع احكامها التي منها الصحة والمشروعية وانفيهما خاصة لانهما المتبادر من نفى الماهية بلاشبهة سيما مع الاعتضاد بما قدمناه من الادلة على الحرمة .

وبما ذكرناه يظهر وجه الجواب عما اوردته في الكفاية على الرواية من انها لادلالة لها على الحرمة على النسختين قال بل يحتمل غير هافانه على الفتح يحتمل ان لا لزوم اوان لا تملك او لافضل للسبق والعوض الا في هذه الثلاثة من بين الافعال التي يسابق عليها وعلى هذه لادلالة لها على تحريم الفعل والملاعبة مع العوض ايضا في غير الثلاثة بل لا يدل على تحريم العوض ايضا .

وعلى السكون يحتمل ان يكون معناها لا اعتداد بسبق في امثال هذه الامور الا في الثلاثة او لافضل لسبق الا في الثلاثة فلا يكون دالة على التحريم انتهى كلامه وهو كما ترى المناقشة فيه بعدما قدمنا واضحة فانه لا ريب ان هذه الاحتمالات التي

ذكرها بعيدة غير متبادرة ولذا ان احدا من الاصحاب لم يشر الى جريان شيء منها في الرواية بل اطبقوا على دلالتها على الحرمة وانما اختلفوا لاختلاف النسخة في متعلقها هل هو العوض خاصة او نفس الرهانة واين هذا الاطلاق من صحة ما ذكره بل ينبغي القطع بفساده سيما مع ما عرفت من الروايات بل الادلة الاخر الظاهرة في الحرمة واخبارهم يكشف بعضها عن بعض واما ما ربما يستدل لجواز المسابقة بالطيور والمصارعة من الاخبار الدالة عليه كالروايات الثلاثة النافية للبأس عن قبول شهادة اللاعب بالحمام اذا لم يعرف بفسق في الادلى مضافا فيها الى الخبرين المتقدمين المرخصين لهما في الرشب وهو الطيور وكالروايات المروية في الامالي وغيره الدالة على امر النبي ﷺ الحسن والحسين عليهما السلام بالمصارعة في الثانية فضعيف غاية لضعف الروايات المزبورة جملة سند في انفسها فكيف يمكن ان يحتج بها سيما في مقابلة ما قدمناه من الادلة القوية انتهى موضع الحاجة .

والانصاف ان المسألة من المشكالات والقول بالحرمة ولو لم يكن للممارسة الامر الجهاد بل كان لمجرد التفريح مشكك من حيث فعل النبي ﷺ بل و امره بمصارعة الحسنين ومن حيث ان مضمون الثلاثة هو الاقتصار بها ودونه قمار حرام بل قدم في طي كلماتنا ان المسارعة في الثلاثة للممارسة والاستعداد لامر الجهاد والظفر على الخصم .

لكن الانصاف مع ورود الرواية بالجواز فالاشكال عليه في غير محله .
وقال في الحقائق دأما السبق على القدم فقد روى العامة عن عائشة أنه ﷺ سابقها بالقدم مرتين ، سبق في أحديهما وسبق في الأخرى ، ورواه ابن الجنيدي في كتابه الأحمدي واستدل به على جوازها بغير عوض ، حيث لم يذكر العوض .
ورواه عنه ﷺ أنه صارع ثلاث مرات في كل مرة على شاة ، فصارع خصمه في الثلاث وأخذ ثلاث شياة ، ولم يثبت شيء من ذلك في أخبارنا ولم يقل به الا ابن الجنيدي من أصحابنا قالوا والخبر السابق المتفق عليه يدفعه ، وأشاروا به الى

الخبر العاوى عشر وهو خبر الحصر فى الثلاثة ، ثم انهم اختلفوا فى جواز هذه الامور لوخلت من العوض ، فقيل بجوازها لاصالة الجواز ، وانها قد يراد بها غرض صحيح ، وقيل : بالعدم لعموم النفى السابق الشامل للعوض وعدمه .

والذى وقفت عليه فى هذا المقام من الاخبار ما رواه الصدوق فى الامالى عن ابن المتوكل عن السعد آبادى عن البرقى عن ابيه عن فضالة عن زيد الشحام عن الصادق عن آباءه عليهم السلام قال : دخل النبى صلى الله عليه وآله ذات ليلة بيت فاطمة عليها السلام و معه الحسن و الحسين عليهما السلام فقال له النبى صلى الله عليه وآله قوما فاصطربا فقاما ليصطربا وقد خرجت فاطمة عليها السلام فى بعض حاجاتها فدخلت فسمعت النبى صلى الله عليه وآله و هو يقول : ايه يا حسن شد على الحسين ، فأصرعه ، فقالت يا ايه واعجباه اتشجع الكبير على الصغير ؟ فقال : يا بنية أما ترضين أن أقول أنا يا حسن شد على الحسين فأصرعه وهذا حبيبي جبرئيل عليه السلام يقول : يا حسين شد على الحسن فأصرعه .

ومارواه على بن جعفر فى كتاب المسائل عن أخيه موسى عليه السلام قال : سألته عن المحرم هل يصلح أن يصارع ؟ قال : لا يصلح مخافة أن يصيبه جرح أو يقع بعض شعره انتهى وظهور الخبر فى الكراهة مما لا يخفى فى صورة خوف وقوع ضرر مثل الجرح فلا كراهة فى الامن عن ذلك فضلا عن الحرمة .

واما خبر زيد الشحام فظاهره الحسن والمدح لتشويق النبى صلى الله عليه وآله بتشويق جبرئيل ومورد عدم العوض والرهن فالظاهر ان نفس المصارعة من دون اشتماله على الضرر النفسانى ولا الرهن على العوض مما لا اشكال فيه بل يظهر منه انها من الامور الممدوحة ذاتا اذ النبى صلى الله عليه وآله وجبرئيل عليه السلام لم يامرا الا بامر حسن ممدوح ذاتا ويمكن جواز العوض اذا ترتب عليه وجه شرعى .

ومما يدل على ممدوحية المصارعة بضميمة ان النبى لا يصدر عنه المكره اصلا بل ما لم يكن فيه وجه حسن لا يفعل ما عن الاحسائى فى درر اللئالى ان النبى صلى الله عليه وآله خرج يوما الى الابطح فرأى اعرابيا يرعى غنماً له وكان موصوفا بالقوة فقال

لرسول الله ﷺ هل لك ان تصارعنى فقال ﷺ ما تسبق لى فقال شاة فصارعه رسول الله ﷺ فصرعه النبي ﷺ فقال له الاعرابى هل لك الى العود فقال ما تسبق قال شاة اخرى فصارعه فصرعه النبي ﷺ .

فقال الاعرابى على " الاسلام فما احد صرعنى غيرك فعرض ^{الغلب} فاسلم ورد عليه غنمه والاشكال عليه بضعف السند وانه قضية فى واقعة كما ترى .
اما الضعف فقرائن اسلامه مما يبعده عما يوجب الضعف مضافا الى انه موافق لتشويق جبرئيل على المصارعة واما كونه قضية فى واقعة معناه ان النبي صدر عنه امر حرام او مكروه فى قضية لادائما تدبر .

ولا يخفى ان امثال هذه الروايات مما يؤيد كون السبق بفتح الباء فيكون بمعنى العوض والمعنى حينئذ لا عوض فى غير الثلاثة ففى مثل المصارعة والاقدام والعدو ونحوهما جعل العوض حرام لانفس العمل فالمصارعة جائزة وجعل عوض عليه حرام بخلاف نسخة بسكون الباء فانه حينئذ بمعنى المصدرى اى السرعة والغلبة فى غير هذه الثلاثة حرام كان مع العوض اولا فالمصارعة عمل حرام ولو لم يكن معه عوض فيعارضان فيسقطان يرجع الى اصالة الجواز ومع ذلك لادليل على الحرمة لو لم يكن فيه خوف الضرر النفسانى كالجرح على الاعضاء فلو شك فى الحرمة والجواز فالاصل عدم الحرمة .

والقول بان نفس المصارعة وامثاله لعب وحرام فى غير محله لعدم الدليل على حرمة كل لعب والاحرم افعال اكثر الناس الصادرة عنهم لمجرد الضحك فان اكثرها فعلاذقولا من الامور اللهوية وقوله تعالى والذين هم عن اللغو معرضون ليس هو كل لغو بل اللغو المشتمل على توهين الناس وايدئاهم ونحو ذلك من الاكاذيب .

بل خبر الحصر القمار فى الثلاثة لا يكون فى مقام الحصر الحقيقى ايضا بل فى مقام ان القمار فى هذه الثلاثة لهو ولكن قد خرج الحرمة واللهو وثابت

في غيرها في الجملة لكن لابيحيث ان كل لهو حرام غير الثلاثة وكم من الامور اللغوية واللغوية لادليل على حرمتها كالعيب بالحمام لو لم يصدق عليه القمار فانه لاشكال في كونه امرأ لغوا وموجبا لتضييع الوقت الشريف ومع ذلك لم يكن حراما لو خلى وطبعه .

ومثلا كثر الكلمات المضحكة الواقعة في مجالس البطالين المعدة للعيش والطرب بل اشد افراد اللهو والقبح عند العقلاء هو اخراج الريح عمداً بل هو من اعمال قوم لو طومع ذلك لو صدر عن شخص لضحك اهل المجلس لم يكن عليه دليل على الحرمة بحيث خرج عن العدالة وليس كذلك لان المعاصي لها عدة معدودة وليس منها اللهو والمزاح بين الزوجين والملاعبة الواقعة بينهما لهو و مع ذلك مستحب بحيث والملائكة يدخلون عندهما في حال المزاح واللهو .

وفي الجواهر في هذا المقام قال ما هذا لفظه: ولكن لم يثبت شيء من ذلك عندنا ، بل الظاهر الثابت خلافه كما عرفت ، وأما جوازها بدون عوض فقد حكى فيه قولان : قيل : ان منشأهما فتح الباء في لفظ سبق المرودى في خبر الحصر و سكونها ، فعلى الاول الذى هو المشهور لا يدل الا على عدم مشروعية بذل العوض في غير الثلاثة ، ولا تعرض فيها لغير ذلك ، فيبقى على اصالة الجواز ، وعلى الثانى يدل على المنع مطلقاً ، لكن يرجح الاول - مع شهرة روايتها كذلك - ان احتمال الامرين يرفع دلالتها على المنع مطلقاً ، فيبقى اصالة الجواز خالية عن المعارض مضافاً الى امكان ترتب عرض صحيح عليها ، يخرجهما عن اللهو واللعب مع أنهما لم يثبت تحريمهما على وجه الاطلاق بحيث يشمل المجرى عن الالات المعدة لمثل ذلك ، فيجوز حينئذ المسابقة بالاقدام ، ورمى الحجر ودفعه . والمصارعة والالات التى لا تشمل على نصل والطيور ، ولعل من ذلك مصارعة الحسنين عليهما السلام بمحض النبى ﷺ ومكاتبتهما ، وغيرها مما هو مرودى عن الحسن عليه السلام أيضاً ومن ذلك وغيره جزم به ثانى الشهيدين ومن تبعه ، لكن فى الرياض دأن الأشهر خلافه

بل ظاهر المذهب الى ان قال بعد نقل العبارة المتقدمة من الرياض بتمامها :
 لكن ينبغي أن يعلم ان التحقيق الحرمة وعدم الصحة اذا أريد إيجاد عقد
 السبق بذلك ان لا يرب في عدم مشروعيته ، سواء كان بعوض أو بدونه ، ولوالاصل
 فضلا عن النهى في خبير الحصر .

أما فعله لاعلى جهة كونه عقد سبق ، فالظاهر جوازه ، للاصل والسيرة
 المستمرة على فعله في جميع الاعصار الأمصار من الأعوام والعلماء ، وما ورد من
 مصارعة الحسن والحسين عليهما السلام ومكاتبتهما والتقاطهما حب قلادة أمهما ، بل ماروته
 العامة من مسابقة النبي صلى الله عليه وآله لعائشة بقدمه فسبق وسبق لوقلنا بصحة ذلك وعدم منافاة
 مثله لمنصب النبوة ، لانه من المداعبة مع الزوجة وغير ذلك .

بل لا يبعد جواز اباحتها العوض على ذلك ، والوعد به مع استمرار رضاهما
 به لاعلى أنه عوض شرعى ملتزم ، بل قد يحمل عليه ما روى عن النبي صلى الله عليه وآله في
 طرق العامة من المسابقة بالقدم مع اشخاص ثلاثة على شاة ، فغلب الثلاثة وأخذ
 الشاة الثلاث ملتزم به ، والمراد من الخبر - على السكون - لا عقد سبق ، فان
 السبق اسم لهذه المعاملة ، كالبيع والصلح والاجارة ، وعلى الفتح لاسبق الا في
 الثلاثة لعدم مشروعية عقد السبق في غيرها .

وحينئذ يتحد المراد منها على النسختين ، والاجتماعات المزبورة انما هي
 على ما ذكرنا من عدم مشروعية عقد السبق في غير الثلاثة ، وان كان بغير عوض
 ففعله حينئذ تشريع محرم ، لأن المراد حرمة مطلق المغالبة وان تعلق بها غرض
 صحيح ، ودعوى أنها مطلقا لهو ولعب ، وهما مطلقاً حرام واضحة المنع ، خصوصاً
 بعد معروفة مداعبة الصلحاء ومغالبتهم في كثير من الامور ، بل ربما عد مثلها
 عبادة وبذلك ظهر لك ما في كلام جملة من الأصحاب ، وانه غير محرر ، فان
 جملة من كلماتهم تقضى بان محل البحث ايقاع عقد المسابقة ، وجملة منها تقضى

بحرمة مطلق المغالبة بغير الثلاثة ، وان لم يكن على أنه عقد مسابقة ، لانها لهُو ولعب وقمار ، الا أن التحقيق ما عرفت انتهى .

ولقد اجاد وهو المعتمد قوله ومكاتبتهما الخ الرواية الواردة انه بعد عدم غلبة احدهما على الآخر بدلت فاطمة المصارعة بالكتابة وان الغلبة لمن كان خطه احسن ثم لاجل عدم حزن احدهما بدلتها بالالتقاط فقالت عليها السلام بان هذه القلادة لها سبعة حبات واقطعها ومن اخذ الاكثر من هذه الحبات كانت الغلبة له فاخذ ثلاثة حبات الحسن وثلاثة الحسين وبقي حب واحد فتارة شد الحسن على الحسين واخرى شد الحسين على الحسن و لم يوفق لاحدهما اخذه فامر الله جبرئيل ان يقطع الحب الواحد بنصفين واخذ نصفه الحسن عليه السلام و نصفه الحسين عليه السلام حتى لا يحزن احدهما هذا حاصل الخبر الذى اجمله قده ووجدت الرواية فى بعض الكتب من المنتخب ولعله من الطريحي .

الفصل الثالث : فى عقد المسابقة والرماية ﴿ وهو عقد مستقل برأسه وليس بجعالة ولا اجارة لاختلاف احكامه مع كل منهما ﴾ وهو يفتقر الى الايجاب والقبول ﴿ كما فى غيره من العقود ويتحقق بكل لفظ يحصل معناه سواء كان بالعربى او الفارسى او غيرهما بلغة اى شخص كان ويحصل بالمعاطاة ايضا بان يجعل نفس الشروع فى العمل ايجابا له .

وفى الحدائق قال وظاهر الاخبار المذكورة بل صريحها أن هذه معاملة برأسها ، وهى من قبيل الرهان ، الا أنه غير محظور كسائر أفراد الرهان ، كما ينادى به الخبر الرابع والخامس والسادس والسابع والعاشر حيث سمي هذه المعاملة فيها رهاناً وأنه رهان حق جائز شرعاً ، يحل ما أخذ عليه قال فى القاموس : والمراهنة والرهان : المخاطرة والمسابقة على الخيل ، انتهى وهو ظاهر فى المراد انتهى .

﴿ وقيل ﴾ والقائل الشيخ فيما حكى عنه والفاضل فى محكى مختلفه له ﴿ هى

جمالة فلافتقر الى قبول ، ويكفى البذل ﴿ كما يكفى فيها قول من رد عبدي فله درهم ونحوه ﴾ وعلى الاول: فهو لازم كالأجارة ﴿ لعموم «أوفوا» و«المؤمنون» والاصل ﴾ وعلى الثاني : هو جائز شرع فيه أولم يشرع ﴿ كالجمالة .

وفى الجواهر وان كان التحقيق خروجه عنهما معا ضرورة انتفاء جملة من خواص كل منهما فيه ، منها - العوض فان الظاهر عدم اعتباره فيه ، لاطلاق الأدلة وعمومها ، بل قد وقع من رسول الله ﷺ بدونه انتهى .

ويدل عليه خبر طلحة بن زيد المتقدمة فى اول الكتاب وهو خبر الثانى عشر وفى الجواهر قال وان وقع من بعضهم كونه اجارة أو جمالة ، الا أن مرادهم كالأول فى اللزوم والاحتياج الى القبول وكالثانى فى الجواز وعدم الاحتياج الى القبول العقدي ، لأن المراد كونه فرداً منها ، ولذا جعلوا له كتاباً مستقلاً على نحو غيره من العقود ، وأثبتوا له أحكاماً لا توافق شيئاً من العقدين كما هو واضح انتهى . قال فى الجواهر وعلى كل حال فالدليل على عقديته ذكر الاصحاب له فى نظمها ، بل ظاهر المصنف فى النافع ، والفاضل فى المختلف بل وغيرهما المفروغية من ذلك ، وان التردد انما هو فى اللزوم والجواز الى ان قال :

كما أن التردد فى الجواز واللزوم بعد فرض عقديته فى غير محله ، ضرورة أن الاصل فى العقد اللزوم لعموم «أوفوا» والاستصحاب الذى مقتضاه ذلك أيضاً ، وان لم نقل بعقديته ، وما فى المختلف ومن أن المراد من الامر بالوفاء بالعقد العمل على مقتضاه ان كان جائزاً ، وليس المراد مطلق العقود ، والا لوجب الوفاء بالجائزة ، واضح الفساد ضرورة ظهور الامر بالوفاء بالشيء التزامه والعمل به بالعمل بمقتضاه من جواز أو لزوم ومن هنا كان طريقة الاصحاب حتى هو الاستدلال بهاعلى اللزوم . والا كان دوراً واضحاً وخروج العقود الجائزة منها للدلالة ، لا ينافى بقاء حجيتها فى الباقي .

وبذلك كله ظهر لك أنه لا اشكال فى اللزوم على تقدير عقديته الذى قد

عرفت ثبوتها من التسالم المزبور ، بل ومن ان ثبوت العوض فى ذمة المسبوق ، مع فرض كون الايجاب من السابق من الامور التى لاثبتت الا بالعقود ، المعلوم كون موردها نحو ذلك بخلاف موارد الانشاء على أنه على فرض الشك فى كونه عقداً أو غيره ، فالاصل عدم ترتيب الاثر بالايجاب خاصة ، ولا ينافيه اطلاق المسابقة بعد فرض الشك فيها انتهى .

وفى التنقيح بعد قول المصنف ويفتقر انعقادها الى ايجاب وقبول ، وفى لزومها تردد اشبهه اللزوم قال ما هذا لفظه هنا مسألتان :

(الاولى) هل هذا العقد لازم كالاجارة او جائز كالجعالة ؟ تردد فيه المصنف من كونه عقداً على عمل مقصود لقوله تعالى «واعدوا لهم ما استطعتم من قوة» وفسر النبى صلى الله عليه وسلم : القوة بالرمى فيكون اجارة فيكون لازماً ومن كون العامل غير معلوم والعمل غير معلوم الحصول وجواز بذل المال من الاجنبى فيكون جعالة فيكون جائزاً . واختار المصنف هنا اللزوم وهو مختار العلامة فى القواعد وفى المختلف الجواز .

(الثانية) هل يكفى فيها الايجاب وحده ام لابد من القبول ؟ ان قلنا بالجواز كفى الايجاب ، وان قلنا باللزوم لابد من القبول .

وفى عبارة المصنف مساهلة ، لانه قال اولاً ان انعقادها يفتقر الى الايجاب والقبول ثم تردد فى اللزوم ولاوجه له ، لان الافتقار الى الايجاب والقبول معلوم اللزوم فلاوجه لتسليم المعلول مع الشك فى العلة انتهى .

والظاهر لاشكال فى كونه عقداً براسه والكلام فى لزومه وجوازه وقد عرفت فى بحث وجوب العقد انه بمجرد صدق العقد على شىء يحكم عليه باللزوم الا اذا ثبت جوازه بدليل خارج بعد عدم تمامية قول العلامة بان معنى وجوب العمل بمقتضى العقد انه ان كان واجبا فواجب وان كان جايزا فجائز لما عرفت هناك ان مقتضى العقد هو العمل بمدلوله اللفظى لا اللزوم والجواز فكل عقداً لازم بمقتضى وجوب الوفاء الا اذا ثبت من الخارج جوازه ولم يثبت واذا ثبت العقديّة لزم القبول قطعاً والا

لا يترتب الاثر على الايجاب فقط فالعقد عبارة عن الايجاب مع القبول فاذا فرض كونه عقداً ثبت القبول ايضا .

﴿ وكيف كان فلا خلاف ولا اشكال في انه ﴾ يصح ان يكون العوض عيناً أو ديناً ﴾ على حسب غيره من المعاملات لاطلاق الادلة وعمومها ﴾ واذا بذل السبق غير المسابقين صح اجماعاً ﴾ من المسلمين - اذا كان الامام ومطلقاً - من المؤمنين .

﴿ واذا بذله أحدهما أو هما صح عندنا ، ولو لم يدخل بينهما محلل ولو بذله الامام من بيت المال جاز ﴾ بلاخلاف ولا اشكال ﴾ لان فيه مصلحة ﴾ للاسلام والمسلمين وهي مصرفه ﴾ ولو جعل السبق للمحلل بانفراده ﴾ اذا سبق ﴾ جازاً أيضاً ﴾ لاطلاق الادلة وعمومها ، فلا يستحق أحدهم شيئاً اذا سبق بل يكون السبق لبذله لعدم حصول السبق ممن بذل له .

﴿ وكذا ﴾ يجوز ﴾ لو قيل : من سبق منا ﴾ أى الثلاثة ﴾ فله السبق عملاً باطلاق الاذن في الرهان ﴾ المقتضية جواز ذلك وغيره ، ويرجع في معناه الى العرف كما تسمع في نظائره ﴾ وتفتقر المسابقة الى شروط خمسة : الاول تقدير المسافة ابتداء وانتهاء ﴾ للفرر .

﴿ والثانى : تقدير الخطر ﴾ بعدمعرفة جنسه ، للفرر في المجهول واثارة النزاع ﴾ الثالث : تعيين ما يسابق عليه ﴾ بالمشاهدة من كونه فرساً او ابلاً او غيرها ﴾ الرابع تساوى ما به السباق في احتمال السبق ﴾ اى كون الفرسين مثلاً متساويين في القدرة ﴾ فلو كان أحدهما ضعيفاً يتقن قصوره عن الاخر لم يجز ﴾ لعدم الاستعلام فيه حينئذ .

﴿ الخامس أن يجعل السبق لاحدهما وللمحلل فلو جعل لغيرهما لم يجز ﴾ بلاخلاف للاصل .

﴿ وهل يشترط للتساوى في الموقف قيل نعم ﴾ لفوات الغرض الذى هو معرفته

الفرس والفارس ﴿والاظهر﴾ أنه ﴿لا﴾ يشترط بعد فرض احتمال السبق ﴿لانه مبنى على التراضى﴾ فيشملة اطلاق الادلة و«المؤمنون» .

﴿واما الرمى فيفتقر الى العلم بأمر ستة﴾ .

الاول : ﴿الرشق﴾ بكسر الراء الذى قد عرفت انه عدد الرمى ، اذ لولم يعين أمكن أن يطلب المسبوق تعدد الرمى حتى تحصل الاصابة ، ويمتنع الاخر فيفضى الى التنازع المعلوم من حكمة الشارع خلافه .

﴿و﴾ الثانى : ﴿عدد الاصابة﴾ كخمس من عشرين رمية لان الاستحقاق وبيان حذق الرامى بها .

﴿و﴾ الثالث ﴿صفتها﴾ من خرق او خرق وغيرهما من الصفات للمررمع عدمه

﴿و﴾ الرابع معرفة ﴿قدر المسافة﴾ التى يرمى بها بالمشاهدة أو ذكر

المساحة .

﴿و﴾ الخامس : ﴿الغرض﴾ الذى هو المقصود بالاصابة ، فلا بد من العلم موضعه من الهدف ارتفاعاً ، وانخفاضاً ، وقدره بالنسبة الى الضيق والسعة .

﴿و﴾ السادس : ﴿السبق﴾ حذراً من الغرر والجهالة المفضية الى النزاع

﴿وتماثل جنس الآلة﴾ من كون القوس مثلاً عربياً أو فارسياً ، لاختلاف الرمى باختلاف ذلك .

﴿وفى اشتراط﴾ تعيين أحد القسمين أى ﴿المبادرة والمحاطة﴾ فى عقد

الرمية ﴿تردد﴾ بل وخلاف ولكن ﴿الظاهر أنه لا يشترط﴾ لانصراف اطلاق العقد الى المحاطة على الاشهر وسيأتى شرح ذلك فانتظره .

﴿وكذا لا يشترط التعيين﴾ شخص ﴿القوس والسهم﴾ لاطلاق الادلة .

الفصل ﴿الخامس﴾ : فى احكام النضال وهو المرامات والتدافع والغلبة

الشامل للسبق وغيره وفى الحدائق ما هذا لفظه قال الجوهري : ناضله أى راماه ويقال : ناضلت فلاناً فنضلته ، اذا غلبته ، وانتضل القوم وتناضلوا أى رموا للسبق

وقال في كتاب المصباح المنير ، «ناضلتهم مناظلة وناضالاراميته ، فنضلتهم نضالا
من باب قتل غلبته في الرمي» ، وهو ظاهر في تخصيص المناظلة بالرمي ، ولهذا
قال في المسالك : وأما اطلاق المناظلة على ما يشمل المسابقة فليس بمعروف لغة
ولا عرفاً ، ولعل المصنف ومن تبعه في ذلك تجوزوا في الاطلاق ، وبعض الفقهاء
عنون الكتاب بالمسابقة والمناظلة ، وهو الموافق لما نقلناه عن أهل اللغة ويشير
الى ذلك كلامه في التذكرة حيث قال : والسابق اسم يشمل المسابقة بالخيال حقيقة
وعلى المسابقة بالرمي مجازاً ، ولكل واحد منهما اسم خاص ، فيختص الخيل
بالرمان ويختص الرمي بالنضال ، وهو ظاهر في أن المناظلة حقيقة انما هي بمعنى
الرمي انتهى .

﴿ وفيه مسائل : الاولى : اذا قال اجنبى لخمسة ﴾ مثلاً ﴿ من سبق فله خمسة
فتساوا في بلوغ الغاية ، فلا شيء لاحدهم لانه لاسبق ﴾ لاحدهم بلاخلاف ﴿ ولو
سبق أحدهم كانت الخمسة له ﴾ لتحقق الوصف فيه دون غيره ﴿ و ﴾ أما ﴿ ان
سبق اثنان منهم ﴾ ففي المتن وعن جماعة ﴿ كانت ﴾ الخمسة ﴿ لهما ﴾ بالنصف
﴿ دون الباقيين وكذا لو سبق ثلاثة أو اربعة ﴾ بالثلث أو الربع موزعة على الرأس
ولا يخفى ان الظاهر من قوله من سبق فله خمسة هي الخمسة بتمامها لكل
واحد ممن سبق فلا يكون الخمسة موزعة بين اثنين او اكثر كما قيل : يستحق
كل واحد منهم خمسة ، واختاره في جامع المقاصد ، وتبعه في المسالك ، لان
(من) للعموم الذي هو بمعنى كل فرد .

﴿ و ﴾ منه يظهر لك عدم صحة التوزيع في قوله ﴿ لو قال : من سبق ﴾ من
هذه الخمسة ﴿ فله درهمان ومن صلى فله درهم فلو سبق واحد او اثنان ، او اربعة
فلهم الدرهمان ﴾ لكل واحد ربع الدرهم و حاصل ما افاد ان الدرهمين يوزع
بين ما زاد على الواحد فمن سبق ان كان واحداً فله تمام الدرهمين وان كان
اكثر وزع بينهم متساوياً ففي فرض المتن ان كان اربعة من الخمس سبق فللكل

منهم ربع الدرهم مع انه لكل واحد در همان .

نعم صح قوله ﴿ولو سبق واحد ، وصلى ثلاثة وتأخر واحد كان للسابق در همان ، وللثلاثة درهم ولاشئ للمتأخر﴾ لانه لو كان السابق واحداً له تمام الدرهمين والدرهم الواحد الباقي يقسم بين ثلاثة يصلو فرسهم والاخير المتأخر ليس له شئ .

وفى الحدائق فى وجه التسمية بالمصلى قال وسمى بذلك لانه يحاذى برأسه صلوى المسابق والصلوان عبارة عن العظمين النابتين عن يمين الذنب وشماله انتهى
المسألة الثانية: لو كانا ﴿المتراهنان﴾ ﴿ائنين﴾ مثلاً ﴿اخرج كل واحد منهما سبقاً﴾ اى عين كل واحد سبقه بفتح الباء اى عوضه بان يقال من سبق فله مائة ومن سبق فله خمسون مع كون المحلل ابضا داخلا فيهما فى المسابقة بان تهر كوامن المبدء ثلاثة بان يكون لكل من سبق كلا السهمين تمامه محللا كان اواحدهما كما قال ﴿وادخلا محللا وقالوا : اى الثلاثة سبق فله السبقان فان سبق احد المستبقين كان السبقان له﴾ سبق نفسه وسبق المسبوق ﴿على ما اخترناه﴾ من جواز السهمين للسابق كما انه لو كان السابق منهما هو المحل كان سهمان له ففى المثال له مائة وخمسون سهمان للسابق والمسبوق كما قال .

﴿وكذا لو سبق المحلل﴾ لحصول الوصف فيه ﴿ولو سبق المستبقان كان لكل واحد منهما مال لنفسه ، ولاشئ للمحلل﴾ وفيه ان مقتضى العبارة كون السبقان للسابق وكلا المستبقين سابقان فيجمع بين ماليهما ويقسم بينهما بالتساوى وفى المثال كان لكل منهما خمسة وسبعون حسب صدر العبارة .

﴿وكذا الحال فيما﴾ لو سبق أحدهما والمحلل كان للمستبق مال نفسه ﴿ولا يخفى انه ليس فى صدر عبارة المتن هكذا الا ترى الى قوله فان سبق احد المسبقين كان السبقان له فعوض كليهما معا للسابق ولو كان هو المحلل الذى يراقب سبق احدهما ففى المثال الذى المائة لاحدهما والخمسون للآخر كان

المجموع للسابق ايهم كان واذا كان السابق اثنين من الثلاثة يجمع بينهما وينصف بينهما .

فلا يصح قوله كان للسابق مال نفسه حسب عبارته فهذا الذى فى قوله ﴿ونصف مال المسبوق ، ونصفه الاخر للمحلل﴾ على خلاف قوله المتقدم تدبر .

﴿ولو سبق احدهما وصلى المحلل كان الكل للسابق عملاً بالشرط﴾ وهو واضح ﴿وكذا لو سبق احد المستبقيين . وتأخر الاخر والمحلل وكذا لو سبق احدهما وصلى الاخر وتأخر المحلل﴾ والكل واضح فكلا السهمين لاحد المستبقيين وليس لغيره شئ لتأخرهما وكذا فرع الثانى اذ السابق احدهما والسهمان له والاخر صلو السابق تقريبا اذ رأس فرسه على ذنب فرس السابق والمحلل عقبه حقيقة .

المسألة الثالثة : اذا شرط المبادرة والرشق ﴿اى العدد﴾ عشرين والاصابة خمسة ﴿مثلاً﴾ فرمى كل واحد منهما عشرة ، فاصاب ﴿كل واحد﴾ خمسة ﴿فقد تساوى فى الاصابة والرمى فلا يجب اكمال الرشق لانه يخرج عن المبادرة﴾ حاصله المتراهنان اشترط المبادرة لايهما كان فى اصابة خمسة فى ضمن عشرين فقال ان وقع خمسة رمى منى من العشرين قبل اصابة الخمسة منك من العشرين فالظفر لى وان كان قبل اصابتي فالظفر لك فشرعاً فى الترامى فوق لكل منهما خمسة من عشرة فالخمس قد تمت معاً من دون تقدم وتأخر فهما مساو من دون غلبة احدهما على الاخر فتحقق المحاطة اى اسقاط حقهما لعدم تحقق المبادرة من احدهما وان وقع لاحدهما الخمسة من العشر ومن الآخر اربعة من العشرة فالظفر لصاحب الخمسة فان المبادرة يصدق عليه دون الاخر وهو واضح ولو استدعى صاحب الاربعة رمى آخر حتى يكمل الخمسة لا يفيد لان المبادرة قد صدقت فى ترامى صاحبه .

﴿وكذا لا يجب الاكمال فيما﴾ لو رمى كل واحد منهما عشرة فأصاب

﴿احدهما خمسة والآخر أربعة فقد نضله﴾ اى غلبه ﴿صاحب الخمسة و﴾ حينئذ
﴿لو سأل﴾ صاحب الاربعة ﴿اكمال الرشق لم يجب﴾ لحصول المبادرة والارجح
عن موضوعها .

﴿أما لو شرطا المحاطة ، فرمى كل واحد منهما عشرة ، وأصاب خمسة
تحاطا خمسة بخسمة ، واكتملا الرشق﴾ رجاء لحصول السبق لان مقتضى المحاطة
ذلك على ما عرفت من تعريفها .

﴿و﴾ كذا ﴿لو أصاب أحدهما من العشرة تسعة واصاب الآخر خمسة تحاطا
خمس بخمس واكتملا الرشق﴾ رجاء لحصول السبق فيما بقى ﴿ولو تحاطا ، فبادر
احدهما الى اكمال العدد﴾ الذى اشترط الاصابة فيه ﴿فان كان مع انتهاء الرشق﴾
منهما ﴿فقد نضل صاحبه﴾ لحصول الفراغ من العقد ﴿وان كان قبل انتهائه ،
فأراد صاحب الاقل اكمال الرشق نظر فان كان له فى ذلك فائدة مثل ان يرجو
ان يرجح عليه﴾ .

وفى الجواهر ما زجا مع المتن كما لورمى كل منهما عشرة فاصابها احدهما
واصاب الآخر منها خمسة فان صاحب الاقل يرجو اصابة العشرة اجمع وخطاء
صاحبه له فينضله حينئذ ويكون الخطر له لانه بعد التحاط يحصل له اصابة الخمسة
المفروض اشراطها فى عدد العشرين ﴿او يساويه﴾ كما لو فرض فى المثال
خطأ احدهما للعشرة فانه يرجو بالا كمال اصابة العشرة الباقية وخطأ الآخر له
فيساويه ويتمحاطان ولا يستحق احدهما على الآخر شيئاً ﴿ويمنع ان ينفر ذباً لاصابة
بان يقصر بعد المحاطة عن عدد الاصابة﴾ .

كما لو فرض اصابة الاثنين من العشرة التى اصابها اجمع صاحبه فيرجو
بالا كمال اصابة العشرة الباقية له ، وخطأ الآخر فيتمحاطان عشرة بعشرة ويبقى اثنان
له ولا يستحق احدهما على الآخر شيئاً فمتى كان كذلك ﴿اجبر صاحب الاكثر﴾
على الاكمال ﴿وان لم يكن له فائدة﴾ لانه مغلوب على كل حال ﴿ام يجبر﴾ صاحب
الاكثر على الاكمال ﴿كما اذا رمى احدهما خمسة عشر فأصابها ورمى الآخر فاصاب

منها خمسة فيتحاطان خمسة بخمسة* ويبقى لاحدهما عشرة* فاذا اكتملا فأبلغ ما* يفرض انه* يصيبها* صاحب الخمسة ما تخلف وهي خمسة ويخطئها صاحب الاكثر فيجتمع لصاحب الخمسة* حينئذ* عشرة فيتحاطان عشرة بعشره ويفضل لصاحب الاكثر خمسة فلا تظهر للاكمال فائدة* وهو واضح كوضوح ما يتصور هنا من نحو ذلك .

قوله : وفي اشتراط المبادرة والمحاطة وتردد المبادرة هي أن يبادر أحدهما الى الاصابة مع التساوي في الرشق ، والمحاطة اسقاط ما تساوي فيه من الرشق ويفضل لاحدهما عدد الاصابة فيكون ناضلا .

ومنشأ التردد من تفاوت الاغراض في كل واحد منهما ، فالاشتراط يزيل النزاع . ومن أصالة عدم الاشتراط ، ولان السبق يتحقق بالمبادرة فان من حصل له الاصابة المشروطة قبل صاحبه مع تساويهما في السهام فقد سبقه ومع التحقق يستحق المال .

ويؤكد الاول أن هذا العقد انما شرع لبعث العزم على الاستعداد للنضال ، وذلك انما يكون واقعاً على الوجه الاكمل اذا شرط فيه ، اما المبادرة أو المحاطة ان بهما يحصل بلوغ الغاية في الحذف للرمى على ابلغ نظام ، لكونها اشق اقسام الرقال في المسالك : المرامة قسمان مبادرة ومحاطة والمراد من الاول ان يتفقا على رمي عدد معين كعشرين سهماً مثلاً فمن بذر الى اصابة عدد معين منها كخمسة فهو ناضل لمن لم يصبه او اصاب مادونها . والمراد من المحاطة بتشديد الطاء ان يقابل اصابانها من العدد المشترطة وي طرح المشترك من الاصابات فمن زاد فيها بعدد معين كخمسة مثلاً فناضل الاخر فيستحق المال المشروط في العقد الى آخره وفي اللمعة وشرحهماز جا قال ولا يشترط تعيين المبادرة وهي اشتراط استحقاق العوض لمن بذر الى اصابة عدد معين من مقدار رشق معين مع تساويهما في الرشق كخمسة من عشرين ولا المحاطة وهي اشتراط استحقاقه لمن خلس له من الاصابة عدد

معلوم بعد مقابلة اصابات احدهما باصابات الاخر وطرح ما اشتركا فيه .
ويحمل المطلق على المعاطة لان اشترط السبق انما يكون لاصابة معينة من
اصل العدد المشترط في العقد وذلك يقتضى اكمال العدد كله لتكون الاصابة
المعينة منه وبالمبادرة قد لا يفتقر الى الاكمال فانهما اذا اشترط رشق عشرين
واصابة خمسة فرمى كل واحد عشرة فاصاب احدهما خمسة والاخر اربعة مثلا
فقد نضله صاحب بخمسة ولا يجب عليه الاكمال بخلاف ما لو شرط المعاطة فانهما
يتمحطان اربعة باربعة ويبقى لصاحب يجب الخمسة واحد ويجب الاكمال لاحتمال
اختصاص كل واحد باصابة خمسة فيما يبقى .

المسألة الرابعة : اذا تم النضال ملك الناضل العوض .

وفي الجواهر بلاخلاف ولا اشكال انتهى وعدم الاشكال ان كان الجدل والقتال
في زمان الحضور وكان باذن الامام وكان الآلات الحربية من الطرفين بنحو السيف
والرمح والمركب بنحو الفرس والفيصل واما لو كانت الآلات الحربية بمثل ما في عصرنا
الحاضر لانتيجة للمسابقة بما ذكر فليس الاشترط والرهن والعوض الامحرم .
﴿ وعلى كل حال ﴾ له التصرف فيه ﴿ بعد تمامية النضال ﴾ كيف شاء
وله ﴿ على فرض صحة المسابقة وحيلة العوض وخروجه عن القمار المحرم ﴾ ان
يختص به وله ان يطعمه اصحابه ﴿ لعموم الناس مسلطون على اموالهم ﴾ وغيره
﴿ ولو شرط في العقد اطعامه لحزبه لم استبعد صحته ﴾ لعموم «ادفوا» و«المؤمنون»

المسألة الخامسة : اذا فسد عقد السبق ﴿ بسبب كون العوض خمراً مثلا

او مجهولا او بنحو ذلك مما هو من شرايط صحة العقد ﴾ لم يجب بالعمل أجرة
المثل ﴿ وفاقاً للمحكى عن الشيخ ﴾ ويسقط المسمى لا الى بدل ﴿ لظهور فساد
العقد على الفرض ﴾ ولو كان السبق مستحقا وجب على الباذل مثله اذ قيمته ﴿ ضرورة
اشتراك الجميع في فساد العقد .

المسألة السادسة : اذا فضل أحدهما الاخر في الاصابة ، فقال له : اطرح

الفضل بكذا قيل: لا يجوز لان المقصود بالنضال ابانة حذق الرامي وظهور اجتهاده*
بحصول الغلبة له* فلو طرح الفضل بعوض أو بغير عوض كان تركاً للمقصود بالنضال
فتمتطل المعادضة ويرد ما أخذ* منه لذلك .

وقد تم كتاب السبق والرماية ويتلوها كتاب الوصية وقد اقدمت على تدوينه
متابعة للمصنف وغيره والا فقد عرفت عدم نتيجة في هذا الباب ويكون البحث
عنهما كالبحث عن العبيد والاماء ولا ينتج البحث عن المسألتين الا لزمان الحضور
ووجود صاحب الدين فيكون بفتح ارواح العالمين له الفداء كل المخالفين له عليه السلام
من عبيده وامائه وكل الالات الصربية في عصره .

قد ابطلت وضعت باشارة واحدة اليها فانها اشارة الله وهو يدالله وجيشه
وعسكره جميع الملائكة وجبرئيل الذي قد جعل قوم لوط ومدينتهم عاليها سافلها
وكل مدينتهم قد جعل في الصبح ترابا وليس له عليه السلام ما يسمى في عصرنا [بموشك وبم]
ويقتل في آن واحد الوف من الناس صغيرهم وكبيرهم ورجالهم ونساءهم ويخرب
بيوتهم لاجل الرآسة الدنيا الدنية وويل لهم من يوم يقول عز من قائل اذ القلوب
لدى الحناجر كاظمين ما المظالمين من حميم ولا شفيع بطاع ويلهم فما اجابوا يوم القيامة
وكيف كان فما يقال في هذا الكتاب كلها لعصره كان نافعا مع وجوده
عليه السلام ايضا والناس يشكون فيه ويزعمون انه ليس لهم عسكر واصحاب في مقابل
العالم ولم يروا غزوة بدر التي كان المقاتلون هم الملائكة المقربون وهو يوم
خفى كافر في تحت حجر لكلمة الله تعالى وانطقه ويقول يا حجة الله قد خفى تحتى
كافر فاقتله فقتله وكيف كان فقد عرفت ان جميع المسابقات الواقعة في عصرنا
قمار محرمة مع الرهان وليس الغرض منها فائدة اسلامية اللهم ارنا الطلعة الرشيدة
والفرة الحميدة واجعلنا من انصاره واعوانه وعجل في فرجه الشريف حتى طهر
البلاد عن الكفر والنفاق والفساد آه آه من طول زمان الظهور والفرج :

باى نواح الارض أبغى وصالكم وانتم ملوك لا لمقصدكم نحو

روشنى روز ما زروى تو بودى رفتى تاريك روز روشن ما شد
خرمى گلستان زروى تو بودى رفتى آخر خزان گلشن ما شد

﴿كتاب الوصايا﴾

وفى الجواهر ما هذا لفظه جمع وصية من أوصى يوصى ، أوصى يوصى قال
فى الصحاح : وأوصيت له بشيء وأوصيت إليه اذا جعلته وصيك والاسم معا الوصاية
بالكسر والفتح ، وأوصيته ووصيته أيضاً توصية بمعنى والاسم الوصاة الى أن قال
ووصيت الشيء بكذا اذا وصلته به وذكر غير واحد من الاصحاب ان الوصية منقولة من
وصى يوصى بالمعنى الاخير لما فيها من وصل القربات الواقعة بعد الموت بالقربات فى
حال الحياة أو بالعكس أو وصل التصرف حال الحيوية به بعد الوفاة لكن ذلك كله
كما ترى والاولى نقلها من الوصية بمعنى مطلق العهد ، يقال : أوصاه ووصاه
توصية عهد اليه الى خصوص ما يعهده الانسان بعد وفاته ، بل الوصية بمعنى التملك
ألصق بهذا المعنى من الاول كما هو واضح ، والامر سهل .

﴿و﴾ على كل حال ف﴿النظر فى ذلك يستدعى فصولاً﴾ .

﴿الاول: فى الوصية وهى﴾ انشاء الموصى ﴿تمليك عين أو منفعة بعد الوفاة﴾
﴿و﴾ لا اشكال فى أنها ﴿تفتقر الى ايجاب﴾ بلا كلام ﴿وقبول﴾ على الخلاف
فى الوصية العهدية التى هى تملك المنافع والجهات فانه فى اكثر مواردھا لا
يمكن القبول .

واما فى التملكية فان بعضهم ذهب ايضا الى عدم وجوب القبول فيها كالعهدية
وهو مشكل لعدم صدق العقد على الايجاب فقط والفرص عدم كونها من الايقاعات
﴿و﴾ على كل حال ف﴿الايجاب كل لفظ دل على ذلك القصد﴾ وضماً أو
بقرينة ولو حالية ﴿كقوله: اعطوا فلانا بعد وفانى ، أو فلان كذا بعد وفانى﴾ مريداً
بالاول انشاء التملك بذلك ، لا الامر بفعله بعدها ﴿أو أوصيت له﴾ بكذا من غير

تقييد بما بعد الوفاة ، للاستغناء عنه بلفظ الوصية .

وفى الجواهر قال ما لفظه نعم ينبغى أن يظهر ارادة انشاء التملك فيه بذلك ولو بقرينة حالية ، لا الوصية المهدية الخارجة عن محل البحث انتهى وجه خروج المهدية عن محل البحث ان النزاع فى العقود القابلة للجواب والمهدية غير قابل لذلك كما فى الوقف .

فلا يتوهم ازوم الجواب يعم المهدية وعبارة المتن حيث يعم الوصية التمليلية والمهدية التى هى وصية المنافع والجهات لاشخاص غير محدودة بل نحو المساجد والمدارس والطلاب والفقراء الغير القابلة للتمليك وبجنسهما ونوعهما فلا جرم قد اشار الشارح بعد المتن بقوله أن ظاهر اطلاق المصنف وغيره حتى معقد اجماع الغنية ونحوه عدم الفرق فى افتقار هذا القسم من الوصية الى الايجاب والقبول بين كونها لمعين وغير معين كالوصية بشيء للفقراء اولبنى هاشم ، وغير ذلك مما هو غير محصور ، أو كان لجهة كالمسجد الى ان قال .

لكن فى القواعد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضه ومحكى التذكرة والتحرير والمختلف والابضاح والدروس والتنقيح وياضاح النافع والكفاية أنه ينتقل بالموت من غير حاجة الى القبول ، بل فى المسالك ونفى الخلاف فيه ، وعن ابضاح النافع أن عليه الفتوى الى ان قال .

نعم قد يقوى كون الوصية للفقراء وللجهة غير مانع فيه من الوصية التمليلية بل هو من الوصية المهدية بالصرف على ذلك ، خصوصاً الوصية للجهة ضرورة عدم صحة تملك الجنس بمعد من العقود المملكة وان قبل الحاكم عنه ، الا الوقف على اشكال فيه لقصور أداتها عن ذلك ، من غير فرق بين البين البيع والصلح والهبة وغيرهما مما اشتمل على العوض أو لم يشتمل .

ولا يقاس التملك بها على الملك الشرعى الثابت فى الزكوة والخمس ، بل والوقف بناء على القول به ، لحرمة القياس ، على أن بناء الوقف على تملك المعدوم

بختلاف الوصية ، مع أن أفراد الجنس مختلفة ، كمال الاختلاف ضرورة كونهم حال الوصية غيرهم فى الزمن الآخر ، لصيرورة الفقير غنياً والغنى فقيراً ، بل فيهم من لم يكن موجوداً أصلاً ، ثم وجد فقيراً وهكذا ، ولاريب فى عدم ظهور معتدبه فى أدلة العقود على وجه يقتضى صلاحيتها نحو هذا التملك ، بل لايبعد بطلان الوصية لو قصد بها التملك المذكور .

ومن ذلك ينقدح أن اطلاق الاصحاب كون الوصية عقداً محتاجاً الى الايجاب والقبول فى محله ولايرد عليهم مثل ذلك ، لخروجه عن الوصية التمليلية ودخوله فى الوصية العهدية الخارجة عن محل البحث ، خصوصاً الوصية للجهة كالمسجد والقنطرة والمدرسة ونحوها ، مما هى غير قابلة للتمليك ، ولم يقصد منها تملك غيرها من الفقراء ونحوهم ، فليس حينئذ الا ارادة المصرف فتأمل جيداً .

فانه جيد جدا وان كان مخالفا لما صرح به بعضهم ، كالفاضل والمحقق الثانى وغيرهم من كون الوصية فى الفرض مملكة ولكن لا تحتاج الى قبول مطلقاً أو تحتاج الى قبول من الحاكم ، ضرورة منافاة ذلك لكونها عقداً مفتقراً الى الايجاب والقبول المعتبر فيهما ما يعتبر فى باقى العقود الا ماخرج بالدليل حتى العربية انتهى .

ومحصل جميع العبارات هو لزوم القبول بعد الايجاب لانه عقد وهو لا يتم الا بالقبول بحيث قيل لافرق فى لزوم القبول بين التمليلية والعهدية والجهات التى لا يمكن القبول بان يقبل الحاكم اذا تعسر وكيف كان فالتمليلية لامناس فيها من القبول .

والحاصل لا كلام فى احتياج تحقق الملك الى شخص الى الايجاب فهو ركن من حيث حصول الملك فان الايجاب علة تامة لحصول مدلوله فى الخارج فيحتاج الى قابل يقبل هذا المدلول وبدونه لا يمكن النقل باى لغة واى لسان والحاصل الاحتياج الى القبول مقتضى العقدية وبدونه لا يكون عقداً حينئذ يحتاج الايجاب الى القبول

فهو جزء السبب الناقل لانه شرط كاشف فقط والايخرج الوصية عن العقود وهو كما ترى ولانه شرط اللزوم حتى ينتقل الى الموصى له ملك متزائل لما عرفت وستعرف ان مفاد الادلة هو الملك اللازم بعد موت الموصى ولو قبل القبول ولا كون القبول كاشفا عن تحقق الملك من الموصى الى الموصى له حين الموت حتى بدون القبول :

وبالجملة تعريف الوصية بانها عقد ويفتقر الى الايجاب والقبول صحيح و لا يرد الاشكال بان اكثر افرادها لا يحتاج الى القبول كما فى الوصية العهدية فان كلامنا فى الوصية التمليكية والعهدية خارجة عن المقام و فى التمليكية قوامه بالايجاب والقبول سواء كان مفاده التنجيز او التعليق والاول يقع فى الخارج فوراً كقوله بعتهك او انكحتك وفى الثانى يقع معلقا على مجيئ وقته وقد تحقق له ملك فى زمانه لا التعليق فى الانشاء كى يشكل بعدم تحقق شىء فى الخارج بل التعليق فى زمان صدور الايجاب وتحقق المنشأ بعد موت الموصى كما فى المقام فالموصى قد انشأ والملكية المتحققة فى موقعه وفى كليهما يحتاج الى قابل يقبله عن الموجب .

والمحصل من الكلمات ان الايجاب فى المقام ليس كالايجاب فى سائر المقامات من وقوع القبول اللفظى بعد الايجاب بالافصل ومن لزوم كون المنشأ متنجزاً وواقعا فهذا العقد خرج عن سائر العقود بمثل ما ذكر لا بمثل عدم الاحتياج الى القبول فانه بذلك قد خرج عن العقدية خلافا لبعض الاعلام حيث زعموا عدم لزوم القبول وان الروايات مطلقة فى ذلك كما سيأتى .

ولعل كله خلاف ومقصودهم ان العقد فى باب الوصايا ايضا عقد لكنه فرق بين هذا العقد وبين العقود فى غيرها فهذا الاختلاف الحاصلة بين هذا العقد وبين غيرها لا يضر بحاله ولا يخرجه عن العقدية فاذا كان عقداً لزم القبول فيه كما لزم فى غير هذا ولا يضره التعليق لما عرفت مكرراً أن التعليق المضر هو تعليق نفس الانشاء كما

يقول ان اذن لى ابنى جعلت هذا الشىء لك بعد موتى فهذا تعليق مضر بخلاف ايجاد المنشأ فى الخارج غاية الامر تحققه فى زمان آتى فالاختلاف فى عدم لزوم القبول فيه لعله فى غير محله بل يحتاج الى القبول الناقل للملك لا كاشفا عن الملك بعد الموت ولا كونه شرطا للزوم وبدون القبول كان بعد الموت متزائلا الى ان يقبل .
ثم ان الظاهر عدم احتياج عقد الوصية الى كون الفاظها بالعربية كما فى سائر العقود بل يحصل ويكفى ما يدل على المعنى المذكور باى لغة كانت .
ثم انه لو لم يقدر شخص على التكلم بالوصية فهل يكفى له الاشارة المفهومة لذلك اولا والقوى هو الاول فيكفى ما يظهر منه المقصود بالاشارة بحيث يفهم منه او الخط لكفاية الكتابة لو لم يقدر على التكلم .

فلو كان مقصوده تعيين الموصى له بالاشارة او الكتابة كان ذلك بمنزلة التكلم واجراء الصيغة وذلك لانه قد تعرض مرض لا يقدر الانسان معه على التكلم ولكن يقدر على الخط المفهم للمعنى باى شىء كان على القرطاس او الجلود او الوحل او الارض بالاصابع لو لم يمكن بغيرها وبايها كان يكفى فى كونه عقداً .

ويدل على وقوعها بالاشارة صحيح الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام ذكر ان اباة حدثه عن ابيه ان امانة بنت ابي العاص بن الربيع . واما زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت تحت على عليه السلام بعد فاطمة عليها السلام فخلف عليها بعد على عليه السلام المغيرة بن نوفل فذكر انها توجهت وجما شديداً حتى اعتقل لسانها فجاءها الحسن والحسين ابنا على عليه السلام وهى لا تستطيع الكلام ، فجعلوا يقولان لها والمغيرة كاره لما يقولان : اعتقت فلانا واهله فمشير برأسها نعم وكذا فجعلت تشير برأسها اى نعم ، لا تفصح بالكلام فأجاز ذلك لها .

وخبر على بن جعفر عن اخيه عليه السلام المرودى عن قرب الأسناد سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت او امرأة فجعل أهلها يسائله اعتقت فلاناً ، وفلاناً ، فيؤمى برأسه أو تؤمى برأسها فى بعض نعم وفى بعض لا ، وفى الصدقة مثل

ذلك أيجوز ذلك قال : نعم هو جائز ، فيدل على صحة وقوع الوصية بالاشارة تمليكية كانت او عهدية .

وفي الجواهر قال و كذا الكلام في الكتابة فانه لاشك كما عن جامع المقاصد الاعتراف به في الاكتفاء بهامع المعجز عن النطق والقرينة الدالة على ارادة الوصية منها بل عن التنقيح أنه لاخلاف فيه ، بل عن الايضاح الاجماع على ذلك .

ويدل على صحتها بالكتابة خبر سدير عن أبي جعفر عليه السلام قال : دخلت على محمد بن علي الحنفية وقد اعتقل لسانه ، فأمرته بالوصية فلم يجب ، فأمرت بطشت فجعل فيه الرمل ، فوضع فقلت له : خط بيدك فخط وصيته بيده في الرمل ونسخته أنا في صحيفة ، ومورده وان كان في حال الاضطرار والمعجز عن النطق .

لكن الظاهر في خصوص الكتابة لافرق بين كونها في حال العجز والاضطرار او الاختيار لانه امر معروف في العقلاء وسيرتهم عليه حيث يكتبون وصاياهم و يحفظونها عن الاجانب والايثار الذين لا يميلون الى اطلاعهم بل يخفونها عن اهلهم واولادهم لعدم وقوع النزاع بينهم ويشدونها بالخاتم سواء امكن لهم الاستشهاد عليها ادلا ويعملون جميع العقلاء اذا رؤوها على طبقها لو لم يطلعوا على خلافها ونقضها سواء كانت تمليكية او عهدية او الجهات كالمساجد والمدارس ونحوهما ولذا ورد كون استحباب الوصية عند رأس الموصي فلولا اعتبارها لم يكن معنى لذلك وفي الجواهر ما لفظه وربما ظهر من تقييد الاكتفاء بالمعجز عدم الاكتفاء بها مع الاختيار : بل هو صريح المحكي عن الفاضل وولده والشهيد والمحقق الثاني والقطيفي ، بل عن السرائر نفى الخلاف فيه .

نعم عن التذكرة احتمال الاكتفاء بها مع الاختيار في أول كلامه ، بل لعله الظاهر من النافع وفي الرياض أنه لا يخلو عن قوة ، مع قطعية دلالة القرينة انتهى وقال المحقق الخوانساري في جامعه ما لفظه اما كتب الميت بخطه فظاهر المتن عدم وجوب العمل به ولم يظهر وجهه مع كفاية الكتابة في الوصية وبناء

العقلاء على العمل فى مقاصدهم واكتفاء المأمورين اذا صدر من أمرائهم أو امرهم فى الامور الخطيرة ، بل بناء الفقهاء فى الاحاديث بما كتب فى الكتب ، والنصوص الناهية عن أن يبيت الانسان الا ووصيته تحت رأسه ، ومن المعلوم أن الغرض العمل بها اذا مات ولعل نظر المانعين الى صورة عدم حصول القطع أو الاطمينان بانه خط الميت أو ارادة الوصية انتهى .

ويدل عليه خبر ابراهيم بن محمد الهمداني قال : « كتبت اليه رجل كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصى به هل يجب على ورثته القيام بما فى الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك فكتب اليه ان كان له ولد ينفقون كل شىء يجدون فى كتاب أبيهم فى وجوه البر وغيره .

﴿ و ﴾ كيف كان فقال ﴿ ينتقل بها ﴾ أى بالوصية ﴿ الملك الى الموصى له بموت الموصى ، وقبول الموصى له ﴾ اى بكليهما الموت والقبول لا بالموت فقط فلولم يكن قبول فلا ينتقل الملك اليه وظاهره كون القبول ناقلاً للملك لا انه كاشفا لما عرفت من لزوم الايجاب والقبول لكل عقد وعدم الفرق بينه وبين سائر العقود وان القبول هو جزء الناقل للملك وبدونه يكون الايجاب لغوا الا فى الايقاعات الغير المحتاجة الى القبول ولم يكن الوصايا من باب الايقاعات والفرق انما هو فى تعليق زمان المنشأ لاصل المنشأ حتى يكون تعليقا مضرا هو غير فارق .

ومن جميع ما ذكرنا يظهر وجه قوله ﴿ ولا ينتقل بالموت منفرداً عن القبول ﴾ ولو متزلاً لا ﴿ على الأظهر ﴾ .

وفى الجواهر الأشهر بل المشهور شهرة عظيمة كادت تكون اجماعاً ، بل هى كذلك على الظاهر انتهى وقد عرفت ان قوام العقد بالايجاب والقبول فلولا القبول لزم لغوية الايجاب الا بالالتزام بالملك القهرى كالارث وهو فى الارث يتم لانه باذن مالك الملوك بخلاف الوصية فان الشارع جعل اختيار ثلث ماله بيده فصح له تملكه للغير بالاسباب الموجبة له وهو الايجاب والقبول .

ولكن المسألة مشكلة ومعرفة عظمى بين الاصحاب في ان الوصية التمليلية يحتاج ايضا الى القبول او لا كما في العهدية فيرجع النزاع الى عدم اعتبار القبول رأساً او قبوله مع كونه كشفاً عن الملك بعد موت الموصى بدون القبول .
 وفي مفتاح الكرامة بعد قول العلامة [وبهما ينتقل الملك مع موت الموصى ولا يكفي الموت بدون القبول وبالعكس] قال ما هذا لفظه اي ينتقل ملك الموصى به الى الموصى له بالايجاب والقبول مع موت الموصى ولا ينتقل بالموت وحده ولا بالقبول وحده وقد صرح بانه ينتقل بهما وبالموت في (السرائر) و(الشرايع) و(التحجير) و(الارشاد) و(التبصرة) و(التلخيص) و(المختلف) و(الروض) وكذا (جامع المقاصد).

وظاهر هذه العبارات كما هو صريح بعضها في المقام ومقام آخر ان القبول ليس كاشفاً وانما هو جزء سبب كصريح (السرائر) وغيرها او شرط وانه لا ينتقل بوفاة الموصى للموصى له انتقالاً متزائلاً فان قبله استقر وان رده انتقل الى الوارث ولكنه سيقرب في الكتاب انه كاشف عن سبق الملك للموصى له بالموت لاناقل له من حينه وهو خيرة (اللمعة) و(الحواشي) و(ايضاح النافع) وقد نفى عنه لباس في موضع من (التذكرة) وفي (جامع المقاصد) انه قريب وفي (الكفاية) انه غير بعيد وفي (الروضة) انه متجه لولا مخالفة ما علم من حكم العقد قلت يأتي بيان ذلك والحال فيه و(استظهره) الفاضل القطيفي من (النافع) وفي (المسالك) و(الكفاية) وكذا (الرياض) نسبته الى الاكثر ولعلها لم تصادف محلها لان القول بانه لا بد من انضمام القبول الى الموت خيرة (الخلاف) ايضا في باب الفطرة ويلوح من موضع من (المبسوط) في الباب وقد يستظهر من (الغنية) بل ومن (النافع) ليطابق (الشرايع) بل (قد) يقال انه ظاهر كل من قال ان الوصية عقد لان مقتضى العقد عدم تحققه بدون القبول فيكون تمام الملك موقوفاً على الايجاب والقبول والموت فيكثر القائلين (كذا) به جداً لانك قد عرفت في اول الباب من قال انها عقد وقد

سمعت ما فى (السرائر) وما ذكر بعدها و(القول) بانه يحصل الملك بالوفاء خيرة (الخلافة) فى الباب و(التذكرة) وفى موضع آخر من (المبسوط) فى الباب انه اقوى وهو ظاهر المحكى عن (ابى على) وقد اطال فى (السرائر) فى تضعيفه وانه ليس لاصحابنا فتوى بذلك ولاوردت به اخبار عن الائمة ^{عليهم السلام} ولا (ترجيح) فى مواضع من (المبسوط) ولا فى (الايضاح) فى مواضع ايضاً و(الدروس) و(التنقيح) و(كنز العرفان) ولا فى الكتاب عند الكلام على النماء .

وحكى فى (الايضاح) عن بعضهم التوقف (هذا كلام) الاصحاب ولعل من نسب القول بالكشف الى الاكثر نظر الى ظواهر كثير من الاخبار وفيها الصحيح والمعتبر الدالة على حصول الانتقال بمجرد الموت من دون توقف على امر آخر وهى وان لم تتضمن اشتراط القبول لكنها مقيدة او مخصصة بما دل عليه فتأمل جيداً او (نظر) الى ان مقتضى الايجاب انتقال الملك عقيب الموت بلا فصل والقبول انما وقع على هذا الايجاب فتأمل على انه معارض بما استظهرناه ممن قال انها عقد انتهى قوله نظر الى ظواهر كثير النخ وحاصله ان ظواهر الاخبار مطلقة من حيث القبول .

ولكن اللازم تقييدها بما ظاهره لزوم القبول ثم قوله او نظر الى النخ وحاصله ان الايجاب انتقال الملك عقيب الموت بلا فصل ولو كان القبول متأخراً فالقبول كاشف عن حصول الملك وسيأتى بيانه .

هذه كلمات الاصحاب بين كون القبول ناقلاً او كاشفاً او زائداً حيث ان كثيراً من الاصحاب قائلون بعدم الاحتياج الى القبول والقائلون بلزوم القبول ناقلاً قد استدلوا بامور لعله فى محله فان قوام العقدية بالايجاب والقبول فلولا الاحتياج الى القبول لامعنى للايجاب اذا لايجاب ايجاد شىء فى الخارج لشخص او اشخاص معين فلو لم يكن قبولهم كان الايجاب لغوا .

وبالجملة ان القول بعدم لزوم القبول مشكل من جهات وان قواه فى

الجواهر لولا الاجماع على لزوم القبول وذلك لان ادلة الوصية ظاهرة فى حصول الملك بعدموت الموصى بدون القبول وان الملك للموصى له قهرى وعليه لومات قبل موت الموصى يرثه وارث موصى له بنحو ما ملك موصى له .

وكيف كان فقد قال قده الى عدم لزوم القبول فقال بعد نقل الاجماع على لزوم القبول ما لفظه وان حكى الخلاف عن ظاهر أبى على بل قيل : انه خيرة الخلاف والتذكرة وموضع من المبسوط . بل لائر جيح فى جملة من كتب الأصحاب وهو مقضى بقوته لكن فى محكى السرائر أنه ليس لاصحابنا فتوى بذلك ولاوردت به أخبار عن الأئمة الاطهار صلوات الله عليهم ، وفى جامع المقاصد أنه ترك العلامة فى القواعد حكايته لضعفه الى ان قال بعد قوله عدم الاحتياج الى القبول مخالف للاصول وللمعهود من عدم الملك القهرى وتقويته كون القبول كاشفا ما لفظه : لكن الانصاف أنه لو لادعوى الاجماع على خلافه لكان لا يخلو من قوة ضرورة ظهور أدلة الوصية فى ملك الموصى به بمجرد الموت كما اعترف به القائل بالكشف ، من غير اعتبار القبول خصوصاً مادل على الانتقال الى الوارث منها اذا مات الموصى له .

ولعله لذا كان خيرة بعض متأخرى المتأخرين عدم الحاجة الى القبول فى اللزوم أيضاً ، فضلا عن الملك الا أنه يمكن تحصيل الاجماع على خلافه ، فضلا عن حكايته واستبعاد حصول الملك قهراً فى التمليك بعد ظهور الدليل فيه لوجه له ، خصوصاً بعد أن لا يكون لازماً عليه وله ازالته عنه برد الوصية كما هو مقتضى كلام القائل ، لان القبول عنده شرط فى اللزوم ، والاجماع على اعتبار القبول المسلم منه كون الوصية عقداً يعتبر فيها الايجاب والقبول ، ولم يعلم مدخلية الثانى فيها فى الملك ، أو فى لزومه ، ومخالفته لباقى العقود على التقدير الثانى لا بأس بها بعد قضاء الدليل مع أنه بعينه وارد على المشهور ، من

أن القبول كاشف .

نعم قد يقال : بظهور كلامهم فى اعتباره فى أصل الملك ، بل هو كصريح معقد المحكى من اجماع الغنية على اعتبارهما فى صحة الوصية الذى مقتضاه فساد الوصية بدون القبول ، لاعدم اللزوم انتهى .

قوله فى اعتباره فى اصل الملك اى اعتبار القبول فى كونه جزءاً فى حصول الملك لاشترطاً للزوم ولا كاشفاً عن الملك اقول ومما يؤيد اجماع الغنية من فساد العقد بدون القبول ان القبول جزء المملك اى جزء العلة لحصول الملك وبهما يتحقق المنشأ فى الخارج ولولاه لم يكن عقداً الا انه كان وليس بلازم الا ان يقال ان هذا العقد ليس بنحو سائر العقود بل معنى التملك المغير مجاناً مأخوذة قبوله فيه او يقال ان الوصية صدقة لا يحتاج الى القبول اصلاً وهو كما ترى .

والحاصل ان الظاهر صحة قول المشهور من لزوم القبول فى حصول الملكية وما يظهر منه عدمه لعله كان فى مقام آخر كالمفروغية عن حصوله او وجود القرائن على تحققه بالقبول .

وكيف كان فاراد قده بقوله لكن الانصاف تقوية كون القبول كاشفاً عن تحقق الملك فى ملك الموصى له بمجرد موت الموصى من غير اعتبار قبول اصلاً وان الموصى اذا قول وصيتك بهذه الدار بعد مماتى ألقى ملكية الدار بمجرد موته للموصى له فلا يحتاج الى قبول بل كونه كاشفاً عن ملكية موصى له لما ادعى به ولذلك كان نظر كثير من الاعلام الى عدم احتياج هذا الايجاب الى القبول وانه خارج عن جميع العقود المحتاجة الى القبول بل نفس الايجاب فى الوصية بمنزلة قبول موصى له وعمدة دليل المشهور القائلين بالكشف امران الاول انه لولاء لازم كون الملك بالمالك فانه بعدموت الموصى لو لم ينتقل المال الى الموصى له مع امكان تأخر القبول عن الموت بكثير كما اذا لم يعلم موصى له بموته فلا يصح كون الموصى به باقياً على ملك الموصى لان الانسان بالموت

قد خرج عن قابلية الملك ولا في ملك الموصى له لانه لم يقبله بعد ولا وارثه فانه لم يملكه مورثهم كى يرثوه وهو محال. الثانى ما اشار اليه بقوله لكن الانصاف وهو اطلاق ادلة الوصية فى حصول الملك للموصى له بمجرد موت الموصى من دون اشارة الى لزوم القبول ، فالقبول يكشف عن وقوع الملكية من حين الموت فالتقدم والتأخر ليس شرطاً للقبول بل كلما وقع يكشف عن تعلقه بنفس الايجاب المتعلقة بزمان بعد الموت نظير الاجازة فى الفضولى حيث يكشف عن حصول الملكية للمشترى من حين الايجاب .

وفيه انه لو سلم كونه فى الفضولى صحيح لكنه هناك لا يخرج الاجازة العقد عن العقدية لحصول الايجاب والقبول بخلافه هنا فان القبول لم يتحقق مؤثراً اذا فرض ان الاثر لنفس الايجاب فقط وانه العلة للمعلول لا القبول حتى يكون القبول كاشفاً عن تحققه والفرض ان القبول الواقع بعد الموت لا يجعل قبولا بل زيادة كاشفة عن تحقق الايجاب فقط فالعقد الايجاب والقبول وبدونهما لا يدل على وجوب الوفاء به لعدم تحقق العقدية فان تمامه بالقبول وبدونه لا يكشف عن حصوله شىء فالفرق بين الفضولى والمقام واضح وانه هناك كان العقد تماماً من حيث الايجاب والقبول غاية الامر مشروط برضا المالك وهنا لا يتحقق جزؤه الناقل للملك .

وانما يتحقق الايجاب فقط وهو لا يدل على تحقق مدلوله حتى يكون القبول كاشفاً وبدون جزئه الاخير ليس عقداً ولا مؤثراً ولا واجب الوفاء بالعقد الا اذا تحقق معه القبول فالكشف لا بد وان يكون بعد تمام العلة كالاجازة فى باب الفضولى والحاصل ان الادلة الدالة على حصول الملك للموصى له بموت الموصى هل يدل عليه مع صدق العقد اومع عدمه والثانى كما ترى والا لول ان العقد انما يكون صادقا اذا ضم الى الايجاب القبول ومع عدمه لا يصدق عليه العقد حتى تعلق المال بالموصى له بمجرد الموت بل بالقبول وعلى هذا لو أخرج القبول عن موت الموصى يتحقق العقد من حين تحقق القبول فمقتضى وجوب الوفاء بالعقد هو

ترتب الاثر من حين صدق العقد وتحقق مصداقه حتى يصدق وجوب الوفاء عليه غايته ان موسى به بعد الموت الموصى معلق حتى يصدق عليه مصداق العقد فى الخارج بالقبول فهو اما لازم اولا وعلى الاول ليس الا ناقلا للملك بدونه لملك له اصلا . وانما تتحقق الملكية بعد تحقق القبول وعلى الثانى يلزم عدم كونه عقدا وهو خلاف نعم على القول بعدم لزوم القبول رأسا فى الوصية صح تحقق الملك بمجرد تحقق الموت .

وكيف كان فالمسألة عند الاصحاب فى غاية الاشكال حتى ان صاحب الجواهر قدّمه كان مرددا وقد قوى كون القبول ناقلا فقال ومن هنا يقوى القول بكون القبول جزء ناقلا كغيرها من العقود كما هو خيرة جماعة و ظاهر آخرين . وقد مال الى صحة القول بالكشف اللازم منه عدم وجوب القبول فقال لكن ومع ذلك فالقول بالكشف هو الأقوى لأن الموصى بانشاء وصيته قصر التمليك بالموت ، والقبول انما يتعلق بما اوجبه الموجب على الكيفية التى اوجبها فمع فرض تأخره لعدم اعتبار اتصاله بالايجاب ولا بالموت يراد منه قبول المراد بالايجاب الذى هو الملك بالموت ، كما عرفت ، وهو معنى الكشف ، فيكون دليله جميع ما دل على مشروعية هذا الفرد من الوصية التى لا وجه لقبولها اذا تأخر الا الكشف ، وبذلك افتردت عن باقى العقود التى يراد بالايجابها معناه عند القبول حتى العقد الذى لم يعتبر فيه اتصال القبول بالايجاب كالوكالة فضلا عما اعتبر فيه ذلك كالبيع ونحوه .

اقول قوله والقبول انما يتعلق بما اوجبه الخ هذا لاشكال فيه بل كل قابل يقبل ما اوجب الموجب له فاذا قال قبلت بعد قول الموجب ملكتك هذه الدار ليس قبوله الامفاد ما ملكه لكن الكلام فى ان ما ملكه هل يحصل له بدون القبول بحيث اذا قيل وصيتك هذه الدار بعد موتى كان مالكا بدون القبول وانه اذا قال قبلت يقال هذا القبول كاشف عن تحقق ما اوجبه فقط من دون لزوم لنقل ما يملكه

الى نفسه او ابل يقال مفاد ما يملكه يحتاج الى قبول منه ولا يكون التمليك حاصل الا بالقبول وبعد حصول القبول وانتقال الملك الى القابل يكشف ان المالك يملكه الدار .

وان قوله قبلت ليس الانتقال الدار فان قيل بالاول فهو كما ترى وان قيل بالثاني فقس المقام عليه وعلى كل قابل يقبل لمفاد الايجاب وبالجملة القبول وان تعلق بما اوجبه الموجب الا ان التعلق يحتاج الى نقل مضمونه الى نفسه فالكشف بعد القبول والا فضروري البطلان بدون القبول .

فان الكشف فرع ثبوته وان اللازم ثبوت شىء اولائم الكشف عن هذا الثبوت بداهة ان ثبوت شىء لشي فرع ثبوت المثبت له فالقبول مقامه مقام الاثبات لما اوجب الموجب ثم بعده يكشف عن مفاد الايجاب لهذا القابل فلو قال الموصى ملكتك هذه الدار بعد موتى ولم يقبله الموصى له لا يحصل النقل اليه بعد موته فاذا قال قبلت انتقل اليه الدار بعد موته فالكشف يتوقف على القبول فالقبول ليس نفسه كاشفا .

بل الكشف لازمه وفرعه فاذا قبل شىء يكشف ويعلم كونه له فمقام الكشف متأخر عن القبول وان شأن القبول انتقال مضمون الايجاب الى القابل مطلقا فورا او معلقا ولا يصح كون شىء واحدا كاشفا وناقلا فان رتبة الكشف متأخرة عن الانتقال ويتوقف على الانتقال والازم تقدم الشىء على نفسه تأمل وتدبر جيدا حتى لا يشتبه عليك امثال ذلك فالكاشفية تتوقف على الملكية والفرض ان الملكية تتوقف ايضا على الكاشفية فانه لولا الكاشف عن الملك لا يثبت الملك وهو دور واضح الكاشفية تتوقف على الملك وهو يتوقف على الكشف .

فان قلت ان الملكية قد ثبتت بفعل الموصى اذ الفرض انه ملكه بملك

بعد موته

قلت نعم لكن الكلام فى لزوم قبوله فلو لم يقبل القابل تلك الملكية لم تحصل

فان قلت هذا فى الايجاب الذى يتقبله فوراً بعد الايجاب كما فى العقود المتعارفة دون المقام الذى كان مفاد الانشاء مشروطاً بالموت فيكون الايجاب معلقاً به فانه فيه لامناس من الالتزام بكون القبول كاشفاً عن حصول الملكية بعد موت الموصى بلاتأخير حتى لايلزم كون الملك بلا مالك .

قلت لافرق بين العقود من جهة كون مضمون ايجابه فوراً او معلقاً فلايصح اخراج الوصية من هذه الجهة عن سائر العقود واما من حيث كون المال بلا مالك فقد عرفت جوابه وانه لاستحالة فيه كما عرفت فى محله راجع ج ٢٨ ص ٢١ فالايجاب فى جميع العقود واحد من حيث مضمونه فوراً او مع شرط الموت وكيف كان فالحق كون القبول جزء علة لنقل المال من غير فرق فى المقام من حيث كون مدلول الايجاب معلقاً فى بعد حياة الموصى وفى غيره فوراً وهو غير فارق من حيث الكاشفية والقابلية فكما يكون القبول فى غير المقام ناقلاً كذلك فى المقام تدبر ثم قال صاحب الجواهر متصلاً بعبارة .

و قد ظهر بذلك أن الأقوال فى المسألة ثلاثة ، أحدها : أن القبول تمام السبب الناقل كباقي العقود .

والثانى : كونه شرطاً فى الملك كاشفاً .

والثالث : كونه شرطاً فى اللزوم ، وقد يحتمل عدم مدخليته أصلاً فى ملك ولا لزوم ، وانما الرد مانع ، بل قد يحتمل عدم مانعية الرد أيضاً . الا أن كلام الاصحاب كانه متفق على خلاف الأخيرين ، بل قد سمعت ضعف الثالث عندهم ، وأن المعتمد به القولان الأولان ، كما أن المشهور منهما الثانى الذى قد عرفت كونه أقوىهما .

ومنه يعلم عدم كون الوصية من العقود المتعارفة ، بل قد سمعت ما يصلح دليلاً لكل من الأقوال انتهى .

وقد ظهر مما ذكر نفاساد الكاشفية فلم يبق الا كون الميت بالموت خرج

عن قابلية الملك وهو ايضا غير تام بنحو الاطلاق فان الانسان بعد موته مالك لثالث ماله الذى اوصى به بل ادلة الوصية تثبت الملكية للميت وانه مالك لماله بمقدار الثلث وانه عند الوصية كان باقيا له قطعا كما فى الجواهر فكان موصى به بعد الوصية للميت لزم صرفه له .

وبالجملة لانسلم اولا بطلان كون الملك بلا مالك وثانيا ليس فى المقام بلا مالك فان قلت الثلث جعله لنفسه فى زمان حياته باذن الشارع فلو خرج عن ملكه بعدموته لزم نقض قول الشارع بخلاف الاموال التى لنفسه فى زمان حياته فانها يخرج عن ملكه بلا كلام فالميت لا يكون قابلا للملكية اصلا قلت سلمنا لكن لا يلزم منه بطلان الملك بلا مالك فاذا قال لك موصى به بشرط موئى يحتاج الى القبول فلو آخر القبول عن الموت كان موصى به معلقا حتى يحصل منه القبول ولا اشكال فيه وفى وصايا شيخنا المرضى الانصارى قده ما هذا لفظه :

و كيف كان فلاحتمالات فى القبول اربعة .

احدها كونه شرطا و لم يعلم القايل به وان كان ذكرنا انه ظاهر عبارة المصنف قس .

الثانى كونه جزءا ناقلا وهو المنسوب الى المصنف هنا وجماعة .

الثالث كونه كاشفا وهو المنسوب الى الاكثر تارة والى المشهور اخرى ولكنه مخالف لظاهر اطلاق الاكثر بل كل من جعله عقدا .

الرابع كونه شرط اللزوم فعلية يملك الموصى له ملكا متزلا نظير العقد الجائز بالذات او بالخيار وهو الذى قواه فى موضع من المسبوط تمسكا باطلاق تقديم الوصية على الارث من غير تقييد بالقول الا انه ضعفه فى موضع آخر الى ان قال .

فالقول بالكشف مخالف للاصل والاطلاقات فان تم ما ذكرنا له من الدليل والا فيؤخذ بالثانى ان تمت الاطلاقات والافلامناص عن القول الاول وهو المعتمد

لان حاصل ما اعتمده في الكشف امور الاول ما ذكره جماعة منهم الوحيد البهبهاني على ما حكى عنه سيد الرياض ان مقتضى الايجاب هو انتقال الملك عقيب الموت بلا فصل والقبول انما وقع على هذا الايجاب لا ايجاب آخر ووقوعه على بعض الازمنة المتأخرة بديهي الفساد .

وفيه ان الكلام في السبب الشرعي الذي يترتب عليه الملك ولا يعقل انفصال وانفكاكه عنه بتقديم او تأخر فان ثبت انه الايجاب المجرد على ما يترامى من ظواهر اطلاق نفوذ الوصية وحرمة تبديلها فهو دليل آخر سيجيء ولا يحتاج معه الى ما ذكر دليلاً آخر من ان القبول متعلق بمدلول الايجاب الذي هو الملك عقيب الموت .

وان لم يثبت ذلك كان مقتضى ادلة وجوب الوفاء بالعقود ترتب الاثر من حين صدق العقد وان كان مدلول العقد سابقا على ذلك ولذا لم يكن القبول في سائر العقود كاشفا عن الملك من حين الايجاب مع انه دال على الوصايا بالايجاب السابق ومنشأ توهم الفرق يحتمل كون التملك في الوصية موتا بالموت فيقتضى الرضا بالتمليك الموقت حصول الملك في وقته المجمعول كما لو وقته بزمان خاص ويدفعه ان المفروض عدم ثبوت استقلال الايجاب بال اثر من دون الرضا ودعوى استقلال التأثير بالايجاب لو تمت رجعت الى القول الثالث كما سيأتي وبالجملة فتخييل الفرق في القبول بين هذا العقد وبين غيره بكون الايجاب هنا معلقا او موقتا في غيره منجزا في غير محله وقد ذكرنا في اجازة عقد الفضولي في رد الاستدلال على الكشف بان الاجازة هي الرضا بالعقد السابق المقتضى للتمليك من حينه ما يوضح ما ذكرنا هذا الثاني ما استدل به غير واحد من ظواهر اطلاقات انتقال المال الى الموصى له بمجرد الموت من دون توقف على امر آخر .

وهي وان لم يتضمن اشتراط القبول الا انه خرج منها صورة عدم القبول

الى ان قال :

الرابع انه لو لم ينقل من حين الموت مع فرض القبول المتأخر الى الموصى له لكان اما باقيا على ملك الميت واما منتقلا الى ملك الوارث اذ كونه لغيرهما مفردا لعدم لاسبيل الى الاول لان الميت لامال له اما عقلا لان الملك نسبة بين المال والشخص الحي .

واما لان ظاهر العرف والشرع ان الميت يترك ماله لغيره فلو كانت قابلا للملك لم يصدق التركة ودعوى كونه في حكم مال الميت بعد حاجة المال الى وجود مالك حي لا تجدى .

واما كونه للوارث فمع منافاته لظهور ادلة الارث في تأخره عن الوصية يدفعه ان ظاهر ادلة الوصية تلقي الملك من الموصى لامن الوارث مع ان خروجه عن ملك الوارث من دون اختيارهم عديم النظير هذا .

ولكن الانصاف ضعف هذا الدليل في نظرنا لامكان التزام كونه في حكم مال الميت ويكفى في عدم امتناعه ذهاب جماعة اليه في حكم تركه الميت المديون والتزام كونه في ملك الوارث مع خروجه عنه بالقبول وثبوت الارث بعد الوصية كثبوتها بعد الدين لا يراد به الا استقراره ولذا لم يقل احد بثبوت ما قابل الدين للفرء وباجملة هذا الدليل في محل التأمل بل النظر بل المنع والعمدة في هذا القول هو الوجه الثاني انتهى وهو كونه جزءاً ناقلاً .

ولا يخفى ما في دليلهم على الكشف من انه لو لم يكن كذلك لزم عدم مالك لموصى به الى حين حصول القبول لان المفروض لم يدخل في ملك موصى له فعلا ولا يكون داخلا في ملك وارث الموصى فان الارث بعد الوصية والفرض قد اوصى بموصى به فلا نفس الموصى مالكاً لادارته ولا الموصى له قبل القبول وذلك لانه او لا لدليل على بطلان كون المالك بلا مالك لكون اكثر الاموال لامالك لها اصلا فبعد خروج موصى به عن ملك الموصى وعدم دخوله في ملك الموصى له قبل قبوله كان معلقا حتى يحصل القبول ودخل في ملك الوارث .

ولا يصح كونه بحكم مال الميت فان الميت لا يكون قابلا للمالكية لاحقيقة ولا حكما وفي الدين المستغرق كان الاموال للديان على الاقوى فالحق صحة قول المصنف في ان القبول ناقل ولا ينتقل المال الى الموصى له الالموت الموصى وقبول موصى له كما عرفت وحينئذ ان قارن قبوله مع موت الموصى او وقع قبوله في حيات الموصى فلا اشكال وان تأخر عن موته كان موصى به معلقا حتى يحصل قبول موصى له كما عن ابن ادريس فالمسألة مشكلة .

وقد ذهب بعضهم الى عدم وجوب القبول وصاحب الجواهر متحير في اختيار كونه ناقلا او كاشفا .

وهو الظاهر من اللمعة وشارحة مزجافي قوله والقبول الرضا بما دل عليه والظاهر ان القبول كاشف عن السبق الملك للموصى له بالموت لاناقل له من حينه اذ لولاه لزم بقاء الملك بعد الموت بغير مالك اذا الميت لا يملك لخر وجه به عن اهليته كالجمادات وانتقال ماله عنه ولا الوارث لظاهر قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين .

فلو لم ينتقل الى الموصى له لزم خلوه عن المالك اذ لا يصلح لغير من ذكر ووجه الثاني ان القبول معتبر في حصول الملك فهو اما جزء السبب او شرط كقبول البيع فيمتنع تقدم الملك عليه وكونها من جملة العقود يرشد الى ان القبول جزء السبب الناقلة للملك والآخر الايجاب كما يستفاد من تعريفهم العقود بانها الالفاظ الدالة على نقل الملك على الوجه المناسب له الى ان قال بعد بيان بعض شرائط العوضين ما هذا لفظه : فاذا حصل تحقق تأثير السبب الناقل .

وهو العقد كاجازة المالك في عقد الفضولي والموت في الوصية فالانتقال حصل بالعقد لكنه موقوف على الشرط المذكورة فاذا تأخر قبول الوصية كان الملك موقوفا عليه والشرط وهو الموت حاصل قبله فلا يتحقق الملك قبل القبول، الى

هنا قد افاد كون القبول ناقلا ثم اشكل عليه فيما قبل موسى له في زمان حيات
الموصى فقال :

دويشكل بان هذا لو تم يقتضى ان قبول الوصية لو تقدم على الموت حصل
الملك به حصولا متوقفا على الشرط وهو الموت فيكون الموت كاشفا عن حصوله
بعد القبول كاجازة المالك بعد العقد والقابل بالنقل لا يقول بحصول الملك قبل
الموت مطلقا فتبين ان الموت شرط في انتقال الملك بل حقيقة الوصية التملك
بعده كما علم من تعريفها فان تقدم لقبول توقف الملك على الموت وان تأخر
عنه فمقتضى حكم العقد عدم تحققه بدون القبول فيكون تمام الملك موقوفا
على الايجاب والقبول والموت وبالجملة فالقول بالكشف متوجه لولا مخالفة ما
علم من حكم العقد انتهى .

ولا يخفى انه فيما فرض من الاشكال كان عدم الكشف اظهر من غيره ان لو
تقدم القبول قبل موت الموصى وقع منه قبول ما وجبه من الملك بشرط موته فقد تمت
ملكية المشروطة بموت الموصى فكما ان الحج واجب فعلا وجوبه ويجب عليه
في الموسم فكذلك في المقام كان اللازم على وارث الموصى رد الموصى به بعد
موته الى الموصى له ان الايجاب ونقله الى الموصى له .

قد تم فلا يبقى الاحصول شرطه وهو موته فلا يحتاج الى قبول حتى يقال
انه ناقل او كاشف لان الناقل قد نقل الملك التقديرى الى نفسه الى حصول الشرط
فلا حالة منتظرة بعد الموت وان علم الموصى له بالموت متأخرة بكثير والاشكال
فيما لم يقع قبول اصلا فوقع بعد موته متأخر فالاقوى هو النقل .

واما على الكشف فيتحقق الملكية بمجرد موت الموصى ولو لم يتحقق
قبول اصلا فاذا تحقق ولو بعد مدة يكشف عن حصول الملك له قبلا فالقبول بناءاً
على الكشف عبارة اخرى عن عدم لزوم القبول وانه امر زائد واذا وقع ولو بعد
سنين مضى عن موت الموصى وهو لا يعلم كان وقوعه منه بعد هذه المدة بمنزلة من

اخبره بحصول الملك له فلان نتيجة للقبول اكثر من حصول العلم بملكه بعد موته فعلى هذا القول كان عقد الوصية خارجاً عن العقود المتعارفة لان لها قبول وجزء علة للنقل بخلاف الوصية لانها يكفيتها الايجاب فقط تأمل فيما ذكرنا تعرف وفى آخر عبارة الشهيد لولا مخالفة ما علم من حكم العقد اذ حكم العقد كون القبول جزء سبب للملك لا كونه كاشفاً عن حصوله حتى لا يحتاج الى القبول فافهم وتدبر. وممن ذهب الى كون القبول كاشفاً هو الوحيد وه وفى شرح المفاتيح فقال وثالثها ما ارتضاه الاكثر من انتقاله اليه بالموت والقبول كاشف عن ذلك بمعنى ان القبول مظهر عما فى نفس الامر فان قبل ظهر انتقاله اليه بالموت وان رد ظهر خلافه وكونه للوارث لان حكم الايصاء متقدم على الارث للاية الشريفة ولا يظهر امره وتحققه الا بالقبول والرد وهو كاشف ناقل من حينه ولان الميت غير قابل للملكية وظاهر الاية ينفى ملكية الوارث فتعين كونه للموصى له وجعل القبول جزءاً من السبب ينافى ظاهر الاية الدال على عدم اشتراط القبول فوجب جعله كاشفاً عما فى نفس الامر انتهى .

ويظهر الكشف بل عدم الاحتياج الى القبول من صاحب الرياض فانه بعد قول المصنف ويفتقر الى الايجاب والقبول قال مالفظه: بالاختلاف اجده فى ثبوته فى الجملة بل عليه الاجماع فى الغنية واطلاقه كالعبرة ونحوها من عبارات الجماعة يقتضى اشتراطه مطلقاً .

ولو كانت الوصية لغير معين اوفى جهة عامة خلافاً لجماعة من المتأخرين كالمختلف ذلك وغيرهما فيهما فلم يشترطوه هنا لما مر فى الوقف من تعذره من الجميع واستلزام الاكتفاء به من البعض الترجيح من غير مرجح ويضعف بما مر ثمة من عدم استلزام تعذر القبول منهم عدم اعتبار اصله لجواز قبوله الناظر فى تلك المصلحة او حاكم الشريعة وهذا اوجه ان لم يكن الاجماع على خلافه كما يستفاد من ضه .

لكن يبقى الاشكال فى الدليل على اشتراط القبول من اصله ولم اقف عليه سوى الاجماع وهو غير تام فى محل النزاع واجماع الغنية غير ظاهر الشمول لهذه الصورة فينبغى الرجوع الى الاطلاقات بنفوذ الوصية من الكتاب والسنة ومقتضاها عدم اشتراطه بالكلية خرج منها الصورة المجمع عليها وبقي الصورة المفروضة تحتها مندرجة لكن التمسك بمثل هذه الاطلاقات الواردة فى بيان ساير احكام الوصية دون خصوص الحكم فى المسئلة لا يخ عن مناقشة سيما مع وهنها بتقييدها بشرائط كثيرة .

ومنها اشتراط القبول ولو فى الجملة وظهور كلام هؤلاء الجماعة فى عدم استنادهم فيما ذهبوا اليه من عدم الاشتراط فى المسئلة اليها بالكلية حيث اتفقت كلماتهم على اخذهم بالحجة له ما مر من العلة من تعذر القبول فى هذه الصورة لا غير وهو مشعر بل لعله ظاهر فى انه لولا هذه العلة لما كان لهم عن القول بالاشتراط مطلقا مسرح ولا مندوحة وهذا يعرب عن قوة الداعى للاشتراط كلية الا انه حجب عنهم عن العمل به فى المسئلة العلة المزبورة ومثله يعد اجماعاً على الاشتراط مطلقا فيتخذ عليه كحجة ويذب عن العلة بما مر اليه الاشارة مضافا الى الاصول القطعية كاصالة عدم الانتقال وبقاء الموصى به على حالته السابقة من الملكية والحكم بانتقاله الى الورثة وعليك برعاية هذا الاصل فانه ينفعك فى كثير من المباحث الآتية انتهى .

وفى التنقيح فى هذا المقام ما هذا لفظه (الثالثة) اختلف فى ملك الموصى له متى يحصل، قال الشيخ فى المبسوط والخلاف يحصل بالموت ، وهو قول الشافعية فانهم قالوا يدخل فى ملك الموصى له بغير اختياره كالميراث فالقبول كاشف . و قال ابن ادريس انه بالموت والقبول معاً ، وحكاه الشيخ فى المبسوط قولاً .

ويظهر منه فى الخلاف اختياره ، لانه قال فى كتاب الفطرة : لو أوصى بعبد ومات قبل الهلال ولم يقبل الموصى له الا بعده لم يلزم أحداً فطرته وعلى الاول

فطرته على الموصى له .

وقال في المبسوط قولنا الثالث حكاه عن بعضهم انه يكون مراعى ان قبل الموصى له علمنا أنه انتقل اليه بالموت انتقالاً غير مستمر وبالقبول استقر وان لم يقبل علمنا أنه انتقل بالموت الى الوارث .

واختار المصنف في الشرايع الثاني واختار العلامة في المختلف والقواعد الاول وفي التذكرة الثالث . ولكل فريق استدلال مذکور في المطولات ذكرنا بعض ذلك في « كنز العرفان » ونحن أيضاً فيما بعد من الشرح انتهى .

وصاحب الحدائق انكر لزوم القبول رأساً تمسكاً ببعض الاخبار توهمها لعدم التصريح بالقبول وكذا غيره ايضاً لهذا التوهم غفلة عن ان لازمه خروج الوصية عن العقود فقال بعد جعل النزاع في الوصية التمليلية ما نصه .

وافتحير بأن المسئلة غير منصوصة ، ولهذا صارت محل الاشكال ومطرحاً للقول والقال ومنشأ هذا الاشكال والبحث في هذا المجال من حيث اشتراط القبول في الوصية لمعين ، وأنه لا يصح الوصية بدونه ، مع أنهم لم يوردوا له دليلاً شرعياً ولا نصاً مرعياً وانما عللوه بعلم اعتبارية وقد تتبعت ما حضرني من النصوص فلم أقف فيها على ما يدل على هذا الشرط ، وأنه لا تصح الوصية الابيه وربما ظهر من اطلاق كثير منها عدمه .

ومن ذلك صحيحة زرارة ورواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله المتقدمين ثم نقل اخبار الظاهرة في عدم القبول مثل ما رواه في الكافي والفقيه في الصحيح عن محمد بن قيس « عن أبي جعفر عليه السلام قال : قلت له : رجل أوصى لرجل بوصية من ماله ثلث أو ربع فيقتل الرجل خطأ يعنى الموصى ، فقال : تجاز لهذه الوصية من (ماله) ومن ديتة . »

وبهذا المضمون أخبار اخر دالة على اخراج الوصية من الدية كما يخرج من الميراث ، اقول وتعمل الرواية على وجود الموصى والموصى له ثم بعد الوصية يقتل

الموصى فيمكن ان يكون بعد الوصية قد قبل الموصى له بل هو الظاهر فانه حين الوصية يقبل الموصى له غالباً وحينئذ لا اشكال اصلاً ولا يكون دليلاً على عدم وجوب القبول .

ثم قال متصلاً بكلامه وفي الصحيح عن محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قال قضى أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب كان تحتها امرأة حرة فأوصت له عند موتها بوصية ، فقال : أهل الميراث لا تجيز وصيتها له ، انه مكاتب لم يعتق ولا يرث ، فقضى بأنه يرث بحساب ما أعتق منه ، ويجوز له من الوصية بحساب ما أعتق منه وقضى في مكاتب أوصى له بوصية ، وقد قضى نصف ما عليه فأجاز له نصف الوصية وقضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصية فأجاز ربع الوصية .

وبهذا المضمون أيضاً أخبار عديدة وظاهر هذه الاخبار كما ترى أنه ينتقل الموصى به الى الموصى له ، وان لم يحصل القبول ، ان لا إشارة في شيء منها الى اشتراط القبول من الموصى له كما ادعوه واطلاقها كما ترى شامل لما لو كان ثمة قبول أو لم يكن ، وعدم الاستفصال دليل العموم في المقال ، كما صرح به جملة علمائنا الابدال ، ويؤيد ما ذكرنا ظاهر الآية ، أعنى قوله سبحانه «من بعد وصية يوصى بها أدين» وجواب العلامة - بحمل الآية على معنى وصية مقبولة والوصية بدون القبول ليست كذلك ، لا يخرج عن المصادر ، مضافاً الى أن ما ذكره خلاف الظاهر ، وارتكاب التقدير والتأويل ، فرع وجود الدليل على القبول وبهذا يظهر أن ما ادعوه أيضاً من كون الوصية من جملة العقود محل توقف واشكال لعدم الدليل عليه ، مع ظهور هذه النصوص ونحوها في عدم وجود القبول فيها ، ولو كان عقداً لوجب القبول ودل عليه دليل منها ، والامر كما ترى بخلافه .

وفيه اولان اهل الميراث يقرون بانه مكاتب لم يعتق ولا يرث وثانيا قول الامام عليه السلام معناه انه يقدر ما اعتق منه باداء مال الكتابة صح له الوصية بهذا المقدار وكذا الارث فانه بهذا المقدار حر فالوصية له صحيح بمقدار الذي يعتق

منه ثلثا فثلث ربعا فربع نصفاً فنصف فى كل مورد يعتق منه مقدار معين .
 واما القبول فاذا فرض ان الوصية عقد فلاجرم وقع بينهما حسب العادة
 القبول خصوصا بين الزوج والزوجة الذين كانا دائما معاً بل يستحيل عادة عدم
 القبول ولو بنحو الاشارة والضحك الدال على القول واظهار الفرح ونحو ذلك
 فلانما من حمل امثالها على القبول .

ثم قال متصلاً بكلامه «فان قيل : انه لا يصريح فى أكثرها بالموت أيضاً ،
 بل ظاهرها حصول الانتقال بمجرد الوصية ، مع أنكم لا تقولون به ، قلنا : قد قام
 الدليل على أن للموصى الرجوع فى الوصية ما دام حياً وهو مؤذن بعدم الانتقال
 عنه فى حياته فوجب تخصيص اطلاق هذه الاخبار بذلك وأما القبول فلم يقم عليه
 دليل ، ليمكن تخصيصها به أيضاً ، فيبقى الاطلاق بالنسبة اليه سالماً من المعارض
 وحينئذ فاذا لم يقم دليل على اعتباره فانه يرجع الحكم فيه الى حكم الوصية
 لغير معين انتهى .

ولا يخفى صحة ما قيل وان ذلك ليست لعدم ذكر فى الروايات لما بعدموت
 الموصى فيحمل على مجرد الاحسان والصدقة الغير المحتاجة الى القبول وقيام
 الدليل على صحة رجوع الموصى ما دام حياته او لا لربط له بما قيل فانه منكر
 لكونه وصية وثانيا جواز الرجوع فرع كون مفاد الاخبار هو الوصية وعدم التقييد
 بما بعد الموت يخرج عن الوصية حتى يجوز للموصى الرجوع فيتمين حملها
 على الصدقة .

فلايجوز فيها الرجوع وقوله وهو مؤذن بعدم الانتقال عنه فيه ان جواز
 الرجوع اجنبى عن عدم الانتقال عنه فان جواز الرجوع فيما يكون ذلك وصية
 فاذا لم يقيد بما بعد الموت كان صدقة فلايجوز له الرجوع فاللازم او لا اثبات كونه
 وصية ثم اثبات جواز الرجوع عنه .

واما قوله واما القبول ففيه انه ايضا فرع كونه وصية فاذا لم يكن بمقتضى

عدم التقييد بما بعد الموت لا يحتاج الى القبول ايضا فانه فيما يحرز كونه وصية فهذه الاخبار خارجة عن المقام ففي البين الحكمان احدهما لزوما والآخر جوازاً وليس لاحدهما ربط بالآخر والانصاف انه بعيد منه .

وكيف كان فالاشكال على طرفي المسألة متحقق وظاهر الحكيم في المستمسك ايضا عدم اشتراط القبول حيث قال بعد كلام طويل في ذيل المتن ما لفظه فاذا القول بعدم جزئية القبول او شرطيته اقوى وفي المتن ايضا ويحتمل قويا عدم اعتبار القبول فيها بل يكون الرد مانعا انتهى والاصحاب متحيرون في الفتوى فان الوصية التمليلية لم يظهر من الاخبار اشتراط القبول فيها فضلا عن العهدية والمسألة مشكلة فمن الخلاف : اذا أوصى له بشيء فانه ينتقل الى ملك الموصى له ، بوفاة الموصى ، وعن المبسوط : اذا أوصى لرجل بشيء فان ملك لا يزول عن ذلك الشيء قبل وفاته بالاخلاف ، واذا مات الموصى متى ينتقل الملك الى الموصى له ؟ قيل فيه قولان : أحدهما - ينتقل بشرطين ، وفاة الموصى وقبول الموصى له ، واذا وجد الشرطان انتقل الملك عقيب القبول .

والقول الثاني - أنه يراعى ان قبل الوصية تبين انه انتقل اليه الملك بوفاته وان لم يقبل تبين أن الملك انتقل الى الورثة بوفاته .

وقيل : فيه قول ثالث - وهو أن الملك ينتقل الى الموصى له بوفاة الموصى مثل الميراث ، ويدخل في ملك الورثة بوفاته ، فان قبل ذلك استقر ملكه عليه وان رد انتقل عنه الى ورثته ، قال : وهذا قول ضعيف ، لا يفرع عليه ، بل على الأول ثم قال بعد ذلك : الأقوى أن يقال . ان الشيء الموصى به ينتقل الى ملك الموصى له بوفاة الموصى ، وقد قيل : انه بشرطين بالموت وقبول الموصى له ، و قيل أيضاً انه يراعى ، فان قبل علم أنه انتقل بالموت اليه وان رد علم أنه بالموت انتقل الى الورثة انتهى .

وقد عرفت ان المسألة مشكلة عند الاصحاب ومنشأه الاخبار وقد عرفت

بما قدمنا ومما سيأتى وجه عدم الصراحة فى الاخبار من حيث القبول وعليك بالتأمل فيها حتى تعلم صحة القول بلزوم القبول .

وعن ابن ادريس : الأقوى فى نفسى أنه لا ينتقل بالموت ، بل بانضمام القبول من الموصى له لا بمجرد الموت وعن المختلف بعد نقل لأقوال المذكورة والمعتمد أن نقول الوصية ان كانت اغير معين ، كالفقراء والمساكين ، ومن لا يمكن حضرهم كبنى هاشم ، أو على مصلحة كمسجد أو قنطرة أو حج أو مدرسة أو غير ذلك لم يقتصر الى قبول ، ولزمت بمجرد الموت لتعذر اعتبار القبول من جميعهم ، فسقط اعتباره كالوقف عليهم .

وان كانت لمعين افتقرت الى القبول ، ولا يحصل الملك قبله ، لأن القبول معتبر فتحصيل الملك له قبل قبول لوجهه مع اعتباره ، ولأنه تملك عين لمعين فلم يسبق الملك القبول كسائر العقود ، ولأن الموصى له لورد الوصية بطلت ، ولو كان قد ملك بمجرد الايصاء لم يزل الملك بالرد كما بعد القبول ، ولأن الملك فى الماضى لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل ، لامتناع تقدم المشروط على شرطه ، انتهى .

وعن المسالك : لاختلاف فى توقف ملك الوصية على الايجاب من الموصى لانه أحد أو كان العقد الناقل للملك ، أو تمام الركن ، حيث لا يعتبر القبول على بعض الوجوه ، وفى توقفه على موته ، لان متعلقها هو الملك ، وما فى معناه بعد الموت فقبله لا ملك ، وانما الخلاف فى أن قبول الموصى له هل هو معتبر فى انتقال الملك اليه بالموت ؟ بمعنى كونه شرطاً فى الملك أو تمام السبب المعتبر بدونه أصلاً .

ويعتبر فى الجملة أهم مما ذكر أو لا يعتبر أصلاً ، بل ينتقل اليه الملك على وجه القهر . كالارث لا بمعنى استقراره كذلك ، بل بمعنى حصوله متزاولاً فيستقر بالقبول ويبطل استمراره بالرد وينتقل عنه الى ورثة الموصى فهذه اقوال

ثلاثة انتهى وعدم الاحتياج الى القبول هو الظاهر من المحقق الخوانسارى .
فانه قد توهم من الاخبار عدم لزوم القبول منها مثل صحيحة زرارة عن ابي
جعفر عليه السلام في رجل اوصى بثلث ماله في اعمامه واخواله فقال لاعمامه الثلثان
ولاخواله الثلث ، حيث انه سكت عن القبول ولا يخفى ما فيه فان النظر حينئذ
في كيفية تقسيم الثلث بين الاعمام والاخوال فقال عليه السلام للاعمام الثلثان وللأخوال
الثلث فلا اطلاق يستفاد منها عدم القبول اذ ليست الصحيحة في مقام البيان عن
القبول وعدمه .

ومنها ما في التهذيب عن عبد الرحمن بن ابي عبدالله قال سألت ابا عبدالله عليه السلام
عن المرأة قالت لأمها : ان كنت بعدى فجاريتي لك ، ففضى أن ذلك جائز ، وان
ماتت الابنة بعدها فهي جاريتها ، وهو كما تقدم في ان النظر ليس الى لزوم
القبول بل الى صحة هذه الوصية مضافا الى بعد عدم القبول في مدة حياتهما مع
كونهما معا هذا مضافا الى ان التعليق في نفس الانشاء لامكان موت الام قبل
موت بنتها فالوصية باطله اللهم الا ان يقال بعدم منع التعليق في الانشاء .

ومنها ما رواه العباس بن عامر في الصحيح قال : سألته عن رجل اوصى
له بوصية فمات قبل أن يقبضها ولم يترك عقباً ، قال : اطلب له وارثاً أو مولى نعمة
فادفعها اليه ، قلت : فان لم أعلم له ولياً ؟ قال : أجهد على أن تقدر له على ولي
فان لم تجده وعلم الله منك الجد فتصدق بها و المحقق الخوانسارى بعد نقلها و
الاستدلال بها على عدم لزوم القبول في الوصية قال ما لفظه بحيث لم يستفصل في الجواب
أن الموصى له قبل أداءه يقبل فلو كان القبول لازماً في الصحة لزم حسب القاعدة أن
يرجع الموصى به الى وارث الموصى انتهى .

مقصوده ان الظاهر منه عدم لزوم القبول فانه لو كان لازماً لزم بطلانها
لعدم القبول فلزم كون الموصى به ان يرجع الى وارث الموصى فالحكم بكون
موصى به لو ارث موصى له دليل على الصحة مع عدم القبول .

وفيه ان القبض كان بعد القبول فالموصى له بعد موت الموصى قبل من الورثة وقبل القبض مات فكان لموصى به فكان لواثره مع امكان ان يقال قبول الوصية من وارث الموصى له مع انهم لم يكونوا احد طرفى العقد مشكل فيكون الوصية باطلة ولان حصول الملك مشروط بموت الموصى بالاجماع دانه بعد حصول الموت يتحقق الملكية لموصى له ولم يتحقق موته فلم يكن مالكا حتى يكون موصى به لو ارث موصى له مع ان الملكية لو حصلت بدون القبول بمجرد الوصية لزم تحقق المعلول قبل علته اذا القبول من اجزاء العلة و ما لم يحصل لم تحقق الملكية فالقبول قبل حصول الملكية ولا يصح سيق الملك قبل القبول .

كيف كان فالتمسك بمثل هذه الاخبار على عدم وجوب القبول مع انه خلاف الاجماع وخلاف العقديّة فى غاية الاشكال لان العقد ليس الا بالاجاب والقبول اللهم الا ان يخرج الوصية عن العقود كما فى الجواهر حيث صرح فيما يجيبه بان تحرير المسألة خروج الوصية عن العقود ولا يخفى ما فيه ان لا يصح كونه حينئذ ايقاعا فانه لا قبول فيها وفى الوصية لزم القبول الا ان يجعلها صدقة خاصة فتأمل .

وكيف كان فيأتى بعض الكلام فى لزوم القبول مع ان جميع مسائل هذا الكتاب مبنى على لزوم القبول .

فان قلت لم يكن من القبول فى هذه الرواية عين ولا اثر وحمله على القبول خلاف ولو شك فالاصل عدم لزوم القبول .

قلت بعد ما عرفت وسترى الاجماع على لزوم القبول كيف لا يحمل المطلقات عليه فلامعنى للشك فيه مع انه معارض بالشك فى خروج الوصية من العقود فاذا شك فيه فالاصل بقاءه فى حكم سائر العقود فيترتب عليه لزوم القبول ان قلت ان هذا مثبت قلت الاستصحاب على المختار اماراة ظنية لا التعبد

من الاخبار وجميع اخباره عقلائية فجميع مثبتاته حجة راجع ج ٥١ ص ٩٩

﴿و﴾ حيث كان القبول لازماً قال ﴿لو قبل﴾ الموصى له ﴿قبل الوفاة﴾
 أى وفات الموصى مع أنه لم يتحقق زمان حصول الملكية ﴿جاز﴾ .
 وفى الجواهر وفاقاً للمشهور لصدق اسم الوصية والعقد معه . فيندرج تحت
 ادلتها الى ان قال وكون متعلق الايجاب الملك بعد الموت لا ينافى قبوله على
 هذا الوجه ، ضرورة كون القبول كالايجاب فى صحة التعلق حال الحياة ، فهما
 حينئذ متطابقان انتهى .

وما افاد فى محله بل لعل القبول فى زمان حياته حسن بل متصل بالايجاب
 احسن ولا يكون عدم مالكيته فعلاً مانعاً عن القبول لانه يقبل ما هو مفاد الايجاب
 ومفاده الملكية بعدموته فالقبول يتعلق بنفس هذا الانشاء أى يقبل ما يملكه بعد
 موته وذلك لا يتوقف على حصول الملكية فان القبول وقع على طبق الانشاء وهو
 مشروط بشرط الموت فيكون القبول هكذا وصدق العقد على ما تقدم قبوله اولى
 من صدقه متأخراً .

بل حينئذ يسلم عن اشكال فوت الموصى له لانه بعد القبول مات عن كونه
 مالكا اما فعلاً لو مات بعد موته فان شرط ملكه موجود فلو مات بعده مات مالكا
 لموصى به واما معلقاً بمجيئء زمان موت الموصى لو مات قبله فمات عن ملك
 مقدر بمجيئء وقته وهو موت الموصى وحينئذ صح للمورثة اخذه من دون قبول لان
 مورثهم صاحب الملك سيتحقق وعلى ورثة موصى رده الى ورثة موصى له .

وكيف كان فلا يتوقف حينئذ على القبول اذ قبوله قد تم فيحصل له الملك
 التحقيقى او التقديرى فانه حينئذ على ورثة الموصى بعد موته نقله الى ورثة
 موصى له .

وبالجملة القبول فى زمان حيات الموصى اولى من قبوله بعد موته بل اظهر
 لان لموصى له ملك لا يحتاج الى قبول الآخر فان القبول بعد موت الموصى قد
 يؤدى الى اشكالات بل منع فى بعض الاوقات كما اذا مات موصى له وبقي الموصى

مدة كثيرة واشكل منه لو مات وارث موصى له ايضا وبقي اولادهم المعدومون فى حال العقد بل ربما لم يعمل الورثة بالوصية بل لو لم يكن الفتوى بالصحة بل ادعى عليه الاجماع لكان للاشكال عليه مجال ولاقل من مرجوحيته بالنسبة الى تقدمه .

وكيف كان فقد اتمى الاكثرون على عدم اثر فى القبول فى حال الحياة ووجود كعدمه وانه لا يصح بل لزم القبول ايضا بعد الوفاة وفى الجواهر رد على القائلين بالجواز قال ما هذا لفظه خلافاً لجماعة منهم الفاضل والكركى (لايجوز) بل قيل : انه المشهور .

وان كنا لم نتحققه ، لعدم المحل له بعد أن كان القصد الملك بعد الموت فالقبول قبله كالقبول قبل الوصية وكما لو باعه ما سيملكه ولأن القبول كاشف أو ناقل وهما معا منتفیان هنا ، لمعلومية اشتراط الملك بالموت ، ولان ما قبل الوفاة ان كان قابلاً للقبول ، فليكن قابلاً للرد أيضاً ، كما بعد الوفاة .

والمشهور أنه لاحكم للرد قبل الوفاة ، كما ستعرف ، فالقبول كذلك أيضاً ولان القبول لو كان مقبولاً حال الحياة لم يعتبر قبول الوارث ولارده لو مات الموصى له قبل موت الموصى وقد قبل ، وهو باطل لان اطلاق الاخبار يقتضى عدم الفرق بين تقدم قبول الموصى له وعدمه ، فيكون قبول الوارث ورده معتبراً ولما ستعرفه فى شرح قوله «فان رد الى آخره» انتهى .

ولا يخفى فيما ذكره من المنع اما عدم المحل للقبول فقد عرفت عدم تماميته وكونه كالقبول قبل الوصية بطلانه واضح وقياسه بما باع ما سيملكه ايضا مع فارق وقوله فليكن قابلاً للرد لاملزمة بينهما لامكان صحة القبول فى حال الحياة وجوازه وصحة الرد ايضا بمعنى خروج الوصية عن قابلية العمل اذا رد فى زمان الحياة كما هو المختار وسيأتى بيانه .

وكيف كان فالاختلافات فى القبول فى حال حياة الموصى لكان من الاصحاب

لكمك عرفت صحته واولويته وبعد البرهان الواضح على ذلك لا يضرنا الاقوال
الكثيرة على خلافه وقد عرف واهونه انه حينئذ لومات موسى له بعد القبول من
الموصى مات مالكا لموصى به فعلا او معلقا فلا اشكال لوارثه في ارثه.

و في مفتاح الكرامة في مقام عدم الكفاية بعد قول العلامة [و قبول
بعد الموت فلا اثر له تقدم] قال ما هذا لفظه كما في (الغنية) و (المختلف)
و (صنغ العقود) و (جامع المقاصد) و قد يقال ان عبارة (اللعنة) تحتمله لانه
قال و القبول الرضا سواء تاخرا و قارن فيحتمل ان يكون المراد انه تأخر عن
الموت او قارن الموت و في موضعين من (الروضة) انه المشهور و المصرح من
عرفت حتى ان ظاهر المصنف في (المختلف) انه لم يظفر بغير صاحب (الغنية)
فلمله فهم الشهرة في (الروضة) ممن ذكر ومن ظواهر العبارات التي اطلق فيها
اعتبار الايجاب والقبول لان الظاهر منهم المطابقة بين الايجاب والقبول لانه اوقع
بايجابه تمليكاً له بعد الوفاة فليكن قبوله كذلك .

و بالجملة اوجب له بعد موته فلامحل للقبول الابعده ويمكن ان يدعى من تلك
العبارات عكس ذلك كما ستسمع اولعله اخذ الشهرة في الروضة مما سنحكيه عن
الدروس من قوله واورده في حيوة الموصى فله القبول بعد وفاته على المشهور بان
يكون معنى قوله على المشهور ان ذلك مبنى على المشهور من ان تقدم القبول
لاثر له لان ذلك لا يتم على القول الاخر كما يأتي بيانه في آخر البحث في المسئلة
لكمه قد نسب الجواز قبل الموت وبعده الى الاكثر في (المسالك) .

وقد صرح به في (السرائر) و (الشرايع) و (التحرير) و (الارشاد) و (الدروس)
و (التنقيح) : (ايضاح النافع) و (الروض) و (المسالك) و (الروضة) و (الكفاية) و (اللعنة)
لان الظاهر من قوله في الاخير - سواء تاخر او قارن التأخر عن الايجاب او مقارنته
و في (التنقيح) ان عليه الفتوى وفيه اشعار وايذان بدعوى الاجماع وقد
يتوهم ذلك اى جواز الامرين من قوله في الكتاب فيما يأتي فلو قبل بعد الموت
بمدة ادى في الحيوة بعد مدة صح وليس كذلك كما يأتي بيانه ولا نرجح في (التذكرة)

وقد سمعت فى توجيه شهرة (الردضة) ما هو دليل القول الاول وحاصله انه اوجب له بعد موته فقبله ليس محلا للقبول فاشبه القبول قبل الوصية وما لو باعه ما سيملكه وان القبول فى الحياة يقضى بعدم المطابقة بينه وبين الايجاب وان القبول اما كاشف وجزء سبب وعليها يمتنع اعتباره قبل الموت اما الاول فلان الكشف عن الملك لا بد وان يتأخر عنه واما الثانى فلانه اذا تم العقد وجب ان يترتب عليه اثره وهو هنا ممتنع قبل الموت .

(وفيه) ان المطلوب قبول ما نقل اليه على الوجه الذى نقله اليه وقد ارفع تملكها بعد الوفاة فقبله الان على ذلك النحو وانهم يقولون باختيار كل واحد من النقل والكشف والامانع اما الاول فلانه لا يلزم من وجود السبب التام فى ثبوت حكم وجود مسببه لجواز تخلفه لفقد شرط والشرط هنا وهو الموت مفقود واما الثانى فبانه لا يلزم ان يكون كل فرد من افراد القبول كاشفا عن سبق الملك عليه ويكفى فى ذلك ما اذا تأخر عن الموت انتهى .

والمسألة مشكلة بل لعلها عجيب اذ القبول لا بد وان يقع مع الموجب الا فى صورة عدم امكانه ولا معنى للايجاب من شخص والقبول من آخر كما هو لازم كونه بعدم موت الموصى لان غيره لم يكن من طرفى العقد ولان الاولى وصل القبول بالايجاب ومعنى الوصلية لا يكون من حيث فعلية المنشأ وعدمها لعدم الفرق من ذلك بينهما سواء كان المنشأ بعد الايجاب او بعد موته بل الوصلية بمعنى كونه وصلا بالايجاب ولو كان تعليقا وقد عرفت ان بالوصل بهذا المعنى قد يثبت ملكية الموصى له تقديرا وتعليقا او فعلا كما عرفت .

وكيف كان فقد عرفت جواز التقدم القبول من الموصى له على فرض حياة الموصى فان الموجب هو الموصى وهو حى والموصى له ايضا حى فالاولى بل اللازم حينئذ قبول الوصية من الموصى فانه اقرب باتصال القبول بالايجاب فيكون الوصية

حينئذ داخله في مقتضى العقود وبحصول الملك حينئذ لموصى له قطعاً ولو تعليقاً بوقت معلوم .

والحاصل القبول في حال حياة الموصى اولى باتصاله بالايجاب لان الموجب حتى وقبل الموصى له ماسياً من مدلوله بنحو ما اوجبه له والفرض انه انشاء له ملكاً معلقاً على موته والقابل يقبل القبول بهذا النحو ومنه يظهر عدم تمامية ما حكى عن جامع المقاصد من انه لو قبل في حال الحياة لم يطابق القبول الايجاب ضرورة ان القبول هو قبول الملك التعليقي فطابق مع الايجاب .
فان قلت في حال الحياة لا يكون ملكاً حتى يقبله .

قلت الملك التعليقي موجود وهو كاف في قبوله بهذا النحو وبالجملة مع فرض حياة الموصى والموصى له كان القول بعدم صحة القبول مع الموصى بتوهم ان الملك لم يبلغ وقت حصوله لعدم تحققه شرطه وهو الموت خلاف الانصاف لان القبول ليس قبولاً فعلياً بل مفاده مفاد الايجاب وان القابل قبل ملكاً كان بعد موت الموصى .

وفي المسالك بعد قول المصنف ولو قبل قبل الوفاة جاز قال ما لفظه حيث اعتبرنا قبول الموصى له فقيل بعد وفاة الموصى فلا اشكال في اعتبار قبوله لمطابقتها الايجاب الصادر من الموصى لانه ادفع تملكاً بعد الوفاة فقبله في تلك الحال وان قبل في حياة الموصى فالأكثر على اعتباره ايضاً لحصول المطلوب وهو قبول ما نقل اليه من الملك على الوجه الذي نقل اليه وان لم يكن في وقته فان ذلك هو المعبر عنه لان كما وقع التملك قبل وقت الانتقال فقبوله كذلك وكما ان الموصى مالك للمال حمله نقله في اي وقت شاء فالموصى له مالك ان يملك ايضاً في اي وقت شاء وان لم يكن وقت الملك باختياره كما في نظائره من قبول البيع بشرط واجل في الثمن وغيره وافترقا في انتقال اصل الملك في البيع منجزاً دون الوصية لا يقدر في ذلك وذهب بعض الاصحاب ومنهم العلامة الى ان القبول انما يعتبر بعد الموت

محتجا بانه اوجب له بعد موته فقبله ليس محلا للقبول فاشبهه القبول قبل الوصية انتهى .

فالظاهر الاشكال فى تقدم القبول فى حياة الموصى بل هو اولى واقوى من تأخيره بعد موت الموصى فان شرط الملك وان كان حاصل بالموث لكمن القبول وقع مع وارث الموصى لانفسه فلم يطابق الايجاب مع القبول فان الايجاب مع موصى له والقبول مع وارث الموصى تدبر بخلاف وقوع القبول من الموصى له مع نفس الموصى بعد ما عرفت عدم مانعية تعليلية موصى به .

ولذا قال الشارح قده وان قبل فى حياة الموصى فالأكثر على الاعتبار ايضا وقد عرفت اولويته واسوء حالا لوأخر القبول حتى مات الموصى له ايضا فان القبول لو قلنا بصحة ارثه كان مع وارث موصى له ووارث الموصى ولم يكن احدهما داخلا فى العقد حين الايجاب والقبول تدبر فانتظر لتمام الكلام فى باقى الفروع .

ومما ذكرنا ظهر ما فى الرياض قال ما هذا لفظه واما المقارنة بينهما فغير شرط بالاجماع كما فى لك وغيره ولايدانيه شبهة بل فى صحة القبول قبل الموت قولان مستندان الى وجوه مدخولة والاقرب القول بعدم الصحة للاصل المتقدم اليه الاشارة انتهى .

هذه كلمات الاصحاب ولايزيدك الابعداً عن الواقع بعد وقوع العقد بين الموصى والموصى له فلا يكون غيرهما داخلا فى العقد حتى يصح لهم قبول الايجاب بعد موت الموصى .

وبالجملة فحكم المصنف بالجواز متين فى القاية واولى من القبول بعد وفاة الموصى فانه يصدق عليه مالكية الموصى له لامر سيأتى بلا كلام .

﴿و﴾ منه يعلم قوة تقدم القبول على موت الموصى ولكن القبول عند المصنف وغيره ﴿بعد الوفاة آكد﴾ وهو غير معلوم بل الآكدية للقبول قبل الموت نعم كلاهما عند القوم يصحان ﴿وان تأخر القبول عن الوفاة﴾ ولم يكن مقارنا

مع الموت بل كون القبول قبل وفات الموصى غير صحيح عند اكثر الاصحاب
زعمابان القبول قبل الموت لامحل له لعدم كونه مالكا فعلا كما عرفت ولكنه
كائه عجيب .

والحاصل تارة يقال بعدم لزوم القبول لانقلا ولا كشفا فيكون حينئذ من
الايقاعات كما في العروة وقال وعليه يكون من الايقاع الصريح وقد عرفت فساده
واخرى بلزومه وكونه جزء مؤثراً للسبب وعلى الاخير لاشكال في تقدمه في
زمان حياة الموصى ووقوعه معه فانه متصل حينئذ مع الايجاب ومتحد ايجابا و
قبولا بخلاف القول بعدم موت الموصى فانه ينفي كلا الامرين ويقع القبول بعد
الايجاب مع غير الموصى فالاقوى تقدمه بل في تأخيره مع الامكان تأمل .

وقال شيخنا الانصارى في وصاياه في هذا المقام ما لفظه ولكن الانصاف
ان قاعدة العقود يقتضى كون الايجاب هو نفس مدلول اللفظ وهو الامر المنجز
في مرتبة نفسه اعنى التملك على تقدير لانفس التملك ولذا ذكروا ان التعليق
في العقود ممنوع اذ على ما ذكر لانعليق في العقد رأسا ويلزم تقدم القبول على
الايجاب في العقود التعليقية الى ان قال :

هذا مضافا الى اطلاقات وجوب انفاذ الوصية وحرمة تبديلها الشامل لصورة
قبولها حال الحياة انتهى ومقصوده ان الايجاب ليس الامدلول اللفظ وهو امر منجز
مطلقا وليس كونه تعليقيا ولذا لا يضرر التعليق بشرط بعد الموت في المقام
وانما التعليق في حال وقوع المدلول لاصل التعليق وهو غير مضر كما عرفت
في طى كلمائنا السابقة فتارة يقال لو اذن لى أبى وصيتك بعد مماتى واخرى يقال
وصيتك دارى بعد مماتى وفي الاول اصل الملكية معلقة .

فلا يحصل في الخارج شيء في حال الانشاء بخلاف الثانى فان الملكية
الحاصلة بعد الموت متحققة فعلا وزمان تحققه في الاستقبال نظير الواجبات
التعليقية فاذا قال المستطيع يجب عليه الحج كان وجوب الحج فعليا والواجب
استقبالية .

ولذا كان عليه تحصيل المقدمات فعلا لاجل امكان الفعل فى الموسم
فالتعليق المضمر هو الاول فاذا كان الامر كذلك فالقبول لابد وان يكون متصلا
بالايجاب لان مفاده موجود فى الخارج معلقا فلزم قبوله ولايصح القول بان
المضمون غير متحقق فيقبل فى حال تحققه فانه اشتباه ناش عن عدم التأمل
التام انتهى .

وبالجملة توهم لزوم كون القبول بعد موت الموصى لان هذا الوقت زمان
فعلية موصى به لموصى له لافى حال حياته فاسد اذ القبول الملك التعليقى الذى
هو مفاد الايجاب فاذا قبل الايجاب فقد تحقق مدلوله له فى موقعه بمعنى وجوب
الفعل فى زمان حصول الشرط فيكون الايجاب والقبول بين شخصين معينين من
دون فصل بينهما .

وفى عروة الفقيه اليزدى قدم ما هذا لفظه :

(مسألة) : بناء على اعتبار القبول فى الوصية يصح ايقاعه بعد وفاة الموصى
بلاشكال وقبل وفاته على الاقوى ولاوجه لما عن جماعة من عدم صحته حال
الحياة ، لانها تملك بعد الموت ، فالقبول قبله كالقبول قبل الوصية ، فلامحل
له ، ولانه كاشف او ناقل ، وهما معاً منتفیان حال الحياة اذ يمنع عدم المحل
له ، اذ الانشاء المعلق على الموت قد حصل ، فيمكن القبول المطابق له . والكشف
والنقل انما يكونان بعد تحقق المعلق عليه ، فهما فى القبول بعد الموت لامطلقا
انتهى .

وقال شارحه الحكيم ما نصه وجوز ابن ادريس القبول قبل الموت وبعده
ويلوح من الدروس اختياره . ومختار المصنف (ره) أقوى النخ .

والاشكال عليه - كما ذكره المصنف ظاهر ، بل من العجيب التفكيك بين
الايجاب والقبول بحيث يصح الايجاب ولايصح القبول المتعلق به مع أن القبول هو
الرضا بمضمون الايجاب فاذا جاز التعليق فى الايجاب جاز التعليق فى القبول ايضا فكيف

لا يكون القبول مطاباً للإيجاب؟ وكيف لا يكون معتداً به اذا وقع قبل الوفاة لانه لم يكن متعلق الإيجاب؟ وأما المثال الذي ذكره فلا يصح الإيجاب فيه ولا القبول لمانع فيه بالخصوص، لا كمثل المقام انتهى.

وكيف كان فجواز القبول وصحته سواء كان قبل فوت الموصى او بعده انما يكون ﴿مالم يرد﴾ موصى له الوصية واما لو ردها «فان» كان ﴿رد في حياة الموصى جاز ان يقبل بعد وفاته﴾ زعما ان الرد في حال الحياة كالعدم ﴿ان لاحكم كذلك الرد﴾ فلا يؤثر في بطلان الوصية فصح له القبول بعد الموت وفاقاً للمشهور ولكنه لا يخلو عن تأمل بل منع ان الفرض رد الموصى له ما يملكه الموصى وعدم مجيئه وقته لا يضر بالرد لان الاصل هو رد تمليكية معلقة فلا تبقى بحاله بعده.

والحاصل ان الموصى ملكه عند موته وهو مفاد الإيجاب وان لم يبلغ وقت تحققه والفرض ان الموصى له ردها الملك الموقت بمجيئه وقته فلا مورد له للقبول ثانيا بعد الرد.

والحاصل معنى الرد هو رد الملك التعليقي في وقت فعليته فالرد معناه سد الطريق الذي سيأتيه ومعه لا يصل النوبة الى القبول وقت تحققه فان الرد سد طريق وصوله اليه فيسقط الإيجاب فكأنه لا إيجاب حاصل له فكيف يصل له القبول في وقت تعلقه حيث رد اصل التعلق فيكون بمنزلة بناء يخر به الموصى له او بمنزلة الاجازة بعد الرد في الفضولي فانه اذا رد اصل المعاملة فلا مورد للاجازة ثانياً الا بالعقد الجديد فكما يبطل العقد الفضولي لو ردها فكذلك في المقام لو ردها في حال حياة الموصى او مماته.

والحاصل رد الوصية اما صحيح اولا وعلى الاول لامعنى لقبوله ان لاشيء حيثئذ حتى يقبله وعلى الثاني لامعنى لجواز قبوله اذا الفرض بقاء جواز الاول وعدم ابطاله بالرد فبقائه بحاله وجواز قبوله تحصيل للحاصل.

وفي الجواهر قد يتمسك بامثلة لعدم كون الرد غير مضر بل يجوز ان يقبل في محله بحيث كانه لا يقع رد كما في اوامر التي لم يبلغ وقتها كالحج المعلق على الاستطاعة والصلاة المعلقة على الزوال .

ولكن الكل كما ترى قال قده ما لفظه :

بل وجهه واضح بناء على ان القبول معتبر بعد الوفاة خاصة ، ضرورة كون الوجه فيه أن ذلك الوقت محل القبول والرد باعتبار التعليق في الايجاب عليه اذ هو يقتضى عدم حصول المقصود منه قبل حصول المعلق عليه كتعليق الحج على الاستطاعة ، ونحو قول السيد اضرب زيداً ان جاء عمر و وصل الظهر اذا زالت الشمس ، ونحو ذلك مما لا أمر فيه قبل تحقق المعلق عليه فكذا هنا لانشاء تملك حقيقة الابد الوفاة و صدور العبارة من الموصى حال الحياة للاعلام بارادة ذلك عند المعلق عليه وللاكتفاء بها عن تجديد الأمر والانشاء عنده ولعله لذا اعتبر في القبول كونه بعد الوفاة كالرد ضرورة عدم حصول متعلقهما قبلها ، اقول اما قوله وجهه واضح .

ففيه ان وجهه غير واضح بل معلوم الفساد فان وقت محل القبول وان كان بعد موت الموصى لكن لو لم يمنع عنه مانع فالرد بمنزلة خراب مجرى الماء الذي يجرى في محل كذا في وقت كذا وليس دائراً مدار وقت مجيء الماء بل المثال ايضا من باب التقريب الى الذهن لامكان خرابه ثم بناءه في وقت مجيء الماء بخلاف المقام .

ضرورة انه بعد الرد ينهدم ما اوجبه فكما ان قبوله يثبتته ويشده فكذلك الرد يخربه ويفناه فهو مانع يمنع عن تأثير المقتضى في موقعه وما فاد لا يفيد بحال المقام ولا يرتبط واحد منها بالمقام وكلها قياسات مع الفارق بل قد يحتاج الى بيان معنى المعلق والمشروط وبيان ان القيد اذا ورد من الشارع راجع الى المادة او الهيئة وحيث كان اصل المطلب لا ينطبق على المقام فلانطيل الكلام

فيها لكنه يفيد ان يعلم ذلك بنحو الاجمال وان اردت فهمه فراجع الى ج ٧ ص ٧٧
و كيف كان فما افاد في عدم تأثير المراد قبول وصول وقته غير مفيد وان
كان بصدده رده ايضا .

وقال متصلاً بكلامه وان كان منع ذلك كله واضحاً لمعلومية تحقق الانشاء
بصدور الايجاب والتعليق انما هو لحصول الأثر للانشاء المقتضى لذلك والادام
المعلقة يتحقق معنى الأمر فيها بصدورها ولذا يتحقق وصف المطيع والعاصي
بالعزم على امتثالها وعدمه قبل حصول المعلق عليه بل لعل التأمل يشرف الفقيه
على القطع بعدم ارادة تعليق معنى الامرية فيها ، على معنى أن يكون مأموراً
عند حصول المعلق عليه مع أنه لم يتجدد أمر غير ذلك فيرجع الى سيرورته
مأموراً بلا امر وهو معلوم الفساد انتهى .

﴿ وكيف كان ف﴾ ان رد بعد الموت وقبل القبول بطلت ﴿ وفي الجواهر
على وجه ، لا ينفعه تجديد القبول بالاخلاف بل الاجماع بقسميه عليه وهو الحجة
في انقطاع الاصل المزبور انتهى وهو في محله بل قد عرفت ان الرد قبل موته
ايضا كذلك انما الكلام فيما ذكره المصنف وغيره بقوله ﴿ وكذا ﴾ تبطل الوصية
﴿ لورد بعد القبض وقبل القبول ﴾ مع أنك فانه كما في الجواهر قد عرفت سابقاً
تحقيق القبول بالفعل والقول فالقبض بعنوان أنه موصى له قبول فلا يؤثر الرد حينئذ
بعده ، بل لوجه لفرضه قبل القبول ضرورة تحققه بذلك انتهى .

وما افاده في محله اذا القبض قبول فعلى .

وقد عرفت حصول الايجاب والقبول في كل عقد سوى النكاح بالفعل والقول
فالقبض قبول فعلاً وبعد القبول لا يرد الا برضا الموصى ﴿ ولورد بعد الموت والقبول
وقبل القبض قيل ﴾ والفائل الشيخ في المحكى عن مبسوطه وابن سعيد في المحكى
عن جامعه ﴿ تبطل ﴾ استصحاباً لجوازها قبله ولكونها أضعف من الهبة والوقف
الذين يعتبر فيهما ذلك ﴿ وقيل لا تبطل وهو أشبه ﴾

وفى الجواهر بأصول المذهب وقواعده وأشهر بين الطائفة بل هو المشهور بل كاد أن يكون اجماعاً كما أن النصوص كادت تكون متواترة فى عدم اعتباره ولذا تضمنت انتقاله الى وارثه اذا كان قدمات الموصى له قبله مضافاً الى اطلاق أدلة الوصية انتهى .

اما البطالان فلا وجه له اصلاً بعد القبول فلا ربط له بالقبض بل هو وظيفة اوارث الموصى دفع الموصى به الى وارث موسى له بالوصية والقبول اللهم الا ان يكون الكلام فى صحة قبول ورثة موسى له فان القبول ليس من الحقوق القابلة للارث ولكن ذلك اجنبى عن حصول القبض وعدمه ولو لاشهرة بل الاجماع على الصحة لكان للاشكال فيه مجال وسيأتى ﴿ اما لو قبل وقبض ثم رد لم تبطل ﴾ اجماعاً لتحقق الملك واستقراره ولورده ﴿ الموصى له ﴾ بعضاً ﴿ مما أوصى له ﴾ وقبل بعضاً صح فيما قبله ﴿ خاصة ﴾ وكذا لو رجع الموصى ببعض دون بعض لاطلاق أدلة بل صح له لو رجع عن الكل لجواز العقد بالنسبة اليه .

﴿ وكيف كان ﴾ ﴿ لومات ﴾ الموصى له ﴿ قبل القبول قام وارثه مقامه فى قبول الوصية ﴾ .

وفى الجواهر ما هذا لفظه: سواء كان فى حياة الموصى أو بعد وفاته على المشهور بين الاصحاب نقلاً وتحصيلاً بل عن كشف الرموز أنه هو الذى انعقد عليه العمل بل لاختلاف محقق أجده فيه فى الثانى وان حكى بل وفى الأول وان حكى عن أبى على البطالان فيه أو مطلقاً ، وربما مال اليه بعض المتأخرين لكنه فى غير محله لاصالة بقائها للموصى له فتكون حقاً من حقوقه فينتقل الى وارثه كحق الخيار والشفعة وغيرهما خصوصاً بعد أن كان اعتبار القبول فيها ليس على حسب اعتباره فى غيرها كما عرفت سابقاً بل هى مع قبول الوارث تندرج فى اطلاق أدلة الوصية ومادل على انفاذها وعدم جواز تبديلها وتغييرها انتهى .

وفيه ما لا يخفى ونحن نتكلم فعلاً مع قطع النظر عن النص الوارد فيه بل

فى كل واحد من الصورتين حيث ان ظاهر تعميمه اليهما كون الحكم فيهما مشهور مع ان الاول مستلزم لملكية الميت مابه الوصاية ومن العجيب تمسكه قده باستصحاب بقاء الوصية للموصى له مع ان اصل موضوعه غير باق فى حال الموت وكيف كان فالحق مع ابي على فى القسمين وبعض المتأخرين على ما حكى عنهم فاقول فى توضيح الاول والثانى حتى يظهر الحال فيهما اما الاول اى صورة كون وفاة الموصى له وقع اولا ووفات الموصى بعده .

وحينئذ كان فوته فى زمان لم يتحقق شرط حصول الملك وهو موت الموصى اذا المقر وض حياة الموصى فاذا مات بلغ زمان فعلية الملك فى وقت مات صاحبه بدون قبوله فاذا قبل الوارث وقلنا بصحته كشفا يكشف عن حصول الملك للميت من حين موت الموصى مع ان الميت غير قابل للتمليك ولا يصح القبول عن جانبه لان ذلك يصح عن من يقدر على القبول والرد لا الميت .

والحاصل الدخول فى ملك الميت صورة فوته فى حياة الموصى وهو باطل ومع ذلك كانت دعوى الشهرة من صاحب الجواهر على صحته سوى ابي على فاذا صح فى هذه الصورة فصورة الثانية وهى موت الموصى اولا ثم بعده موت الموصى له بطريق اولى .

وفى هذه الصورة لا يدخل الموصى له فى ملك الميت فان الفرض بلوغ زمان فعلية الموصى به لموصى له فى زمان حياته بحيث لو قبله لكان له والمانع عن عدم تملكه موته بدون القبول ولذا لو كان القبول قابلا لارث فقبلها الوارث دخل الموصى به فى ملك الورثة من دون دخول فى ملك الميت فانه وان كان حيا فى حال موت الموصى ولازمه تملك الموصى به حيا لكنه يضعف بموته من دون قبوله ولا يحصل له الملك بناء على انه جزء المؤثر لتمام الملك فمات بدون الملكية . ويشكل ايضا بان القبول ايضا قبول عنه فان الموصى به له شأنية الملكية للموصى له وبالقبول يتحقق الفعلية وبالجملة الايجاب وقع له والقبول ايضا عنه

فيقع القبول عنه في حال موته ولازمه دخوله في ملكه مع انه ميت فيكون كالصورة الاولى .

نعم على الكشف يكشف القبول عن دخول الموصى به في ملكه ايضا في حال حياته عند موت الموصى والفرض ان الموصى له حي في حال تملكه لكن الكلام فيه من جهات احداها ان الكشف بناء على صحته كان كذلك لو كان القابل نفس الموصى له لاوارثه الذي كان الكلام في صحة ارثه فالاشكال في الصورتين وانه في كليهما كان الظاهر بطلان الوصية بموت الموصى له مطلقا . نعم لو قلنا بعدم القبول في الوصية انتقل الموصى به بمجرد موت الموصى في ملك موصى له و كان مما تركه فيرثه الوارث بلا كلام .

وبالجمل ما يفيد في المقام لا يتم الاعلى القول بعدم الاحتياج الى القبول في المقام والا فلا يصح اصلا حتى على الكشف فانه لو قلنا به انما يصح لنفس الموصى له حيا فيما لم يعلم بموت الموصى او بلزوم قبوله الا بعد مدة فعمله و قبل فانه يمكن ان يلتزم القائل به بان القبول يكشف عن دخول الموصى به من حين موت الموصى الى ملك الموصى له لا فيمات ارضا بدون القبول فان الانسان اذا خرج من الدنيا ذهب عنه ما يكون له من الاموال والاعتبار والكلام .

ولذا لاحجية في فتوى الميت فكيف يصح الالتزام بان قبول الورثة يكشف عن دخول الموصى به في ملك الميت مع عدم كون القبول منه بل من الورثة التي لم يكونوا داخلين في العقد .

وكيف كان فقد عرفت صدق الدخول في ملك الميت في القسمين خلافا لاطلاق عبارة القواعد بقوله فلا يدخل في ملك الميت فانه يعلم الصورتين كما ارد عليه في جامع المقاصد في قوله الذي مر آتفا حيث قال اطلاق المصنف عدم دخولها في ملك الميت ان قبل الوارث لا يستقيم .

وكيف كان ففي القسمين يصدق الدخول في ملك الميت .

والمعجيب توجه صاحب الجواهر بذلك وافاد في اصلاحه مايدل على فساده فقال ودعوى أن القبول منه للميت الذى بموته خرج عن قابلية ادخال شيء فى ملكه ابتداء لاشاهد عليها ، انتهى .

ولا يخفى ان عدم الشاهد منه مجرد الدعوى مع ان الشواهد على البطلان كثير واظهرها ما ذكره من عدم القابلية توضيحه ان القبول عن شخص فرع على ان المتقبل ذوفهم وارادة وقدرة وامكان ان يقول فى هذه المورد لا قبل كما فى الاحياء فانه اذا قبل عنهم شيئا فكثيرا ما رد هم بعدم القبول فلا بد من القبول عن شخص يكون قادرا على القبول وعدمه والميت كالجماد فى ذلك .

وكيف كان فى مفتاح الكرامة قد اصربان الصورة الاولى كان مراد المصنف وانه فيه صح قيام الوارث مقام المورث ومن المعلوم انه اذا صح ذلك صح بطريق اولى صورة موت الموصى اولا فانه حينئذ كان الموصى به لموصى له فى حياته عند فعلية الملك والمانع عدم قبوله والفرض ان الورثة يقبلها عنه .

ولكن عبارة القواعد اضاف الى قيام الوارث قوله فلا تدخل فى ملك الميت فلعل هذه الضميمة قرينة على كون مراده صورة الثانية اى كون موت الموصى اولا ثم بعده مات الموصى له انح خرج انشاء الوصية عن التعليق وصار ما يكون لموصى له فعليا .

وعبارته فى القواعد هكذا ولومات قبل القبول قام وارثه مقامه فى قبول الوصية فلا تدخل فى ملك الميت فقوله فلا تدخل فى ملك الميت قرينة على كون المراد هو موت الموصى اولا وبعده مات الموصى له فانظر الى مفتاح الكرامة فقال بعد قوله فلا تدخل فى ملك الميت ما هذا لفظه : جزمه بعدم دخوله فى ملك الميت بمقتضى بانه فرض المسئلة فى موت الموصى له فى حياة الموصى لان الوارث ان قبل بعد موت الموصى وقلنا ان القبول كاشف كما اختاره المصنف فيما ياتى دخلت الوصية فى ملك الميت عنده .

وفي هذه الصورة دخلت الوصية في ملك الميت فقوله في المتن فلان دخل في ملك الميت لازمه اخراج هذه الصورة قطعا وجعل المسألة في خلافها وهو موت الموصى في حياة الموصى له اذ في هذه الصورة كان الموصى به فعليا يحتاج الى القبول فاذا قبله الوارث كان المال لنفس الميت .

فقال (ومما) وافق الكتاب في فرض المسئلة في موت الموصى له في حياة الموصى وقيل فيه ان ما اوصى به الموصى يكون راجعا لورثة الموصى تبقى على حالها ولا يتغير اذا لم يرجع الموصى (المقنعة) (المراسم) و (الكافي) و (النهاية) و (التهذيب) و (الاستبصار) و (الوسيلة) و (السرائر) و (جامع الشرايع) و (التبصرة) و (النافع) و (كشف الرموز) و (الكتاب) فيما ياتي و (الايضاح) و (جامع المقاصد) وموضع من (الشرايع) و صريحها او ظاهرها ان الموصى به ينتقل بموت الموصى له الى وارثه ان لم يرجع الموصى عن الوصية من دون قبول وان لم يتعرض فيها كلها لقبول الوارث قولاً ولا قيامه مقامه فيه لكنه مراد جزماً قولاً او فعلاً .

(وقال) جماعة ان ابن بابويه رواه في كتابه فمراد هم انه مذهب له (وقد) نسب ذلك الى المشهور في (التذكرة) و (المختلف) مكرراً فيهما (داغاية المراد) و (المهذب البارع) و (المقتصر) و (ايضاح النافع) وفي (كشف الرموز) عليه العمل ونسبه في (المختلف) الى علمائنا ايضا عدابي على وفي (النافع) انه اشهر (ولاريب) ان كل من قال انه اذا مات الموصى له في حياة الموصى قام وارثه مقامه فبالادلى ان يقول انه يقوم مقامه اذا مات بعد موته وقبل القبول بل ظاهر (التذكرة) ان هذه الصورة محل وفاق لانه نقل الخلاف في الادلى واستدل على الحكم فيها بثبوتها في هذه .

(لكن) ظاهر الشهيدين والكركي وصاحب الكفاية وقوع الخلاف في الصورتين قال في (الدروس) لو مات قبل القبول فلوارثه القبول سواء كان موته

قبل الموصى او بعده وهو اختيار المعظم الى آخر عبارته .

قوله قده ومما مبتداء وخبره المقنعة الى اخر العبارة ومقصوده اتفاق هؤلاء على فرض المسألة فى موت الموصى له فى حياة الموصى مع ان قول المصنف فلا تدخل النخ يخرج منه عن هذه الصورة واما قوله ومما وافق الكتاب ففيه ان عبارة الكتاب مطلق لم يصرح بارادة هذه الصورة بل وقوله فلا تدخل النخ قرينة على عدم ارادته .

اللهم الا ان يراد ان هذه الصورة مع ادخاله الوصية فى ملك الميت كان صحته اجماعيا وهو غير بعيد وان المسألة اجماعيا مطلقا ولكن لا يلائم مذهب المصنف .

ويؤيد اجماعية المسألة مطلقا يظهر من جامع المقاصد حيث قال ما لفظه والبحث هنا يقع فى امرين احدهما عدم بطلان الوصية وهو المشهور بين الاصحاب سواء كان موت الموصى له قبل موت الموصى او بعده وقيل يبطل الوصية واختاره المصنف فى المختلف وخص المحقق نجم الدين البطلان بما اذا مات الموصى له قبل موت الموصى والاصح الاول لرؤية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال قضى امير المؤمنين عليه السلام فى رجل اوصى الآخر والموصى له غائب فتوفى الذى الى ان قال الثانى اطلاق المصنف عدم دخولها فى ملك الميت ان قبل الوارث لا يستقيم لانه ان قبل بعد الموت وقلنا ان القبول كاشف كما سيأتى الله اختياره فى كلام المصنف دخلت فى ملك الميت وسيأتى تحقيقه انشاء الله تعالى وعليه نزل ما ذكره المصنف فى المعتقد الى ان قال فعلى هذا ينبغى ان ينزل كلام المصنف هنا على موت الموصى له فى حياة الموصى وما فى المعتقد على كونه بعد موت الموصى انتهى .

ولا يخفى انه لو نزل كلامه هنا على موت الموصى له لزم الدخول فى ملك الميت وفى القواعد ايضاً وهل القبول كاشف عن انتقال الملك الى الموصى

له بعد الموت او سبب فيه اشكال ينشاء من انتفاء الملك عن الميت وعدم دخوله فى ملك الورثة لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين فلولم ينتقل الى الموصى له بقى بغير مالك ومن كون القبول اما جزء من السبب او شرطاً كقبول البيع وانتفاء الملك عن الميت ممنوع كما لو قتل وكالمديون وكما لو نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته والاية تراد بها من بعد وصية مقبولة والاقترب الأول وتمنع سببية القبول بل هو كاشف عن صحة الوصية وفسادها الخ .

والمسألة مشكلة وتعلق الدية على القتال وحينئذ ان كان الميت مديوناً كانت الدية للديان والا كانت للورثة ويدل على الاول رواية يحيى الازرق عن أبى الحسن عليه السلام فى رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالا فياخذ أهله الدية من قاتله ، عليهم أن يقضوا دينه ؟ قال : نعم قلت : وهو لم يترك شيئاً ؟ قال : انما أخذوا الدية فعليهم أن يقضوا دينه .

ورواية عبد الحميد بن سعيد قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالا وأخذ أهله الدية من ماله ، أعليهم أن يقضوا الدين ؟ قال : نعم قلت : وهو لم يترك شيئاً ، قال : انما اذا أخذوا الدية ، فعليهم أن يقضوا الدين ، فلم يدخل الدية فى ملك الميت وكذا نصب الشبكة فان وقع فيها فى حياته فلنفسه والا فللورثة .

ولا يقابل امثال ذلك مسلمية عدم مالكية الميت وممنوعة سببية القبول ممنوع والكاشفية دورية ثم انه على الكشف ايضاً ان مبنى الكاشفية هو قبول الموصى له لوارثه حتى يكون القبول كاشفاً عن الدخول فى ملك الميت والكلام فى صحة قبوله ارثاً فكيف يكون كاشفاً مع انك عرفت ما فى الكاشفية فانها دورية اذ الكشف يتوقف على الملكية والملكية تتوقف على الكشف .

فان قلت توقف الملك على الكشف غير مستقيم بل الملك يتوقف على

الايجاب .

قلت الايجاب وحدة فلانسلم بل ومع القبول وحينئذ ان كان القبول ناقلا فلا كلام وان كان كاشفا فيوقف الملك على الايجاب والكاشف لعدم الفرق في التوقف بين التوقف على كله او جزئه فالايجاب وحدة لا يكون مملكا كما اعترف به المحققون فالمملك حينئذ هو الايجاب والكاشف فالكاشف يتوقف على الملكية وهي تتوقف على الكاشف بل كاشفية القبول عن دخول الملك بمجرد موت الموصى في ملك الميت لمجيب هذا مضافا الى فساد القول بالكشف فان عمدة دليلهم عليه لزوم كون المال بلا مالك .

وقدمر عدم بطلانه ولا يلزم كون المال بلا مالك حتى في الدين المستغرق للمتركة فان المال بالموت يصير للديان وكون الاجماع على خلافه غير مضر ويؤيده انه حينئذ لو كان حيا كان امواله لهم وليس له مال فكيف ينتقل مال الناس الى الورثة بالموت مع استصحاب بقاء ديون الناس بحاله من دون انتقال الى الورثة ويدل عليه صحيح عباد بن صهيب عن ابي عبدالله الوارد فيمن لم يدفع الزكاة ايام حياته ثم اوصى به ان يخرج ذلك فيدفع الى من يجب له قال عليه السلام جائز يخرج ذلك من جميع المال انما هو بمنزلة دين لو كان عليه ليس للورثة شيء حتى يؤدي ما اوصى به من الزكاة ، وصحيح سليمان بن خالد عنه عليه السلام ايضا قضى امير المؤمنين في دية المقتول انه يرثها الورثة على كتاب الله وسهامهم اذا لم يكن على المقتول دين راجع ج ٢٨ ص ٢١ .

وكيف كان فالمسألة اجماعية بنحو الاطلاق ولكن الاقوى هو المنع بنحو الاطلاق موافقا لابي علي وبعض المتأخرين وانه بموت الموصى له تبطل الوصية كما سيأتي من الاخبار خصوصا فيما كان موت الموصى له قبل الموصى بخلاف تقدم موت الموصى كما مال اليه في الجواهر في تصحيح ما افاد المشهور قال ما هذا لفظه مع انه يمكن دفعه فيما لو مات الموصى له بعد الموصى وقبله الوارث لمورثه الذي هو الموصى له .

وقلنا : ان القبول كاشف ، فانه ينكشف حينئذ بالقبول من الوارث القائم مقام مورثه دخوله في ملك الموصى له حين موت الموصى ، فيرثه الوارث حينئذ لكن الحق خلاف ذلك كله ، وأن الوارث ينتقل اليه المال من الموصى ، وان قلنا بالكشف في قبول الموصى له لبعض ما عرفت مما هو مفقود في المقام ، ضرورة ظهور الدليل في ملكية الوارث له بموت الموصى وان قيدها بالاجماع بحصول القبول منه لذلك ، ولا وجه للكشف بالنسبة اليه لان الفرض كون الموصى له قد مات بعد الموصى ، فكيف يكون قبول الوارث كاشفاً عن ملكه للمال حين موت الموصى ، والموصى له موجود انتهى . ظاهره انه مات الموصى اولاً . ثم الموصى له فانه اذا مات الموصى اولاً صار الموصى به فعلياً للمحى بخلاف ما اذا مات مقدماً على الموصى فبعد موته يكون الموصى به لموصى له الميت فهذا هو الفرق بين القسمين ففي تقدم موت الموصى وبقاء الموصى له حياً وقبول الوارث ينكشف القبول عن دخول الموصى به في ملك الموصى له في حال حياته اذ الفرض بقاءه في زمان موت الموصى ثم مات بعده فعلى الكشف في حال حياته دخل الموصى به في امواله ثم مات بعده فكان للوارث فانه مماثر كه الميت حينئذ من دون دخوله في اموال الميت .

ففي هذا القسم لاشكال والاشكال في موت الموصى اولاً فان الموصى به حينئذ داخل في مال الميت ان فعليته في حال موت الموصى له لكن ذلك على فرض صحة الكشف وصحة قبول الوارث ولكن الاجماع على النقل لا الكشف ففي حال موت الموصى له لم يقع القبول وبعده قبل الوارث والملكية حاصلة بعد القبول وفي حال موته وحيث كان القبول عن جانبه فالمال لا بد ان يدخل في امواله ثم يرثه الوارث والفرض ان الميت لا يملك فكان كالقسم الاول في عدم كون الميت مالكا الا ان يقال بتلقى الوارث الملك من الموصى لامورثه وهو

غير تام مع فوت الموصى ووارثه لم يكن ممن اوجب العقد معه بل هو اجنبى عنها فالملكية بالقبول لا يمكن حصوله من الميت فانه كالجماذ ولا من وارث الموصى فانه لا يكون موجبا لحصوله ولا القابل قابلا لقبوله فان العقد واقع بين الموصى والموصى له وكلاهما قد ماتا فالوصية باطلة .

والمعجب ممن رأى بطلان الاخذ من الميت فذهب الى تلقيها من وارث الموصى فاذا كان كلا الوجهين لتملك الوارث باطلة كانت الوصية باطلة لا الاخذ باحد الباطلين ولذا كان ظاهر بعض الصحاح ان الوصية اذا ماتت الموصى له ليس بشئ فالظاهر ان صورة موت الموصى له قبلا لا اشكال فى بطلان الوصية لذهاب موضوعها وان لازم صحتها دخول الموصى به بعدموت الموصى داخلا فى ملك الميت واما الروايات الدالة على كون القبول من الحقوق القابلة للارث فيصح من وارث الموصى له قبول القبول فقد تمسك بها الاصحاب فى المقام كصاحب الجواهر والمسالك وغيرهم وكذا شيخنا المرتضى الانصارى فى وصاياه فهى امور فمناها رواية محمد بن قيس الثقة بقرينة رواية عاصم بن حميد عنه ، وكونه الراى لقضايا أمير المؤمنين عليه السلام عن أبي جعفر عليه السلام التى هذه منها .

قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل أوصى لآخر والموصى له غائب ، فتوفى الموصى له قبل الموصى قال : الوصية لو ارث الذى أوصى له ، قال : ومن أوصى لاحد شاهداً كان أو غائباً فتوفى الموصى له قبل الموصى فالوصية لو ارثه الذى أوصى له ، الا ان يرجع فى وصيته قبل موته ، هذه الرواية هى عمدة دليل القائلين بان القبول للموارث :

وقد نقله فى الجواهر وشارحه الشهيد والمحقق الانصارى لمذهبهم الذى قيام الوارث مقام مورثه فى قبول الوصية وقد تكلم فى الجواهر بعد المتن الى ان قال فيكون حقا من حقوقه فينتقل الى وارثه كحق الخيار والشفعة الخ الى

ان نقل رواية محمد بن قيس التى قد اخدش فى سنده الشهيد فى المسالك باشتراكه بين الثقة والضعيف .

و كيف كان ففى الجميع كلام اما فى كون القبول حقا و كان من الحقوق القابلة للارث فهو اول الكلام بين الاعلام ومثل من جعله كذلك كمثل من رأى شخصاً قابلا مديرا سياسا جامعا لجميع الجهات ووافيا لمقصوده فنصبه لذلك ثم بلغ موته اليه فقال كان هذا المنصب لولده مع علمه بعدم لياقة ولده لذلك اصلا و كان فى جميع مقصوده على خلافه تأمل تعرف .

واما الموثوقة فهى ظاهرة فى ان الموصى وصى لآخر شيئا مثلا والموصى له غائب فلا يخلو اما ان يكون المراد هو الاعطاء فى زمن حيات الموصى كما هو الظاهر فكان تمليك شىء لشخص فى حيات الموصى .

والفرض ان الموصى له مات فجعل ^{الامر} باعطائه لو ارثه بمعنى جعله شيئا لشخص صدقة اوهبة غير معوضة وقبل الوصول الى يده مات او الاعطاء اليه بعد موت الموصى .

فعلى الاول امر بالصدقة لعدم تصريح ببعده موته .

وعلى الثانى كانت وصية عهدية لايحتاج الى القبول وخارجة عن الكلام الذى هو ارث القبول ويمكن كون المراد هو الوصية بشى معين للموصى له بعد حياته فمات الموصى له قبل موت الموصى بدون ايجاب وقبول من الموصى او وارثه .

وحينئذ كانت وصية بلا ايجاب وقبول وعلى الثالث فمضافا الى اجمالها بين الثلاثة باطلة من حيث عدم تحقق الايجاب معه اصلا فلا عقدا حتى يتكلم فى قابلية هذا الحق باعتبار قبوله للارث

ومن حيث عدم التصريح ببعده الموت فهى خارجة عن الوصية راسا فلا قبول فيها وحينئذ يخرج عن محل البحث وداخل فى الامر بالصدقة والاحسان بالموصى

له فى حياته وبادلاده فى مماته وكم من قبيل ذلك من نظير.

وبالجملة الكلام فى الوصية التمليلية وكون الموصى به لموصى له بعد فوت الموصى وبقاء الموصى له فلاذكر فى الموثقة فيما بعد موت الموصى فقوله **عَلَيْهِ** الوصية لو ارث الذى اوصى له غير الوصية التى محل الكلام والالزم عدم اشتراطه بموته وعدم وقوع العقد معه فهو محمول على الامر باعطاء شىء لو كان وعلى وارثه لو لم يكن .

واما اطلاق قوله **عَلَيْهِ** فى الذيل ومن اوصى لاحد النخ فهو ظاهر فى ان مجرد الوصية لاحد ولو بدون العقد معه ولو فى زمان حياة الموصى كان لو ارثه فهو كما ترى ايضا .

وعمدة ما سقطها عن الاعتبار عدم اشتراط ما اوصى به فى زمان حياة الموصى تدبر فيها .

ومما يرد عليه اطلاق قوله **عَلَيْهِ** فهو لو ارثه فيعم ما اذا رضى به الموصى و عدمه وهو خلاف الناس مسلطون على اموالهم بل هو حكم ضررى بل قد يصدق عليه تغيير الوصية لان الموصى قصد بها خصوص الموصى له .

والحاصل الايجاب وقع على الموصى له وهو الذى رآه الموصى قابلا لذلك لا لغيره فتمام نظره الى خصوص شخصه لا لغيره فاذا مات ارتفع نظر الموصى عن وصية له فالقائلون يجعل القبول موجبا للارث ففى ضيق من الجواب الصحيحة .

ومنها رواية محمد بن عمار الساباطى عن ابي جعفر **عَلَيْهِ** يعنى الثانى قال سئلته عن رجل اوصى الى " وامرني ان اعطى عماله فى كل سنة شيئا فمات العم قال اعطه ورثته .

ولا يخفى ما فى دلالاته فانه ظاهر فى اعطاء عمه فى كل سنة فى زمان حياة نفس الموصى وليس فيه من الايجاب والقبول وشرط كونه بعد ممات الموصى عين ولا اثر بل ظاهر فى اكرام عمه وبعده على ورثته فهو احسان على رحمه واجنبى

عن الوصية التمليلية والانتصاف بعيد من الاعلام الاستدلال بامثالهاكون القبول قابلة للارث تامل فيها .

وان كان المراد بذلك بعد مماته فكانت وصية عهدية لايلزم فيهاالقبول حتى يتكلم فيه انه قابل للارث وعلى ايتهما كان خرج عن الاستدلال فلادلالة لهذه الاخبار .

مضافا الى معارضتها بصحيفة محمد بن مسلم عن ابي عبدالله عليه السلام قال سألته عن رجل اوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصى قال ليس بشيء ونحوها صحيفة منصور بن حازم فان الصحيحين ظاهران فى بطلان الوصية بموت الموصى له فمن اين يكون قبوله قابلا للارث مع ان التعارض فرع المعاندة .

وقد عرفت عدم صحة استفادة كون القبول قابلا للارث من موثقة محمد بن قيس وعمار الساباطى وغيرهما فلادلالة للاخبار لارث القبول حتى تعارضها الصحيحتان بل الصحيحتان تظهر ان المراد من الاخبار المجملة وان الموصى له لومات قبل القبول كانت الوصية باطلة فلامورد لقبوله حتى يرثه الورثة فالصحيحتان حا كمتان على سائر الاخبار بعد صراحة قوله عليه السلام ليس بشيء اى الوصية هى الظاهر من صحيح منصور بن حازم عن ابي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن رجل اوصى لرجل بوصية ان حدث به حدث فمات الموصى له قبل الموصى قال : ليس بشيء

ومن العجيب حمل ليس بشيء على موته اى موته ليس بشيء ويؤيده ما فى العروة من قوله بعد اعراض المشهور عنهما ولولا ظهورهما فى بطلان الوصية لما وجه لقوله اعراض المشهور بل كفى قوله ظاهر ان فى ان الموت ليس بشيء فلامعاندة واما الاعراض فليس الاتوهم كون الاخبار على خلافهما هى متقدمة وانت اذا تأملت فيها تعرف عدم دلالة الاخبار فى صحة كون القبول قابلا للارث لان الدلالة فرع تماميتها

وقد عرفت عدم الصحة وكون الوصية للوارث بالقبول مع ان استفادة بطلان

الوصية هو الظاهر منها لا الموت فان الكلام في صحة الوصية وانها مورد السؤال من حيث موت موصى له قبل الموصى وان المقصود انه هل تبطل الوصية بالموت اولاً ومن العجيب معارضة هذا الامر الواضح بتذكير ليس وانه لو كان راجعاً الى الوصية لزم ذكر مؤثراً بمثل ليست بداهة انه لا يعارض ظهور السؤال في الوصية وانه هل تبطل اولاً اذ قوام الوصية بالموصى له وانه الموضوع لهذا الحكم ولذا كان السؤال عن فوته وهل يصح في مثل ذلك وفي مثل هذا السؤال هو الجواب عن ان الموت ليس بشيء وان الوصية لو ادرته مع عدم كونه داخل في العقد وعدم ذكر منه خصوصاً مع موته في وقت لم يتحقق شرط التملك

ففي زمن عدم تحقق شرط الملكية لموصى له مات ويمكن ان يطول عمر الموصى الى خمسين ويتحقق شرط بلوغ الدفع الى فوت وارث موصى له ايضاً وهل يصح في مثل ذلك الحكم بان الموت ليس بشيء وان الوصية باقية للوارث مع ان المؤثرت المجازي امرها سهل وان كان اللازم لو كان الضمير مستترا ان يؤثرت مع احتمال الغلط في النسخ او اشتباه الراوى في الاخذ من الامام عليه السلام بل لا اشكال في ذلك حتى بناء على الصحة النسخة اذ الضمير يرجع الى ما اوصى لان الوصية بشيء يعبر عنه بلفظ ما الموصولة اذ الشيء اى اوصى بشيء والمعنى ان ما اوصى ليس بشيء اولى هذا الشيء بشيء مع الموت

ويؤيد ما ذكرنا ان ارجاع الضمير الى الموت لا يخلو من كلام لو اريد معناه الحقيقي لان الموت شيء فكيف يطلق عليه عدم الا ان يريد به معناه المجازي اى ليس يوجب بطلان الوصية وهذا المعنى انما يصح لو لم يمكن له طريق اخر بمثل ما ذكرنا اذ رجوع الضمير بما اوصى صحيح فمع صحة ارجاع الضمير الى معنى صحيح لا معنى لارادة المعنى المجازي مع قطع النظر عن اشكالات اخر اهو نها ذهاب موضوع الوصية .

وايضاً كيف يصح تبديل الموضوع الذى هو محل ارادة الموصى بشخص آخر

لا يريد مع انه فى مثل هذه الموارد كان نظر الموصى الى بقاءه بشخصه وربما لا يميل الى آخر حتى بوارثه فكيف يجوز العقل السليم جعل شىء لشخص تبديله لآخر مع عدم دلالة نص خال عن الاشكال .

و كيف كان فهذه الادلة لا يظهر منها كون موصى به لورثة موصى له بموت الموصى بالقبول وانى لهم بذلك من هذه الاخبار فانه لو قلنا بعدم الاحتياج الى القبول لخرج الوصية عن العقود بل ومع ورود مثل هذه الوصية التى مات الموصى له ليس بشىء وانه لا تصح وبطلت بموت الموصى له وصار المال لوارث الموصى وفى الوسائل بعده

قال ما لفظه: قال الشيخ : الوجه أنه لا يكون شيئاً اذا غير الموصى الوصية كما تضمنته رواية محمد بن قيس ، ويجوز أن يكون مراده ليس بشىء ينقض الوصية ، بل تكون بحالها فى الثبوت لورثته وفى الوسائل قال : ويمكن الحمل على التقية لانه مذهب أكثر العامة انتهى .

ولا يخفى ما فيه ان الكلام ليس فى صورة تغير الوصية بل الكلام فى اصل ثبوتها بمفاد كان التامة وانه بعد موت الموصى له بدون القبول هل تصح ادلا ورواية محمد بن قيس قد عرفت ما فيها مع انها ليس فيها دلالة على صحة الوصية والحاصل لو ان الوصية لا تبطل بالموت لازمه كون الميت متملكا للاموال كما عرفت ان بالقبول يدخل الموصى به فى اموال الميت ويكون من تركته حتى يرثه الوارث وبالجملة الرواية اجنبية عما اذا تغير الموصى الوصية بل حمل الخبر عليه حمل على ما لا يرضى صاحبه بداهة ان قوله ^{الغلاة} ^{الغلاة} الا ان يرجع الخ حكم آخر يؤيد الصدر والمعنى ان هذه الوصية ليس بشىء صحيح من حيث موت من له الوصية بدون القبول وان الوصية له لاورثته .

وفى مفتاح الكرامة ما لفظه (و قد يستدل) عليه اى البطلان بان المنتقل الى الورثة اما القبول او متعلقه اعنى الموصى به والثانى باطل اجماعا كما فى

غاية المراد) (الروض) ضرورة عدم دخوله في ملكه الا بالايجاب والقبول و الوفاة ولم يحصل سوى الايجاب والاول ايضا باطل لان القبول في العقود لا يورث كقبول البيع والهبة هذا اذا قلنا انه ينتقل عن الموصى له الى ورثته .

واما اذا قلنا بانه ينتقل اليهم عن الموصى فهو باطل ايضا فلان الموصى لم يقصدهم بالوصية انما المقصود مورثهم ويؤيد ذلك خبر ابي بصير ومحمد والكل ليس بشيء اذ الوصية على خلاف الاصل فلان من ارث قبولها لمكان الاخبار وقتوى الاصحاب انتهى .

فيه ان الكل صحيح ثم ان قوله اذ الوصية على خلاف الاصل الخ لعله عجيب اذ فيه ان الوصية من الاحكام الشرعية فلو كان على خلاف الاصل لكان جميع الاحكام على خلاف الاصل واشد فسادا قوله فلا مانع من ارث قبولها فان معناه ان الوصية حيث كانت على خلاف الاصل فلان من ارث قبولها ايضا على خلاف الاصل والاخبار ما عرفت والفتوى على طبق الاخبار التي غير سالم عن الاشكال .

ومنه يعلم فساد حملها على التقية اذ ليس كلام العامة باجمعها باطلا حتى ما يوافق الامامية وكثيراً ما كان حكمهم مطابقاً لنا فالرواية كانت على خلاف القواعد والمقصود من القواعد ايضا رواياتهم الاخر الواردة في موارد شتى .

وعمدة ما يرد عليها ان لازم صحة ارث وارث موصى له هو ارثهم لمال الغير لان كون المال للموصى فكيف يصح ارثهم بعنوان كونه مال ابيهم ولا يعارض ذلك الاجماع على خلافه فضلا عن الشهرة .

ومن العجيب قول الجواهر ان ذلك اجتهاد في مقابل النص مع ان بطلان ذلك فيما كان النص صحيحا بلا معارض لان لازم الاخذ به طرح النصوص المتعددة التي صار المجموع منها هو القواعد الفقهية .

وفي المسالك الباب لو تم سندها اذ لا يخفى ان محمد بن قيس الذي يروى

عن الباقر عليه السلام مشترك بين الثقة والضعيف وغيرهما فكيف تجعل روايته مستند الحكم الا ان يدعو جبرها بالشهرة على ما هو المشهور بينهم في ذلك وفيه ما فيه .

واما الاستدلال بكون القبول حقا للمورث ففيه منع كلية الكبرى المدعاة ان كل حق يورث ان سلم ان القبول حق فان القبول لا يورث في ساير العقود اجماعا كما لو باع او وهب فمات المشتري او الموهوب له فقبل الوارث وان كان على الفور فانه لا يعتد به قطعا فكذا هنا مع اننا منع من كون القبول حقا للوارث مطلقا وانما كان حقا للمورث على تقدير مباشرته ويرشد اليه ان الاغراض في الوصية تختلف باختلات الاشخاص فقد يكون للموصى غرض في تخصيص الميث دون وارثه وهذا بخلاف حق الخيار والشفعة ونحوهما فان ذلك من الحقوق الثابتة المستقرة للمورث شرعا بحيث لا قدرة لمن عليه الحق على اسقاطه بنفسه يترتب عليه غرض مالي فيورث عنه بخلاف قبول الوصية فانه لا يشتمل على شيء من هذه الخواص .

ومن ثم ذهب جماعة الى بطلان الوصية بموت الموصى له قبل القبول سواء مات في حياة الموصى ام بعد موته بناء على ان الوصية عقد يفتقر الى ايجاب وقبول من الموجب له فيبطل بموته كما بيناه واستندوا مع ذلك الى صحة ابي بصير ومحمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام قال سئل عن رجل اوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصى قال ليس بشيء وفي معناها موثقة منصور بن حازم عنه الى ان ساقه ولقد اجاد بل الظاهر لا اشكال فيه من حيث انه لاحق للوارث اصلا ولم يجعل له شيئا .

وقد تلخص من جميع ذلك عدم دلالة خبر خال عن الاشكال دل على كون القبول قابلا للارث فيتم دلالة قوله عليه السلام ليس بشيء في كون المراد الوصية التي مات الموصى له ليس بشيء وان الاخبار المشتملة على لفظ الوارث راجع في

المهدية والصدقة ونحوهما كما عرفت مفصلاً .

وبالجملة الوصية اذا مات الموصى له قبل القبول من نفسه باطلة مطلقاً
مقدماً على موت الموصى او مؤخراً والله العالم .

﴿ فرع لو اوصى بجارية وحملها لزوجها وهى حامل منه فمات ﴾ الزوج
الموصى له بعد الموصى ﴿ قبل القبول كان القبول للوارث ﴾ لما عرفت .

اقول هذا الفرع مبنى على ما ذهب اليه المصنف من كون القبول ناقلاً
لانه كاشف وكذا مبنى على كون القبول موروثاً والا فلامورد له اصلاً ومبنى
على صحة الوصية مع موت موصى له بل مطلقاً ثم بان المسألة على فرض كون
الحمل رقياً والافيخرج عن محل البحث ورقيته اما بان يتزوج الموصى جاريته
بعنده ثم اعتمقه وحينئذ يصح كون الحمل رقاً او بغير عبده من الاحرار مع اشتراط
الرقية وحينئذ يشكل الامر لان الحمل حر فلا يكون داخل في المقام الابصحة
شرط الرقية للحر وهو عندى فى غاية الاشكال لان ادلة الشرط لا يكون مشرعاً
فيجوز فيما يجوز لان يجوز ما لا يجوز .

وكيف كان فبناءً على صحة شرط الرقية كان الحمل رقاً لمولى الجارية
فنقول قد وصى الموصى الجارية وحملها للموصى له الحر بعد موته فمات موصى
له قبل الموصى كان حق القبول لوارثه غير الحمل فان الحمل وان كان ولدأ
لموصى له لكن الموصى له حيث مات قبل القبول فلم يدخل الحمل فى ملكه
ينعتق عليه فالوارث هو ولده الحر .

﴿ فاذا قبل ﴾ الوارث الحر ﴿ ملك ﴾ هذا ﴿ الوارث الولد ﴾ الرق اى الحمل
وامه وانما يصح تملكه ﴿ ان كان ﴾ الحمل ﴿ ممن يصح له ﴾ اى للولد ﴿ تملكه ﴾ بان
كان الولد ذكورا والحمل ايضا ذكورا فيكون الحمل اخاً رقاً للولد الحر فيصح
له تملكه بخلاف ما اذا كان الحمل انثى فانه حينئذ يكون اختاً للولد ولا يملك
الاخ اخته لان الانسان لا يملك المحارم لان لازم الملكية جواز وطئها وهو لا يجوز
فى المحارم .

والحاصل اذا كان الولد الوارث ذكوراً والحمل ايضاً ذكوراً يصح للولد تملك الحمل ﴿ولا ينعقد﴾ الحمل حينئذ ﴿على﴾ ابيه ﴿الموصى له لانه لا يملك بعد الوفاة﴾ لكون الميت لا يملك شيئاً فاذا لم يملكه لا ينعقد عليه ولا قبل الوفاة لانه ما لم يقبل لا يكون داخلاً في ملكه فلا ينعقد على الاب ﴿و﴾ اذا لم ينعقد فلا جرم ﴿لا يرث﴾ الحمل ﴿اباه﴾ حتى ينعقد ﴿لانه رق﴾ حين موت ابيه نعم يمكن كونه وارثاً في صورة قد اشار اليها المصنف بقوله ﴿الا ان يكون﴾ الحمل ﴿ممن ينعقد على الوارث ويكونوا جماعة فيرث لعنته قبل القسمة﴾ فانه حينئذ يتصور كون الانعتاق قبل القسمة .

توضيح المطلب ان الوارث اذا كان واحداً لا يرث الحمل وان كان معتقاً عليه كما لو كان الوارث ذكراً والحمل انثى فمع انعتاقها لا يرث فان شرط ارثها كون الانعتاق قبل القسمة فلامحالة لا يكون في الوارث الواحد لانعتاق القسمة فيه واما لو كان الوارث جماعة وفيها من ينعقد الحمل عليه فان كان انعتاق قبل القسمة يرث الحمل كما اذا كان في الجماعة الورثة لموصى له ذكوراً وانثياً او ذكوراً فقط انعتق الحمل الانثى على الذكور وحينئذ لو كان قبول الوصية قبل تقسيم الارث بين الجماعة اضاف اليهم المعتق فيرث واما بعد القسمة فلا يرث لان الفرض كل من الجماعة قد نال الى فرضه فلا يبقى شيء يرثه الحمل .

فتلخص ان صورة ارث الحمل كون الوارث ازيد من واحد وفيهم من ينعقد الحمل عليه وكان انعتاقه قبل القسمة ولو كان في بعدها فانه يتق بعد سبق سائر الورثة بالارث فلامحل له لذلك ولذا قالوا كان قبل القسمة هذا محصل كلامهم لكنه في الكل كلام قد مر في موت الموصى له قبل موت الموصى بل مطلقاً مع اضافة بعض الكلام في المقام وحيث لامورد لاصل المسألة في عصرنا

فالاولى بالاقتصار بهذا المقدار .

وفى الجواهر فى هذا المقام ما لفظه نعم لو كان الوارث واحداً فلا ارث له وان اعتق الوارث لوقبل، لعدم موضوع الاحتياج الى القسمة الذى هو شرط ارثه ، كما هو محرز فى محله انتهى .

وفى المسالك فرع على المسئلة السابقة المتضمنة لكون القبول موروثا فاذا فرض كون الموصى به جارية وحملها والحال ان الحمل ولد الموصى له بتزويج او غيره ففرض المصنف كون الموصى له زوجا غير لازم ويفرض كون الحمل رقاً لمولى الجارية بالاشترط على القول بصحته وحينئذ فاذا مات الموصى له قبل القبول وقلنا بانتقال حقه الى وارثه فقبل الوصية بهما ملك الجارية والولد ولا ينعقد الولد لان اباه لم يملكه وانما انتقل ملكه ابتداء الى الوارث كما اشرنا اليه سابقا . نعم لو كان ممن ينعقد على الوارث كما لو كان الوارث ابنا والحمل انثى اعتق عليه ولو فرض كون الوارث متعدداً وبعضه ممن ينعقد عليه والاخر ممن لا ينعقد عليه كما لو كان ابناً وبناتاً عتق منه بحساب ما يرث منه من ينعقد عليه فينعقد فى الفرض ثلثاه وهذا كله مبنى على ان قبول الوارث يوجب انتقال الموصى به اليه ابتداء من غير توسط المورث مطلقاً كما اشرنا اليه فى الاصل المبني عليه انتهى موضع الحاجة .

وفى مفتاح الكرامة ما لفظه نعم ان كان ممن ينعقد على الوارث كما لو كان الوارث ابنا والحمل انثى اعتق عليه (واما الارث بالنسبة الى هذا الولد فانه اذا لم ينعقد على ابيه لم يرث منه لانه رق الا ان يكون ممن ينعقد على الوارث فيمكن فرض ارثه بان يعتق قبل القسمة حيث يكون الوارث متعدداً انتهى .

والمحصل من الجميع انه لو كان وارث موصى له واحداً لم يرث الحمل حتى اذا كان الوارث ممن ينعقد عليه الحمل لكن اذا كانت الورثة جماعة وفيهم من ينعقد عليه وكان الانعتاق قبل القسمة يرث لابعاد القسمة .

وقد عرفت ان المسألة في جميعها كلام وعمدتها بطلان الوصية بموت الموصى له بل بقبول الوارث بل في الارث كما عن الشيخ بطلان الارث بالدور .
قال في الجواهر وما عن الشيخ من انه لا يرث مطلقا والا لاحتياج الى قبوله ولا يكون وارثا الا بالقبول فيلزم الدور واضح الضعف . ضرورة صيرورته وارثا بقبول غيره ممن هو الوارث حال موت الموصى له لانه هو المعتبر بقبوله لامن تجدد ارثه .

نعم لو كان الوارث واحدا فلا ارث له وان اعتق على الوارث لو قبل لعدم موضوع الاحتياج الى القسمة الذي هو شرط ارثه كما هو محرز في محله هذا كله بناء على ما ذكرناه من أن قبول الوارث ناقل له من حينه ، ولو قلنا بكشفه عن دخول الموصى به في ملك الموصى له حين موت الموصى . انجه حينئذ انعتاقه على أبيه ، وارثه لانه وانعتاقها عليه كما هو واضح انتهى .
والظاهر كله واضح خصوصا من قوله نعم كما عرفت وكذا ما افاد في الكشف والله العالم .

ثم قال متصلا بكلامه هذا كله اذا كان للموصى له وارث خاص ، فانه كما عرفت يقوم مقامه ، أما اذا لم يكن ففي محكي التنقيح أن الأكثر على رجوع المال حينئذ الى ورثة الموصى وفي الدروس نسبتته الى المعظم ، وفي المصابيح الى الشيخين والفاضلين ولعلمه للاقتصار فيما خالف الاصل على المتيقن وهو الوارث الخاص ، لكن فيه أن في الصحيح ، أد الحسن «فان لم تجد فتصدق به» وعن السرائر أنه لامام المسلمين وهو متجه لولا الشذوذ الذي اعترف به في الدروس .

اللهم الا ان يمنع عليه ذلك باعتبار اطلاق الاكثر الوارث الشامل له ^{في الاصل}
والامر بالتصدق به في الصحيح المزبور الذي افتى به الصدوق وابن سعيد على ما قيل لا ينافيه بل يؤكده باعتبار أن المال له وقد أذن بالصدقة به بل في مصابيح الطباطبائي أن بذلك يحصل التوافق بين قول ابن ادريس وقول الصدوق وابن سعيد

ثم قال : وهو الاقوى هذا انتهى .

اما رجوع المال الى وارث الموصى فهو متعين من جهات .

واما قول صاحب الجواهر قده من دلالة النص فان لم تجد فتصدق ففيه ان رواية الباب قد عرفت عدم دلالتها على ثبوت الارث بقبول الوارث فراجع فالاقوى رجوع المال الى وارث الموصى حتى فى موارد الذى قلنا بعدم ثبوته فاذا قلنا يبطلان الوصية بالموت رجوع الموصى به الى وارث الموصى والله العالم .

﴿ ولا تصح الوصية ﴾ بصرف مال مثلاً ﴿ فى معصية ﴾

وفى الجواهر بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به غير واحد بل يمكن تحصيل الاجماع عليه .

نعم لو لم يعلم الحكم اوسهى ووصى كذلك صح له تغييره الى وجه صحيح وكذا صح للموصى به ان يغيره الى الوصية الصحيحة للخبر «سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله تعالى «فمن بدله بعد ما سمعه» الآية فقال : نسختها التى بعدها «فمن خاف من موص جنفاً أوائماً» قال : يعنى الموصى اليه ان خاف جنفاً من الموصى فيما أوصى به اليه مما لا يرضى الله تعالى من خلاف الحق فلا أثم عليه أى على الموصى اليه أن يبدله الى الحق ، والى ما يرضى الله تعالى به من سبيل الحق . ونحوه المرسل المضمّر عنه عليه السلام «أنه تعالى أطلق للموصى اليه أن يغير الوصية اذا لم تكن بالمعروف وكان فيها جنفاً ويردها الى المعروف ، لقوله تعالى «فمن خاف من موص جنفاً أوائماً فأصلح بينهم فلا اثم عليه» والى غيره وكيف كان ﴿ فلو أوصى بمال للكنايس ﴾ .

وفى الجواهر التى هى معابد النصارى ومحال سبهم للحق وأهله والعبادات الفاسدة ﴿ او البيع ﴾ التى هى لليهود كذلك ﴿ أو كتابة ما يسمى الآن توراة او انجيلاً ﴾ وليس كذلك لأنه قد حرف جملة منهما وبه كانا من كتب الضلال راجع ج ٢١ ص ١٥٣ ﴿ أوفى مساعدة ظالم ﴾ على ظلمه بل فاسق على فسقه ﴿ بطلت الوصية ﴾ لما عرفت ، وان قلنا بجواز الوصية لليهود مثلاً .

﴿وعلى اى حال أن﴾ الوصية عقد جائز من طرف الموصى ﴿فله الرجوع بها حينئذ﴾ مادام حيا سواء كانت بمال أو ولاية ﴿وفى الجواهر بلا خلاف بل الاجماع بقسميه عليه ، بل النصوص فيه مستفيضة أو متواترة انتهى .

ويدل عليه اخبار كثيرة ، منها ما رواه المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مرقدهم) عن عبيد بن زرارَةَ قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول للموصى أن يرجع فى وصيته ان كان فى صحة أو مرض .

وعن يزيد بن معاوية فى الموثق «عن أبى عبد الله عليه السلام قال : لصاحب الوصية أن يرجع فيها ويحترث فى وصيته مادام حياً .

وعن عبد الله بن مسكان فى الصحيح «عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام أن المدبر من الثلث وأن للرجل أن ينقض وصيته ، فيزيد فيها وينقص منها ما لم يمت .

وعن محمد مسلم فى الصحيح «عن أبى عبد الله عليه السلام قال : المدبر من الثلث وقال للرجل أن يرجع فى ثلثه ان كان أوصى فى صحة أو مرض .

وعن يونس عن بعض أصحابه «قال : قال على بن الحسين عليه السلام للرجل أن يغير وصيته فيعتق من كان أمر بملكه ، ويملك من كان أمر بعنقه ، ويعطى من كان حرمه ، ويحرم من كان أعطاه ما لم يمت ويرجع فيه .

ومارواه فى الفقيه عن محمد بن عيسى بن عبيد «قال كتبت الى على بن محمد عليه السلام رجل أوصى لك جعلنى الله فداك بشيء معلوم من ماله وأوصى لاقربائه من قبل أبيه دأمة ، ثم انه غير الوصية فحرم من أعطاه وأعطى من حرمه أيجوز له ذلك ؟ فكتب (صلوات الله عليه) هو بالخيار فى جميع ذلك الى أن يأتيه الموت» وما رواه المشايخ الثلاثة فى الموثق عن اسحاق بن عمار «عن أبى عبد الله عليه السلام قال سألته عن رجل كانت له عندى دنائير ، وكان مرصفاً فقال لى : ان حدث

بى حدث فاعط فلاناً عشرين ديناراً ، واعط أخى بقية الدنانير ، فمات ولم أشهد موته فأتاني رجل مسلم صادق فقال لى : أنه أمرنى ان أقول لك : انظر الدنانير التى امرتك أن تدفعها الى أخى فتصدق منها بعشرة دنانير أفسمها فى المسلمين ولم يعلم أخوه أن له عندى شيئاً ، فقال : أرى أن تصدق منها بعشرة دنانير كما قال .

اقول قد عرفت فى السابق ان مقتضى القاعدة ان كل عقد يقتضى العموم الاما دل على جوازه كما فى المقام فهذه الاخبار يخرج الموصى عن وجوب الوفاء بالعقد وبالجملة يجوز له الرجوع وهو يحصل بامور قد اشار اليه المصنف بقوله .

﴿ يتحقق الرجوع ﴾ من الموصى ﴿ بالتصريح ﴾ به لفظاً بلا خلاف نحو رجعت ادنقت ، اذفخت ، اذلا نعطوه ما اذصيت به له ، اذ بما يفيد ظاهراً أيضاً نحو هذا لو اذنى ، اذ ميراث عنى اذ حرام على الموصى له ، اذ نحو ذلك مما يستلزم بطلان الادلى ﴿ اذ بفعل ما ينافى الوصية ، فلوباع ما اذصى به ﴾ اذ اعتقه ﴿ اذ اذصى بييمه ، اذ وهبه اذ فضه اذ رهنه ﴾ كذلك اذ كاتبه ﴿ كان رجوعاً ﴾ لاقتضاء البيع والهبة مع القبض والعتق نقل الملك وازالته المنافى كل منهما لبقاء الوصية كذا فى الجواهر بل العرف حاكم بان صاحبه انصرف عن وصيته بل العقل حاكم بالرجوع .

﴿ و كذا ﴾ يتحقق به الرجوع ﴿ لو تصرف فى الموصى ﴾ به تصرفاً آخرجه عن مسماه ، كما اذا اذصى بطعام فطحنه اذ بدقيق فمجنه اذ خبزه ﴿ لانه كتلف محل الوصية المقتضى لبطلانها من غير حاجة الى قصد .

﴿ و كذا ﴾ الكلام فيما ﴿ لو اذصى بزيت ﴾ مثلاً ﴿ فخلطه بما هو اذومنه اذ بطعام فمزجه بغيره ﴾ كذلك ﴿ حتى لا يميز ﴾ .

وفى الجواهر فانه أيضاً قد نكر غير واحد كونه رجوعاً ، بل فى المسالك ظاهرهم القطع بذلك لتجدد وصف لم يحصل الرضا ببذله ، مع عدم امكان الفصل

ولكونه كالتلف ولدلالة هذا الفعل عرفاً على الرجوع انتهى لكن يمكن ان يقال ان الوصية لابد وان تكون فى شىء يبقى الموصى به الى بعد الموت لانه زمان تملك الموصى له فامثال هذه الامثلة لا تبقى ولولم يتغير ولم يمزج خصوصاً لوبقى الموصى كثيراً .

ثم الظاهر عدم الفرق بين الامثلة المذكورة وبين قوله ﴿أما لو أوصى بخبز فدقه فتيماً لم يكن﴾ ذلك ﴿رجوعاً﴾ فانه ايضاً رجوع .

وفى الجواهر نعم قد يشكل ذلك بناء على ما سمعته منهم ، ضرورة تغير الاسم بذلك انتهى وما افاد فى محله .

الفصل ﴿الثانى فى الموصى : ويعتبر فيه كمال العقل﴾ الجارى مجرى غالب العقلاء ﴿والحرية فلا تصح وصية المجنون﴾ مطبقاً كان او ادواراً اذا كان قد أوصى حاله ، بلا خلاف ولا اشكال لسلب عبارته .

وفى الجواهر ما لفظه نعم لا تنفسخ بعرضه كالانحاء ونحوه مما لا عقل معه وان استمر الى الموت للاصل وكونها عقداً جائزاً لا يقتضى مساواتها له فى كل شىء ولذا كان الموت محققاً لها من طرف الموصى لافساختها بخلاف باقى العقود الجائزة وتصريح الاصحاب بصحة وصية ذوى الادوار كالنفس على الصحة ، وان تعقب الجنون على أن الاصحاب انما اشترطوا العقل لاستمراره بل صرح بعضهم كثنائى الشهيدين والمحققين بعدم اشرطه بل عن الاول منهما أن فى صحيح أبى ولاد تنبيهها على ذلك مر يدأبه .

ماروى عن الصادق عليه السلام فى وصية القاتل لنفسه ان كان أوصى قبل ان يحدث حدثاً الى آخر ما تسمعه انشاء الله باعتبار ظهوره فى صحة الوصية مع تعقبها بالفعل المانع من التصرف فكذلك غيره من الموانع ، ولا بأس به ، وان كان العمدة ما عرفت معتضداً بالاجماع فى مصابيح العلامة الطبائى على عدم البطلان بعرض الجنون والاعفاء سواء استمر الى الموت او انقطع انتهى .

والمسألة مشكلة خصوصاً مع استمرار الحيوان الى الموت سيما كون الوصية من العقود الجائزة التي كان امرها بيده مع العقل وفي حال الجنون لا يقدر على ردها اذ نفوذها وليس الاجماع بوحدته دليلاً تاماً ما لم يكن نص معتبر عليه ﴿و﴾ كذا ﴿لا﴾ تصح وصية ﴿الصبي﴾ ما لم يبلغ عشرين عاماً لعدم كمال العقل بل بعده ايضاً غالباً ﴿فان﴾ بلغها فوصيته جائزة في وجوه المعروف لا قاربه وغيرهم على الاصح اذا كان بصيراً ﴿عاقلاً﴾ .

وفي الجواهر بل هو المشهور نقلاً وتحصيلاً ، بل نسبه بعضهم الى الاصحاب مشعراً بدعوى الاجماع ، بل في ظاهر محكي الغنية أو صريحه دعواه ، عليه لاطلاق أدلة الوصية وعمومها انتهى .

والظاهر هو مشكل الا ان الاخبار تدل على صحتها في وجوه المعروف منها ما رواه الصدوق في الصحيح عن ابن أبي عمير ، عن أبان ، عن عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال: «قال أبو عبدالله عليه السلام : اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته» . وما رواه المشايخ الثلاثة بأسانيدهم ، عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : «اذا اتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصى على حد معروف وحق فهو جائز» .

وما رواه الشيخ في التهذيب في الموثق ، عن منصور بن حاز ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «سألته ، عن وصية الغلام هل يجوز؟ قال : اذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته» .

وعن أبي بصير وأبي أيوب في الموثق ، عن أبي عبدالله عليه السلام «في الغلام ابن عشر سنين يوصى قال : اذا أصاب موضع الوصية جازت» .

وما رواه المشايخ الثلاثة عطر الله مراقدهم - في الصحيح عن محمد بن مسلم قال : «سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: ان الغلام اذا حضره الموت فأوصى ولم يدرك جازت وصيته لا ولي الارحام ولم تجز للمغرباء»

وعن ابي بصير في الصحيح ، عن ابي عبدالله عليه السلام قال : اذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته وان كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته ، ويمكن حملها على من احتلم في عشر سنين او على كثرة فهمه فتأمل فيكون قد بلغ حد البلوغ في العشر و اشد اشكالا ما قيل و والقائل ابن الجنيد صح وصيته وان بلغ ثمانيا .

و هو في غاية الاشكال مع ان الرواية الواردة به ايضاً شاذة وهي خبر الحسن بن راشد عن العسكري عليه السلام اذا بلغ الغلام ثمانى سنين فجازت امره في ماله ، وقد وجب عليه الفرائض والحدود ، واذا تم للمجارية سبع سنين فكذلك ، على أن ظاهرها حصول البلوغ لهما من غير فرق بين الوصية وغيرها ، وقد قيل أنه مخالف لاجماع المسلمين واخبارهم وظاهره وجوب الاحكام عليه وهو على خلاف الاجماع لعدم وجوبها الاعلى البالغ ويرد عليه ايضاً ان لازمه كون الجارية مقدمة عليه في البلوغ وهو كما ترى فراجع الى ج ٣١ ص ٢٠٥ وكيف كان فعدم الاعتماد بهذه الاخبار قد يؤيد بان الغلام في سن عشر سنين لم يكن عقله قابلاً للاعتماد ولم يحصل به وثوق خصوصاً مثل اخراج الاموال عن ملكه ومع تأييد المقام بسائر المقامات وهل فرق بينه وبين الامر بوجوب الصلاة والظاهر عدمه وليس عدم الامر بالتكاليف الالعدم بلوغ هذا السن بحد الكمال ولم يكن عقله بحيث يصح كونه سنداً .

ولذا في المسالك قال ولكن ابن الجنيد اقتصر فيها على الوصية ومثل هذه الروايات لا يصلح لاثبات الحكم خصوصاً المخالفة للنصوص الصحيحة بل اجماع المسلمين وابن ادريس سد الباب واشترط في جواز الوصية البلوغ كغيرها ونسبه الشهيد في س الى التفرّد بذلك ولا ريب ان قوله هو الانسب لان هذه الروايات التي دلت على الحكم وان كان بعضها صحيحاً الا انها مختلفة بحيث لا يمكن الجمع بينها فاثبات الحكم المخالف للاصل بها مشكل انتهى وكيف فالخروج عن

قاعدة البلوغ وسلب عبارة الصبي بمثل هذه الاخبار مشكل .

﴿ولو جرح﴾ مثلاً ﴿الموصى نفسه﴾ عمداً ﴿بما فيه هلاكها﴾ أى أحدث ذلك بها ليموت ﴿ثم أوصى﴾ بشيء من ماله ﴿لم تقبل وصيته﴾ بلا خلاف معتمد به أجده بل عن الايضاح نسبه غير مرة الى الاصحاب مشعراً بالاجماع عليه .
 لصحيح أبي ولاد المردي في الكتب الثلاثة عن الصادق عليه السلام «من قتل نفسه متممداً فهو في نار جهنم خالداً فيها ، قلت : أ رأيت ان كان أوصى بوصية ثم قتل من ساعته تنفذ وصيته فقال : ان كان أوصى قبل أن يحدث حدثاً في نفسه من جراحة أو فعل لعله يموت اجيزت وصيته في الثلث وان كان أوصى بوصية بعد ما أحدث في نفسه من جراحة أو فعل لعله يموت لم تجز وصيته» .

وفي الجواهر بعده قال فما عن ابن ادريس من صحة وصيته واضح الضعف على اصولنا ، وان نفى عنه البأس في محكى المختلف واستحسنه في محكى الروضة وايضاح النافع ، وكذا المسالك الا انه كما ترى اجتهاد في مقابلة النص المعمول به الجامع لشرائط الحجية والعمل انتهى .

وما في الجواهر هو الوجه للنص الصحيح والظاهر لافرق بين انواع القتل والمعيار هو القبلية و البعدية وبعدها يصح خصوصاً اذا طال المدة ولذا قال ﴿نعم لو أوصى ثم قتل نفسه قبلت وصيته﴾

والجواهر على حسب وصية غيره بل لا اشكال كما لا خلاف اجده فيه للصحيح السابق مضافاً الى الاصول والعمومات انتهى .

والظاهر لا اشكال في المسألة بعد النص الصحيح ولعل نظر هؤلاء المجوزين الى ان امر القتل لا يرتبط بصحة الوصية فانه من حيث الوصية كغيرها بل ربما عصى في امر قتله وبعده ندم ولم يكن له علاج ورأى نفسه في حال الموت فوصى بثلاث حتى يكون ذخيرة لنفسه لزعمه نفعها لكن هذه لا تفيد في مقابل النص على خلافه والله العالم ﴿ولا تصح الوصية بالولاية على الاطفال الامن الاب او﴾ من ﴿الجد للاب خاصة﴾

وفي الجواهر بعده قال الثابتة ولايتهما عليهم زمن الحياة على وجه لهما الوصية بهانصافتوى بل اجماعاً بقسميه ولا ينافي ذلك انقطاعها حال عدم الوصية بها ، ضرورة كونها حينئذ كالثالث الذي له الوصية به ، وان لم يفعل لم يكن له شيء انتهى .

وبالجملة جعل الولاية والقيم على الاطفال بحيث كان اختيار الاطفال بيد الوصي من جميع الجهات لا يصح الامن الاب او الجد على اطفالهما فامر الوصاية بيد الاب او الجد من جانبه فلو جعل احدهما وصيا لاطفالهم صح ولا يصح لغيرهما قال في المسالك : لما كانت الولاية على الغير من الاحكام المخالفة للاصل اذا وصل عدم جواز تصرف الانسان في مال غيره بغير اذنه او مافى معناه ، وجب الاقتصار في نصب الولى على الاطفال على محل النص او الوفاق ، وهو نصب الاب او الجد له ، فلا يجوز للمحاكم وان كان ولياً عليهم ، ان ينصب بعده عليهم ولياً لان ولايته مقصورة عليه حياً ، فاذا مات ارتفع حكمه ، وان جاز له ان يوكل حياً عليهم ، لان له الولاية حينئذ ويشمل اطلاق المنع من تولية غيرهما الوصى من احدهما ، فليس له ان يوصى عليهم بالولاية مع عدم نصهما على ذلك على اصح القولين ، وسيأتى ان شاء الله تعالى ، اما مع النص فتولية الوصى فى معنى تولية احدهما ، لصدوره عن اذنه كما جازت ولاية الوصى ابتداء عنهما انتهى . والحاصل فمع وجود احدهما لا يصل التولية الى الغير فمع وجود الجد لا يصح الوصية الى الغير ولا يسلط على الاطفال غير الجد مع وجوده قوله وان كان ولياً الخ المراد وان كان الحاكم ولياً على الاطفال بان جملة احد الاب والجد ولياً مع فقد الاخر لكن ذلك كان ولايته على الصغار فى زمان حياته وليس له بعد موته ان ينصب وصياً آخر كما لا يصح مع الجد للاب ان ينصب وصياً آخر .

وكيف كان فللمحاكم هى الولاية على الاطفال مادام حياً فلا يصح وصيته للاطفال بعد مماته حتى لو مات كان الامر بيد وصيه على الاطفال بل يبطل وصيته

بموته^١ ولزم المراجعة الى حاكم الآخر فمثل الحاكم مع الحاكم الاخر مثل احد من الاب او الجد فكما لايجوز لاحدهما الولاية على الاخر مع وجود الاخر فكذلك لايجوز للمحاكم الوصية على الاطفال و جعل الغير وصيا بعده مع وجود الحاكم الاخر بل الامر بعد موته يرجع الى حاكم آخر .

وقيل في وجه ذلك قصور ادلة ولاية الحاكم الشرعى عن اثبات ولايته على الوصية الى غيره بالولاية بعد وفاته واما كون الولاية للمنصف فاذا فقد فرد منه كان له فرد آخر لا يقتضى ذلك لجواز ان يكون حال الفرد الاخر مع الوصى حاله مع الموصى انتهى .

وكيف كان فكما لايجوز الوصاية للغير مع احد من الاب او الجد فكذلك لايجوز وصاية الحاكم للعمل بالوصية بعد فوته بل الامر الى حاكم آخر كما ان الامر الى الجد ولا يصح معه عمل وصى الاب .

وفى الحدائق قال فيه ايضا لو اوصى بالنظر فى مال ولده الى اجنبى وله اب فللاصحاب فى ذلك اقوال ثلاثة : احدها - البطلان مطلقا ، لما تقدم فى كلام شيخنا الشهيد . الثانى من أن ولاية الجد وان علا على الولد مقدمة على ولاية وصى الاب وحينئذ فاذا نصب الاب وصيا على ولده المولى عليه مع وجود ابيه اى جد الطفل لم يصح مطلقا ، لان ولاية الجد ثابتة بأصل الشرع فليس للاب نقلها عنه ولا جعل شريك له فى ذلك انتهى .

ثم نقل قولين آخرين فالظاهر لا اشكال فى المسألة بل العرف والعقل شاهدان على انه مع وجود الجد ايضا لا يصح للاب ان يوصى الاجنبيين فى امر الاولاد لان ولاية الاب والجد ثابتتان باصل الشرع لايجوز تسلط آخر اجنبى على امرهما .

هذا فيما كان احدهما موجوداً واما ان ليكونا وماتا بدون الوصية فالظاهر وجوب القيمة كفاية على الحاكم او المومنين حفظاً لامورهم باى نحو كان راجع

ج ٢٨ ص ٨٦ * ولا ولاية للام * بالاخلاف معتمده للاصل * فلانصح الوصية منها حينئذ * بمعنى جعلها وصيا على اموال الاطفال ومسلطا * عليهم * .
 وفي الجواهر خلافاً للاسكافي فجعل الولاية لها مع رشدها بعد الاب وضعفه واضح لعدم الدليل على ولايتها ، بل ظاهر الادلة خلافه وكون الولاية ثابتة لها على ثلثها ، فلما اخراجه عنهم ، لا يقضى بثبوت الولاية لها عليهم ، بحيث لو اوصت بالثالث لهم على وجه يكون ملكا لهم ، ان تجعل امره الى غير وليهم الشرعي لعدم القدرة لها على ذلك ، ضرورة رجوع ذلك الى الشرع لا اليها والثابت منه ما عرفت انتهى .

وفي المسالك قال بعد قوله ولا ولاية للام ولا يصح منها الوصية عليهم هذا الحكم داخل في السابق الدال على عدم صحة الوصية عليهم لغير الاب والجد له وانما خص الام بالذکر بعد دخولها لاثبات ابن الجنيد ره الولاية لها مع رشدها بعد الاب وهو شان انتهى قال في الخلاف : الام لا تولى على اولادها بنفسها الا بوصية من ابيهم وبه قال الشافعي واكثر اصحابه وقال ابو سعيد الاصطخري هي تولى امرهم بنفسها من غير ولاية

[دليلنا] انه لا دليل على ذلك في الشرع فوجب نفيه لان طريق ذلك الشرع

انتهى .

ولا يخفى ان ما افاد ابن الجنيد وان تم بحسب الادلة لكن مثل ابن الجنيد القائل بمثل ذلك مع كونه من القدماء المسلط بالمدارك والخبار بعيدان يكون هذا القول منه بغير دليل معتبر وبعيد ان لا يكون لها الولاية بوجه * و * لذا قال * لو اوصت * الام * لهم * اى لاطفالها * بمال * لها * ونصبت * لهم * وصياً * عليه وعلى ثلثها وقضاء ديونها * صح تصرفه في ثلث ثركتها * مما لم يرجع الى الاطفال * و * كذا تصرفه * في اخراج ما عليها من الحقوق ، ولم تمض على الاولاد * .

ضرورة انه كما تصح الوصية للاب والجد فكذلك تصح للام لكن بالنسبة الى اموال اولادها من حيث اخراج ثلث مالها من مالها واداء ديونها منها وانما لانصح لها جعل القيم لهم بحيث كان تمام الاختيار بيعا وشراء وقرضا بيد الوصى فان القيم بهذا المعنى كان للاب او الجد ومع عدمها كان للمحاكم ففرق بين وصاياها وبعضها صحيحة وبعضها باطلة وبالنسبة الى الولاية على امورهم ويكون وصيا في التصرف في اموالهم لا يصح وينحو حفظ اموالهم وحصول الغبطة واخراج ثلث الام صحت .

وفى الجواهر بعد المتن مانعه لما عرفته من عدم الولاية لها عليهم ولا فرق في ذلك بين أن يقع الايضاء منها بعبارة واحدة ، او بعبارات متعددة ضرورة كون الوصية اوسع من البيع الذى اذا تعلق بما يصح بيعه وما لا يصح فانه ينفذ فى الاول دون الثانى ، وان كان بصيغة واحدة كما هو واضح .

ولو ادعت بثلتها لاطفالها على ان يبقى بيد الوصى ثم يملكه لاطفالها بعد البلوغ او ادعت به على ان يصرف عليهم ففى تسلط الوصى دون الاب حينئذ اشكال من عدم ملكيتهم للمال ، فلا تسلط لوليهم عليه ومن كونه حقالهم والولى مسلط عليه كالمال ، وقد يفرق بين الاول والثانى .

ولعل الاقوى الاول لانه ولاية على التصرف لالطفل فهو كالوقف منها عليهم مثلا على ان يكون المتولى له غير الولى لا الوصية بذلك ، فالوقف على البالغ الرشيد والمتولى غيره وستسمع ان الوصية اوسع من غير هافان الوقف وان كان هو على حسب ما يقفه اهله ، لكن الوصية تتعلق بالمعدوم ونحوه وقد استدلل الامام عليه السلام بقوله «فمن بدله بالوصية للمجوس وغيرهم على وجه يظهر منه عموم مورد الوصية. وانه لا يجوز تبديله مالم يعلم بطلانه فلا حظ وتأمل كى تعلم شمولها للفرض وغيره والتعليك على وجه مخصوص فى الكبير الذى لا ولاية لاحد عليه وغيره والله العالم انتهى .

وفى المسالك بعد قوله ولو اوصت لهم بمال الى قوله على الاولاد قال هذا الحكم واضح بعد ما سلف من عدم ولايتها عليهم ونبه بتخصيصه على ان تبعض وصيتها اذا اشتملت على امور بعضها سايغ بعضها ممنوع غير مانع من نفوذ المشروع منها وحينئذ فيصح وصيتها لهم بالمال ولا يصح ايصاؤها بل يبقى حكم المال الموصى به كسائر اموالهم يرجع فيه الى وليهم الخاص والعام ويحتمل صحة الوصية هنا في ثلث المال لان لها اخراجها عنهم راسا فيجوز اثبات الولاية عليه للغير بطريق ادلى وقد ذهب الى هذا الاحتمال الشيخ في المبسوط اذا كان الناصب الأب مع وجود الجد والمأخذ واحد ويضعف بمنع الملازمة والادوية فان ازالته الملك يقتضى ابطال حق الوارث اصلا وبقاؤه في ملك الوارث يقتضى كون الولاية عليه لوليه الشرعى انتهى .

وفى الحدائق بعد عبارة المتقدمة عن المسالك ايضا قال ما لفظه ثم انه بعد ذلك اشار الى خلاف ابن الجنيد الذى قدمنا ذكره ، حيث ان المصنف افرده بالذكر ، فقال : ولا ولاية للام ، ولا يصح منها الوصية عليهم ، فقال الشارح وانما خص الام بالذكر بعد دخولها فى السابق لاثبات ابن الجنيد (رحمة الله عليه) الولاية لها مع رشدها بعد الاب ، وهو شاذ .

أقول : ومما فرغوا على الكلام المتقدم وهو أن الولاية على الصغار مخصوصة بالاب والجد له وان علا ، دون غيرهما مالوا اوصت الام أو أحد الاقارب لطفل بمال ونصب قيماً يصرف المال على الطفل المذكور فى مصالحه وما يحتاج اليه ، فان للاب أو الجد انتزاعه عن ذلك القيم . بمعنى أن الوصية بالمال صحيحة ، ولكن نصب القيم باطل ، لأن ولاية الأب والجد شرعية ، فلا يعارضها وصية ذلك الوصى قال فى الدروس : ولا ولاية للام على الاطفال ، فلونصب عليهم ولياً لغيره ، ولو اوصت لهم بمال ، ونصبت عليه قيماً لهم صح فى المال خاصة ، ثم نقل قول ابن الجنيد ، وسيأتى ان شاء الله تعالى ما يزيد المقام تحقيقاً انتهى .

وقال الفقيه اليزدى فى عر وته ما نصه ولا ولاية فى ذلك للام خلافاً لابن الجنيد حيث جعل لها بعد الاب اذا كانت رشيدة ، وعلى ما ذكرنا فلو اوصى للاطفال واحد من ارحامهم أو غيرهم بمال . وجعل أمره الى غير الاب والجد و غير الحاكم ، لم يصح بل يكون للاب والجد مع وجود أحدهما ، وللحاكم مع فقدهما . نعم لو اوصى لهم على أن يبقى بيد الوصى ثم يملكه لهم بعد بلوغهم ، أو على أن يصرفه عليهم من غير أن يملكهم ، يمكن أن يقال بصحته وعدم رجوع أمره الى الاب والجد أو الحاكم انتهى .

وفى المستمسك بعد قول الجواهر ولعل الاول أقوى قال بل هو الاقوى لان الوصية تكون بالولاية على مال الموصى ، لامال الطفل ، وليس هناك حق للطفل كى يكون تحت ولاية وليه ، لان مجرد الوصية بالتملك له أو الصرف عليه لا يوجب حقاً له ، ولذلك لا يسقط بالاسقاط ، فهو من الاحكام لاغير انتهى

الفصل ﴿ الثالث فى الموصى به ، وفيه اطراف ﴾ .

﴿ الاول : فى متعلق الوصية وهو اماعين ﴾ موجودة ﴿ أو ﴾ متوقعة ، كحمل الدابة والبجارية ونحوهما ﴿ منفعة ﴾ كذلك ولو حقاً قابلاً للنقل والانتقال كحق التحجير .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ يعتبر فيهما الملك ﴾ ضرورة انه لولا كونه ملكاً للموصى او قابلاً للملكية لما صح منه الوصية به ﴿ فلا تصح بالخمير ﴾ الغير المحترمة بخلاف المحترمة كالمتمخذه للتخليل ﴿ ولا ﴾ ﴿ الخنزير ولا ﴾ ﴿ كلب الهراش ﴾ بخلاف الكلاب الاربعة التى هى مملوكة ولها منفعة مباحة ودية ثابتة ﴿ ولا مالا نفع ﴾ حلال ﴿ فيه ﴾ كما فى آيات اللهو ، ونحو ذلك .

وفى الجواهر بل حكى فيه عن التذكرة الاجماع عليه وعلى جواز الوصية بالكلاب الاربعة معللاً ذلك بان فيها نفعاً مباحاً وقرأيد عليه والوصية تبرع تصح فى المال وغير المال من الحقوق وانه تصح هبته فتصح الوصية به كالمال ، قيل

ويستفاد منه جواز الوصية بكل ما فيه نفع محلل مقصود وان لم يجز بيعه كالفيل ونحوه على القول بالمنع عن بيعه ، وبه صرح في التذكرة في المثال وغيره انتهى .

ولا يخفى انه لو كان له منفعة محللة مقصودة يجوز بيعه ثم ان الشارع جعل من باب اللطف ثلث اموال الناس لهم مع الوصية به حتى يتصرفون الاوصياء فيه على حسب ميل الموصى فانه نوع رجاء لهم من حيث بلوغ الثواب اليهم بعد الموت لا الزائد عن الثلث كما قال :

﴿ وكيف كان ﴾ ﴿ يتقدر كل واحد منهما ﴾ أي العين والمنفعة ﴿ بقدر ثلث التركة ﴾ ﴿ فما دون ﴾ ﴿ حينئذ ﴾ ﴿ لو أوصى بما زاد بطلت في الزائد خاصة الا ان يجيز الوارث ﴾ .

وفي الجواهر بالاخلاف معتد به أجده في شيء من ذلك بل الاجماع بقسميه عليه والنصوص مستفيضة فيه أو متواترة .

فما عن علي بن بابويه - من عدم تقديرها بذلك بل لو أوصى بماله كله نفذ تمسكا بالرضوى « فان أوصى بماله كله فهو أعلم بما فعله ، ويلزم الوصى انفاذ وصيته على ما أوصى به » الى ان قال واضح الضعف انتهى .

ولقد اجاد في ذلك ومن العجيب قوله المحكي ويلزم الوصى النخ فانه على خلاف جميع الروايات الدالة على ان اللازم رضاية الورثة والانفاذ ضد الارضاء وهو مستلزم لطرح جميع الاخبار .

ولا يخفى ما في غرابته مع الاخبار والشهوات الواقعة على خلافه بل السيرة المستمرة عليه من جمع المتدينين في جميع الاعصار يوجب كثرة التعجب عن مثله وانه كيف يلتزم بصحة الوصية بجميع المال الا ان يحمل بقبل المحامات منجزا فان الانسان اختيار ماله ما دام كان حيا والا فالوصية المعلمة بما بعد الموت بجميع المال عن مثله مع كون الروايات كلها بيده وفي منظره لعجيب

لكثرة الروايات المتواترة معنى وان كانت مختلفة لفظاً ومفاد الكل هو صحة الوصية في الثلث دون الزائد .

وقد جعل لها في الوسائل باباً لذلك فقال باب ان من أوصى باكثر من الثلث صحت الوصية في الثلث ، وبطلت في الزائد الا أن يجيز الوارث فنقل بعده روايات منها ما عن أحمد بن محمد قال : كتب أحمد بن اسحاق الى أبي الحسن عليه السلام : أن ردة بنت مقاتل توفيت وتركت ضيعة أشقاص في مواضع ، وأوصت لسيدنا في أشقاصها بما يبلغ أكثر من الثلث ، ونحن أوصياؤها وأحبينا انهاء ذلك الى سيدنا ، فان أمرنا بماض الوصية على وجهها أمضيناها وان أمرنا بغير ذلك انتهينا الى أمره في جميع ما يأمر به انشاء الله ، قال : فكتب عليه السلام بخطه : ليس يجب لها في تركها الا الثلث ، وان تفضلتم وكنتم الورثة كان جائزاً لكم انشاء الله وقال ورواه الصدوق والشيخ باسنادهما عن أحمد بن محمد بن عيسى ، عن أحمد بن اسحاق مثله .

ومنها رسالة محمد بن يحيى عنهم عليهم السلام قال : من أوصى بالثلث احتسب له من زكاته .

ومنها ما عن أبي بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل له الولد يسهه أن يجعل ماله لقرابة ؟ قال : هو ماله يصنع به ما شاء الى أن يأتيه الموت ، قال : فان أوصى به فليس له الا الثلث .

ومنها ما عن ابن سنان يعنى عبدالله ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : للرجل عند موته ثلث ماله ، وان لم يوص فليس على الورثة امضاؤه .

ومنها ما عن الحسن بن علي بن يقطين عن أخيه الحسين بن علي بن يقطين قال : سألت أبا الحسن عليه السلام مال الرجل من ماله عند موته ؟ قال : الثلث والثلث كثير ومنها ما عن عبدالرحمن بن الحجاج عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث من أعتق «عبداً -خ» وعليه دين قال قلت له أليس للرجل ثلثه يصنع به ما شاء قال بلى .

ومنها مرسله يونس بن عبد الرحمن عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل «فمن خاف من موص جنفا أو اثما فأصلح بينهم فلائم عليه» قال : اذا اعتدى في الوصية ، اذا زاد على الثلث .

ومنها ما عن محمد بن مسلم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه . وأوصى بوصيته وكان اكثر من الثلث ، قال يمضى عتق الغلام ، ويكون النقصان فيما بقي .

ومنها ما عن علي بن عقبة عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل حضره الموت فأعتق مملوكا له ليس له غيره فأبى الورثة ان يجيزوا ذلك ، كيف القضاء فيه ؟ قال : ما يمتق منه الاثلثه ، وسائر ذلك الورثة أحق بذلك ولهم ما بقى .

ومنها ما عن الحسين بن محمد الرازي قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام الرجل يموت فيوصى بماله كله في أبواب البر وبأكثر من الثلث ، هل يجوز له ذلك ؟ وكيف يصنع الوصي ؟ فكتب : تجاز وصيته مالم يتعد الثلث اي لو تعدى الوصية عن الثلث فلا تجاز .

ومنها ما عن أبي بصير ، عن ابي عبد الله عليه السلام قال : ان اعتق رجل عند موته خادماً له ثم اوصى بوصية اخرى القيت الوصية واعتقت الجارية من ثلثه الا ان يفضل من ثلثه ما يبلغ الوصية عن العباس بن معروف قال : كان لمحمد بن الحسن بن ابي خالد غلام لم يكن به بأس عارف يقال له : ميمون فحضره الموت فأوصى الى ابي العباس الفضل بن معروف بجميع ميراثه وتركته ان اجعله دراهم وابتع بها الى ابي جعفر الثاني عليه السلام وترك اهلا حاملا واخوة قد دخلوا في الاسلام واما مجوسية ، قال : ففعلت ما اوصى به وجمعت الدراهم ودفعتها الى محمد بن الحسن «دالى ان قال :» وادصلتها اليه عليه السلام فأمره ان يعزل منها الثلث فدفعها اليه ويرد الباقي الى وصيه يردها على ورثته .

ومنها ما ، عن العباس ابن معروف قال : مات غلام لمحمد بن الحسن وترك

اختأ وارصى بجميع ماله له عليه السلام قال : فبعنا متاعه فبلغ الف درهم ، وحمل الى ابي جعفر عليه السلام قال : فكتبت اليه واعلمته انه اوصى بجميع ماله ، قال : فأخذ ثلث ما بعثت اليه ورد الباقي وامرني ان ادفعه الى وارثه .

ومنها ما عن العباس ، عن بعض اصحابنا قال : كتبت اليه : جعلت فداك ان امرأة ادعت الى امرأة ودفعت اليها خمسمائة درهم ولها زوج وولد واوصتها ان تدفع سهمها منها الى بعض بناتها ، وتصرف الباقي الى الامام ، فكتبت : تصرف الثلث من ذلك الى ، والباقي يقسم على سهام الله عز وجل بين الورثة .

ومنها ما عن الحسن بن صالح الثوري ، عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل اوصى لمملوك له بثلث ماله ، قال : فقال : يقوم المملوك ، ثم ينظر ما يبلغ ثلث الميت فان كان الثلث اقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع القيمة وان كان الثلث اكثر من قيمة العبد اعتق العبد ودفع اليه ما يفضل من الثلث بعد القيمة ومنها ما عن ابي ولاد قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأة عليه الدين فتبرعه منه في مرضها قال : بل تهبه له فتجوز هبتها له ويحسب ذلك من ثلثها ان كانت تركت شيئاً .

وعنه ، عن ابن ابي عمير ، عن مرازم ، عن عمار الساباطي عن ابي عبدالله عليه السلام قال : الميت احق بماله مادام فيه الروح يبين به ، فان قال : بعدى فليس له الا الثلث .

ومنها ما عن عمرو بن سعيد قال : اوصى اخو رومي بن عمر ان جميع ماله لابي جعفر عليه السلام قال عمرو : فأخبرني رومي انه وضع الوصية بين يدي ابي جعفر عليه السلام ، فقال : هذا ما اوصى لك اخي فجعلت اقرء عليه فيقول لي : قف ، ويقول : احمل كذا ، ووهبت لك كذا حتى اثبت على الوصية ، فاذا انما اخذ الثلث . فقلت له : امرتني ان احمل اليك الثلث ، ووهبت لي الثلثين ؟ فقال : نعم ، فقلت : ابيعه واحمله اليك ، لاعلى الميسور منك من غلتك لتابع شيئاً .

ورواه الكليني عن احمد بن محمد ، عن عاي بن الحسن اقول : الهبة هنا وجهها ان الوارث اجاز الوصية اولاً ويمكن كون الهبة مجازاً لاحقيقة ، ويمكن كون الوصية بجميع المال مخصوصاً بالامام ويمكن كونه اقراراً لادوية ولعلمه في غير مرض الموت .

ومنها ما عن الحسين بن مالك قال : كتبت الى ابي الحسن عليه السلام اعلم سيدي ان ابن اخ لي توفي وادصى لسيدي بضيمة ، وادصى ان يدفع كل ما في داره حتى الاوتاد تباع ويحمل الثمن الى سيدي ، وادصى بحج ، وادصى للمفقرات من اهل بيته ، وادصى لعمته واخيه بمال ، فنظرت فاذا ما وادصى بها اكثر من الثلث ولعلمه يقارب النصف مما ترك وخلف ابناً لثلاث سنين وترك ديناً ، فرأى سيدي ؟ فوقع عليه السلام : يقتصر من وصيته على الثلث من ماله ، ويقسم ذلك بين من وادصى له على قدر سهامهم ان شاء الله .

ومنها ما عن الحسين بن مالك قال : كتبت اليه : رجل مات وترك كل شيء له في حياته لك ولم يكن له ولد ، ثم انه اصاب بعد ذلك ولدأ ومبلغ ماله ثلاثة آلاف درهم ، وقد بعثت اليك بالف درهم فان رايت جعلت فداك ان تعلمني فيه راياك لاعمل به فكتب : اطلق لهم .

قوله عليه السلام اطلق لهم اي الثلثين كذا قال المجلسي .

وهذه الاخبار باجمعها دالة على كون الوصية بالثلث وليس فيها ما يدل على مذهب ابن بابويه الابعض الروايات التي ظاهرها صحة الوصية بجميع المال لكننها مع اعراض المشهور عنها ومعارضتها مع ما دل على مذمة تحريم الورثة عن الارث وان جعل الجميع للغير ومحرمية الاقارب امر منكر عند العرف بل العقل ومن جعلتها ما عن محمد بن عبدوس قال : وادصى رجل بتر كتبه متاع وغير ذلك لابي محمد عليه السلام فكتبت اليه : رجل وادصى الي : بجميع ما خلف لك وخلف ابنتي اخت له فرأيتك في ذلك ، فكتب الي : بع ما خلف وابعث به الي ، فبعث وبعثت به اليه

فكتب الى : قدوصل .

وفى الوسائل بعد نقله ما لفظه اقول: هذا يحتمل الحمل على تجويز الوارث للوصية ويحتمل كون الوارث مخالفاً فى الاعتقاد فجاز ان يحرم ويحمل ماله الى الامام ويحتمل كون طلب الامام المال لياخذ ثلثه ويدفع الباقي الى الوارث لمامر ويحتمل كون الوصية بجميع المال جايزا للامام خاصة ، ويحتمل كون الامر بحمل المال على وجه الصلة فى حياة الموصى ذكر هذه الوجوه الشيخ وغيره انتهى اما حمل الاول فهو متين لان المقصود من عدم زيادة الثلث هو بما هو هو لابما اذا تمايل الورثة ولذا قلنا ان الاكثر من الثلث يحتاج الى اجازة الوارث فلاشكال فى ان الوارث اذا رضى بالاكثر صحت الوصية والوارث فى الخبر موجود وهو اخته وظاهر حال الموصى اليه ان اخته مايل بذلك من حيث كون الموصى به راجعا الى المعصوم .

والحمل الثانى بعيد او مخالفا للاصل والحمل الثالث اقرب الى الصواب كما هو ظاهر بعض اخبار الباب وليس فى الرواية اكثر من قوله قدوصل الى ولاينافى من اخذه الثلث ورد الثلثين الى الوارث والحمل الاخير ايضا غير بعيد والحمل على احد هذه الوجوه كاف واولى من طرح الخبر فكيف يمكن الالتزام بنفوذ الوصية فى الجميع ولومع عدم رضى الورثة .

ومنها ما عن على بن الحسن قال : مات محمد بن عبدالله بن زرارة ، وأوصى الى أخى أحمد بن الحسن ، وخلف دارا وكان أوصى فى جميع تركته أن تباع ويحمل ثمنها الى ابي الحسن عليه السلام فباعها ، فاعترض فيها ابن اخت له وابن عم له فأصلحنا أمره بثلاثة دنانير ، وكتب اليه أحمد بن الحسن ودفع الشيء بحضرتى الى أيوب ابن نوح ، فأخبره أنه جميع ما خلف وابن عم له وابن اخته عرض ، وأصلحنا أمره بثلاثة دنانير ، فكتب : قدوصل ذلك ، وترحم على الميت وقرأت الجواب وفى الوسائل قال تقدم الوجه فى مثله ، وهو ظاهر فى تجويز الوارث و

رضاه بالوصية بعد الصلح وأخذ الدنانير .

ومنها ما عن علي بن الحسن قال : مات الحسين بن أحمد الحلبي وخلف دراهم مأتين فأوصى لامرأته بشيء من صداقها وغير ذلك ، وأوصى بالبقية لابي الحسن ^{عليه السلام} فدفعها أحمد بن الحسن الى أيوب بحضرتي ، وكتبت اليه كتابا فورد الجواب بقبضها ودعا للميت .

وفي الوسائل قال تقدم الوجه في مثله ويحتمل عدم وجود وارث غير المرأة وأنه أوصى لها بصداقها وميراثها ، والباقي للإمام بالارث انتهى .

وكيف كان فقد ظهر بحمد الله عدم صحة الوصية بما زاد عن الثلث الامع اجازة الورثة ادعدم وجود وارث او كونه منجز الامع لما بعد الموت وغير ذلك ﴿ وكيف كان ﴾ ﴿ لو كانوا ﴾ أي الورثة ﴿ جماعة فأجاز بعضهم ، نفذت الاجازة في قدر حصته من الزائد ﴾ لحصول المقنض بالنسبة اليه ، وارتفاع المانع ولا يقدر هنا التبعض ، كما لا يقدر في غيرها من العقود ، مثل بيع مال الغير اذا كان للمتعد دين فأجاز بعضهم ، وامتنع الآخرون ، وكذا لو أجاز الجميع البعض ، أو البعض البعض ، لاتحاد الجميع في المدرك ، كما هو واضح انتهى وهو في محله .

﴿ وعلى كل حال ﴾ ﴿ اجازة الوارث تعتبر بعد الوفاة ﴾

وفي الجواهر اجماعاً بقسميه ، ونصوصاً ولعله غريب اذا اجازة من الموت ولو كان ابالامن الورثة اذا المورث تجاوز عن حقه الذي جعله الشارع له وتعدى في حق الوارث فله استجازه من الورثة ويتوقف ذلك على زمان حياته ولا معنى لاجازة الورثة في ذهاب حقهم الا الرضا بذلك الذي فعل مورثهم والرضا غير الاجازة وان كان يؤل اليها .

والحاصل لاشكال في ان الوصية مقدمة على الارث وهو بعدها كما لاشكال في انه اذا لم يجز الوارث ما زاد عن الثلث قد خرج عن الوصية وانما الاشكال في

ان وقوع الاجازة بعد الوفاة مع ان الاجازة هي اجازة لاكثر من الثلث وهي لا بد من الوقوع مع المورث بمعنى ان المورث الذي وصى اكثر من الثلث لا بد له ان يستجيز عن الورثة لانه اريد ان يتصرف في حقهم فلا جرم يتوقف على كون وقوعها مع حياة الموصى وبعد مماته لامحل له اصلا ولذا كان ظاهر الصحيحين هو قبل الوفاة .

والحاصل ان الاجازة محتاج الى مستجيز ومجيز ولو كان المستجيز هو الاب لكنه حيث كان ما زاد عن الثلث هو ملك المجيز فلا جرم تملكه يحتاج الى اجازة المجيز واما بعد الوفاة فلا مستجيز في البين حتى اجاز له الورثة فمعنى الاجازة بعد الوفاة هو رضاية الورثة او المنع وهو غير الاجازة .

ولا يلزم من ذلك جوازه للمورث لانه لا يعلم برضى الورثة الا بالاستحابة والاجازة وكيف كان فيتوقف ذلك على قبل الوفاة حتى يعلم كلاهما برضاية الاكثر من الثلث ومن ذلك قال المصنف **﴿وهل تصح قبل الوفاة فيها قولان أشهرهما انها تلزم الوارث﴾** :

وفي الجواهر بل هو المشهور ، بل عن الشيخ الاجماع عليه انتهى والضمير يرجع الى الاجازة قبل الوفاة اى الاجازة قبل الوفاة من الوارث تلزمهم على الوفاء بها بل عرفت ان معنى الاجازة بقاء المورث المستجيز فان اللازم طلب اجازة المورث في الزائد وبعد الوفاة لا يطلق عليه الاجازة لعدم وجود من اجازوا منه بل لا يتحقق ولو اذا اراد منها الرضا بالوصية و ذلك لان حصول الرضا من الجميع غير حاصل في الغالب بل قد يختلف بينهم فيشكل الامر في حصة من اجازة ومن لم يجز .

وبالجملة معنى كون الوصية بالاكثر باجازة الورثة كون اللازم في الاكثر اشارته من الورثة اذ هو معنى كون اجازتهم شرطا وهو يتوقف على حياته وحينئذ بعد اجازتهم له لا يمكن لهم رد الزائد .

ويدل عليه صحيح محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل أوصى بوصية وورثته شهود فأجازوا ذلك ، فلما مات الرجل نقضوا الوصية ، هل لهم أن يردوا ما أقروا به ؟ قال : ليس لهم ذلك الوصية جائزة عليهم ،

وما رواه الشيخ عن ابن رباط عن منصور بن حازم : قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بوصية اكثر من الثلث وورثته شهود فأجازوا ذلك له قال جائز قال ابن رباط وهذا عندي على انهم رضوا بذلك في حياته واقر وا به فالظاهر لا اشكال فيه اذا اشكال انما يكون في تضييع حق الورثة بالوصية في الجميع واما مع اجازتهم كانه رفع اليد عن حقوقهم .

وبالجمله المسألة متوقفة على بقاء المورث .

ولذا في الجواهر قال وبان المنع من نفوذ الزائد عن الثلث انما هو لحق الورثة وهو متحقق في حال الحياة فاذا أجازوا فقد اسقطوا حقهم الى ان قال بعد كلام طويل ومن ذلك كله يظهر لك ان ما عن المقنعة والمراسم والسرائر و الوسيلة والجامع والايضاح وشرح الارشاد من عدم نفوذها حال الحياة ، فلو أجازوا حالها كان لهم الرجوع بعد موت الموصى - ضعيف ان لو سلم أن ذلك مقتضى القواعد لكنه لا يعارض ما عرفت من الادلة المعتبرة المعمول بها بين الاصحاب انتهى .

اقول تسليم كون الرجوع مقتضى القواعد ممنوع جدا بل الادلة لا يكون على خلاف القواعد .

بداهة انه ليس مجرد التعبد بل امر واقعي ظاهر في ان من له الاستجازه لزم بقاءه ولا يصح طلب الاجازة من الميت فالاجازة في حال الحياة مقتضى القواعد واذا وصى بما زاد عن الثلث بدون الاجازة من الورثة لم يصح فيما زاد الا اذا رضى الورثة جميعا بها ونحوهما ، والله هو العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان ﴿ اذا وقعت ﴾ الاجازة قبل الوفات او ﴿ بعد الوفاة كان

ذلك اجازة لفعل الموصى * وتنفيذاً له بلاخلاف أجده بيننا ، بل ربما ظهر عن بعضهم الاجماع عليه ، بل هو من المقطوع به لو وقعت حال الحياة ، بناء على اعتبارها انتهى .

وهو معلوم * وليس * ذلك * بابتداء هبة * من الوارث كما عن بعض العامة وحينئذ * فلا تفترق صحتها الى قبض * ولا يجرى عليها احكام الهبة التي اُتنبوا هنا في ذكرها تفريراً على القولين ، ضرورة كون مفادها الرضا بما فعله الموصى من كون ما أوصى به لمن أوصى له . وانه خارج عن ارث ورثته كما لا يخفى على من له أدنى نظر انتهى .

ومما يرد على كونه الزائد هبة من الورثة عدم صحة هبة مال الانسان لنفسه بداهة ان المورث مالك الجميع ماله قبل الموت لا خصوص ثلثه فمجرد الموت قد خرج ماله عنه فقبل الموت مالك لماله فلا يكون للمورث حتى يهبه او لا ولا يصح الهبة الى صاحب المال ثانياً فمعنى اجازة الورثة تنفيذ الوصية والرضا بالوصية زاد فكأنهم يرضون بما اخذ ابوهم من ماله فلا معنى لهبة الورثة ما زاد عن الثلث .

والحاصل معنى اجازتهم رضائتهم بما شاء الوهم وهو اجنبى عن الهبة والعطية ثم ان الوارث لو كان صبياً او مجنوناً لم يصح اجازتهما فلا يصح حينئذ الوصية بما زاد بل لو كان له وارث مجنون وسالم لزم الاجازة في الزائد بما يختص بالسالم لا بمقدار يضر بالصغير او المجنون .

* ويجب * على الوصى أو الوارث أو الحاكم أو عدول المؤمنين أو كافة الناس لكن على الكفاية * العمل بما رسمه الموصى * مما أوصى به * اذا لم يكن منافياً للشرع * كما اذا كان بقدر الثلث أو أزيد مع اجازة الوارث وكان ما وصى به مملوكاً حلالاً له منفعة محللة مقصودة وحينئذ يجب العمل بما وصى به .

* ويعتبر الثلث وقت الوفاة * أى * لا وقت الوصاية * الذى هو ليس زمان

الملك بلاخلاف أجدته فيه ، بل الاجماع محكى عن الخلاف وان لم يكن محصلا عليه ﴿فلو أوصى بشيء و كان موسراً فى حال الوصية ، ثم افتقر عند الوفاة ، لم يكن بإيساره اعتبار و كذلك لو كان فى حال الوصية فقيراً ثم ايسر وقت الوفاة كان الاعتبار بحال يساره﴾ وهو فى محله ﴿ولو اوصى ثم قتله قاتل او جرحه﴾ جارح ﴿كانت وصيته ماضية من ثلث تر كتبه وديته وأرش جراحته﴾ .
وفى الجواهر قال اذا كان ذلك خطأ بل الاجماع محكى ان لم يكن محصلا عليه انتهى .

وقدمر نظيره قبلا لكنه فيما كان القاتل نفسه بعد الوصية وهنا فيما كان القاتل غيره وهل الكلام فى مطلق القتل كما هو ظاهر المتن او فيما كان خطأ كما هو ظاهر الاخبار ولعل وجهه انه اذا كان عمداً لزم قصاص القاتل فلا دية حتى تدخل فى تر كتبه ففرض اضافتها الى التركة كون القتل خطأ كما فى اكثر اخبار المقام .

وفى خبر محمد بن قيس قلت لابي جعفر عليه السلام رجل اوصى لرجل بوصية من ماله ثلث اربع فقتل الرجل خطأ ، يعنى الموصى فقال : تجاز لهذه الوصية من ماله وديته .

وفى المرسل عن ابي عبدالله عليه السلام «انه سئل عن رجل بثلث ماله ، ثم قتل خطأ فقال : ثلث ديته داخل فى وصيته» .

وفى خبر السكونى عن ابي عبدالله عليه السلام قال : قال امير المؤمنين عليه السلام من اوصى بثلثه ثم قتل خطأ فان ثلث ديته داخل فى وصيته» .

وفى خبر محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام «انه قال : قضى امير المؤمنين عليه السلام فى رجل اوصى لرجل بوصية مقطوعة غير مسماة من ماله ثلثاً اربعاً أو اقل من ذلك او اكثر ، ثم قتل بعد ذلك الموصى فودى فقضى فى وصيته انها تنفذ من ماله وديته كما اوصى .

وفى خبر عبد الحميد سألت ابا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل قتل وعليه دين واخذ اهله الدية من قاتله ، اعليهم ان يقضوا الدين قال نعم قلت وهو لم يترك شيئا قال اما اذا اخذوا الدية فعليهم ان يقضوا الدين وظاهره كون المراد القتل خطاء بقرينة اخذ الدية ابتداء .

وكذا فى خبر يعقوب بن الازرق عن ابي الحسن عليه السلام فى رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالا واخذ اهله الدية من قاتله اعليهم ان يقضوا دينه ؟ قال : نعم قلت : هو لم يترك شيئا قال اما اخذوا الدية فعليهم ان يقضوا دينه ، والظاهر لا اشكال فى القتل خطاء وعليه يمكن حمل اخذ الدية فى الخبرين الاخيرين على القتل خطاء كما عرفت والاشكال فى القتل العمدى :

وليعلم ان منشأ الاشكال عندى كون الدية صحت دخولها فى ملك الميت اولا وهو امر عقلى فضلا عن العرف وان الميت لا يكون قابلا لدخول المال فى املاكه كما تقدم سابقا لاما يقال من ظواهر الاخبار وعدمه كما هو مقتضى الجمود على اللفظ فانه لو فرض كون الظاهر هو قبول الميت للاموال و دخول المال فى ملكه لكنه اذا كان على خلاف العقل لا يصح الاخذ به والاستشهاد لذلك بمثل اخذ الدية على قطع رأس الميت لا دليل على كون الميت مالكا ولادخلا فى امواله بل هو حكم شرعى ورد من الشرع لاجل احترام المؤمن وعدم جرأة الناس للجناية على احيائهم فضلا عن امواتهم فلا اشكال فى مثل ذلك لان امر الدية الى الورثة من غير كونه من اموال الميت حتى يكون للورثة ارثا وكذلك الامر فى الصيد الواقع فى الشبكة المنصوبة .

وذلك لان الشبكة قد خرجت عن ملك مالكة بالموت وينتقل الى الورثة فالصيد بعد موت المورث قد دخل فى ملك الورثة لا الميت ويكون حكمها حكم سائر اموال الميت فكما يخرج الجميع عن ملكه بالموت ودخل فى ملك الوارث

فكذلك الشبكة فكما لو حبس الصيود والحيوانات في حجرات املاكه بنفسها
لابمباشرة الورثة كانت لهم فكذلك الصيد الذي وقع في شبكته قد مر حيث ان
كثير منهم تمسك بذلك للدخول في ملك الميت من حيث انه لاغيره بوقف الوقوع
فيها .

و كيف كان فلاشكال في القتل العمدى دون الخطاء لامكان دفعه باه
بمجرد وقوع الضرب لم يممت فوراً بل يحتاج الى مدة حتى يموت وقبل زهاق
الروح يدخل الدية في ملكه .

وقد يطول الموت بعد الضرب وفي تلك الحالة كان مال الكالدية نفسه والاشكال
انما في كون القتل عمدا ولذا صرح الاخبار بكون القتل خطاء وذلك لان القتل
العمدى موجب للقصاص او لافلامال يدخل في ملكه .

وانما يجوز المصالحة في القتل او الدية وهي حاصلة الى بعد الموت فلو
بنى على الدية كانت واقعة بعد الموت ولكن الاشكال لو كان الحكم اولاهو
القصاص واما لو كان فيه ايضا مخيرا بين القصاص والعفو واخذ الدية يتعين في
المقام الثاني لان التخيير في موارد الامكان لا فيما لم يمكن العمل على شق الآخر
كما في المقام فان لازم التخيير بعداً عدم صحة العمل بالآخر لاستلزامه الدخول
في ملك الميت فيعين من الاول الحكم باحد شقي الممكن وهو اخذ الدية فالقتل
العمدى حينئذ كاشف عن دخول الدية في ملك المقتول بمجرد وقوع الضرب
ولو آتاما فيملكه في حال حياته .

لكن الفرض ان الحكم في العمد هو القصاص .

وقال في المسالك - بعد قول المصنف دان وصيته ماضية من ثلث تركته وديته
وأرض جراحته ماصورته : ويظهر من قوله «ثالثا» وديته أن الحكم مخصوص
بقتل الخطا ، لأنه هو الموجب للدية على الاطلاق ، واما العمد فان قيل : انه يوجب
أحد الأمرين القصاص أو الدية دخل في العبارة ، لان الدية أحد الأمرين المترتبين

على الوفاة المستندة الى القتل ، فكانت الدية مقارئة للوفاة كالخطاء وان كان لها بدل .

وأما على قول المشهور، من أن موجب العمد هو القصاص، وانما تثبت الدية صلحاً ، والصلح لا يتقيد بالدية ، بل يصلح بزيادة عنها ونقصان ففي دخوله في العبارة تكلف ، وقد يندفع بأنه حينئذ عوض القصاص الذي هو موروث عن المجنى عليه وعوض الموروث موروث ، وربما أشكل من وجه آخر وهو أن الموروث انما هو القصاص وليس بمال ، فلا يتعلق به الحق المالي المترتب على مال الميت ويندفع بأنه بقبوله المعاوضة بالصلح على مال في قوة الحق المالي وزيادة ، انتهى .

وفي الحدائق بعده قال ما لفظه :

أقول : الواجب هو تحقيق الحكم الشرعى فى ذلك ، وانه هل تدخل دية العمد فى هذا الحكم أم لا ؟ سواء دخلت فى عبارة المصنف أم لا ، وتطويل هذا الكلام فى تكلف دخولها تحت عبارة المصنف لا يجدى نفعاً ، الامع قيام دليل على هذه القاعدة التى بنوا عليها و هو أن المعتبر من الثلث ما كان مالا للميت حال الوفاة دون ما تقدم عليها وما تأخر عنها ، مع انهم لم يستندوا فيه الى دليل ، والروايات الواردة فى المسئلة كما عرفت موردها انما هو دية الخطا لتصريحها بذلك ، ودية العمد سيما على القول المشهور من أنه لا ينتقل الى الدية الا بطريق الصلح الذى هو عبارة عن التراضى بمال زاد عن الدية أو نقص عنها مما هو خارج عن مقتضى قاعدتهم المذكورة اذ الظاهر أن هذا الصلح وما يترتب عليه متأخر عن وقت الوفاة ألبيته فلا يصدق عليه أنه مال الميت ، وقت الوفاة ، وقد صرح فى الدروس بعدم اعتبار ما يتجدد بعد الوفاة ، وهذا الصلح وما يترتب عليه انما تجدد بعد الوفاة ، وادخالها بهذه التكاليف التى ارتكبتها وذكرها (قدس سره) ظاهر الضعف ، بل البطالان ، سيما مع ما عرفت من ان اثبات الاحكام الشرعية بهذه التخريجات

الوهمية مما لا ينبغى النظر اليه ، ولا العروج عليه ، هذا بناء على قاعدتهم واما بالنظر الى الاخبار فقد عرفت اختصاص موردها بدية الخطا ، ونحوها ، الارش ، الا انه قد ورد فى جملة من الاخبار ما يدل على انه يجب وفاء الدين من الدية وان اخذت صلحا انتهى .

واما خبر عبد الحميد ويحيى بن الازرق وغيرهما الدالة على وفاء الدين من الدية فيمكن تصحيحه بان الدية لخصوص النفس وهو اشد من امواله المتعلقة به فكما ان سائر امواله كانت له فى حياته فكذلك ما هو دية نفسه فلا يحتاج حينئذ الى التعلق بزمان الحياة كما عرفت فى القتل خطأ هذا وهو مشكل اذ كون الدية متعلقة بنفسه لا ينافى جعل اصلها قصاص القاتل ففى حال النزاع كان الثابت هو القصاص والدية بعد العفو او المصالحة فيقع بعد الموت فان صح الالتزام بكون الميت مالكا فلا كلام والافلاشكال فى العمد بقى بحاله .

وقد تمسك فى الجواهر لتصحيح دخول الدية العمدية فى اموال الميت واداء الدين منها بخبر ابي بصير عن ابي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام قال : قلت فان هو قتل عمداً ، وصالح اولياؤه قاتله على الدية فعلى من الدين على اولياؤه من الدية أو على امام المسلمين ؟ فقال : بل يؤدوا دينه من دينته التى صالح عليها اولياؤه فانه احق بدينته من غيره فقال بعد نقله ما نصه وهو مع صراحته بوفاء الدين من دينته فى العمد فيه رمز الى ما ذكرناه من الوجه فى ذلك .

ومن هنالم يفرق المشهور بين الديتين بالنسبة الى تعلق الديون والوصايا بل قيل : انه قد حكى اجماعات على ذلك وانه لم يخالف فيه الا ما يوهمه كلام ابن ادريس فى باب قضاء الدين عن الميت وهو اجتهاد فى مقابلة النص نحو ما وقع من بعضهم فى المقام من الاشكال فى ذلك ، بناء على ما هو المشهور من ان الواجب فى العمد القصاص ، لاحد الامرين ذلك او الدية ، كما عن ابي على والشافعى . ضرورة ان ذلك كله كالا جتهاد فى مقابلة النص الذى قد عرفت اتفاق

الاصحاب الاالنادر على العمل به ، بل تسمع انشاء الله في باب الديات ان مايجنى على الميت بعد موته كما اذا قطع رأسه وهو ميت فانه فيه مائة دينار في حكم ماله وانه لا تعلق للوارث به بل يخرج عنه في وجوه البر ونحوها ، مما يصل اليه وانه وان كان عليه دين فهو اولى به .

ومن ذلك كله يعلم ان جميع ما يؤخذ عوضا عن نفس الميت او بدنه في حكم ماله وكذا ما يقع في شبكته بعد موته لمكان وجود سببه قبل الوفاة انتهى قوله ومن ذلك يعلم انخ قد عرفت منامكرزا عدم كون الدية بحكم مال الميت وعرفت في السابق ايضا ما يقع في الشبكة وانها بعد الموت داخله في اموال الورثة فكان الصيد لهم ايضا وكيف كان فلا اشكال في القتل خطاء وهو السر في التعبير في الاخبار بقولهم ثلث ديتة داخل في وصيته حيث جعلوا الدخول في ملكه ارسال المسلمات وليس ذلك الالدخول الدية في ملكه في حال عدم زهاق الروح .

وكيف كان فقد بقي الاشكال في القتل العمدي لكنه يمكن دفع الاشكال ايضا بانه اذا كان الحكم او لا القصاص ثم لو ارادوا العفو باخذ الدية ايضا يندفع الاشكال ايضا لانه ان اراد صاحب الدم بالقصاص فلادية في البين حتى يقع الاشكال فان ارادوا العفو صالح القتل بالدية فهو حق للورثة كما ان الاختيار للورثة فلهم القصاص فلهم اخذ الدية فالدية لا تربط بالميت بل حق للورثة سواء ارادوا القتل وسواء ارادوا الدية فلهم احد الامرين من غير ربط بالميت .

ويمكن ان يكون نظرا في القواعد بقوله وكذا العمد اذا تراضوا بالدية الى ما ذكرنا وانه اذا تراضوا بالدية كانت للورثة فان امر اختيارها بيدهم والله العالم ﴿ولو أوصى الى انسان بالمشاربة بتر كتفه أو ببيعها على ان الربح بينه وبين الورثة نصفان صح﴾

اقول لاشكال فى صحة المضاربة الصحيحة الواقعة مع الشرائط بان وصى الاب على ثلث ماله حتى يكسب بالمال على كون نصفه للموصى ونصفه لاولاده الصغار وغيرهم لانه كثيراً ما يميل الموصى الى بقاء خيرات وثواب اليه والى ورثته الصغار والكبار فجعل ثلث ماله كذلك مضاربة حتى ينتفع الورثة بعده من ثلثه وقد عرفت قبلا صحة جعل الاب او الجد وصيا على اطفاله الصغير ولم يكن ذلك لغير احدهما .

﴿وربما يشترط كونه قدر الثلث أو أقل والاول مروى﴾ ان اراد بالمروى ما شرحت لك ما فى المتن من الوصية فى ماله لامال صغيره على ما هو الظاهر من المتن فيعم قدر الثلث او الاقل وانما يضر الزيادة على الثلث الامع اجازة الورثة فكلاهما مروى لان الادلة يشترط كون الزيادة برضا الورثة لا الاقل وان اراد بالمروى ما ربما يتوهم من موثقة محمد بن مسلم وخالد الكبير كما نقلهما فى الجواهر بعد المتن فالظاهر عدم ارتباطهما بما فى المتن فان ما فى المتن هو الوصية بتركته . وما فى الخبرين ظاهر ان فى مال صغيره لا مال نفسه فقال : فى الجواهر بعد عبارة المتن ما هذا لفظه فى الموثق او للخبر انه «سئل عن رجل اوصى الى رجل بولده وبمال لهم ، واذن له عند الوصية أن يعمل بالمال ، وأن يكون الربح بينه وبينهم ؟ فقال : لا بأس به ، من اجل أن اباه قد اذن له فى ذلك ، وهو حى» .

وفى خبر خالد بن بكر الطويل قال : «دعانى ابي حين حضرته الوفاة فقال يا بنى اقبض مال اخوتك الصغار واعمل به ، وخذ نصف الربح واعطهم النصف ، وليس عليك ضمان ، فقد متنى ام ولد ابي الى ابن ابي ليلى ، فقالت : ان هذا يا كل اموال ولدى قال : فاقصصت عليه ما أمرنى به ابنى ، فقال لى ابن ابي ليلى : ان كان أبوك امرك بالباطل لم اجزه ، ثم اشهد على ابن ابي ليلى ان انا حر كتته فأنا له ضامن فدخلت على ابي عبدالله ^{عليه السلام} فقصصت عليه قصتى ، ثم قلت له :

ما ترى فقال اما قول ابن ابي ليلى فلا يستطيع رده واما فيما بينك وبين الله عز وجل فليس عليك ضمان .

وقد عرفت ان ظاهر قول المصنف هو كون الوصية في الثلث من مال الاب والخبر ان اجنبيان عن الوصية بالثلث في اموال الاب لان الظاهر كون المال مال الطفل ومنافعها ايضا راجعة الى الصغير لا الميت بخلاف الوصية بالثلث مال نفسه فان منفعه لماعينته لنفسه كالحيج والصوم والصلاة فيكونان ظاهرين في وصية الاب على مال الطفل بالمضاربة فلا ربط باشتراط كونه قدر الثلث .

وقول المصنف والاول مروى ان اراد به ما دل على الوصية بمال الاب فالخبر ان اجنبيان عن ذلك وان اراد به ما ظاهره الوصية بمال الصغير فالخبر ان لا يدلان على المتن فانهما ظاهران في الوصية من مال الصغير فقوله في الاول ادعى الى رجل بولده ظاهر في ان الوصية للولد الصغير فان الكبير لا يكون له ولي فالصغير يحتاج الى الولي وقوله بمال لهم اى الوصية بمال للولد الصغير وكذا في خبر الخالد ظاهر بل صريح في ان اباه في حال الاحتضار جعل ابنه الكبير وصيا على مال اخوته الصغار والبطلان الظاهر من كلام ابن ابي ليلى لزم انه وصية بالمنافع التدريجية بالمضاربة والمنافع معدومة لاتصح الوصية بها وهو اجتهاد في مقابل النص كما زعمه ابن ادريس ايضا مع تصريح الصادق عليه السلام بعدم قدرته لرد ابن ابي ليلى وهو من ابن ادريس عجب وقال في التذكرة في رد ابن ابي ليلى بقوله ونمنع بطلان الوصية بالمعدوم ويبطل قوله بصحة المعاضة عليها الخ .

ومحصل مضمونه ان اباه حين وفاته امره بالمضاربة بمال اخوته الصغار والربح بينهما فقدمت ام ولد ابائه وذهبت الى ابن ابي ليلى فقالت هذا يأكل مال ولدى الصغار ولا يجوز تسلطه على اولادى فاجاب ابن ابي ليلى بخالد بان اباك امرك بالبطل ولا يجوز لك هذا العمل فاشهد ابن ابي ليلى على خالد بن بكر

بانك لو اقدمت على هذا الامر كنت ضامنا فذهب خالد الى الصادق عليه السلام ونقل قصة ام ولد ابيه وفتوى ابن ابي ليلى فاجاب الصادق عليه السلام بعدم استطاعته لمخالفة ابن ابي ليلى لكونه قاض من جانب سلطان الجور .

ولكن انت بينك وبين الله لم تكن ضامنا هذا شرح الخبر وقرائن الصدق موجودة فيه وضعفه منجبر جداً ومضمونه خارج عن الوصية بالثلث بمال الاب لعدم ذكر منها بل انما امره بالمضاربة بمال اخوته الصغار .

والمحقق الخوانسارى فى جامعه قال ويمكن ان يقال: اما الخبران فلاطلاق فيهما بالنسبة الى اموال الكبار فان رواية محمد بن مسام السؤل فيها عن رجل اوصى الى رجل بولده وهذا التعبير مناسب لجعله قيماً على الصغار ، ثم التعليل بالاذن لايناسب بالنسبة الى الكبار ، واما الرواية الثانية فمورد السؤل فيها الصغار انتهى .

وحكى عن ابن ادريس فى كتابه انه قد روى أنه اذا امر الموصى الوصى ان يتصرف فى ثمر كته لورثته ويتجراهم بها ، ويأخذ نصف الربح ، كان ذلك جائزاً وحلالاً نصف الربح ، اورد ذلك شيخنا فى نهايته ، الا ان الوصية لا تنفذ الا فى ثلث ما كان يملكه الميت قبل موته ، والربع تجدد بعد موته ، فكيف تنفذ وصيته ، وقوله فيه وفى الرواية نظر انتهى وفى الحدائق بعده قال ما هذا لفظه :

وظاهره تخصيص الوصية بالتصرف بالثلث فمادونه ، دون ما زاد على ذلك وانت خبير بأنه على ما قلناه من اختصاص الرابطين بما اذا كان المال لمولى عليه كالاولاد والصغار ، فانه ليس فى العمل بالخبرين كثير مخالفة لمقتضى الاصول الذى طعن به ابن ادريس ومن تبعه ، فان ولاية الاب على اطفاله والوصية بهم وبما ينبغى فى اموالهم مما لهم فيه المصلحة غير منكور ولا ممنوع شرعاً وغاية ما ربما يقال : حصول التعريض فى مالهم للتلف وهو غير قاذح لان الواجب على العامل

مراعاة الحفظ وما فيه مصلحة العمل بالمال حسب الامكان .
ويؤيده ماورد من جواز الاتجار به للميتيم من الولى رواية ابى الربيع قال
سئل ابو عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون فى يده مال لاشخ له يقيم وهو وصيه ا يصلح
له ان يعمل به ؟ قال : نعم كما يعمل بمال غيره ، والربح بينهما ، قال قلت فهل
عليه ضمان ؟ قال لا اذا كان ناظراً له ، انتهى .

وكيف كان فقد عرفت صحة وصية الاب بمال صغيره مضاربة ولذا قال فى
النافع وتصح الوصية بالمضاربة بمال ولده الاصغر انتهى .

وهو صريح مضمون الخبرين كما فى التنقيح ثم ان ظاهر الخبرين صحة
المضاربة بغير الذهب والفضة كما مر وقد اعترف به المحقق الخوانسارى فقال وبممكن
ان يقال : يستفاد من الروايتين جواز المضاربة بغير الذهب والفضة وهو خلاف
المشهور انتهى راجع ج ٣٠ ص ٦٠ .

وقد عرفت انه لو كان الشرط بهما لانسد باب المضاربة فى هذه العصور ثم
انه قد ظهر صحة الوصية بالمنافع ايضا لا يعنى بان المنافع معدومة ولا يصح الوصية
بالمعدوم للاتفاق على الصحة كما تصح بالاعيان فكما تصح الوصية باعيان الثلث
فكذلك بمنافعها وتفصيلها فى محله .

﴿ولو اوصى بواجب وغيره فان وسع الثلث عمل بالجميع﴾ ولا يخفى ظهور
العبارة فى كون جميع الواجبات بدنياً كان كالصلاة والصيام وغيرهما او ماليا
كالخمس والسهم والزكاة ورد المظالم والكفارات والحج المشوب بالمالية من الثلث
لكنه فيما كان الثلث وافيا بالجميع وكفايته لاجميع الواجبات المالية والبدنية
وغيرهما وحينئذ كان بالجميع من الثلث ولا بعد فيه فيرجع الى ميل الموصى ان
يكون اصل المال للورثة ويكون الواجبات مطلقا من ثلث الذى سهم لنفسه .

ولذا قال «فان وسع الثلث عمل بالجميع» ففرض كون الجميع من الثلث
مبنى على سعة الثلث ووفائه عن الجميع فلا منافاة بينه وبين الاجماع على كون

الواجبات المالية من صلب المال فانه فيما لم يمكن اخراجها من الثلث بحيث لو خرج لم يكن بقى شىء خرج به الواجبات البدنية .
والحاصل مع توسعة الثلث لكلا الواجبين لا ينافى الاجماع على خروج المالية من صلب المال وانما المنافاة فيما يحكم بانها من الثلث وامامع الاعتراف بانها من اصل المال ولكن يخرج من الثلث مع الزيادة فلا قد اصر فى الجواهر لارجاع عبارة المتن الى كون المراد بنحو يكون الواجبات المالية من الاصل ولكنه ليس الامجرد اتعاب النفس لعدم منافاته لما ذكره المصنف لبداهة انه مع زيادة الثلث لو اراد الموصى خراج الواجبات المالية من الثلث حتى يكون اصل المال بتمامه للوارث غير مناف للمشرع ولا الاجماع ولم يقل احد بعدم الكفاية وعدم الامثال بجعل ما عن الثلث للحجج الواجب فى الحقيقة صحته جعل المالية من صلب المال توسعة للثلث حتى لا يقع الموصى فى ضيق اذا تعلق عليه الواجبات المالية والبدنية فجعل الاول من الاصل وهذا الملاك لا يجرى فى توسعة الثلث وزيادته بالجميع ولذا قال «فان وسع الثلث عمل بالجميع» * وان قصر ولم تجز الورثة بدء بالواجب من الاصل وكان الباقي من الثلث * .

وفى الجواهر بعده قال غير مناف لما ذكرناه ، ضرورة ارادته مالو اوصى بالواجب وغيره من غير تعرض للاخراج من الثلث وعدمه ، فان وسع الثلث عمل بالجميع انتهى .

ولعله زعم قده منافاة المتن مع الاتفاق من الاصحاب والاجماع على خروج المالية من صلب المال فكان فى مقام التوجيه لعبارة المصنف ففسر الواجب فى المتن بالواجب المالى حتى يكون قوله فى المتن وغيره هو البدنى فقال ما لفظه اخرج الاول [اى المالى] من الاصل لانه كالدین نصادفتوى ، بل الاجماع بقسميه عليه ، وعلى أن من ذلك الحجج الواجب ، للنصوص الدالة عليه بالخصوص واما الثانى فيخرج من الثلث ، حتى لو كان واجباً بدنياً على ما صرح به فى

جامع المقاصد والمسالك ، ومحكى الكفاية ، بل فى الرضا انه لاختلاف فيه ،
مرسلين له ارسال المسلمات ، لعدم كونه من الدين الذى يخرج من الاصل وعدم
دليل على تنزيله منزلة ، فيبقى على الاصل انتهى .

وفى المسالك بعد المتن قال ولو اوصى بواجب وغيره الى قوله حتى يستوفى
الثالث انما يخرج الواجب من اصل المال اذا كان واجبا ماليا حتى يكون متعلقا
بالمال حال الحيوة سواء كان ماليا محضاً كالزكوة والخمس والكفارات
وتذرة المال ام ماليا مشوباً بالبدن كالحج فان جانب المالية مغلب من حيث تعلقه به
فى الجملة امالو كان الواجب بدنياً محضاً كالصلوة والصوم فانه يخرج من الثالث
لانه لا يجب اخراجه عن الميت الا اذا اوصى به فتكون حكمه حكم المتبرعات
المخارجة من الثالث مع الوصية بها والافلا والاقوى وجوب الوصية به على المريض
كغيره من الواجبات ان لم يكن له ولى يقضيه عنه .

وربما قيل بعدم وجوب الوصية به لان الواجب فعله بنفسه او بولى لا انتفاء
الدليل على ما سوى ذلك وفيه ان علمه بوجوبه واستحقاقه العقاب على ترك الواجب
اختياراً مع قدرته على براءة الذمة منه بوجوب وجوب الوصية ليتخلص من العقاب
بتركه فان دفع الضرر عن النفس واجب نعم لو كان فوات الواجب لا بتفريطه
كالغفلة عن الصلوة مع عدم القدرة على القضاء حال الوصية احتمال حينئذ عدم
وجوب الوصية اذ لعقاب على ذلك التفويت ولادليل على وجوب الوصية بالقضاء
انتهى .

والعبارة صريحة فى التفصيل بين المالى فمن الاصل لان المفروض وجوب
دفعه عن المال و بين البدنى فمن الثالث لان المفروض وظيفة المكلف اتيانه
بيدنه فلا ربط له بدفع المال بل من الثالث مع الوصية بخلاف الواجب المالية
كالحج والزكاة و ديون الناس فيخرج من الاصل و لو لم يوص بها والا لزم
ذهاب حق الديان بعدم وجوب الوصية فسواء يوصى بها اولاً و جب الاخراج

من صلب المال قبل تصرف الورثة فمن لم يؤد الخمس والزكاة ولم يأت بالحج وديون الناس فمجرد موته لزم الاخراج من صلب ماله فلو بقى شىء كان للورثة لدلالة اطلاقات الكتاب والسنة على ان الارث بعد اداء الديون مطلقا .

قال فى القواعد [ولو اوصى بواجب وغيره بدىء بالواجب من صلب المال والباقى من الثلث] ان اراد بالواجب المالى والبدنى كان من القائلين بان كل الواجبات يخرج من الاصل فالمراد حينئذ غير الواجب يخرج من الثلث فعليه كانت الوصية بالصوم والصلاة من الاصل وان اراد من الواجب هو المالى والمشوب بالمال كان من المفصلين اى المالى من الاصل وغيره من الثلث .

كما فى المسالك وفى مفتاح الكرامة بعد العبارة قال كما فى (الشرايع) و (النافع) و (التحرير) و (الارشاد) و (التبصرة) و (الروض) وستمع ما فى (الغنية) و (السرائر) وغيرهما و فى (اللمعة) لو اوصى بامور فان كان فيها واجب قدم انتهى . فتأمل وقد قيد الواجب بالمال فى (جامع المقاصد) و (المسالك) و (الروض) و (الرياض) و فى (الكفاية) الوصية بالواجب المالى من اصل المال عند الاصحاب وكذا لو لم يوص اخرج من اصل المال عندهم سواء كان مالياً محضاً كالتزكوة والكفارات ونذر المال او مالياً مشوباً بالبدن كالحج ثم قال الحكم ثابت فى الزكوة والحج الواجبين والحجة فى غيرهما غير واضحة انتهى وفى (التذكرة) ان كان واجبا كالوصية بقضاء الدين او الحج الواجب او الزكوة الواجبة وشبهها نفذ من الاصل اجماعاً فهو وان اطلق الواجب بحيث يشمل البدنى لكنه قيده بالتمثيل وقال لو اوصى بما هو ثابت فى ذمته كقضاء الديون التى للدائمين او التى لله تعالى كالتزكوة والخمس وحجة الاسلام واشباه ذلك وجب اخراجها من صلب المال سواء اوصى بها او لم يوص اذا علم ثبوتها فى ذمته اجماعاً انتهى وهو حجة على صاحب الكفاية مع ماسياتى .

وقال فى (التذكرة) ايضاً لافرق عندنا فى الواجب وخروجه من الاصل بين

ان يكون وجوبه باصل الشرع كالزكوة الواجبة والحج وبين ما وجب بالتزام العبد من نذر او مباشرة ما يقتضى الكفارة انتهى ولم يتعرض للموجب البدنى فى امثله بل كلامه فى المواضع الثلاثة كالصريح فى غيره فيجب تفهيد عبارة الكتاب (الشرايع) و(النافع) وما ذكر معها بغير البدنى كما قيده به من عرفت وفى موضع من (المبسوط) ان الحج من رأس المال والتطوع من الثلث .

وقد حكى فى (جامع المقاصد) قولاً بان الواجب البدنى يخرج من الاصل كالمالى وحكاه الشهيد فى صلوة (الذكري) و(الدروس) ومراد القايل كما هو صريح الذكري انه يخرج من الاصل وان لم يوص به انتهى .

قوله وفى الكفاية الوصية بالواجب المالى من المال عند الاصحاب مقصوده ان الخروج من المال اذا قيد الواجب بالمالى دون البدنى .

وقوله فى التذكرة الى قوله وان اطلق الواجب الخ مقصوده ان حكمه بان الواجب نفذ من الاصل وان كان مطلقاً لكنه قيده بالمالى بالتمثيل فلا يعم عبارته البدنى فالمالى فى مقابل البدنى ولو لم يوص به فمثل ترك الحج والزكاة مثل كون مال الناس على ذمته ولذم الاخراج عنه لو علم الوارث بذلك ولو لم يوص الميت به بخلاف البدنى فانه يجب الاخراج مع الوصية ووجود الثلث والا فلا يجب بل يبرء ذمته بالدخول فى النار ان عمداً فى تركها فى مدة عمره .

وكيف كان فاطلاق الواجب والمحكم بخروجه من صلب المال بنحو الاطلاق بعيد عن الاعلام فلا جرم قد قيد بالمال فان المال يوجب خروجه من المال اذا لم يؤده فى حياته لفظاً كما فى كثير من العبارات او تمثيلاً كما عرفت من التذكرة بل خروج البدنى من الاصل يوجب الاضرار بالورثة ولو مع الوصية فمن لم يصل فى جميع عمره لو كان اللازم خروجه من صلب المال لما بقى من الصلب شىء للورثة حيث لازم دفع كل التركة لاستيجار الصلاة والصوم له وبطلانه واضح ثم قال: (وكيف كان) فالهجة على اخراج الواجب المالى مطلقاً مالياً محضاً او

مشوباً وسواء أوصى به أولاً من أصل المال وتقديمه على غيره مما أوصى به بعد
الاجتماعات المحكمية كما سمعت اطلاقات الكتاب والسنة بتقديم الدين على الارث
الشاملة لصورتى الوصية به وعدمها ان مجرد الوصية به لا توجب صرفه الى الثلث
مالم يصرح به لعدم التلازم والحجج والكفارات والزكوات بمنزلة الدين والصحيح
رجل توفى وأوصى انه يحج عنه قال ان كان سرورة فمن جميع المال انه بمنزلة
الدين الواجب وان كان قد حج فمن ثلثه والتعليل ظاهر فى العموم لكل ما هو
بمنزلة الدين فيشمل جميع الواجبات المالية من محضه ومشوبه وهو ظاهر فى عدم
التلازم ونحوه الموثق وبذلك يتضح مالم يستوضحه صاحب (الكفاية) انتهى .

وكيف كان فالواجبات المالية يخرج من الاصل وصى بها أولاً والبدنية
من الثلث مع الوصية والا فلا يجب وهل تجب الوصية أولاً والظاهر وجوبها لمن
ترك منه الواجبات عمداً او عذراً كان له ولى أولاً فالوصية واجبة سواء كانت
بالواجبات المالية او البدنية والفرق ان الاولى وجبت خروجها مع الوصية و
عدمها والثانية مع الوصية .

قال فى الحدائق الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب (رضوان الله عليهم) فى
أن الواجب المالى أعم من أن يكون مشوباً بالبدن كالحج أم لا ؟ كالزكاة
والكفارات والخمس ونذر المال ، يجب خروجه من الاصل ، أوصى به أولم يوص
لتعلقه بالمال حال الحياة .

أما الواجب البدنى المحض كالصلاة والصوم فانه انما يخرج من الثلث
اذا أوصى به ، فيكون حكمه عندهم حكم التبرعات الموقوفه اخراجها على الوصية
بها من الثلث وقيل بخروجه من الاصل كالواجب المالى من غير فرق ، والاخبار
بوجوب اخراج الواجب المالى وان كان مشوباً بالبدن من الاصل متكاثرة ، قد
تقدمت فى كتاب الحج وكتاب الزكاة والخمس وكتاب الديون .

أما الواجب البدنى فلم أقف فيه على نص بنفى ولا اثبات ، لكن الظاهر أن

مبنى كلام الاصحاب في الفرق بين الامرين ، هو ان الواجب المالى - وان كان مشوباً بالبدن في بعض الافراد - لما كان متعلقاً بالمال حال الحياة وجب اخراجه بعد الموت من المال ، وتخرج الاخبار المشار اليها شاهداً على ذلك .

وأما الواجب البدنى فانه لما كان متعلقه في حال الحياة انما هو البدن ، وبعد الموت مع عدم الوصية به يتعلق الخطاب به بالولى ، فمع عدم الولى وعدم الوصية لادليل على وجوب الاخراج ، كما ادعاه ذلك القائل المتقدم انتهى .

وكيف كان فلا اشكال في الواجبات المالية وان كان بعضها مشوباً مع البدن كالحج في خروجها من الاصل لكثرة الروايات فيها بل يستفاد التفصيل منها جدا لادخال الحج الواجب من الاصل والمندوب من الثلث لكنها بالنسبة الى الحج .

فمنها ما رواه الشيخ باسناده ، عن موسى بن القاسم ، عن صفوان عن معاوية بن عمار قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مات فأوصى أن يحج عنه قال : ان كان ضرورة فمن جميع المال وان كان تطوعاً فمن ثلثه » فالرواية صريحة في التفصيل بين الواجب والمندوب وان الاول من الاصل .

ومنها ما روى محمد بن يعقوب ، عن على بن ابراهيم ، عن أبيه ، عن ابن ابي عمير ، عن معاوية بن عمار ، عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل توفى وأوصى أن يحج عنه قال : ان كان ضرورة فمن جميع المال انه بمنزلة الدين 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 شأوا أكلوا وان شأوا حجوا عنه » ومنها ما رواه الشيخ باسناده ، عن موسى بن القاسم ، عن صفوان ، عن معاوية بن عمار قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت ولم يحج حجة الاسلام ويترك مالا ، قال : عليه أن يحج من ماله رجلاً ضرورة لامال له » .

ومنها ما رواه الشيخ باسناده ، عن على بن الحسن ، عن عمرو بن عثمان ،

عن الحسن بن محبوب عن عباد بن صهيب عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل فرط ، في اخراج زكاته في حياته فلما حضرته الوفاة حسب جميع ما فرط فيه مما لزمه من الزكاة ثم أوصى أن يخرج ذلك فيدفع الى من تجب له ، قال : فقال : جائز ، يخرج ذلك من جميع المال انما هو بمنزلة الدين لو كان عليه ليس للورثة شيء حتى يؤدي ما أوصى به من الزكاة ، قيل له : فان كان أوصى بحجة الاسلام قال : جائز يحج عنه من جميع المال ، فظهورها في الحج والزكاة من الاصل فهما كالدين اللزوم رده من الاصل .

واما بالنسبة الى الصلاة فلا كلام في هذه الروايات فهل يمكن ظهور قوله بمنزلة الدين للصلوات والصوم الواجبة لانها دين الله عز وجل حتى يكون خروجهما من الاصل ايضا مع انها بدنية ، فيه كلام لان المراد بالدين هو دين الناس لادين الله عز وجل فان الزكاة دين الناس و كان للمفقرء فلا يعم دين الله كالصلاة والصوم ونحوهما من البدنيات .

فعلى القاعدة يخرج امثالها من الثلث لانه كما اشار اليه في المسالك لا يخرج عن مال الميت الامع الوصية بها كالمتبرعات فان وصى بها قد خرج عن ثلثه والا فلا .

بل يمكن استفادة هذا التفصيل من هذه الواردة في الحج من حيث امره عليه السلام في الندبى بكونه من الثلث وليس وجهه الا كونه بدنيا حينئذ فان جهة المالية ليست بالزام الشارع كما هو كذلك في واجبه فبعد اداء الواجب كان اختيار بذل المال في تكراره بنظره وميله فيكون بدنيا محضا بعد عدم الزامه بدفع المال .

و كيف كان فالظاهر لا اشكال في هذا التفصيل بخلاف القول بكون الجميع من الصلب .

والحاصل والحج وان كان مشوبا بالبدنى لكن في واجبه يراعى جانب

المالية فكان من اصل المال وفي مندوبه يراعى جانب البدنية لان الشارع لا يلزمه الاتيان به بعد اداء الواجب ولا يأمره بدفع المال فهذه الجهة يلقي في المندوب وبقي جهة البدنية فيكون من الثلث ويتمدى الى كل ما هو بدني فاخبار الحج وان لم يفصل جهة الموجبة للدخول في الثلث لكن من تفصيله بين الاصل والثلث يعلم ذلك فالدليل على كون البدنيات من الثلث موجود .

وقال المحقق الخوانسارى فى جامعه :

واما الواجب البدني كالصلاة والصوم فظاهر المتن خروجه أيضاً من الاصل ولو لم يوص به ، ويشكل من جهة أن الدليل على خروج الدين من أصل التركة وشموله لمثل الصلاة وان أطلق الدين عليها فى لسان الاخبار مشكل ، وان وجب على من اشتغل ذمته بالواجب الوصية بقضائه فى صورة التقصير بل مع عدم التقصير كمن فات صلواته للغفلة أو النوم ولم يتمكن قضائها . لكن يتمكن من القضاء بتوسط النائب بعد موته .

وأما غير الواجب فيخرج من الثلث ولا محذور فى زيادة المجموع على الثلث لان الواجب يخرج من الاصل أوصى به أو لم يوص به ، وغير الواجب لا يزيد على الثلث انتهى .

ثم الكلام فى وجوب الوصية وعدمه وقد عرفت وجوبها لما ترك منه مما يجب على نفسه الاتيان به مطلقا خصوصا لو تركه عمدا يجب الوصية بها حتى يعلم الورثة باشتغال ذمته بها .

وفى مفتاح الكرامة قال واما اذا لم يوص بالواجب البدني ففي (الذكرى) ان ظاهر المتأخرين من الاصحاب عدم وجوب اخراجها من ماله لعدم تعلق الفرض بغير البدن خالفناه مع وصية الميت لان عقاد الاجماع عليه وبقي ما عداه على اصله وبعض الاصحاب اوجب اخراجها كالحج انتهى وصريحه اذ ظاهره ان هذا البعض جعلها كالحج يجب اخراجها سواء اوصى بها او لم يوص ونسبة العدم الى ظاهر

المتأخرين معرفا باللام يقضى بان هذا البعض من القدماء .

وفى (جامع المقاصد) وهل يجب على المريض الوصية بها وتعيين مال لها من الثلث فيه وجهان وايجاب ذلك ليس ببعيد لان فيه توصلا للاتيان بالواجب مع احتمال عدم لان الواجب فعلها بنفسه او وليه لانتقاء الدليل على ما سوى ذلك نعم يجب اعلامه بذلك ليتأهب لقضاؤها ويقبل قول المريض وجوب القضاء على الولى على الظاهر انتهى .

(قلت) الدليل على ذلك ان دفع المظنون واجب فما ظنك بالمعلوم لانه عالم بوجوده واستحقاقه العقاب مع قدرته على برائة ذمته بالوصية نعم لو كان الفوات لا بتفريطه كالغفلة عن الصلوة مع عدم القدرة عن القضاء حال الوصية احتمل حينئذ عدم الوجوب .

وفى (المسالك) الاقوى وجوب الوصية بها على المريض كغيره من الواجبات ان لم يكن له ولى يقضى عنه وفى (الكفاية) الاقرب لعدم وان لم يكن له ولى يقضى عنه (وقد) منع فى (السرائر) و (المنتهى) من صحة الاستيجار عن الميت فى الصوم .

(وقد حكينا) فى باب الصلوة الفتاوى والاجتماعات على ان الولى يقضى عنه فبعضهم قيد ذلك بمافاته فى مرضه الذى مات فيه والاكثر اطلقوا من دون تقييد بمافات لعذر او غيره وقد استوفينا الكلام فى ذلك فى باب الصلوة بما لم يوجد فى كتاب .

(وليعلم) ان قضية اطلاق قولهم بدىء بالواجب قدم الواجب انه يقدم وان تأخرت الوصية به سواء كان ماليا او غيره وبه صرح الشهيد الثانى فى (الروضة) وفى (الرياض) انه لم يقف فيه على مخالف فيما اذا حصر الجميع فى الثلث انتهى موضع الحاجة .

ومن العجائب هو مع عدم الاتيان بمثل الصلوات الواجبة والصوم عمداً هو

القول بعدم وجوب الوصية بها حتى يفعلوا له بعدا كما في بعض العبارات مع ان دفع الضرر المحتمل لازم عقلا فضلا عما اذا كان الضرر معلوما لاداء تركها الى الجحيم مستدلا بان الواجب هو فعل الواجبات عليه او على وليه ولا دليل على سواه من دون بيان ايهما يجب على الولي وانه يجب عليه جميع ما ترك منه في مدة عمره او ما ترك منه عذراً .

ولا كلام في عدم الوجوب على الولي بمثل ما تركه عمداً لكونه عسراً وحرماً وضرراً لقوله تعالى ولا تزرر وازرة وزر اخرى فاللازم عليهم بيان ان على الولي ما ترك عن المولى عليه عذرا ومعه ايضا يجب عليه الوصية حتى يعلم الولي وغيره ويفعلوا عنه بعدا .

وكيف كان فقد عرفت انه يخرج غير الواجب من الثلث * ويبدء بالاول فالاول و* كذا * لو كان الكل غير واجب ، بدء بالاول فالاول حتى يستوفى الثلث * وفي الجواهر وتبطل المتأخرة مع فرض عدم اجازة لان الوصية الصادرة أولاً نافذة لوقوعها من أهلها في محلها وهكذا ما بعدها الى أن تبقى المتأخرة بلاموضوع تتعلق به ، فتختص بالبطلان انتهى .

ولا يخفى ان مورد هذه المسألة ما كانت الوصية مع القصد والترتيب لمتعددتين فوصى لاحد بما هو اقل من الثلث ولاخر كذلك وهكذا مرتبا حتى تم الثلث لمن وصى لهم فبعد تمامه لامحل للوصية لاخر فيبطل الآخر الذي بعد تمام الثلث سواء كانت في زمان واحد او لا وذلك لان قصد الوصية موجود في هذه المرتبة الا في الذي لا يبقى له محل من الثلث فيبطل .

ويدل عليه خبر حمران عن أبي جعفر عليه السلام في رجل أوصى عند موته وقال اعتقوا فلاناً وفلاناً حتى ذكر خمسة ، فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان ، قيمة المماليك الخمسة الذين أمر بعقوبتهم ، قال : ينظر الذين سماهم وبدء بعقوبتهم فيقومون ، وينظر الى ثلثه فيعتق منه أول شيء ذكر ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع ثم الخامس

وان عجز الثلث كان ذلك فى الذى سمي أخيراً ، لانه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك .

نعم قد وقع الخلاف عن الشيخ وابن الجنيد فقدا العتق وان تأخر للموثق عن أبى عبدالله عليه السلام سألته عن رجل حضره الموت فاعتق غلامه وأوصى بوصيه وكان أكثر من الثلث قال : يمضى عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقى .
والظاهر ليس فيه كثير اشكال تخصيصا لقاعدة تقدم المتقدم فى الوصية وذلك للاعتناء بشأن العتق الذى بناءه على غلبة جانب الحرية .

﴿ ولو اوصى بشخص بثلث ﴾ اولا ثم بعده اوصى فى زمان متأخر عنه ايضا بثلث لآخر وهكذا والظاهر لاشكال فى رجوعه عن الاول الى الثانى بعد كون الوصية من العقود الجائزة التى صح الرجوع عنها مطلقا او فى مثل ذلك فليس للاول شىء بل بتمامه للثانى المتأخر عنه ﴿ و ﴾ لو اوصى بعده ﴿ لآخر بربع ﴾ من ثلثه كما هو الظاهر لامن جميع المال .

والظاهر هو الصحة فيهما وكان للاول اقل من الثلث بربع منه ﴿ و ﴾ لو اوصى ايضا بعدهما ﴿ لآخر بسدس ﴾ ثالثا نقص من الثلث ايضا بسدس فهو رجوع ايضا عن الثلث بسدس كما رجع عنه بعده بربع فيبقى للاول من ثلثه دون ربع وسدس فيقسم مقدار الثلث الى عدد اثنين وسبعين فيعطى ثمانية عشر من الكل بالثانى واثناعشر بالثالث فان الاول ربع هذا العدد والثانى سدسه والباقى للاول ولا فرق بين الرجوع من الاول الى الثانى والثالث بين الرجوع كلا او بعضا كما ظهر .

﴿ و ﴾ هذا فيما ﴿ لم يجز الورثة ﴾ ما زاد عن الثلث واما اذا اجازوا فيقسم المجموع من الثلث وما اجازوا على عدائنين وسبعين لانه عدله الربع والسدس ويخرج مما حصل ربه للثانى وسدسه للثالث و﴿ اعطى الاول ﴾ ما بقى منه .
﴿ و ﴾ قد ظهر حينئذ انه لا وجه لقول المصنف ﴿ بطلت الوصية لمن عداه ﴾

وما في الجواهر من عدم الرجوع واستصحاب بقاء الحكم غير تام بعد ظهور الثاني في الفسخ الاول .

فما عن بعضهم - من ان الوصية بالربع والسدس في نحو مفروض المتن رجوع عن الاول ففي غاية المتانة وغاية القوة بعد جواز رجوع الموصى وقد مر سابقا فيما يوجب الرجوع مما هو اهون من ذلك بمراتب كما وصى بدقيق ثم جملة خبزا بالطبخ ﴿و﴾ لافرق في ذلك بينه وبين ما رجع عن الاول كلافانه في الاول رجوع عن بعض الثلث والثاني عن كله .

وحينئذ ف﴿لو اوصى بثلثه لواحد ، وبثلثه ﴾ كذلك ﴿لاخر﴾ فانه ﴿كان ذلك رجوعاً عن الاول الى الثاني﴾ كما عرفت في الاول .

غاية الامر في هذه المسألة التضاد بتمام الثلث وفيما سبق في بعضه . فالظاهر لا اشكال في البين فما دام صح الجمع بينها جمع كالاول والابنى على صحة الثاني وكونه فسخا ورجوعا عن الاول ففرق ايضا بين ما اذا وصى من مقدار ثلثه للثاني والثالث والرابع بزعم بقاء مقدار الثلث حتى علم بتمامه بحيث لم يبق للاخر شيء فيبطل لعدم بقاء الثلث وبين ما اذا نقص من سهم الاول بالوصية للثاني والثالث وهكذا ففي الاول يبطل وصية الآخر لعدم وجود شيء له وفي الثاني يرجع عن الاول الى الثاني ومنه الى الثالث وهكذا .

وقد حكى في الجواهر عن السرائر بما هو لفظه وادان اوصى الانسان بثلث ماله لشخص ثم بعد ذلك اوصى بثلث ماله لغير ذلك الشخص كان الثلث لمن اوصى له اخيراً وكانت الوصية الاخيرة ناسخة للاولى ورافعة لحكمها لان الانسان لا يستحق من ماله بعد وفاته الا الثلث ماله .

فاذا اوصى به لانسان ثم اوصى به بعد ذلك لانسان آخر فقد نقل الثلث الذي يستحقه من الاول الى الثاني ، لانه يعلم انه لا يستحق الا الثلث فاذا اوصى به بعده فقد رجع عن الوصية الاولى والانسان أن يرجع عن وصيته ويبدلها ويغير

أحكامها مادام حياً ثابت العقل فليلاحظ ذلك ، فهذا قول اصحابنا وما يوجد في الكتب أنه اذا أوصى للانسان بوصية ثم أوصى باخرى فان امكن العمل بهما جميعاً وجب العمل بهما ، والا كان العمل على الاخيرة دون الاولى .

وأما اذا أوصى بشيء ولم يذكر الثلث ثم أوصى بشيء آخر ولم يذكر الثلث فان مذهب اصحابنا ان يبدء بالاول فالاول ، ويكون النقصان ان لم يف الثلث داخلا على من ذكر أخيراً لانه لما أوصى للاول ما قال : أوصيت له بثلثي وكذلك الثاني والثالث فظن أن ثلثه يبلغ مقدار جميع ما ذكره ولم ينقل عن الاول ما أوصى له به وكذلك الثاني فلو علم انه قد استوفى ثلث ماله لمن أوصى له به لم يوص بعده بشيء آخر فاذا استوفاه يكون النقصان على من ذكره أخيراً ، فهذا الفرق بين المسألتين فلا يظن ظان ان المسألتين واحدة وان بينهما تناقضاً وان مذهب اصحابنا أن الوصية الثانية ناسخة للاولى في جميع المواضع ولا أن الواجب بالاولى في الجميع ، الى أن قال : وبدل على ما قلناه قول الشيخ في المبسوط انتهى عبارته المحكية .

ولقد اجادوا في الخلاف : اذا أوصى بثلث ماله لانسان ، ثم أوصى بثلث ماله لغيره ولم يجز الورثة كانت الوصية الثانية رافعة للاولى ، وناسخة لها ، ثم استدل عليه باجماع الفرقة وأخبارهم ، وبأنه لو قال : العبد الذي أوصيت به لفلان قد أوصيت به لفلان فانه يكون رجوعاً عن الاول انتهى .

﴿ وكيف كان فعلى قول المصنف من الصحة للاول ﴾ ﴿ لو اشتبه الاول ﴾ الذي يستحق الوصية . أو رجوع عنه ﴿ استخرج بالقرعة ﴾ التي هي لكل أمر مشكل باعتبار عدم اندراجه في قاعدة من قواعد الشرع ، فيكتب حينئذ اسم احدهما وانه السابق أو المتأخر في رقعة وفي اخرى كذلك ثم يخفيان ثم يخرج أحدهما ويعمل عليها ، وهكذا مع التعدد .

وفيه ان مورد القرعة هو امر مشكل ولا مشكل حينئذ بعد وضوح امر الرجوع

عن الاول عند العرف .

﴿ولو أوصى بعتق مماليكه ، دخل في ذلك من يملكه منفرداً ، ومن يملك بعضه﴾ بناء على صدق اسم المملوك على الكل والبعض كما هو واضح ﴿و﴾ اذا فعل ذلك ﴿اعتق نصيبه حسب﴾ كما هو المعروف بين الاصحاب وفي الجواهر لاصالة عدم السراية ولان العتق انما حصل بعد الموت ، ولامال بعده للموصى كى يقوم عليه وهو في محله .

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ في نهايته وتبعه الفاضل في المحكى من مختلفه ﴿يقوم عليه حصة شريكه ان احتمل ثلثه ذلك و الاعتق منهم ما يحتمله الثلث﴾ خاصة ﴿وبه رواية فيها ضعف﴾ على زعمهم وهي رواية البزنطى عن أحمد بن زياد المزبور وهو من أصحاب الاجماع ، بل قيل : انه لا يروى الا عن ثقة .

قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يحضره الوفاة ، وله مماليك لخاصة نفسه وله مماليك في شركة آخر فيوصى في وصيته مماليكى احرار ، ما حال مماليكه الذين في الشركة ؟ فقال يقومون ان كان ماله يحتمل ثم هم احرار ، يعنى يقومون نصف. الشريك يأخذون القيمة من المعتق ان كان له مال من ثلث وصيته فاذا كان له ثلث بغير مماليكه ايضا اخذوا القيمة من ثلثه والا فليس للميت مال كما عرفت وان لم يكن له مال الثلث بقى للمماليك نصفها وقال الشريك فلادليل حينئذ على السراية .

ويمكن ان يقال يسرى العتق الى شريك المعتق قهرا مع سعيهم فى قضاء دين النصف للشريك فتأمل .

﴿ولو أوصى بشيء واحد لاثنتين﴾ على وجه لاثرتيب بينهما ، بأن كان بلفظ واحد مثلا ، كما لو قال : لزيد وعمر مائة ، أو قال : لزيد وعمر والدار الفلانية لكل واحد نصفها

﴿و﴾ لكن ﴿هو﴾ فيما لا يزيد عن الثلث واما ان كان ﴿يزيد عن الثلث

ولم يجز الورثة كان لهما ما يحتمله الثلث * ويبطل الباقي ، لانها وصية واحدة * * أما * لو جعل لكل واحد منهما شيئاً * مرتباً في وصيته لكل واحد منهما بوصية مستقلة ، كما لو قال : لزيد مائة ، ولعمر وخمسون * بدء بعطية الاول وكان النقص على الثاني منهما * بلاشكال في شيء من ذلك ، ولاخلاف ، ضرورة انه وصية مرتبة وكلاهما مع القصد وزعم وفاء الثلث بهما فاذا علم النقصان وقع على الاخر * ولو اوصى بنصف ماله مثلاً ، فاجاز الورثة ، ثم قالوا : ظننا انه قليل قضى عليهم بما ظنوه وأحلفوا على الزائد وفيه تردد * للاعتبار بقول الورثة وحمل قولهم على الصحة ولامكان الجهل بمقدار التركة بل صعوبة العلم بمقدارها غالباً الا بطريق الظن والتخمين ومن ان ظاهر الاجازة لما زاد يعم القليل والكثير والاطهر قبول قولهم .

وفي المسالك بعد المتن قال والمراد انه يقبل قولهم في قلة المال مع يمينهم ويقضى عليهم بما ادعوا ظنه كما لو قالوا بعد اجازتهم لو وصيته بنصف ماله ظننا انه الف درهم فظهر انه الف دينار فاذا حلفوا قضى عليهم بصحة الاجازة في خمسمائة درهم ووجه قبول قولهم استناده الى اصالة عدم العلم بالزيد مضافاً الى ان المال مما يخفى غالباً ولان دعويهم يمكن ان تكون صادقة ولا يمكن الاطلاع على صدق ظنهم الا من قبلهم لان الظن من الامور النفسانية فلولا يكتب فيه باليمين لزم الضرر لتعذر اقامة البينة على دعويهم ووجه تردد المصنف مما ذكرناه ومن تناول لفظه للقليل والكثير وقدمه على ذلك مع كون المال مما يخفى كما ذكر فالرجوع الى قولهم رجوع عن لفظ متيقن الدلالة على معنى يعم الجميع الى دعوى ظن يجوز كذبه والاقوى القبول وحينئذ فيدفع الى الموصى له نصف ما ظنوه وثلاث باقى التركة انتهى .

هذا كله اذا اوصى بجزء مشاع * أما لو اوصى بعبد اُدار فأجازوا الوصية ثم ادعوا أنهم ظنوا أن ذلك بقدر الثلث أو يزيد بيسير ، لم يلتفت الى دعويهم لان

الاجازة هنا تضمنت معلوماً * .

وفي الجواهر لا مجهولاً كالنصف والثلث فلا تسمع دعواهم التي هي مخالفة للبناء على أصل قلة المال ، وعدم كثرته ، فهي كأنها مخالفة للأصل وبذلك فرقوا بين المسألتين انتهى .

وفيه تأمل واضح لعدم الفرق ولذا مال في الدروس الى التسوية بينهما في القبول وجعله في محكمي التحرير وجهاً * وإذا أوصى بثلث ماله مشاعاً كان للموصى له من كل شيء ثلثه * حتى من الديون التي كان للموصى فيكون الموصى له شريكاً في ثلث الديون من غير اعتراض للورثة فيكون شريكاً للوارث بالمقدار المعلوم .

والحاصل معنى الاشاعة هو الاشتراك في كل شيء مالا ومنفعة حاضراً وغائباً نقداً ودينياً وهو لازم قول الموصى وصيت وجعلت ثلث مالى لفلان من غير تعيين فانه اشاعة في الجميع بلا كلام لان للانسان اختيار ماله في الوصية في الثلث وليس لاحد حق الاعتراض ابداً * وان اوصى بشيء معين وكان بقدر الثلث فقد ملكه الموصى له بالموت * والقبول لما عرفت سابقاً من أن له حصر ثلثه في عين معينة ، لعدم ادلة الوصية السالم عن المعارض * * * حينئذ في الاعتراض فيه للورثة * * * لاجازة الى اجازتهم ذلك كما وصى بداره لزيدو كانت بقدر ثلثه فكان الدار بخصوصها له بعد موته وقبوله لكنه فيما كان جميع اموال الورثة في تحت اختيارهم حاضراً وقادراً على التصرف في الجميع .

واما * لو كان له مال غائب * ولم يكن عندهم كما كان في بلاد بعيدة او كان في تصرف ظالم وعاصب بحيث لا يقدر الورثة من اخراجه عن يده * اخذ له * اى للموصى له * من تلك العين * التي جعلها ثلثاً بالنسبة الى جميع امواله حاضراً وغائباً * ما يحتمله الثلث من * خصوص * المال الحاضر * لا الثلث بالنسبة الى الخارج عن تحت اختيار الورثة الى ان يحصل لهم تحقق الغائب فيكون

لموصى له ثلث الغائب ايضاً .

والحاصل نارة يكون جميع ماتر كه الميت موجودا عند الورثة مع وصيته بعين معين بقدر ثلث المجموع وحينئذ كان لموصى له هذا المعين التي ثلث الجميع واخرى في نفس هذه الصورة كان بعض الاموال غائباً او كان في تصرف الظالم .

وحينئذ يلحظ قدر الثلث بالنسبة الى المال الحاضر لالجميع وما جعل له ثلثاً وان كان ثلثاً بالنسبة الى الجميع لكن الغائب بمنزلة العدم فلو دفعت هذا العين الى الموصى له فربما لا يكون للورثة شيئاً اصلاً بل يعطى حينئذ من هذا العين بقدر ثلثها بالنسبة الى الحاضر لالجميع ﴿ويقف الباقي حتى يحصل﴾ البقية ﴿من﴾ المال ﴿الغائب لان الغائب﴾ في ﴿معرض التلف﴾ فكثيراً ما لا يحصل بيد الورثة اموالهم فاللازم حينئذ هو الاقتصار بثلث العين المعينة له لالجميعها وكان ثلثها الباقي للورثة فان حصل الحاضر في يدهم كان للموصى له ثلثه ايضاً .

ولذا قال في الجواهر بعده ما لفظه فلو دفع جميع العين للموصى له ، ثم تلف المال دخل الضرر على الوارث ، بخلاف ما قابل المال الحاضر ، فانه لا ضرر عليه أصلاً ، ومن هنا يتجه جواز التصرف للموصى له فيما أخذه من العين في مقابلة ثلث المال الحاضر انتهى .

وان شئت قلت ان في مثل ذلك يرجع الثلث الى الاشاعة فكما ان الموصى له في الاشاعة شريك في كل جزء في الحاضر والغائب لكن لا يقدر من التصرف في الغائب مادام غائباً فكذلك في التعيين الذي لم يكن جميع الاموال في يد الورثة غيبة او غصبا وحينئذ ليس له من العين المعينة له ثلثاً بتمامه الا ثلثه ايضاً حتى لا يقع الوارث في ضرر فيؤخذ منها الثلث حتى يقدر الورثة من الجميع فيؤخذ منه الثلث ايضاً فان ما عين له ثلث بالنسبة الى الجميع .

ولكن حيث كان بعضه غائباً يؤخذ من ثلث الحاضر اي ثلث مماعين

تمامه له والباقي حين يحصل الكل فان تلف الغائب كان الضرر عليهما قال في
الحدائق ما هذا لفظه :

أما لو أوصى له بثلاث التركة معيناً في عين مخصوصة ، كدار مخصوصة ،
أو عبد مخصوص ، فان الموصى له يملكه بالقبول ، وموت الموصى ، ولا اعتراض
للورثة من حيث اختصاصه بالعين عنهم ، ولهم منها الثلثان ، لانه لاخلاف في أن
للموصى ثلث ماله ، يتصرف فيه كيف شاء ، وأنه لايتوقف على اذن الورثة ، غاية
الامر أنه بعد أن خصه بهذه العين من حيث كونها ثلث التركة ، وهو لا يملك
من هذه العين الاثلثا ، جعل ما بأيديهم من ضعف الوصية من جملة التركة
كالقيمة الشرعية عما يستحقونه من ثلثي هذه العين هذا اذا كان ضعف الموصى به
بأيديهم كما هو المفروض .

أما لو لم يكن بأيديهم بأن كان له مال غائب ، أو بيد متغلب ، فان لم يكن
بأيديهم من التركة شيء أصلاً ، فللموصى له ثلث تلك العين خاصة ، وكان انتقال
ثلثيها موقوفاً على تمكين الوارث من ضعفها من التركة ، وان كان بيدهم شيء
لايقوم بالنصف فله من العين مايحتمله الثلث منها ومما بأيديهم من التركة ،
والباقي بصير موقوفاً لانحكهم به لاحد منهما حتى يتضح الحال ، فيجعل أمانة
بيد الحاكم أو أمينه أو من يتفقان عليه الى أن يتبين الامر ، لحصول الغائب و
عدمه انتهى .

ومحصل الجميع اشتراط كون ثلث جميع المال للموصى له ان كان
جميع التركة في يدهم واختيارهم واما لو لم يكن كذلك لم يكن جميع ما
عين له ثابتاً له بل ليس له من الثلث المعين الاثليته ايضاً وثلثاه للوارث حتى يتمكنوا
من الجميع والله العالم .

﴿ فرع لو اوصى بثلاث عبده ﴾ المملوك له في ظاهر الحال ﴿ فخرج ثلثاه
مستحقاً ﴾ للغير مع عدم عمله بذلك ﴿ انصرفت الوصية الى الثلث الباقي ، تحصيلاً

لامكان العمل بالوصية* الذى يجب مراعاته ما دام ممكنا .

ولو ادعى بما يقع اسمه على المحلل والمحرم للاشتراك لفظا او معنى
انصرف الى المحلل ، تحصيلنا لقصد المسلم عن المحرم ولكلامه عن اللغو او
المنهى عنه شرعا ولو جوب تنفيذ الوصية فلذلك وجب صرفه الى المحلل، وذلك* كما
لو ادعى* بطل من طبوله كان منها المحلل والمحرم بل ادعى* بعود من عيدانه*
ولا يخفى ما فى مثاله بما هو ظاهر فى آلات اللهو حيث لا يكون الطبل
على قسمين حلال وحرام بل كلها حرام لكن يمكن ان يقال قد يصرف فيما كان
حلالا كما يستعمل فى حرب مباح لاستعلام الجيش وكذا العود لامكان ان تغنن
للابل ونحوه وفيه كلام .

ولو لم يكن له عود الاعود للهو قيل: تبطل الوصية لانها بغير المشروع
وقيل تصح ويزال عنه الصفة المحرمة والاقوى عدم الصحة فانه آله محرمة
لا يجوز بيعها ولا وقفها ولا وصيتها ولا اشكال فى حرمة تغنى المغنيات وحرمة
تمنيتها والاستفادة من آلات اللهو .

وقد ورد فيمن كان فى بيت التخلية فسمع من وراء جداره صوت آلات
اللهو من دار جاره فطال الجلوس لاستماع الصوت فندم وسئل الصادق عليه السلام فهدد
عليه السلام واخذه فى غاية الشدة فقال الرجل ما اتيت برجلى ذلك فقال عليه السلام ان السمع
والبصر والفؤاد كل اولئك كان عنه مسؤولا فقم واغتسل فانك قد اقامت على
امر عظيم اعادنا الله من ذلك المعاصى الذى شاع فى عصرنا فى كل بيت فلا اشكال
فى الحرمة واستعمال هذه الآلات .

ولذا قال المصنف* اما لو لم يكن فيه منفعة الا* المنفعة* المحرمة
بطلت الوصية* بل قد ورد ان من استفاد من هذه الآلات حرم فى الجنة من تغنيات
الحدود ونحوها* وتصح الوصية بالكلاب المملوكة ككلب الصيد ، والماشية ،
والحائط والزرع* وبالجرود القابل للتعليم ، لما عرفته قبلا .

﴿الطرف الثاني : فى الوصية المبهمة﴾ كالعشر والسبع والسهم والشئ
حيث لا يرجع الى معنى صحيح لغة وعرفاً ﴿من اوصى بجزء من ماله ففيه روايتان
اشهرهما﴾ رواية ﴿العشر﴾ وفتوى السبع ﴿وفى رواية﴾ ثالثة لم نجد العامل
بها ﴿سبع الثلث﴾ ولعل الاقوى الاول كما فى الجواهر ولعله كذلك لكثرة
الروايات الدالة عليه مستدلاً بعشرة خصال طيور ابراهيم .

منها لقول ابى جعفر عليه السلام فى حسن ابان بن تغلب «الجزء واحد من عشرة
لان الجبال عشرة والطيور اربعة» .

و منها صحيح عبدالله بن سنان على ما فى الاستبصار والمختلف والدروس
«ان امرأة اوصت الى وقالت : ثلثى تقضى منه دينى وجزء منه لفلانة فسألت عن
ذلك ابن ابى ليلى ؟ فقال : ما ارى لها شيئاً ما ادرى ما الجزء فسألت عنه ابا
عبدالله عليه السلام بعد ذلك وخبرته كيف قالت المرأة وما قال ابن ابى ليلى ، فقال :
كذب ابن ابى ليلى لها عشر الثلث ان الله عز وجل امر ابراهيم عليه السلام فقال : «اجعل
على كل جبل منهن جزءاً» ، وكانت الجبال يومئذ عشرة ، فالجزء هو العشر
من الشئ » .

ومنها ما رواه فى التهذيب عن عبدالله بن سنان عن عبد الرحمان بن
سيابة ، وحينئذ لاتكون الرواية صحيحة كما اطنب به فى المسالك ، لان ابن
سيابة مجهول وفيه منع اتحاد الرواية اذ يمكن رواية ابن سنان تارة بواسطة واخرى
بدونها على ان ابن سيابة يمكن استفادة عدالته من توكيل الصادق عليه السلام اياه
قسمة الالف دينار على عيال من قتل مع عمه زيد وغير ذلك .

و منها خبر معاوية بن عمار « سالت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل اوصى بجزء
من ماله قال جزء من عشرة قال الله عز وجل «ثم اجعل على كل جبل منهن جزءاً»
الى آخره .

وخبر عبدالصمد بن بشير المروى عن تفسير العياشى عن جعفر بن محمد

عنه في حديث انه سئل عن رجل اوصى بجزء ماله ؟ فقال : هذا في كتاب الله ان الله يقول اجعل ، الى آخره .

ومرسل أبي جعفر بن سليمان المروزي فيه أيضاً في حديث ان رجلا مات وأوصى اليه بمائة الف درهم وأمره أن يعطى أبا حنيفة منها جزءاً فسأل عنها جعفر بن محمد عليه السلام وأبو حنيفة حاضر فقال له جعفر بن محمد عليه السلام ما تقول فيها يا أبا حنيفة فقال : الربع ، فقال : لابن ليلى فقال : الربع ، فقال جعفر بن محمد عليه السلام من أين قلتهم : الربع فقالوا : لقول الله تعالى فخذ أربعة من الطير الى آخره فقال أبو عبد الله عليه السلام من هذا قد علمت الطير أربعة : فكم كانت الجبال انما الاجزاء للجبال ليس للطير ، قالوا ظننا انها اربعة ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : لا ولكن الجبال عشرة ، الى غير ذلك من النصوص المروية في الكتب الاربعة وغيرها .

وقد طال في المسالك الكلام في صحتها فالظاهر انما قاصر دلالة وسندا مع كثرة روايات العشر لامكان ان يرد عليها بان الكتاب دل على جعل جزء على جبل فالمعنى كل جزء يقع على جبل لكن اتفق كون الجبال هو العشرة ولازمه الاتفاق والتصادف في العشرة اجزاء فصار كل اللحوم المخلوطة الممزوجة عشرة اجزاء بالاتفاق والتصادف فالامر على كل جزء يجعل على جبل وهو لا يدل على كون المراد من الجزء هو العشر فلو قال اجعل كل جزء على عشرة اجبال كان معناه كل جزء عشرا من الكل فصح الاستدلال وتم الدليل وكان معناه ان كل جزء عشراً وحيث لم يقل ذلك فلا جرم لو تصادف كون الجبال خمسة صدق الامتثال وكان لازمه كون الجزء خمساً للعشر فالدلالة على كون الجزء عشرا يتوقف على الامر بجعل كل جزء على عشرة اجبال .

واسوء حالا قول ابي حنيفة حيث زعم كون الجزء ربعا من حيث ان الطيور اربعة ضرورة ان الطيور اربعة لا الاجزاء العاصلة من كل اللحوم الممزوجة فانها

عشرة ولذا رده الامام بان الاجزاء للجبال لا لالطيور فهذه الاخبار من هذه الجهة غير تام .

مضافا الى معارضتها باخبار اسبع التي استدل بها الامام عليه السلام ايضا بما ورد في ابواب الجحيم فالمراد بالروايات هو ان العشر او السبع احد مصاديق الجزء وكذا السهم وغير ذلك لان الجزء بمعنى العشر او السبع لغة او عرفا وهو واضح كما ان في قوله تعالى «لها سبعة ابواب لكل باب منهم جزء مقسوم» ليس معنى الجزء هو السبعة ففي صحيح البرزطي «سالت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل اوصى بجزء من ماله فقال : واحد من سبعة ان الله يقول لها سبعة ابواب» الى آخره .

وخبر اسماعيل بن همام الكندي عن الرضا عليه السلام «في الرجل اوصى بجزء من ماله فقال الجزء من سبعة ، ان الله يقول : لها» الى آخره .

والمرسل في المحكي عن ارشاد المفيد عن امير المؤمنين عليه السلام «في رجل اوصى بجزء من ماله ولم يعينه فاختلف الوارث بعده في ذلك ، فقضى عليهم باخراج السبع من ماله ، وتلى قوله : لها» الى آخره والجمع بينهما على حمل هذه على الاستحباب كما ترى .

والانصاف ان هذه الاخبار ولو كانت اقل عددا من اخبار العشر لكنها اظهر دلالة بل دلالتها على كون الجزء سبعا من الكل لعله اظهر وذلك لتصريح عز من قائل بقوله لها سبعة ابواب وحيث كان الجزء من الكل هو السبع فقسم على كل باب جزءاً فالابواب سبعة والاجزاء ايضا سبعة فجعل لكل باب جزءاً من العاصين اعاذنا الله من ذلك فالظاهر تقدم اخبار السبع .

ومن ذلك يظهر ما في كلام صاحب الجواهر في مقام تضعيف اخبار السبع وتقوية اخبار العشر بقوله مضافاً الى قصورها عنها عدداً ، بل ودلالة .

فمن هنا حملها الشيخ على استحباب اعطاء السبع للوارث ولا بأس به بعد رجحان الاولى عليها ، لما عرفت وبتوافقها جميعاً على عشر المال بخلاف روايات السبع

فان ما سمعته منها يدل على سبع الاصل انتهى .

ومن ذلك يظهر ضعف ما عن الصدوق من الجمع بين النصوص بأنه قد جرت العادة فى السابق لاصحاب الاموال بتجزية المال تارة عشرة ، واخرى سبعة فينصرف الجزء حينئذ على حسب ما وقع من التجزية وقال ايضا : ان حمل الجزء على العشر والسبع انما يصح اذا كانت الوصية من العارف باللغة دون غيره من جمهور الناس فانه لاتصح الوصية منه بذلك ، حتى يبينه انتهى .

ولكنه مع ذلك لعل جمعه كذلك قريب بالصواب لامكان تجزية الاموال تارة بالعشر واخرى بالسبع لكن قد يرد عليه بانه ثلثة بالخمسة واربعة بغير ذلك فكما قد يتجزى الشئ بهذه المذكورات فكذلك يتجزى بغير ذلك فلو كان الف دراهم عند شخص وكان مستحقون لذلك مثلا بعشرين واراد تقسيمه عليهم بالسوية فامر بجعل الكل لهم اى الالف باجزاء متساوية فصار لكل عشرين جزءاً يكون خمسين دينارا فكل جزء حينئذ عشرين من الالف .

كما انه لو كان المستحقون فى المئال عشرة كان كل جزء منهم عشا من الالف فالجزء والكل حسب الافراد فى التقسيم يختلف فاذا صار الكل يتمقطع بالف قطعة صار كل قطعة جزء من الكل فالجزء حينئذ واحد من الالف فاذا كان للموصى الف ورثة ووصى لهم بجزء من امواله كان لكل منهم جزءاً وهو الواحد من الالف واذا كان لاحد مائة وارث ووصى لهم بجزء من امواله كان لكل واحد منهم جزءاً من المائة فالجزء حينئذ واحد من المائة واستبعاد مثل هذا الكل لا يوجب فساد معنى الجزء مع انه ليس بمحال .

بل قد يتحقق الامكان لبعض السلاطين الذين دأبهم التعميش والشهوات فى الدنيا فالجزء معناه قطعة من الكل واما كونه عشا او سبعا او اقل او اكثر فلا وان ابيت عن ذلك فاجعل المئال بمقدار امكن فلا يضر بكون الجزء يختلف مقداراً بالنسبة الى الكل حسب كثرة ما قسم اليه الجزء قلته وكثرة فالجزء مختلف حسب

ما وقع من التجزية .

ولذلك يمكن كون نظر الصدوق هو التعميم ايضا لخصوص ما فرضه .
فان قلت سلمنا كون الجزء مختلفاً قلة وكثرة لكن المراد فى المقام
هو العشر .

قلت قد عرفت بانه يتوقف على الامر بعشرة من الجبال وهو غير مسلم
كما عرفت .

فان قلت عدم التصريح لاجل انه تعالى يعلم مقدار الجبال وانها عشرة
وهو كاف .

قلت معلومية عدد الجبال له تعالى غير مربوط بكون الجزء عشراً ولذا لو
فرض كون الجبال عشرين يلزم كون الجزء عشرين من الكل فالجزء لا يكون
معناه معيناً فى مقدار مخصوص بل يختلف حسب تقسيم الكل الى الاجزاء .

فتعين الجبال فى العشرة لا يكون معياراً لتعين الجزء فى العشر فى كل
الموارد حتى فيما كان تجزئة الكل اكثر وبالجملة تعيين عشرة اجبال صار سببا
لكون الجزء عشراً وهو لايجرى فى غير المتعين فى العشرة وهو واضح فكون
انصراف المبهم الى العشر يتوقف على كون الجزء فى جميع الموارد عشر او
ليس كذلك .

وكيف كان فالمسألة فى موارد الوصية المبهمة مشكلة لعدم تعيين مقدار
الاخراج من التركة سواء كانت فى التمليلية او العهدية وطرح الروايات اشكل
وعدم الاعتناء الى ضعف الجميع لان ضعف بعضها يتقوى بقوة بعضها بل باب طرح
الاخبار بزعم الضعف مضر بالدين قطعاً ففهم ما يقال فيها مو كقول الى اهله .

وكيف كان فلا يكون الروايات موجبا للانصراف الى تعين معنى الجزء
الا اذا كان راجعا الى خصوص الوصية المبهمة وهذا الاشكال يجرى فى السهم
ايضا اذا وصى سهم من امواله لهم وكون الصدقات للاصناف الثمانية لا يوجب

كون السهم ثمنا مطلقا فلو كان السهم واحدا من ثمانية ازم جمع بين كل ما ترك وتقسيمه الى ثمانية اجزاء وجعل ثمنا منه للمورثة او عمل بالثاني .
ويمكن الجمع بينهما باستحباب السبع فانه اكثر من العشر وينافيه استحباب الاقل في الوصية من الثلث كما سيأتي .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿لو كان اوصى بسهم كان ثمناً﴾ عند الاكثر بل المشهور بل ظاهر ايضاح النافع الاجماع عليه كما عن السرائر انه المعمول عليه ويدل عليه ما رواه صفوان قال : سألت الرضا عليه السلام .

وباسناده عن محمد بن يحيى ، عن أحمد بن محمد ، عن علي بن أحمد ، عن صفوان وأحمد بن محمد بن أبي نصر قالوا : سألت الرضا عليه السلام عن رجل اوصى لك بسهم من ماله ولا ندرى السهم أى شيء هو ، فقال : ليس عندكم فيما بلغكم عن جعفر ولا عن أبي جعفر فيها شيء ؟ فقلنا له : ما سمعنا أصحابنا يذكرون شيئاً من هذا عن آبائك عليه السلام قال : فقال : السهم واحد من ثمانية الى أن قال : « قول الله عز وجل : «انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل» ثم عقد بيده ثمانية ، قال : و كذلك قسمها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على ثمانية أسهم ، فالسهم واحد من ثمانية . وما عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن رجل يوصى بسهم من ماله ، فقال : السهم واحد من ثمانية ، لقول الله تعالى : «انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل» .

محمد بن الحسن باسناده عن محمد بن علي بن محبوب ، عن أحمد بن محمد وما عن ابن أبي نصر (في حديث) قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اوصى بسهم من ماله . فقال : السهم واحد من ثمانية ثم قرأ «انما الصدقات للفقراء والمساكين» الى آخر الآية ونظيرهما في الاشكال والاجمال ما عرفت ﴿و﴾ كيف كان ف ﴿لو كان قد اوصى بشيء كان سدساً﴾ .

وفى الجواهر بلاخلاف معتدبه أجده فيه ، بل الظاهر أنه اتفاقى ، كما فى المسالك ، بل ظاهر التذكرة وايضاح النافع الاجماع عليه ، بل عن الخلاف والغنية دعواه صريحاً لخبر أبان عن على بن الحسين عليه السلام «أنه سئل عن رجل أوصى بشيء من ماله فقال : الشيء فى كتاب على عليه السلام واحد من ستة» وما عن المقنع من «أنه واحد من عشرة نادر . هذا ولا يخفى عليك أن محل البحث فى السهم والشيء كما عرفته فى الجزء ولو أوصى بسهم من الجزء أو شيء منه أو السهم ففى جريان الحكم وجهان .

﴿ولو أوصى بوجوه فنسى الوصى وجهاً﴾ منها ﴿جعلها فى وجوه البر﴾ .
وفى الجواهر وفاقاً لالاكثر بل المشهور نقلاً وتحصيلاً بل فى محكى التنقيح أن عليه الفتوى ، بل عن غيره نفى الخلاف فيه ، الا من الحلّى تبعاً للشيخ فى بعض فتاواه انتهى .

﴿ولا يخفى انه اصح مما﴾ قيل : ﴿والقائل ابن ادريس والشيخ فى المحكى من حائرياته والآبى فى المحكى عن كشفه من أنه﴾ يرجع ميراثاً ﴿بزعم بطلان الوصية لتعذر القيام بها ضرورة ان تعذر القيام بها لا يوجب البطلان بعد القطع عن اخراج مقدار من التركة وامكان مصرفه فى وجوه الخير لانه هو الغرض العمدية فى تشريع الوصية وانها لاجل وصول مقدار من مال الميت اليه وصرفه فى وجوه الخير قريب بمقصود الميت بخلاف الرجوع الى الورثة فانه نقض لغرض الميت بالوصية .

وهذا مضافاً الى الخبر محمد بن الريان قال : «كتبت الى أبى الحسن عليه السلام أسأله عن انسان أوصى بوصية فلم يحفظ الوصى الا باباً واحداً منها كيف يصنع بالباقي ؟ فوق عليه السلام الابواب الباقية اجعلها فى البر» .

وفى الجواهر المعتضد بما عرفت المؤيد بما ورد فى المنذور للكعبة والوصية لها أنه يصرف الى زوارها وفيمن أوصى أن يحج عنه بمال لا يفى به أنه يصرف

فى البر و يتصدق به انتهى .

وهذا الخبر هو العمدة فى الحكم لاستصحاب الصحة لان الصحة اول الكلام فكيف يصح التمسك بالاستصحاب .

وكيف كان فيصرف مقدار فى وجوه الخير ﴿ولو أوصى بسيف معين وهو فى جفن﴾ بفتح الجيم ﴿دخل الجفن والحلية فى الوصية﴾ .

وفى الجواهر وفاقا للمشهور ، بل فى ظاهر المحكى عن السرائر والمقتصر وايضاح النافع الاجماع عليه ، بل عن كشف الرموز ما رأيت أحدا أقدم على منع الرواية الواردة فى السيف وعن المهذب البارع كل الاصحاب مطبقون على العمل بها انتهى والرواية الواردة فيه هى رواية أبى جميلة المفضل بن صالح وكتبت الى أبى الحسن عليه السلام أسأله عن رجل أوصى لرجل بسيف فقال الورثة : انما لك الحديد وليس لك الحلية فكتب الى : "السيف له وحليته" .

وخبره الاخر «سألت الرضا عليه السلام عن رجل أوصى لرجل بسيف وكان فى 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 الصندوق بما فيه له» اودلالتيهما على الحكم واضح مضافا الى حكم العرف بذلك خصوصا فى جفن السيف كما هو الظاهر . وفى الجواهر فما عن المختلف وولده وأبى العباس - من عدم دخول شىء منهما فى الوصية واضح الضعف انتهى وهو فى محله ﴿وكذا لو أوصى بصندوق وفيه ثياب ، أو سفينة وفيها متاع أو جراب وفيه قماش فان الوعاء وما فيه داخل فى الوصية﴾ وفاقا للمشهور بل عن التذكرة نسبة الى علمائنا .

ويدل عليه ما عرفت آنفا من رواية أبى جميلة وكخبير عقبة «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى لرجل بصندوق وكان فى الصندوق مال ، فقال الورثة انما لك الصندوق وليس لك ما فيه فقال : الصندوق بما فيه له» وخبره الاخر

عنه أيضاً قال : «سألته عن رجل قال : هذه السفينة لفلان ، ولم يسم ما فيها . وفيها طعام أبعطيها الرجل وما فيها ؟ قال هي للمذي أوصى له بها ، إلا أن يكون صاحبها متهما ، وليس للمورثة شيء» .

ودلالة الاخبار على الصندوق وما فيه واضحة وكذا السفينة وقوله هي للمذي الخ راجع الى السفينة وما فيها لان قوله ولم يسم ما فيها مطلق وترك الاستفصال دليل على السفينة وما فيها والالزم التفصيل عما فيها .

ولقد كان ظاهر الرواية هو الوصية بحيث كان احتمال الاقرار من قوله هذا السفينة لفلان في غاية البعد من وجهين الاول من حيث ان هذه من السائل لا الامام الثاني من ان الامام صرح في مقام الجواب بالوصية خصوصا بقريئة سائر الاخبار الذي نص في الوصية مع ان مضمون الجميع هو ذلك ولاينا فيه الاستثناء من حيث الاتهام لاحتمال كون الوصية فلانكون لاخراج مال الغير عن يده فعبّر به الوصية حتى يكون اختياره بيد الوصي والورثة ولا يكون لصاحبه مدرك لوصول ماله .

ولذا استثنى ^{الغالب} صورة الاتهام هذا ولكن الذي يوجب التأمل في الوصية هو ان ما اوصى به يملك بعد موت الموصى ويمكن ان يموت بعد الوصية عشرون سنة ولا يبقى عادة في مثل ذلك السفينة بحالها فضالاعما يكون فيها وليست السفينة بمثل الصندوق الذي كثيراً ما يوصى به مع ما فيها فمن ذلك خرجها عن الوصية بمكان من الامكان .

وبالجملة السفينة ليست مما يعطل صاحبها الى مدة كثيرة ولا يصح استعمالها لحمل الانتقال في جميع الايام لصيرورتها بالوصية ملك الموصى له خصوصا مع قبوله اياه .

وقد عرفت اولوية القبول بعد الوصية وقبل موت الموصى وحينئذ يكون ملكا للغير غاية الامر بشرط موت الموصى فيجب محفوظا بحالها حتى لا يحصل

معيوباً فى اثر الاستعمال فيكون بين المحذورين تعطيلها مع ما فيها وترك التعطيل بالاستعمال وكلاهما باطلان .

وهذا مضافاً الى تصريح السائل بان فيها طعام وكيف يصح بقاء الطعام بحاله الى مدة كثيرة مع انها حينئذ فى معرض الزوال والفناء والفرص عدم جواز اطعام الطعام اذ بيعه وهبته لانه مال الغير وبالجملة ولو لم يكن فعلا ملكاً للموصى له لكن لا يجوز جعله فى معرض الزوال .

ومن جميع ذلك يظهر امكان اخراج السفينة عن الوصية وادخالها فى باب الاقرار بل لعله لذلك يمكن كون نظر المصنف بقوله ﴿ وفيه قول آخر ﴾ الى ذلك وان السفينة من باب الاقرار لا الوصية .

وحينئذ ليس ﴿ بعيد ﴾ بمثل هذا البيان وحينئذ يخرج خبر السفينة عن الوصية ويدخل فى اخبار الاقرار فتأمل .

وفى الجواهر فى مقام اشكال المظروف ايضا قال ما لفظه وهو شىء عجيب باعتبار اقتضائه اخراج المال عن صاحبه من دون قصد ، وبلا سبب ناقل منه ، ومثله كيف يتدرج فى الوصية ، ويلحقه أحكامها فلامناس حينئذ عن تنزيل هذه الاخبار على ما يقتضيه العرف وهو فى السيف واضح ، بل والصندوق اذا كان معداً للظرفية ، والمقصود منه ما فيه ، نحو ما يستعمله التجار فى صناديق النيل والقماش ، والكافور ونحوها ، فانه لا يشك أحد فى وصية أحدهم بصندوق خاص منها فى ارادة ما فيها . بل والسفينة والمركب اذا كانت أيضاً كذلك بخلاف الصندوق الذى يستعمله كثير من الناس للوضع عليه غالباً وللوضع فيه انفاقاً والسفينة التى هى كذلك بحيث يكون المقصود منها الظرف لا المظروف ، ومع الشك فلا ريب فى وجوب الاقتصار على ما عملت الوصية به ، ولو من ظهور لفظ ولعله بذلك تنفق كلمة القائل بالدخول فى جميع ما عرفت وهو المشهور الى آخر العبارة .

و كيف كان فالمدرک لما لکیة الظرف والمظروف بالوصیة موجود ولا یحتاج الی خبر السفینة وقد عرفت ما فی المظروف من عدم امکان بقائه الی موت الموصی عادة فحمل الخبر علی مورد الاقرار اولی ﴿ولو اوصی باخراج بعض ولده من ثر کتبه لم یصح﴾ .

وفی الجواهر قال وفاقا للمشهور بین الاصحاب شهرة عظیمة کادت تكون اجماعاً ، بل هی كذلك فی ظاهر محکی المقتصر ، لانها مخالفة للکتاب والسنة ولانه من الحیف فی الوصیة الذی ورد فیه انه من الکبائر ولقوله عَلَيْهِ «ما ابالی اضررت بورثتی او سرقته ذلك المال» وقوله عَلَيْهِ «من عدل فی وصیته کان بمنزلة من تصدق بها فی حیاته ومن جار فی وصیته لقی الله یوم القیمة وهو عنه معرض انتهى . وقد اشار قده الی ما یدل علی المنع بل العمدة فی الورثة هی الاولاد من غیر فرق بینهم من جهات عرضیة عالما کان او جاهلا مطیعا له اولاً من عقد الدائم اولاً من الحرة اولاً ذکورا کان اولاً معلوما کان اولاً کالخنثی حاضراً عنده اولاً فالاولاد اولاد مطلقاً بل الظاهر من قوله عَلَيْهِ ما ابالی الخ ظاهر فی ان المحرومية عن الارث بمنزلة السرقة من مال الاولاد بل هو معلوم لان الارث للاولاد بحکم الشرع فمنعه عنهم سرقة لاموالهم .

وبدل علیه ایضاً الصحیح «عن رجل کان له ولد یدعیه ، ثم أخرجه عن المیراث وأنا وصیه فکیف أصنع فقال عَلَيْهِ لزم الولد لاقراؤه بالمشهد ولا یدفعه الوصی عن شیء قد علمه» .

﴿و﴾ انما الکلام فی انه اذا تلفظ الموصی بکلام اخراج الولد ﴿هل یلغوا﴾ هذا ﴿اللفظ﴾ الذی یتلفظ به فی الاخراج بحیث کانہ لم یقل شیئاً اصلاً ﴿فیه تردد﴾ من المصنف ، بل فیه خلاف ﴿بین قائل﴾ : بالبطان ﴿لکونه مخالفاً للکتاب والسنة مثل قوله للذکر مثل حظ الانثیین من غیر استثناء فلاوجه للاخراج وهو قول الاکثر کما فی الریاض ﴿وبین﴾ قائل ﴿اجرائه مجری من اوصی بجمیع ماله ، لمن عدا الولد فیمضی فی الثلث﴾ خاصة

وحاصله محر وميته من الثلث .

ولا يخفى أن الكلام فى محر وميته من الارث وهو غير الثلث وحاصل العبارة انه اذا قال جميع مالى لزيد سوى ولدى كان ثلث جميع امواله لزيد لاالجميع اذ الوصية تعتبر فى الثلث فالمعنى ثلث اموالى لزيد سوى ولدى اى لا يكون الثلث له .

واما الثلثان الباقيان فلجميع الورثة حتى ولده فقوله باخراج ولده معناه من الثلث لامن الباقي وهو ثلثاه حيث له من الثلثين الباقيين وهو معنى قول المصنف * ويكون للمخرج * اى للذى اخرجه عن الارث * نصيبه من الباقي بموجب القرينة * اى كان لمن اخرجه عن الارث نصيبه وارثه من الباقي وهو الثلثان وهو خيرة الفاضل فى المختلف ، وعن الخراسانى أنه استظهره .

ولا يخفى ما فيه ومن كونه بمثل من وصى ماله لشخص وانه يكون له ثلث جميع ماله من حيث ان النافذ فى الوصية هو الثلث .

وذلك لان الكلام فيما اخرج ولده عن الارث الظاهر فى اخراجه عن جميع مايملكه فيدور الامر حينئذ بين صحته واخراجه عن الارث على خلاف الكتاب والسنة وبين بطلانه والغائه رأسا والعمل له على طبق الكتاب والسنة كما هو الحق فالارث للموارث على كتاب الله وليس لاحد حق الاخراج لان الارث ليس من الحقوق القابلة للاخراج بل من الاحكام الغير القابلة للسقوط الا ما اخرجه نفس صاحب الشريعة كالقاتل والكافر ونحوهما والافلاوجه لطرده اصلا سواء كان محسنا او مسيئا فالحق بطلان الاخراج مطلقا من غير كونه ظاهرا فيما ذكره بل هو اجنبى عن ذلك ولذا قال المصنف * والوجه الاول * .

وفى الجواهر لان اخراجه من الارث أعم من الوصية بالمال لباقي الورثة وان لزم رجوع الحصه اليهم الا أن ذلك ليس بالوصية بل لاستحقاقهم التركة حيث لاتوارث وربما لم يكن حال الوصية عالما بالوارث كما لو لم يكن له الا ذلك

الولد ولا يعلم من يرثه ولم يخطر على باله فلا دلالة في اللفظ مطابقة ولا ضمناً بل ولا التزاماً لا انتفاء شرطها بانتفاء الانتقال الى اللازم بتصور الملزوم خاصة أو مع الوسط انتهى .

ولكن مقصودهم من هذا الكلام اثبات الارث وبطلان الاخراج المخالف للمكتاب ﴿و﴾ لكن مع ذلك قد ورد ﴿فيه رواية بوجه آخر مهجورة﴾ اى دالة على المحرومية وصحة الاخراج ولاجلها قد اشكل على الاصحاب فى العمل بها وعدمه وعن الصدوقين والشيخ هو العمل بها ولعله كاف فانهم من الاعلام الصادرة جميع الاخبار بايدبيهم مع ان الرواية مشتملة على عمل الولد عملاً يوجب اخراجه عن الارث وهو الزنا مع ام ولد ابيه .

وهى رواية على بن السرى قال : قلت : لابي الحسن موسى عليه السلام ان على بن السرى توفى فأوصى الى وأن ابنه جعفرأ وقع على أم ولد له فأمرنى بأن أخرجه عن الميراث ، قال : فقال : أخرجه ، وان كنت صادقاً فيصيبه خبل ، قال فرجعت فقد منى الى أبى يوسف القاضى ، فقال له أصلحك الله أنا جعفر بن على بن السرى وهذا وصى أبى فمره فليدفع الى ميراثى من أبى فقال أبو يوسف القاضى لى ما تقول : فقلت : نعم هذا جعفر بن على السرى وأنا وصى على بن السرى قال فادفع اليه ماله ، فقلت : أريد أن أكلمك ، فأذن لى فدنوت حيث لا يسمع أحد كلامى فقلت هذا وقع على ام ولد ابيه فامرنى أبوه وأوصى الى أن أخرجه من الميراث ولا أدرته شيئاً فأتيت موسى بن جعفر عليه السلام بالمدينة فأخبرته وسألته فأمرنى أن أخرجه من الميراث ولا أدرته شيئاً فقال : الله! ان أباً الحسن أمرك قلت نعم فاستحلقتنى ثلاثاً ثم قال لى أنفذ ما أمرك أبو الحسن عليه السلام به فالقول قوله . وفى الجواهر بل عن الصدوقين والشيخ العمل بها فى موردها ، وان كنا لم نتحقق ذلك عن الاخير منهم ، لانه جعلها قضية فى واقعة .

نعم ظاهر الاولين ذلك ، لكن فى الولد الذى قد أحدث الحدث المزبور ، دون غيره ، وحينئذ يكون عدم النفوذ فيما عداه مجمماً عليه . بل لعله كذلك

فيد أيضاً ، لعدم قدح خلاف مثلها فيه انتهى .

وحاصله ان ما عن الشيخ ان مثله ايضاً غير مخرج في هذه المورد ايضاً حيث جعله قضية في واقعة لكن ظاهر الصدوقين هو العمل بالخبر في نفس هذه الحادثة لافي مطلق المعاصي فلا يصح الاخراج سوى هذا العمل والظاهر عدم الفرق بين الشيخ والصدوقين وذلك لان معناه صحة الاخراج في هذه القضية المنكرة لان معناه هو الاخراج في نفس هذه القضية .

وبالجمله قضية في واقعة معناه القبول في مثل ذلك والانصاف هو القبول في هذه القضية دون غيره من المعاصي المنكرة لانه مضافا الى صراحة قول الامام ان الاخراج هو تشفى القلب ولا يخلص من غمها صاحب المال الا باخراجه . وكيف كان فالمسألة مشككة ورفع الاشكال عنها يتوقف على صحة الاخراج وادخاله على مثل القتل والكفر والارتداد وان كان مشكك ايضاً اذ المعاصي كلها عظيمة الا ثم فلو كان الفسق موجبا لصحة الاخراج لزم لغوية الارث والمنافاة الشديد للابات واشكل من ذلك صراحة الرواية وعمل ابن ابي ليلا على قول موسى عليه السلام وتحليفه الراوى بان الامام قال كذا ثلاثا .

وكيف يمكن طرح الرواية مع هذه الشدة والقرائن وجعلها قضية في واقعة لا يفهم معناها الا القبول في هذا المورد وصحة الاخراج لا انه امر باطل لكن يصح هذا الباطل في هذه المورد وفي نفس الولد لاغيره من الوارث والله العالم .
 ﴿ولو اوصى بلفظ مجمل﴾ اي مطلق ﴿لم يفسره الشرع﴾ بشيء خاص
 ﴿رجع في تفسيره الى الوارث﴾ بلاخلاف اجده بين من تعرض له ، ﴿كقوله : اعطوه حظا من مالى ، او قسطا او نصيباً او قليلاً او يسيراً او قليلاً او جزيلاً﴾ او نحو ذلك من الالفاظ .

نعم عن المسالك وغيرها ولو تعذر الرجوع الى الوارث لغيبة او امتناع او صغر اعطى اقل ما يصدق عليه الاسم ، لانه المتيقن انتهى .

﴿ ولو قال : اعطوه كثيراً قيل : ﴾ والقائل الشيخ والصدوق وجماعة على ما قيل : ﴿ يعطى ثمانين درهماً كما في النذر ﴾ للرواية التي وردت فيه .
وفي المسالك قال : لفظ الكثير كمنظيره مما ذكر من الالفاظ السابقة في عدم دلالة اللغة والعرف على حمله على مقدر مخصوص و لكن وردت رواية ان من نذر الصدقة بمال كثير يلزمه الصدقة بثمانين درهماً فعدها الشيخ وجماعة الى الوصية و اضاف الشيخ الاقرار نظراً الى ان ذلك تقدير شرعي للكثير كالجزم والسهم ولا يقتصر على مورد السؤال اذ لو حمل في غيره على غيره لزم الاشتراك المخالف . للاصل مع ان الرواية الواردة في النذر مرسله رواها على بن ابراهيم عن ابيه عن بعض اصحابه ان المتوكل نذر كك فاجابه الجواد بذلك وما هذا شأنه كيف يتعدى الى غير مورده مع ضعفه في نفسه ومخالفته للاصل واللغة والعرف واستشهاده بالمواطن الكثيرة المتصور فيها لا يقتضي انحصار الكثير فيه فقد ورد في القرآن فئة كثيرة وذكر كثيراً ولم يحمل على ذلك والحق الرجوع فيه الى الوارث كالعظيم في غير موضع الاجماع لضعف المأخذ انتهى
والمسألة بمثل ما فترت مشكلة اذا الكثير كسائر الالفاظ المجملة مثل الجزء والشيء ونحوهما بل الاشكال يجري في الكل فان اطلاق الكثير في مواطن كثيرة ليس من حيث انها ثمانون بل من حيث ان الثمانين كثير بمعنى انه لو اراد التعبير عن زيادة الثمانين يقال كثيرة فالكثير يعم الثمانين واقل واكثر .
﴿ قيل ﴾ والقائل المشهور ﴿ يختص هذا التفسير بالنذر ﴾ كما اختص تفسير بعض الالفاظ مثل الجزء والسهم والشيء في الوصية بما عرفت ﴿ اقتصاراً ﴾ فيما خالف الاصل والعرف واللغة ﴿ على موضع النقل ﴾ .
وفي الجواهر مضافاً الى ان رواية الكثير مرسله لاجابها في المقام ، بل الموهن انها متحقق ومشملة على الاستدلال المعلوم ارادة القريب منه ، ضرورة ان استعماله في ذلك لا يقتضي الانحصار فيه مع انه قد ورد كثيراً في القرآن في

امكنة متعددة غير مراد منه ذلك ، فلا ريب ان الاقوى مساواته لغيره من الالفاظ السابقة كللفظ العظيم انتهى .

ولقد اجاد والحق انه بمقدار يصدق الكثرة عليه في العرف ولا يتعين بمقدار معلوم بل لهذا اللفظ افراد كثيرة فيعم مثل العشرة والعشرين وغيرهما فصدق الكثرة عليهما ونحوهما على الحقيقة بل مضافا الى عموم نفس اللفظ لموارد كثيرة كان نفس الكثرة والكثير بالنسبة الى المعطى مختلف ايضا فمثل الخمسة من الفقير كثير ومن مثل الغنى والجواد والحاتم ليس كذلك فتدبر .
وبالجمله يكفي الدفع الى صدق الكثير عليه عرفا والثمانون من احد مصاديق الكثير .

﴿ والوصية بما دون الثلث أفضل من الثلث وبالخمس أفضل من الربع ﴾
وهكذا ووجهه واضح فان الشارع رجح جانب الورثة كي لا يتضرروا بزيادة الثلث خصوصا لو كانوا فقيرا .

ويدل عليه المروى في محكي الحواشي للشهيد عن سعد « مرضت مرضا شديدا فعادني رسول الله ﷺ فقال لي اوصيت قلت : نعم اوصيت بمالي كله للفقراء وفي سبيل الله فقال رسول الله ﷺ اوص بال عشر فقلت : يا رسول الله ان مالي كثير وذريتي أغنياء فلم يزل رسول الله ﷺ يناقصني وأناقصه حتى قال : اوص بالثلث والثلث كثير . »

ولقول الباقر عليه السلام « كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول : لئن اوصى بخمس مالي أحب الى من أن اوصى بالربع ، وان اوصى بالربع أحب الى من أن اوصى بالثلث ومن اوصى بالثلث فلم يترك ، وقد بالغ ، وفي خبر آخر « من اوصى بالثلث فقد أضر بالورثة ، وفي القوي ان الثلث حيف ، وفي القوي أيضاً « ما ابالي أضررت بولدي أوسرقتهم ذلك المال ، الى غير ذلك من الروايات التي يستفاد منها أفضلية الوصية بالربع والخمس من الثلث . »

وفى الجواهر بعدها قال بل عن المقنعة أنه كذلك عند آل محمد صلوات الله عليهم أجمعين ، كما أنه يستفاد منها أيضاً استحباب مطلق الاقلية منه الذى قد أفتى به جماعة وقال فى المحكى عن المسبوط : انه ان كان الورثة أغنياء استحباب له أن يوصى بالثلث وان كانوا فقراء فالأفضل أن تكون وصيته فيما هو أقل من الثلث وفى محكى الوسيلة ان كانوا أغنياء أوصى بالثلث وان كانوا فقراء فبالخمس وان كانوا متوسطين فبالربع انتهى ولا بأس بذلك ايضاً .

﴿تفريع﴾ على المسألة السابقة ، و هو أنه ﴿اذا عين الموصى له شيئاً﴾ من مصاديق اللفظ المطلق ﴿وادعى أن الموصى قصده من هذه الالفاظ ، وأنكر الوارث ، كان القول قول الوارث مع يمينه﴾ بلاخلاف ولا اشكال ، بل ظاهر المتن وغيره أن اليمين تتوجه عليه ﴿ان ادعى﴾ الموصى له ﴿عليه﴾ أى الورثة ﴿العلم﴾ بما ادعاه على الموصى ﴿والافلايمين﴾ وفيه بحث اذ الظاهر بمقتضى اطلاق الادلة هو لزوم اليمين لعموم اليمين على من انكر فاذا ادعى الموصى له علم الورثة بالزيادة بان يقول لهم انتم عالمون بمقدار الزيادة وهم منكرون لزم عليهم اليمين بعدم العلم بالزيادة .

وفى المسالك بعد قول المصنف قال له شيئاً ان ادعى الموصى له ان الموصى اراد تقديرأ مخصوصاً من الالفاظ السابقة ونحوها مما يرجع فيه الى تفسير الوارث كأن قال اعطوه مالا جليلاً فقال الموصى له اراد به الف درهم فانكر الوارث فالقول قوله ثم ان ادعى الموصى له عليه العلم بما ادعى ان الموصى اراده فعلى الوارث اليمين على نفى علمه بذلك لاعلى نفى ارادة الموصى ذلك لان ارادته لانلزم الوارث الا اذا علم بها وان كانت واقعة فى نفس الامر فاذا ادعاها الموصى له لا يلتفت اليه الا ان يدعى علم الوارث بها فيحلف على نفى العلم لاعلى البت لانه خلف على نفى فعل الغير قاعدة مستمرة انتهى .

وحاصله ان الوارث ادعى عدم العلم بما عين الموصى لالعلم بالعدم والفرق

بينهما واضح والظاهر لزوم اليمين على نفي العلم للمعموم كما عرفت .
 ﴿الطرف الثالث : فى احكام الوصية﴾ التى قد تقدم منها ما ﴿اذا أوصى
 بوصية ثم أوصى باخرى مضادة للادلى عمل بالاخيرة﴾ لانه كما عرفت ان الاخير
 رجوع عن الاول .

وفى المسالك قال يتحقق التضاد باتحاد الموصى به واختلاف الموصى له
 فان الوصى بالعين الفلانية لزيد ثم اوصى بها لعمر و او اوصى بمائة درهم مطلقا
 ازيد ثم قال المائة التى اوصيت بها لزيد فقد اوصيت بها لعمر و ولا يتحقق فى
 المطلقة مطلقا كما اذا اوصى لزيد بمائة ثم اوصى لعمر و بمائة او اوصى لزيد
 بدار ثم اوصى لعمر و بدار ونحو ذلك ومثله يأتى فى الاجزاء المشاعة كما لو اوصى
 لزيد بخمس ماله ثم اوصى لعمر و بثمان ماله و هكذا وقد يقع الاشتباه فى بعض
 الوصايا المتعددة هل هى متضادة ام لا كالوصية لزيد بثلث ماله ثم الوصية لعمر و
 بثلث ماله وقد تقدم انتهى .

وقد عرفت الكلام فيما تقدم ﴿و﴾ يشترط فى الوصية وجود الموصى به فى
 حال الوصية فلو وصى ولم يكن موجودا بطلت الوصية ﴿لو اوصى بالحمل﴾ ففى الوصية
 بالحمل سواء كان من الانسان او الحيوان لابد وان تقع فى حال وجوده وعلى هذا
 ﴿ف﴾ لو ﴿جاءت به﴾ اى بالولد بعد الوصية ﴿لاقل من ستة اشهر﴾ الذى هو اقل
 الحمل يعلم لوجود الحمل حال الوصية فلامحالة قد ﴿صححت الوصية به﴾ فاذا
 وصى بالحمل فى اول شهر مثلا ثم وضعت بعد ثلاثة اشهر أو ازيد الى ستة اشهر
 علم بكونه موجودا فى حال الوصية .

﴿و﴾ قد انكشف بولادته لدون الستة أنه كذلك فتصح بخلاف ما ﴿لو
 كانت﴾ قد جاءت بالولد ﴿لعشرة أشهر من حين الوصية﴾ أى بعدها للعلم بانه حال
 الوصية لم تكن حاملا وقد تحقق بعده ولو قلنا بكون عشرة اشهر اكثر الحمل
 ولو ندره فيبطل الوصية لوقوعها فى حال عدم تحقق ﴿لم تصح وان جاءت﴾ به

﴿لمدة بين الستة والعشرة وكانت خالية من مولى وزوج﴾ بأن فارقها من يباح له وطؤها ﴿حكيم به للموصى له﴾ لمعلومية سبق وجوده على الوصية .

وان اردت ان تعلم اكثر الحمل فراجع الى ج ٣٦ ص ٥٧ .

﴿و﴾ من هنا ﴿لو كان لها زوج أو مولى، لم يحكم به للموصى له ، لاحتمال توهم الحمل في حال الوصية وتجده بعدها﴾ فلم يعلم حينئذ بوجوده قبلها ، والشك في ذلك شك في صحتها : فتبقى أصالة بقاء المال بحالها ، هذا لكنه معارضة باصالة عدم وطء جديد مع أن الظاهر بملاحظة الغلبة العادية التولد من الوطى الاول واصالة عدم وقوع الزنا .

﴿ولو قال : ان كان في بطن هذه ذكر فله درهمان، وان كان انثى فلها درهم﴾ فان خرج أحدهما فلاشكال ﴿وان خرج ذكر و انثى فكان لهما ثلاثة دراهم﴾ ايضاً للصدق ﴿اما او قال : ان كان الذي في بطنها ذكراً﴾ له ﴿كذا وان كان انثى فكذا فخرج ذكر وانثى لم يكن لهما شيء﴾ .

وفي الجواهر لعدم الاندراج في عبارة الموصى التي قد فرض فيها الانحصار بمعنى كون المراد ان جميع ما في بطنها الخ غير خفي وحدة العبارتين في الظهور من غير فرق والمقصود منهما ان كان في بطنها ذكراً كان كذا والانثى كان كذا فظهر كلاهما ولا يظهر من قوله ان كان الذي في بطنها الانحصار باحدهما لظهور العبارة في انه ذكر او انثى لا الوحدة والتعدد فلما محالة لو تعدد لزم عليه العمل بما للذكر والانثى نعم لو ولدت خنثى لم يكن عليه شيء على الاظهر ولو لم يكن الخنثى طبيعياً فالثمة لكن المقصود خصوص الذكر والانثى لا المراد بينهما ثم لا يخفى خروج الفرع عن الوصية .

﴿و﴾ على كل حال فقد ظهر لك أنه لا اشكال في أنه ﴿صح الوصية بالحمل﴾ المتحقق حال الوصية، بل ﴿و﴾ لا خلاف في الصحة ﴿بما تحمله المملوكة﴾ دابة أو أمة ﴿والشجرة﴾ .

وفي الجواهر لاطلاق أدلة الوصية فلا يقدر كونه معدوما حالها لانه يكفى فيها احتمال الوجود فيما يأتى ، وان لم يكن عن شأنه الوجود كالوصية بما يشتره أو يتهبه فى مستقبل الازمنة ، كما صرح به فى جامع المقاصد بل هو مقتضى ما فى القواعد من أن المراد بالوجود المعتبر فى الوصية امكان وجوده احترازاً عما يمتنع وجوده ومرجه فى الحقيقة الى عدم اشتراط الوجود انتهى اى الوجود الفعلى .

والمسألة بظاها مشككة وقد مرت وغرضه من تكرارها بيان ما يصح بظاها وفي المسالك قال المراد بصحة الوصية بالحمل الموجد فى بطن امه والمتجدد وقد تقدم حكم الموجد وانما اعاده ليمرتب عليه قسيمه والمراد بالمملوكة هنا ما يعم الامة وغيرها من البهايم وان كان اطلاقها على الامة اغلب ولو فرض ارادة الامة فهو تمثيل ولا فرق فى جواز الوصية بالمتجدد من ذلك بين المضبوط بمدة كالمتجدد فى هذه السنة او عشر سنين او عدد كاربعة وبين المطلق والعام المتناول لجميع ما يتجدد منها مادامت حية ولا فى المضبوط بمدة بين المتصل بالموت والمتأخر كالسنة الفلانية المتجدداتهى .

وكيف كان ف﴿ كما تصح الوصية ﴾ بالعين تصح ﴿ بسكنى الدار ﴾ مثلاً ﴿ مدة مستقبله ﴾ .

و فى الجواهر مثلاً ان لافرق فى المنفعة المتجددة بين أن تكون عيناً كحمل الشجرة والدابة وغيرها كر كوب الدابة كما لافرق بين المضبوط بمدة كالمتجدد فى هذه السنة أو عشر سنين ، وبين المطلق وبين العام المتناول لجميع ما يتجدد منها مادامت موجودة ، ولا فى المضبوط بمدة بين المتصل بالموت والمتأخر كالسنة الفلانية من المتجددة والمراد بالعام المتناول لجميع المتجدد ما استفيد من لفظ يدل عليه ، كقوله كل حمل تجدد ، أو كل ثمرة يتجدد أو نحو ذلك ، ولو كانت بما فى المتن انتهى .

وحاصل المسألة انه كما يصح الوصية بالعين في الوصية التمليلية وجعل العين ملكا للموصى له فكذلك يصح بالمنافع وجعل المنفعة للموصى له فقط دون العين بل العين باقية على ملك ورثة الموصى فبعد موته كان الموصى له مالكا للمنافع مدة معينة او ابدأ على اشكال سيأتي فالمتيقن ما اذا كانت بمقدار قليل تنتهي بحيث تقع العين على ايدى الورثة .

وعدة الاشكال في الوصايا بالمنافع واشدها اشكالا فيما كان بنحو التأبير فما حال نفس العين فان كانت باقية للميت فهو باطل لخروج ماله عن ملكيته بعد موته وان كانت لوارثه والقرض جعل منافعه لموصى له وهو يتوقف على بقاء العين في ايديهم ولا يمكن الجمع بين التصرفين وهو مشكل ولا يتم ما افيد في وجه التأبير ولا يدل على الوصية بالمنافع دليل معتبر بل المنافع من متفرعات العامة ﴿و﴾ على كل حال فقد ظهر لك من ذلك أنه ﴿لو أوصى بخدمة عبد ، أو ثمره بستان ، أو سكنى دار ، أو غير ذلك من المنافع﴾ سواء كانت أعياناً كالثمار أو غير أعيان ﴿على التأبير ، أو مدة معينة قومت المنفعة فان خرجت من الثلث والا كان للموصى له ما يحتمله الثلث﴾ يعنى لو جعلت المنفعة بدون العين ثلثا فلا بد وان تكون بقدر الثلث واما ان زاد عن الثلث كان للموصى له بقدر الثلث والزيادة موقوفة على اجازة الوارث .

وليت شعري كيف يمكن تقويم المنافع مادامت العين باقية بقدر الثلث والمسألة في غاية الاشكال و غير محررة من جميع الجهات بل تستحيل كون المدة على التأبير لانه حينئذ لزم كون العين بيد الموصى له حتى يصح لهم استيفاء المنافع الدائمة وحيث كانت المنافع ملكا لهم دون العين فاختيار العين بيد ورثة الموصى فلهم اختيار التصرف فيها بيعا او هبة او زراعة ونحو ذلك فكيف يجمع بينهما .

ومنه يظهر فساد ما في الجواهر حيث قال بعد قول المصنف قومت ما لفظه من غير

خلاف فيه عندنا ، ولا اشكال ولا يشكل ذلك بأنها ونحوها ليست من تركة الميت ولا من أملاكه ، بل هي نماء التركة التي يملكها الوارث بالموت ولذا لم تقض ديونه منها لانه يدفعه بأنها تكون للوارث اذا لم يوص بها الميت والاخرجت ضرورة أنه للمالك الموصى التسليط عليها باعتبار ملكه العين وقد استفاضت النصوص أنه أحق بماله مادامت الروح فيه فيصنع به ما شاء .

وفيه اولا ان الاشكال الذى اشار بقوله ولا يشكل ذلك الخ وارد قطعا ولا يصح دفعه بقوله اذا لم يوص بها الميت لان المفروض ان الميت اوصت بمنافعها لابعيائها والاعيان للورثة وقوله ان الموصى احق بماله ما لم يخرج عن ملكه فيه انه لم يوص بها على الفرض وانه لم يخرج عن ملكه .

وانما اخرجت المنافع بقدر الثلث دون الاعيان وهي داخلة فى ملك الوارث قطعا فالاعيان املاك لهم والمنافع نماء املاكهم وانما لم يكن لهم من نماء املاكهم بقدر الثلث دون الكل وتعيين مقدار الثلث من منافع جميع الاموال غير ممكن تدريجا وهو اشكال آخر اصعب من الاول فمن اوصى بمنافع بستانه لزيد بعد موته تأييدا .

فاولا لا يملك الموصى له من المنافع الا بعد موت الموصى فيمكن حياته بعد الوصية الى خمسين عاما فالشروع بالمنافع بعد خمسين سنة من الوصية ومدت بقاء المالكية للمنافع الى الابد ومادامت العين باقية .

فاولا لعلم ببقاء الدار او البستان حينئذ الى مائة سنة خمسونها قبل الموت وخمسونها بعده وان ابيت فالفرض المدة عشرة سنين قبلا وبعدا تقرىبا فهل يعلم ببقاء العين حتى يكون له منافعها اولاً وثانياً كيف يلحظ كون المنافع بقدر ثلث امواله او ازيد فمن كان امواله كلاً بقدر ثلاثة مائة دينار ثلثه كان مائة دينار فمنافع الجميع اما بقدر ثلثه او اقل او ازيد .

فان كانت هذه المقدار بعد موت الموصى موجودا فقد وصل منافع الثلث اليه في نفس السنة الاولى فلاوجه لحصول ما زاد عليه الا باجازة الوارث فضلا عما اذا كانت في مدة كثيرة تدريجاً فضلاً عما اذا كانت بنحو التأييد وان لم يكن بعد موته بقدر ثلث جميع ما ترك يضم اليه ما حصل بعد ذلك وهو قد يتحقق ولو بلحاظ مدة فلايجوز له ما زاد عنه بعد حصوله فضلاً عما اذا حصل المنافع تدريجاً الى الابد وقد لا يتحقق فلزم عليه اخذ العين حصولاً لمنافعها فالعين وقاية لحفظ المنافع كمال المضاربة ولذا لا يكون على العامل ضررها وقاية للمال .

وهذا كله من هذه الجهة واما من حيث كون الموصى له مالكا للمنافع دون العين فهي باقية على ملك الورثة بعد موت الموصى فهو امر قد صعب على الورثة والموصى له لان معنى الملك تسلطهم على بيعها واجارتها وهبتها والفرض لزم بقائها عند الموصى له لاجل استيفاء منافعها وذلك معدن النزاع .

ومن العجيب ما في الجواهر فزعم عدم منافاة لتصرف ورثة الموصى مع تصرف الموصى له حيث قال بعد عبارة المصنف الآتية ولا يبطل حق الموصى له بذلك ما لفظه بلاخلاف معتدبه الى ان قال وليس كالشريكين اللذين لايجوز لاحدهما التصرف في العين المشتركة الا باذن الاخر لعدم التمييز بخلافه هنا فان ملك كل منهما مميز عن الاخر على وجه يمكن التصرف فيه من دون منافاة ولا ضرر على الاخر ، الخ .

ولا يخفى ما فيه فان مجرد حصول التمييز لا يرفع المنافاة فان الورثة ارادوا بيع العين مع منافعها لا مسلوب المنفعة مادامت باقية وكذلك اجارة الارض والبستان المستلزمة لصيرورة العين في يد المشتري ولازمه رفع يد الموصى له عن استيفاء العين ومنعه عن حبس العين فكيف لا ينافى التصرفان المتضادان فموانع المنع من التصرف ليس منحصرا في عدم التمييز بل ومع التمييز ايضا لايجوز .

وبالجملة المنافع ان خرجت وكانت بقدر الثلث فصحيح كونه للموصى

له والا فلو كانت زائدة كان للموصى له بقدر الثلث فقط ولم يصرح بمقدار الزيادة .
 بداهة ان المنافع الى وقت الحساب لو كانت زائدة عن الثلث فبعدها بطريق
 اولى زائدة عليه فكلما بقيت العين بحالها زادت في منافعها واللازم حفظ العين
 بقدر حصول منافعها بمقدار الثلث التركة قيمة واللازم رد ما زاد الى ورثة الموصى
 وان كان المقصود انه بعد بلوغ المنافع بقدر الثلث ردت زيادتها الى الورثة
 فهو خلاف جعل المنافع بنحو التأييد فان المنافع الابدية في كل آن تزيد على
 آن قبلها فربما بلغت قيمة المنافع الوفاة قيمة العين ومع ذلك فما حال نفس العين
 وبالجملة صحة الوصية بالمنافع لو قلنا بها انما تصح لو جعل بقدر ثلث جميع
 امواله من المنافع عوضا عن العين بحيث ان كانت موجودا عند موته بقدر الثلث يجب
 رده الى الموصى له فلا حق له بعد ذلك بل يؤخذ بالمنافع الموجودة ولا يسلم العين اليه
 وان لم تكن موجودة بقدر الثلث يتصرف بمقدار الموجود والباقي الى حصولها
 تدريجا فبعد حصول مقدار الثلث لاحق لموصى له اصلا وما بعده ما بين ذلك وبين
 ما افاد القوم من صحة الوصية بالمنافع حتى تأييدا ولاظن تصحيحه بوجه اصلا .
 نعم الوصية بالمنافع يتصور فيما وصى بدار او بستان مثلا لزيد فقط اوله
 ولعقبه الى مدة معينة بحيث كان للموصى له مجرد منافع الدار او البستان وبعده
 تصرف في وجوه البر او رجع الى الورثة بحيث لاحق للورثة الى زمان ما عينه
 لانبحو للموصى له هو التصرف والاستيفاء من منافعها وللورثة هو التصرف في
 بيعها واجارتها ونحو ذلك .

وحينئذ كان تمام الاختيار بيد الموصى له نظير الوقف الذي لامدخلية بعده
 للمواقف وتصح ايضا بنحو ذلك لنفس الموصى بان جعل ثلث ماله لنفسه بنحو الوصية
 العهدية بان تكون العين بيد الورثة وصرف منافعها له في العزاء والزيارة والحج
 والاطعام والسكنى ونحو ذلك الى ما شاء تأييدا بان يدوم صرف المنافع له الى ان
 تذهب العين وخربت او الى مدة معينة ثم ردت العين الى الورثة ايضا او صرفت

الى مسجد او مدرسة ونحو ذلك فهو امر يصح عقلا وشرعا فى مقدار الثلث بان يخرج عن ملك الوارث عيناً ومنفعة بعد موته بنحو ما جعل لنفسه ان كانت العين بقدر الثلث او الزيادة باجازتهم ولا تصح الزيادة عن الثلث بدون رضا الورثة وهذا بخلاف الوصية بالمنافع للموصى له تأييداً المستلزمة للزيادة ايضا اذ كما لا يجوز ازيد من التصرف بالعين بدون اجازة الورثة لا يجوز ازيد ايضا من المنافع كذلك وكثيرا ما كانت الزيادة بدون رضائهم فكيف يصح منافع ملك الى آخر بقائه وعدم خرابه للموصى له مع ان المنافع الى مدة معينة قد تصير بقدر الثلث فلا يجوز له التصرف فيما زاد كما لا يصح للموصى جعل مقدار الثلثين من المنافع للموصى له كما هو لازم المنافع الدائمة بخلاف ما اذا جعل الثلث من الاعيان والاموال للموصى له فانه حينئذ اختياره بيده لا للوارث وبالجملة اختيار المال لصاحبه فى زمان حياته فيما تصرف فيه بنحو التنجيز لا التعليق والالكان للناس جميع اموالهم لما بعدهم بنحو بقاء عينها لهم وهو على خلاف جميع الادلة الكثيرة التى مرت قبيل ذلك فى جواب الصدوقه القائل بجواز اكثر من الثلث بل جميع الاموال ولو بدون اجازة الوارث وقد مرت كونه على خلاف النص والاجماع وسيأتى فى التصرفات التنجيزية .

وبالجملة القدر المتيقن من صحة الوصية بالمنافع هو كون المنافع محدودة زمانا ومعينة مقداراً بقدر الثلث مع رد عينها بعد استيعاب قيمة الثلث او كان الوصية بنفس العين من الثلث بان يكون اختياره عيناً ومنفعة بيد الموصى له والا فكونها فى زمان معين تدريجاً مع كونها امراً معدوماً يحتمل التحقق والعدم فلا يكون تحت ضابطة معينة وموجبة لعسر الحساب .

وكيف كان فصحت فى مثل خدمة العبد الى سنة قليلا كما قال ﴿ واذا أوصى بخدمه عبده ﴾ اودابته ﴿ مدة معينة ﴾ يصح وكان ﴿ نفقته على الورثة لأنها ﴾ فى النص والفتوى ﴿ تابعة للملك ﴾ المفروض كونه للوارث اى وارث الموصى وهو

اشكال آخر وهو كون النفقة على ورثة الموصى والمنافع للموصى له .
 ﴿و﴾ كيف كان ﴿للموصى له﴾ فيما كان متعلق الوصية هو نفس المنفعة
 دون العين ﴿التصرف في المنفعة﴾ على وجه لا يضر رضى العين بل على حسب التصرفات
 فى المنافع ﴿وللورثة﴾ اى ورثة الموصى ﴿التصرف فى الرقبة ببيع وعق وغيره
 و﴾ كان بحيث ﴿لا يبطل حق الموصى له بذلك﴾ كما فى الجواهر بالاخلاف
 معتدبه عندهم .

وقد عرفت تمام الكلام والمنافاة البيّن بين التصرفين فيما اراد الورثة بيع
 الموصى به او اجارته ونحوهما تأمل فيما ذكرنا ولا تغتر بالاجماع وكلمات
 الاعلام بل تصرف همك فى فهم المسألة حتى ظهر لك صدق ما ادعيناه والانصاف
 عدم صحة التصرف بالمنافع الا ندره خصوصاً فيما جعل المنافع بنحو التأييد قال
 فى الحدائق ما هذا لفظه :

وانما الخلاف فى المنفعة المؤبدة : وقد اختلفوا فيها على أقوال ثلاثة ،
 والسبب فى هذا الاختلاف - مع عدم النص - خلو العين من المنافع عند بعض
 فالوصية بمنافعها فى قوة الوصية بها ، وثبوتها عند بعض كما سيظهر لك ان شاء
 الله تعالى بيانه ، وقد نقل هذه الاقوال الثلاثة الشيخ فى المبسوط ومن تأخر عنه
 والظاهر أنها كلها للعامة .

أحدها - أن تقوم العين بمنافعها ويخرج مجموع القيمة من الثلث ، فان
 خرجت من الثلث لزم الوصية فى منفعتها ، وان لم تخرج من الثلث وضاق الثلث
 عنها لزم الوصية فى القدر الذى يخرج منه ، فيكون للموصى له من العبد بقدر
 ما يخرج من الثلث والباقى للورثة .

احتج من قال بهذا القول : بأن استحقاق المنفعة على التأييد بمنزلة اتلاف
 الرقبة ، لان الغرض من الاعيان انما هو المنافع ، فيجب أن تقوم الرقبة ، ولان
 تقويم المنفعة متعذر لانها غير معلومة ، ولا محددة لان مدة العمر غير معلومة

فلا يمكن تقويمها بالتقويم العيني . وبالجملة فإنها السلب لجميع منافعها قد خرجت عن التقويم ، فقد فات على الورثة جميع القيمة ، فكانت العين هي الغاية .
 وثانيها - تقويم المنفعة من الثلث على الموصى له ، والرقبة على الورثة وان كانت مسلوقة المنافع ومرجعه الى أن المعتبر ما بين قيمتها بمنافعها أو قيمتها مسلوقة المنافع ، وعلى هذا تحسب قيمة الرقبة عن التركة .
 احتج القائل بهذا القول بأن الرقبة تنتقل الى الورثة كما تنتقل المنفعة الى الموصى له ، فوجب أن يقوم على من انتقلت اليه وبأن الوارث يقدر على الانتفاع بها بالعتق لو كان مملوكاً ، وبيعها عن الموصى له أو مطلقاً ، وهبتها ، والوصية بها ، فلا وجه لاحتسابها على الموصى له كما ادعاه القائل الاول ويمكن الانتفاع من البستان بما ينكسر من جزوعه ويبيس ، ومن الدار بآلاتها اذا خربت وخرجت عن صلاحية السكنى ، ولم يعمرها الموصى له بمنفعتها ، فحينئذ تقوم العين بماله من المنافع مع صلاحيتها لما ذكرناه من المنافع المحدودة في كل بنسبته فاذا قيمتها على الاول مائة درهم ، وعلى الثاني عشرة دراهم علم ان قيمة المنفعة الموصى بها تسعون . فيجب ان يكون مع الورثة ضعفها ، ومن جعلته الرقبة بعشرة قال في المسالك ، وهذا هو الاصح .

وثالثها - تقويم المنفعة على الموصى له فتحسب من الثلث واما الرقبة فلا تقوم على الموصى له ، ولا على الورثة أما الموصى له فظاهر ، لانها ليست له واما الوارث فللمحيلولة بينه وبينها ، وسلب قيمتها بسلب منافعها فكانها تالفة .
 ومنه يعلم وجه الاحتياج على القول المذكور ، ومرجعه الى ان الرقبة لقيمة لها من حيث سلب منافعها فتكون من قبيل الحشرات ونحوها مما لا قيمة فيه ، وما لا قيمة له لا معنى لاحتسابه على احد وفيه ما عرفت في توجيه القول الثاني انتهى .

ولا يخفى ما في هذه الوجوه خصوصاً الاخيرة منها حيث جعل الرقبة بمنزلة

الحشرات التى لامالية لها مع انها هى الاصل قيمة واعتبارا والانصاف ان ترك مثل هذه الامورات اولى واجدر فى الكتب الفقهية مضافا الى ان الجميع على خلاف الروايات المتواترة الظاهرة فى كون المراد بالوصية هو دفع العين بمقدار الثلث بما هى عليه من القيمة بحيث كان عند الموصى له تحقق الرقبة مع منافعها والله العالم باحكامه .

﴿ولو ادعى له بقوس انصرف الى قوس النشاب﴾ وفى المجمع النشاب بالضم والتشديد السهام وفى الجواهر وهى الفارسية التى يرمى بها ﴿و﴾ قوس ﴿النبل﴾ وهى العربية التى يرمى بها السهام العربية ﴿و﴾ قوس ﴿الحسبان﴾ . وفى الجواهر وهى التى لها مجرى ينفذ فيها السهام الصغار ، فيتمخير حينئذ فى دفع أحدها انتهى فيعم الثلاثة لفة ﴿الامع قرينة تدل على﴾ ارادة ﴿غيرها﴾ أى القوس المتعارفة .

﴿و﴾ كذا ﴿كل لفظ وقع﴾ معناه ﴿على أشياء وقوعاً متساوياً﴾ لكونه متواطئاً ﴿فللورثة الخيار فى تعيين ماشاؤا منها﴾ .

﴿أما لو قال : اعطوه قوسى ، ولا قوس له الا واحدة انصرفت الوصية اليهامن أى الاجناس كانت﴾ بلاخلاف .

﴿و﴾ على كل حال ف﴿لو ادعى برأس من مماليكه ، كان الخيار فى التعيين الى الورثة﴾ لما سمعته من الضابط الذى هذا أحد أفراده ﴿و﴾ حينئذ ف﴿يجوز أن يعطوا صغيراً أو كبيراً ، صحيحاً أو معيباً﴾ ذكراً أو انثى أو خنثى لصدق اللفظ على كل واحد ﴿ولو هلك مماليكه﴾ بالموت ﴿بعد وفاته﴾ أى الموصى أو قبلها ﴿الا واحداً تعين للعطية﴾ كما فى كل مخير انحصر فى فرد ﴿فان ماتوا﴾ اجمع كذلك ﴿بطلت الوصية﴾ بمعنى انتفاء موضوعها ﴿فان قتلوا﴾ على وجهه يوجب القيمة ﴿لم تبطل﴾ الوصية ﴿وكان للورثة ان يعينوا له من

شاؤوا ويدفعوا قيمته ان صارت اليهم والاخذها من الجاني ﴿ لا انتقال حق الوصية الى البديل القائم مقام المبدل عنه في ذلك .

﴿ وتثبت الوصية ﴾ بمال او ولاية ﴿ بشاهدين مسلمين عدلين ﴾ بلا خلاف ولا اشكال ﴿ ومع الضرورة وعدم عدول المسلمين تقبل شهادة اهل الذمة خاصة ﴾ دون المجوس اى اهل الكتاب من اليهود والنصارى لكن مع كونهم محل اعتماد عندهم فمع وجودهما لا يصل النوبة الى شهادة المجوس الا اذا لم يكونوا موجودين فيعتبر شهادتهم ايضا لاحقا لهم رسول الله ﷺ باليهود والنصارى فى اعطاء الجزية ويدل على قبول الشهادة من اهل الكتاب بل المجوس روايات .

كخبر هشام بن ﴿ الحكم - خ ﴾ عن ابي عبدالله عليه السلام فى قوله عز وجل : ﴿ واخران من غيركم ﴾ قال : اذا كان الرجل فى بلد ليس فيه مسلم جازت شهادة من ليس بمسلم عن الوصية وخبر آخر عن هشام بن الحكم مثله الا انه قال : اذا كان الرجل فى ارض غربة لا يوجد فيها مسلم .

وخبر زرعة ، عن سماعة قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن شهادة اهل الذمة فقال : لا تجوز الاعلى اهل ملتهم ، فان لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية لانه لا يصلح ذهاب حق احد .

وخبر يونس بن عبدالرحمن وظاهر الخبرين عن الهشام جواز شهادة من ليس بمسلم وهو اعم من اهل الكتاب واطهر من الجميع من حيث استشهاد الامام بالاية والتفصيل فى المسألة هو خبر يحيى بن محمد ، قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن قول الله عز وجل يا ايها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر احدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم او آخران من غيركم ، قال : اللذان منكم مسلمان ، واللذان من غيركم من اهل الكتاب ، فان لم تجدوا من اهل الكتاب فمن المجوس ، لان رسول الله ﷺ سن فيهم سنة اهل الكتاب فى الجزية .

وذلك اذا مات الرجل فى ارض غربة فلم يوجد مسلمان اشهد رجلين من

اهل الكتاب يحبسان بعد الصلاة « العصرية » فيقسمان بالله لا نشترى به ثمنا ولو كان ذاقربي ولا نكتم شهادة الله انا اذا لمن الآئمين قال : وذلك اذا ارتاب ولى الميت فى 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 اذا 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 ايمان بعد ايمانهم .

ومحصل الآية والاستشهاد بها من الامام ان بعد شهادة الاولين من اهل الكتاب وحلفهما بعدم الخيانة وبيانهما الحق ولو كان الحق على ضرر ذوى الاقرباء منا ان عثر وعلم ورثة الميت بكذبهما وارادوا ردّهما لا يردوا حتى يظهر لهم خلاف شهادتهما بمجيبىء آخرين وشهادتهما على خلاف شهادة الاولين فردوا شهادتهما حينئذ بشهادة الاولين و ذلك ادنى اى رد شهادة الاولين بعد ثبوت كذبهما وقبل شهادة الآخرين ادنى واقرب الى الواقع لحصول العلم بخلاف شهادة الاولين كما يظهر من خبر تميم الدارى الذى سيذكر .

وبالجملة الآية مع استشهاد الامام حينئذ من القواعد المحكمة اللازم فى كل دعوى وانه اذا ظهر خلاف شهادة الشاهد لزم ردها ومن الموهومات الواقعة فى المقام هو كون الآية منسوخة لاشتمالها على حلف الشاهد مع ان اصل النسخ لا معنى له لكلام الله الاندرة فى بعض الموارد اللازمة المعلومة لامثل سورة المائدة التى هى آخر سورة نزلت على رسول الله ﷺ على ان التعبير بالنسخ لا يناسب للعالم بجميع جزئيات حكمه و كلامه وثبوته فى الازل .

والمقصود من النسخ كان امد لحكمه تعالى ومدته الى زمان محدود معين عنده وقد حكم بنحو الاطلاق والعموم الذى يزعم كونه الى الابد مع ان له امد ونفى وانما عبر بنحو العموم لمصالح معلومة عنده تعالى فبدله فى مجيبىء

امده بحكم الاخر فزعم انه بدى له .

وكيف كان فيدل على رد شهادة الكاذب مرسل على بن ابراهيم قال : خرج تميم الدارى وابن بندى وابن أبى مارية فى سفر و كان تميم الدارى مسلما وابن بندى وابن أبى مارية نصرانيين وكان مع تميم الدارى خرج له فيه متاع وآنية منقوشة بالذهب وقلادة وأخرجها الى بعض أسواق العرب للبيع فاعتل تميم الدارى علة شديدة فلما حضره الموت دفع ما كان معه الى ابن بندى وابن أبى مارية أن يوصلاه الى وريثه فقد ما الى المدينة وقد أخذوا من المتاع الآنية والقلادة وأوصلا سائر ذلك الى الورثة فافتقد القوم الآنية والقلادة فقالوا لهما هل مرض صاحبنا مرضا طويلا أنفق فيه نفقة كثيرة ؟ قالوا : لا ما مرض الا أياماً قليلا .

قالوا : فهل سرق منه فى سفره هذا ؟ قالوا : لا قالوا : فهل اتجر تجارة خسر فيها ؟ قالوا : لا ، قالوا : فقد افتقدنا أفضل شيء كان معه : آنية منقوشة بالذهب مكلّلة بالجواهر وقلادة فقالوا : ما دفع اليها فقد أديننا اليكم فقد موهنا الى رسول الله ﷺ فأدجب عليهما اليمين فحلفا فحلا عنهما ، ثم ظهرت تلك الآنية والقلادة عليهما فجاء اولياء تميم الى رسول الله ﷺ فقالوا : قد ظهر على ابن بندى وابن أبى مارية ما ادعيناه فانتظر رسول الله ﷺ الحكم من الله فى ذلك فأنزل الله تبارك وتعالى «يا أيها الذين آمنوا» الى آخر الآية .

فهذه الشهادة الاولى التى جعلها رسول الله ﷺ «فان عشر على أنهما استحقا انما» أى أنهما حلفا على كذب «فاخران يقومان مقامهما» يعنى من أولياء المدعى من الذين استحق عليهم ، فيقسمان بالله ، أى يحلفان بالله أنهما أحق بهذه الدعوى منهما فانهما قد كذبا فيما حلفا بالله لشهادتنا أحق الى آخره فأمر رسول الله ﷺ أولياء تميم الدارى أن يحلفوا بالله على أمرهم ، فحلفوا فأخذ رسول الله ﷺ القلادة والآنية من ابن بندى وابن أبى مارية ورددتها على أولياء تميم الدارى ، والاشكال فيه فى امر رسول الله ﷺ أولياء تميم الدارى بالحلف مع انهم

مدعون والفرق بين خبر تميم الدارى واخبار الشهادة ولو كان ملاك الموردين واحداً تقريباً ان خبر الشهادة فى خصوص الاخبار بشهادة الوصية من الكتائبين وانه لو اخبر الكتائبين بوصية الموصى بمال و شهد آخران منهم على خلاف شهادة الاولين بحيث ظهر الكذب من الاولين ثم شهدا بذلك الاخران على خلاف الاولين فخذوا واعملوا بشهادة الآخرين .

وخبر تميم الدارى اجنبى عن ذلك فانه فيما كان رفقاء من الكتائبين قد خانه فى سفره عند موته وسرقا من امواله القلادة والآنية وانكراه حتى شكى ورثته عند رسول الله فنزل الآية المذكورة لكن استشهاد الامام عليه السلام بالآية يعم الموردين وانه عند الخيانة والكذب عمل بقول من صدق كما فى مورد شهادة الكتائبين كذبا .

وكيف كان لاشكال بمقتضى الروايات بصحة الشهادة لغير المسلمين عند فقدهما وانه لو كانا موثقين لزم العمل بقولهما وهو على القاعدة حتى انه لو وجد المسلمان الفاسقان ومن اهل الكتاب موثقين كان الثانى اولى لكن ظاهره على خلاف قواعد القضاية فان ورثة تميم الدارى هو مدعى لاموالهم وابن بندى وابن ابى مارية منكران فعلى ورثة تميم الدارى هو البيئنة وعلى صاحبيه هو اليمين .

ولعله لذلك كان مراد صاحب الجواهر بقوله مخالف للضوابط والقواعد فقال بعد نقله وهو وان كان مضمونه غير الاول ، ضرورة صراحتى فى حلف اولياء تميم بمجرد دعواهم الا انه على كل حال مخالف للضوابط والقواعد .
نعم فى غير هذا الخبر أن النصرانيين قد ادعا شراءه عن تميم ، وأنكرهما الورثة ولعل هذا الوجه فى تحليف الوليين ويمكن أن يكون الارث منحصرأ فيهما ولذلك حلفا الا ان ذلك كله اجنبى عن ظاهر الآية كما ان هذا الخبر الذى هو السبب فى نزول الآية اجنبى عما عند الاصحاب من قبول شهادة أهل

الذمة في الوصية لعدم تضمنه شيئاً من ذلك انتهى .

لكنه لو كان مراده ذلك لا يمكن دفعه بانه اذا ذهب ورثة تميم الدارى الى رسول الله وقالوا القلادة والائناء عندهما فاجب رسول الله ﷺ على انكارهما اليمين وهو على القواعد .

واما يمين اولياء تميم الدارى في ذيل الخبر يمكن ان يكون لتبديل الدعوى الاول وصيرورتهما في الثانية مدعيان للبيع من تميم الدارى فان الفرض وجد القلادة والآية عندهما ولاوجه لانكارهما لكن على دعوى كون القلادة والآية لنا للبيع للتميم الدارى فوظيفة اولياء تميم الدارى هو الحلف فتأمل جيداً فان دليل عبارته صريح في ان جعله على خلاف القاعدة مع ان ما في الخبر الآخر صريح في ذلك فيكون على قواعد القضائية .

واما قوله ان هذا الخبر الخ وان كان حقاً لكن استشهد الامام عليه السلام بالاية لموردين ظاهر في عموم الخبر لكل مورد من هذا القبيل وانه اذا ظهر كذب الحالفين وجب الرجوع بشهادة الاخرين .

وفي الحدائق ما لفظه وتستفاد من هذه الاخبار عدة فوائد : الاولى - ما ذكرناه وان كان خلاف ما صرح به الاكثرون اشترط القبول بالسفر فلا تقبل في الحضر والوجه فيه ما عرفت من وجود المسلمين في الحضر حيث ان المسلم لا يسكن الا في بلاد الاسلام .

الثانية - اشترط الحلف وان يكون بالكيفية التي دلت عليها الآية ، كما يدل عليه خبر يحيى بن محمد المذكور ، ومثله مرفوع على بن ابراهيم ، وخبر المفضل وما تقدم نقله عن العلامة من أنه يحلف بعد العصر ، قد دل عليه مرفوع على بن ابراهيم برواية النعماني عن علي عليه السلام كما تقدم ورواية يحيى بن محمد كما في بعض نسخ المشايخ المذكورين ، وفي بعض آخر بلفظ الصلاة بقول مطلق وينبغي حمل الاطلاق على العصر لما عرفت .

الثالثة - ان ظاهر أكثر الاخبار المذكورة هو قبول الشهادة على الوصية أعم من أن يكون بمال أو ولاية ، إلا أن مورد الآية والقضية التي نزلت فيها كما دل عليه مرفوع على بن ابراهيم انما هو المال ، وهو الظاهر أيضاً من كلامه فى المسالك ، حيث قال بعد أن صرح بثبوت الوصية بشهادة عدلين مسلمين : ولا فرق فى قبولها بها بين كونها بمال أو ولاية ، ومع عدم وجود عدول المسلمين تقبل شهادة عدول أهل الذمة بالمال ، للآية والرواية ، ودعوى نسخها لم يثبت ، وهو ظاهر فى أن الوصية تقبل بشهادة عدول المسلمين فى المال والولاية انتهى . وكيف كان فكما تقبل الوصية بالشاهدين العدلين بالمال ﴿وتقبل فى الوصية بالمال شهادة﴾ العدل ﴿واحد مع اليمين﴾ بل ولا اشكال لاطلاق دليله ، بل يمكن تحصيل الاجماع من الخاصة عليه فما فى نافع المصنف من التردد فى ذلك فى غير محله ﴿أو شاهد﴾ عدل ذكر ﴿وامرأتين﴾ ثقتين . وفى الجواهر بالاخلاف ولا اشكال ، لاطلاق ما دل على ذلك الشامل لما نحن فيه انتهى .

وبالجملة هل يكون اليمين بمنزلة عدل واحد وكذا الامرأتين بحيث كان العدل الواحد مع اليمين او الامرأتين بدل عدل آخر كما اذا كان الشاهد عدلين او لا والظاهر انه اتفاقى .

وفى الحدائق قال لاريب أنه كما ثبتت الوصية بالشاهدين ثبتت أيضاً فيما اذا كانت مالا بشاهد ويمين ، أو شاهد وامرأتين ، وهو موضع وفاق فى المال ، وصية كان او غيرها انتهى فاليمين بمنزلة العادل الواحد كما ان امرأتين عادلتين بمنزلة رجل عادل واحد فكما ثبتت الوصية بالولاية او المال بشهادة عدلين فكذلك بشهادة عدل مع يمينه او مع امرأتين وكذلك فى غير مورد الوصية وذلك لقوله تعالى فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء فجعل عز من قائل شهادة امرأتين بمنزلة الواحد العدل وظاهره وان كان لاحجية فى العادلة الواحدة اصلاً لكن

ورد ايضا انه يثبت بقولها ربع المال وبقول امرأتين نصف المال وبشهادة الاربع جميع المال ولذا قال المصنف .

﴿وتقبل شهادة الواحدة في ربع ما شهدت به ، وشهادة اثنتين في النصف وثلاث في ثلثة الارباع وشهادة الاربع في الجميع﴾ وضم الى العبارة في الجواهر بقوله وشهادة الثلاث في ثلاثة ارباع ثم قال بعد تمام العبارة فهو مشترك بين المقام وغيره ، من الاموال من غير خلاف في شيء من ذلك أجده انتهى .

وفي الحدائق ما لفظه : وكذا ثبت فيما اذا كانت مالا بشهادة الواحد ربع ما شهدت به ، وبشهادة اثنتين ، النصف وبثلاث ثلاثة أرباع ، وبالاربع الجميع انتهى وظاهره ايضا ان الحكم محل اتفاق من الاصحاب لما دل عليه الاخبار فانها العمدة في ثبوت الحكم وهي كثيرة

فمنها : ما روى عن الشيخ في التهذيب في الصحيح عن ربعي عن أبي عبدالله عليه السلام في شهادة امرأة حضرت رجلا يوصى ليس معهارجل فقال يجاز ربع ما أوصى بحساب شهادتها .

وما رواه في الفقيه في الصحيح عن حماد بن عيسى عن ربعي مثله بأدنى تفاوت. وعن محمد بن قيس في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وصية لم تشهدا الا امرأة فقضى ان تجاز شهادة المرأة في ربع الوصية ورواه بسند آخر عن محمد بن قيس ايضاً مثله الا انه زاد اذا كانت مسلمة غير مريبة في دينها .

وعن ابان عن ابي عبدالله عليه السلام انه قال في وصية لم تشهدا الا امرأة فاجاز شهادة المرأة في الربع من الوصية حساب شهادتها .

هذه هي روايات الدالة على قبول شهادة المرأة الواحدة بدون اليمين وكلها على الوصية بالمال وانه يثبت بشهادتها ربع المال مع عدم تصريح في الاخبار بالعدالة في المرأة .

ومن القطعيات عدم ثبوت شهادة الغير العادل فى الرجل فضلا عن المرأة سلمنا كون المقصود هو المفروغية عن عدالتها لكن الاصحاب قد اختلفوا فى حجبية شهادة العدل الواحد والمرء نصف الرجل فاذا لم يكن قول الرجل الواحد حجة فى المرأة الواحدة بطريق اولى فاذا لم يكن قولهن بحجة كالا لم يكن بحجة فى البعض .

ومع جميع ذلك يعارضها خبر عبدالرحمان سألت ابا عبد الله عليه السلام عن المرأة يحضرها الموت وليس عندها الا امرأة تجوز شهادتها قال تجوز شهادة النساء فى العذرة والمنفوس ، وقال تجوز شهادة النساء فى الحدود مع الرجل ، ومضمر عبدالله عليه السلام سألته عن امرأة حضرها الموت وليس عندها الا امرأة اتجوز شهادتها؟ فقال: لا تجوز شهادتها الا فى المنفوس والعذرة .

ومكاتبة احمد بن هلال الى ابي الحسن عليه السلام امرأة شهدت على وصية رجل لم يشهدا غيرها وفى الورثة من يصدقها ومنهم من يتهمها فكتب : لا الا ان يكون رجل وامرأتان وليس بواجب ان تنفذ شهادتهما .

وفى الجواهر بعد نقلها قال لقصورها عن المقاومة من وجوه ، فلا بأس بطرحها او حملها على ارادة عدم نفوذها فى الجميع والاول منها على ارادة قبولها فيما هو اعظم من الوصية والثانى على الاستفهام الانكارى ونحو ذلك .

ولا يخفى ما فيه ولا ادرى ما وجه قصورها بل القصور عن المعارضة فيما قابلها واضح لقولهم بعدم حجبية قول العدل الواحد فكيف بالمرأة الواحدة ولو فرض عدالتها ومحل الاستفهام فى مقام السئوال على الانكار كالحمل على التقية كما ترى ومجرد عدم عمل الاصحاب مع عدم وجود ما يوجب الطرح فيها غير ممكن فلو كان مجرد عدم العمل موجبا للطرح يسرى فى جميع الموارد .

ومن المجيب قوله قده حملها على ارادة عدم نفوذها فى الجميع حتى

لامنفاة بينها وبين ما دل على النفوذ فى الربع مع ان الظاهر منها عدم النفوذ مطلقا مع صراحة النفى المطلق فى قوله الا فى المنفوس والعذرة بل وقوله الارجل والامرأتان .

وكيف كان فالمسالة فى غاية الاشكال لعدم الجرة على رد الاخبار المخالفة لها ومن الغريب ان المحقق الخوانسارى قال لكن الاصحاب لم يعملوا بهذه الاخبار فلا حاجة الى بعض التوجيهات انتهى .

وفى الحدائق بعد نقله الروايات ومكاتبة احمد بن هلال الى ابي الحسن عليه السلام وما رواه محمد بن اسماعيل بن بزيع فى الصحيح «قال : سالت الرضا عليه السلام عن امرأة ادعى بعض أهلها أنها أوصت عند موتها من ثلثها بعق رقبة لها أيعتق ذلك وليس على ذلك شاهد الا النساء ؟ قال : لا تجوز شهادة النساء فى هذا ، قال ما لفظه فحملهما الشيخ فى التهذيبين على عدم نفاذها فى الجميع ، وان نفذت فى الربع وجوز فى الاستبصار الحمل على التقية أيضاً .

ثم قال أقول : وهو الظاهر ، فان الاول بعيد عن سياق لفظ الخبرين المذكورين وهل يتوقف ثبوت ما ذكر بشهادتهن على اليمين ، المشهور عدم ، لاطلاق النصوص المذكور فانها ظاهرة فى ثبوت ذلك بمجرد الشهادة ، ولا بعد فيه ، وان كان مخالفاً لحكم غيره من الحقوق ، فانها مختلفة بحسب الشهادة اختلافاً كثيراً ، ونقل عن العلامة فى التذكرة توقف الحكم فى جميع الاقسام على اليمين ، كما فى شهادة الرجل الواحد ، ورد بأن اليمين مع شهادة الواحد توجب ثبوت الجميع فلا يلزم مثله فى البعض ، ولو فرض انضمام اليمين الى الائنتين والثلاث ثبت الجميع لقيامهما مقام الرجل .

أما الواحدة فلا يثبت بها سوى الربع مطلقا ، انضمت اليمين لها أم لا ، على أن فى ثبوت الجميع بانضمام اليمين الى الائنتين أو الثلاث اشكالا أيضاً ، لان مقتضى النصوص انما هو النصف فى الاول وثلاثة أرباع فى الثانى ، بمجرد

الشهادة، ووجود اليمين حيث لم يعتبرها الشارع هنا فى حكم العدم، وقيام الاثنين مقام الرجل فى بعض الموارد لا يستلزم قياس ما نحن فيه عليه، حتى أنه يخرج عن مقتضى ظواهر النصوص بذلك.

وبالجملة فالظاهر هو الوقوف على ظاهر النصوص المذكورة انتهى.

اقول قد اقر بان الاول وهو الجمع بحمل الانفاذ فى الربع بعيد وكذا الحمل على التقية بل مفاد اخبار المقابلة اقرب الى الواقع ولازمها عدم الحجية فلا بد من الاقتصار على الموارد التى لا بد منها كموارد التى لا يعلم الامن قبلهن لا بمثل الشهادة على المال المتيقن منه هو ثبوته بالوصية الصحيحة دون ما لم يثبت فانه للورثة حينئذ نعم لولم تكن اخبار المعارضة لثم وصح مع ان ظاهرها عدم حجية قول المرأة الواحدة رأسا الا فى العذرة والمنفوس لانه فيهما لا يعلم الامن قبلهن ومنه يظهر ضعف ما فى المسالك فانه بعد قوله ويقبل شهادة الواحد هذا ايضا موضع وفاق بين الاصحاب لوروده فى الصحيح عن الصادق عن امير المؤمنين عليه السلام ولا يخفى ان ذلك مع عدالة النساء كما هو المعتبر فى كل شهادة ولا يتوقف ثبوت ما ذكر بشهادتهن على اليمين لا طلاق النصوص فلواعتبر لزم تاخير البيان عن وقت الحاجة ولا بعد فيه بعد ثبوته بالنص وان كان مخالفا لحكم غيره من الحقوق فانها مختلفة بحسب الشهادة اختلافا كثيرا واختار العلامة فى كرة توقف الحكم فى جميع الاقسام على اليمين كما فى شهادة الواحد وفيه ان اليمين مع شهادة الواحد يوجب ثبوت الحكم للجميع فلا يلزم مثله فى البعض ولو فرض انضمام اليمين الى الاثنين او الثلث ثبت الجميع لقيامهما مقام الرجل اما الواحدة فلا يثبت بها سوى الربع مطلقا ولو شهد رجل واحد ففى ثبوت النصف بشهادته من غير يمين نظر الى قيام شهادته مقام اثنين او الربع خاصة لانه المتيقن من حيث انه لا يقصر عن المرأة او سقوط شهادته اصلا وقوفا فيما خالف الاصل على مورده اوجه اوسطها الوسط

والخنثى كالمرأة على الاقوى مع احتمال سقوطها هنا لما ذكر في الرجل الواحد انتهى .

قوله ولا بعد فيه اى لا بعد في ثبوت شهادة الواحدة بدون اليمين بعد ثبوت النص وفيه ان النص لو خلى عن المعارض والقرض انه مع تعارضه بالخصوص في المقام معارضة مع كثير من غير المقام فلم يجعل الشارع الاعتبار بالواحدة منهن في مورد واومع العدالة كيف وفي الرجل الواحد العادل كلام والمشهور عدم الثبوت فضلا عن المرأة الواحدة فضلا عن احتياج النص بتقييده بالعدالة فضلا عن قوله **ط** لا الا ان يكون رجل وامرأتان في جواب شهادة الواحدة ولا ينجبر ضعفه الا بضم اليمين بقولها كما عن التذكرة .

وكيف كان فالأظهر هو التأمل فيه وان عدم قبول قول المرأة الواحدة اولى من القبول وكيف كان فمع ضم اليمين بالشاهد قوى لظهور الآية في الشاهد مع اليمين كما مر في خبر تميم الدارى ولا يضره كونه غير المقام واما بدون اليمين لاحجة لنا في العمل باخبار الثبوت مع التعارض فلولا مخافة المخالفة للاصحاب لذهبنا الى عدم ثبوت الحكم بشهادة المرأة الواحدة بالقطع فلا جرم كان فيه التردد لعدم الدليل على حجية قولهن لروايات الدالة على عدم حجية قولهن وللعمل ببعض الاخبار واشكل من ذلك هو الاكتفاء بنفس الشهادة دون اليمين **و** كيف كان فعلى فرض العمل بروايات الشهادة بالربع فهو انما يكون في غير الولاية **ف** لا تثبت الوصية بالولاية الا بشاهدين **م** مسلمين عادلين للاصل السالم عما يقتضى قطعه بغير ذلك لعدم ثبوت حجيته **و** حينئذ **ف** لا تقبل شهادة النساء في ذلك **م** منفردا لان امر الولاية ليس من الامور المخفية عن الرجال فيختص بهم **و** وهل تقبل **م** في الولاية **م** شهادة **م** العدل **م** الواحد مع اليمين ؟ فيه تردد اظهره المنع **م** عند المصنف خاصة في الكتاب خاصة .

وحاصله ان امر الولاية ليس مخفيا على الرجال فيعتبر فيه شهادة المسلمين

دون الواحد مع اليمين ودون النساء منفردات فانه يصح لهن فيما لا يعلم الامن قبلهن راجع ج / ٥٠ ص ٣٥ - ٤٧ .

قال فى الحدائق ما هذا لفظه المشهور فى كلام الاصحاب بل الظاهر أنه لاختلاف فيه كما نقله فى المسالك عدم قبول شهادة النساء منفردات فى الولاية وعلل بأنها ليست وصية بمال ، بل هى تسلط على تصرف فيه ، وليست أيضاً مما يخفى على الرجال غالباً ، وذلك هو ضابط محل قبول شهادتهن منفردات .

والمشهور أيضاً - بل الظاهر أنه لاختلاف فيه الا ما يظهر من المحقق فى الشرايع حيث تردد فى ذلك - هو أنه لا تثبت الوصية بالولاية بالشاهد واليمين وذلك لان ضابط الثبوت بالشاهد واليمين ما كان من حقوق الآدميين ما لأد المقصود منه المال . وولاية الوصاية لا تدخل فى ذلك .

ونقل عن الشيخ فى المبسوط أنه قوى قبول الوصية بالولاية بالمرأتين مع الشاهد ونقل عن ابن الجنيد أيضاً وأورد عليه أن اللازم من ذلك قبولها بالشاهد واليمين أيضاً لان كل ما ثبت بشاهد وامرأتين ، ثبت بشاهد ويمين . وقيل فى وجه تردد المحقق هنا - : أن منشأه مما ذكر ، ومن أن الوصية بالولاية قد يتضمن المال ، كما اذا أراد أخذ الاجرة أو الاكل بالمعروف بشرطه ، ولما فيه من الارفاق ، والتيسير ، فيكون مراداً للاية والرواية .

قال فى المسالك : ولا يخفى ما فيه ، وقد قطع الاصحاب بالمنع من غير نقل خلاف فى المسئلة ولا تردد ، ووافقهم المصنف فى المختصر ، على القطع . وأبدل هذا التردد بالتردد فى ثبوت الوصية بالمال بشاهد ويمين ، وكلاهما كالمستغنى عنه ، للاتفاق على الحكم ، والقاعدة المفيدة للحكم فيهما ، انتهى وهو جيد انتهى .

﴿ ولو اشهد ﴾ اى استشهد ﴿ انسان ﴾ فى زمان حياته ﴿ عبيدين ﴾ كانا ﴿ له على حمل امته انه منه ﴾ بان يقول لعبيده ان هذا الحمل الذى لامتى كان

منى وانه ولدى و ان الامة كانت ام ولدى ﴿ثم مات﴾ الانسان الذى هو مولى العبدین والامة ولم يكن للمولى وارث سوى الاخ فورث الاخ العبدین ﴿فاعتقا﴾ اى اعتقهما الاخ ﴿وشهدا﴾ اى العبدان بعد العتق ﴿بذلك﴾ الشهادة التى استشهد هما مولاه ﴿قبلت شهادتهما﴾ وخرجتا عن ملكية الاخ للمعلم بوجود وارث فى طبقة الاولى وهو ولد امته و كانا ملكا لولده .

المصحیح وفى رجل مات وترك جارية ومملوكين فورثهما أخ له فأعتق العبدین ، وولدت الجارية غلاما فشهدا بعد العتق أن مولاها كان أشهدهما أنه كان يقع على الجارية ، وأن العجل منه ، قال : تجوز شهادتهما ويردان عبدین كما كانا .

وهذا الصحيح صريح فى ان له اخ فاعتقهما الاخ بعد ما ورثهما فاشهدا بعد ذلك بما استشهدهما المولى وحيث يقبل شهادتهما صارا ملكا لولد المولى من امته .

ولكن ﴿لا يسترقهما المولود﴾ بمعنى أنه يحرم عليه مع انهما ملكه ﴿وقيل يكره ، وهو أشبه﴾ باصول المذهب والكراهة لاجل ان العبدین شهدا بكون الحمل حراً وصارا سببا للملكية الولد فيكره له تملكهما بل لزم على الولد اعتقهما جزاءاً لهما ﴿ولا تقبل شهادة الوصى فيما هو وصى فيه ، ولا ما يجربه نفعا ، أو يستفيد منه ولاية﴾ .

فى الجواهر على المشهور بين الاصحاب بل الظاهر عدم الخلاف كما اعترف به غير واحد الامن الاسكافى فجوز شهادة الوصى للميتيم فى حجره وان كان هو المخاصم للطفل ولم يكن بينه وبين المشهود عليه ما يفسد شهادته من عداوة و نحوها ، ومال اليه المقداد . بل وكذا ثانى الشهيدین لكن قال : ان العمل على المشهور بل فى الرياض بعد أن نقل ذلك قال : وهو حسن ، ان بلغ الشهرة الاجماع كما هو الظاهر منه والافمختار الاسكافى لعله أجود لبعث التهمة من العدل ،

حيث أنه ليس بمالك ، ولم يكن أجره على عمله في كثير من الموارد .
 مضافاً الى المكاتبة الصحيحة الصريحة المرورية في الفقيه في باب شهادة
 الوصي للميت ، وعليه دين ، وفيها كتب اليه أيجوز للوصي أن يشهد لوارث
 الميت صغيراً أو كبيراً بحق له على الميت ، أو على غيره وهو القابض للوارث
 الصغير وليس للكبير بقابض فوق ^{الكتاب} : نعم وينبغي للوصي أن يشهد بالحق ولا يكتم
 شهادته ، وظاهر الصدوق العمل بها انتهى .

والمسألة مشكلة من حيث ان التهمة مع العدالة بل الوثيقة مما لا يجتمعان
 مع صراحة المكاتبة في الصحة راجع ج ٥١ ص ٢٤٤ .

وفي الحدائق ما هذا لفظه قالوا : لا تقبل شهادة الوصي فيما هو وصي فيه
 ولما يجز فيه نفعاً او يستفيد به ولاية قالوا : والضابط أنه متى كان لنفسه حظ
 في الشهادة لم تقبل .

وعدوان ذلك أموراً : منها - أن يشهد بما هو وصي فيه بأن يجعله الموصي
 وصياً على مال معين فينازعه فيه منازع فيشهد به للموصي .

ومنها أن يجز به نفعاً بان جعله وصياً في تفرقة ثلثه ، فشهد بمال للمورث
 فانه يجز به نفعاً باعتبار زيادة الثلث .

ومنها أن يجعله وصياً على ولده الصغير فيشهد للولد بمال . فانه يستفيد بها
 ولاية على المال .

وأنت خبير بما في ذلك من تطرق المناقشة لعدم ورود نص شيء مما ذكره
 والى ما ذكرناه يميل كلام ابن الجنيد حيث نقل عنه أنه قال : «شهادة الوصي
 جائزة للميتيم في حججه وان كان هو المخاصم للمطفل ، ولم يكن بينه وبين الشهود
 عليه ما يرد شهادته عليه» ومال اليه المقداد في شرحه .

قال في المسالك بعد نقله ذلك : ولا باس بهذا القول ، لبعد هذه التهمة من
 العدل ، حيث انه ليس بمالك ، وربما لم تكن له أجره على عمله في كثير من

الموارد ، الا أن العمل بالمشهور متعين ، انتهى .

أقول : ان كان تعين العمل بالمشهور من حيث الشهرة فهي ليست بدليل شرعى ، بل الاجماع لو ادعى كما اعترف به فى غير موضع من شرحه هذا ، وتقدم نقله عنه ، وسيأتى ان شاء الله فى بعض مسائل هذا الكتاب ، وان كان لدليل آخر فليس فى الباب ما يدل على ذلك ، والالذ كره واستند اليه هذا مع أن الاحكام منوطة بالنصوص ، ومقيدة بها على العموم أو الخصوص ولانص فى المقام سوى هذه التعليقات العلييلة وقد عرفت ما فيها : وبالجمله فكلامه (قدس سره) لا يخلو من المجازفة انتهى راجع ج ٥١ ص ٢٥٦ و ٤٩ ص ٢٢٩ .

﴿و﴾ على كل حال انه ﴿لو كان وصياً فى اخراج مال معين فشهد للميت بما يخرج به ذلك المال من الثلث لم تقبل﴾ .

وفى الجواهر لما فيها من اثبات حق له ، أللهم الا أن يفرض على وجه لا يكون له حق أصلاً فانه يتجه القبول حينئذ وقد يقال : ان مجرد وصايته على اخراج المال المعين لغيره ليس حقاً يمنع من قبول شهادته .
نعم لو كان المال عابداً له . انجحه عدم القبول حينئذ لما ذكرناه فتأمل جيداً انتهى .

ثم ان هذا فرع من فروع عدم قبول الشهادة كما فى الحدائق قال ثم ان مما فرعوا على ذلك ايضا انه لو كان وصياً فى اخراج مال معين فشهد للميت بما يخرج به ذلك المال من الثلث لم تقبل ، كما لو أوصى باخراج ألف درهم والتركة ظاهراً ألفان فشهد الوصى أن للميت على أحد ألفاً مثلاً ، فان قبول هذه الشهادة يستلزم اخراج الالف المجموع وصياً فيها من الثلث ، ونفوذ الوصية ، فلا تقبل وأنت خبير بما فيه بعد الاحاطة بما ذكرناه .

نعم ربما يقال : انه قد وردت هنا أخبار فيمن ترد شهادتهم ، وعد منها المتهم فمن ذلك رواية عبدالله بن سنان دقال : قلت لابي عبدالله عليه السلام ما يرد من الشهود

قال : فقال . الظنين والمتهم .

وفي رواية أبي بصير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الذي يرد من الشهود؟

قال : الظنين والمتهم والخصم .

ومثلها غيرهما ، والوصى في هذه الصور المفروضة يدخل في المتهم بالتقريب

الذي ذكره .

وفيه أنه لا يخفى أن التهمة عرفاً إنما تتحقق بما يوجب جر النفع الى نفسه
لالى غيره ، كما هو المفروض في هذه الفروض ومجرد صرفه الوصايا عن الميت
والقيام بأطفاله ونحو ذلك لا يتحقق له به نفع دنيوى ، بل ربما أوجب الضرر
الدنيوى له بما يوجب من اشتغاله بذلك عن قضاء حوائجه والسعى فى مطالبه وأموره
وكلما كثرت الوصايا واتسعت الدائرة فيها - وفى اموال الاطفال كان الضرر
اعظم والمنع له عن السعى فى اموره اتم ولهذا ان الشارع جوز له الاكل بالمعروف
من اموالهم فى مقابلة القيام بأحوالهم انتهى .

والانصاف انه لو كان المراد بجلب النفع بمثل هذا التصرف اللازم فكان

الكلام فى غير محله وان كان غيره فليس فى المين شىء آخر .

﴿ مسائل اربع الاولى : اذا وصى بعق عبده وليس له سواهم ﴾ ولم يجز

الورثة ﴿ اعتق ثلثهم بالقرعة ﴾ بتعديلهم اثلاثاً بالقيمة وعق ما اخرجه القرعة

بلاخلاف اجده للمرسل عن النبي صلى الله عليه وسلم وفى ستة عبيد اعتقهم مولاهم عند موته ولم

يكن غيرهم فجزاهم اثلاثاً ثم اقرع بينهم ، ﴿ ولو رتبهم ﴾ فى الوصية به ﴿ اعتق

الاول فالاول حتى يستوفى الثلث وتبطل الوصية فيمن بقى ﴾ اذا لم يجز الوارث

بلاخلاف اجده كما فى الجواهر .

ثم ان المصنف قد ذكر هنا فروعاً ومزجها فى الجواهر وحيث كان كلها

خارجة عن محل الابتلاء فى هذا العصر فنحن نكتفى بالعبارة مع مزجها فى الجملة

فقال المصنف .

﴿ولو اوصى بعتق عدد مخصوص من عبيده استخرج ذلك العدد بالقرعة﴾
 كثلاثة من العشرة فلانماص الابهة لانها العدل بين العبيد الذين قد تعلق لكل
 منهم حق بالوصية ولا طريق لتمييزه الاالقرعة ﴿وقيل : يجوز للورثة ان يتخيروا
 بقدر ذلك العدد والقرعة على الاستحباب﴾ حينئذ ﴿وهو حسن﴾ بل في المسالك
 انه اقوى لانها لكل امر مشكل .

﴿الثانية : لو اعتق مملوكه عند الوفاة منجزا وليس له سواء﴾ ولم يجوز
 الوارث ﴿قيل : عتق كله﴾ بناء على ان المنجز من الاصل ﴿وقيل : ينعتق ثلثه﴾
 حينئذ ﴿يسعى للورثة في﴾ ال ﴿باقى﴾ من ﴿قيمته وهو اشهر﴾ .

﴿ولو اعتق ثلثه﴾ عند الوفاة ﴿يسعى في باقيه﴾ لو لم يكن له مال سواء
 ﴿ولو كان له﴾ اى للذى اعتقه ﴿مال غيره﴾ اى غير العبد من الاراضى والديار
 والنقود ﴿اعتق الباقي﴾ اى الثلثان الاخران منه ﴿من ثلث﴾ جميع ﴿تر كته﴾
 سراية والحاصل لواعتق ثلثه من عبده لو لم يكن له مال آخر يسعى العبد في ثلثيه
 للورثة وان كان له مال آخر يعتق ثلثيه الباقي من جميع تر كته فلا يلزم عليه السعى
 ﴿الثالثة : لو اوصى بعتق رقبة﴾ وأطلق ولم يكن، ثمة قرينة أجزاء الصغير والكبير
 والذكر والانثى والخنثى للاطلاق ولخبر الحضرمى ولو قال : ﴿مؤمنة وجب﴾
 امثال ما اوصى به بالاخلاف، ﴿فان لم يجد اعتق من لا يعرف بنصب﴾ كما عن الشيخ
 لعدم جواز عتق النواصب لانهم انجس من الكلاب لخبر على بن ابي حمزة المنجبر
 ضعفه بالشهرة المحكية فى الروضة وعن غيرها قال : سألت ابا الحسن عليه السلام عن
 رجل اوصى بثلاثين دينارا يعتق بهارجل من اصحابنا فلم يوجد بذلك قال : يشتري
 من الناس فينعتق، وهو وان كان خالياً من التقييد بعدم النصب .

لكن القرينة على عدم جواز الناصب موجودة لكفر النواصب .
 ﴿و﴾ كيف كان ف ﴿لو ظنها مؤمنة﴾ لاخبارها ، او لاخبار من يعتمد به
 أو لاظهارها الايمان او نحو ذلك من الطرق الشرعية ﴿فاعتقها ثم بانت بخلاف
 ذلك اجزأت عن الموصى﴾ بالاخلاف اجده كما فى الرياض لقاعدة الاجزاء فى

نحوه ، مما كان المرء متعبدا فيه بظنك كذا فى الجواهر .
 وللصحيح عن رجل اوصى بنسمة مؤمنة عارفة فلما اعتقناها بان انها بغير
 رشدة فقال : قد اجزأت عنه انما مثل ذلك مثل رجل اشترى اضحية على انها سمينة
 فوجدها مهزولة .

﴿ الرابعة : لو اوصى بعتق رقبة بثمان معين فلم يجده ، لم يجب شرائها ﴾
 بالزائد ﴿ وتوقع وجودها بما عين له ﴾ فان آيس منه صرفه فى وجوه البر التى هى
 طريق ايصال مال الميت اليه اذ لا معنى لارجاعه الى الوارث بعد خروجه عنه بالوصية
 ﴿ ولو ﴾ توقع فلم يجدها بذلك ولكن ﴿ وجدها بأقل ﴾ من الثمن الذى
 اوصى به ﴿ اشتراها واعتقها ﴾ بلاخلاف أجده فيه ، لقاعدة عدم سقوط الميسور
 بالمعسور كما فى الجواهر ﴿ ودفع اليها ما بقى ﴾ لموثق سماعة سألت أبا عبد الله
^{عليه السلام} عن رجل اوصى أن يعتق عنه نسمة من ثلثه بخمس مائة درهم ، فاشترى الوصى
 بأقل من خمس مائة درهم وفضلت فضلة فماترى فى الفضلة ؟ قال تدفع الى النسمة
 من قبل أن تعتق ، ثم تعتق عن الميت ، المحمول على صورة تعذر الموصى به ،
 ولو بقرينة حمل فعل المسلم على الوجه الصحيح .

الفصل ﴿ الرابع فى الموصى له ﴾ ﴿ ويشترط فيه الوجود ﴾ حال الوصية
 ﴿ فلو كان معدوما لم تصح الوصية له كما لو اوصى لميت او لمن ظن وجوده ،
 فبان ميتا عند الوصية و كذا لو اوصى لما تحمله المرأة ﴾ فى الزمان المستقبل
 ﴿ او لمن يوجد من اولاد فلان ﴾ بلاخلاف أجده فى شىء من ذلك .

بل عن نهج الحق والتذكرة الاجماع عليه للاصل المقتصر فى تقيده بالمنساق
 من اطلاقات الوصية فى الكتاب والسنة على الوصية للموجود على ان المراد هنا
 الوصية التى قد عرفت كونها تمليك عين او منفعة والمعدوم ليس له اهلية التملك
 والظاهر لا اشكال فيه لعدم قابلية المعدوم للتمليك لكنه مختص بالوصية
 التمليلية دون الهدية كما فى الجواهر قال :

نعم هذا كله فى الوصية التمليلية اما الوصية الهدية التى لم يقصد الموصى

انشاء تملك فيها ، فلا اجد مانعا من صحتها للمعدوم بمعنى ان يعهد الميث في اعطاء شيء او وقفه او نحو ذلك لمن يتولد من زيد مثلا واطلاق اشتراط الاصحاب الموجود في الموصى له منزل بقرينة تمليلهم وغيره على التمليلية التي هي احد العقود انتهى ﴿وتصح الوصية للاجنبي والموارث﴾ بالكتاب والسنة .

اما الكتاب فقوله عز من قائل كتب عليكم اذ حضر احدكم الموت ان ترك خیر الوصية للوالدين والاقرين .

واما السنة فمنها قول ابي جعفر عليه السلام في الصحيح «الوصية للموارث لا بأس بها»

وفي آخر سأله محمد بن مسلم عن الوصية للموارث فقال : يجوز .

وفي ثالث «فقال : يجوز ، ثم تلا هذه «ان ترك خيراً» الى آخره الى غير

ذلك غير خفي انه مضافا الى اطلاقات الادلة وترك الاستفصال والى التصريح بعدم الباس مثل ما ذكر ان الوصية للموارث اقرب الى الواقع من غيره لان المطلوب في الوصية هو كونها اقل من الثلث كما تقدم آنفا غاية الامر ان الشارع جعل للموصى اختيار الثلث ماله بنحو يكون المطلوب اقل منه فكونه للموارث هو جمع بين مطلوبية الموصى له ومطلوبية الموصى لان اقلية الثلث لاجل كون سهم الوارث اكثر فما عن العامة لادجه له اصلا نحو ما عن تفسير العياشي من خبر ابي بصير عن احدهما عليه السلام في قوله تعالى «كتب» الى آخره قال : هي منسوخة نسختها آية الفرائض التي هي الموارث .

ولا يخفى ان هذه الآية لاتنافي الوصية للموارث ايضا فانها اضافة على الارث

وخبر القاسم بن سليمان «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل اعترف لوarith بدين في مرضه؟ فقال : لا تجوز وصيته لوarith ولا اعتراف له بدين» المحتمل ايضا ارادة نفى الوصية بالزايد على الثلث كما في الجواهر .

كما في النبوي المروي عن تحف العقول انه قال عليه السلام ؟ في خطبة الوداع

ايها الناس ان الله قد قسم لكل وارث نصيبه من الميراث ولا تجوز وصية لوarith باكثر من الثلث .

كخبر محمد بن عيسى قال : « كتب على بن بلال الى ابي الحسن على بن محمد عليه السلام يهودى مات ووصى لديانه بشيء اقدر على اخذه هل يجوز ان آخذه فأدفعه الى مواليك؟ او انفذه فيما وصى اليهودى فكتب عليه السلام اوصله الى وعرفنيه لانفذه فيما ينبقى انشاء الله ، لكن ليس فى الخبر التصريح بالحربى وهو محل الكلام و كان الكلام فى وصية المسلم للحربى لافى وصيته لديانه فالخبر اجنبى عن محل النزاع فالحربى ممنوع من الاعطاء مطلقا .

وقد ورد النهى عن اعطائه الزكاة والقائها فى البحر لولم يجد مؤمنا ولم يدفع اليهم كما ورد فى اهل السنة فاذا لم يجز لهم الزكاة فعلى الحربى بالاولوية فلا يجوز كما حكى عن بعض الاساطين راجع ج ٣١ ص ٣١٥ حيث وقع هناك بعض الكلام فى ذلك .

﴿ ولا تصح الوصية لمملوك الاجنبى ﴾ اى غير الموصى ﴿ ولا لمديره ﴾ الضمان فى مديره وغيره كلها راجعة الى الاجنبى ﴿ ولا لام ولده ، ولا لمكاتبه المشروط والذى لم يؤد من مكاتبته شيئا ولو اجاز مولاه ﴾ .
وفى الجواهر اجماعاً محكياً عن ظاهر المذهب وصريح التذكرة بل و التنقيح انتهى .

ولا يخفى انه ان كان وجه عدم الجواز عدم كون المملوك مالكا فقد مر مناصحة مالكية المملوك والمملوكة وان كان غيره فلا يعلم وجهه مع انه احسان ممدوح الى امثاله راجع ج ٢٥ ص ٨٥ .

﴿ وتصح ﴾ الوصية ﴿ لمبدأ الموصى ، ولمديره ، ومكاتبه وام ولده ﴾ فى الجملة بان يجعل لاحدهم شيئا من الاموال مثل عشرين درهما ونحوه ﴿ ويعتبر ما يوصى به لمملوكه بعد خروجه من الثلث ﴾ اى كان بقدر الثلث ﴿ فان كان بقدر قيمته اعتق و كان الموصى به للورثة ﴾ يعنى ان ما جعل له من الاموال بعد ما كان بقدر الثلث او الزيادة مع اجازة الوارث فلا يخلوا ما ان يكون بقدر قيمة العبد او

اكثر او اقل فان كان الاول فعتق والفرض كان ما جعل له بقدر قيمته فما جعل له كان للوارث فان العبد جعل ثلثا فان الثلث لا يكون مرتين فاذا جعل العبد ثلثا كان ما وصى به للوارث فبذل الثلث بالعبد .

﴿ وان كانت قيمته اقل اعطى الفاضل ﴾ بالعبد ﴿ وان كانت أكثر يعتق بقدر قيمته وسعى للورثة فيما بقي ﴾ لكن قيده المفيد والشيخ في النهاية بل والقاضي والديلمي على ما حكى عنهما ، ﴿ ما لم تبلغ قيمته ضعف ما أوصى له به ، فان بلغت ذلك ﴾ كماله كانت قيمته مأتين والموصى بهاله مائة ﴿ بطلت الوصية ﴾ تأمل .
 ﴿ وقيل : ﴾ والقائل والد الصدوق والشيخ في الخلاف والحلبى والحلى ﴿ تصح ﴾ الوصية مطلقا ﴿ ويسعى في الباقي كيف كان وهو حسن ﴾ بل الاقوى وفاقا لمن عرفت ، بل المشهور بل عن الخلاف الاجماع عليه اقول وجه البطلان لاجل ان حق الورثة موقوف حينئذ الى حصول الزيادة بالسعى وربما لا يحصل وقد يموت العبد وما عن فقه الرضا عليه السلام من قوله عليه السلام « فان أوصى لمملوكه بثلث ماله ، قوم المملوك قيمة عادلة فان كانت قيمته أكثر من الثلث استسمى في الفضيلة ، وان كان حسنا لكن الكلام في حجيته كما مر راجع ج ٢٨ ص ٦٣ .
 وكيف كان فالدليل على الصحة هو خبر الحسن بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله قال : فقال : يقوم المملوك بقيمة عادلة ثم ينظر ماثلت الميت فان كان الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة ، استسمى العبد في ربع القيمة وان كان الثلث أكثر من قيمة العبد اعتق العبد ودفع اليه ما فضل من الثلث بعد القيمة .

﴿ واذا أوصى بعتق مملوكه ﴾ ولم يكن عنده سواه ﴿ و ﴾ كان ﴿ عليه دين ﴾ وفي الجواهر يحيط بقيمته بطلت وصيته ويبيع المملوك في الدين و ان لم يكن محيطا به ﴿ فان كانت قيمة العبد بقدر الدين مرتين اعتق المملوك ﴾ .
 وفي الجواهر لتفوز وصيته في ثلثه وهو هنا سدس العبد فان نصفه للدين

وثلاثه من النصف الثانى للوارث فيبقى السدس ثلث الموصى فاذا اعتق السدس سرى فى الجميع ﴿ويسمى﴾ العبد حينئذ ﴿فى خمسة اسداس قيمته﴾ ثلثة منها للدين وسدسان منها للورثة وكذلك لو كان أزيد من المرين ﴿وان كانت قيمته أقل﴾ من الدين مرتين وان كانت اكثر من الدين ﴿بطلت الوصية بعته﴾ عند الشيخين وابن البراج وغيرهم .

﴿والوجه﴾ اى وجه بطلان الوصية بعته حينئذ ﴿ان الدين يقدم على الوصية فيبدأ به﴾ وهذا راجع الى الزيادة بقدر مرتين اى حينئذ يبدأ بالدين ثم بعده بالباقي ويجعل سهمان للوارث وسهم للمعتق فيعتق ويسمى فى تمام قيمته للديان والورثة تأمل فى ذلك ﴿فيعتق منه﴾ اى من العبد ﴿الثلث مما فضل عن الدين﴾ وهو سدس العبد .

ثم اعلم ان الذى لزم التذكر به هو انه فى المقام وان كانت قيمة العبد ضعفين للدين ولا يكون الدين محيطا بقيمة العبد لكن الفرض هو العلم بانعتق العبد حينئذ مستلزما لسعيه لما يكون للديان والورثة وهل يجوز ذلك تاخير الدين وحق الورثة الى ان يتم السعى وبلوغ المال بصاحبيه مع امكان موت العبد ومرضه وعدم امكان سعيه وكيف يصح عملا عمدا موجبا لتأخير حق الديان او ذهاب حقهم وكيف يصح حبس سهم الوارث والمسألة غير محررة من الاصحاب وانه حينئذ لايجوز .

والروايات وان كانت غير مقيدة بذلك لكنها ليست فى مقام الاطلاق من جميع الجهات والاخبار كالايات تفسر بعضها بعضا واللازم هو جمع جميعها والروايات الواردة فى الدين والتساهل فى امره وتضييع حق الغير ولاظن جواز العتق حينئذ من هذه الجهة .

ويمكن حمل الاخبار الدالة على الجواز فى مثل الفرض الزيادة مرتين

على القطع بحصول السعى ووصول حق الديان والورثة والعلم برضاية صاحبيه وغير ذلك .

وبالجملة مقتضى تقدم الدين على الوصية تقدمه فى جميع الاحوال سواء زاد عن قيمة العبد عن الدين مرتين او اقل من ذلك مع اصل الزيادة والقدر المتيقن من جواز العتق هو الزيادة بقدر المرتين لكن فيه ايضا لحاظ تحقق السعى عاجلا ووصول حق الديان والوارث فلا يجوز ذلك لو اخر السعى فلا يجوز العتق لذهاب حق الغير بل العتق مطلقا فى مثل ذلك غير جائز والوصية غير نافذة وانما يكون له اختيار ثلث ماله لولم يضرر بالغير فاذا فرض كون قيمة العبد زيادة على الدين فى الجملة يجب بيعه ورد مال الديان كما عن الشيخين كما تقدم فالعتق فى موارد الدين ممنوع لكن النص حيث دل على جوازه فى صورة كون الزيادة مرتين تلتزم به فانه المتيقن من الجواز كما هو مضمون صحيح عبدالرحمان ولا يجوز التعدى عنه الى غيره .

لكن فى صورة اليقين بوصول حق الغير الى صاحبيهم والا فلا يجوز فبمجرد زيادة القيمة يجب البيع ودفع الديون الى صاحبيهم فانه واجب قطعا والعتق امر مستحب لا يعارض ذلك ولا يصح مقابله مع الواجب مطلقا ومن الغريب ما عن الحلبي من نفوذ العتق من الاصل وسقوط الدين من رأس .

وكيف كان فظاهر المتن والشارح الجواهر بطلان الوصية فى صورة اقلية زيادة القيمة عن المرتين وان كانت زائدة عن الدين ولكن لا يبلغ الزيادة بضعفين من الدين .

ولعله هو الحق كما عرفت لوجوب رد ديون الناس فورا والفرض امكانه حينئذ لفرض زيادة قيمته عن الدين بل هو صريح ابن ابي ليلى وتصديقه الامام على خلاف ابن شبرمة القائل بالعتق والسعى للديان مطلقا .

وقوله الغلاة فى الصحيح ان العبد لا وصية له مراده الغلاة هو انه فيما كان

مديونا يجب فوراً بيع العبد ورد الديون بل الدين يمنع عن وجوب الصلاة في اول الوقت مع امكانه فكيف يؤخر الدين عمدا الامر مستحب فصحيح عبدالرحمن على القاعدة جدا بل لا بد من تجويز العتق في صورة كون قيمته ضعف الدين في مورد يقطع بحصول ديون الناس وحق الورثة من كثرة ديانة العبد الساعي في اداء الدين و كثرة من يراجع اليه لحوادثهم بحيث يحصل له ما عليه .

ثم ان الظاهر ان مسئلتنا هذه من هذه الجهة صحت على القول بان المنجزات في مرض الموت عن الاصل او الثلث كالمعلقات فانه لا كلام في ان المعلقات في مرض الموت من الثلث والنزاع في المنجزات كما قال عبيد مدبر او معتق فسواء قلنا بان المنجز في مرض الموت من الاصل كما نختاره راجع ج ٢٨ او قلنا بانه من الثلث كما هو مختار المصنف .

ولذا قال ﴿ اما لو نجز عتقه ﴾ وعتق منجزا لامعلقا ﴿ عند موته ﴾ كان صحيحا وكان من الثلث عند المصنف ولذا قال ﴿ كان الامر كما ذكرناه او لا ﴾ في الوصية التي كانت معلقة بالمنجزات في مرض الموت عنده كالمعلقات فمسألة عتق العبد مع الدين المحيط بقيمته وعدمه وبطلانه على الاول وصحته على الثاني يجري على القولين سواء قلنا بان المنجزات من الاصل او الثلث فيصح النزاع وانه ان كان قيمة العبد اكثر من الدين صح العتق ان كانت الزيادة مرتين . وكيف كان فظاهر صحيح عبدالرحمن عدم جواز العتق الا فيما زاد قيمة العبد بقدر مرتين من الدين .

وكيف كان فقد مال المصنف وشارح الجواهر الى مضمونه وان صحة الوصية بالعتق فيما زاد قيمة العبد مرتين فقال ﴿ عملا برواية عبدالرحمن ﴾ بن الحجاج ﴿ عن ابي عبدالله عليه السلام ﴾ قال : سألتني ابي عبدالله عليه السلام هل يختلف ابن ابي ليلى وابن شبرمة ؟ فقلت : بلغني أنه مات مولى لعيسى بن موسى وترك عليه ديننا كثيراً وترك ممالك يحيط دينه بأثمانهم فأعتقهم عند الموت ، فسألها عيسى

بن موسى عن ذلك .

فقال ابن شبرمة : أرى أن تستسيهم فى قيمتهم فتدفعها الى الغرماء فانه قد اعترفهم عند موته وقال ابن أبى ليلى : ارى ان أبيعهم وادفع أثمانهم الى الغرماء فانه ليس له أن يعترفهم عند موته ، وعليه دين يحيط بهم ، وهذا أهل الحجاز اليوم يعترف الرجل عبده وعليه دين كثير فلا يجيزون عتقه اذا كان عليه دين كثير .
 فرفع ابن شبرمة يده الى السماء فقال : سبحان الله يا بن أبى ليلى متى قلت هذا القول ؟ والله ما قلت الا طلب خلافى فقال أبو عبدالله عليه السلام : وعن رأى أيهما صدر ؟ قال : قلت : بلغنى أنه أخذ برأى ابن أبى ليلى ، وكان له فى ذلك هوى فباعهم وقضى دينه قال : فمخ أيهما من قبلكم ؟ قلت له : مع ابن شبرمة وقد رجح ابن أبى ليلى الى رأى ابن شبرمة بعد ذلك ، فقال : اما والله ان الحق لفى الذى قال ابن أبى ليلى وان كان قدر رجح عنه فقلت له : هذا منكسر عندهم فى القياس فقال : هات قايستنى ، فقلت : انا اقايسك ؟ فقال : لتقولن باشد ما يدخل فيه من القياس فقلت له : رجل ترك عبداً لم يترك مالا غيره وقيمة العبد ستمائة درهم ، ودينه خمسمائة درهم فأعتقه عند الموت كيف يصنع ؟ قال ، يباع العبد ف يأخذ الغرماء خمسمائة درهم ويأخذ الورثة مائة درهم فقلت : أليس قد بقى من قيمة العبد مائة درهم من دينه فقال : بلى .

قلت : اليس للرجل ثلثه يصنع به ماشاء ؟ قال : بلى قلت : اليس قد اوصى للعبد بالثلث من المائة حين اعنته ؟ فقال : ان العبد لا وصية له انما امواله لمواليه فقلت له : فان كان قيمة العبد ستمائة درهم ودينه اربعمائة فقال : كذلك يباع العبد ف يأخذ الغرماء اربعمائة درهم ، ويأخذ الورثة مائتين ولا يكون للعبد شىء قلت له : فان كان قيمة العبد ستمائة درهم ودينه ثلثمائة درهم فضحك ؟ وقال : من هيهنا اتى اصحابك جعلوا الاشياء شيئاً واحداً ولم يعلموا السنة اذا استوى مال الغرماء ومال الورثة او قال مال الورثة اكثر من مال الغرماء ولم يتهم

الرجل على وصية واجيزت وصيته على وجهها فالان يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء ويكون ثلثه للمورثة ويكون له السدس .

فالظاهر لاشكال في الصحيح كما ان النزاع بين ابن ابي ليلى وابن شبرمة انما هو في الدين المستغرق الذي ليس له شيء في مقابله كما هو صريح سؤال عبدالرحمن عن الامام عليه السلام حيث قال وترك ممالك يحيط دينه بائمانهم ولا كلام فيه وان اللازم بيع العبيد ورد مال الديان كما عليه ابن ابي ليلى وصدقه الامام والى هنا كان الامر كذلك .

نعم من اول شروع السائل بالقياس مع الامام له دخل في المقام حيث قال الامام عليه السلام في جواب الباقي بعد الدين مائة درهم حيث قال ويأخذ الورثة مائة درهم مع ان ما نقض السائل على زعمه وارد عليه فاجاب عليه السلام عنه ايضا بان العبد لا وصية له انما امواله لمواليه و هكذا السؤال و الجواب بعده حتى نقض عليه بكون القيمة ستمائة ودينه ثلاثمائة فصحيح ذلك عليه السلام هذا القسم واجاب بان السنة اذا استوى مال الغرماء ومال الورثة او كان مال الورثة اكثر النخ كان على وصيته بخلاف غير هذه الصورة ولو كانت القيمة زيادة عن الدين لما عرفت من ان البيع واجب فوري لاداء مال الناس فلا يكون له الوصية .

وكيف كان لا يكون الرواية مخالفة للقاعدة بل مطابقة لها اذ ليست القاعدة تأخير مال الناس لامر مستحب فلا يصح العتق مع الديون ولو كان في مقابلها العبد بل اللازم بيع العبد والافلزم تأخير الاداء بلا وقت معين له وصحة العتق فيما له من الاموال فعلا موجودا في مقابل الدين .

ونظير الصحيح صحيح زرارة عن احدهما عليه السلام في رجل اعتق مملوكه عند موته وعليه دين فقال . ان كان قيمته مثل الذي عليه ومثله جاز عتقه ، والا لم يجز . و ظاهر هذا الصحيح ايضا عدم جواز العتق الا فيما زاد القيمة بمرتين بناء على ان المراد من قوله ومثله هو كون الزيادة مرتين اي كان قيمته مثل

الدين اى بقدر الدين ومثله اى وبقدر الدين ايضا فيكون تكرار المثل قيمة العبد و كان المراد بقدر قيمة العبد مرتين والافغير موافق مع صحيح عبدالرحمن فمن المحتمل كون ومثله الثانى تأكيداً لفظياً مثل قوله جائنى زيد زيد . فان قلت هذا بعيد ارادته .

قلت ارادة المرئين من هذه العبارة أبعاد .

وكيف كان فما افيد منه هو ما افيد من صحيح عبدالرحمن وهو موافقان مع المتواترات من الاخبار واما الصحيح الاخر اذا ملك المملوك سدسه استسعى فيكون مضمونه مضمون صحيح عبدالرحمان ايضا لان مملو كية المملوك نفسه بسدسه عبارة عن زيادة القيمة مرتين والدين نصفها .

وكيف كان فالصحيح ليست على خلاف القواعد ونظيرها ما قال الحلبي قلت لابي عبدالله عليه السلام رجل قال : ان مت فمبدي حر وعلى الرجل دين ، فقال : ان توفي وعليه دين قد أحاط بثمان الغلام ببيع العبد ، وان لم يكن قد أحاط بثمان العبد استسعى في قضاء دين مولاه وهو حر اذا أوفى ، ذكر الورثة فيه للوضوح فالمقصود زيادة ثمن الغلام بمرتين بقرينة ان جواز العتق هو المتيقن منه والا فلا يجوز العتق بل باع العبد للمدين فقد تحقق من جميع ذلك ان جواز العتق فيما لم يكن عليه دين او لو كان ، كان عليه ما يقابل الدين واما لو كان عليه ديون الناس فلا يجوز البيع اصلا كما عرفت بل مضافا الى تحقق ما يقابل الدين كان العتق بحيث لم يتضرر الورثة فلولم يكن له شيء سوى العبد ولم يكن له دين اصلا لکن له ورثة صغاراً او الكبار بحيث لو عتق العبد لم يكن لهم فلا يجوز له العتق حينئذ كما ورد ما مضمونه انه ليس منامن احرم وارثا .

وفي المسالك قال قوله ولو اوصى بعتق مملو كه وعليه دين قد عرفت من القواعد المتقدمة ان الوصية المتبرع بها انما تنفذ من ثلث المال وان الدين قدم اولاً ثم يعتبر الوصية من ثلث ما يبقى من المال بعد الدين وان المنجزات المتبرع

بها في مرض الموت بحكم الوصية في خروجها من الثلث عند المصنف والاكثر ولاشبهة في ان العتق من جملة المتبرعات واذا تقررت هذه المقدمات .

فنقول اذا اوصى بعتق مملوكه تبرعاً او اعتقه منجزاً ببناء على ان المنجزات

من الثلث وعليه دين فان كان قيمة الدين محيطاً بالتركة بطل العتق والوصية

به وان فضل منها عن الدين فضل وان قل صرف ثلث الفاضل في الوصايا فيعتق

من العبد بحساب ما يبقى من الثلث ويسعى في باقى قيمته سواء في ذلك كانت

قيمه بقدر الدين مرتين او اقل لان العتق تبرع محض فيخرج من الثلث والمعتبر

منه ثلث ما يبقى من المال بعد الدين على تقديره كغيره من المتبرعات هذا

هو الذى يقتضيه القواعد المذكورة ولكن وردت روايات صحيحة في التبرع بالعتق

تخالف ما ذكر وحاصلها ان يعتبر قيمة العبد الذى اعتق في مرض الموت فان كانت

بقدر الدين مرتين اعتق العبد ويسعى في خمسة اسداس قيمته لان نصفه حينئذ

يتصرف الى الدين فيبطل فيه العتق و هو ثلثة اسداس يبقى منه ثلثة اسداس

للمعتق منها سدس وهو ثلث التركة بعد وفاء الدين وللورثة سدسان هما ثلثا التركة

وهو واضح وان كانت قيمة العبد اقل من قدر الدين مرتين بطل العتق فيه اجمع .

روى ذلك عبدالرحمن بن الحجاج في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث

طويل محصله ما ذكرناه و روى عن زرارة في الحسن مثله الا ان الرواية به

مقطوعة فلذا لم يذكرها المصنف هنا واقتصر على رواية عبدالرحمن لصحتها

وقد عمل بمضمونها المصنف والجماعة وان خالفت القواعد المتقدمة نظرا الى

اعتبارها ويكون العتق المنجز مستثنى من الحكم السابق انتهى والله العالم

﴿ولو اوصى لمكاتب غيره المطلق﴾ كان ﴿قد أدى بعض مكاتبته كان له

من الوصية بمقدار ما اداه﴾ لانها تصح له على قدر ما تحرر منه ان نصفاً فنصف وان

ثلثاً فثلث كذا في الجواهر .

﴿ولو اوصى الانسان لام ولدته صحت الوصية من الثلث﴾ بلا خلاف ﴿وهل

تعتق عن الوصية ﴿ اذا وفّت بقيمتها ﴾ او من نصيب ولدها ﴿ ادعى التخيير بينهما او من ثلث الميت غير ما اوصى به .

﴿ قيل : ﴾ والقائل جماعة ﴿ تعتق من نصيب ولدها وتكون لها الوصية ، وقيل : ﴾ والقائل ايضاً جماعة ﴿ بل تعتق من الوصية ﴾ بل عن المذهب نسبه للشهرة ﴿ لانه لا ميراث الا بعد الوصية ﴾ وعن الرياض انه وسابقه قولان مشهوران ﴿ واطلاق الوصية ﴾ لجماعة محصورة ﴿ يقتضى التسوية ﴾ ما بينهم من غير فرق بين الغريب والبعيد ، والذكر والانثى وهو معلوم لعدم الترجيح ﴿ فاذا اوصى لاولاده وهم ذكور واناث فهم فيه سواء ، وكذا لاخواله وخالاته ، او لاعمامه وعماته وكذا لو اوصى لاخواله واعمامه ، كانوا سواء على الاصح ﴾ .

وفي الجواهر خلافاً للمحكي عن الشيخ وجماعة ، وان لم أنحقق ذلك فكالارث ، ولا ريب في ضعفه ، بل عن ظاهر التذكرة الاجماع على خلافه ﴿ و ﴾ ان كان ﴿ فيه رواية ﴾ صحيحة لكنها ﴿ مهجورة ﴾ وهي صحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام ﴿ في رجل اوصى بثلث ماله في اعمامه واخواله فقال : لاعمامه الثلثان ، ولاخواله الثلث وهو مشكل .

وفي الجواهر وقد حملت ايضاً على ما لو اوصى بذلك على كتاب الله ، وكذا الخبر الآخر الضعيف المقتضى لقسمة الوصية للاولاد بين الذكور والاناث على كتاب الله ، وفي المسالك لم يعمل به احد ، هذا كله اذا اطلق في الوصية ﴿ اما اذا نص على التفضيل اتبع ﴾ بلا كلام ﴿ واذا اوصى لذوي قرابته كان للمعروفين بنسبه مصيراً الى العرف ﴾ كما هو الضابط في كل لفظ :

ويدل عليه ما عن محمد بن ابي نصر : « نسخت من كتاب بخط ابي الحسن عليه السلام رجل اوصى لقرابته بالف درهم ، وله قرابة من قبل ابيه وامه ما حد القرابة يعطى من كان بينه وبينه قرابة اولها حد ينتهي اليه ؟ فراك فدتك نفسى فكتب عليه السلام ان لم يسم اعطاها قرابته » وكذا عن الحميري الا انه « قال : اعطى اهل بيت قرابته »

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ على ما حكى عنه ﴿كان﴾ اى الموصى به ﴿لمن يتقرب اليه الى آخر اب وام له فى الاسلام﴾ .

وفى الجواهر بمعنى الارتقاء بالقرابة من الادنى اليه الى ما قبله وهكذا الى ابعد جد فى الاسلام وفروعه ويحكم للجميع بالقرابة ولا يرتقى الى آباء الشرك وان عرفوا بقرابة عرفاً وهو عجيب انتهى .

وهو كذلك ولذا قال المصنف ﴿وهو غير مستند الى شاهد﴾ ودليل اصلا ﴿ولو اوصى لقومه قيل﴾ والقائل الشيخان واكثر الاصحاب فى المسالك والمشهور فى غيرها ﴿هو﴾ لئلا يذكروا من ﴿اهل لغته﴾ ولا يخفى ان القوم يعم اهل مدينة وهو بعيد ﴿ولو قال﴾ لاهل بيته دخل فيهم الاباء والاولاد ﴿وان نزلوا﴾ والاجداد ﴿وان علوا قطعاً﴾ .

وفى الجواهر بل الظاهر دخول الاعمام واولادهم بل عن تذكرة الفاضل تفسيره بالقرابة التى يدخل فيها الاخوال وفروعهم وحكى من ثعلب انه قال : اهل البيت عند العرب آباء الرجال واولادهم كالاجداد والاعمام واولادهم ويستوى فيه الذكور والاناث ﴿ولو قال لعشيرته﴾ كان لاقرب الناس اليه فى نسبه ﴿وعن الفاضل ان العشيرة هى القرابة مطلقاً﴾ .

﴿ولو قال لجيرانه﴾ كان المقربين منه ، وفى المتن ﴿قيل﴾ : كان لمن يلى داره الى اربعين ذراعاً من كل جانب ، وفيه قول آخر مستبعد ﴿فالاولى جعل المدار على العرف راجع ج ٣١ ص ٣٢٥﴾ .

﴿وتصح الوصية للمحمل الموجود﴾ حال الوصية وان لم يكن قد حلت له الحياة بلاخلاف اجده فيه ، لعدم ما دل على جوازها ﴿و﴾ لكن لا ﴿تستقر﴾ الا ﴿بانفصاله حياً﴾ كالارث ﴿و﴾ حينئذ ﴿لو وضعته ميتاً بطلت الوصية﴾ بمعنى ظهور بطلانها ، وان كان قد حلت له الحياة فى بطن امه كظهور الصحة لو انفصل حياً ، فالنماء المتخلل يتبع العين فى ذلك .

﴿ولو وقع حياته مات﴾ استقرت و﴿كانت الوصية لورثته﴾ ﴿ولو اوصى المسلم للمفقر﴾ مثلاً ﴿كان لفقرائه ملته﴾ عرفاً في الوصية ونحوها وان كان اللفظ للاعم من ذلك لغة وعرفاً في غيرها ﴿ولو كان﴾ الموصى ﴿كافراً انصرف الى فقراء نحلته﴾ لذلك ايضاً .

﴿ولو اوصى لانسان ، فمات قبل الموصى ، قيل بطلت الوصية وقيل : ان رجع الموصى بطلت الوصية سواء رجع قبل موت الموصى له او بعده وان لم يرجع كانت الوصية لورثة الموصى له وهو اشهر الرايتين﴾ وفي الجواهر بل هو المختار كما عرفته سابقاً انتهى .

وقد عرفت في السابق بطلان الوصية لو مات الموصى له قبل الموصى راجع ص ١٦٩ .

﴿ولو لم يخلف الموصى له احداً رجعت﴾ الوصية ﴿الى ورثة الموصى﴾ بل يرجع الى الموصى ان لم يمت والافالي ورثته ﴿ولو قال: اعطوا فلانا كذا ولم يبين الوجه ، وجب صرفه اليه يصنع به ماشاء﴾ وهو معلوم ﴿ولو اوصى في سبيل الله صرف الى ما فيه اجر وقيل: يختص بالغزاة والاول اشبه﴾ وان كان الثاني احوط ﴿وتستحب الوصية لذوي القرابة وارثاً كان او غيره﴾ بلا خلاف فيه عندنا نصاً فتوى كما في الجواهر ويدل عليه خبر السكوني عن جعفر بن محمد عن ابيه عليه السلام «من اوصى عند موته لذوي قرابته ممن لا يرثه فقد ختم عمله بمعصية» وقالت : سالمة مولاة ابي عبدالله عليه السلام كنت عند ابي عبدالله عليه السلام حين حضرته الوفاة فأغى عليه فلما افاق قال اعطوا الحسن بن علي بن الحسين وهو الافطس سبعين ديناراً واعطوا فلانا كذا وكذا وفلانا كذا وكذا فقلت : اتعطي رجلاً حمل عليك بالشفرة يريد ان يقتلك فقال : تريد ان لا يكون من الذين قال الله عز وجل : «الذين يصلون ما امر الله به ان يوصل» الاية نعم يا سالمة ان الله تبارك وتعالى خلق الجنة وطيبها وطيب ريحها وان ريحها ليوجد من مسيرة الفى عام ولا يجد ريحها عاق ولا قاطع رحم»

الى غير ذلك من النصوص .

﴿واذا اوصى للاقرب نزل على مراتب الارث﴾ بالنسب بمعنى تقديم المرتبة الاولى على الثانية وتقدمها على الثالثة ﴿و﴾ حينئذ ف﴿لا يعطى الا بعد مع وجود الاقرب﴾ لان المراد التنزيل في كيفية الاستحقاق لما عرفت من ان الوصية يتساوى فيها الذكر والانثى ، والمتقرب بالابوين والمتقرب بالام .

الفصل ﴿الخامس: في الاوصياء﴾ وفي الجواهر جمع وصى من الوصاية بكسر الواو وفتحها ، وهى الولاية على اخراج حق أو استيفائه أو على طفل أو مجنون يملك الوصى الولاية عليه بالاصالة كالأب والجد ، أو بالعرض كالوصى المأذون له فى الايصاء ، وهو معنى ما فى القواعد من أن الوصية بالولاية استنابة بعد الموت فى التصرف فيما كان له التصرف فيه من قضاء ديونه ، واستيفائها ، و رد الودائع واسترجاعها ، والولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم من الصبيان والمجانين والنظر فى أموالهم ، والتصرف فيها بما لهم الحظ فيه ، وتفريق الحقوق الواجبة والمتبرع بها ، بل لعل تعريفها بالولاية أولى من الاستنابة باعتبار كونها كذلك بعد الموت ، لأنها نيابة عن الميت الذى بموته تنقطع ولايته ، وان كان هو قد نصبه ولياً انتهى .

ثم انه وقع الكلام فى انه عقد اولا والظاهر عدمه لما عرفت من ان العقد يحتاج الى الايجاب والقبول كما تقدم فى نفس كون الوصية عقد اولا والوصاية ليست من الامور التى لا يتحقق الا بالايجاب والقبول بل كان من قبيل الامورات التى يتحقق بمجرد القرار والعهد والرضا فيكون بمنزلة العهد فكما لا يكون العهد والقول بفعل امر لا يحتاج الى الايجاب والقبول فكذلك الوصاية فيكفى فيها بعد القبول والقرار والعهد عدم ردها كما فى الجواهر وصيغته اوصيت اليك او جعلتك وصيا لنفسى ونحو ذلك فى امر كذا مثل الولاية على اولادى او اموالهم او حفظ سلامتهم .

ولولم يعين متعلق الوصاية قيل بالبطلان وقيل مع القرينة يحمل عليها والابطلت لكنه مشكل لحصول الوصاية فى الجملة بل العرف يحكم حينئذ بالولاية حينئذ بالامور المطلوبة لحفظها .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ يعتبر فى الوصى العقل والاسلام .

و فى الجواهر فلا يصح الايصاح الى مجنون مطبقاً أو أدواراً ، لعدم صحة تصرفاته وعدم صلوحه للوكالة ، فضلا عن الوصاية التى هى اعظم منها ، لانها احداث ولاية ومنصب بقصر المجنون عنها قطعاً ، لكونه مولى عليه ، بل لو طرد الجنون على الوصى بطلت وصيته فى وجهه وان كان تسمع المسائل انشاء الله تعالى أن الاقوى خلافه .

وفى دعائم الاسلام عن على عليه السلام لا يزيل الوصى عن الوصية ذهاب عقل او ارتداد أو تبذير أو خيانة أو ترك سنة ، والسلطان وصى من لا وصى له والناظر لمن لا ناظر له ، بل الظاهر عدم عودها لو عاد العقل ان كان على وجه الفسخ كما فى العقد الجائز - وفاقاً للفاضل للاصل وعدم مقتضى لعودها ، وان تردد فيه فى الدروس ، وتسمع انشاء الله تعالى تحقيق الحال فى ذلك ، فى المسائل انتهى .

﴿ واما الكلام هنا فى أنه ﴾ هل يعتبر العدالة ﴾ فى الوصى ﴾ قيل : ﴿ والقائل جماعة ، بل هو المشهور .

﴿ نعم ﴾ بل فى الغنية الاجماع عليه ﴾ لان الفاسق لأمانة له ﴾ وفى الحدائق قال لوجوب التثبت عند خبره ، وظالم لا ير كن اليه وفيه تأمل و كلام .

﴿ وقيل : ﴾ والقائل جماعة منهم الفاضل فى المختلف وابن ادريس فيما حكى عنه وغيرهما ﴾ لا ﴾ تعتبر العدالة فى الوصى ﴾ لان المسلم محل الامانة ، كما فى الوكالة والاستيداع ولأنها ولاية تابعة لاختيار الموصى فتحقق بتعيينه ﴾ وفى الجواهر وقيل كما فى المسالك : المعتبر عدم ظهور الفسق ، لظهور العدالة ، قال : لأنه لا يلزم من عدم أهلية الفاسق للاستيمان وقبول الخبر اشراط

العدالة هنا لوجود الوساطة بينهما ، وهو المستور والمجهول الحال ، فانه لا يصح وصفه بالفسق بل يعزر واصفه به فلا يدخل في المدلول واشتراط عدالة وكيل الوكيل ان أرادوا به اشتراط ظهور عدالته ، كما هو المشهور ، فهو عين المتنازع فيه ، وان أرادوا به عدم ظهور الفسق ، سلمناه ، لكن لا يفيد الاشتراط وبالجملة لا ريب في اشتراط عدم ظهور فسقه ، اما اشتراط ظهور عدالته ففيه بحث .

﴿ أما لو اوصى الى العدل ﴾ من حيث كونه عدلاً ﴿ فسق بعد موت الموصى أمكن القول ببطلان وصيته ﴾ .

وفي الجواهر بل ينبغى الجزم به وان لم نقل باشتراط العدالة في الوصى بلاخلاف أجده فيه ، بل عن المهذب و شرح الصيمري الاجماع عليه الا من الحلوى ، وفي جامع المقاصد كانه لاخلاف فيه لعدم مقتضيها ، ضرورة كون فرض عبارة النصب له من حيث العدالة ، فمع فسقه لم تشمله عبارة النصب فلا يكون وصياً ، انتهى .

﴿ لان الوثوق ربما كان باعتبار صلاحه ، فلم يتحقق ﴾ الوثوق ﴿ عند زواله ﴾ وهو واضح لان الذي اراده لم يحصل له .

و في الجواهر وكيف كان فلا تعود الوصاية بعود الوصف الا اذا صرح بذلك الموصى ، او ظهر من عبارته ، فان الأقوى جواز مثل هذا النصب لاطلاق الأدلة ، ومثل هذه الصورة تأتي أيضاً فيما لو فسق حال حياة الموصى أيضاً ضرورة عدم الفرق فيما ذكرناه من مدارك الصور بين حالي الموت والحياة .

وفي الجواهر فقول المصنف والفاضل في القواعد ﴿ فحينئذ يعزله الحاكم ويستنيب مكانه ﴾ في غير محله اللهم الا أن يكون المراد . بالعزل قطعه عن التصرفات بعد أن تحقق العزل الشرعي ، والأمر سهل بعد وضوح المقصود ، والله العالم .

﴿ ولان يجوز الوصية الى المملوك ﴾ بلاخلاف فيه في الجملة ﴿ الا ﴾ ان

يكون ذلك ﴿ باذن مولاه ﴾ فتصح الوصاية اليه حينئذ بلا خلاف .
 ﴿ ولا تصح الوصية الى الصبى منفرداً ﴾ لانه مسلوب العبارة والفعل
 ﴿ و تصح منضما الى البالغ لكن لا يتصرف ﴾ الصبى ﴿ الا بعد بلوغه ﴾ وعليه
 ﴿ لو اوصى الى اثنين ﴾ مثلاً ﴿ أحدها صغير ﴾ والآخر كبير ﴿ تصرف الكبير منفرداً
 حتى يبلغ الصغير ﴾ ولأنه وصى فى الحال منفرداً اذ الشريك معه بعد البلوغ ،
 كما لو قال : أنت وصىي فاذا حضر فلان فهو شريكك .

﴿ وعند بلوغه لا يجوز للبالغ التفرده ﴾ لحصول الشريك له حينئذ ، كما
 لو اوصى الى اثنين كاملين ابتداء على ما استعرف ، هذا ولو لم يكن عليه نص لكان
 فى الوصية فالصغير كلام وان كان صحيحا عندهم لذلك وهو ما رواه .

ويدل عليه ما رواه على بن يقطين قال « سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل
 اوصى الى امرأة وشرك فى الوصية معها صبيا ؟ فقال : يجوز ذلك ، وتمضى المرأة
 الوصية ، ولا تنتظر بلوغ الصبى . فاذا بلغ الصبى فليس له الا الرضا ما كان من
 تبديل أو تغيير ، فان له أن يردّه الى ما اوصى به الميت » .

وقال الصغار كتب الى أبى محمد عليه السلام : « رجل اوصى الى ولده وفيهم كبار
 قد أدر كوا ، وفيها صغار ، أيجوز للكبار أن ينفذوا وصيته ، ويقضوا دينه ان
 صح على الميت شهود عدول قبل أن يدرك الاوصياء الصغار ؟ فوقع عليه السلام : نعم على
 الاكابر من الولد أن يقضوا دين أبيهم ، ولا يحسبوه بذلك » .

وفى الجواهر ما هذا لفظه وفى المسالك وغيرها أن صحة الوصية الى الصبى
 منضما على خلاف الاصل . لانه ليس من أهل الولاية ، ولكن جاز ذلك للنص ،
 فلا يلزم مثله فى الوصية اليه مستقل وان شرط فى تصرفه البلوغ ، وكان ذلك
 فى معنى الضم ، وقوفاً فيما خالف الاصل على مورده ، ولانه ينفرد فى حال التبعية
 ما لا يفتقر استقلالاً .

قلت : قد عرفت سابقا ما يقتضى ان الاصل جواز نصب الصبى وصيا اذا علق

ذلك على بلوغه رشيدا ، ضرورة كونه الموافق للمعمومات وأن الوصاية كالامارة لا يقدر فيها التعليق ونحوه ، ولذا جاز الوصية الى المجنون الادوارى ، وجاز الايضاء الى زيد فان مات فالى عمرو ، والى ولده ان بلغ رشيدا ، كما نص عليه فى الدروس وكذا فى القواعد ، وحينئذ فالمتجه كون المنضم على الوجه المزبور على وفق الاصل لاعلى خلافه ، بل المتجه جواز الانضمام كذلك والاستقلال ان لم يقم اجماع على خلافه ، ودونه خرط القتاد انتهى .

وفى الجميع بحث و كونه خلاف الاصل مسلم والتعليق قاذح وما ذكره فى موت زيد فالى عمرو ليس من التعليق بل يرجع الى ان الوصاية لزيد له امد وزمان سينقضى وهل يصح شرط انعزال الكبير اذا بلغ الصغير اولاد والظاهر هو الاول كما فى الجواهر لمعموم ادلة الشروط الاشرطا خالف كتاب الله ومثله لا يكون مخالفا للكتاب والسنة .

وقد وقع نظيره عن النبى ﷺ وعن فاطمة عليها السلام «أنها أدعت فى وقفها الى امير المؤمنين عليه السلام فان حدث به حدث فالى ولديها» وقد تقدم سابقا ان الوصاية قريبة من التامير .

وفى الجواهر قال : كما هو صريح القواعد والدروس وجامع المقاصد ، بل يصح غير ذلك من الشرائط التى لم تحلل حراماً ولا تحرم حلالاً ، ولا تخالف كتاباً ولا سنة ، كالترتيب فى الوصية بأن يقول : أدعيت الى زيد ، فان مات فالى عمرو ، ونحو ذلك انتهى .

وقد روى أن النبى ﷺ قال : « الامير زيد ، فان قتل فجعفر ، فان قتل فعبده بن رواحة » .

وكيف كان فلا يصح الوصاية الى غير المميز مثل البالغ خمس سنين و هو معلوم البطلان لكن دل على الصحة خبر زياد بن أبى الحلال ، قال : « سألت أبا عبدالله (ع) عن رسول الله ﷺ ، هل أوصى الى الحسن والحسين (ع) : مع

أمير المؤمنين عليه السلام ! قال : نعم قلت : وهما في ذلك السن ؟ قال : نعم ولا يكون لغيرهما في أقل من خمس سنين ، وفي الجواهر لكن لم أجد عاملا به ، بل ظاهر غيره من النصوص والفتاوى خلافه انتهى .

ولا يخفى ان صحة ذلك من الغرائب لعدم فهم له في الوصاية غالبا وامر منكر عرفا ﴿ و ﴾ كيف كان ﴿ و ﴾ لومات الصغير ، أدبغ فاسد العقل ، كان للماقل الانفراد بالوصية ، و لم يداخله الحاكم لان للميت وصياً ﴿ و ﴾ مستقلا و في الجواهر لعدم شريك له لكون الفرض موت الصبي قبل البلوغ الذي هو شرط صحة نصبه وصيا ، وكذا الكمال فلم يشاركه أحد في وصايته ، ولا وجد ما يزيلها فهي مستصعبة على الحال الاول ، انتهى .

والظاهر عدم الاشكال في ذلك فان الوصي قبل بلوغ البائع وصى مطلقا والعمل معه لاعلى الصغير ولو فرض كونه شرطا لعمله كان شرطا لعمله حين بلوغه على فرض بقائه لامطلقا والفرض ذهاب الشرط قبل تحقق المشروط فالصغير من اول الامر وصي وشرط لو كان حيا فلا اشكال في استقلال الوصي بعدموت الصغير فهو شرط شريك في المستقبل بنحو لا يضر عدمه قبل مجيئه وقته ولا يكون له دخل في المشروط .

فانه حينئذ ليس المشروط مشروطا بوجود الشرط مطلقا فان الشرط شرط يضم الى اعماله لو كان بحيث اذا لم يكن كان نفسه مستقلا بلا مدخلية للشرط في صحة عمل الوصي اصل فهو نظير جعل الموصى من الاول وصيين له فمات احدهما فان معناه لو بقي كلاهما حيا لانه ليس وصيا لومات احدهما لحصول مقصود الموصى بوجود احدهما غاية الامر زعم كونهما في امر الوصاية ادلى .

والحاصل تارة يكون الشرط بنحو لو لم يكن لم يكن المشروط اصلا كوجود الامام المعصوم لصلاة الجمعة فلا يجوز ولا يصح الصلاة لو لم يكن امامه معصوما و اخرى كان الشرط بنحو كان وجوده ادلى واتم واحسن بحيث لو لم يكن لما يضر

بالمشروط كسائر الشرائط المتدوِّبة وفي الجواهر رداً لمن زعم دلالة لفظ الوصى علم الضم في وقت امكانه ودعوى القطع به قال ما هذا لفظه :

قلت : كيف ينبغي القطع به مع أن أقصاه سيرورته كالوصية الى اثنين كاملين ثم مات أحدهما ، وستعرف أن المشهور بين الأصحاب استقلال الباقي ، وأنه لا يضم اليه الحاكم انتهى .

و كيف كان فالمسألة ليست بكثير من الاشكال بحيث يرجع فيها الى الحاكم في ضم آخر معه بل لو كان نظر للموصى الى مدخلية الاثنين لجعل ذلك من الاول بالأثنين فكون الصغير معه و وصايته عند بلوغه يدل على ان المقصود ليس ذلك بل امور لا مدخلية لها في اصل المقصود كما مال الى ادخاله صغيره ايضاً عند بلوغه في ذلك لاجل سروره وعدم حقه وحسده وغير ذلك والله العالم .

﴿ولو تصرف البالغ ثم بلغ الصبي لم يكن له نقض شيء مما أبرمه﴾ في الزمن السابق الذي لا شركة له فيه ؟ اذ لا ريب في ظهور عبارة الموصى في ارادة الوصاية للكبير وأنه اذا بلغ الصبي شاركه ، فليس له نقض شيء من ذلك ﴿الا أن يكون مخالفاً لمقتضى الوصية﴾ والافلا شيء يلزم .

قال في الجواهر بقى الكلام في شيء لم أجد نصريحاً به من أحد ، وهو لو مات الكبير مثلاً قبل بلوغ الصبي والمتجه على ما قلناه صحتها لو بلغ ، وان رجع الامر الى الحاكم قبل البلوغ فاذا بلغ استقل في وجهه ، وداخله الحاكم في آخره ، وأما احتمال بطلان وصاية الصبي - ولو بعد البلوغ ، باعتبار اشتراط صحتها ابتداء واستدامة بالانضمام المفروض انعدامه قبل البلوغ - فهو واضح الضعف - لمنافاته الاستصحاب وغيره .

﴿ولا نجوز﴾ حينئذ ﴿الوصية﴾ من المسلم ﴿الى الكافر ولو كان رحماً﴾ بلا خلاف بل جوازه على خلاف الكتاب والسنة قال الله و المؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض وقال الله تعالى : ولا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون

المؤمنين ومن يفعل ذلك فليس من الله في شيء، الى آخر الآية وقال جل شأنه:
أيضا «ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا» .

﴿نعم يجوز أن يوصى اليه﴾ أي الكافر ﴿مثل﴾ في الكفر كما صرح به
غير واحد ولا يعتبر في الوصي الذكورة، ولا البصر، ﴿و﴾ لا كونه غير وارث بلا
خلاف فيه بينما ﴿تجاوز الوصية﴾ حينئذ ﴿الى المرأة اذا جمعت الشرايط﴾ .
وفي الجواهر وكذا الامم والوارث، لاطلاق الادلة وعمومها، والاجماع
بقسميه، وخصوص خبر على بن يقطين السابق في الوصية الى المرأة والطفل، فما
عن بعض العامة - من الخلاف في ذلك لبعض الوجوه الاعتبارية التي لاتصلح مدركا
للاحكام الشرعية عندنا - واضح الفساد و عليه يحمل مرسل السكوني عن جعفر
بن محمد عن أبيه عن آباءه عن أمير المؤمنين عليه السلام والمرأة لا يوصى اليها، لان
الله تعالى يقول: «ولا تؤولوا السفهاء اموالكم» اذ على فقد شرط من الشرائط السابقة،
أوغير ذلك والله العالم .

﴿ولو اوصى الى اثنين﴾ وفي الجواهر ما لفظه فصاعدا جازا جماعاً بقسميه
وسنة عموماً و خصوصاً، ﴿فان أطلق أو شرط اجتماعهما، لم يجز لاحدهما أن
ينفرد عن صاحبه بشيء من التصرف﴾ بلاخلاف أجده في الثاني سواء ذكر الاجتماع
شرطاً في التصرف، أو جعل الولاية لهما مجتمعين، فان الظاهر جوازه أيضاً، لاطلاق
الادلة السالم عما يقتضى الاتحاد في الوصي، بل لعل ذلك هو المراد من شرط
الاجتماع في العبارة و غيرها، بل ستعرف فيما يأتي التصريح من ثانی الشهيدین
وغيره بأن كلامهما في صورة الاجتماع جزء ولي^١ و عليه يبني ما قيل: من بطلان
الوصية برد أحدهما، وان قبل الآخر .

وعلى كل حال فلا اشكال كما لاخلاف في عدم جواز تفرد أحدهما في هذه
الصورة، انما الكلام فيما اذا أطلق، ولم يكن في اللفظ ما يدل على الاستقلال
ولا على الاجتماع، والمشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة مساداتهما، في الحكم

لصورة الاجتماع، لكونه المتيقن، بناء على دوران الامر بينه وبين الانفرد الترخيصى
 لا العزيمى ، ولتساويهما فى استحقاق الولاية . فهى شبه العين الموصى بها الاثنين -
 مثلا ، المحكوم باشتراكها بينهما ، فكذا الولاية المجمعولة لهما ، ضرورة تصور
 الاشتراك فيها على وجه يكون مجموعهما الولى انتهى .

ظاهر العبارة عدم الاشكال فيما قيد باجتماعهما معاً بل هو من الواضحات
 واما صورة الاطلاق يمكن ان يقال ان الظاهر من حال الموصى هو الاجتماع لان
 الغرض غالبا من ذلك هو تحقق ما اراد من الوصاية فمع حصوله بالواحد ليس هذا
 التعمد الا لاجل عدم الاخلال بما هو مراده فضم اليه الغير حتى لا يتطرق اليه سبيل
 الخيانة فالاطلاق لا جرم ينصرف الى الاجتماع و كون العمل بالوصية واقعا
 باتفاقهما وتوافقهما .

وكيف كان فالوجه هو الروايات الواردة فى المقام منها الصحيح فى رجل
 مات وأوصى الى رجلين ، أيجوز لاحدهما أن ينفر بنصف التركة ، والآخر بالنصف
 فوقع ^{الطلاق} لا ينبغى لهما أن يخالفا الميت ويعملان على حسب ما أمرهما انشاء الله ،
 وعدم التفصيل يعم القسامين لولا التامل فى لفظ ينبغى ومنها المؤيد بالرضوى بناء
 على كونه رواية دواذا أوصى رجل الى رجلين ، فليس لهما أن ينفرد كل واحد
 منهما بنصف التركة ، و عليهما انفاذ الوصية على ما أوصى الميت، صرح ذلك
 بالقسمين .

ومنها خبر صفوان بن يحيى سألت أبا الحسن ^{عليه السلام} عن رجل كان لرجل
 عليه مال ، فهلك وله وصيان فهل يجوز أن يدفع المال الى أحد الوصيين ؟ فقال:
 لا يستقيم الا أن يكون السلطان قد قسم المال فوضع على يدهذا النصف وعلى يدهذا
 النصف أو يجتمعان بأمر السلطان بناء على أن المراد سلطان العدل بل هو المتعين .
 وقد يناقها الموثق «أن رجلا مات وأوصى الى رجلين فقال أحدهما لصاحبه
 خذ نصف ما ترك ، وأعطنى نصف ما ترك ، فأبى عليه الآخر ، فسألوا أبا عبد الله

عَنْهُ عَنِ ذَلِكَ فَقَالَ ذَلِكَ لَهُ ، وَقَدْ وَجَّهَ فِي الْجَوَاهِرِ بِمَا لَا يَسَاعِدُهُ نَظَرٌ صَحِيحٌ فَقَالَ بَعْدَهُ لِاجْمَالِهِ وَبِنَاءِ الْمَنَافَاتِ فِيهِ عَلَى رَجُوعِ الْإِشَارَةِ إِلَى الْقِسْمَةِ ، وَالضَّمِيرِ الْمَجْرُورِ إِلَى الطَّالِبِ ، مَعَ أَنَّهُ يَحْتَمَلُ رَجُوعَ الْإِشَارَةِ إِلَى الْآبَاءِ ، وَالضَّمِيرِ إِلَى الْمَطْلُوبِ ، بَلْ لَعَلَّ هَذَا أَوْلَى ، كَمَا عَنِ الْمَخْتَلَفِ وَغَيْرِهِ ، لِقُرْبِ مَرْجِعِ الْإِشَارَةِ ، وَمُوَافَقَتِهِ لِمَا عَرَفْتَ أَنْتَهَى .

والاولى حملة على صورة عدم مفسدة وخيانة وكان قصدهما مضى امر الوصية بنحو اسهل مع موافقة لنظر الموصى بحيث كان قصده من الاجتماع حصول عدم الخيانة والاتهام وكان النظر بافتراقهما ايضا ذلك و وجه اولوية ذلك ان الاشارة الاولى راجعة الى التفريق والاشارة الثانية راجعة الى التنصيف. والضمير المجرور يرجع الى طالب التنصيف اى التنصيف يكون لطالبه فيكون الموثق ظاهرا في الجواز كما حملة على ظاهره .

لكنه مناف مع سائر الرايات فالاولى حملة على ما ذكرناه مع انه يختلف الاشخاص والازمان فربما كان في زمان اوفى محضر كان كلاهما عادلين صالحين كما هو اللحاظ غالبا في مورد الوصية فلا فرق حينئذ بين الاجتماع والافتراق وما فعل ايهما كانه فعل الاخر من شدة رضى كل منهما بفعل الاخر .

و كيف كان ففي ذلك لاشكال في الانفراد ايضا فتأمل جيداً .

﴿و﴾ على كل حال ﴿لوتشاحا﴾ على وجه لا ينافى عدالتهما ، بناء على اعتبارها ، لتخيل كل منهما الصلاح في ضد ما يقوله الآخر ﴿لم يمض ما ينفرد به كل واحد منهما عن صاحبه ، الا ما لا بد منه ، مثل كسوة اليتيم و ما كوله﴾ والرفيق والدواب ونحو ذلك فلا اشكال في العمل بالانفراد بخلاف ما يخلف في النظر والصلاح فلا يجوز .

﴿و﴾ في مثل ذلك فلا جرم ﴿للحاكم جبرهما على الاجتماع﴾ مع الامكان من غير استبدال ، لعدم ولاية له فيما فيه للميت وصى ، وعن الحلبي انه يرد الحاكم

الى أعلمهما وأقومهما ، ويجعل الثانى تبعاله .

وأشكل بان فيه تخصيصا لاحدهما بالنظر ، وقدمته الموصى ، وقديدفع بأن المراد الاجبار على الاجتماع الذى منه رد غير الاعلم الى الاعلم ، ونحو ذلك مما مر جمعه الى رد المرجوح فى نظر الحاكم الى الراجح ، ولعله بذلك لا يكون منافاة بين القولين .

﴿ فان تعاسرا ﴾ و امتنعا عن التوافق اجتماعاً ﴿ جاز له الاستبدال بهما ﴾ حذرا من الترجيح بلا مرجح ، وصوناً لوصايا الميت عن التعطيل ، وحفظاً للمال عن التلف ، ولبقاء المال بلا دلى بعد فرض تعذر الاجتماع الذى هو شرط ولايتهما فينتفى المشروط بانتفائه ، ويكون حينئذ وجودهما بمنزلة عدمهما انتهى .

وفيه كلام فان غيرهما غير وصى قطعاً فكيف يصح الاستبدال بهما والمسألة من قبيل تعذر الشرط دون المشروط كما اذا يمتقى شرائط الصلاة فيجب بدون الشرط فشرط الاجتماع قدفات وبقى المشروط وهو الواحد وانتفاء الشرط بانتفاء شرطه ليس بنحو الاطلاق فى كل مورد والظاهر لا اشكال فيه ولذا عن الحلبي جعله منفردا اذا كان اعلم واقوى فيتبعه الباقيون .

ومن المعلوم ان الاكتفاء بواحد منهما اولى من طردهما لان الواحد مورد وصية الموصى بخلاف طردهما والاثيان بفردين آخرين بل هذا فيما لو كان لاحدهما مرجحاً متمين ومع عدمه ايضا كان احدهما باقياً على الوصاية صوماً للوصية وحفظ المال وهو اولى من مراعات الترجيح بلا مرجح ومن استبدلها .

واما القول بسقوتها بتعاسرها للمفسق المسقط عن العدالة فاولا اشتراط العدالة محل كلام والاقدم انسد باب الوصاية ولزم العسر والحرج لقلّة العدالة فى الناس خصوصاً فى مثل زماننا الذى كان الانسان المتقى فى غاية القلة الا ان يقال ان المراد بالعدالة هو المسلم الظاهر الصلاح الذى لم يعلم فسقه كما عليه الشيخ فى شهادة الطلاق الذى اهم من المقام .

وثانيا ان التعاسر والنزاع ليس في كل مورد للمعدوان والتهمة والفسق بل غالباً لاثبات الحق ولو بزعم احدهما وهو لا يوجب السقوط اصلاً .
فالتحقيق ان يقال ان صح بقائهما على الوصاية ولو بنحو لا يضر بالوصاية فاصلح بينهما والا كان على الحاكم اجبار الذي اراه اصلح واسقاط الاخر وهو اولى من استبدالهما لانه على الاول يبقى الوصاية بحالها بخلاف الثاني بل لافرق بينه وبين مسألة الآتية وهي لومرض احدهما .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿لو أرا دقمة المال بينهما﴾ حيث يجب عليهما الاجتماع
﴿لم يجز﴾ بلا خلاف ولا اشكال ، لانه خلاف مقتضى الوصية من الاجتماع في التصرف ﴿ولو مرض أحدهما أذعجز﴾ على وجه لا يقوى على القيام بتمام ما اوصى اليه ، ولو بالتوكيل والاستيجار ﴿ضم اليه الحاكم من يقويه﴾ ويعينه على ما كلف به .

قد عرفت عدم الفرق بينه وبين التعاسر واختلافهما فكيف يجوز الاستبدال بهما هناك وهنا جوز ضم الحاكم اليه لان الفرض انتفاء الشرط في كليهما .
غاية الامر في الاولى بالعرض وفي الثانية بالقهر وغير الاختيار فالعمل بالوصية اجتماعاً قد فاق في الصورتين وذلك لان حصول العذر بالاختيار اذ غيره لامدخلية في المقصود بل ما هو دخيل هو انتفاء العمل مجتمعاً وحينئذ يدور الامر بين الاستبدال بهما وبين ضم الواحد معه والاكتفاء بالواحد فيهما والبناء على صحة عمله لانه وصي قطعاً غاية الامر ليس بنحو الاجتماع وهو ليس بمهم في مقام الضرورة اما الاول قد عرفت عدم كونهما وصيين وحيث عرفت عدم الفرق بين الاختلاف بينهما وبين حصول المرض على احدهما فلا جرم لعلمه كان الاكتفاء بالواحد اولى لانه اقرب بمقاصد الوصي من حيث كونه وصياً بل لافرق في صورة وحدة الوصي بين المرض وبين الموت .

فكما حكم بجواز الانفراد في حصول المرض فكذلك فيما مات احدهما

كما قال ﴿ أما لو مات أوفسق ﴾ مثلاً على وجه ينعزل عن الوصاية ﴾ لم يضم
 الحاكم الى الآخر، وجازله الانفراد ﴾ كما عن الاكثر على مافى معكمى الشرايع
 للمصمري والكفاية ﴾ لانه لا ولاية للحاكم مع وجود الوصى ﴾ وشرطية الشركة-
 التي مقتضاها انتفاء المشروط بانتفائها، فتنتقل الولاية الى الحاكم- مقيدة بحسب
 العرف والعادة ببقاء كل منهما على قابلية الوصاية، فكانه قال: كل وصى على
 الاشتراك بشرط بقاء كل منهما على قابلية الوصاية ﴾ و﴿ لكن مع ذلك ﴾ فيه تردد ﴾
 وفي الجواهر مما سمعت ومن أن ظاهر الشرطية عدم رضى الموصى برأى
 أحدهما منفردا، والوصى انما هما معا انتهى .

ولا يخفى ان ظاهر الشرطية وان كان ذلك الا انه فى حال الامكان لا الوحدة
 القهرية بالموت والمرض والنزاع فلامحالة دار الامر بين مراعاة شرطية الاجتماع
 ولو لم يكن وصيا وبين الاكتفاء بالوصى الواحد وترك الاجتماع والظاهر اولوية
 الثانى .

اللهم الا ان يقال كما فى الجواهر ان الموصى لم يرض برأى أحدهما الا
 مجتمعا مع خصوص الآخر، فاذا تعذرت انتفت الوصاية من رأس، واستقل الحاكم،
 لأنه يريد انضمامه الى شخص آخر، أى شخص يكون، كى يقوم أمين الحاكم
 مقامه، وهو واضح بأدنى تأمل .

ومنه يعلم قوة مانع الاكثر على ما عرفت، من تقييد الشرطية بحال الامكان،
 والا انفرد الآخر، ولكن مع ذلك فالاحتياط لا ينبغى تركه، انتهى .

ومن قوله ومنه يعلم النخ يعلم قوة ما ذكرنا من ان شرطية الاجتماع مفيد
 بحال الامكان بل مفيد بالواقع من ان الشروط وان كان مطلقا حسب اللفظ لكنهما
 مقيدة بعدم الموت والمرض .

﴿ و ﴾ على كل حال ف﴿ لو شرط لهما الاجتماع والانفراد ﴾ بمعنى أنه قد
 أذن له فى كل منهما ﴾ كان تصرف كل واحد منهما ماضيا ولو انفرد ﴾ للاذن ﴾ و﴿

كذا ﴿يجوز أن يقتسما المال ويتصرف كل واحد منهما فيما يصيبه﴾ و فيما في يد صاحبه ﴿كما يجوز انفراده قبل القسمة﴾ بلاخلاف ولا اشكال في شيء من ذلك ﴿و﴾ كيف كان ف﴿الموصى اليه أن يرد الوصية﴾ ان كان قد قبلها ﴿مادام الموصى حياً بشرط ان يبلغه الرد و﴾ اما ﴿لومات﴾ الموصى ﴿قبل الرد او بعده ولم يبلغه﴾ مع امكان ذلك بان يكون حاضر عنده ﴿لم يكن للرد أثر وكانت الوصية لازمة للموصى﴾ واما لو وصى غائباً ولم يطلع على ذلك وان اطلع لا يمكنه خبر رده فلا وفي الحدائق لاخلاف بين الاصحاب (رضى الله عنهم) في أن للموئى أن يرد الوصاية ما دام الموصى حياً بشرط أن يبلغه ذلك ، فلومات الموصى قبل الرد أو بعده ولم يبلغه لزمه القيام بها ، وبذلك تكاثر الاخبار انتهى

ولا يخفى ان الاخبار تظاهرها غير ذلك وحاصل المسألة انه للموصى رد الوصية في حياة الموصى مع بلوغه خبر الرد .

واما ان مات الموصى قبل الرد او الرد قبل بلوغ الخبر اليه فليس عليه الرد فجواز الرد مقيد بالموت وبلوغ الخبر .

وفي الجواهر بلاخلاف أجده فيه فيما لو كان قد قبلها قبل الرد ، بل في المسالك ومحكى المبسوط والخلاف والتذكرة الاجماع عليه بل وان لم يكن قد قبلها على المشهور بين الاصحاب ، بل عن صريح الغنية ، وظاهر الدروس الاجماع عليه لما سمعته من النصوص السابقة .

خلافاً للفاضل في المختلف والتحرير فجوز الرد أيضاً بعد أن اعترف بنسبة عدم الجواز الى الاصحاب كافة ، ومال اليه في المسالك ، لاصل المانع من اثبات حق على الموصى اليه على وجه قهري ، وتسليط الموصى على اثبات وصيته على من شاء ، ولاستلزام ذلك الحرج العظيم ، والضرر الكثير في اكثر مواردنا ، وهما منفيان بالآية والرواية ، ولعدم صراحة النصوص في الدلالة على المطلوب ، لاحتمال حملها على الاستحباب : أو سبق القبول ، أو نحو ذلك مما لا بأس بحملها عليه ،

بخلاف اثبات مثل هذا الحكم العظيم المخالف للاصول العقلية والشرعية بمثل ذلك وفيه أن ذلك كله كالاجتهد في مقابلة النص ، ضرورة الخروج عن الاصل المزبور بالدليل من النص والاجماع وغيرهما ، و الحرج والضرر مع فرض عدم امكان تحملهما يسقط التكليف معهما ، كما عن التنقيح التصريح به ، وهو غير ما نحن فيه ، والا لم يكن بهما بأس بعد قيام الدليل ، وعدم الصراحة لو سلم لا ينفي أصل الاستدلال ، اذا أكثر الفقه مبني على الظواهر ، و المحملان لو سلم امكان الجميع لهما انما يرتكبان بعد قوة المعارض وليست ، بل الامر بالعكس كما عرفت انتهى .

ولا يخفى ما فيه فان الاجتهاد في مقابل النص انما يكون باطلا لو كان النص سالما من جميع الجهات لاما اذا كان على خلاف النصوص المعتبرة الاخر مثل العسر والحرج المنفيين والضرر الذي لا يكون في الاسلام .

وقد عرفت ان مفاد الاخبار اجنبى عن مفاد الفتاوى فان الفتاوى فيما وقع القبول عن الموصى ومفاد الاخبار فيما كان الموصى به فى بلد آخر قد علم بكونه وصيا عن جانب الموصى وما ابعد ما بينهما .

قال فى المسالك ما هذا لفظه : وذهب العلامة فى التحرير ولف الى جواز الرجوع ما لم يقبل عملا بالاصل وبدفع الضرر المنفى بقوله تعالى ما جعل عليكم فى الدين من حرج وقوله لا يضركم لا ضرر ولا ضرار وحمل الاخبار على حصول القبول اولى لانه عقد فلا بد فيه من القبول و الحق ان هذه الاخبار ليست صريحة فى المدعى لتضمنها ان الحاضر لا يلزمه القبول مطلقا و الغائب يلزمه مطلقا وهو غير محل النزاع نعم فى تعليل الرواية المتقدمة ايماء الى الحكم الا ان اثبات مثل هذا الحكم المخالف للاصول الشرعية باثبات حق الوصاية على الوصى اليه على وجه القهر و تسليط الموصى على اثبات وصيته على من شاء بحيث يوصى و يطلب من الشهود كتمان الوصية الى حين موته ويدخل على الوصى لحرج والضرر

غالبا بمجرد هذه العلة المستمدة الى سند غير واضح بعيد ولو حملت هذه الاخبار على سبق القبول او على شدة الاستحباب كان اولى ولو حصل للموصى ضرر دينى او دنيوى او مشقة لا يمتثل مثلها عادة او لزم من محلها عليه ما لا يليق بحاله من شتم ونحوه قوى جواز الرجوع انتهى ولقد اجاد .

وقوله ولو حملت هذه الاخبار على سبق القبول الخ وهو غير بعيد بالنسبة الى اصلاح الاخبار وعدم طرحها فيمكن كون الموصى به قد قبلت الوصية ثم سافر ثم علم بموت الموصى فلزم عليه البقاء على الوصية وهو اولى من الطرح والانصاف امكان هذا الحمل الموجب لحفظ الاخبار بل هو امر ممكن ولو كان على خلاف الظاهر الا ترى فى قوله مثل هذا الحكم المخالف للاصول الشرعية الموجبة لتحمل الشديد من الغير وادى دليل على مثل هذا التسلط للموصى على الموصى به ويؤيد سبق القبول انه لازم فى الايجاب والقبول فكيف يقع القبول فى حال الغيبة حتى يصح له الرد والابلاغ نعم لو اخبره بالوصاية وقبل ولم يردها حتى يموت الموصى فلا يصح له الرد بعده والافلا .

ويؤيده ايضا قوله عليه السلام فى الاخبار اوصى رجل الى رجل و هو غائب مع ان الوصية لا يتحقق فى الغياب فالمعنى وهو غائب بعد الوصية والقبول فلا بد من نقل الاخبار .

ومنها ما رواه المشايخ الثلاثة (طيب الله تعالى مراقدهم) عن محمد بن مسلم فى الصحيح «عن أبى عبد الله عليه السلام قال : أن اوصى رجل الى رجل و هو غائب فليس له أن يرد وصيته ، فان اوصى اليه ، وهو بالبلد ، فهو بالخيار ان شاء قبل ، وان شاء لم يقبل ، و فى الحديث بعد نقله قال و المراد أنه مات الموصى فى تلك الغيبة ، قبل أن يعلمه الوصى بالقبول اذ عدمه ، فانه يجب عليه القيام بالوصاية ، وان لم يقبل ، وهو عين الالتزام بالاشكالات .

وما رواه فى الكافى والفقيه عن فضيل بن يسار فى الصحيح «عن أبى عبد الله

طَبِيعًا فِي رَجُلٍ يوصى اليه فقال : اذا بعث بها اليه من بلد فليس له ردها ، وان كان في مصر يوجد فيه غيره فذلك اليه ، وهو كما تقدم في الالتزام بالاشكال .

ومنها ما عن منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : أوصى الرجل الى أخيه ، وهو غائب فليس له أن يرد عليه وصيته ، لانه لو كان شاهداً فابى أن يقبلها طلب غيره .

وما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن الفضيل . وكذلك الشيخ في التهذيب عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يوصى اليه ؟ قال : اذا بعث بها من بلد اليه ، فليس له ردها .

وقال في كتاب الفقه الرضوي «واذا أوصى رجل الى رجل وهو شاهد فله أن يمتنع من قبول الوصية ، وكان الموصى اليه غائبا ، ومات الموصى من قبل أن يلتقى مع الموصى اليه ، فان الوصية لازمة للموصى اليه» .

ولا يخفى ان هذه الروايات حسب ظاهرها مشككة اذ ظاهرها ملاحظة شخص الموصى وانه لو كان الموصى به في بلد اخرى لما صح له الرد معللا بانه لو كان في بلده وعند الموصى يمكن للموصى على فرض امتناعه ان يوصى آخرأ وفي بلد آخر لم يكن عنده ولا يمكن ان يوصى الي غيره فلزم على الموصى به هو القبول مع ان الظاهر ملاحظة حال الموصى به فانه مورد العسر والحرج ولا يمكنه ابلاغ الرد فر بما يموت الموصى قبل بلوغ العلم به او العلم بالرد اليه فيقع رقبة الموصى به تحت الاحكام الصعبة فهذا الوجه لعدم الجواز لا يلائم دفع الحرج عن الموصى به ولا يجتمع مع نفي الحرج و العسر و غالبا يكون شخص بنظر الموصى امينا فجمعه وصيا مع كون الوصى ذا اولاد واموال كثيرة .

ويمكن ان يتحقق بمجرد الوصاية موت الموصى او بمجرد ابلاغه خبر الرد والحاصل دفع الضرر عن الغير مقدم على جلب النفع الى نفسه والحكم بعدم جواز الرد مستلزم بوقوع الموصى به في ضرر عظيم وعسر وحرج كثير بخلاف جواز

الرد فانه على الفرض فات عنه امر الوصاية الذي فات عنه امر اخروي مع ان الموصى اذا علم بجواز رد الوصية فوصى الى آخر لامكانه له في البلد وان ردها ، الاول والا فلا مورد للوصية الاولى بعد جعلها الى الاخر مع انها من العقود الجائزة كان للموصى رد الاولى فالروايات غير قابل للقبول ولا يدفع المعارضة عن ادلة العسر وربما كان الموصى به محصلا لعلوم الدينية وهذا الامر يوجب منعه عنه لعدم امكان الجمع بينهما تدبر فيها .

وبالجملته ظاهر الفتاوى بجواز الرد فيما كان الموصى به حاضراً وقيل الوصية وفي مثل ذلك يمكن له الرد في زمان حياته فلا بد لهم من فرض عدم امكانه كما اذا كان الموصى به في بلد آخر وهو مفاد الروايات المانعة من الرد مع انه مستلزم لعسر والحرج وبينها وبين مفاد الاخباريون بعيد .

قال في الحقائق في هذا المقام ما نصه و قد نبه الشيخ في المبسوط وفي مسائل الخلاف ، عليه ، فقال : اذا قبل الوصية له أن يردها مادام الموصى حياً ، فان مات فليس له ردها ، واستدل باجماع الفرقة ، وبأن الوصية قد لزمته بالقبول ، انتهى .

وقال في الدروس بعد ذكر القول المشهور في المختلف : يجوز الرد اذا لم يعلم بالوصية حتى مات ، للحرج والضرر . ولم نعلم له موافقاً عليه : انتهى .

اقول : يظهر من شيخنا في المسالك الميل الى ما ذكره العلامة هنا حيث قال بعد ذكر القول المشهور : وان الاصحاب استندوا فيه الى الاخبار التي قدمنا هنا ، ثم نقل قول العلامة ودليله ما هذه صورته : ، والحق ان هذه الاخبار ليست صريحة في المدعى ، 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 للاصول الشرعية باثبات حق الوصاية على الموصى اليه على وجه القهر ، وتسليط الموصى على اثبات وصيته على من شاء ،

بحيث يوصى و يطلب من الشهود كتمان الوصية الى حين موته ، و يدخل على الوصى 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 ، ولو حصل للوصى ضرر دينى ، أو دنيوى أو مشقة لا يتحمل مثلها عادة أو لازم من تحملها عليه ما لا يليق بحاله من شتم ونحوه قوى جواز الرجوع ، انتهى .

ثم تكلم لاصلاح الاخبار بما لا يسمن ولا يغنى من جوع وحاصله لزم العمل بالاخبار وليس ذلك من الاخبارى ببعيد فالمسألة على الظاهر فى غاية الاشكال لاستلزامها العسر والحرج : الضرر لو كان لازماً عليه القيام بامر الوصى اجباراً . وبالجملة الغائب الذى ليس له امكان الرد لزم فى الشرع تقديم حقه لاحق الموصى لانه فى بلده وعنده كثير من اقرانه واصحابه فيصح عنده الرد فانه لولم يقبل احد منها يقبل آخر فاخر بخلاف الغائب فانه لم يكن له مناس من القبول على هذه الاخبار فلزم المحذورات ولذلك يرد على صاحب الجواهر الراد على المختلف والمسالك بانه اجتهاد فى مقابل النص لان النص يضر مخالفته لولم يكن مخالفا لسائر الاخبار وقد عرفت ان العمل بها مستلزم لعدم العمل بالاخبار الموجبة للعسر والحرج والضرر .

فلا مناص من حمل الاخبار على ما اذا سبق القبول من الموصى و حينئذ يجوز له الرد قبل موته لابعده فلو اراد السفر فى بلاد النائية فمع عدم ارادته البقاء على الوصية يجب عليه قبل السفر ردها او بعد المسافرة ابلغه الرد واما مجرد كون الغيبة بدون سبق الوصية وعلمه بموته و كونه وصياعته فلا يلزم عليه القيام عليها الا اذا علم بالعسر والحرج ورضى بها .

فالرايات محمولة على سبق الوصية اورضاء مع العسر والحرج والضرر فانه حينئذ قد اقدم على ضرره والله العالم .

﴿ ولو ظهر من الوصى عجز ﴾ عن الاستقلال ﴿ ضم اليه مساعد ﴾ وفى الجواهر

ولا ينعزل بذلك ، بلا خلاف أجده فيه بل عن التذكرة وجامع المقاصد الاجماع عليه ، بل الظاهر جواز الوصاية للمعاجز ابتداء كما عن التذكرة نسبتها الى أصحابنا ، انتهى .

وروجه عدم الانعزال انه وصى قطعاً غاية الامر حصل له المعجز عن القيام بامر الوصية فيحتاج الى ضم من يساعده من الحاكم لو كان او المؤمنين .
 ﴿ وان ظهر منه ﴾ : أى الوصى ﴿ خيانة ﴾ فى وصيته ﴿ وجب على الحاكم عزله ، ويقوم مكانه أميناً ﴾ .

وفى الجواهر بل فى المسالك دائماً يتوقف على عزل الحاكم لو لم نشترط عدالته ، فللمحاكم حينئذ أن يعزل الخائن ، مراعاة لحق الأطفال واموال الصدقات ونحوهما ، أما اذا اشترطنا عدالته ، فانه ينعزل بنفسه الفسق ، وان لم يعزله الحاكم ، وقد تقدم مثله ، انتهى .

﴿ وكيف كان ﴾ فى الوصى أميناً ﴿ بلا خلاف أجده فيه ، بل عن جامع المقاصد نفيه بين اهل الاسلام ولاشكال ، ضرورة كون استيلاء يده على ما أوصى عليه باذن مالكية وشرعية ، فلا يكون الأمانة ﴾ ﴿ وكيف حينئذ ﴾ لا يضمن ما يتلف فى يده الا ما كان عن مخالفته لشرط الوصية أو تفريطاً وفى الجواهر كما هو الحال فى كل أمين ، واطلاق بعض النصوص بضمانه محمول على ذلك ، انتهى .
 والظاهر لا اشكال فى امانة الوصى الا فى التعدى او التفريط فيكون ضامناً فى كل مورد كان على خلاف الوصية غاية الامر ان علم بالتعدى خرج عن العدالة او الموثقية وان جهل باق بحال الوصاية مع ضمانه ما فعل .

ويدل عليه كالصحيح « عن رجل أوصى الى رجل و أمر أن يعتق عنه نسمة بستمأة درهم من ثلثه ، فانطلق الوصى وأعطى الستمأة درهم رجلاً يحجج بها عنه ؟ فقال ^{الطحاوي} : أرى أن يغرم الوصى من ماله ستمأة درهم ويجعل الستمأة درهم فيما أوصى به الموصى ، صريح الصحيح حصول التعدى بل الخيانة ان رجوع ضمير عنه

الى نفس الموصى به فانه الظاهر من المخالفة في مثل ذلك لادقوع الحجج عن الموصى لعلمه بعدم اجازته في ذلك ويكون الحجج باطلا الاحمله على جهله وزعمه ان الحجج انفع بحال الموصى وهو بعيد بل لا يبعد ايمائه الى انزاله للسكوت عن بقائه بعد صرف الدراهم في الحجج .

وفي الجواهر بعد نقله قال وربما كان فيه ايماء الى عدم انزال الوصى بالخيانة ، اللهم الا ان يكون ذلك ليس منها ، بل هوشىء قد فعله الوصى بجهله ، بتخييل انه انفع للميت ، ولكن حيث كان تبديلا للوصية لم يمض ، ووجب عليه الضمان ، وكان المصنف اراد بمخالفة شرط الوصية ما يشمل التعدى كما اعترف به في المسالك قال : « فانه اذا لبس الثوب مثلا فقد خالف شرط الوصية ، لان مقتضاها حفظ مال الطفل ، اوبيعه وصرقه في الجهة المأمور بها ونحو ذلك ، فاستعماله لا يدخل في شرط الوصية .

ومثل ذلك ركوب الدابة وغير ذلك ، هذا اذا لم يتعلق به غرض يعود على ماله من الولاية ، بحيث لا يتم بدونه كما لو ركب الدابة لقضاء حوائج الطفل واستيفاء دينه حيث يتوقف على الركوب ، او دخل داره لاصلاح امره ، او لبس الثوب ليدفع عنه الدود^١ ونحو ذلك ، انتهى ، والظاهر انه من التفريط ، التكاثر في امر الوصية والتهاون . والله العالم انتهى .

ولا يخفى ظهور الصحيح في التفريط والتعدي الموجب لسقوطه عن الوصاية ولتبديله الوصية اذ ليس فيه غرض صحيح يمكن ان يعود الى الموصى بوصيته بل الكلام ايضا في صحة الحجج عن ارسله به فانه من اول احرامه الى آخره بدون رضا الموصى فلا يقع لاعن نفس الموصى ولا عن الموصى به .

وكيف كان فلا كلام في حرمة تبديله الوصية للنهي عنه .

﴿ ولو كان للموصى دين على الميت ﴾ الذى هو وصيه على الوجه المزبور

﴿ جاز ان يستوفى دينه مما فى يده من غير اذن الحاكم ، اذا لم يكن له حجة ﴾

على اثبات حقه ﴿و﴾ دينه . بل الاقوى ما ﴿قيل﴾ : من انه ﴿يجوز مطلقاً﴾
وفى الجواهر اى سواء كان له حجة او لا ، وعن الشهيدين اختياره ، لان
فائدتها احتمال كذب المدعى ، والمفروض عدمه انتهى .

ولا يخفى ان ذلك مقتضى القاعدة لكل من كان ماله عند الغير ولا يمكن
اخذة سواء كان مع المدرك او بدونه بل له الاخذ بقدر ما كان من ماله عند الغير
ويدل للمقام موثقة يزيد بن معاوية عن ابي عبدالله عليه السلام : قلت له : ان رجلاً
أوصى الى فسألته أن يشرك معي ذاً قرابة له ففعل وذكر الذى أوصى أن له قبل
الذى أشركه فى الوصية خمسين ومائة درهم وعنده رهن بها جام فضة ، فلما
هلك الرجل أنشأ الوصى يدعى أن له قبلها كرا حنطة قال : ان أقام البينة ، والا
فلا شيء له ، قال : قلت له : أيجل له أن يأخذ مما فى يده شيئاً قال : لا يجل له ،
قلت : أرايت لو أن رجلاً عدا عليه فأخذ ماله فقدر على أن يأخذ من ماله ما أخذ
أكان ذلك له ، قال : ان هذا ليس مثل هذا .

اقول والجملة الاخيرة محل الاستدلال وانه اذا كان مال لزيد عند عمرو
ولا يمكن وصوله صح له الاخذ من ماله بقدر ما اخذ منه من غير احتياج الى
دعواه حتى يحتاج الى البينة وعلى عدمها لزم عليه الحلف بل ياخذ من ماله تقاصاً
من دون الاحتياج الى شيء ﴿و﴾ كيف كان ﴿فى شرائه﴾ أى الوصى ﴿لنفسه﴾
من نفسه ﴿باعتبار ولايته على المال الذى يريد شراؤه بالوصاية من غير فرق بين
كونه مال طفل أو غيره﴾ تردد .

وفى الجواهر وخلاف ، فالمشهور على الأول لوجود المقتضى الذى هو صدور
العقد من أهله فى محله ، فتشمله العمومات والاطلاقات ، وانتفاء المانع ، اذ لم
يثبت اشتراط التغاير الحقيقى بين الموجب والقابل ، بل مقتضى العمومات نفيه ،
ولذا جاز شراء الأب من مال ولده ، وجاز فى النكاح الذى هو اعظم من هذا المقام
مع انه يمكن فرضه فى التوكيل عن نفسه ، اذ عن من هو ولى عنه انتهى .

وعدة الاشكال هو انه في الايجاب والقبول اللازم في كل العقود هل يلزم التعدد من موجب وقابل حتى يكون الاشكال واردا اولاً بل يكفي التعدد الاعتباري وان الواحد موجب باعتبار وكالته من صاحب المال وقابل باعتبار وكالته عنه للانتقال الى نفسه فالوصى باعتبار وصايته ووكالته في كل امورات الموصى وكيه عنه وباعتبار نفسه قابل فلا اشكال حينئذ حتى في النكاح الذي هو العدة في الاشكال .

واما من جهات اخر فلا اشكال ايضاً لان الفرض فيما يكون الوصى عدلاً او موثقاً لا يحتمل فيه اتهام والجلب الى نفسه بل شيء لو لم اشتر لنفسه يشتره غيره بنفس هذا الثمن المعين فالمسألة واضحة وكان التعدد الحقيقي موجباً للعسر والحرَج في غالب الاوقات .

﴿ وقد ظهر من ذلك كله ان ﴿ الأشبه ﴾ بأصول ذلك المذهب وقواعده ﴿ الجواز ﴾ لكن ﴿ اذا اخذ ﴾ اى الوصى ﴿ بالقيمة العدل ﴾ ولم يكن ثمة من يزيد عليه لوجوب مراعاة المصلحة في ذلك خصوصاً بعد قوله تعالى ﴿ ولا تقر بوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن ﴾ كما عرفت ﴿ واذا اذن الموصى للموصى ان يوصى ﴾ على ما اوصاه به من اطفال او حقوق او غير ذلك ﴿ جازاً جماعاً ﴾ فيكون حينئذ وصياً عن الوصى لاعتن الموصى ، ولا اشكال في الجواز مع الاذن ، كما انه لا يجوز له ذلك اذ انهاه لذلك ايضاً ﴿ و ﴾ انما الخلاف فيما ﴿ اذا لم يأذن له ، ولكن لم يمنعه ﴾ ايضاً ﴿ فهل له ان يوصى ﴾ على ما بقى من وصايا الميت وجميعها ان لم يكن قد انفذ منها شيئاً ﴿ فيه خلاف ﴾ بين الاصحاب ﴿ اظهره المنع ﴾ وفاقاً للاكثر ، لعدم ثبوت ولاية له بعد الموت على ذلك .

والفرض عدم الاشارة اليها ومجرد السكوت لا يدل على مثل هذه الولاية على الاموال والاولاد والاستنابة والايصاء ليست من الامور والتصرفات الداخلة في امر الوصى لو لم يكن التصريح به فان الظاهر من ايصاء الموصى هو نفس

الموصى به لوصاية الوصى ايضا بل ربما ينهى عنه لو سئل عن ذلك وقد امكن له امره به ايضا لو اراده فالسكوت عنه مع امكانه اقوى شاهد على عدم الاذن فى الايصاء ايضا .

مضافا الى ان اشخاص يتفاوتون عند الناس وبعضهم يحب وبعضهم لا يحب والموصى اقامه مقام نفسه فى تصرفات المتعلقة بنفسه بالمباشرة لا بالغير ايضا .
وكيف كان فهذا الامر المهم يحتاج الى دليل واضح وكيف كان فان استفاد من دليل شرعى والا فالمنع واضح لان الوصاية ينصرف الى اعمال نفس الوصى بالمباشرة الامع الاذن .

ولكن قد ذهب الشيخ وابنى الجنيد والبراج الى الجواز والصحة بدون الاذن واستدلوا للصحة بمكاتبة الصفار فى الصحيح الى ابي محمد الحسن عليه السلام ورجل كان وصى رجل فمات ووصى الى رجل هل يلزم الوصى وصية الرجل الذى كان هذا وصيه ، فكتب يلزمه بحقه ان كان له قبله حق انشاء الله ، بناء على ان ظاهره عدم الاذن .

ومع ذلك قد حكم العسكري عليه السلام بالصحة وفيه ان ظاهره الاذن وضمير فى يلزمه راجع الى وصى الثانى وكذا فى بحقه اى يلزم الوصى الثانى بواسطة حق ثبت له من وصية الاول ان كان له قبله اى كان يثبت له هذا الحق قبله فاذا وصى الاول وصيا حينئذ كان على حق له بالاذن .

هذا غاية توضيح الصحيح وعليه كان ظاهر الصحيح هو الاذن فيخرج عن محل النزاع اذ الكلام فى عدم صحة وصاية الوصى بدون الاذن والصحيح على خلافهم بل لاحتمال لغير الصحة والفرس ان الامام صرح بان يلزمه اى يلزمه الوصاية ان كان له اى للثانى حق الوصاية بالاول بالاذن .

فقد ظهر انه بدون الاذن من الموصى لا يجوز اصلا ولكن الدليل على الصحة

مع الاذن هو صحيح الصفار بعد ما عرفت من كون ظهورها فى الصحة .

﴿و﴾ على كل حال فقد ظهر لك بطلان ايضاء الوصى من دون اذن ، فاذا مات الوصى ﴿يكون النظر بعده الى الحاكم﴾ الذى هو ولى من لادولى له ، ونائبه الخاص أو العام .

﴿وكذا لومات انسان ولاوصى له﴾ ولاولى اجبارى وله أطفال ووصايا وغير ذلك مما يحتاج الى الولى ﴿كان للمحاكم النظر فى تركته﴾ بالوجود الشرعية ، ﴿ولولم يكن هناك حاكم جاز أن يتولاه من المؤمنين من يوثق به﴾ على ماهو 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 .

ولا يخفى ان المسألة غير خالية عن الاشكال ولذا قال المصنف وغيره ﴿وفى هذا تردد﴾ بل عن ابن ادريس التصريح بعدم الولاية لهم على ذلك الاصل . وكيف يصح ثبوت الولاية للمؤمنين وتسلطهم على اموال اليتامى والصغار وهو وجه التردد والمعدم ومن ظهور الروايات الدالة على الجواز وانه امر لازم على المؤمنين لوجوب الاعانة فى حقهم واولادهم اللزوم تحققه وصدقه فى مثل ذلك المورد فانه لولم يقدم عليهم من العدول والموثقين على حفظ اموال الصغار وترتب افعالهم لصاعت امورهم واموالهم ووقعت فى ايدى الناس فيجب حفظ شئون المؤمن المتوفى حتى لا يقع فى ايدى الاجنبى الفاسق والتعرض لزوجاته وبناته ولعمري انه من ارجب الواجبات ويدل عليه روايات .

منها خبر اسماعيل بن سعد الأشعري قال : سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصية وترك اولادا ذكرا وغلما صغارا وترك جوارى ومماليك هل يستقيم أن تباع الجوارى ؟ قال : نعم ، وعن الرجل يموت بغير وصية ، وله ولد صغار وكبار أيحل شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولى القاضى بيع ذلك ؟ فان تولاه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفة أيطيب الشراء منه أم لا ؟ فقال :

اذا كان الاكابر من ولده معه في البيع فلا بأس اذا رضى الورثة بالبيع ، وقام عدل في ذلك .

ومنها خبر محمد بن اسماعيل قال : مات رجل من أصحابنا ولم يوص فرفع أمره الى قاضى الكوفة فسير عبد الحميد القيم بماله ، وكان الرجل خلف ورثة صفاراً ومتاعاً وجوارى فباع عبد الحميد المتاع ، فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهن ، اذ لم يكن الميت صير اليه وصيته ، وكان قيامه فيها بأمر القاضى لأنهن فروج ، قال فذكرت ذلك لأبى جعفر عليه السلام ، وقلت له : يموت الرجل من أصحابنا ، ولا يوصى الى أحد ويخلف جوارى فيقيم القاضى رجلاً منا فيبيعهن ، أو قال : يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لأنهن فروج ؛ فما ترى في ذلك ؟ قال : فقال : اذا كان القيم به مثلك ، أو مثل عبد الحميد فلا بأس .

ومنها خبر زرعة قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مات - وله بنون وبنات صفار وكبار - من غير وصية ، وله خدام ومماليك وعقد كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث ؟ قال : ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس ، الى غير ذلك من النصوص بل لولا ذلك لضاع المال والاموال للصفار لعدم وجود من يتكفل لهم فذلك الامر قد يجب علينا لذلك .

وقد مر ذلك مع تلك الروايات في مجلدات الكتاب .

﴿ ولو اوصى ﴾ الاب ﴿ بالنظر في مال ولده الى اجنبى وله اب ﴾ اى جد ﴿ لم يصح و كانت الولاية الى جد اليتيم ﴾ الصالح للولاية ﴿ دون الوصى ﴾ .
وفى الجواهر بالاخلاف أجده فيه فى الجملة ، بل الظاهر الاجماع عليه ، لما عرفت من ترتيب ولاية الوصى على ولاية الأب الصادق على الجد واشتراكهما فى الولاية حال حياتهما انتهى .

ولا يخفى انه قد تقدم البحث فى الكتاب وان الولاية على اموال الاولاد الصغار ليست الا للاب والجد فمع وجود احدهما لا ولاية للوصى اصلاً بل لو فعل

ذلك الاب مع وجود الجد من أبيه كانت الولاية باطلة وانها للجد خاصة ومنه يعلم القول بفسادها في زمان حياة الجد فاذا مات الجد تثبت وتصح ولاية الوصى وذلك ان اريد بثبوت الولاية بعد الموت بالعقد الجديد فلا كلام وان اريد بعد موت الجد ثبوته بلاسبب فهو مساق لتتحقق الشيء بلاسبب اصلا اذالسبب الاول كان باطلا و كانه لم يقع اصلا .

و كيف يتحقق بعد الموت بلاسبب ﴿و﴾ منه يعلم فساد ما ﴿قيل﴾ : يصح ذلك في قدر الثلث مما تركه وفي أداء الحقوق ﴿لوضوح﴾ انه اذا بطلت ولايته مع وجود الجد فلا فرق بين كونه في قدر الثلث وازيد ولذا عن الدروس في المقام ولو اوصى باخراج حقوق أو استيفائها كان جائزا ويشكل بان الاستيفاء ولاية على مال الطفل فلا يملكها الأجنبي انتهى .

و كيف كان فاذا بطلت ولاية الاجنبي مع وجود الجد فلا فرق بين اخراج الثلث وغيره ولا بين الولاية على اموال الاولاد وبين اداء الحقوق ولو فرض فرقا بينهما لكن كلاهما يحتاج الى ثبوت الولاية له ومع البطلان لا يصح ولو في اداء الحقوق لبداية ان ذلك يحتاج ايضا الى النظر في اموال الصغار قال في الحدائق ما هذا لفظه ؟

ونالها - صحة الولاية في الثلث خاصة ، لأن له اخراجه عن الوارث أصلا فيكون له اثبات ولاية غيره عليه بطريق أولى ، ورد بمنع الولاية بل الملازمة ، فان ازالة الملك يقتضى ابطال حق الوارث منه أصلا ، وهو الأمر الثابت له شرعاً وأما بقاءه في ملك الوارث فانه يقتضى شرعاً كون الولاية عليه لملكه ، وأوليه الثابت ولايته عليه بالاصالة ، فلا يكون للاب عليه ولاية بالنسبة اليه أصلا ، ومن ذلك ظهر أن أجود الأقوال الاول ، ونقل الأول والأخير عن الشيخ في المبسوط نقله في المسالك .

﴿و﴾ على كل حال فقد ظهر لك من مطاوي البحث أن الوصاية كالوكالة

بل قد تزيد عليها بأشياء فحينئذ ﴿اذا أوصى بالنظر فى شىء معين ، اختصت ولايته به ولا يجوز له﴾ أى الوصى ﴿التصرف فى غيره ، وجرى مجرى الوكيل فى الاقتصار على ما يوكل فيه﴾ .

وفى الجواهر وكذا لو خصها بزمان دون زمان ، او حال دون حال اذهى كما عرفت شبيهة بنصب الأمراء ، كل ذلك لعموم «فمن بدله» وغيره كما هو واضح ﴿مسائل ثلاث﴾ :

﴿الاولى : الصفات المراعاة فى الوصى﴾ من التكليف والاسلام والحرية ونحوها ﴿تعتبر حال الوصية ، وقيل : حين الوفاة ، فلو أوصى الى صبي﴾ مثلاً ﴿فبلغ ثم مات الموصى صححت الوصية ، وكذا الكلام فى الحرية والعقل﴾ وقيل : من حين الوصية الى حين الوفاة وقيل الى حين نفوذ الوصية وانتهائها وقيل من حين الوفاة الى حين الانتهاء ﴿والأول أشبه﴾ .

وفى الجواهر عند المصنف والاكثر كما فى المسالك قضاء للشرط المعتبر تقدمه على المشروط ، أو مقارنته ، فاذا كانت هذه شرائط لصحة الوصية ، ولم تكن موجودة حال انشائها لم يكن العقد صحيحاً ، لانقضاء الشرط المقتضى لانقضاء المشروط ، بل هو منتهى وقت الوصية عن التفويض الى من ليس بالصفات ، والنهى المتوجه الى ركن المعاملة يقتضى فسادها كما هو مقرر فى محله ، ولأنه يجب فى الوصى أن يكون بحيث لومات الموصى كان نافذاً التصرف مشتملاً على صفات الوصاية وهو هنا منتف ، لان الموصى لومات فى هذه الحالة لم يكن الوصى أهلاً له انتهى . والظاهر لامورد لغير الاخير توضيح ذلك ان الصبي فى حال الوصية لو بقى بحاله الى ان يبلغ حين الوفاة وهو حين العمل بالوصاية فان كان بنائه على الوصية السابقة فلم يكن شرطها موجوداً وان كان بنائه على الوصية الثابتة من حين الوفاة والفرض عدمه فيبطل عمله ووصايته قطعاً فالموت وان كان بعد بلوغه لكن بلوغه لا ينفع بحاله بمد وقوع الوصية باطلا .

وأما الحرية والفرض حين الوصية كان مملو كما فلا يصح الوصية به فلو صار حراً حين الوفاة ان تجدد الوصية والا فلا تنتج بحاله وكذا العقل لو افاق بعد الوصية وكان حين الوفاة عاقلاً .

وعلى هذا فكل شرط لم يكن متحققاً حين الوصية كان باطلاً ولو تحقق بعد الوصية وأما لو كان موجوداً حين الوصية لكنه لا يبقى الى آخر الانتهاء اليه كالعاقل حين الوصية ثم صار مجنوناً بعده والمسلم حين الوصية ثم صار كافراً بعده فلا ينفع الوصية بحالهما اصلاً .

والمحاصل اللزوم تحقق الشرائط حين الوصية الى انتهائها .

قال في الحدائق اختلف الاصحاب وغيرهم في وقت اعتبار الشروط المعتمدة في صحة الوصاية من الكمال والاسلام والحرية والعدالة ونحوها مما تقدم ، هل هو عند الوصية ؟ أو عند الموت ؟ أو من حين الوصية مستمراً الى أن ينفذها بعد الموت ، فقيل : بالاول ، وهو مختار الاكثر ، كما نقله في المسالك ، والمراد باعتبار وجودها حال الوصية بمعنى وجودها قبلها ، ولو بان ما قضية للشرطية ، فان الشرط يعتبر تقدمه على المشروط .

قالوا : والوجه في هذا القول أن هذه المذكورات شرائط صحة الوصية ، فاذا لم تكن حال انشائها موجودة لم يكن العقد صحيحاً ، لان عدم الشرط يوجب عدم المشروط كما في شرائط سائر العقود ، ولانه في وقت الوصية ممنوع من التفويض الى من ليس بالصفات ، والنهي في المعاملات اذا توجه الى ركن العقد دل على الفساد ، ولانه يجب في الوصي أن يكون بحيث لومات الموصى كان نافذ التصرف ، مشتملاً على صفات الوصاية ، وهو هنا منتف ، لان الموصى لومات في هذه الحال لم يكن الوصي أهلاً لها .

وقيل : بالثاني و أن المعتبر اجتماعها عند الوفاة ، حتى لو أوصى الى من

ليس بأهل ، فانفق كماله عند الوفاة واستكمال الشرائط صحت الوصية ، لان

المقصود منها التصرف بعد الموت ، فيعتبر اجتماع الشروط حينئذ ، لانه محل الولاية ، ولا حاجة الى وجودها قبل ذلك ، لانتهاء الفائدة انتهى .

ولا يخفى ما فى هذه الوجوه اما وجود الشرائط حين الوصية فلا كلام فيه لكنه لا يلزم منه فقدما حال الوفاء بل اللازم تحققها حدوثا وبقاء فاللازم بقاء جميعها الى حين انتهاء الوصية بحيث لو فقد الشرائط فى الوصى فى زمان كان على الحاكم تبديله بأخر مع وجود شرائط الوصى وهو واضح .

المسألة * الثانية * قد عرفت فيما تقدم أنه * نصح الوصية على كل من للموصى عليه ولاية شرعية * بحيث يصح الايضاء بها * كالولد وان نزوا بشرط الصغر * .

وفى الجواهر أو البلوغ مع عدم الكمال ، وعدم ولى اجبارى ، فلا يندرج فى ذلك ، - ولو بملاحظة ما تقدم سابقاً - أحد الابوين ، مع وجود الآخر ، والوصى الغير - المأذون والحاكم . لما تقدم من عدم ولاية لهم على التولية بعد الوفاة انتهى فجعل الوصى للموصى انما يصح على اولاده الصغار والكبار الغير العاقل لثبوت ولايته عليهم دون الكبار العاقل لعدم ثبوت ولاية الاب على الكبير العاقل .

وعلى كل حال * فلو أوصى * بالولاية * على اولاده الكبار العقلاء ، أو على أبيه أو على أقاربه لم نمض الوصية عليهم * لعدم الولاية له على ذلك * ولو أوصى بالنظر فى المال الذى تركه لهم لم يصح له * اى للموصى * التصرف فى ثلثه * لان الفرض عدم الولاية عليه لهم فاذا لم يكن الولاية لهم ثابتة من الموصى لا يجوز للموصى التصرف فى الاموال الذى بايديهم لان التصرف انما يصح لمن كان وصيا على من كان للموصى عليه ولاية فيصح الوصية لمن كان وصيا على الصغار والمجانين دون الكبار العقلاء الذين مسلطون على اموالهم وثلث اموالهم فلا يصح للموصى تسلط الغير على اموالهم بعد عدم ثبوت ولايته عليهم .

* وعلى كل حال من ذلك وغيره يعلم أيضاً انه * نصح الوصية فى اخراج

الحقوق عن الموصى كالديون والصدقات ﴿ الواجبة .

وفى الجواهر ولوبان يعين أشياء مخصوصة لذلك ويجعل لها وصياً ، وليس حينئذ للوارث معارضة الوصى ، وان قلنا بكونها ملكاً له بالموت ويستحق نماؤها الا أنها انتقلت اليه على هذا الوجه الذى تقتضى عمومات أولويته بماله جواز هذه الوصية ، لانها ليس مما خرج عن الموصى بالدليل الشرعى ، وهو النقص فى الثلثين قهراً على الوارث ، وأحقيته بأعيان التركة من الديان وغيره انما هو اذا لم يوص الموصى .

المسألة ﴿ الثالثة : يجوز لمن يتولى أموال اليتيم ﴿ بوصاية ونحوها ﴿ أن يأخذ أجرة المثل من نظره فى ماله ﴿ .

وفى الجواهر كما عن الاسكافى والشيخ فى آخر باب التصرف فى أموال اليتامى ، بل هو خيرة جماعة من المتأخرين كالفاضل فى القواعد والمحقق وغيره ، بل عن مجمع البيان أنه الظاهر من روايات اصحابنا .

﴿ وقيل : ﴿ والقائل الشيخ فى المحكى عن نهايته وابن ادريس ﴿ يأخذ قدر كفايته ، وقيل : ﴿ والقائل الشيخ ايضاً فى المحكى من خلافه وتبيناه يأخذ ﴿ اقل الامرين ﴿ ان كانت كفايته اقل من اجرة المثل ، فله قدر الكفاية دون اجرة المثل وان كانت اجرة المثل اقل من الكفاية فله الاجرة دون الكفاية .

﴿ و ﴿ لا يخفى فى ان ﴿ الاول اظهر ﴿ واقوى وفى الجواهر من غير فرق بين الغنى والفقير ، وبين الوصى والحاكم وامينه وعدول المؤمنين وغيرهم مالم يوجد المتبرع الجامع للشرائط انتهى وجه ذلك ان عمل المؤمن محترم خصوصاً لو كان غرضه الثواب وحفظ اموال الصغار ولا يكون ذلك دائراً مدار الكفاية او اقل الامرين بل ما يكون اجرة لفعله وعمله عرفاً وان كان قدر كفايته اقل اذا تكلف لامورات اليتامى لا يستلزم الملاحظة للاقلية بل بقدر الحاجة وربما يزيد على اجرة المثل ايضاً بلحاظ الشئون .

نعم لا يجوز له الاخذ باكثر من اجرة المثل بل اللازم ملاحظة ما يكون حقه عرفاً بحيث لا يحصل اجحافاً في حق احدهما نعم ان كان غير محتاج بقدر كفاف حياته ينبغي له الاقل من اجرة المثل كما انه لو امكن له التبرع كان ترك الاخذ به احسن .

وكيف كان فاخذه اجرة المثل لو خلى وطبعه طريق معتدل يوجب لميل كثير من الاقدام على هذا الامر ولعله هو المراد من صحيح هشام بن الحكم الذي هو دليل آخر للمسألة أيضاً قال : «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن تولى مال اليتيم ماله أن يأكل منه ، فقال : ينظر الى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم ، فليأكل بقدر ذلك» لوضوح ان ما يؤخذه الغير من الاجر هو اجرة المثل .

بل لعله المراد بالمعروف في الآية الشريفة بل وفيما جاء من تفسيرها في موثق سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام فيها «من كان يلى شيئاً للميتامى ، وهو يحتاج ليس له ما يقيمهم ، فهو يتقاضى أموالهم ، ويقيم في ضيعتهم ، فليأكل بقدر ولا يسرف وان كان ضيعتهم لا تشغله عما يعالج نفسه ، فلا يرزأن من أموالهم شيئاً» .

وصحيح عبد الله بن سنان عنه عليه السلام أيضاً أنه سئل 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 عز وجل «فليأكل بالمعروف» وهو القوت وصحيحه الاخر عنه أيضاً «المعروف هو القوت» وانما عنى الوصى والقيم في أموالهم ما يصلحهم .

وخبر أبي الصباح عنه عليه السلام ايضاً فيها «فقال : ذاك للرجل يحبس نفسه عن المعيشة ، فلا بأس أن يأكل بالمعروف اذا كان يصلح لهم أموالهم ، فان كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئاً» .

ونحوه خبر اسماعة وأبي اسامة المرويان عن تفسير العياشى عنه أيضاً فيها وكذا خبر أبي بصير المروى في التفسير المزبور عنه ايضاً فيها «قال : هذا رجل

يحبس نفسه لليتيم على حرث أو ماشية ، ويشغل فيها نفسه فليأكل منه بالمعروف وليس له ذلك في الدنانير والدرهم التي عنده موضوعاً .
 وخبر زرارة المروى فيه أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام فيها «سأله عنها فقال :
 ذلك اذا حبس نفسه في أموالهم فلا يحترف لنفسه ، فليأكل بالمعروف من مالهم ،
 بناء على أن ذلك أجرة مثله لغلبة عدم زيادة احترام الناس على ما يحتاجونه
 في أفواتهم .

ومضمراً محمد بن مسلم المروى عن تفسير العياشي «سألته عن رجل بيده
 ماشية لابن أخ يتيم في حجره أيخلط أمرها بأمر ماشيته ؟ فقال : ان كان يليط
 حياضها ويقوم على مهنتها ويرد شاردها فليشرب من ألبانها غير مجهد ولا مضر
 بالولد ثم قال : وان كان غنياً الى آخره .

وموثق حنان «قال أبو عبد الله عليه السلام : سألتني عيسى بن موسى عن القيم للايتام
 في الأبل ما يجعل له فيها ؟ فقلت له : اذا لاط حوضها وطلب ضالتها ، وهناجر يانها
 فله أن يصيب من لبنها من غير نهك لضرع ، ولا فساد لنسل ، بناء على أن ذلك اجرة
 مثله عرفاً أو اقل ، فانه من المعروف أيضاً ، ضرورة كون المراد ان الأكل من
 مال اليتيم لا يكون الا في مقابلة عمله له فيما له ، والا كان من الذين يأكلون
 اموال اليتامى ظلماً .

وغير ذلك من الروايات الكثيرة الراجعة مضامين كلها الى امر واحد وهو
 اجرة المثل التي قد ذكرنا وظهر في الجواهر وارجع الجميع الى هذه فانه امر
 عرفي مقبول عندهم وعند الشرع وجمع بين جميع الافراد وهو قد يختلف باختلاف
 الاشخاص فقرا و غناء و اجرة وغير ذلك ولا يحتاج الى طول اكثر من ذلك .

لكنه مع ذلك كان مراعات الاحتياط لازم لان مورد المصارف هو اموال
 اليتيم مع صريح القرآن ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن وتميزه في مثل
 هذه الموارد مشكل مع احتمال نسخ آيات الدالة على الجواز ولذا في الجواهر قال

ولكن الاحتياط لا ينبغي تركه فيه وفي المسألة السابقة أيضاً لشدة التأكد كتاباً وسنة في التجنب عن اموال اليتامى ، وخصوصاً بعد خبر رفاة المروى عن تفسير العياشى عن ابي عبدالله عليه السلام في قوله تعالى «فليأكل بالمعروف قال» كان ابي يقول : انها منسوخة ، بل عن مجمع البيان عن جماعة من العامة تفسيرها بأخذ قدر الحاجة من مال اليتيم على جهة القرض ، ثم يرد عليه ما اخذ اذا وجد ، قال : وهو مروى عن الباقر عليه السلام ، وان كان الثابت عندنا خلافهما ، وهو ما عرفته من النصوص المعتمدة بالفتاوى ، وخصوصاً في الاعمال الواجبة على الوصى كحفظ المال في حرزه ونحوه من الاعمال التي لا يتجدد لها مال للطفل انتهى .

وكيف كان فالاكل من اموال اليتيم في غاية الاشكال فويل لمن كان شغله وفعله في امثال ذلك فويل لهم من يوم القيامة ومواخذة اليتامى اموالهم المأخوذة منهم بايدي الظالمين اعادنا الله من ذلك ومن مال و اجرة يوجب الدخول في نار جهنم .

الفصل ﴿السادس في اللواحق﴾ وقد ادرج فيها مسائل مهمة بحيث يدخل الاجنبى بالوصية في الوارث مع ان ادلة الوصية ناظرة الى الثلث واللازم في الموصى اولا احراز رضا الورثة بزيادة الثلث ثم بعد الرضاء يجعل الاجنبى كالوارث حتى يصح حينئذ النقص على جميع الورثة والافيدون رضائهم لا يجوز اصلا مع عدم ورود رواية في ذلك فليس للموصى بعد عدم الاجازة الا الثلث .

وكيف كان فعبارة المصنف ما زجا مع عبارة الجواهر هذا لفظه ﴿وفيه قسمان : القسم الاول وفيه مسائل ، الاولى : اذا وصى لاجنبى بمثل نصيب ابنه ، وليس له الا واحد ، فقد شرك بينهما في تركته﴾ لانه اضاف الى الوارث واحداً آخر بالوصية وحينئذ ﴿فللموصى له النصف﴾ من التركة ، الا انه لما كان ازيد من الثلث ، ﴿فان﴾ اجاز الولد قسم المال بينهما نصفين وان ﴿لم يجز الوارث فله﴾ اى الموصى له ﴿الثلث﴾ والباقى للولد ﴿و﴾ كذا ﴿لو كان له ابنان﴾

وقد اوصى لاجنبى بمثل نصيب احدهما ﴿ كانت الوصية بالثلث ﴾ لانه قد اضاف اليهما ثالثا ﴿ ولو كان له ثلاثة كان له الربع ﴾ وهكذا .

﴿ والضابط انه يضاف الى الوارث ، ويجعل كأحدهم ان كانوا متساوين وان اختلفت سهامهم جعل مثل اضعفهم سهما ﴾ لانه المتيقن ﴿ الا ان يقول مثل اعظهم ﴾ سهما ﴿ فيعمل ﴾ حينئذ ﴿ بمقتضى وصيته ﴾ ان لم تزد على الثلث ، والا وقف على الاجازة بالاخلاف اجده فى شىء من ذلك بيننا ، بل قد يشعر نسبه فى جامع المقاصد الى علمائنا بالاجماع عليه انتهى متنا ومزجاً .

وضابط عدم الزيادة على الثلث عدم نقص على الورثة وكلما نقص علم زيادة الوصية على الثلث فيحتاج الى الاجازة والافتبطل الوصية .

وكيف كان فالظاهر لا كلام عندهم فى ادخال الاجنبى فى الوارث غاية الامر تارة يقول هذا الثلث لموصى له بعد وفاتى واخرى يقول هذا داخل فى الوارث ويكون سهمه كسهمهم وحينئذ كان الامر بيد الوارث فى صورة زيادة سهمه عن الثلث كما فيما كان مائة درهم وثلاثها ثلاثة مائة درهم .

وفى مثله لو قال له بمثل نصيب ابنى كان الكل لهما تنصيفاً لانه شريك معه فى الارث فللكل واحد اربعمائة ونصف فينقص عن سهم الابن بمائة وخمسين فان اجاز الولد فصح والا فليس للموصى الا ثلاثمائة درهم .

﴿ ولو قال ﴾ فى وصيته ﴿ له مثل نصيب بنتى فعندنا يكون له النصف اذالم يكن له وارث سواها ﴾ لان المال لها فرضا وردا ، فهى كالولد حينئذ فى ذلك فكما ان جميع المال للولد الواحد فرضا فكذلك البنات الواحدة غاية الامر فيها فرضا وردا والعبارة ظاهرة فى خلاف المراد فان معناها للاجنبى ايضا مثل بنتى فيفهم منها ان لكل منهما جميع المال فالاولى بتديل العبارة بقوله جعلته شريكة لبنتى فى سهمها حتى يكون جميع المال مشتركا بينها وبين الاجنبى ثم ان هذا اذا كانت الورثة اجازت ﴿ و ﴾ الا ﴿ يرد الى الثلث اذا لم تجز ﴾ ولم يكن

شريكا معها فى النصف بل له الثلث والباقى للبننت .
 ﴿و﴾ كذا ﴿لو كان له بنتان كان له الثلث ، لأن المال عندنا للبننتين﴾ فرضا
 وردا ﴿دون العصة فيكون الموصى له كثلاثة﴾ فكانه كان له ثلاث بنات فجميع
 المال بينهن بالتسوية فللموصى له الثلث من الكل ﴿ولو كان له ثلاث أخوات من
 ام وثلاثة اخوة من أب ، فأوصى لاجنبى بمثل نصيب احد ورثته ، كان كواحدة
 من الاخوات﴾ .

وفى الجواهر ما لفظه لما عرفت من تنزيل الوصية فى مثله على الاقل الذى
 هو المتيقن فأصل الفريضة حينئذ ثلاثة ، للاخوات من الام الثلث ، وللأخوة من
 الاب الثلثان ، ثم تنكسر على الفريضة ، والفرض ان عددهما متماثل : فيضرب عدد
 أحدهما فى اصل الفريضة تبلغ تسعة للاخوات الثلاث ثلاثة ، لكل واحدة سهم
 وللأخوة ستة لكل واحد اثنتان ، فاذا أوصى بمثل نصيب أحدهم ، وحمل على
 الاقل الذى هو نصيب احدى الاخوات ازدادت الفريضة واحدا ، لما عرفت من ان
 الضابطة تصحيح الفريضة بين الورثة ثم زيادة نصيب الموصى له عليها ، فالوصية
 حينئذ بعشر التركة ﴿فيكون له سهم من عشرة ، وللأخوات﴾ من الام ﴿ثلاثة
 وللأخوة ستة﴾ .

وفى الجواهر ما لفظه نعم ينبغى أن يعلم ان كون الموصى له كواحد من
 الاخوات ، مبنى على فرض كون الاخوة للاب ثلاثة مثلا ، والا فلو فرض كونهم
 سبعة مثلا لم يتم المثال ، ضرورة كون الاقل حينئذ واحدا منهم لامنهن ، الا ان
 الامر سهل بعد معرفة الضابط ، وان أطلق المصنف الاخوة ، مع احتمال ارادته
 اقل الجمع ، والله العالم .

﴿ولو كان له زوجة وبنت ، وقال : له مثل نصيب بنتى﴾ التى هى اعظم
 نصيباً ﴿واجاز الورثة﴾ قال الشيخ ﴿كان له سبعة اسهم ، وللبنت مثلها وللزوجة
 سهمان﴾ .

وفى الجواهر قال وفيه ان الوصية حينئذ من نصيب البنت خاصة لان الاثنين ثمن الفريضة التى هى ستة عشر، فيكون سهم الزوجة تاماً ، والواجب ان تكون الوصية مع الاجازة من اصل التركة ، ويدخل النقص بها على جميع الورثة ، كل على حسب استحقاقه انتهى .

محصل الكلام ان الفريضة تصير الى خمسة عشر لا ستة عشر والشيخ جعلها من الثانى فيكون اثنان منها للزوجة وحينئذ يصل اليها حقها تاما والنقص بتمامه ورد على البنت والمصنف جعلها من خمسة عشر فيؤخذ الاثنان من خمسة عشر فيرد النقص عليهما .

﴿ و ﴾ من هنا قال المصنف ﴿ لوقيل : لها ﴾ اى الزوجة ﴿ سهم واحد من خمسة عشر ﴾ لان ستة عشر ﴿ كان اولى ﴾ بل لعله يتعين كما فى القواعد وجامع المقاصد والمسالك ، ضرورة انه مقتضى الضابط السابق الذى هو تصحيح الفريضة اولا ، وهى هنا ثمانية ، للزوجة الثمن سهم ، وللبنات الباقي ، وهو سبعة اسهم ، ويزاد عليها مثل نصيب البنت بالوصية : اى سبعة ، فيكون مجموع التركة خمسة عشر انتهى وفى المسالك قال ما لفظه هذا مثال لما لو اوصى له بمثل نصيب اعظمتهم وطريقه على ما سبق ان يصح فريضة الميراث اولادى هنا من ثمانية للزوجة الثمن سهم وللبنات الباقي وهو سبعة اسهم ويزاد عليها مثل نصيب من اضيف اليه الوصية وهو هنا البنت فيكون مجموع التركة خمسة عشر هذا هو الصواب الذى جعله المصنف اولى وهو متعين واما ما ذكره اولاً من جعلها ستة عشر للزوجة سهمان ولكل واحد من البنات والموصى له سبعة فهو قول الشيخ ره وهو سهو من قلمه لانه على هذا التقدير يكون الوصية من نصيب البنت خاصة ويكون سهم الزوجة تاماً من اصل التركة لان الاثنين ثمن الفريضة التى هى ستة عشر والواجب ان يكون الوصية من اصل التركة ويدخل النقص بها على جميع الورثة فى كل واحد بنسبة استحقاقه فيكون من خمسة عشر عملاً بالطريق السابق وهو تصحيح فريضة الميراث

ثم زيادة مثل من اضيف اليه الوصية ليشارك الجميع فى النقص انتهى .
 اقول اما قوله فطريقه ان يصحح فريضة الميراث فهو مسلم وطريقه فى باب
 تعيين الفريضة لحاظ مخارج الفروض ونسبة بعضها الى بعض وفى المقام مخرج
 نصف البنت هو الاثنان ومخرج الثمن ثمانية ونسبة الاثنيين اليها هو التداخل فيؤخذ
 بالاكثر وهو الثمانية احداها للزوجة والسبعة للبنت واطاف الى سهمها سبعة
 للاجنبى فصار المجموع خمسة عشر لكنه متوقف على رضاية الزوجة فيمكن
 كون نظر الشيخ الى عدم رضايتها وهى هنا ثمانية للزوجة الثمن سهم الخ وظاهره
 سهم واحد بتمامه من الثمانية .

ولافرق حينئذ بين اخذ واحد من الثمانية وبين جعلها ضعفين وصار ستة عشر
 واخذ منها اثنان وكلاهما يرجع الى مقدار معين من دون نقص وزيادة .

وبالجملية نسبة السهو الى مثل شيخ الطائفة فى غاية البعد وذلك ليس فى
 مورد واحد بل يجرى فى جميع كتاب الارث ومعناه اشتباهه فى جميع ما يرجع
 الى مثل ذلك ولا يمكن للفقيه هو الالتزام بذلك فيمكن ان يكون عنده تعلق
 الضرر بالبنت فانها السبب للنقص على الجميع فلو قال الموصى جعلت الاجنبى
 بمنزلة بنتى فى سهمها لها ان ترد فورا وعدم قبولها لكونه موجبا للنقص عن
 نصيبها فسكوتها وعدم الرد لازمه وروى النقص عليها فقط وحينئذ كان حق الزوجة
 هو الاثنان من ستة عشر تماما .

وكيف كان فلا اظن فى ذلك سهوا منه بل لودار الامر بين سهوه وبين جعل
 النقص الى البنت لامكان رد الزوجة زيادة الوصية كان اولى .

ثم انه فى المسالك والجواهر ما لفظه هذا كله مع الاجازة أما اذا لم يجز
 الوارث ، فالمسألة من اثني عشر له الثلث أربعة ، والثمانية بين الزوجة والبنت ،
 على أصل الفريضة الشرعية ، للزوجة الثمن سهم والبنت الباقي فرضا ورداً انتهى
 وذلك لان خمسة عشر فيما كان سهم الاجنبى هو السبع كسهم البنت فاذا

رد الوارث هذه الوصية وارجعها الى الثلث كان سهمه اربعة لالسبعة فينقص من خمسة عشر ثلاثة فكان اصل الفريضة حينئذ اثني عشر ثلثه اربعة للاجنبي وواحدة للزوجة وسبعة للبنت ثم من مسائل الارث من المهمات وبيانه كتاب الارث .
 لكن المصنف ادرج مسائل الوصية في باب الارث فلا بد من بيان اجمالى حتى يفصل في مورده انشاء الله واقتصرنا ايضا على بعض الفروعات مبنية على الحساب مراعاتاً للاختصار.

﴿ولو كان له أربع زوجات وبنت فأوصى بمثل نصيب احداهن﴾ قال الشيخ
 ﴿كانت الفريضة من اثنين وثلاثين ، فيكون للزوجات الثمن أربعة بينهن بالسوية
 وله ﴿اي للاجنبي﴾ سهم ﴿واحد من الكل﴾ ﴿كواحدة﴾ منهن اذ سهم كل واحدة
 منهن من الكل اربع فكان للاجنبي ايضا اربع حيث جعل له بقدر سهم واحدة
 منهن ﴿ويبقى سبعة وعشرون للبنت﴾ .

وفي الجواهر بعده قال وفيه ما عرفت من اختصاص النقص بالبنت أيضاً
 ومقتضى الضابط المزبور ان يفرض له واحد كاحدى الزوجات ويزاد على الفريضة
 ليدخل النقص على الجميع ، فأصل الفريضة ثمانية نصيب الزوجات الأربع منها
 واحد ، وينكسر عليهن ، فيضرب عددهن في الفريضة تبلغ اثنين وثلاثين ، ويزاد
 عليها واحد بالوصية فتكون ثلاثة وثلاثين انتهى .

وحاصل ما أفيد ان اللازم اولا تعيين اصل الفريضة ثم اضافة الى الاصل
 ما يضاف اليه بالوصية كى يكون النقص واردا على الجميع وقد عرفت منا مراد
 الشيخ ولكن يمكن ان يرد عليه بان المقصود ان كان تمام حق كل واحد يصل
 اليهم فمن اول الامر يمنع هذه الوصية الامع الاجازة والا فاللازم كون النقص
 وارداً على الكل لا خصوص البنت في مسألة السابقة وفيها ايضا على الكل لا خصوص
 الزوجات الأربع ﴿و﴾ من هنا قال المصنف ﴿لوقيل﴾ له واحد ﴿من ثلاثة
 وثلاثين كان أشبه﴾ .

وفى الجواهر قال بل هو متعين ، ولذا جزم غير واحد بأنه سهو من قلمه الشريف كالسابق ولو كانت الوصية فى الفرض بمثل نصيب البنت المحقت ثمانية وعشرين مقدار نصيبها بأصل الفريضة تبلغ ستين ان أجازوا الوصية ، وان ردوا المحقت نصف الفريضة بها ليصير للموصى له ثلث المجموع ، ويكون الثلثان قائمين بالفريضة ، فيكون من ثمانية وأربعين للموصى له ثلثها ستة عشر وللزوجات أربعة ، وللبنات ثمانية وعشرون ، ولو أجازت احدها من ضربت وفق مسألة الاجازة وهو هنا جزء من اثني عشر ، هو نصف السدس فى مسألة الرد أو بالعكس ، فتضرب خمسة فى ثمانية وأربعين ، أو أربعة فى ستين تبلغ مائتين وأربعين ، فمن أجاز أخذ نصيبه من مسألة الاجازة مضروباً فى وفق مسألة الرد .

ومن رد أخذ نصيبه من مسألة الرد مضروباً فى وفق مسألة الاجازة ، فمخ اجازة البنت يكون لها مائة واثني عشر هو الحاصل فى ضرب ثمانية وعشرين فى أربعة ، وللزوجات عشرون هى الحاصلة من ضرب أربعة فى خمسة ، والباقي وهو مائة وثمانية للموصى له ولو أجاز بعض الزوجات ، فله نصيبها من المجاز وهو سهم واحد يضاف الى ما يصيبه ثلث التركة ، وهو ثمانون ، وهو خلاصة ما فى الدروس المفروض فيها المسألة بالابن وأربع زوجات ، انتهى وتمام الكلام فى هذا المقام هو كتاب الفرائض انشاء الله .

المسألة الثانية : لو اوصى لاجنبى بنصيب ولده قيل : ❊ والقائل الشيخ فى المحكى من خلافه ومبسوطه وتبعه عليه الفاضل فى المختلف ❊ تبطل الوصية ، لانها وصية بمستحقة ❊ .

وفى الجواهر قال التى مرجعها الى العزل عن الميراث أدالى الوصية بمال الغير ، هى فيهما معا باطلة ، ولان صحتها موقوفة على بطلانها ، فيستلزم وجودها عدمها ، ان لاتكون صحيحة ، الا أن يكون للابن نصيب ، ولا يكون له نصيب حتى تبطل هذه الوصية انتهى وهو فى محله والادلى ترك مثل هذه الفروعات .

﴿وقيل﴾ منه يظهر فساد ما «قيل» والقائل بعض علمائنا كما في المختلف
﴿يصح ، ويكون كما لو أوصى بمثل نصيبه وهو أشبه﴾ عند المصنف .

وفي الجواهر بقاعدة وجوب الحمل على المجاز عند تعذر الحقيقة انتهى
وفيه ان قاعدة تعذر الحقيقة فيما ورد من حكيم بليغ مشرع ومقنن كالقرآن
والروايات لا مثل قول من لا يعلم علمه بالمسائل كما كثر الجاهلين بالاحكام والوصيات
الباطلة ومن القوى عدم توجه الموصى ببطلان هذه الوصية واحب اخراج ابنه
من الارث وامثال ذلك فالقول بالبطلان قوى كما كثر الوصايا بمثل هذه الدار لابنى
وهذه الاراضى لزوجتى ولم يعلم بان مسائل الارث على كتاب الله تعالى .

﴿و﴾ كذا في البطلان ﴿لو كان له ابن قاتل﴾ أو كافر أو عبد ، ﴿فأوصى﴾
للإجنبي ﴿بمثل نصيبه﴾ أى ولده ﴿قيل : صحت الوصية﴾ على معنى نصيبه لولم
يكن قاتلا ﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ فى مبسوطه ﴿لانصح ، لانه لانصيب له وهو
اشبه﴾ بل عن المبسوط القطع بذلك ولم يذكره غيره .

نعم فى الجواهر قال الا أن الاقوى فى النظر الصحة مطلقاً لظهور كون
المفهوم منه عرفاً أن له نصيباً مثل نصيبه لولم يكن مانع الارث ، ولو كان جاهلاً ،
اذ جهله لا ينافى صحة الوصية المعلوم عدم اشتراطها بفعلية نصيبه ، كعمومية
عدم توقف المعنى على ذلك كما هو واضح انتهى ولا يخفى بطلان ذلك كما عليه
المبسوط ايضاً ولا وجه للصحة مع التأمل فيه .

المسألة الثالثة : اذا أوصى بضعف نصيب ولده ﴿مثلاً﴾ كان له ﴿مثلاً﴾ وفى
الجواهر قال لان ضعف الشيء مثلاً كما هو الاشهر بين الفقهاء على ما فى المسالك ،
بل عن الخلاف حكايته عن عامة الفقهاء والعلماء وان كان فيه انه خلاف ما فى الصحاح
وعن الجمهرة وأبى عبيد القاسم بن سلام من أن الضعف المثل انتهى .

ولا يخفى اختلاف أئمة اللغة فى معنى الضعف وان كان الاظهر ما افاد المصنف
﴿و﴾ عليه يظهر ايضاً المراد من قوله ﴿لو قال : ضعفاً كان له أربعة﴾ امثاله كما

عن المبسوط ﴿و﴾ مع ذلك ﴿قيل : ثلاثة﴾ أمثاله ، بل في المتن ﴿و﴾ غيره ﴿هو أشبه أخذاً بالمتيقن﴾ وفي الجواهر وفيه أن المتيقن المثلان لما عرفت من تفسير الضعف انتهى .

وكيف كان فسواء كان ضعفه او مثلاه انهما يرجعان الى واحد اي ضعفين مقدار الواحد وكان الواحد اضاف به مرتان وصار مقدار ثلاثة مقدار الاول ولكن العمدة هو التأمل في المراد وذلك لان ضعف نصيب الولد اي ضعفان ومثلان نصيب الولد بمعنى انه لو كان نصيب الولد خمسين دينارا كان بالوصية له مائة وخمسين دينار فهل يصح ذلك أولا اذ يمكن كون الوارث منحصر في ولد واحد كما هو صريح العبارة او مقتضى اطلاقه وكان جميع امواله ماشاء الله وكان الجميع للولد والفرض ان اللازم اضافة مقدار جميع الاموال ايضا حتى يصدق ضعفه واعطاه مع جميع امواله بل ازيد منه ايضا بمقدار ذلك ان كان المراد اضافة ضعفه وحينئذ لو فرض قدرة تحصيله مثل جميع امواله ايضا فرضا او نحو ذلك وفرض قدرة اداءه ايضا فهل يلزم عليه دفع ضعف جميع امواله الى زيد او لا وعلى الاول كان عليه ثلاثة امثال جميع امواله واحد للابن واثنان لموصى له وان اريد محرومية الولد ودفع جميع امواله مع ضعفه لموصى له فقط وهو كما ترى بل الكل كما ترى .

وفي كثير من المواقع كانت المسألة غير محررة وغير واضحة المراد ومنه يعلم قوله ايضا ﴿وكذا لو قال : ضعف ضعف نصيبه﴾ .

وفي الجواهر اي كاضعفين في القولين ، وان الاشبه ثلاثة أمثاله ، وذلك لان من قال ان الضعف المثلان فتضعيفه قدره مرتين ، وهو اربعة امثال ، فيكون الموصى به ضعف ضعف النصيب .

المسألة ﴿الرابعة : اذا اوصى بثلثه للمفقر ، وله أموال متفرقة ، جاز صرف كل ما في بلد الى فقرائه﴾ قطعا للصدق اذ اللازم الدفع الى الفقراء لافقراء بلد

دون البلد ﴿و﴾ كذا ﴿لو صرف الجميع في فقراء بلد الموصى جاز أيضاً﴾ لذلك
 ﴿و﴾ كيف كان ﴿ف﴾ يدفع الى الموجودين في البلد ، ولا يجب ﴿عليه﴾
 ﴿تتبع من غاب﴾ لان الفقراء غير منحصرين ، فلا يجب الاستيعاب ، ولا تتبع من
 ليس في البلد لذلك كما في الجواهر .

﴿و﴾ على كل حال ﴿ف﴾ هل يجب أن يعطى ثلاثة فصاعداً ؟ قيل : نعم ، وهو
 الاشبه ﴿عند المصنف﴾ عملاً بمقتضى اللفظ الذي هو جمع ، وأقله ثلاثة
 فلا يجوز دفع الاقل وان لم يوجد في البلد تفحص في بلد آخر .
 ﴿و﴾ كذا لو قال : أعتقوا رقاباً ، وجب أن يعتق ثلاثة فما زاد ، الا ان يقصر
 ثلث مال الموصى ﴿فبقدر ما يبلغ الثلث .

المسألة ﴿الخامسة﴾ : اذا أوصى الانسان بعبد ، ولاخر بتمام الثلث ﴿باعتبار
 قيمة العبد﴾ صحت الوصيتان ﴿ .

وفي الجواهر لوجود المقتضى وانتفاء المانع ، فيقوم العبد يوم موت الموصى
 الذي هو حال نفوذ الوصية ، وينظر الى بقية التركة ، فان خرج العبد من الثلث
 صحت وصيته ، وينظر بعد ذلك فان بقي من الثلث بقية فهي للموصى له الثاني والا
 بطلت الوصية لفوات متعلقها وهذا واضح .

﴿ولو حدث في العبد عيب قبل تسليمه الى الموصى له كان للموصى له الاخر
 تكملة الثلث بعد وضع قيمة العبد صحيحاً لانه قصد العطية التكملة والعبد صحيح ﴿
 وفي الجواهر قال فلا بد من ملاحظة قيمته صحيحاً في الاخراج من الثلث ،
 فلوفرز ان قيمة العبد صحيحاً مائة : والباقي من التركة خمسمائة ، فاصل
 الثلث مائة ، والوصية للثاني بمائة ، فاذا تجدد نقص العبد خمسون مثلاً رجعت
 التركة الى خمسمائة وخمسين وثلثها مائة و ثلاثة وثمانون وثلثاً ، فاذا وضعت
 منه قيمة العبد صحيحاً بقي ثلاثة وثمانون وثلث للموصى له .

﴿وكذا الوصية للموت قبل موت الموصى بطلت الوصية﴾ به بفوات متعلقها ﴿و أعطى

الآخر ما زاد عن قيمة العبد الصحيح .

وفى الجواهر لان له تكملة الثلث ، يسقط بموته شىء ، فيعتبر قيمته عند وفاة الموصى لو كان حياً ، ويحط قيمته من الثلث ، ويدفع الباقى الى الموصى له الثانى .

﴿و﴾ قد ظهر مما قدمناه سابقاً انه ﴿لو كانت قيمة العبد بقدر الثلث بطلت الوصية للآخر﴾ لانقضاء موضوعها .

المسألة ﴿السادسة﴾ : اذا أوصى له بأبيه فقبل الوصية ، وهو مريض ، عتق عليه من أصل المال اجمالاً منا ﴿سواء قلنا : بأن المنجزات منه أو من الثلث لأنه﴾ ﴿على الثانى﴾ انما يعتبر من الثلث ما يخرج عن ملكه ﴿مما فيه ضرر بالوارث﴾ ﴿وهنا﴾ مع أنه ﴿لم يخرج﴾ عن ملكه حتى يكون من التنجيز ، ﴿بل بالقبول ملكه﴾ لكن ﴿انعتق عليه﴾ قهراً ﴿تبعاً لملكه﴾ لم يكن فيه ضرر على الوارث .

المسألة ﴿السابعة﴾ : لو أوصى له بدار ﴿مثلاً﴾ فانهدمت ﴿لابفعل الموصى﴾ وصارت براحاً ، ثم مات الموصى ، بطلت الوصية ، لانها خرجت عن اسم الدار الذى هو للمركب الفاتت بفوات أحد أجزائه ، وخصوصاً ما نفوت به حقيقته . ﴿و﴾ لكن مع ذلك ﴿فيه تردد﴾ ينشأ مما سمعت ومن بقاء ارضها وابوابها وآجرها وسائر مصالحها بحال الوصية فمتعلق الوصية هو نفس الدار ارضا بناء او ما انهدمت هو بناءها دون غيرها .

وبالجملة العرصة مع مصالحها مورد للوصية .

المسألة ﴿الثامنة﴾ : اذا قال : اعطوا زيدا والفقراء كذا ، كان لزيد النصف من الوصية ﴿كما لو أوصى لقبيلتين مختلفى العدد﴾ ﴿وقيل﴾ : الربع ﴿لان أقل الفقراء ثلاثة ، وقد شرك بينهم ، وبين زيد بالعطف ، فيكون كأحدهم ، وفيه أن التشريك بين زيد والفقراء لا يبينه وبين آحاد الجمع ، فهو حينئذ فريق والجمع

فريق آخر ، والا لم يكن الربع ، ضرورة عدم انحصار آحاد الجمع فى الثلاثة ،
وكونها أقل لا يوجب المصير اليها مع وجود اللفظ الشامل له وغيره .

وفى الجميع كلام والظهور العرفى كون زيد احد منهم فى الاعطاء ﴿و﴾
قول المصنف ان ﴿الاول اشبه﴾ غير معلوم الوجه بل ظاهر الامر ان زيد ايضا احد
من الفقراء خاصة بالذكر لخصوصية فيه علما اودينا موجبا لمزية على غيره فهذه
المزية بالعرض لا بدليل شرعى او عرفى والفرق بينه وبين قبيلتين مختلفى العدد
غير خفى مع ان الكلام فى القبيلتين والحاكم على ذلك هو العرف فيحكم بعدم
الفرق بين زيد وغيرها الا فى ما ذكر بل اعطاء النصف عليه دون غيره لعله خارج
عن ظاهر اللفظ .

﴿القسم الثانى فى تصرفات المريض﴾ وهى مسألة مهمة ﴿وهى نوعان
مؤجلة﴾ بما بعد الموت ﴿ومنجزة﴾ أى حاضرة معجلة لم تؤجل بالموت ﴿والمؤجلة﴾
وصية كتمليك عين أو منفعة مثلا وغير وصية كالتدبير والنذر بما بعد الموت بان
قال افعلوا بعد موتى كذا و﴿حكما حكيم الوصية﴾ فى الخروج من الثلث
﴿اجماعا وقد سلفت وكذا﴾ لك ﴿تصرفات الصحيح اذا قرئت بما بعد الموت﴾
وفى الجواهر قال بناء على أنه ليس من الوصية بل هو عتق ، وقد تبعه على
هذا التعبير الفاضل فى القواعد والانصاف عدم خلوه عن سماجة انتهى والانصاف
ان العبارة غير وافية بالمراد ولذا قال متصلا بكلامه ولعل الاولى منه جعل تصرفاته
قسمين : وصية أى معلقة بما بعد الموت ، ومنجزة ، والاولى من الثلث والثانية ،
ففيها البحث المعروف ، ولا يرد التدبير والنذر المقيّد بالموت بناء على أنهما من
الوصية بل وعلى تقدير أنهما ليسا منها فحكمهما فى محلها ، ولم يثبت صحة
تصرف مؤجل بما بعد الموت غير وصية غيرهما ، على أن الحاق النذر المزبور
بالوصية فى الحكم المذكور أحد القولين فى المسألة ، والاخر انه من الاصل ،
فلا يناسب دعوى الاجماع عليه بل فى دعوى الاجماع على خروج الوصية من الثلث

فضلا عنه مناقشة ، لمعروفية خلاف الصدوق في ذلك أللهم الآن لا يعتد بخلافه ،
وأيضاً فمحل البحث هنا تصرفات المريض التي معظمها الوصية ولم يفده الا بالتشبيه ،
مع أن الحكم المزبور غير خاص بالمريض كما اعترف هو به انتهى .

وكيف كان فالمسألة موضوعا واضحة وان المعاملات والمعاوضات قسمان
احدهما ما وقع منجزا في حال المرض بمثل حال السلامة كما قال بعتك او وهبتك
او صالحتك ونحو ذلك فهذه كلها من المنجزات سواء وقعت في حال السلامة
او حال المرض وثانيهما ما وقعت معلقة بما بعد موته وهو عبارة عن الوصية ولا كلام
في انها من الثلث كما ظهر الى الآن فالكلام في المنجزات في حال الموت .

﴿أما منجزات المريض اذا كانت تبرعاً﴾ محضاً ﴿كالمحابة في المعاوضات
والهبة، والعتق والوقف، فقد قيل : انها من أصل المال﴾ وهو الحق ﴿وقيل : من
الثلث ، وانفق القائلان : على أنه لو تبرع المريض﴾ ﴿ازمت من جهته وجهة الوارث
أيضا﴾ اي من حيث كونها تبرع مريض ﴿والخلاف فيما لومات في ذلك المرض﴾
ولا يخفى ان المسألة مشككة في الغاية ولكن قد مرنا الكلام في ج ٢٨
ص ٣٠ الى ٦٠ ونختار هناك كون المنجزات كلها من الاصل كما اذا كان في حال
الصحة فما وقعت منجزة في حال المرض كان من الاصل سواء كانت قريبة من الموت
او غريبة وقد مر مفصلاً فلانعيد لضيق الوقت فراجع ومن جملتها ان الانسان له
اختيار ماله مادام الروح في بدنه فلا بد حينئذ من الاشارة الاجمالية في ضمن
بعض عبارات المصنف :

فقال ﴿ولا بد من الاشارة الى المرض الذي معه يتحقق وقوف التصرف على
الثلث فنقول كل مرض لا يؤمن معه من الموت غالباً فهو مخوف كحمى الدق
والسل ، وقذف الدم ، والادرام السودائية والدموية والاسهال المنتن ، والذي
يمازجه دهنية ، أذرباز أسود يقلى على الارض ، وماشا كله﴾ .

وفي الجواهر مما يرجع فيه الى أهل الخبرة والتجربة من الاطباء ، فان

الامراض يحصل بها تفاوت ، وله طرفان وواسطة ، أما احد الطرفين فهو الذى يقارن الموت ، كحال من قطع حلقومه ومريه ، وشق جوفه وأخرج حشوه ، بل قيل ان فى اعتبار نطق مثل هذا اشكال ، ينشأ من عدم استقرار حياته ، فلا يجب بقتله دية كاملة ، ولا قصاص فى النفس بل حكمه حكم الميت : ولذا لا يصح اسلام الكافر فى هذا الحال ، ولا توبة الفاسق . فلا يعد حينئذ بيعه بيعا ، ولا اقراره اقراراً ومن صدق كونه عاقلاً رشيداً ، فالعمومات متناولة ولا يلزم من الحاقه بالاموات فى بعض الاحوال لدليل خاص الحاقه بهم فى جميعها ، وان كان الاقوى الاخير انتهى اقول لما كان المنجزات فى مرض الموت عند الماتن والشارح الجواهر من الثالث لذا شرع المصنف فى شرح الامراض وان أيتها موجب للموت وايتها لا يوجب وانها محتمل للامرین فقال بما قال وشرحه الجواهر بما شرح حتى شرع فيما يحتمل لعدم الموت بقوله مع مزجه من الجواهر .

﴿ واما ﴾ الثانى وهى ﴿ الامراض التى ﴾ لا يقارنها الموت عادة بل ﴿ الغالب فيها السلامة ﴾ ان هذه ﴿ حكمها حكم الصحة ، كحمى يوم وكالصداع عن مادة او غير مادة والرمد والدمل والسلاق ﴾ الى ان قال المصنف .
 ﴿ وكذا ما يحتمل الامرین كحمى العفن ﴾ وشرحه فى الجواهر بقوله المتعلقة بالاخلاق الاربعة مع تعقنها ، وفى المسالك ان الحمى العفنية انواع منها الورد ، وهى التى تأتى كل يوم والغب وهى التى تأتى يوماً وتترك يوماً والثالث تأتى يومين وتترك يوماً وتعود فى الرابع ، والاخوين وهى التى تأتى يومين .
 ﴿ و ﴾ كذا الكلام فى ﴿ الزحير ﴾ الذى هو حر كة منكرة تدعو الى البراز بسبب ورم أدخلت لاذع أو برد نال الموضع أو غيره ﴿ والادرام البلغمية ﴾ والطاعون وغيرها وان ذكرها فى الادل منهما يكون مخوفاً مع اقترانه باسهال ونحوه ، بل قيل : ان الاسهال اذا تواتر ولم يمكن منعه فهو مخوف ، لان من لحقه ذلك أسرع فى موته لتجفيفه رطوبات البدن الى آخر كلامهما .

اقول مضافا الى ان كلما ذكر المصنف والشارح كان من وظيفة الطب وخارج عن المقام ان ذلك كما عرفت ينفع بحال من يقول بان المنجزات من الثلث حتى يجعل معاملاته من الثلث لو كان مرضه مرض الموت ولم يجعله من الثلث لولم يكن مرضه مرض الموت كما اذا برء بعد المعاملة واما على التحقيق والمختار من كونها من الاصل مطلقا من المرض او افاق فلا يحتاج الى ذكر طويل لبيان الامراض الموجب للموجب للموت وعدمه .

ولذا قال فى الجواهر ايضا والمهم بيان اصل الحكم فانه لم نعثر فيما وصل الينا من النصوص على جعل المخوف عنوانا للحكم كى يتجه المباحث المزبورة وغيرها ، وانما الموجود فيما حضرته الوفاة ، أو عند وفاته ، والمريض ، وغير الصحيح ، ونحو ذلك .

دعوى كون المتيقن فيها المرض المخوف ، فيبقى غيره على الاصول والعمومات كما ترى ، أو عدم صدق المريض على غير المخوف عرفا ، بل هو خاص بالمخوف والحقيقة العرفية مقدمة على غيرها ، وكذا دعوى كون المراد من قوله «عند موته» ظهور أماراته لانزول الموت قطعا . على أنه أقرب منه والمراد ظهور أماراته بالمرض لاشعار قوله بأنه «المريض محجور عليه الا فى ثلث ماله» بذلك وللإجماع على عدم الحجر بغير المرض انتهى .

وكيف كان فقد قال المصنف : ﴿ولو قيل : بتعلق الحكم بالمرض الذى يتفق به الموت سواء كان مخوفاً فى العادة أو لم يكن لكان حسناً﴾ .

وكيف كان فيمكن كون المراد بالمرض المتصل بالموت هو المرض الذى يؤدى الى الموت ولو مع الفصل الطويل بحيث يقطع المريض معه بالموت كالسرطان وطال الحياة وقد يشكل فى امور خارجة عن المرض لكن كان بحيث يمكن حصول الموت آنا كما قال ﴿أما وقت المراماة فى الحرب والطلاق للمرأة ، وتزاحم الامواج فى البحر ، فلا أرى الحكم يتعلق بها لتجردها عن اطلاق اسم المرض﴾

وفى الجواهر وفاقا للمشهورين أصحابنا ، بل فى المسالك لم ينقل المصنف ولا غيره خلافاً فيه ، بل فى جامع المقاصد ما سمعته من الاجماع المزبور انتهى .
وحاصله وان كان من حيث الاشراف على الموت كالمريض فى حال الاحتضار كما كان فى وقت ترامى الطرفين وفى حال الفرق فى البحر وحال وضع الحمل المشرف بالموت ونحو ذلك بل هو اشد من القرب بالموت ولكن مع ذلك لم يعد من مرض الموت وهو مسلم وان كان مناطا كهو بل يمكن ان يقال لا يلحق ذلك بالمرض من حيث عدم المهلة له فى التنجيز او التعليق او كان طرفه ايضا حاضرا عنده وكان مثله فى ذلك .

وكيف كان فهو خارج عن محل البحث فالمحكم مختص بمرض الموت والحق كون جميع المعاملات التنجيزية من الاصل والاجماع قائم من الطرفين ولكن ظاهر روايات كثيرة ان الانسان له اختيار ماله مادام حيا .

ومنها ما عن ابراهيم بن أبى بكر السمال الازدى عن أخبره «عن أبى عبدالله عليه السلام قال : الميت أدلى بماله مادام فيه الروح» .

وما رواه فى الكافى والفقيه عن مرزم عن بعض أصحابنا «عن أبى عبدالله عليه السلام فى الرجل يعطى الشئ من ماله فى مرضه ؟ فقال اذا أبان فيه فهو جائز ، وان أوصى به فهو من الثلث» .

أقول : المراد بقوله «أبان فيه» أى ينزه وعزله وسلمه الى من أعطاه اياه ولم يعلق اعطائه على موته .

وما رواه المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) عن عمار الساباطى فى الموثق «عن أبى عبدالله عليه السلام قال : الميت أحق بماله مادام فيه الروح يبين به فان تعدى فليس له الا الثلث» ، هكذا فى الفقيه وبعض نسخ الكافى ، وفى التهذيب عوض «فان تعدى» فان قال بعدى ، وهو الانسب ، بقوله يبين به وفى بعض نسخ الكافى هكذا «قال : قلت له : الميت أحق بماله فيه الروح ويبين به ؟ قال : نعم ،

فان أوصى به فليس له الا الثلث، وهذا هو المناسب .

وما رواه المشايخ المذكورون أيضاً عن عمار بن موسى الموثق من بعض طرفه «عن ابى عبدالله عليه السلام قال : الرجل احق بماله مادام فيه الروح ، ان أوصى به كله فهو جائز له» .

وما رواه فى التهذيب فى الموثق عن عمار الساباطى «عن ابى عبدالله عليه السلام فى رجل يجعل بعض ماله لرجل فى مرضه ؟ قال : اذا ابانه جاز ، وفى الحدائق بعد نقلها قال هذا ما حضرنى من ادلة القول المذكور ، وهى كما ترى على ما قلناه ظاهرة الدلالة تمام الظهور ، لا يعترضها فتور ولا قصور .

واما ما يدل على القول الاخر ، فمنه رواية على بن عقبة «عن الصادق عليه السلام فى رجل حضره الموت فأعتق مملوكا له ليس له غيره ، فأبى الورثة ان يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه ؟ قال : ما يعتق منه الا ثلثه ، وسائر ذلك ، الورثة احق بذلك ، ولهم ما بقى» .

وموثقة سماعة «قال : سألته عن عطية الوالد لولده ؟ فقال اما اذا كان صحيحاً فهو له يصنع به ما شاء فاما فى مرض فلا يصلح» .

وصحيحة الحلبي «قال : سئل ابو عبدالله عليه السلام عن المرأة تبرء زوجها من صداقها فى مرضها ؟ قال : لا» .

وموثقة سماعة «قال : سألته عن الرجل يكون لامرأته عليه الصداق او بعضه فتبرء منه فى مرضها ؟ قال : لا ولكنهما ان وهبت له جاز ما وهبت له من ثلثها» ورواية ابى ولاد «قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الدين فتبرء منه فى مرضها ؟ قال : بل تهبه له فتجاوز هبتها له ، ويحسب ذلك من ثلثها ان كانت تركت شيئاً» .

وصحيحة على بن يقطين «قال : سألت ابا الحسن عليه السلام مال الرجل من ماله عند موته ؟ قال : الثلث والثلث كثير» .

وبالجملة فان التصرف فى الصورة الادلى لما كان بعد زمان الموت الذى ينتقل فيه المال الى الوارث صار كأنه تصرف فى مال الوارث ، فمنع منه ، والتصرف فى الصورة الاخرى لما كان فى الحياة ولا تعلق له على الموت ، كان كتصرف الصحيح فى ماله ، يفعل به ما يشاء .

وبما شرحناه يظهر لك ان اكثر هذه الاخبار غير ظاهرة الدلالة ، وما ربما يظهر منه ذلك فسبيله الحمل على التقية التى هى الاصل فى اختلاف الاخبار ، واما روايات القول الاول الذى عليه المعول ، فهى جميعاً صريحة الدلالة ، واضحة المقالة ، لا مجال للطعن فى دلالتها بوجه من الوجوه ، نعم بناء على هذا الاصطلاح المحدث الذى قد عرفت انه لا اصل له ، ولادليل عليه ، بل الادلة على بطلانه لمن نظر بعين الانصاف ورجع اليه ، اتجه لاصحاب هذا الاصطلاح الطعن فيها بضعف السند ، مع انك قد عرفت ان فيها الصحيح .

ومن اجل ما قلنا توقف شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك بعد البحث فى المسئلة فى ترجيح احد القولين ، وتبعه المحدث الكاشانى فى المفاتيح ، كما هى عادته فيه غالباً ، فقال فى المسئلة المذكورة : وفى منع المريض من التبرعات المنجزة التى لا تستلزم تفويت المال على الورثة من غير عوض زيادة على الثلث من دون اذنتهم او اجازتهم قولان : وفى الادلة من الجانبين نظر ، اذ ما صح سنده غير دال ، وما هو دال غير صحيح السند ولا معتبر ، الاموثق فى طرف الجواز ، مؤيد بالاصل ، وهو ان صاحب المال احق بماله مادام حياً ، ولكنه معارض بالاكثرية والشهرية ، انتهى .

وبالجملة فان من لا يرى العمل بهذا الاصطلاح المحدث ، وانما عمله على الاصطلاح القديم فى الحكم بصحة جميع الاخبار ، فانه لا يرتاب ولا يشك فى صحة ما اخترناه انتهى .

﴿ وهنا مسائل ﴾ كثيرة فى المقام مبنية على كون المنجزات من الثلث

﴿الاولى : اذا﴾ تبرع بمنجز امور متعددة فى مرض موته كما لو ﴿وهب﴾ وبيع وحابى ﴿أى باع بدون ثمن المثل﴾ فان وسعها الثلث فلا كلام ﴿فى نفوذ الجميع على هذا المبنى وكلها يؤخذ من الثلث .

﴿وان قصر بده بالاول فالاول حتى يستوفى الثلث وكان النقص على الاخير﴾
بلاخلاف فى شىء من ذلك على هذا المبنى واما على كونها من الاصل فلا يقيد بكونها وسعها الثلث بل مطلقا من الاصل ولو كان بتمام ما يملكه لان للانسان اختيارا له مادام حيا وان كان غير مطلوبة للمشارع اذا اجحف على الورثة .

المسألة الثانية اذا جمع بين عطية منجزة و﴿عطية مؤخرة﴾ بعد الموت ﴿قدمت المنجزة فان اتسع الثلث للباقي نفذ والاصح فيما يحتمله الثلث وبطل فيما قصر عنه﴾ وهو واضح على كونها من الثلث .

المسألة الثالثة : اذا باع كرا من طعام ﴿أو غيره مما هو ربوى﴾ قيمته ستة دنائير ﴿مثلا﴾ وليس له سواء بكر ردى ﴿مجانس له﴾ وقيمه ثلاثة دنائير ﴿مثلا﴾ فالمحابة هنا بنصف تركته ﴿وحيث ان لم يجز الوارث ، فلا اشكال فى البطلان فى الزائد على الثلث .

والحاصل باع الموصى كرا من الجيد الذى قيمته ستة دنائير بكر ردىء قيمته ثلاثة دنائير فثلثه درهمان مع انه باع محاباتا بازيد من دينار وهو السدس فان امضى الورثة فلا كلام والا فلهم استرداد السدس من الكرا كما قال ﴿فيمضى فى قدر الثلث﴾ لكن استرداد السدس لو لم يكن له مانع فى المقام .

لكن المانع الربا كما قال ﴿فلو رددنا السدس على الورثة لكان ربا﴾ اذ لزم بيع خمسة اسداس بستة اسداس مع ان اللازم فى المتجانسين صح البيع بمقدار واحد اى منا بمن ولو كان قيمة احدهما اضعاف قيمة الاخر فالبيع صحيح لو خلى وطبعه لعدم الزيادة لكن دخل فى المبيع سدسه من اموال الورثة ولو اراد الورثة اخذه لزم بيع خمسة اسداس بستة اسداس وهو الربا .

والحاصل لو استرد الورثة سدسا من الاعلا لزم بيع خمسة اسداس جيد بستة اسداس ردى وفي الجواهر بعد قوله لكان رباء قال مانصه : لمعلومية اقتضاء البطلان فى المبيع ولو جزء منه البطلان فيما قابله من الثمن ، كمعلومية عدم اقتضاء ذلك بطلان البيع من أصله هنا ، لانه عقد صدر من أصله فى محله فيندرج تحت اطلاق الادلة وعموماتها ثم ان المصنف كان بصدد دفع الاشكال بقوله .

﴿والوجه فى تصحيحه﴾ بحيث يسلم منه من الربا ﴿أن يرد على الورثة ثلث كره﴾ فينقص من المشتري ثلث من الجيد وبقي له حينئذ ثلثان من الجيد ﴿ويرد﴾ الورثة ﴿على المشتري ثلث كره﴾ الردى الذى قيمته دينار ﴿فيبقى مع الورثة ثلثا كقيمتهما ديناران ومع المشتري ثلثا كره﴾ من الجيد ﴿قيمتهما اربعة﴾ دنائير فيرجع الى ان الموصى باع محاباة اربعة اسداس من الجيد باربعة اسداس من الردى فلا يلزم لالربا ولا الزيادة عن الثلث مع حصول بيع المحاباتي حيث يرد على كل واحد منهما سدسان من كرهما وبقي لكل واحد اربعة اسداس وبالجملة فبعد اخذ ثلث من الردى من المشتري وثلث من الجيد من الورثة بقى عند المشتري ثلثان من الجيد وعند الورثة ثلثان من الردى فكان الموصى باع ثلثين من الجيد الذى قيمتهما اربعة دنائير ثلثين من الردى الذى قيمتهما ديناران محاباة فباع بقيمة قليل مع عدم لزوم الربا .

وفى الجواهر بعد قوله قيمتهما اربعة قال مضافاً الى ثلث الكره المردود اليه الذى قيمته دينار ، فيكون المجتمع عنده خمسة دنائير ، كما أن المجتمع عند الورثة اربعة دنائير لكن منها دينار قيمته ثلث كره الذى يرجع اليه ، واما الباقي عنده من كره اربعة دنائير اثنان منها قد استحققهما فى مقابلة ثلثي كره الردى ﴿فيفضل﴾ فى هذه المعاملة ﴿معه﴾ اى مع المشتري ﴿ديناران﴾ هذه الفضلة والزيادة ﴿هى قدر الثلث من الستة﴾ .

وفى الجواهر بعد قوله من الستة قال الذى نفذت فيه المحاباة ، وبذلك

يحصل الجمع بين حقي الوارث والمشتري ، مراعاة القاعدة التي سمعتها وحينئذ يبطل البيع في ثلث الكسر و ما قبله من الثمن ، ويصح في ثلثيه ، وما قبلهما من الثمن .

المسألة ﴿ الرابعة : لو باع عبداً قيمته مائة مائة : بمائة وبراء ﴾ من المرض ولم يكن له سواء ﴿ لزوم العقد ﴾ كما في غيره مما ينجزه ، بلا خلاف ولا اشكال لاطلاق الأدلة ﴿ و ﴾ كذا الومات وأجاز الوارث بناء على كون المنجزات من الثلث وحينئذ ﴿ ان مات ولم تجز الورثة صح البيع في النصف في مقابلة ما دفع ﴾ المشتري من الثمن اذا المفروض ان المشتري دفع مائة دينار غايته في مقابل جميع العبد فاذا لم يجز الورثة ففي نصفه قد اخذ الثمن في مقابلة العبد .

﴿ وهي ﴾ المقابلة التي دفع المشتري ﴿ ثلاثة اسهم من ستة ﴾ اسداس الثمن والنصف الباقي ثلاثة اسداس ايضاً وهو من التركة ﴿ وفي السدسين ﴾ منها اختاره للموصى فان الفرض له سهمان من الثلاثة ايضاً فوقع السهمان من الموصى ﴿ بالمحابة و ﴾ كان من تركته فما وقع بالمحابة ﴿ هي سهمان ﴾ اللذان ﴿ هما الثلث من ستة ﴾ اسهم ويكون للموصى اذ اختيار الثلث بيده فنصف القيمة اخذه الموصى ونصفها الباقي سهمان له ايضاً وقع فيه المحابة ووقع الجميع قيمة للعبد ﴿ فيكون ذلك خمسة اسداس العبد وبطل ﴾ البيع ﴿ في الزائد وهو سدس ﴾ العبد .

﴿ فيرجع ﴾ مع عدم الاجازة ﴿ على الورثة و ﴾ حينئذ كان ﴿ المشتري ﴾ مع جهله بالحكم والموضوع ﴿ بالخيار ان شاء فسخ ، لتبعض الصفقة ، وان شاء أجاز ﴾ وكانت الخمسة اسداس في مقابلة مجموع الثمن .

﴿ و ﴾ رجع السدس على الورثة من غير رد شيء من الثمن بل ﴿ لو بذل العوض عن السدس كان الورثة بالخيار بين الامتناع والاجابة لان حقهم منحصر في العين ﴾ .

وفى الجواهر فلا يلزمون بالعوض قهرا ، كل ذلك لاصالة لزوم العقد من الجانبين الا فى قدر الضرورة ، ولان هذا العقد فى قوة بيع وهبة صحت فيما له ، وبطلت فيما ليس له ولاربا فى المقام .

المسألة ﴿ الخامسة ﴾ : اذا أعتق أمة فى مرض الموت وتزوج ﴿ بها جاعلا مهرها عتقها ﴾ ودخل بها صح العتق والعقد وورثته ﴿ بالزوجية ﴾ ان اخرجت من الثلث وان لم تخرج فعلى مامر من الخلاف ﴿ فى المنجزات فى الخروج من الأصل والثلث ، فعلى الاول ايضا ﴾ يصح العتق والعقد وترث ، وعلى الثانى يعتق منها قدر الثلث .

المسألة ﴿ السادسة ﴾ لو أعتق أمة و قيمتها ثلث تر كته ، ثم اصدقها الثلث الاخر ﴿ مثلا ﴾ ودخل ثم مات ﴿ فى انه لاشكال فى ان ﴾ النكاح صحيح ﴿ فى انه ﴾ بطل المسمى ﴿ مع عدم اجازة الوارث على المختار ﴾ لأنه زائد على الثلث ﴿ فيكون لها مهر المثل لانه حينئذ يكون من ديون ابيهم فلزم عليهم رده اليها مع امكان ان يقال ان الصداق الاول هو صداقها حيث له رد الثلث بل يمكن ان يكون صداق الثانى نفس الانصراف عن الثلث .

﴿ و ﴾ كيف كان فهى ﴿ ترثه ﴾ بل ﴿ وفى ثبوت مهر المثل ﴾ لها ﴿ نردد ﴾ والظاهر لاشكال فيه بعد بطلان المسمى .

ثم ان هذا كله على القول بان المنجزات من الثلث ﴿ و ﴾ اما ﴿ على القول الاخر يصح الجميع ﴾ وهو واضح .

ثم لا يخفى ما فى هذه الفروعات التى لاحاجة لها فى مثل هذا اليوم الاتضييع الوقت وينبغى صرف الاوقات الشريفة فيما هو محل حاجة للمسلمين ولولابنائنا على شرح جميع مسائل الكتاب لانه كنا جميع مسائل العبيد والاماء فانها مورد الحاجة فى زمانهم وفى زمان ظهور الفرج لصاحب الدين عجل الله تعالى فرجه الشريف

وقد وقع الفراغ من تسويد هذه الاوراق مع كثرة وقوع الحوادث

وعدم معين ناصر في تدوينه . وكيف كان فقد من الله

علينا ربنا الكريم في اتمامه بيد الحقير الذليل

محمد رضا المشتهر بالمحقق

غفر الله له ولوالديه بحق محمد

وآله الطيبين الطاهرين

وبليه كتاب النكاح

انشاء الله تعالى

ونسئل المؤمنين ان يدعوا في اتمام جميع مجلدات الكتاب انشاء الله تعالى .

وقد فرغت منه اول شهر ذى الحجة الحرام سنة ١٤١١ المطابق لسنة ١٣٧٠

الفهرس

الصفحة	العنوان
٣	كتاب الهبات
٥	فى عدم احتياج الهبات الى الايجاب و . . .
٧	فيما لو ذهب ما فى الذمة
٩	فى بطلان كلى الطبيعى
١١	فى ان رجوا الطبيعى هو وجود فرده
١٥	فى ان القبض شرط للصحة او اللزوم
١٩	فى توجيهات رفع الاشكال عن كون القبض للزوم
٣٧	فيما لو اقر الواهب بالقبض
٤٣	فى الرجوع الى الاجانب بعد القبض
٤٧	فى لزوم الهبة بالتصرف وعدمه
٦١	فى ان الاصل لزوم الهبة او جوازه
٧٩	فى بعض فروع المسئلة
٨٣	فيما اذا كانت الهبة فاسدة
٨٥	فيما اقر بالهبة وانكر القبض

الصفحة	العنوان
٨١	فيما اذا رجع فى الهبة معيوبة
٨٩	فى الفرق بين الاقارب والاجانب فى الرجوع وعدمه
٩١	فيما اذا لم يعين العوض فى الهبة
٩٧	فى السبق والرماية
٩٩	فى نقل روايات الباب
١٠٣	فى نقل الفاظ المستعملة فى الكتاب
١٠٥	فى ان الآيات يتغير حسب الزمان
١٠٧	فى ان المسابقة مختص بالثلاث اويعم . . .
١١٥	فى عقد المسابقة والرماية
١١٧	فى شرائط المسابقة
١٢١	فى المسئلة الثانية
١٢٣	فى احكام النزال
١٢٥	فى المسئلة الرابعة والخامسة والسادسة
١٢٧	كتاب الوصايا
١٢٩	فى الاختلاف فى لزوم القبول وعدمه
١٣٣	فى كفاية وجود الكتابة الدالة على الوصية
١٣٧	فى بطلان كون القبول كاشفاً
١٣٩	الاختلاف فى سعة القول بالكشف وعدمه
١٤٩	فى اختلاف لزوم القبول وعدمه
١٥٧	فى جواز تقدم القبول فى حياة المولى
١٥٩	فى اولوية كون القبول فى زمن حياة الموصى
١٦٥	فى ان رد الوصية قبل تحقق شرطه يبطل الوصية

الصفحة	العنوان
١٦٧	فى انه لومات موسى له قبل القبول صح . . .
١٧٧	فى عدم دلالة الروايات على ارث القبول
١٨٥	فيما يتعلق بوصية جاريتة وحملها
١٨٩	فى عدم صحة الوصية فى الحرام
١٩١	فى كون الوصية من العقوبة الجائزة . . .
١٩٣	فى وصية من بلغ عشرين
١٩٥	فى عدم صحة الوصية على الاطفال سوى الاب والجد
١٩٧	الوصية للمطفل بمال وجعل امره الى غير ولى الطفل
٢٠١	فى ان الوصية انما تكون فى الثلث
٢٠٣	فى الروايات الدالة على كون الوصية بالثلث
٢٠٧	فيا ورود فى صحة الوصية بالجميع
٢٠٩	فى صحة الاجارة قبل الوفاة وعدمها
٢١١	فى ان اجارة الزائد تنفيذ لاهية
٢١٣	فيما اوصى ثم قتل خطأ
٢١٥	فى دفع الاشكال عن دية الخطاء
٢١٧	فى الاشكال عن دية القتل العمدى
٢٢١	فى خروج الواجبات المالية صلب المال . . .
٢٢٧	اخبارالمقام وامكان استفادة التفصيل منها
٢٢٩	فى وجوب الوصية وعدمه
٢٣١	وصايا المتضادة
٢٣٥	لو اوصى بواحد لاثنتين
٢٣٧	فيما عين له الثلث اشاعة ومعينا

الصفحة	العنوان
٢٣٩	فى بطلان الوصية بالمحرمات
٢٤١	فى ان المراد بالجزء هو العشر
٢٤٥	فىما لو اوصى بسهم
٢٤٧	فى دخول الجفن فى الوصية بالسيف
٢٤٩	فى اخراج بعض اولاده عن الارث وعدمه
٢٥٥	فىما قال الموصى اعطوه كثيراً
٢٥٧	فى احكام الوصية واشترط كون الموصى به موجوداً حال الوصية
٢٥٩	صحة الوصية بالمنافع وعدمها
٢٦٧	ثبوت الوصية بعدلين ان كان والا فمن اهل الكتاب
٢٦٩	فىما يتعلق بخبر تميم الدارى
٢٧٣	فى ثبوت الشهادة بالمال بقول المرأة الواحدة وعدمه
٢٧٩	فى عدم ثبوت شهادة النساء فى الولاية
٢٨١	فى قبول شهادة عبيدين للمولى له
٢٨٣	فى فروعات متعلقة بوصية العبيد
٢٩١	فى عدم جواز الوصية لمملوك الغير
٢٨٩	فى الفروع المتعلقة بالوصية
٣٠١	فى اعتبار العقل والاسلام والعدالة فى الوصى وعدمه
٣٠٥	فىما لومات الصغير قبل بلوغه
٣٠٧	فىما اوصى لاثنين فصاعداً
٣١٣	فى جواز رد الوصية وعدمه
٣١٩	فىما لو ظهر خيانة من الوصى
٣٢١	فىما لو كان للموصى دين على الميت

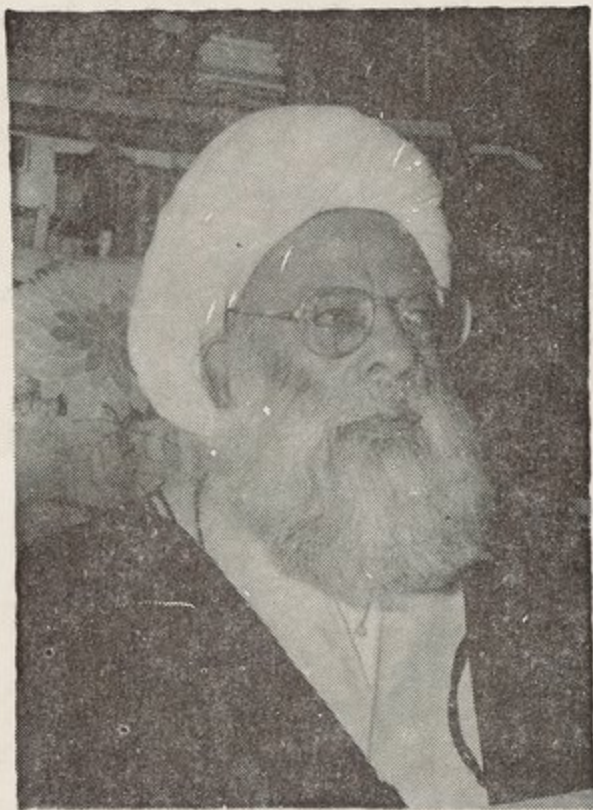
الصفحة

العنوان

٣٢٣	شراء الوصي المال الذي في يده لنفسه
٣٢٥	فيمن مات ولم يكن له وصي
٣٢٧	في اشتراط بقاء شرائط الوصية الى انتهائها
٣٣١	فيمن تصح الوصية عليه
٣٣٥	فيما قال له مثل نصيب بنتي
٣٣٩	فيما اوصى بنصيب ولده
٣٤٣	في بعض الفروعات
٣٤٥	في ان تصرفات المريض منجزة كالتعليقة اولا
٣٥١	في الفروعات على كون المنجزات من الثلث
	الفهرس



WERT
BOOKBINDING
Grantville, Pa.
July - Sept. 1995
We're Quality Bound



تمثال مبارک حضرت آیہ الہ العظمیٰ جناب آغا علی حاج شیخ محمد رضا محقق تهرانی
مؤلف کتاب خفائے الفقہ