



۱۳۳۴

مِفْتَاحُ الْكَرَامَةِ

في شرح قواعد العلامة

للفقيه المتتبع

السيد محمد جواد الحسيني العاملي هـ

المتوفى سنة ١٣٣٦ هـ

حقّقه وعلّق عليه

الشيخ محمّد باقر الخالصي

لواء الثقلين والعلامة

مفتي الجمهورية الإسلامية

بمقر الرئاسة في مدينة طهران

مفتاح الكرامة ج. ٢٣





وصایا

المقصد الرابع: في الوصايا

وفيه فصول:

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله كما هو أهله ربّ العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه أجمعين
محَمَّد وآله الطاهرين المعصومين ورضي الله سبحانه عن مشائخنا وعلمائنا
أجمعين وعن رواتنا الصالحين. وبعد فهذا ما برز من كتاب مفتاح الكرامة على
قواعد العلامة سهل الله بمئه إتمامه على يد مصنفه الفقير الحقير الأقلّ الأذلّ
محمد الجواد الحسيني العاملي عامله بإحسانه وعفوه وكرمه.

[في الوصايا]

قوله: «المقصد الرابع: في الوصايا، وفيه فصول» الوصايا جمع
وصية وقد عبّر بعضهم بهذه وآخرون بهذه وفي «المبسوط»^١ أن الوصية مشتقة من
وصى يصي وهو الوصل ويقال منه أوصى يوصي ووصى توصية والاسم الوصية

(١) المبسوط: في الوصايا: ج ٤ ص ٣.

والوصاة. وقد ذكر ذلك كله في «السرائر»^١ والتحرير^٢ والمهذب البارع^٣ وكنز
 القول^٤ الأول: في أركانها
 ومطالبه أربعة: ^٥ الأول: الوصية تمليك
 عين أو منفعة بعد الموت.

العرفان^٦ وكذا غيرها^٧ وقالوا: أصلها الوصل وسمي هذا التصرف وصية لما
 فيه من وصلة القربات بعد الموت بالقربات في حال الحياة أو بالعكس كما في
 «التذكرة»^٨ وكنز العرفان^٩ وجامع المقاصد^{١٠} وإيضاح النافع والروضة^{١١} وهو
 معنى قوله في «الوسيلة» صلة ما بعد الموت بخير إلى ما قبله^{١٢}، أو لما فيه من وصله
 التصرف حال الحياة به بعد الوفاة كما في «فقه الراوندي»^{١٣} والتحرير^{١٤}
 والروضة^{١٥} أيضاً وغيرهما^{١٦}.

-
- (١) السرائر: في الوصايا ج ٣ ص ١٨٢.
 (٢) تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٢٩.
 (٣) المهذب البارع: في الوصايا المقدمة ج ٣ ص ٩٣.
 (٤) كنز العرفان: في الوصية ج ٢ ص ٨٩.
 (٥) كرياض المسائل: في الوصايا ج ٩ ص ٤٢٧.
 (٦) تذكرة الفقهاء: في الوصايا ج ٢ ص ٤٥٢ س ٢.
 (٧) كنز العرفان: في الوصية ج ٢ ص ٨٩.
 (٨) جامع المقاصد: في الوصايا ج ١٠ ص ٧.
 (٩) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ١١.
 (١٠) الوسيلة: في بيان أحكام الوصية وما يتعلق بها ص ٣٧٢.
 (١١) فقه القرآن: في الوصايا ج ٢ ص ٢٩٨.
 (١٢) تحرير الأحكام: في الوصايا ج ٣ ص ٣٢٩.
 (١٣) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ١١.

[في تعريف الوصية]

قوله: «الأول: في أركانها، ومطالبه أربعة: الأول: الوصية تمليك عين أو منفعة بعد الموت» كما في «الشرائع»^{١٥} و«التحرير»^{١٦} والإرشاد^{١٧} وكنز العرفان^{١٨} وصيغ العقود^{١٩} وغيرها^{٢٠}. وزيد في «التذكرة»^{٢١} وإيضاح النافع «تبرعاً وفي «النافع»^{٢٢} واللمعة»^{٢٣} وكذا «التنقيح»^{٢٤} أنها تمليك عين أو منفعة أو تسليط على تصرف وفي «الدروس»^{٢٥} تمليك عين أو منفعة أو جعلهما في جهة مباحة، وفي «الحواشي» أنها تنفيذ حكم شرعي من مكلف أو ما في حكمه بعد الوفاة وقال: إنه أشمل^{٢٦}. وفي «الكفاية» تمليك عين أو منفعة أو فك ملك بعد الوفاة أو تسليط على تصرف بعدها^{٢٧}. فمن زاد التبرع أراد بيان الواقع لكنه يشكل بما إذا أوصى

- (١٤) كرياض المسائل: في الوصايا ج ٩ ص ٤٢٧.
 (١٥) شرائع الإسلام: في معنى الوصية ج ٢ ص ٢٤٣.
 (١٦) تحرير الأحكام: في ماهية الوصية ج ٣ ص ٣٢٩.
 (١٧) إرشاد الأذهان: في أركان الوصية ج ١ ص ٤٥٦.
 (١٨) كنز العرفان: في الوصية ج ٢ ص ٨٩.
 (١٩) صيغ العقود والإيقاعات (حياة المحقق الكركي ج ٥): في الوصية ص ٦٩.
 (٢٠) كالمختصر النافع: في الوصايا ص ١٦٣.
 (٢١) تذكرة الفقهاء: في الوصايا ج ٢ ص ٤٥٢ السطر الأول.
 (٢٢) المختصر النافع: في الوصايا ص ١٦٣.
 (٢٣) اللمعة الدمشقية: في الوصايا ص ١٧٦.
 (٢٤) التنقيح الرائع: في الوصايا ج ٢ ص ٣٥٨.
 (٢٥) الدروس الشرعية: في الوصية ج ٢ ص ٢٩٥.
 (٢٦) لم نعثر عليه في النسخة المتوفرة لدينا راجع ص ١١٨ من الحواشي النجارية لكن حكى عنه المحقق في جامع المقاصد: ج ١٩ ص ٨.
 (٢٧) كفاية الأحكام: في الوصية ج ٢ ص ٣٨.

بالبيع ونحوه من المعاوضات فإن ذلك وصية ولا تبرع فيه، ومن زاد التسليط أراد إدراج الوصية بالولاية ومن تركه جعل الوصية خارجة عن الوصاية قسيمة لها، ولذلك جعل في «الدروس» لكل باباً وكتاباً. وكل ذلك تعريف لها بحسب الغاية. ولو عرّفوها بأجزائها وغايتها لقالوا هي الإيجاب والقبول الدالّان على تمليك عين أو منفعة إلى غير ذلك.

ويردّ على ما في الدروس بأنّ الجعل في جهة لا يصدق على الوصية بالولاية ولا على الوصية بالعتق ونحوه، إذ ليست الوصية بذلك نفس جعل العين أو المنفعة في جهة مباحة بل الجعل هو التصرف المترتب على الوصية فتأمل، وعلى ما في «الحواشي» بعدم صدقه على شيء من أقسام الوصية، إذ المنفذ لها الوصي أو الحاكم.

وكيف كان فالتمليك في التعريف بمنزلة الجنس يشمل سائر التصرفات المملّكة الواقعة من البيع والهبة والوقف وغيرها، وفي ذكر العين والمنفعة تنبيه على متعلّق الوصية، ويندرج في العين الموجود منها بالفعل كالشجرة والقوة كالثمرة المتجدّدة، وفي المنفعة المؤيَّدة والموقّنة والمطلقة. ويخرج ببعدية الوفاة الهبة وغيرها من التصرفات المنجزة في الحياة المتعلّقة بأحد الأمرين. وينتقض في عكسه بالوصية إلى الغير بإفاد الوصية بالولاية عند من جعل الوصاية من أقسام الوصية كالمصنّف والمحقّق^١ وبالوصية بالعتق فإنّه فكّ ملك لا تمليك العبد نفسه. وكذلك التدبير على القول بأنّه وصية كما عليه الأكثر^٢، والوصية بإبراء المديون وبوقف المسجد فإنّه فكّ ملك أيضاً وبالوصية بالمضاربة وبالمساقاة فإنّهما وإن

(١) شرائع الإسلام، في الأوصياء ج ٣ ص ٢٥٥.

(٢) منهم الشيخ في الخلاف، في المدبّر ج ٦ ص ٤١٥، والحلي في السرائر، في المهور وما ينعقد به النكاح ج ٢ ص ٥٨٨، والفخر في إيضاح الفوائد، في أحكام التدبير ج ٣ ص ٥٤٨.

أفاد ملك العامل الحصّة من الربح والثمرة على تقدير ظهورها إلا أن حقيقتها ليست كذلك، وقد لا يحصل ربح ولا ثمرة فينتفي التملك، كذا ذكر الشهيدان^١ والمحقق الثاني^٢. وزاد في «الحواشي»^٣ الوقف على الجهات العامة. قلت؛ وبما إذا أوصى ولده بأن يقضي عنه بنفسه ما فاتته من صلاة بل بما إذا أوصاه بأن يستأجر عنه لذلك فليتأمل.

هذا وقال في «التذكرة» أجمع العلماء كافة في جميع الأمصار والأعصار على صحّة الوصيّة وجوازها انتهى^٤. قلت؛ قد أجمع علماؤنا على نقل الإجماع على ذلك والمراد بالجواز هنا المشروعية بحيث يتناول الوجوب والندب. وقد ذكرت في القرآن المجيد في أربعة مواضع^٥، وظاهره كجمله من الروايات^٦ وجوب الوصيّة مطلقاً كما هو صريح «الكافي»^٧ وقد جعلها من جملة ما تعبّد الله سبحانه به العبد ابتداء. وقد يلوح ذلك من «النهاية»^٨ وقال في «المقنعة» باب الوصيّة ووجوبها ثم ذكر الآية الشريفة وبعض الأخبار، ثم قال؛ وينبغي للمرء المسلم أن يتحرّز من خلاف الله تعالى وخلاف رسوله ﷺ في ترك الوصيّة وإهمالها، ويستظهر لدينه ويحتاط لنفسه بالوصيّة لأهله وإخوانه تقوى الله وما يجب أن

(١) لم نعثر على عبارة الشهيد الأول بهذه المضامين في الدروس الشرعية واللمعة والحواشي، أمّا الشهيد الثاني فراجع الروضة البهية في الوصايا ج ٥ ص ١٢ - ١٣.

(٢) جامع المقاصد؛ في الوصايا ج ١٠ ص ٧.

(٣) لم نعثر عليه.

(٤) تذكرة الفقهاء؛ في الوصايا ج ٢ ص ٤٥٢ س ١١.

(٥) البقرة: ١٨٠ و ٢٤٠، والنساء: ١١ و ١٢، والمائدة: ١٠٦.

(٦) وسائل الشيعة؛ ب ١ من أبواب أحكام الوصايا ج ١٣ ص ٣٥١.

(٧) الكافي؛ في الوصيّة وما أمر بها ح ١ - ٥ ج ٧ ص ٢ و ٣.

(٨) النهاية؛ في الحث على الوصيّة ص ٦٠٤.

يصنموه في غسله وتحنيطه وتكفينه ومواراته ... إلى أن قال: ولا يهمل ولا يفرط^١. ونحو ذلك ما في «الغنية^٢ والسرائر^٣» من ذكر ينبغي ... إلى آخره. وزادا بعد قوله ومواراته: ثم الوصية بقضاء ما عليه من حق واجب ديني أو دنيوي، فإن لم يكن عليه حق واجب استحباب له أن يوصي بجزء من ثلثه ... إلى آخره. وظاهر «الغنية^٤» أو صريحها الإجماع على ذلك كله وكان كلامهما غير ملتئم الأطراف فليلاحظ جيداً.

وقد صرح بالاستحباب في «المهذب^٥ وفقه الراوندي^٦ والجامع^٧» وغيرها^٨. ونقل في «الفقه الراوندي» حكاية الإجماع على أن الوصية ليست فرضاً ساكتاً عليها بل مفسراً بها. وقال في «التذكرة» عندنا أن الوصية واجبة لمن عليه حق. والأقرب عدم وجوبها لمن ليس عليه حق^٩، مع أنه نقل الإجماع في «التحرير^{١٠}» على أن من لا حق عليه يستحب له أن يوصي ولا تجب عليه وقد نقل الإجماع على وجوبها على من عليه حق. وبالأمرين جزم في «الجامع^{١١} والدروس» قال في الأخير: تجب الوصية على كل من عليه حق يجب إخراجه

(١) المقنعة: في الوصية ص ٦٦٦، والآية والروايات المذكورة في الهوامش ٧ و ٨.

(٢) غنية النزوع: في الوصية ص ٣٠٥ - ٣٠٦.

(٣) السرائر: في الوصايا ج ٣ ص ١٨٢ - ١٨٣.

(٤) غنية النزوع: في الوصية ص ٣٠٥ - ٣٠٦.

(٥) المهذب: في الوصايا ج ٢ ص ١٠٣.

(٦) فقه القرآن: في الحث على الوصية ج ٢ ص ٢٩٩.

(٧) الجامع للشرائع: في الوصية ص ٤٩٢ فما بعد.

(٨) كالوسيلة: في بيان أحكام الوصية ص ٣٧٢.

(٩) تذكرة الفقهاء: في الوصايا ج ٢ ص ٤٥٢ س ١٢.

(١٠) تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣١.

(١١) الجامع للشرائع: في الوصية ص ٤٩٢.

بعد موته ويتضيّق عند إمارة الموت^١. وفي الكتاب فيما يأتي^٢ أن كلّ من عليه
وتفتقر إلى إيجاب

حقّ من مال وغيره وجب عليه أن يوصي به إذا ظنّ الموت. وقال في «جامع المقاصد» أنّه لا خلاف في ذلك ثمّ قال: ولو كان له حقّ يخاف ضياعه فليس ببعيد القول بالوجوب، لأنّ ذلك تضييع للمال على الوارث. ولم أجد التصريح به لكن إطلاق الأخبار مثل قوله ﷺ من مات بغير وصية مات ميتة جاهليّة^٣ يتناوله^٤. قلت: لا ريب في وجوبها على من عليه حقّ، وأمّا من ليس عليه حقّ فالأصول والضوابط تنفيه. وأمّا الآية الشريفة فقد قال الراوندي: معنى كتب فرض، إلّا أنّه هاهنا معناه الحثّ والترغيب دون الفرض والإيجاب^٥. وظاهره أنّه لا خلاف فيه حتّى من العامّة. والأمر في ظواهر جملة من الأخبار سهل. ولا ريب في استحبابها بالشهادتين والإقرار بالنبي ﷺ والأئمة ﷺ وصدق النبي ﷺ في جميع ما جاء به وملازمة التقوى.

[في افتقار الوصيّة إلى الإيجاب والقبول]

قوله: «وتفتقر إلى إيجاب» قد صرّح بافتقارها إلى الإيجاب والقبول في «الفنية^٦ والسرائر^٧ والشرائع^٨ والنافع^٩ والتذكرة^{١٠} والتحرير^{١١}»

(١) الدروس الشرعية: في الوصيّة ج ٢ ص ٢٩٨.

(٢) سيأتي في ص ٣٩٤.

(٣) وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب أحكام الوصايا ج ٨ ص ١٣ ص ٣٥٢.

(٤) جامع المقاصد: في الموصي ج ١٠ ص ٤٠.

(٥) فقه القرآن: في الحثّ على الوصيّة ج ٢ ص ٢٩٩.

(٦) غنية النزوع: في الوصيّة ص ٣٠٦.

والتلخيص^{١٢} والإرشاد^{١٣} والدروس^{١٤} وجامع المقاصد^{١٥} والروض^{١٦} والروضة^{١٧} وكذا «اللمعة»^{١٨} وهو قضية كلام «المبسوط»^{١٩} وغيره^{٢٠}. وقد وقع في أثناء كلام «المبسوط» أنها عقد مكرراً. ولعل كونها عقداً ممّا لا ينكر، وهذا ينفع فيما يأتي. وفي «الغنية» الإجماع على أنها من شرط صحتها كما ستسمع^{٢١} عبارتها. وقضية كلامهم هذا أنها من جملة العقود وستسمع^{٢٢} تصريحهم بأنها من العقود الجائزة وأنه يجوز الرجوع للموصى ورده الموصى له، وذلك يقضي بأنه لا بد من القبول ولو كانت لغير معين أو لجهة عامة. ولا يجوز للمجوزين إطلاق القول بأنها عقد.



- (٧) السرائر: في أحكام الوصية ج ٣ ص ٨٤
- (٨) شرائع الإسلام: في اشتراط الإيجاب والقبول في الوصية ج ٢ ص ٢٤٣.
- (٩) المختصر النافع: في الوصايا وشرائطها ص ١٦٣.
- (١٠) تذكرة الفقهاء: في الوصايا وشرائطها ج ٢ ص ٤٥٢ س ١٨.
- (١١) تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣٠.
- (١٢) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٤.
- (١٣) إرشاد الأذهان: في الوصايا وأركانها ج ١ ص ٤٥٦.
- (١٤) الدروس الشرعية: اشتراط الإيجاب والقبول في الوصية ج ٢ ص ٢٩٥.
- (١٥) جامع المقاصد: في الوصايا ج ١٠ ص ٨.
- (١٦) لا يوجد لدينا ويستفاد من حاشية الإرشاد للشهيد الثاني المطبوع مع غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٤٥٩.
- (١٧) الروضة البهية: في الوصايا واشتراط الإيجاب والقبول فيها ج ٥ ص ١٣.
- (١٨) اللعة الدمشقية: في الوصية ص ١٧٦.
- (١٩) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٣٦.
- (٢٠) كمفاتيح الشرائع: في الوصاية وشرائطها ج ٣ ص ١٩٤.
- (٢١) سيأتي في ص ٣٦٩ هامش ٥.
- (٢٢) سيأتي في ص ٣٦٦ يا ص ٣٧٠.

ويفهم من اكتفاء جماعة كثيرين^١ بالقبول الفعلي أنها ممّا تجري فيها المعاطاة، فيكون حكمها أنّه إن ردّ الموصى له بطلت، وإن قبل قولاً بعد الموت لزمّت بدون القبض أو معه على اختلاف الرأيين، وإن قبض ولم يقبل قولاً وتصرّف لزمّت وإلا فلا. وهذا في الوصيّة له والموصى إليه. وأمّا الموصى فإنما يتحقّق الجواز بالنسبة إليه ويقبل الفسخ على تقدير قبول الموصى له في حياة الموصي، فلو تأخّر قبوله لم يتحقّق العقد مع بقاء الحكم وهو جواز رجوع الموصي فيه. فهذا العقد يكون جائزاً في حال ولازماً في آخر، فلا يستقيم الإطلاق في أحدهما كما ستعرف إن شاء الله.

وأمّا في الوصاية إليه فلا ريب في احتياجها إلى الإيجاب وستسمع صيغه. وعلى المشهور المعروف من أنها تلزم بالموت وعدم الردّ فلا افتقار بها إلى قبول الوصي بل العبرة بعدم الردّ الذي يبلغ الموصي فإن حصل وإلا التزم. فمن جعل الوصاية من أقسام الوصيّة وأدرجها معها في التعريف لم يصحّ له أن يطلق افتقارها إلى الإيجاب والقبول بل الواجب عليه أن يفصل. ولا كلام على من جعلها خارجة إلا إذا أتى بمثل ذلك. ويأتي كلامهم فيهما إن شاء الله.

والمراد بالإيجاب والقبول في كلامهم اللفظيّان كما تقدّم بيانه غير مرّة. وجزم في «التذكرة»^٢ والتحرير^٣ والكتاب^٤ فيما يأتي^٥ و«الدروس»^٥ والحواشي^٦

(١) سيأتي في ذكره في الهوامش ٢١ - ٤٣.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة واشتراط الإيجاب والقبول فيها ص ٤٥٣ س ٢٤.

(٣) تحرير الأحكام: في ماهيّة الوصايا ج ٣ ص ٣٣٢.

(٤) سيأتي في ص ٣٧٠.

(٥) الدروس الشرعية: في الوصيّة وكفاية القبول الفعلي ج ٢ ص ٢٩٧.

(٦) الحاشية النجارية: في الوصيّة ص ١١٩ س ٢ (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

والتنقيح^١ وإيضاح النافع وجامع المقاصد^٢ وصيغ العقود^٣ والمسالك^٤ وغيرها^٥ بصحة قبولها فعلاً، وكأنه لا خلاف فيه بين المتأخرين، لأن عباراتهم مشحونة منه في عدة مواضع كما يأتي إن شاء الله بل يصح إيجابها أيضاً فعلاً كتابة وإشارة عند التذرع كما يأتي^٦ إن شاء الله، وظاهر إطلاق القبول في العبارات وإطلاق القول بأنها عقد أنه لا بد منه ولو كانت الوصية لغير معين كذا أو في جهة معينة.

وأول من صرح بالخلاف لهذه الظواهر المصنف في الكتاب فيما يأتي^٧ و«التذكرة»^٨ والتحرير^٩ والمختلف^{١٠} وولده في «الإيضاح»^{١١} والشهيدان في «الدروس»^{١٢} واللمعة^{١٣} والمسالك^{١٤} والروضة^{١٥} والمقداد في «التنقيح»^{١٦} والفاضل القطيفي في «الإيضاح» والمحقق الثاني في «جامع المقاصد»^{١٧}

(١) التنقيح الرائع: في الوصايا وكفاية القبول القلبي ج ٢ ص ٣٦٢.

(٢) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ١١.

(٣) صيغ العقود والإيقاعات (حياة المحقق الكركي ج ٥) في الوصية ص ٧٠.

(٤) مسالك الأفهام: في عقد الوصية ج ٦ ص ١١٦.

(٥) كرياض المسائل: في الوصية واشتراط الإيجاب والقبول فيها ج ٩ ص ٤٣٢.

(٦) سيأتي في ص ٣٧٩.

(٧) سيأتي في ص ٣٨٣.

(٨) تذكرة الفقهاء: في الوصية وشرائطها ج ٢ ص ٤٥٣ س ٢١.

(٩) تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣٢.

(١٠) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٤٠.

(١١) إيضاح الفوائد: في الوصية ج ٢ ص ٤٧٤.

(١٢) الدروس الشرعية: في الوصية واعتبار الإيجاب والقبول ج ٢ ص ٢٩٦.

(١٣) اللمعة الدمشقية: في الوصايا ص ١٧٦.

(١٤) مسالك الأفهام: في عقد الوصية ج ٦ ص ١١٦.

(١٥) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ١٩ - ٢٠.

(١٦) التنقيح الرائع: في الوصايا ج ٢ ص ٣٦٠.

(١٧) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ٢٣.

والخراساني في «الكفاية»^١ ويظهر من «الروضة» الإجماع عليه حيث قال: ولا يفتقر إلى قبول الحاكم وإن أمكن كالوقف وربما قيل فيه بذلك ولكن لا قائل به هنا^٢، كما أنه قد يظهر من «إيضاح النافع» حيث قال عليه الفتوى. وقال في «المسالك» بعد أن ذكر الخلاف في أن قبول الموصي له معتبر في انتقال الملك إليه بالموت مانصه: موضع الخلاف الوصية المفتقرة إلى القبول، فلو كانت الجهة عامة كالفقراء والمساجد انتقلت إلى الجهة المعينة بالوفاة بغير خلاف^٣. وقد استند في «التذكرة»^٤ وغيرها^٥ إلى تعذر القبول منهم جميعاً والاكتفاء به من البعض ترجيح بلا مرجح.

وكان الأولى بهم أن يستندوا إلى إطلاقات الآيات والروايات بإنفاذ الوصية ونفوذها، إذ مقتضاها عدم اشتراطه حتى فيما إذا أوصى لمعين محصور فتخرج هذه الصورة منها بالإجماع ويبقى ما عداها كما قلنا مثله في الوقف، والإطلاق حجة. ونحن نقول: إن الأصل في اشتراط الإيجاب والقبول في جميع العقود حتى البيوع الإجماع، وهو معلوم انعقاده على أنها عقد لأنهم متسالمون عليه، لأنهم بين مصرح باشتراطهما وبين مصرح بأنها عقد كما سمعته آنفاً، ومنقول في «الغنية» قال: ومن شرط صحتها حصول الإيجاب من الموصي والقبول من المسند إليه ثم ادعى الإجماع^٦. فلعل في قوله من المسند إليه وعدم قوله من الموصي له إشعاراً بإرادة الشمول لقبول الحاكم حيث يسنده إلى جهة عامة فإن

(١) كفاية الأحكام: في الوصية ج ٢ ص ٣٨.

(٢) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٢٠.

(٣) مسالك الأفهام: في عقد الوصية ج ٦ ص ١١٧ - ١٢١.

(٤) تذكرة الفقهاء: في صيغة الوصية ج ٢ ص ٤٥٣ س ٢٢.

(٥) كجامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ٢٣.

(٦) غنية النزوع: في الوصية ص ٣٠٦.

قبول الحاكم عنها كالقبول منها وليس غير المحصور والجهة العامة من الأفراد النادرة الوقوع في الوصية حتى لا تلحظ فليحظ ذلك جيداً وليتأمل فيه.

ثم إن ما استندوا إليه ليس ممّا يعتمد عليه، إذ لا يستلزم تعذر القبول منهم عدم اعتباره أصلاً، لجواز قبول الناظر في تلك المصلحة أو الحاكم. وقضية كلامهم أنه لو لا هذه العلة لوجب القول بالقبول وهذا يقضي بقوة الباعث على القول به، وهو كذلك، إذ أصول المذهب تقتضيه كأصل عدم الانتقال وأصل بقاء الموصى به على حالته والحكم بانتقاله إلى الورثة وأن الوصية مخالفة للأصول القطعية فيقتصر فيها على المقطوع به.

وأما الإطلاقات فيخدش الاستدلال بها أنها لم تسق لبيان ذلك بالخصوص وإنما سبقت لبيان سائر أحكام الوصية دون خصوص المسألة. ثم إنهم قد قيدوها بقيود كثيرة منها اشتراط القبول في المحصور. وأما ما ظهر من الشهيد الثاني من الإجماعين ومن القطيفي ففيه أن عدم القائل به هنا إنما هو لظهوره من اشتراطهم الإيجاب والقبول وتصريحهم بأنها عقد، فلا حاجة بهم إلى التصريح به، لأن إطلاقاتهم يدل عليه، ولا كذلك الحال في الوقف فإنه يظهر من ستة عشر كتاباً عدم اشتراطه بل كاد يكون بعضها صريحاً في ذلك مع ما حكاه فخر الإسلام^١ من الإجماع على ذلك، مضافاً إلى أن الأخبار الحاكية لوقوف الأئمة^{عليهم السلام} خالية عنه وليست كأخبار الباب إطلاقات مسوّقات لغير ذلك، ولذلك توقّفنا هناك وإن كان التوقّف هنا أيضاً أحوط.

(١) تقدّم في ص ٩ في الوقف.

(٢) تقدّم في ص ٩ في الوقف.

وهو كلّ لفظ دالّ على ذلك القصد نحو أوصيت بكذا أو افعلوا
كذا أو أعطوا فلاناً بعد وفاتي أو لفلان كذا بعد وفاتي أو جعلت له
كذا. (٤)

قوله: «وهو كلّ لفظ دالّ على ذلك القصد» كما في «الشرائع»^١
والتذكرة^٢ والتحرير^٣ والإرشاد^٤ وجامع المقاصد^٥ وهو قضية كلّ ما ذكر فيه في
بيان الصيغ الألفاظ الغير الصريحة في الوصية كما ستسمع. والقصد المشار إليه هو
تمليك العين. وفي اعتباره تنبيه على أنّ خصوص اللفظ ليس محلّ النظر في
الوصية وإنّما المدار على العلم بالقصد، فيستوي اللفظ الصريح وغيره، لأنّها تقع
بكلّ لغة يعرف منها قصد ذلك قطعاً وبه صرح في «التحرير»^٦. ولا فرق بين أن
يكون قادراً على العريّة أم لا كما في سائر العقود الجائزة. وبه صرح في
«الدروس»^٧.

قوله: «نحو أوصيت بكذا أو افعلوا كذا أو أعطوا فلاناً بعد وفاتي
أو لفلان كذا بعد وفاتي أو جعلت له كذا» أمّا الأوّل فلا ريب في صراحته.

-
- (١) شرائع الإسلام: في صيغة الوصية ج ٢ ص ٢٤٣.
(٢) تذكرة الفقهاء: في صيغة الوصية ج ٢ ص ٤٥٢ س ١٩.
(٣) تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣٠.
(٤) إرشاد الأذهان: في الوصايا وأركانها ج ١ ص ٤٥٦ - ٤٥٧.
(٥) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ٨.
(٦) تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣٠.
(٧) الدروس الشرعية: في الوصية ج ٢ ص ٢٩٥.

وأما افعلوا كذا فقد قيّداه في «اللمعة»^١ والروضة^٢ بقوله بعد وفاتي. وذكره في «صيغ العقود»^٣ من دون قيد كالكتاب. وأما أعطوا فلاناً بعد وفاتي فقد ذكر كذلك في «الشرائع»^٤ والتحرير^٥ والإرشاد^٦ والصيغ^٧ والروض^٨ وصريح «التذكرة» أنه من الصريح^٩ كما هو ظاهر «الإرشاد»^{١٠} والدروس^{١١} والروض^{١٢}. وأما قوله لفلان كذا بعد وفاتي فقد ذكر كذلك في «الشرائع»^{١٣} والتحرير^{١٤} والإرشاد^{١٥} واللمعة^{١٦} والروض والكفاية^{١٧} وعدّه في «التذكرة»^{١٨} مع القيد من الصريح. وهو ظاهر «الصيغ»^{١٩} وأما جعلت له كذا فظاهر «التحرير»^{٢٠} والدروس^{٢١} والصيغ^{٢٢} أنه من

(١) اللمعة الدمشقية: في الوصايا ص ١٧٦.

(٢) الروضة البهية: في الوصايا في الإيجاب والقبول ج ٥ ص ١٣.

(٣) صيغ العقود والإيقاعات (حياة المحقق الكركي ج ٥): في الوصية ص ٦٩.

(٤) شرائع الإسلام: في الوصية ج ٢ ص ٢٤٣.

(٥) تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣٠.

(٦) إرشاد الأذهان: في الوصايا وأركانها ج ١ ص ٤٥٧.

(٧) صيغ العقود والإيقاعات (حياة المحقق الكركي ج ٥): في الوصية ص ٦٩.

(٨) لا يوجد لدينا الروض ويستفاد ذلك من حاشية الإرشاد للشهيد الثاني المطبوع مع غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٤٥٩.

(٩) تذكرة الفقهاء: في الوصايا في الصيغة ج ٢ ص ٤٥٢ س ١٨.

(١٠) إرشاد الأذهان: في الوصايا وأركانها ج ١ ص ٤٥٧.

(١١) الدروس الشرعية: في الوصية ج ٢ ص ٢٩٥.

(١٢) شرائع الإسلام: في الوصية ج ٢ ص ٢٤٣.

(١٣) تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣٠.

(١٤) إرشاد الأذهان: في الوصايا وأركانها ج ١ ص ٤٥٧.

(١٥) اللمعة الدمشقية: في الوصايا ص ١٧٦.

(١٦) كفاية الأحكام: في الوصية وإيجابها ج ٢ ص ٣٨.

(١٧) تذكرة الفقهاء: في الوصايا في الصيغة ج ٢ ص ٤٥٢ س ١٩.

(١٨) صيغ العقود والإيقاعات (حياة المحقق الكركي ج ٥): في الوصية ص ٦٩.

(١٩) تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣٠.

ولو قال: هو له فهو إقرار في الحال لا يقبل منه حمله على الإيصاء إلا أن يقرّنه بما يفسد الإقرار كما لو قال: هو من مالي له فهو وصيّة.

الصريح. وقيد في «التذكرة»^{٢٢} بقوله بعد موتي وعده من الصريح. قوله: «ولو قال: هو له فهو إقرار في الحال لا يقبل منه حمله على الإيصاء إلا أن يقرّنه بما يفسد الإقرار كما لو قال هو من مالي له فهو وصيّة» كما صرح بالحكمين في «التحرير»^{٢٣} وفيه: إن فساد الإقرار غير كاف في وجوب صرف اللفظ إلى الوصيّة لانتفاء ما يدلّ على ذلك، نعم لو قال بعد وفاتي كان وصية كما في «الدروس»^{٢٤} و«جامع المقاصد»^{٢٥}. وإن لم يقل بعد وفاتي بل قال هو له من مالي بسبب صحيح أو حقّ واجب فهو إقرار صحيح كما تقدّم^{٢٦} في باب الإقرار. وبه صرح هنا في «الدروس»^{٢٧} وقال في «التذكرة» لو قال هو له فهو إقرار، فيحتمل أن يرجع إلى نيّته، فلو قال: نويت أنّه له بعد الموت كان وصيّة لاحتمال اللفظ له وهو أعرف بنيّته وقصده^{٢٨}. وضعفه في «جامع المقاصد» بأنّه تصرف في اللفظ الصريح في الإقرار بما يقتضي إبطاله^{٢٩}. وفيه: إنّه إذا علم منه

(٢٠) الدروس الشرعية: في الوصيّة ج ٢ ص ٢٩٥.

(٢١) صيغ العقود والإيقاعات (حياة المحقّق الكرّكي ج ٥): في الوصيّة ص ٦٩.

(٢٢) تذكرة الفقهاء: في الوصايا في الصيغة ج ٢ ص ٤٥٢ س ١٩.

(٢٣) تحرير الأحكام: في ماهيّة الوصايا ج ٣ ص ٣٣٠.

(٢٤) الدروس الشرعية: في الوصيّة ج ٢ ص ٢٩٥.

(٢٥) جامع المقاصد: في ماهيّة الوصيّة ج ١٠ ص ٩.

(٢٦) تقدّم في ص ٢٥٩.

(٢٧) الدروس الشرعية: في الوصيّة ج ٢ ص ٢٩٥.

(٢٨) تذكرة الفقهاء: في الوصايا في الصيغة ج ٢ ص ٤٥٢ س ٢١.

(٢٩) جامع المقاصد: في ماهيّة الوصيّة ج ١٠ ص ٩.

إرادة ما بعد الوفاة كان وصية، إذ ما بعد العلم من إشكال. وبه صرح في «الدروس»^١.
ولو قال: عيّنت له كذا فهو كناية ينفذ مع النية، ولو قال: وهبته
وقصد الوصية لا التنجيز فالأقرب صحة التفسير، لأنه بمنزلة ملكة ⑤

قوله: «ولو قال: عيّنت له كذا فهو كناية ينفذ مع النية» كما في
«التذكرة»^٢ والتحرير^٣ وجامع المقاصد^٤ والمراد أنه قال بعد وفاتي كما صرح به
في «الدروس»^٥ لأن التعيين قد يكون للتمليك وللإخdam وللإعارة وغيرها، فمع
عدم القرينة الدالة على الوصية لا يحكم بها. وفي «الدروس» لو قال عيّنت له كذا
بعد وفاتي أو عزلت له أو أرصدت له فهو كناية يفتقر إلى القرينة، ومع عدمها
لا شيء للموصى له انتهى^٦. وهي أوضح من العبارات الأربع.

قوله: «ولو قال: وهبته وقصد الوصية لا التنجيز فالأقرب صحة
التفسير، لأنه بمنزلة ملكة» كما في «التذكرة»^٧ وفي «الإيضاح»^٨ أنه
الأصح. وعليه استقر رأي الشهيد في «حواشيه»^٩ واستوجه التفصيل في «جامع
المقاصد» فقال: إن وجدت قرينة حالية أو مقالية تدل على إرادة الوصية بلفظ الهبة

-
- (١) الدروس الشرعية: في الوصية ج ٢ ص ٢٩٥.
 - (٢) تذكرة الفقهاء: في الوصايا في الصيغة ج ٢ ص ٤٥٢ س ٢٢.
 - (٣) تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣٠.
 - (٤) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ٩.
 - (٥) الدروس الشرعية: في الوصية ج ٢ ص ٢٩٥.
 - (٦) الدروس الشرعية: في الوصية ج ٢ ص ٢٩٥.
 - (٧) تذكرة الفقهاء: في الوصايا في الصيغة ج ٢ ص ٤٥٢ س ٢٠.
 - (٨) إيضاح الفوائد: في الوصية وأركانها ج ٢ ص ٤٧٠ - ٤٧١.
 - (٩) الحاشية التجارية: في الوصية ص ١١٨ (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

تعيّن الحمل عليها - أي الوصيّة - ويكون مجازاً، وإلا فإن وجد للفظ نفوذاً في موضوعه وصدر على وجه حقّه أن يمتنع اعتبار التفسير من المالك لوقوع القبض بالإذن من ذي الرحم المقتضي لخروج العين عن ملكه على وجه اللزوم لم يلتفت وقبول بعد الموت فلا أثر له لو تقدّم ⑤

إلى قوله ما يخالف ذلك، وبدون ذلك فالوجه قبول تفسيره لبقاء سلطنته على العين انتهى^١. والتفصيل بكلا شقيّه خارج عن موضوع المسألة، لأنّ المفروض كما في «التذكرة»^٢ أنّه قال: وهبته واقتصر ثمّ فسره بأنّه قصد الوصيّة. وأمّا مع وجود القرينة على إرادة الوصيّة أو وجود المانع من إرادتها فلا كلام كما هو واضح. ووجه العدم أنّ لفظ الهبة لا يدلّ على الوصيّة لغة ولا عرفاً بل الهبة والوصيّة متنافيتان فلا يقع لفظ أحدهما على الآخر بخلاف ملكيّة الذي هو كالجنس للوصيّة. وفيه: إنّ التملك يصدق على الهبة ويجوز (استعماله فيها فيجوز خ) استعمالها فيه إن لم يتساويا على سبيل المجاز الذي يحتاج إلى قرينة وهي حاصلة هنا، إذ المفروض علمنا بقصده، فيكون كاستعمال لفظ السلم في البيع. وقد قوّاه المصنّف هناك^٣. فيكون من استعمال لفظ الأخصّ في الأعمّ.

قوله: «وقبول بعد الموت فلا أثر له لو تقدّم» كما في «الفنية»^٤ والمختلف^٥ وصيغ العقود^٦ وجامع المقاصد^٧ وقد يقال^٨: إنّ عبارة «اللمعة»

(١) جامع المقاصد: في ماهيّة الوصيّة ج ١٠ ص ١٠.

(٢) تذكرة الفقهاء: الوصايا في الصيغة ج ٢ ص ٤٥٢ س ٢٠.

(٣) تقدّم في ج ١٢ ص ٤٨٤.

(٤) غنية النزوع: في الوصيّة ص ٣٠٦.

(٥) مختلف الشيعة: في الوصايا في القبول ج ٦ ص ٣٣٨.

(٦) صيغ العقود والإيقاعات (حياة المحقّق الكركي ج ٥): في الوصيّة ص ٧٠.

تحتمله، لأنه قال: والقبول الرضا سواء تأخر أو قارن، فيحتمل أن يكون المراد أنه تأخر عن الموت أو قارن الموت.

وفي موضعين من «الروضة»^٩ أنه المشهور والمصرّح من عرفت حتّى أن ظاهر المصنّف في «المختلف» أنه لم يظفر بغير صاحب «الغنية»، فلعلّه فهم الشهرة في «الروضة» ممّن ذكر ومن ظواهر العبارات التي أطلق فيها اعتبار الإيجاب والقبول، لأنّ الظاهر منهم المطابقة بين الإيجاب والقبول، لأنّه أوقع بإيجابه تمليكا له بعد الوفاة فليكن قبوله كذلك، وبالجمله أوجب له بعد موته فلا محلّ للقبول إلّا بعده، ويمكن أن يدعى من تلك العبارات عكس ذلك كما ستسمع، أو لعلّه أخذ الشهرة في «الروضة» ممّا سنحكيه^{١٠} عن «الدروس» من قوله: ولورده في حياة الموصي فله القبول بعد وفاته على المشهور بأن يكون معنى قوله «على المشهور» أن ذلك مبنيّ على المشهور من أن تقدّم القبول لا أثر له، لأنّ ذلك لا يتمّ على القول الآخر كما يأتي بيانه في آخر البحث في المسألة، لكنّه قد نسب الجواز قبل الموت وبعده إلى الأكثر في «المسالك»^{١١} وقد صرّح به في «السرائر»^{١٢} والشرائع^{١٣} والتحرير^{١٤} والإرشاد^{١٥} والدروس^{١٦} والتنقيح^{١٧} وإيضاح النافع

(٧) جامع المقاصد، في ماهية الوصية ج ١٠ ص ١٠.

(٨) القائل هو الشهيد الثاني في الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ١٤.

(٩) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ١٤ و١٦.

(١٠) سيأتي في ص ٣٧١ سطر الآخر.

(١١) مسالك الأفهام: في عقد الوصية ج ٦ ص ١١٧ - ١١٨.

(١٢) السرائر: في أحكام الوصية ج ٣ ص ١٨٤.

(١٣) شرائع الإسلام: في الوصية ج ٢ ص ٢٤٣.

(١٤) تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣٢.

(١٥) إرشاد الأذهان: في أركان الوصية ج ١ ص ٤٥٧.

(١٦) الدروس الشرعية: في الوصية ج ٢ ص ٢٩٦.

والروض^{١٨} والمسالك^{١٩} والروضة^{٢٠} والكفاية^{٢١} واللمعة^{٢٢} لأن الظاهر من قوله في الأخير سواء تأخر أو قارن التأخر عن الإيجاب أو مقارنته. وفي «التنقيح» أن عليه الفتوى^{٢٣}. وفيه إشعار وإيذان بدعوى الإجماع.

وقد يتوهم ذلك - أي جواز الأمرين - من قوله في الكتاب فيما يأتي. فلو قبل بعد الموت بمدة أو في الحياة بعد مدة صح، وليس كذلك كما يأتي بيانه^{٢٤}. ولا ترجيح في «التذكرة»^{٢٥}.

وقد سمعت في توجيه شهرة الروضة ما هو دليل القول الأول، وحاصله أنه أوجب له بعد موته فقبله ليس محللاً للقبول فأشبهه القبول قبل الوصية وما لو باعه ما سيملكه، وأن القبول في الحياة يقضي بعدم المطابقة بينه وبين الإيجاب، وأن القبول إما كاشف أو جزء سبب وعليها يمتنع اعتباره قبل الموت، أما الأول فلأن الكشف عن الملك لا بد وأن يتأخر عنه، وأما الثاني فلأنه إذا تم العقد وجب أن يترتب عليه أثره وهو هنا ممتنع قبل الموت.

وفيه: إن المطلوب قبول ما نقل إليه على الوجه الذي نقله إليه وقد أوقع تمليكاً بعد الوفاة فقبله الآن على ذلك النحو وأنهم يقولون باختیار كل واحد من النقل

(١٧) التنقيح الرائع: في الوصايا ج ٢ ص ٣٦٠.

(١٨) لا يوجد لدينا ولكن يستفاد من ظاهر حاشية الإرشاد (غاية المراد ج ٢): في الوصية ص ٤٦٠.

(١٩) مسالك الأفهام: في عقد الوصية ج ٦ ص ١١٨.

(٢٠) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ١٥.

(٢١) كفاية الأحكام: في الوصية ج ٢ ص ٣٨.

(٢٢) اللمعة الدمشقية: في الوصايا ص ١٧٦.

(٢٣) التنقيح الرائع: في الوصايا ج ٢ ص ٣٦١.

(٢٤) سيأتي في ص ٣٧٠.

(٢٥) تذكرة الفقهاء: في الوصايا ج ٢ ص ٤٥٣ س ٢٥ فما بعد.

والكشف ولا مانع، أمّا الأوّل فلأنّه لا يلزم من وجود السبب التامّ في ثبوت حكم وجود مسببه لجواز تخلفه لفقد شرط، والشرط هنا وهو الموت مفقود. وأمّا الثاني فبأنّه لا يلزم أن يكون كلّ فرد من أفراد القبول كاشفاً عن سبق الملك عليه. ويكفي في ذلك ما إذا تأخّر عن الموت ولا يجب عليه بذلك حال الحياة، لأنّ الكشف التامّ إنّما يتحقّق بالنسبة إلى الفرد المتنازع فيه، وهو ما إذا تأخّر عن الموت لا مطلقاً، وذلك غير لازم ولا ضائر.

ورجع الأوّل في «جامع المقاصد» بأنّه لو اعتبر قبوله قبل الموت لم يعتبر قبول الوارث ولا ردّه لو مات الموصى له قبل موت الموصي وقد قبل، وهو باطل، لأنّ إطلاق الأخبار يقتضي عدم الفرق بين قبول الموصى له وعدمه، فيكون قبول الوارث وردّه معتبراً انتهى^١. وقد لا يكون دليلاً، لأنّ أصحاب القول الآخر يقولون إنّ لا يملك بمجرّد القبول حال الحياة، فإن ردّ الوارث حينئذٍ فلا كلام، وإن قبل ملك الموصى له وإن كان ميتاً كما يملك صيداً يقع في شبكته فتأمل. نعم يمكن الاستدلال عليه بأنّ المشهور أنّه لو ردّ في حياة الموصي جاز له القبول بعد وفاته، وهو إنّما يتمّ على القول بعدم التأثير لا على القول الآخر، لأنّه يكون قد أبطل الإيجاب ولم يحصل بعد ذلك ما يقتضيه، فيكون خيرة «لمبسوط^٢ والوسيلة^٣ والشرائع^٤ والتذكرة^٥» كما ستسمع^٦ حكايته عن أربعة عشر كتاباً. وحينئذٍ يتمّ شهرة «الروضة».

(١) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ١١.

(٢) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٣٦.

(٣) الوسيلة: في بيان أحكام الوصية وما يتعلّق بها ص ٣٧٣.

(٤) شرائع الإسلام: في الوصية ج ٢ ص ٢٤٣.

(٥) تذكرة الفقهاء: الوصايا في القبول ج ٢ ص ٤٥٣ س ٢٦.

(٦) سيأتي في ص ٣٧١.

فإن قلت: إنه مشترك الإلزام، قلنا: لا اشتراك، لأنه على القول بعدم التأثير يكون لغواً ولا كذلك على القول الآخر، لأن جواز تقديمه يقضي بتأثير رده لفوات أحد ركني العقد وقت اعتباره بمعنى أنه قد وقع الرد موقع القبول وقت اعتباره فينفي تأثيره. وهذا من فوائد الفرق بين القولين.

وتظهر الفائدة أيضاً في الاحتياج إلى القبول بعد موت الموصي وعدمه، فإذا مات الموصي بعد قبول الموصى له لم يحتج إلى تجديد قبول آخر، فلو مات حينئذ قبل أن يصدر عنه قبول قولي ولا فعلي ولا ردّاً استحقه الوارث لمكان قبول مورثه حال الحياة، ولو مات قبل موت الموصي له بعد قبوله لم يحتج الوارث إلى قبول بعد موت الموصي وبه - أي الفرق - صرح في «التذكرة»^(١).

وعلى كل حال لا أجد وجهاً لحمل الأثر في قول المصنف: فلا أثر له لو تقدّم، على أن المراد منه نقل الملك حتى يكون المعنى أن القبول إذا تقدّم على الموت فلا أثر له في نقل الملك، وله أثر آخر وهو أنه يكتفى به عن القبول بعد الموت، كما حمّله على ذلك الشهيد في «الحواشي»^(٢) لأنه يكون بياناً للواضحات ومخالفاً لما ذكره في بيان الثمرة ولما ذكره في أدلتهم كما سمعت. والذي دعاه إلى ذلك الجمع بينه وبين ما يأتي وكلام «الغنية»^(٣) وغيرها^(٤) لا أثر فيها للأثر وإنما قال في «الغنية» لا يعتد به إلا بعد الوفاة بخلاف الوكالة. ويمكن أن لا يكون هناك خلاف بأن يكون مراد المجوزين أنه لا مانع منه كما صرح به في «السرائر»^(٥) لا أنه له أثر كعدم

(١) تذكرة الفقهاء: الوصايا في القبول ج ٢ ص ٤٥٣ س ٢٩ فما بعد.

(٢) لم نعر عليه.

(٣) غنية النزوع: في الوصية ص ٣٠٦.

(٤) كالعلامة في مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٣٨.

(٥) السرائر: في أحكام الوصية ج ٣ ص ١٨٤.

الاحتياج إلى قبول آخر ونحوه، وحينئذ يوافق قول الآخرين أنه لا أثر له وأنه لا يعتد به كما سيأتي^١ بيانه عند قوله: فإن رد في حياة الموصي جاز. وكيف كان فالأصح فيما خالف الأصل من وجوه عدم الصحة وعدم التأخير وبهما ينتقل الملك مع موت الموصي، لا يكفي الموت بدون القبول وبالعكس (٥)

إلا في موضع اليقين، ولا يمكن الاستدلال عليه بعموم قوله تعالى: «أوفوا بالعقود»^٢ لأنه يقتضي أن يكون لازماً من حينه، وهو خلاف الإجماع. هذا وقد حكى في «الرياض»^٣ أن ظاهر «الروضة» كون القول الأول أشهر، وقد سمعت^٤ ما في «الروضة» ففي حكايته عنها خال من وجهين. وقال: إن القول الثاني محكي عن الحلّي والماتن، وقضية ذلك أنه لم ير الشرائع لكن حكايته عن «المسالك» في صدر هذا البحث يقضي بخلاف ذلك.

قوله: «وبهما ينتقل الملك مع موت الموصي، ولا يكفي الموت بدون القبول وبالعكس» أي ينتقل ملك الموصى به إلى الموصى له بالإيجاب والقبول مع موت الموصي ولا ينتقل بالموت وحده ولا بالقبول وحده. وقد صرح بأنه ينتقل بهما وبالموت في «السرائر»^٥ والشرائع^٦ والتحرير^٧ والإرشاد^٨

(١) سيأتي في ص ٣٧١.

(٢) المائدة: آية ١.

(٣) رياض المسائل: في الوصية ج ٩ ص ٤٣١.

(٤) تقدّم في ص ٣٦٨ هامش ٩.

(٥) السرائر: في أحكام الوصية ج ٣ ص ١٨٤.

(٦) شرائع الإسلام: في الوصية ج ٢ ص ٢٤٣.

(٧) تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣٠.

والتبصرة^٩ والتلخيص^{١٠} والمختلف^{١١} والروض^{١٢} وكذا «جامع المقاصد»^{١٣}.
وظاهر هذه العبارات كما هو صريح بعضها في المقام ومقام آخر أن القبول ليس كاشفا وإنما هو جزء سبب كصريح «السرائر»^{١٤} وغيرها^{١٥} أو شرط وأنه لا ينتقل بوفاة الموصي للموصى له انتقالاً متزلزلاً فإن قبله استقر وإن رده انتقل إلى الوارث، ولكنه سيقرب^{١٦} في الكتاب أنه كاشف عن سبق الملك للموصى له بالموت، لا ناقل له من حينه. وهو خيرة «اللمعة»^{١٧} والحواشي^{١٨} وإيضاح النافع» وقد نفى عنه البأس في موضع من «التذكرة»^{١٩} وفي «جامع المقاصد»^{٢٠} أنه قريب، وفي «الكفاية»^{٢١} أنه غير بعيد وفي «الروضة» أنه متجه لو لا مخالفة ما علم من حكم العقد^{٢٢}. قلت: يأتي بيان ذلك والحال فيه. واستظهره الفاضل

(٨) إرشاد الأذهان: في الوصية وأركانها ج ١ ص ٤٥٦-٤٥٧.

(٩) تبصرة المتعلمين: في الوصايا ص ١٢٦.

(١٠) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٤.

(١١) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٢٨.

(١٢) لا يوجد لدينا ولكن يستفاد من ظاهر حاشية الإرشاد (غاية المراد ج ٢): في الوصية ص ٤٦٠.

(١٣) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ١١.

(١٤) السرائر: فيما يصح من الوصية وما لا يصح ج ٣ ص ٢٠٢.

(١٥) كإيضاح الفوائد: في الوصية ج ٢ ص ٤٧٤.

(١٦) سيأتي في ص ٣٨٣.

(١٧) اللمعة الدمشقية: في الوصايا ص ١٧٦.

(١٨) الحاشية النجارية: في الوصية ص ١١٩ س ٦ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(١٩) تذكرة الفقهاء: في الوصية وسبب التملك ج ٢ ص ٤٥٥ س ٩.

(٢٠) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ٢٧.

(٢١) كفاية الأحكام: في تعريف الوصية ج ٢ ص ٣٨.

(٢٢) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٢٢.

القطيفي من «النافع» وفي «المسالك»^١ والكفاية^٢ وكذا «الرياض»^٣ نسبته إلى الأكثر، ولعلها لم تصادف محلها، لأن القول بأنه لا بد من انضمام القبول إلى الموت خيرة «الخلافة»^٤ أيضاً في باب الفطرة. ويلوح من موضع من «المبسوط»^٥ في الباب. وقد يستظهر من «الغنية»^٦ بل ومن «النافع»^٧ لطابق «الشرائع» بل قد يقال^٨؛ إنه ظاهر كل من قال: إن الوصية عقد، لأن مقتضى العقد عدم تحققه بدون القبول، فيكون تمام الملك موقوفاً على الإيجاب والقبول والموت فيكثر القائلين به جداً، لأنك قد عرفت^٩ في أول الباب من قال إنها عقد، وقد سمعت^{١٠} ما في «السرائر» وما ذكر بعدها.

والقول بأنه يحصل الملك بالوفاة خيرة «الخلافة»^{١١} في الباب و«التذكرة»^{١٢}، وفي موضع آخر من «المبسوط» في الباب أنه أقوى^{١٣}. وهو ظاهر المحكي^{١٤} عن

مرکز تحقیقات فقهی و حقوقی اسلامی

-
- (١) مسالك الأفهام؛ في عقد الوصية ج ٦ ص ١١٨.
 - (٢) كفاية الأحكام؛ في تعريف الوصية ج ٢ ص ٣٨.
 - (٣) رياض المسائل؛ فيما يعتبر في متعلق الوصية ج ٩ ص ٥١٦.
 - (٤) الخلافة؛ في زكاة الفطرة ج ٢ ص ١٤٥ مسألة ١٨٠.
 - (٥) المبسوط؛ في الوصايا ج ٤ ص ٢٨.
 - (٦) غنية النزوع؛ في الوصية ص ٣٠٦.
 - (٧) مختصر النافع؛ في الوصايا ص ١٦٣.
 - (٨) لم نعثر على القائل إلا أنه يظهر من الروضة البهية؛ في الوصايا ج ٥ ص ٢٢.
 - (٩) تقدم في ص ٣٦٥.
 - (١٠) تقدم في ص ٣٦٨.
 - (١١) الخلافة؛ في الوصايا ج ٤ ص ١٤٦ مسألة ١٨.
 - (١٢) تذكرة الفقهاء؛ في الوصية وسبب التملك ج ٢ ص ٤٥٤ س ٢٤.
 - (١٣) المبسوط؛ في الوصايا ج ٤ ص ٣٣.
 - (١٤) حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة؛ في الوصايا ج ٦ ص ٣٤٠.

أبي علي. وقد أطلال في «السرائر»^١ في تضعيفه وأنه ليس لأصحابنا فتوى بذلك ولا وردت به أخبار عن الأئمة عليهم السلام.

ولا ترجيع في مواضع من «المبسوط»^٢ ولا في «الإيضاح»^٣ في مواضع أيضاً و«الدروس»^٤ والتنقيح^٥ وكنز العرفان^٦ ولا في الكتاب^٧ عند الكلام على النماء. وحكى في «الإيضاح»^٨ عن بعضهم التوقف. هذا كلام الأصحاب.

ولعل من نسب القول بالكشف إلى الأكثر نظر إلى ظواهر كثير من الأخبار، وفيها الصحيح والمعتبر الدالة على حصول الانتقال بمجرد الموت من دون توقف على أمر آخر، وهي وإن لم تتضمن اشتراط القبول لكنها مقيدة أو مخصصة بما دل عليه فتأمل جيداً، أو نظر إلى أن مقتضى الإيجاب انتقال الملك عقيب الموت بلا فصل، والقبول إنما وقع على هذا الإيجاب فتأمل، على أنه معارض بما استظهرناه ممن قال إنها عقد.

ولكل من هذه الأقوال أدلة ومتعلقات ذكرت في «التذكرة»^٩ وغيرها^{١٠}، وكلها منظور فيها، والقول بالانضمام أشبه بأصول المذهب وقواعد حكم العقد.

(١) السرائر: في ما يصح من الوصية وما لا يصح ج ٣ ص ٢٠٢.

(٢) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٢٨ و ٣٠ و ٣٣.

(٣) إيضاح الفوائد: في الوصية ج ٢ ص ٤٧١ وص ٤٥٧، وفي الحجر ٦٣ - ٦٤.

(٤) الدروس الشرعية: في الوصية ج ٢ ص ٢٩٦.

(٥) التنقيح الرائع: في الوصايا ج ٢ ص ٣٥٩.

(٦) كنز العرفان: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٩٤.

(٧) قواعد الأحكام: في الوصايا ج ٢ ص ٤٤٦.

(٨) إيضاح الفوائد: في الوصية ج ٢ ص ٤٧٥.

(٩) تذكرة الفقهاء: في الوصية ج ٢ ص ٤٥٤ س ٢٢ فما بعده.

(١٠) انظر كفاية الأحكام: في تعريف الوصية ج ٢ ص ٣٨، ومسالك الأفهام: في عقد الوصية ج ٦ ص ١٢٣.

ويتفرّع على الخلاف فروع كثيرة قد عقد لها في «التذكرة»^١ باباً، وقد ذكرت جملة منها في «الكتاب» فيما يأتي^٢ وفي «المسالك»^٣ وغيرها^٤.
ولا يشترط القبول لفظاً بل يكفي الفعل الدالّ عليه^٥ ولا اتّصال القبول، فلو قبل بعد الموت بمدة أو في حال الحياة بعد مدة صحّ. (١)

وقال في «المسالك» موضع الخلاف الوصيّة المفتقرة إلى القبول، فلو كانت لجهة عامة انتقلت إلى الجهة المعيّنة بالوفاة بغير خلاف انتهى لكن تفصيل «التذكرة» قد يقضي بخلاف ذلك فليلاحظ.

قوله: «ولا يشترط القبول لفظاً بل يكفي الفعل الدالّ عليه» لأنّها مشروعة على خلاف نهج العقود اللازمة، فلم يشترط فيه التنجيز ولا المقارنة كما استند إلى ذلك في ذلك في «جامع المقاصد»^٦ ونحن قد تقدّم^٦ الكلام ممّا في ذلك وأنّ الوجه فيه أن المعاطاة تجري فيه.

قوله: «ولا اتّصال القبول، فلو قبل بعد الموت بمدة أو في حال الحياة بعد مدة صحّ» أمّا عدم اشتراط اتّصاله بالإيجاب فهو ممّا لا خلاف فيه، بل لا يحصل على القول بأنّ القبول إنّما يعتبر بعد الموت إلّا في فرض نادر كما إذا اتّصل الموت بالإيجاب فقبل في الحال. ولا يشترط اتّصاله بالموت بلا خلاف أيضاً حتّى من العامّة. قال في «التذكرة» لا يشترط الفور في القبول بعد الموت،

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة ج ٢ ص ٤٥٥.

(٢) سيأتي في ص ٣٨٣.

(٣) مسالك الأفهام: في عقد الوصيّة ج ٦ ص ١٢١.

(٤) الدروس الشرعية: في الوصيّة ج ٢ ص ٢٩٦.

(٥) جامع المقاصد: في ماهيّة الوصيّة ج ١٠ ص ١١.

(٦) تقدّم في ص ٣٦٥.

لأنه إنما يشترط في العقود الناجزة التي يعتبر فيها ارتباط القبول بالإيجاب انتهى^١ فتأمل فيه، لأنه قد يلوح منه أن المنافي للفور هو هذا التراخي دون التراخي الواقع بين الموت والوصية مع أنه قال قبل ذلك: ويجوز القبول على الفور على خلاف وعلى التراخي - أي حين الموت - إجماعاً انتهى^٢ فتأمل.

وقد أشار المصنف بهذه العبارة إلى الأمرين معاً على القولين فكأنه قال: لا يشترط اتصاله بالإيجاب عند من قال بجوازه حال الحياة وفرّع عليه أنه يجوز عنده إذا أقبل حال الحياة المتأخر عن الإيجاب بمدة ولا يشترط اتصاله بالموت عند من لا يعتد به حال الحياة فلو قبل بعد الموت بمدة جاز. فتكون العبارة من أوجز العبارات وأخصرها غير أنه لم يراع في التفرع الترتيب. ولا يرد عليها شيء مما أورده في «جامع المقاصد» قال: إن التفرع يقضي بأمرين: الأول إن الاتصال المنفي اشتراطه هو اتصال القبول بالموت وإلا لم يتفرّع عليه صحة قبوله بعد الموت بمدة، وليس كذلك قطعاً إذ المنفي هو الاتصال المعتبر بين الإيجاب والقبول كسائر العقود اللازمة ... إلى أن قال: فلو قبل بعد الموت ولو بمدة لكان أولى قلت: قد عرفت أنه نفى كلا الأمرين، ثم إنه إذا قطع بأن المنفي اشتراطه ليس هو اتصال القبول بالموت وإنما هو اتصاله بالإيجاب. فكيف يقول: ولو قال فلو قبل إلى آخره لكان أولى؟ واحتمال جعل هذا مترتباً على ما

ذكره في أثناء ذلك مما تركنا نقله لعدم الحاجة إليه مما لا يعرج عليه ولا يلتفت إليه. ثم قال: الثاني إن حكمه بالصحة لو وقع القبول في الحياة بعد مدة ينافي ما سبق من قوله ولا أثر للقبول لو تقدّم. قال: وتأوله شيخنا الشهيد بأن

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية في القبول ج ٢ ص ٤٥٣ س ٢٩.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية في القبول ج ٢ ص ٤٥٣ س ٢٤.

المنفيّ أولاً هو أثر خاصّ وهو نقل الملك، والمراد بالصحة هنا الاكتفاء به عن القبول بعد الموت انتهى^١.

قلت: هذا ما تنهنا عليه فيما سلف وقد رددناه بوجوه منها أنّه يكون قوله: **«ما لم يرد»** فإن ردّ في حياة الموصي جاز أن يقبل بعد الوفاة، إذ لا اعتبار بذلك الردّ

لأثر له، من باب بيان الواضحات وقد عرفت فيما وجّهنا به العبارة أن لا منافاة بينه وبين ما سبق.

قوله: **«ما لم يرد»** قضيته أنّه لو ردّ لم يكن له القبول سواء كان الردّ في حال الحياة أو بعد الموت وسواء كان الردّ في المدة أو بعدها. أمّا الأوّل فلا يتمّ بطرفيه على القول بعدم اعتباره حال الحياة. وأمّا على القول الآخر فله وجه، لأنّ جواز تقديمه والاكتفاء به عن قبول ثان بعد الموت يقضي بتأثير ردّه لفوات أحد ركني العقد كما تقدّم^٢ بيانه. والمصنّف أردف هذا المفهوم بقوله: فإن ردّ في حياة الموصي جاز أن يقبل بعد وفاته. وأمّا الثاني وهو الردّ بعد الموت فهو أربعة أقسام ثلاثة منها إجماعيّات كما يأتي^٣ بيانها إن شاء الله. ولعلّ مفهوم قوله: ما لم يردّ، يرجع إلى الثاني خاصّة فيما إذا ردّ في أثناء المدة.

قوله: **«فإن ردّ في حياة الموصي جاز أن يقبل بعد وفاته»** كما في **«المبسوط»^٤ والجامع^٥ والشرائع^٦ والتذكرة^٧ والتحرير^٨ والتلخيص^٩ والإرشاد^{١٠}**

(١) جامع المقاصد: في ماهيّة الوصيّة ج ١٠ ص ١١ - ١٢.

(٢) تقدّم في ص ٣٦٩.

(٣) سيأتي في ص ٣٧٢ هامش ٢٢٢.

(٤) المبسوط: في الوصايا وحكم ردّها ج ٤ ص ٣٣.

(٥) الجامع للشرائع: في الوصيّة وحكم ردّها ص ٤٩٩.

وشرحه^{١١} «لولده» غاية المراد^{١٢} واللمعة^{١٣} والتنقيح^{١٤} وجامع المقاصد^{١٥} والروض^{١٦} والمسالك^{١٧} والروضة^{١٨} والكفاية^{١٩} وإليه أشار في «الوسيلة»^{٢٠} بقوله لم يصح الردّ. وفي «الدروس» له القبول بعد وفاته على المشهور^{٢١}، فيحتمل أن له ذلك بناء على المشهور وأن تقدّم القبول لا أثر له كما أشرنا إليه فيما سلف^{٢٢}، ويحتمل أنه أراد أن هذا الحكم مشهور بين الأصحاب مشيراً إلى تمييزه.

وكيف كان فقد تسالم عليه القائلون باعتبار تقديم القبول وجوازه وعدمه، وقد بينا فيما سلف^{٢٣} أنه إنما يتم أو يتّضح على القول بعدم اعتباره وتأثيره فيحتمل أن يكون عدولاً منهم، وهو بعيد جداً. ولعلّ الأولى أن يقال: إن مراد



- (٦) شرائع الإسلام، في الوصية وحكم ردّها ج ٢ ص ٢٤٣.
- (٧) تذكرة الفقهاء: الوصية في القبول ج ٢ ص ٤٥٣.
- (٨) تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣٢.
- (٩) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٤.
- (١٠) إرشاد الأذهان: في الوصايا وأركانها ج ١ ص ٤٥٧.
- (١١) شرح الإرشاد للنيلي: في الوصايا ص ٦٩ س ١٥ (مخطوط في مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).
- (١٢) غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٤٦٠.
- (١٣) اللمعة الدمشقية: في الوصايا ص ١٧٦.
- (١٤) التنقيح الرائع: في الوصايا وحكم ردّها ج ٢ ص ٣٦٢.
- (١٥) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ١٢.
- (١٦) لا يوجد لدينا ولكن يستفاد من ظاهر حاشية الإرشاد (غاية المراد): في الوصية ص ٤٦٠.
- (١٧) مسالك الأفهام: في عقد الوصية ج ٦ ص ١٢٦.
- (١٨) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ١٥.
- (١٩) كفاية الأحكام: في الوصية وتعريفها ج ٢ ص ٣٩.
- (٢٠) الوسيلة: في بيان أحكام الوصية ص ٣٧٧.
- (٢١) الدروس الشرعية: في الوصية ج ٢ ص ٢٩٦.
- (٢٢) تقدّم في ص ٣٧١ هامش ٤ و ٥.
- (٢٣) تقدّم في ص ٣٦٨.

القائلين بجواز تقديمه أنه لا ضرر فيه ولا مانع منه كما صرح به في «السرائر»^١ وعليه تنطبق جملة^٢ من العبائر عدا التذكرة ونحوها مما شذّ وقلّ إن كان، وليس ولو ردّ بعد الموت قبل القبول بطلان^٣ وإن كان الردّ بعد القبض، وبعده لا يبطل بالردّ وإن كان قبل القبض على رأي^٤هم

مرادهم أن له أثراً. وحينئذٍ فلا مخالفة كما تبّهنا عليه فيما سلف^٥ فيلحظ جيّداً. قوله: «ولو ردّ بعد الموت قبل القبول بطلت» إجماعاً كما في «التحرير»^٦ وشرح الإرشاد^٧ للفخر و«الإيضاح»^٨ ذكره في مقام آخر و«الروضة»^٩ وظاهر «غاية المراد»^{١٠} والروض^{١١} والكفاية^{١٢} وبلا خلاف كما في «السرائر»^{١٣} وجامع المقاصد^{١٤} ولا نعلم فيه خلافاً كما في «التذكرة»^{١٥} وهذا يشمل قسمين وهو ما إذا كان قبل القبض وبعده. وإليه أشار بقوله: وبعده وإن كان بعد

- (١) السرائر: في أحكام الوصية ج ٣ ص ١٨٤.
- (٢) منهم المحقق في شرائع الإسلام: في الوصية ج ٢ ص ٢٤٣، والعلامة في تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣٢، وانظر إلى التفتيح الرائع: في الوصايا ج ٢ ص ٣٦٠-٣٦١.
- (٣) تقدّم في ص ٣٦٨ هامش ٢٥.
- (٤) تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣٢.
- (٥) شرح الإرشاد للنيلي: في الوصايا ص ٦٩ س ١٦ (مخطوط في مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).
- (٦) إيضاح الفوائد: في الوصية ج ٢ ص ٤٧٢.
- (٧) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ١٦.
- (٨) غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٤٦٢.
- (٩) لا يوجد لدينا ولكن يستفاد من ظاهر حاشية الإرشاد (غاية المراد): في الوصية ص ٤٦٠.
- (١٠) كفاية الأحكام: في تعريف الوصية ج ٢ ص ٣٩.
- (١١) السرائر: ما يصحّ من الوصية وما لا يصحّ ج ٣ ص ٢٠٢.
- (١٢) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ١٣.
- (١٣) تذكرة الفقهاء: الوصية في القبول والردّ ج ٢ ص ٤٥٣ السطر الأخير.

القبض فإن وصلية. وبالأمرين طفحت عباراتهم.
قوله: «وإن كان بعد القبض»^١ قد عرفت أنه متصل بما قبله.
قوله: «وبعده لم يبطل وإن كان قبل القبض على رأي»^٢ هذه العبارة
تشمل أيضاً قسمين: أحدهما: ما إذا ردّ بعد الموت وبعد القبول وبعد القبض،
فالضمير في قوله: بعده، راجع إلى القبول. والثاني: ما إذا ردّ بعد الموت وبعد القبول
وقبل القبض.

أما الأول فقد حكى عليه المصنف هنا الإجماع بقوله فيما يأتي ولو كان بعده
لم تبطل إجماعاً، وأعاد لينص على أنه إجماع، وقد حكاه - أي الإجماع -
أيضاً في «التذكرة»^٣ وولده في «شرح الإرشاد»^٤ والشهيدان في «الدروس»^٥
والمسالك^٦ والمقداد في «التنقيح»^٧ وهو ظاهر «غاية المراد»^٨ والروض^٩ وقال
في «الوسيلة»^{١٠} لم يصح بحال^{١١}.

وأما الثاني فعدم البطلان فيه خيرة «الشرائع»^{١٢} بلفظ الأشبه و«التذكرة»^{١٣}
والإرشاد^{١٤} والتلخيص^{١٥} والإيضاح^{١٦} وغاية المراد^{١٧} والحواشي^{١٨} واللمعة^{١٩}

-
- (١) تذكرة الفقهاء: الوصية في القبول والردّ ج ٢ ص ٤٥٤ س ٤.
(٢) شرح الإرشاد للنيلي: في الوصايا ص ٦٩ س ١٨ (مخطوط في مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).
(٣) الدروس الشرعية: في الوصية ج ٢ ص ٢٩٦.
(٤) مسالك الأفهام: في عقد الوصية ج ٦ ص ١٢٦.
(٥) التنقيح الرائع: في الوصايا ج ٢ ص ٣٦٢.
(٦) غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٤٦٢.
(٧) لا يوجد لدينا، ولكن يستفاد من ظاهر حاشية الإرشاد (غاية المراد) في الوصية ص ٤٦٠.
(٨) الوسيلة: في أحكام الوصية ص ٣٧٧.
(٩) شرائع الإسلام: في الوصية ج ٢ ص ٢٤٣.
(١٠) تذكرة الفقهاء: الوصية في القبول والردّ ج ٢ ص ٤٥٤ س ٨.
(١١) إرشاد الأذهان: في الوصايا ج ١ ص ٤٥٧.

والتنقيح^{١٧} وجامع المقاصد^{١٨} والروض^{١٩} والمسالك^{٢٠} والروضة^{٢١} والكفاية^{٢٢} وهو قضية غيرها عدا ما ستعرف. ولا ترجيح في «التحرير»^{٢٣} والدروس^{٢٤}.
والمخالف الشيخ في «المبسوط»^{٢٥} وابن سعيد في «الجامع»^{٢٦} وهو قضية كلام «الوسيلة» لأنه لم يتعرض لذكر القبول أصلاً، قال: وإن ردّ بعد وفاة الموصي قبل القبض صحّ وعادت الجارية رقاً للورثة^{٢٧}. ولعلّ الظاهر أنه أراد بعد القبول، ولذلك نسبوا إليه موافقة المبسوط على البتّ، قال في «المبسوط» والصحيح أنه يصحّ الردّ، لأنه وإن كان ملكه بالقبول لكأنه لم يستقر ملكه عليه ما لم يقبضه فصحّ فيه الردّ كما أن من وقف عليه شيء فإنه متى ردّ صحّ ذلك وإن كان قد ملك الرقبة والمنفعة أو أحدهما انتهى. وقد أطالوا في الاستدلال بما لم يفه به وردّوه بما ردّوه

مركز تحقيق مكتبة علوم اسلامی

- (١٢) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٤.
- (١٣) إيضاح الفوائد: في الوصية وأركانها ج ٢ ص ٤٧١.
- (١٤) غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٤٦١ - ٤٦٢.
- (١٥) لم يشرح العبارة الظاهر يتقبلها أنظر حواشي الشهيد: في الوصية ص ١١٩.
- (١٦) اللعة الدمشقية: في الوصايا ص ١٧٦.
- (١٧) التنقيح الرائع: في الوصايا ج ٢ ص ٣٦٢.
- (١٨) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ١٣.
- (١٩) لا يوجد لدينا، ولكن يستفاد من ظاهر حاشية الإرشاد (غاية المراد): في الوصية ج ٢ ص ٤٦٠.
- (٢٠) مسالك الأفهام: في عقد الوصية ج ٦ ص ١٢٦ - ١٢٧.
- (٢١) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ١٦.
- (٢٢) كفاية الأحكام: في تعريف الوصية ج ٢ ص ٣٩.
- (٢٣) تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣٢.
- (٢٤) الدروس الشرعية: في الوصية ج ٢ ص ٢٩٦.
- (٢٥) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٣٣.
- (٢٦) الجامع للشرائع: في الوصية ص ٤٩٩.
- (٢٧) الوسيلة: في أحكام الوصية ص ٣٧٧.

ولم يتعرّضوا لأخبار الباب.

وكلام الشيخ مبنيّ على أنّ القبض شرط في اللزوم أو الصّحة. وفيه: إن إطباق الأصحاب على الاقتصار على اعتبار الإيجابين والموت وعدم الردّ في البين يقضي بعدم اعتبار القبض، مضافاً إلى الأصل المستفاد من عمومات الباب وغيرها وخصوص الصحيح الذي رواه العباس بن عامر، قال: سألته عن رجل أوصي له بوصيّة فماتت قبل أن يقبضها ولم يترك عقباً؟ قال: اطلب له وارثاً أو مولى فادفعها إليه. قلت: فإن لم أعلم له وليّاً؟ قال: اجتهد على أن تقدر له على وليّ، فإن لم تجد وعلم الله منك الجدّ فتصدق بها^١ غاية الأمر أنّه مضمّر لكن رواه العياشي^٢ والصدوق^٣ مسنداً إلى أبي عبد الله عليه السلام. ومثله خبر محمد بن عمر الباهلي^٤ وغيره^٥. وقد عقد له ولمسألة أخرى في «الوسائل» باباً سرد فيه أخباراً كثيرة، وكان من خالف أو توقّف غفل عنها، إذ ليس لمن ظفر بها أن يعدل عنها مع عدم المعارض لها فالمسألة من القطعيّات.

وقد تحصّل أنّ الردّ إمّا أن يكون قبل الوفاة أو بعدها وإن لحظت القبض والقبول فيهما كانت الأقسام ثمانية، لأنّه إذا كان قبل الوفاة كانت الأقسام أربعة وكلّها لا حكم فيها للردّ كما في «غاية المراد» والروض^٦ وإذا كان بعد الوفاة كانت أربعة أيضاً تبطل في اثنين منها وهما اللذان قبل القبول سواء حصل القبض

(١) وسائل الشيعة: ب ٣٠ من أبواب أحكام الوصايا ج ٢ ص ١٣ ص ٤٠٩.

(٢) تفسير العياشي: ج ١ ص ٧٧ ح ١٧١.

(٣) من لا يحضره الفقيه: في الوصيّة ح ٥٤٩٠ ج ٤ ص ٢١١.

(٤) وسائل الشيعة: ب ٣٠ في أحكام الوصايا ج ٢ ص ١٣ ص ٤١٠.

(٥) وسائل الشيعة: ب ٣٠ من أحكام الوصايا ج ١ ص ١٣ ص ٤٠٩.

(٦) غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٤٦٢.

(٧) لا يوجد لدينا.

أو لا وواحد قطعي وواحد مختلف فيه عندهم وعندنا أنه قطعي كما عرفت.

ولو كان بعده لم تبطل إجماعاً^١
ولو ردّ بعضاً صحّ فيما قبله.^٢

قوله: «ولو كان بعده لم تبطل إجماعاً» قد تقدّم^١ بيانه والوجه في إعادته.

قوله: «ولو ردّ بعضاً صحّ فيما قبله» أي قبل بعضاً وردّ بعضاً كما في «الشرائع»^٢ والتحرير^٣ وجامع المقاصد^٤ والمسالك^٥ وهو معنى قوله في «الإرشاد» ولو ردّ بعضاً بطلت فيه خاصّة^٦ و«تلخيص»^٧ لو قبل البعض صحّ فيه. والمراد من الجميع أنه يصحّ فيما قبل ويبطل فيما ردّ، لأنها تبرّع محض لا يجب فيها مطابقة القبول للإيجاب كالبيع، فلا يتفاوت الحال فيها بين قبول الكلّ أو البعض. ومن ثمّ لو زادت عن الثلث وقبل الموصي له بطل الزائد خاصّة ولا يلتفت إلى التضرّر بالشركة لو كان الموصي به شيئاً واحداً. وفي «الحواشي» المنسوبة إلى الشهيد كلام غير سديد. قال ما نصّه: يحتمل - أي العبارة - وجهين أنه مبنّي على

(١) تقدّم في ص ٣٧٢.

(٢) شرائع الإسلام: في الوصيّة ج ٢ ص ٢٤٣.

(٣) تحرير الأحكام: في ماهيّة الوصايا ج ٣ ص ٣٣٢.

(٤) جامع المقاصد: في ماهيّة الوصيّة ج ١٠ ص ١٤.

(٥) مسالك الأفهام: في عقد الوصيّة ج ٦ ص ١٢٧.

(٦) إرشاد الأذهان: في الوصايا ج ١ ص ٤٥٧.

(٧) تلخيص المرام: في الوصيّة ص ١٥٤.

أنَّ القبول ناقل ويحتمل أن يكون قبل بعضاً وردَّ بعضاً. وهذا هو الذي يقتضيه الكلام انتهى^١.

وفي ردَّ رأس العبد مثلاً إشكال ينشأ من بطلان أفرادهِ فيبطل الردُّ أو الوصيَّة (٥)

قوله: «وفي ردَّ رأس العبد مثلاً إشكال ينشأ من بطلان إفراده فيبطل الردُّ أو الوصيَّة» صورة المسألة أن يقول قبلت العبد إلّا رأسه أو رددت الرأس وقبلت الباقي كما صوّرها بذلك الشهيد في «الحواشي»^٢ وهو الموافق لما ذكره في المسألة التي قبلها. وفيه تأمل، لأنَّ المراد بالرأس الجميع. وإليه أشار في «الإيضاح» بقوله: والحاصل أنّه أثبت أحد المتلازمين ونفى الآخر فتعارض النفي والإثبات انتهى^٣. ومعناه أنّه قبل العبد ولا يتمُّ قبوله إلّا بقبول الجميع أعني الرأس أيضاً وردَّ الرأس ولا يتمُّ ردّه إلّا بردَّ الجميع. وهذا إنّما يتمُّ بعد صحّة التعبير بالرأس عن الجميع ولو مجازاً. وحينئذٍ يجيء الإشكال، لأنّا إذا قلنا بصحّة ردّ الرأس وأنّه يستلزم ردّ الجميع بطلت الوصيَّة، لأنّها لا تصحّ بدون قبول وعدم قبول هذا الجزء وردّه يستلزم عدم قبول الجميع وردّه، وإن قلنا بصحّة قبول الباقي قضي بصحّة قبول الرأس، لأنّه لا يتمُّ إلّا به. ولعلَّ الترجيح لهذا، لأنَّ الأوّل متوقّف على مقدّمات بعضها ينفي بالأصل وبعضها ينفي بالاستقراء وغيره كما ستسمع^٤. وأمّا إذا قال: رددت الرأس واقتصر فينفي الحكم بصحّة الردّ ولا يفيد ذلك

(١) لم نعر عليه في الحاشية الموجودة لدينا.

(٢) لم نعر عليه في الحاشية الموجودة لدينا.

(٣) إيضاح الفوائد: في الوصيَّة ج ٢ ص ٤٧٢.

(٤)

ثبوت الوصية في الباقي، إذ لا قبول فلا تنافي، هذا على تقدير صحة التعبير بالرأس عن الجملة فتنتفي الوصية بالكلية. وأمّا إذا قلنا بعدم صحة التعبير المذكور وأن الأصل عدم فلا ريب في بطلان الرد وصحة القبول فيما بعد. ومنه يعلم حال ما إذا قال قبلت الرأس وسكت.

وظاهر كلام «جامع المقاصد»^(١) في مواضع أن المراد في كلام المصنف ما إذا قال رددت الرأس وسكت.

وأنت إذا لحظت ما صورناه عرفت أن كلام الجميع غير محرر، قالوا ما حاصله: أي لو ردّ بعضاً لا يمكن إفرازه بالحكم كرأس العبد أو يده ففي صحة الردّ فتبطل الوصية بالعبد وبطلانه فتصحّ الوصية به إشكال ينشأ من امتناع إفرازه حتّى لو خصّه بالردّ كان باطلاً فيحتمل بطلان الوصية وصحة الردّ، لأنّ الرأس قد يعبر به عن الجملة وأقلّ أحواله أن يكون مجازاً، أو لأنّه قد ردّ الوصية في الرأس ولا يتمّ إلّا بردّ الجميع، وليس في كلامه ما ينافيه، فيجب تحقّقه تحصيلاً لمراده بحسب الإمكان وصوناً لكلامه عن الهذر، لأنّ الأصل في أفعال المكلف وأقواله الصحة لا الهذر فيصحّ الردّ وتبطل الوصية، في «الإيضاح»^(٢) أنّه أصحّ، ومن أن استعمال الرأس في الجميع غير غالب والأصل عدمه وال لزوم غير بين فلا يحكم به على المكلف بمجرد حكمه بثبوت الردّ في الملزوم أعني الرأس لجواز كونه غير بين عنده، ولم يعبر به عن الجميع في البيع بل أبطلوه. وهذا قد استقرّ بناء كثيراً من أحكام الشرع فيبطل ردّ الرأس لعدم الحكم بردّ الباقي لما عرفت من عدم صحة تخصيصه بالردّ. وفي «جامع المقاصد» أنّه أقرب^(٣).

(١) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ١٤.

(٢) إيضاح الفوائد: في الوصية ج ٢ ص ٤٧٢.

(٣) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ١٥.

هذا حاصل ما في «الإيضاح وجامع المقاصد» معاً. وفيه مواضع للنظر بل هو في الواقع متدافع، لأنهما إن فرضا المسألة فيما إذا قال رددت الرأس وقبلت

ولو مات الموصى له قبل القبول قام وارثه مقامه في قبول الوصية ولا يدخل في ملك الميت (٢)

الباقى كان فيه مواضع للنظر كقولهما صيانة عن الهذر وقوله في «جامع المقاصد»^١ وليس في كلامه ما ينافيه إلى غير ذلك، وإن قلنا إنها مفروضة فيما إذا قال رددت الرأس وسكت كان فيه مع مخالفة السياق تدافع، لأنك قد سمعت آنفاً ما حكيناه عن «الإيضاح» وما قلناه إنه معناه، مع أنهما قالوا أيضاً: لو خصه بالرد كان باطلاً فليتأمل جيداً. وأما كلام «العواشي»^٢ فإن لم يكن في النسخة سقط فلا يكاد يصح فليلاحظ.

[فيما لو مات الموصى له قبل القبول]

قوله: «ولو مات الموصى له قبل القبول قام وارثه مقامه في قبول الوصية فلا تدخل في ملك الميت» جزمه بعدم دخوله في ملك الميت يقضي بأنه فرض المسألة في موت الموصى له في حياة الموصي، لأن الوارث إن قبل بعد موت الموصي وقلنا إن القبول كاشف كما اختاره المصنف فيما يأتي دخلت الوصية في ملك الميت عنده إلا أن تقول بما سيأتي^٣ لنا وللمصنف في

(١) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ١٥.

(٢) لم نعر عليه.

(٣) سيأتي في ص ٣٧٧.

آخر المسألة الآتية بما سننقله عنه في باب العتق.

ومما وافق الكتاب في فرض المسألة في موت الموصى له في حياة الموصى وقيل فيه: إنَّ ما أوصى به الموصي يكون راجعاً لورثة الموصى له وأنَّ الوصية تبقى على حالها ولا يتغيّر إذا لم يرجع الموصي «المقنعة»^١ والمراسم^٢ والكافي^٣ والنهاية^٤ والتهذيب^٥ والاستبصار^٦ والوسيلة^٧ والسرائر^٨ وجامع الشرائع^٩ والتبصرة^{١٠} والنافع^{١١} وكشف الرموز^{١٢} والكتاب^{١٣} فيما يأتي^{١٤} والإيضاح^{١٥} وجامع المقاصد^{١٦} وموضع من «السرائع»^{١٦}، وصريحها أو ظاهرها أنَّ الموصى به ينتقل بموت الموصى له إلى وارثه إن لم يرجع الموصي عن الوصية من دون قبول وإن لم يتعرّض فيها كلّها لقبول الوارث قولاً ولا قيامه مقامه فيه لكنّه مراد جزماً قولاً

مركز تحقيق كتب علوم إسلامي

- (١) المقنعة: في الموصى له بشيء يموت قبل الموصي ص ٦٧٧.
- (٢) المراسم: في أحكام الوصية ص ٢٠٤.
- (٣) الكافي في الفقه: في الوصية ص ٣٦٦.
- (٤) النهاية: في الوصايا ص ٦١٧.
- (٥) تهذيب الأحكام: ب ١٩ في الموصي له بشيء يموت قبل الموصي ذيل ح ٥ ج ٩ ص ٢٣١.
- (٦) الاستبصار: ب ٨٥ في الموصى له يموت قبل الموصي ذيل ح ٥ ج ٤ ص ١٢٨.
- (٧) الوسيلة: في أحكام الوصية ص ٣٧٥.
- (٨) السرائر: في الوصية ج ٣ ص ٢١٦.
- (٩) الجامع للشرائع: في الوصية ص ٤٩٧.
- (١٠) تبصرة المتعلمين: في الوصايا ص ١٢٧.
- (١١) المختصر النافع: في الوصايا ص ١٦٤.
- (١٢) كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٧٧.
- (١٣) سيأتي في ص ٤٢٨.
- (١٤) إيضاح الفوائد: في الوصية ج ٢ ص ٤٩٧.
- (١٥) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ١٥.
- (١٦) شرائع الإسلام: في الوصية ج ٢ ص ٢٤٣.

أو فعلاً. وقال جماعة^١: إن ابن بابويه رواه في كتابه فمرادهم أنه مذهب له. وقد نسب ذلك إلى المشهور في «التذكرة»^٢ والمختلف^٣ مكرراً فيهما و«غاية المراد»^٤ والمهذب البارع^٥ والمقتصر^٦ وإيضاح النافع^٧ وفي «كشف الرموز»^٨ عليه العمل. ونسبه في «المختلف»^٩ إلى علمائنا أيضاً عدا أبي علي، وفي «النافع»^{١٠} أنه أشهر.

ولا ريب أن كل من قال: إنه إذا مات الموصي له في حياة الموصي قام وارثه مقامه فبالأولى أن يقول إنه يقوم مقامه إذا مات بعد موته وقبل القبول، بل ظاهر «التذكرة»^{١١} أن هذه الصورة محلّ وفاق، لأنه نقل الخلاف في الأولى واستدل على الحكم فيها بثبوته في هذه، لكن ظاهر الشهيد^{١٢} والكركي^{١٣} صاحب «الكفاية»^{١٤} وقرع الخلاف في صورتين، قال في «الدروس» لو مات قبل القبول

(١) منهم الشهيد في غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٤٧٩، وأبو العباس في المهذب البارع: في الوصايا ج ٣ ص ١١٣، والعلامة في مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٤٠٨.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصايا ج ٢ ص ٤٥٣ س ٣٠.

(٣) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٤٠٨.

(٤) غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٤٧٩.

(٥) المهذب البارع: في الوصايا ج ٣ ص ١١٣.

(٦) المقتصر: في الوصايا ص ٢١٧.

(٧) كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٧٧.

(٨) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٤٠٨.

(٩) المختصر النافع: في الوصايا ص ١٦٤.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في الوصية ج ٢ ص ٤٥٣ س ٣٠ فما بعد.

(١١) الدروس الشرعية: في الوصية ج ٢ ص ٢٩٧، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في عقد الوصية ج ٦ ص ١٢٨ - ١٢٩.

(١٢) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ١٥.

(١٣) كفاية الأحكام: في الوصية ج ٢ ص ٣٩.

فلو ارثه القبول سواء كان موته قبل الموصي أو بعده. وهو اختيار المعظم. وقد نسبته في «جامع المقاصد»^١ والمسالك^٢ والروضة^٣ إلى المشهور. وفي «التنقيح»^٤ إلى الأكثر وفي «الكفاية»^٥ أنه أشهر. وقد سمعت كلام علمائنا فإنهم ذكروا قيامه مقامه فيما إذا مات في حياته ولا إطلاق بحيث يتناول الصورتين إلا في «الشرائع»^٦ في موضع آخر منها و«التحرير»^٧ والإرشاد^٨ والتلخيص^٩ واللمعة^{١٠} والكفاية^{١١} قالوا: ينتقل حق القبول إلى الوارث. وإطلاقه يتناول ما إذا مات في حياة الموصي أم بعدها كما فسرها بذلك الشارحون والمحشون ساكتين عليه إلا من ستعرف. لكن قد حكى في «الدروس»^{١٢} وجامع المقاصد^{١٣} عن المحقق أنه أبطلها بموته في حياته لا بعد موته، ولم يعلم من أين فهما ذلك، لأن كلامه في المقامين مطلق وتفريعه كذلك كما ستسمع، على أن كلامهما صريح في أنه صرح بذلك. ثم إننا وجدنا صاحب «التنقيح»^{١٤} يحكيه عن فتاوى المصنف

-
- (١) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ١٥.
 - (٢) مسالك الأفهام: في عقد الوصية ج ٦ ص ١٢٨.
 - (٣) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ١٧.
 - (٤) التنقيح الرائع: في الموصى له ج ٢ ص ٣٨٢.
 - (٥) كفاية الأحكام: في الوصية ج ٢ ص ٣٩.
 - (٦) شرائع الإسلام: في الوصية ج ٢ ص ٢٤٣.
 - (٧) تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣٣.
 - (٨) إرشاد الأذهان: في الوصية ج ١ ص ٤٥٧.
 - (٩) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٤.
 - (١٠) اللمعة الدمشقية: في الوصية ص ١٧٦.
 - (١١) كفاية الأحكام: في الوصية ج ٢ ص ٣٩.
 - (١٢) الدروس الشرعية: في موت الموصى له قبل الموصي الوصية ج ٢ ص ٢٩٧.
 - (١٣) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ١٥.
 - (١٤) التنقيح الرائع: في الموصى له ج ٢ ص ٣٨٣.

وكأنه اختاره وقد ضعف القولين معاً كصاحب «إيضاح النافع» ولا يكاد يتمّ فرق «المسالك»^١ بين عبارتي المحقق، فالحق ما قلناه من أنه لا بدّ من القبول.

وقد فرضت المسألة في «المبسوط»^٢ فيما إذا مات الموصي ثمّ مات الموصى له ولم يقبل. وقد حكى في موضع من «الشرائع» قولاً بطلان الوصيّة لو مات الموصى له قبل الموصى^٣ وحكاه في «التذكرة»^٤ والمختلف^٥ عن أبي علي ونفى عنه البأس في الكتابين وقربه في موضع من «الإرشاد»^٦ وفي «غاية المراد»^٧، فلا قائل بالبطلان مطلقاً وإن حكى ذلك في «المسالك»^٨ والكفاية^٩ عن جماعة. ولعلهما توهماه من ظاهر كلامي «لدروس وجامع المقاصد» لكنهما حكيا ذلك في هذين الكتابين عن المختلف وكلام المختلف نصّ صريح فيما حكيناه كالذكر. نعم توجيه المختلف قد يعطي التعميم. لعلهما لذلك نسباه إليه دون التذكرة مع أنّ العبارة فيهما واحدة، وهو قوله: لا بأس به عندى. نعم عبارة «الإرشاد» في الموضع الذي أشرنا تعطي التعميم لكن ظاهر الشهيد في «غاية المراد» أنّ ذلك حال الحياة، وجزم به في «الدروس»^{١٠} وموضع من «المسالك»^{١١}

(١) مسالك الأفهام: في شرائط الموصى له ج ٦ ص ١٣٠.

(٢) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٣١.

(٣) شرائع الإسلام: في الموصى له ج ٢ ص ٢٥٥.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة في القبول ج ٢ ص ٤٥٣ س ٣٦.

(٥) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٤٠٨.

(٦) إرشاد الأذهان: في الموصى له ج ١ ص ٤٥٩.

(٧) غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٤٧٨.

(٨) مسالك الأفهام: في عقد الوصيّة ج ٦ ص ١٢٩.

(٩) كفاية الأحكام: في الوصيّة ج ٢ ص ٣٩.

(١٠) الدروس الشرعية: في الوصيّة ج ٢ ص ٢٩٧.

(١١) مسالك الأفهام: في شرائط الموصى له ج ٦ ص ٢٣٧.

بالبطلان مطلقاً إن علم تعلق غرضه بالموروث لا غير. وقوّاه في «الروضة»^١ قلت: ينبغي الجزم به مع العلم بتخصيص الموصي لعلمه وصلاحه مع لزوم الاختصار فيما خالف الأصل على المتيقّن من النصوص، وليس هو إلّا غير هذه الصورة بحكم التبادر. وكأنّه لا ترجيح في «المسالك»^٢ هنا كالمفاتيح^٣ وفصل في «إيضاح النافع» بعلم الموصي بموت الموصى له ظهور أمارات البقاء فالمشهور، وقال: مع عدم علمه أو ظهور قصد الموصي له خاصّة تبطل، وإن تجرّد عن جميع القرائن فالتوقف. وقد سهى القلمان الميمونان قلم فخر الإسلام^٤ وقلم المحقق الثاني^٥ فقلّبا الأمور وجعلوا المفيد وجماعة ممن قال بالبطلان، وقال في الأوّل: إنّه قول مشهور، وجعلوا أبا علي جماعة ممن قال بالصحة، ذكرنا ذلك في أواخر المطلب الثالث عند تعرّض المصنّف له هناك، وظاهره التوقف خلاف ما هنا فليلاحظ.

ذلك وكيف كان فالإجماع معلوم من المتقدمين، إذ لا خلاف إلّا من أبي علي الذي لا يزال مخالفاً، والشيخ في «المبسوط» ليس مخالفاً بل قد يظهر منه الموافقة. وأوّل من خرّقه المحقق إن تمّ ما في الدروس وجامع المقاصد والتنقيح. حجة الأصحاب مارواه المحمّدون الثلاثة في الكتب الأربعة^٦ عن محمّد بن

(١) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ١٧.

(٢) مسائل الأفهام: في عقد الوصية ج ٦ ص ١٢٩ - ١٣٠.

(٣) مفاتيح الشرائع: في من يصحّ الوصية له ج ٣ ص ٢٢١.

(٤) إيضاح الفوائد: في الوصية ج ٢ ص ٤٩٧.

(٥) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٧٩.

(٦) الكافي: في من أوصى فمات الموصى له ج ١ ص ١٣، ومن لا يحضره الفقيه: في

الموصى ه يموت قبل الموصى ح ٥٤٨٩ ج ٤ ص ٢١٠، وتهذيب الأحكام: ب ١٩ في

الموصى له يموت قبل الموصى ح ١ ج ٩ ص ٢٣٠، والاستبصار: ب ٨٥ في الموصى له

يموت قبل لموصى ح ١ ج ٤ ص ١٣٧.

قيس بواسطة عاصم بن حميد الميّن لكونه محمّد بن قيس الثقة ولكونه مروياً من قضايا أمير المؤمنين عليه السلام كما برهن عليه في فقهه. فالخير صحيح على الصحيح أو حسن بإبراهيم، ولا معنى لتضعيفه باشتراك محمّد بن قيس كما في «المختلف^١ والمسالك^٢» عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى لآخر والموصى له غائب فتوفى الذي أوصى له قبل الموصي؟ قال: الوصية لو ارث الذي أوصى له. قال: ومن أوصى لأحد شاهداً كان أو غائباً فتوفى الموصى له قبل الموصي فالوصية لو ارث الذي أوصى له إلا أن يرجع في وصيته قبل موته. وهي نص في الباب كما في «جامع المقاصد والمسالك» قلت: المراد أنهم قبلوا الوصية. وقريب منه مكاتبة محمّد بن عمر الباهلي الشافعي ومرسلة مثني في «التهذيب^٣» وقد سمعتهما فيما سلف^٤ مسنداً عن «تفسير العياشي»، لكنهما واردتان فيما إذا مات الموصى له بعد الموصي عليه السلام وقد أعرض الأصحاب عمّا رواه أبو بصير ومحمّد بن مسلم جميعاً عن أبي عبد الله عليه السلام سئل عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصي؟ قال: ليس بشيء^٥. وعن موثقة منصور بن حازم^٦، وهي مثلها من دون تفاوت أصلاً. ولعلهم حملوها على التقيّة، لأنّ ذلك مذهب أكثر العامة كما احتمل ذلك في «الوسائل» وقال في «التذكرة» إنّ بطلان الوصية بموت الموصى له قبل الموصي مذهب أكثر العامة، وبه قال الزهري وحماّد بن أبي سلمة وربيعه ومالك والشافعي وأصحاب

(١) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٤٠٩.

(٢) مسالك الأفهام: في عقد الوصية ج ٦ ص ١٢٨.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ١٩ في الموصى له بشيء يموت قبل الموصي ح ٢ و ٣ ج ٩ ص ٢٣١.

(٤) تقدّم في ص ٣٧٣.

(٥) وسائل الشيعة: ب ٣٠ في أحكام الوصايا ح ٤ ج ١٣ ص ٤١٠.

(٦) وسائل الشيعة: ب ٣٠ في أحكام الوصايا ح ٥ ج ١٣ ص ٤١٠.

الرأي^١.

وقال في «الاستبصار» الوجه في هذين الخبرين أحد شيئين: أحدهما أن يكون ليس بشيء ينقض الوصية بل ينبغي أن تكون على حالها في الثبوت لورثته^٢. قلت: هذا هو المناسب لتذكير المستتر في ليس، ولو كان المراد أن الوصية ليست بشيء لقال ليست. وعلى تقدير تساوي الاحتمالين يكفي الإجمال، والثاني أن يكون المراد بذلك بطلان الوصية إذا كان غيرها الموصي في حال حياته على ما فصل في خبر محمد بن قيس.

ومع ذكر ذلك كله في «التذكرة»^٣ استدلّ بهما لأبي علي ونفى عنه البأس. وكذا صنع في «المختلف»^٤ مع اعترافه فيه بمخالفته علمائنا وهو ممّا يستغرب منه ومن الشهيد حيث لم يجزم بذلك، لأنّ المسألة كادت تلحق بالقطعيّات، وقد جزم بها من لا يعمل إلّا بالقطعيّات كأبي الصلاح وابن إدريس، والذي دعاه إلى ذلك ضعف خبر محمد بن قيس عندهما لكنهما متّين يقول بأنّ الشهرة تجبر ذلك. ربّما يقول في «المختلف» وهو الحقّ لأنّه المشهور. ويمكن الاعتذار عن الشهيد بناء على أصله من أنّه يجب العمل بكلّ خبر إذا أمكن، والعمل بالجميع عنده هنا ممكن وبه يحصل الجمع لكنّه لا شاهد عليه ولا داعي إليه إلّا البناء على أصله. نعم إن استند إلى ما قلناه آنفاً من الاقتصار فيما خالف الأصل على المتيقّن اتّجه ذلك. وقد يستدلّ عليه - أي البطلان - بأنّ المنتقل إلى الورثة إمّا القبول أو متعلّقه

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية ج ٢ ص ٤٥٣ س ٣٦.

(٢) الاستبصار: ب ٨٥ في الموصى له يموت قبل الموصي ذيل ح ٥ ج ٤ ص ١٣٨.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية ج ٢ ص ٤٥٣ س ٣٥ - ٣٦.

(٤) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٤٠٨ - ٤٠٩.

أعني الموصى به والثاني باطل إجماعاً كما في «غاية المراد^١ والروض^٢» ضرورة عدم دخوله في ملكه إلا بالإيجاب والقبول والوفاء ولم يحصل سوى الإيجاب، والأول أيضاً باطل، لأنّ القبول في العقود لا يورث كقبول البيع والهبة. هذا إذا قلنا إنه ينتقل عن الموصى له إلى ورثته، وأمّا إذا قلنا بأنّه ينتقل إليهم عن الموصي فهو باطل أيضاً فلأنّ الموصي لم يقصدهم بالوصيّة إنّما المقصود مورثهم. ويؤيد ذلك خبر أبي بصير ومحمّد. والكلّ ليس بشيء، إذ الوصيّة على خلاف الأصل فلا مانع من إرث قبولها لمكان الأخبار وفتوى الأصحاب. وقال في «المسالك» بعد أن طعن في الخبر إلّا أن يدّعوا جبرها بالشهرة على ما هو المشهور بينهم في ذلك. وفيه ما فيه انتهى^٣. ونحن لم نعرف الخلاف في ذلك على البتّ إلّا منه وممن تبعه كولده^٤ وسبطه^٥.

وليعلم أنّه لو لم يخلف الموصى له وأرثت الوصيّة إلى ورثة الموصي وقد نسبه في «الدروس^٦» إلى المعظم، وفي «التنقيح^٧» إلى الأكثر، ولعلّه للاقتصار فيما خالف الأصل على المتيقّن وهو الوارث الخاصّ، ولا تستقيم إلّا أن تقول إنّ الورثة لا يتلقّون عن الموصى له بالإرث. وفي «السرائر^٨» أنّه لإمام المسلمين

(١) غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٤٧٨.

(٢) لا يوجد لدينا.

(٣) مسالك الأفهام: في عقد الوصيّة ج ٦ ص ١٢٨.

(٤) لم نعره عليه.

(٥) مدارك الأحكام: ج ٣ ص ٢٦٨.

(٦) الدروس الشرعية: في موت الموصى له قبل الوصي ج ٢ ص ٢٩٧.

(٧) التنقيح الرائع: في الوصايا ج ٢ ص ٣٨٢.

(٨) السرائر: في الوصايا ج ٣ ص ٢١٦.

وهو شاذ كالخبر الصحيح أو الحسن فإن لم تجد فتصدق به، وقد تقدّم^١ نقله فيما سلف، لكن إن قلنا إنهم يتلقون عن الموصى له فالحق معه.

فلو أوصى بالحامل والحمل من الزوج له فمات قبل القبول فقبل الوارث لم ينعق عليه ولا على الوارث إلا أن يكون ممّن ينعق عليه ولا يرث إلا أن يكونوا جماعة

[فيما أوصى بالحامل والحمل]

قوله: «ولو أوصى بالحامل والحمل من الزوج له فمات قبل القبول فقبل الوارث لم ينعق عليه ولا على الوارث إلا أن يكون ممّن ينعق عليه ولا يرث إلا أن يكونوا جماعة» هذا كله معنى ما في «الشرائع»^٢ والتحرير^٣ والإرشاد^٤ وجامع المقاصد^٥ وقد أطلق فيها كلها أنه مات قبل القبول الشامل لما إذا كان في حياة الموصي أو بعدها، وقد عرفت أنه اختير في هذه الأربعة أن الملك إنما ينتقل بالقبول بعد الوفاة لا أنه كاشف، فلا مؤاخذه فيها على إطلاقها. وقد عرفت أن عبارة الكتاب مفروضة في الأصل الذي فرع عليه هذا الفرع فيما إذا مات الموصى له في حياة الموصي فلا مؤاخذه عليه وإن كان مختاره فيه الكشف، نعم فرضهم كون الموصى له زوجاً غير لازم بل ينبغي أن

(١) تقدّم في ص ٣٧٣ هامش ١.

(٢) شرائع الإسلام: في الوصية ج ٢ ص ٢٤٣ - ٢٤٤.

(٣) تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣٣.

(٤) إرشاد الأذهان: في الوصايا وأركانها ج ١ ص ٤٥٧.

(٥) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ١٧.

يقال: إنَّ الحمل ولد الموصى له بتزويج ونحوه كما عبّر بذلك في «الإرشاد»^١ ولعلَّ فرضه زوجاً لكونه أظهر الأفراد. وذلك كلّه مستفاد من المسائل الكثيرة المفروضة في «المبسوط»^٢ والتذكرة^٣ إلّا الإرث فستسمع فيه خلاف «المبسوط». وقد نبّه على ذلك في «الدروس»^٤ من دون ترجيح.

وكيف كان فهذا فرع على المسألة السابقة، ومرادهم أنّه إذا فرض كون الموصى به جارية وحملها، والحال أنّ الحمل ولد الموصى له بتزويج وغيره وأنّه رقّ لمولى الجارية بالاشتراط كما هو المعروف عندهم وغيره، فإذا مات الموصى له قبل القبول فقد انتقل حقّه إلى وارثه، فإذا قبل الوصيّة بهما ملك الجارية والولد، ولا ينعق الولد، لأنّ أباه لم يملكه وإنّما انتقل ملكه ابتداءً إلى الوارث كما بيّناه^٥. نعم إن كان مّتن ينعق على الوارث كما لو كان الوارث ابناً والحمل أنثى انعق عليه. وأمّا الإرث بالنسبة إلى هذا الولد فإنّه إذا لم ينعق على أبيه لم يرث، منه لأنّه رقّ إلّا أن يكون مّتن ينعق على الوارث فيمكن فرض إرثه بأن ينعق قبل القسمة حيث يكون الوارث متعدّداً. والشيخ في «المبسوط» منع من إرثه مطلقاً، لأنّه موقوف على قبول الوارث، فلو فرض كونه وارثاً لاعتبر قبوله في الإرث واعتبار قبوله موقوف على كونه وارثاً فيدور^٦. وأجيب بأنّ المعتبر قبول الوارث في الحال لا في المال^٧ وقد حصل بقبول من كان وارثاً حينئذٍ. ويأتي^٨ تمام

(١) إرشاد الأذهان: في الوصايا وأركانها ج ١ ص ٤٥٧.

(٢) المبسوط: فيما إذا أوصى لرجل بشيء ثم ردّ الموصى لم ج ٤ ص ٣٣.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة ج ٢ ص ٤٥٣ س ٤٢.

(٤) الدروس الشرعية: فيما لو مات الموصى له قبل الموصي ج ٢ ص ٢٩٧.

(٥) تقدّم في ص ٣٧٤.

(٦) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٣٢.

(٧) الشهيد في الدروس الشرعية: فيما لو مات الموصى له ... ج ٢ ص ٢٩٧.

الكلام عند تعرض المصنّف لذلك.

وهذا الفرع لا يكاد يتمّ فيه القول بالكشف، لأنّنا إن فرضنا أنّ الموصي له مات في حياة الموصي فلا يكاد يتمّ بوجه. وكذا إذا فرضنا أنّه مات بعد موته وقبل قبوله إلّا أن تقول: إنّ قبول خليفته قام مقام قبوله بعد موته، فيملك الميّت وإن كان ولو انعتق على بعضهم كما لو كان الوارث ابناً وبناتاً والحمل أنثى انعتق ثلثاها وورثت ثلثي سهم بنت ممّا عداها خاصّة بخلاف ما لو انعتق ثلثاها قبل الوفاة.

مخرج

غير قابل، فكأنّه بالوصيّة إليه ملك أن يملك ولو بغير اختياره، أو تقول: يخصّ حكم الكشف بما يمكن منه بالنسبة إلى الوارث، وهو أنّنا نحكم بملكه من حين موت الموصي إلى حين قبوله جمعاً بين الحكمين المتنافيين بحسب الإمكان لكنّه لا يطابق دليل الكشف، لأنّه لا دليل له إلّا الفرار من بقاء المال بدون مالك فليتمل جيّداً جداً. وقد قال في باب العتق^٩: إنّ لو أوصى له ببعض ولده فمات قبل القبول فورثه أخوه وقبله انعتق على الأب وسرى عليه إن خرج من الثلث فكأنّه قبل في حياته. وقد نزل الشهيد^{١٠} و«كاشف اللثام»^{١١} على أنّه مات بعد الموصي وأنّ قبول الوارث كشف عن ملكه حين مات الموصي، ثمّ إنّ لا وجه لدخوله تحت نصوص السراية، لأنّها لا تتناول.

قوله: «ولو انعتق على بعضهم كما لو كان الوارث ابناً وبناتاً»

(٨) سيأتي في ص ٣٨٥.

(٩) قواعد الأحكام: في العتق ج ٣ ص ٢١٠.

(١٠) لم نثر عليه راجع الحواشي.

(١١) كشف اللثام: في عتق القرابة ج ٨ ص ٣٩٧.

والحمل أنثى انعتق ثلثاها وورثت ثلثي سهم بنت ممّا عداها خاصّة بخلاف ما لو انعتق ثلثاه قبل الوفاة يريد أن الحمل لو كان أنثى وكان الوارث ابناً وبنتاً فإن الحمل لا ينعتق على البنت، لأنّها تملك أختها وينعتق منه على الابن بمقدار نصيبه، لأنّ الولد لا يملك أخته، فينعتق ثلثاه نصيب الولد ويبقى الثلث نصيب البنت على الرقّة. ولا يسري على الابن لفرض أنّه معسر على ما كان ولو قبل أحد الوارثين وردّ الآخر صحّ في نصيب القابل، فإن كان ممّن ينعتق عليه عتق عليه وقوم الباقي عليه.

يأتي للمصنّف في باب العتق ولا يسري عندنا لعدم تناول نصوص السراية له. ويرث الحمل الذي هو أنثى ثلثي سهم بنت بيعها الحرّ ممّا عداها خاصّة أي غير نفسها، لأنّها إنّما ترث ما جرى عليه ملك الميت ولم تدخل هي في ملكه. ومن ثمّ لا ترث من أمّها شيئاً وإن كان قوله ممّا عداها خاصّة يقتضي إرثها منها. ولو انعتق ثلثاه قبل الوفاة فإنّه يرث بهما كما لو اشترى شخص ثلث أخيه وكان ثلثاه معتقاً بلا سراية كعتق المعسر ثمّ مات المشتري وخلف أخاً آخر غير الذي اشترى ثلثه ولم يكن وارث سواهما فإنّه يرث من ثلثه وتصحّ من خمسة أسهم سهمان للمعتق ثلثاه وثلاثة أسهم للحرّ.

قوله: «ولو قبل أحد الوارثين وردّ الآخر صحّ في نصيب القابل. فإن كان ممّن ينعتق عليه عتق عليه وقوم الباقي» معناه واضح، وهو أنّه ينعتق عليه نصيبه ويقوم عليه نصيب الباقي. وهذا التقويم مبني على السراية. وقد تردّد في التقويم في «جامع المقاصد»^٢ وهو في محله بل الظاهر

(١) قواعد الأحكام: في العتق ج ٣ ص ٢١٠.

(٢) جامع المقاصد: في ماهية الوصيّة ج ١٠ ص ١٨.

وتصحّ مطلقة مثل إن متّ فثلثي للمساكين ومقيّدة مثل إن مت
 في مرضي هذا أو في سفري هذا أو سنتي هذه أو بلدي فثلثي
 للمساكين، فإن برىء أو قدّم أو خرجت السنة عليه حيّاً أو خرج
 من بلده فمات بطلت المقيّدة لا المطلقة.
 ولو عجز عن النطق كفت الإشارة الدالة على المراد.

قوله: «وتصحّ مطلقة مثل إن متّ فثلثي للمساكين ومقيّدة مثل
 إن متّ في مرضي هذا أو سنتي هذه أو سفري هذا أو بلدي فثلثي
 للمساكين فإن برىء أو قدّم أو خرجت السنة عليه حيّاً أو خرج من
 بلده فمات بطلت المقيّدة لا المطلقة» الأمر ظاهر كما في «جامع
 المقاصد»^(١) والفرق اختصاص الوصيّة بمحلّ القيد في المقيّدة فلا وصيّة بدونه
 بخلاف المطلقة. وأمّا صحّتها مطلقة ومقيّدة فمما لا أجد فيه خلافاً. وقد طفحت به
 عبارات «المبسوط»^(٢) وغيره^(٣).

(١) جامع المقاصد: في ماهيّة الوصيّة ج ١٠ ص ١٨.

(٢) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١١ و ٤٩ و ٦٥.

(٣) كالعلامة في إرشاد الأذهان: في الوصايا ج ١ ص ٤٥٧.

[في الوصية بالإشارة]

قوله: «ولو عجز عن النطق كفت الإشارة الدالة على المراد»
بلاخلاف كما في «التنقيح»^١ ولا كلام فيه كما في «إيضاح النافع» وقطعاً كما في
«الروضة»^٢ وإجماعاً كما في «الرياض»^٣ ولعلهم اقتنصوه من حكم الأخرس لكن
المصرّح به في الأخرس إنما هو المصنّف الشهيد كما يأتي^٤ عند تعرض المصنّف
له لكنه ممّا لا ريب فيه.

وكيف كان فالمصرّح به فيما نحن فيه «الجامع»^٥ والنافع^٦ والتحرير^٧
والتبصرة^٨ والتذكرة^٩ في موضعين و«الدروس»^{١٠} واللمعة^{١١} والتنقيح^{١٢} وجامع
المقاصد^{١٣} وإيضاح النافع والروضة^{١٤} لصحيحة الحلبي، وقد رواها في «التهذيب»
في آخر باب العتق عن أبي عبد الله عليه السلام: أن أباها حدثه إن أمانة بنت أبي العاص بن
الربيع - وأُمّها زينب بنت رسول الله ﷺ كانت تحت علي عليه السلام وتزوجها بعد علي عليه السلام

-
- (١) التنقيح الرائع: في الوصايا ج ٢ ص ٣٥٩.
 - (٢) الروضة البهية: في الوصية بالإشارة ج ٥ ص ١٨ - ١٩.
 - (٣) رياض المسائل: في الوصية بالإشارة ج ٩ ص ٤٣٢.
 - (٤) سيأتي في ص ٣٩٣.
 - (٥) الجامع للشرائع: في الوصية ص ٤٩٨.
 - (٦) المختصر النافع: في الوصايا ص ١٦٣.
 - (٧) تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣٠.
 - (٨) تبصرة المتعلّمين: في الوصايا ص ١٢٦.
 - (٩) تذكرة الفقهاء: في أركان الوصية ج ٢ ص ٤٥٢ س ٢٨.
 - (١٠) الدروس الشرعية: في الوصية ج ٢ ص ٢٩٥.
 - (١١) اللمعة الدمشقية: في الوصايا ص ١٧٦.
 - (١٢) التنقيح الرائع: في الوصايا ج ٢ ص ٣٥٩.
 - (١٣) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ١٩.
 - (١٤) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ١٨.

المغيرة بن نوفل - أنها وجعت وجعاً شديداً حتى اعتقل لسانها، وأتاها الحسن والحسين عليهما السلام وهي لا تستطيع الكلام فجعلوا يقولان لها والمغيرة كاره لما يقولان أعتقت فلاناً وأهله؟ فتشير برأسها نعم وكذا وكذا فتشير برأسها نعم أم لا.

ولا يكفي الكتابة بدون الإشارة أو اللفظ

قلت: فأجازا ذلك لها؟ قال: نعم^١. وقد روى منها الصدوق في «الفقيه»^٢ والشيخ في باب الوصايا بسند واحد عن محمد بن أحمد الأشعري عن السندي بن محمد عن يونس بن يعقوب عن أبي مريم عن أبي عبد الله ذكره عن أبيه عليه السلام إن أمانة بنت أبي العاص وأُمها زينب بنت رسول الله ﷺ ^٣ الحديث مع زيادة بعض الألفاظ على الصحيح ولا تخل بالمعنى أصلاً وقد خلط بين المتنين في «الرياض»^٤ وروى عبد الله بن جعفر في «قرب الإسناد» عن عبد الله بن الحسن عن علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأة فجعل أهاليهما يسأله أعتقت فلاناً فلاناً فيومي برأسه أو تؤمى برأسها في بعض نعم وفي بعض لا، وفي الصدقة مثل ذلك أيجوز ذلك؟ قال: نعم هو جازي^٥.
وليعلم أن ظاهر عبارة «النافع»^٦ كفاية الإشارة الدالة مع إمكان النطق ولا موافق له ولا دليل عليه. ويأتي عن «التذكرة» احتمال كفاية الكتابة مع إمكان

(١) تهذيب الأحكام: ب ١ في المتق وأحكامه ح ١٦٩ ج ٨ ص ٢٥٨.

(٢) من لا يحضره الفقيه: في الوصية بالكتب والإيماء ح ٥٤٥٥ ج ٤ ص ١٩٨.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ٢٠ في الزيادات من الوصية ح ٢٨ ج ٩ ص ٢٤١.

(٤) رياض المسائل: في الوصية بالإشارة ج ٩ ص ٤٣٢.

(٥) قرب الإسناد: في الوصية ح ١١٢١ ص ٢٨٣.

(٦) المختصر النافع: في الوصايا ص ١٦٣.

النطق وليس موافقاً للنافع كما ستسمع.

[في الوصية بالكتابة]

قوله: «ولا تكفي الكتابة بدون الإشارة واللفظ» قضية مفهوم العبارة كفاية الكتابة في العمل بها مع القرينة الدالة على المراد والعجز عن النطق كالإشارة المفهمة. وقد حكى الإجماع في «الإيضاح»^١ على ذلك وفي «التنقيح»^٢ أنه لا خلاف فيه، وفي «جامع المقاصد»^٣ نفى الشك فيه. وبه صرح في «الجامع»^٤ والتذكرة^٥ في موضعين منها و«التحرير»^٦ والتبصرة^٧ وإيضاح النافع وجامع المقاصد^٨ والروضة^٩ وقال أبو جعفر^{١٠} في «الرواه» في «الفقيه»^{١١} بإسناده والشيخ في «التهذيب»^{١٢} بإسناده عن حنان بن سدير عن أبيه والصدوق بإسناده في كتاب «إكمال الدين»^{١٣} بطريق حسن بإبراهيم عن عبد الصمد بن محمد: دخلت على محمد بن الحنفية، وقد اعتقل لسانه فأمرته بالوصية فلم يجب. قال: فأمرت

(١) إيضاح الفوائد: في الوصية ج ٢ ص ٤٧٣.

(٢) التنقيح الرائع: في الوصايا ج ٢ ص ٣٦٤.

(٣) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ٢٠.

(٤) الجامع للشرائع: في الوصية ص ٤٩٨.

(٥) تذكرة الفقهاء: في أركان الوصية ج ٢ ص ٤٥٢ س ٢٨، وفي الضمان ص ٨٥ سطر آخر.

(٦) تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣٠.

(٧) تبصرة المتعلمين: في الوصايا ص ١٢٦.

(٨) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ١٩ - ٢٠.

(٩) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ١٨.

(١٠) من لا يحضره الفقيه: في الوصية بالكتب والإيماء ح ٥٤٥٤ ج ٤ ص ١٩٧.

(١١) تهذيب الأحكام: ب ٢٠ من الزيادات ح ٢٧ ج ٩ ص ٢٤١.

(١٢) كمال الدين: فما روى في وفاة محمد بن الحنفية ص ٣٦.

بطشت فجعل فيه الرمل فوضع، فقلت له: خطّ بيدك فخطّ وصيّته بيده في الرمل إلى رجل، ونسخت أنا في وصخيفة. وليس في «الفقيه» ولا «التهذيب» ولا «الوسائل» لفظ «نسخته» بالضمير المنصوب المتصل كما رواه في «الرياض»^١.

وقد احتمل في «التذكرة»^٢ في أول كلامه كفاية الكتابة مع القدرة على النطق وهو الظاهر من عبارة «النافع» كما حكيناها عنه في الإشارة ومن «اللمعة»^٣ وقد يلوح ذلك بادية بدء من عبارة الكتاب لكنه يدفعه ملاحظة ما قبله وما بعده. وقد جزم في «التذكرة» بعد الاحتمال الذي حكيناها عنه فيها بعدم كفاية ذلك مع القدرة والاختيار كما ستسمع. وقضية كلام «النافع»^٤ أنه لو كتب وقال: نويت الوصية لفلان واعترف الورثة بذلك بعد موته وجب أن يصح^٥. وقد خالفه المصنف وولده^٦ والشهيدان^٧ والمحقق الثاني^٨ والقطيفي حيث قالوا لا تكفي مع القدرة وإن شوهد كاتباً كما ستسمع^٩ بل حكى في «السرائر» نفي الخلاف على خلافه قال في باب القضاء: لو أوصى بوصية وأدرج الكتاب وقال: قد أوصيت بما أردت في هذا الكتاب، ولست أختار أن يقف أحد على حالي وتركتي وقد أشهدتكما على بما

(١) رياض المسائل، في الوصية ج ٩ ص ٤٣٣.

(٢) تذكرة الفقهاء: في أركان الوصية ج ٢ ص ٤٥٢ س ٢٦.

(٣) اللمعة الدمشقية: في الوصايا ص ١٧٦.

(٤) المختصر النافع: في الوصايا ص ١٦٣.

(٥) تذكرة الفقهاء: في أركان الوصية ج ٢ ص ٤٥٢ س ٢٧.

(٦) إيضاح الفوائد: في الوصية ج ٢ ص ٤٧٣.

(٧) الدروس الشرعية: في الوصية بالكتابة ج ٢ ص ٢٩٥، والروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ١٩.

(٨) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ٢٠.

(٩) سيأتي في ص ٣٨٠.

فيه لم يصحّ بلا خلاف^١ انتهى لعصمة الأموال وعدم الدليل مع أنّ ما لا احتمال فيه وهو اللفظ ممكن.

واحتجّ في «التذكرة»^٢ للاحتمال بأنّ الكتابة بمثابة كنايات الألفاظ، وقد وإن عمل الورثة ببعضها على رأي سواء شوهد كاتباً أو اعترف بأنّه خطّه أو عرف

قدّمنا جواز الوصيّة بالكتابة التي ليست صريحة في دلالتها عليها مع القرينة. وفي «الرياض» أنّه لا يخلو عن قوّة مع قطعيّة دلالة القرينة على إرادة الوصيّة لصدق الوصيّة معها عرفاً وعادة، مضافاً إلى التأييد بكثير من النصوص^٣ المتقدّم بعضها الناهية عن أن يبيت الإنسان إلّا ووصيته تحت رأسه^٤. وفيه: إنّ الاكتفاء بالكتابة من الألفاظ لا يقتضي الاكتفاء بما يجري مجراها من الكتابة والإشارة، والأسباب الشرعيّة إنّما تثبت بالتلقّي من الشارع، والوصيّة تصدّق عرفاً وعادة مع ظنيّة القرينة. ومنه يعرف حال الأخبار الناهية عن المبيت بالتلقّي من دون وصيّة، إذ المراد منها وصيّة جامعة للشرائط.

قوله: «وإن عمل الورثة ببعضها على رأي سواء شوهد كاتباً أو اعترف بأنّه خطّه أو عرف» يريد أنّه لا تكفي الكتابة، فإذا وجدت وصيّة بخطّ الميت ولم يكن أمر بها ولا أشهد عليها لم يجب العمل بها على الورثة سواء شاهدوه يكتب أم لا، وسواء اعترف بأنّه خطّه أو عرف بأنّه خطّه أم لا، وسواء قدر

(١) السرائر: في القضاء ج ٢ ص ١٧٦.

(٢) تذكرة الفقهاء: في أركان الوصيّة ج ٢ ص ٥٢ س ٢٧.

(٣) وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب أحكام الوصايا ج ٧ ص ١٣ ص ٣٥٢.

(٤) رياض المسائل: في الوصيّة ج ٩ ص ٤٣٤.

على النطق أم لا، وسواء عمل الورثة ببعض الوصية أم لا.
وقال في «النهاية» إذا وجدت الوصية بخط الميت ولم يكن أشهد عليها ولا أمر بها كانت الورثة بالخيار بين العمل بها وبين ردّها وإبطالها، فإن عملوا بشيء منها لزمهم العمل بجميعها^١. وقال في «السرائر» الذي تقتضيه أصول مذهبنا أنّهم إذا أقرّوا بشيء منها وعملوا به وقالوا إنّ هذا عمل صحيح أوصى به دون ما عداه ممّا في هذا المكتوب فإنّه لا يلزمهم العمل بجميع ما في المكتوب إلّا بما أقرّوا به دون ما عداه^٢. وممّا خولف فيه الشيخ «الجامع»^٣ والنافع^٤ وكشف الرموز^٥ والتذكرة^٦ والتحرير^٧ والإرشاد^٨ وشرحه^٩ لولده و«تبصرة»^{١٠} والمختلف^{١١} والإيضاح^{١٢} والدروس^{١٣} والحواشي^{١٤} والمقتصر^{١٥} والتقييد^{١٦} وجامع المقاصد^{١٧}

(١) النهاية: في الوصايا ص ٦٢١ - ٦٢٢. مركز تحقيق مكتبة المرعشي

(٢) السرائر: الوصايا في حكم تصرفات المريض ج ٣ ص ٢٢٢.

(٣) الجامع للشرائع: في الوصية ص ٤٩٨.

(٤) المختصر النافع: في الوصايا ص ١٦٣.

(٥) كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٦٦.

(٦) تذكرة الفقهاء: في أركان الوصية ج ٢ ص ٤٥٢ س ٣٤.

(٧) تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣٣.

(٨) إرشاد الأذهان: في الوصايا وأحكامه ج ١ ص ٤٦٤.

(٩) شرح الإرشاد للنيلي: في الوصايا ص ٧٠ س ٢٤ (من مخطوطات مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).

(١٠) تبصرة المتعلّمين: في الوصايا ص ١٢٦.

(١١) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٤٢٣.

(١٢) إيضاح الفوائد: في الوصية ج ٢ ص ٤٧٣.

(١٣) الدروس الشرعية: في الوصية ج ٢ ص ٢٩٥.

(١٤) الحاشية النجارية: في الوصية ص ١١٩ س ٨ (من مخطوطات مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(١٥) المقتصر: في الوصايا ص ٢١٤.

والروض^{١٨} والروضة^{١٩} لكن مخالفته في بعضها نحو ما في الكتاب، وفي بعضها يجوز أن يعمل الورثة، وفي بعضها لا يجب عليهم العمل بها، وفي بعضها أنه ضعيف ساقط كما في «كشف الرموز»^{٢٠} وفي بعضها أن الرواية قاصرة الدلالة على مراده، وفي بعضها أن الخبر متروك هكذا للأصل وأن ذلك أعم من قصد الوصية، مضافاً إلى أن رواية الشيخ مكاتبة قاصرة المتن قاصرة الدلالة.

وقد احتجوا للشيخ بما رواه في «التهذيب»^{٢١} بطريق فيه عمر بن علي المجهول عن إبراهيم بن محمد الهمداني قال: كتبت إليه رجل كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصي به فهل يجب على ورثته القيام... إلى آخر ما ستسمع. ورواه في «الفقيه»^{٢٢} بسند حسن كالصحيح بإبراهيم عن إبراهيم بن محمد الهمداني قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام رجل كتب بخطه ولم يقل لورثته هذه وصيتي ولم يأمرهم بذلك إلا أنه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصي به هل يجب على الورثة القيام بما في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك؟ فكتب إن كان له ولد ينفذون كل شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجه البر وغيره. وقد رواها في «السرائر» رسالة بمتن النهاية حرفاً فحرفاً غير أنه قال: لزمهم العمل بها جميعاً^{٢٣}، ورواها في «التذكرة»^{٢٤} بمتن

(١٦) التلخيص الرائع: في الوصايا ج ٢ ص ٣٦٣.

(١٧) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ١٩.

(١٨) لم يوجد لدينا. ①

(١٩) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ١٩.

(٢٠) كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٦٧.

(٢١) تهذيب الأحكام: ب ٢٠ في الزيادات ح ٢٩ ج ٩ ص ٢٤٢.

(٢٢) من لا يحضره الفقيه: في الوصية بالكتب والإيمارح ٥٤٥٦ ج ٤ ص ١٩٨.

(٢٣) السرائر: في حكم تصرفات المريض ج ٣ ص ٢٢٢.

(٢٤) تذكرة الفقهاء: في أركان الوصية ج ٢ ص ٤٥٢ س ٣٦.

«التهذيب» في السؤال ورواها في الجواب هكذا: فكتب إن كان له ولد ينفذون شيئاً منها وجب أن ينفذوا كل شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجه البرّ وغيره. ولم يروها فيها لا عن الصدوق ولا الشيخ. وقد رواها فخر الإسلام وأبو العباس في «الإيضاح^١ والمهذب^٢» بهذه الزيادة عن الصدوق بمتن الفقيه في السؤال. ولو كتب وصيّة وقال: اشهدوا عليّ بما في هذه الورقة أو قال: هذه وصيتي فاشهدوا عليّ بها لم يجز حتّى يسمعوا منه ما فيه أو يقرأ عليه فيقرّ به.

ويخشد هذا أنّ الموجود في النسخ المتعددة الصحيحة ما سمعته من دون هذه الزيادة فلا يرد هذا على التذكرة لما عرفت، فكانت مسندة واضحة السند والدلالة، المكاتبه حجة، سلّمنا لكنّ ضرورة الكتابة إنّما هو لاحتمال التقيّة. وهي لا تتمّ في الرواية، لأنّ التفصيل فيها مخالف لما عليه العامة كما يظهر لمن لحظ أقوالهم في «التذكرة^٣» وليس فيها إلّا شدوذ العامل بها. في «التنقيح^٤» أنّ العمل بمضمون الخبر متروك بالإجماع فحملها على الاستحباب حسن كما في «إيضاح النافع» وقال في «التذكرة^٥» تحمل على أنّهم اعترفوا بصحّة هذا الخط فحينئذٍ يجب عليهم العمل بالجميع. وأمّا لو أنكروا واقتصروا في الاعتراف بالصحّة على بعضه لم يجب عليهم العمل إلّا بما اعترفوا به. ويمكن أن تحمل أيضاً كلام النهاية على أنّ العمل ببعض دلّ على علمهم بالوصيّة فيجب الجميع عليهم في ظاهر

(١) إيضاح الفوائد: في الوصيّة ج ٢ ص ٤٧٣.

(٢) المهذب البارع: في الوصايا ج ٣ ص ٩٥.

(٣) تذكرة الفقهاء: في أركان الوصيّة ج ٢ ص ٤٥٢ س ٣٨.

(٤) التنقيح الرائع: في الوصايا ج ٢ ص ٣٦٣.

(٥) تذكرة الفقهاء: في أركان الوصيّة ج ٢ ص ٤٥٢ س ٣٨.

الحال ويلزمهم الحاكم به وإن لم يكن فيما بينهم وبين الله شيء إذا لم يعلموا بصحة الباقي. وفيه من المخالفة للأصل ما لا يخفى فإن عملهم بالبعض غير الاعتراف بصحته لاحتمال التبرع.

قوله: «ولو كتب وصية وقال: اشهدوا علي بما في هذه الورقة أو قال: هذه وصيتي فاشهدوا علي بها لم يجز حتى يسمعوها منه ما فيه» ^{سفره} فأمّا لو قرأه الشاهد مع نفسه فقال له الموصي: قد عرفت ما فيه فاشهد علي به فالأقرب القبول

أو يقرأ عليه فيقرّ به كما في «التذكرة»^(١) والتحرير^(٢) والدروس^(٣) والتنقيح^(٤) وجامع المقاصد^(٥) والروضة^(٦) وقد حكينا^(٧) في باب القضاء والإجماع عن السرائر^(٨) في غير موضع على ذلك وأنه قال في «الجامع»^(٩) إشهاد الشخص على نفسه في الأملاك والوصايا على كتاب مدرج لا يصح إجماعاً^(١٠) انتهى. ولعلّه لأن الشهادة مشروطة بالعلم وهو منفي هنا وعن^(١١) أبي علي وبعض العامة الاكتفاء

(١) تذكرة الفقهاء: في أركان الوصية ج ٢ ص ٤٥٢ السطر الأخير.

(٢) تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣١.

(٣) الدروس الشرعية: في الوصية ج ٢ ص ٢٩٦.

(٤) التنقيح الرائع: في الوصايا ج ٢ ص ٣٦٣.

(٥) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ٢٠.

(٦) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ١٩.

(٧) سيأتي في ج ١٠ ص ١٧٣.

(٨) السرائر: في بيان حكم ترتيب الشهود من قبل الحاكم ج ٢ ص ١٧٦ و ١٦٢، وج ٣ في الوصايا ص ٢٢٢.

(٩) الجامع للشرائع: في القضاء ص ٥٣٠.

(١٠) نقل منهما: المحقق الثاني في جامع المقاصد: ج ١٠ ص ٢٠ في الوصايا.

بذلك. وهو قضية كلام المقدّس الأردبيلي^١ أو صريحه في باب القضاء. وقد استوفينا الكلام هناك.

قوله: «فأما إن قرأه الشاهد مع نفسه فقال له الموصي قد عرفت ما فيه فاشهد عليّ به فالأقرب القبول» كما في «جامع المقاصد^٢ والروضة^٣» وكذا «الإيضاح^٤» وقد حكاه فيه عن أبي عليّ. وهو كذلك بالأولوية، لأنّ ذلك جار في الصراحة مجرى ما لو أخبرهم به مفصلاً، لأنّ الدلالة على الأمور المتعدّدة إجمالاً كافية كالدلالة عليها تفصيلاً.

وينبغي أن يقرأ «عرفت» بتاء المتكلم.

ووجه غير الأقرب بقاء الإيهام مع الإجمال.

وفي «التحرير^٥» في الباب و«الحواشي^٦» وقضاء «الكتاب^٧ والإرشاد^٨ والإيضاح^٩ وغاية المراد^{١٠}» ومجمع البرهان^{١١} أنّه إذا حفظها الشاهد بحيث أمن من التزوير تسلّط على الشهادة في الحياة والمعات، لأنّه يصحّ الإقرار بذلك فالشهادة

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في القضاء وكيفية الحكم ج ١٢ ص ٩٥.

(٢) جامع المقاصد: في ماهية الوصايا ج ١٠ ص ٢١.

(٣) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ١٩.

(٤) إيضاح الفوائد: في الوصية ج ٢ ص ٤٧٣.

(٥) تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣١.

(٦) الحاشية النجارية: في الوصية ص ١١٩ س ١٢ (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٧) قواعد الأحكام: في القضاء: ج ٣ ص ٤٥٦.

(٨) إرشاد الأذهان: في كيفية الحكم في القضاء ج ٢ ص ١٤٢ و ١٤٨.

(٩) إيضاح الفوائد: في القضاء ج ٤ ص ٣٤٩.

(١٠) غاية المراد: في كيفية الحكم في القضاء ج ٤ ص ١٩.

(١١) مجمع الفائدة والبرهان: في القضاء وكيفية الحكم ج ١٢ ص ٩٥.

أولى، ولأنه ميّز بوجه يمتاز به عما عداه إذا لوحظ وأقرّ بعلمه مفصلاً وقد أقرّ كامل على نفسه إقراراً صحيحاً وأمن الشاهد من التغيير، فوجد المقتضي للشهادة وانتفى المانع. وقد يحتجّ لهم بخبر أبي خديجة كما ذكرناه في باب القضاء^١.

والظاهر الفرق بين ما حكيناه عن هؤلاء وما في الكتاب وما وافقه، لأنّ ظاهرها اشتراط القراءة مع نفسه فليحظ وليتأمل، إذ الدليل يقضي بعدم الفرق.

والمخالف في باب القضاء الشيخ^٢ وابن إدريس وسبطه في «الجامع» كما عرفت^٣ والمحقّق الثاني في «تعليق الإرشاد»^٤ وخالف المصنّف في الباب في «التذكرة»^٥ والسيد العميد^٦. وتردّد في قضاء «التحرير»^٧ واستبعده في الباب الشهيد^٨ والمقداد^٩ للأصل وإجماع السرائر والجامع مضافاً إلى دعوى بقاء الإيهام مع الإجمال كما ذكره في وجه غير الأقرب.

وقد اختلف المجوزون فظاهر «التحرير»^{١٠} أو صريحه وظاهر «الإرشاد»^{١١} هناك أو صريحه أنّه لا بدّ من وجود القباله حين الإقامة وظاهر الكتاب هنا وفي

(١) سيأتي في ج ١٠ ص ١٧٣.

(٢) المبسوط: في كتاب قاض إلى قاض ج ٨ ص ١٢٤.

(٣) تقدّم في هامش ١١ و ١٢.

(٤) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكرّكي ج ٩): في القضاء ص ٥٦٩.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الوصايا ج ٢ ص ٤٥٣ السطر الأوّل.

(٦) كنز الفوائد: في أحكام الوصايا ج ٢ ص ١٩٥.

(٧) تحرير الأحكام: في وظائف الحكم ج ٥ ص ١٥٢.

(٨) الدروس الشرعية: في الوصيّة ج ٢ ص ٢٩٦.

(٩) التنقيح الرائع: في الوصايا ج ٢ ص ٣٦٤.

(١٠) تحرير الأحكام: في وظائف الحكم ج ٥ ص ١٥٢.

(١١) إرشاد الأذهان: في كيفية الحكم ج ٢ ص ١٤٨.

القضاء^١ عدم اشتراط ذلك وقد حكى عنه الشهيد^٢ أنه صرح بذلك في موضع آخر. والفرق عندهم بينه وبين قول القاضي أن ما في هذا الكتاب حكيم مع أنهم لم يجوزوا الشهادة عليه أن قول الحاكم ليس من الإقرار في شيء وإنما إخبار بفعل نفسه فليس لهما إلا أن يشهدا بذلك لا بنفس الفعل الذي هو الحكم. وتام الكلام في باب القضاء^٣ فإننا قد أسبغناه فيه.

وكذا البحث في المقر^٤ وإذا ردّ الوصية رجع المال إلى التركة فإن عيّن بالردّ واحداً وقصد تخصيصه بالمردود لم يكن له ذلك. أمّا لو ردّ في موضع يمتنع فيه الردّ فإنّ له تخصيص من شاء هبة.

قوله: «وكذا البحث في المقر» أي الحكم في المقر بكتاب الإقرار كالحكم في المقر بكتاب الوصية فإن أقرب ما فيه من دون أن يعلم الشهود بما فيه لم يجز ولم يعدّ بذلك مقرّاً. وإن قال: قد عرفت ما فيه فاشهدوا علىّ به وقد قرأه الشاهد وعلم ما فيه فإنّه يكفي ذلك في الشهادة على إقراره على الأقرب.

[فيما إذا ردّ الموصي له الوصية]

قوله: «وإذا ردّ الوصية رجع المال إلى التركة» كما في «التذكرة»^٥ والتحرير^٦ وجامع المقاصد^٧ ومرادهم كما هو صريح الأخير أن الردّ بعد الموت

(١) قواعد الأحكام: في القضاء ج ٣ ص ٤٥٦.

(٢) لم نعر عليه.

(٣) سيأتي في ج ١٠ ص ١٧٢ - ١٧٣.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية في القبول ج ٢ ص ٤٥٤ س ١٣.

(٥) تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣٢.

(٦) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ٢١.

وقبل القبول من الموصى له أو من يقوم مقامه.
وقد توسّع في قوله «رجع» لأنّه لم يخرج عن التركة بمجرد الوصيّة والموت
فليتأمل.

قوله: «فإن عيّن بالردّ واحداً وقصد تخصيصه بالمردود لم يكن
له ذلك. أمّا لو ردّ في موضع يمتنع فيه الردّ فإنّ له تخصيص من شاء
هبة» كما صرح بذلك كلّ في «التذكرة»^١ والتحرير^٢ وجامع المقاصد^٣ ولعلّ نظر
ويحصل الردّ بقوله ردّدت الوصيّة أو لا أقبلها أو ما أدّى معناه

لعلّ

المصنّف في كتبه الثلاثة إلى تحرير كلام «المبسوط» قال: فإن قال الموصى له
رددت هذه الوصيّة لفلان واحد من ورثة الموصى: فإنّه يقال له: ما أردت بذلك؟
فإن قال: أردت به أنّي ردّدت إلى جماعتهم لأجل فلان لكرامته وفضله صحّ
وعادت الوصيّة لجماعتهم، وإن قال: ردّدت إلى فلان خاصّة فإنّه يكون قد ملكه
ورده إلى ذلك الإنسان، فهو يختصّ به من بين الورثة^٤ انتهى. ولعلّ في النسخة
سقطاً والمراد من العبارة أنّه حيث يجوز له الردّ يرجع المال إلى التركة وليس له أن
يخصّص به أحداً، لأنّه لم يملكه، وحيث يمتنع منه الردّ لاستقرار ملكه له أن يخصّ
به من شاء من الورثة وغيرهم، لأنّه ابتداء هبة وتمليك. فلو قال: ردّدت هذه
الوصيّة لفلان سئل عن مراده، فإن قال: أردت تمليكه إيّاها فهي له هبة إن قبلها
وأوجد صيغة الهبة أو معاطاتها، وإن قال: أردت ردّها على جميع الورثة لرضا

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة ج ٢ ص ٤٥٤ س ١٤.

(٢) تحرير الأحكام: في ماهيّة الوصايا ج ٣ ص ٣٣٢-٣٣٣.

(٣) جامع المقاصد: في ماهيّة الوصيّة ج ١٠ ص ٢٢.

(٤) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٣٣.

فلان فهي هبة للجميع إن قبلوا وإلا فإن قبل واحد فله حصته.
قوله: «ويحصل الردّ بقوله: رددت الوصية أو لا أقبلها أو ما أذى معناه» كما في «التذكرة»^(١) والتحرير^(٢) وجامع المقاصد^(٣) ومقتضى ذلك أن قصد الردّ غير كاف في حصوله وهو صحيح كما أن إرادة القبول لا تكفي عنه وكما أن إرادة الوصية لا يعدّ وصية، لأن الأسباب من عقود وإيقاعات وفسوخ إنما هي ولو كانت الوصية لغير معيّن كفى في التملك الإيجاب والموت ولا يتوقف على القبول كمن أوصى للفقراء وكذا لو أوصى للمصالح كعمارة مسجد. وهل القبول كاشف عن انتقال الملك إلى الموصى له بعد الموت أو سيب فيه؟ إشكال ينشأ من انتفاء الملك عن الميت وعدم دخوله في ملك الورثة لقوله تعالى: «من بعد وصية يوصي بها أو دين» فلو لم ينتقل إلى الموصى له بقي بغير مالك ومن كون القبول إما جزءاً من السبب أو شرطاً كقبول البيع، وانتفاء الملك عن الميت ممنوع كما لو قتل وكالمديون وكما لو نصب شبكة فوق وقع فيها صيد بعد موته والآية تراد بها من بعد وصية مقبولة، والأقرب الأول

محمّد

بوضع الشارع وتعيينه فلا بدّ من متواضع عليها يستدلّ بها على المراد.
فرع لو كانت الوصية لاثنتين فقبل أحدهما وردّ الآخر رجع نصيبه إلى جميع الورثة. وعن أبي علي أنه لا يرجع إلى الورثة^(٤)

(١) تذكرة الفقهاء، في الوصية ج ٢ ص ٤٥٤ س ٢٠.

(٢) تحرير الأحكام، في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣٢.

(٣) جامع المقاصد، في ماهية الوصية ج ١٠ ص ٢٢.

(٤) مختلف الشيعة، في الوصايا ج ٦ ص ٤٠٩.

قوله: «ولو كانت الوصية لغير معين كفى في التملك الإيجاب والموت ولا يتوقف على القبول كمن أوصى للفقراء، وكذا لو أوصى للمصالح كعمارة المسجد هذا تقدم^١ الكلام فيه في أول الباب مسبقاً محرراً.

[هل القبول كاشف عن انتقال الملك أو سبب فيه؟]

قوله: «وهل القبول كاشف عن انتقال الملك إلى الموصى له بعد الموت أو سبب فيه؟ إشكال ينشأ من انتفاء الملك عن الميت وعدم دخوله في ملك الورثة لقوله تعالى: «من بعد الوصية»^٢ فلو لم ينتقل إلى الموصى له بقي بغير مالك ومن كون القبول إما جزءاً من السبب أو شرطاً كقبول البيع، وانتفاء الملك عن الميت ممنوع كما لو قتل وكالمديون وكما لو نصب شبكة فوق وقع فيها صيد بعد موته، والآية يراد بها من بعد وصية مقبولة، والأقرب الأول^٣ تقدم^٤ الكلام في ذلك عند قوله: وبهما ينتقل الملك مع موت الموصي، وحكي هنا القول بالكشف^٥ من الكتاب هنا و«اللمعة»^٥ والحواشي^٦ وإيضاح النافع» وقلنا إنه نفى عنه البأس في «التذكرة»^٧ والبعد في «الكفاية»^٨ وإنه قال في «جامع المقاصد»^٩ إنه قريب.

(١) تقدم في ص ٣٦٤.

(٢) النساء: آية ١١.

(٣) تقدم في ص ٣٦٩.

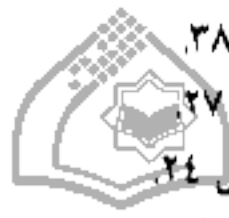
(٤) تقدم في ص ٣٧٠.

(٥) اللمعة الدمشقية: في الوصايا ص ١٧٦.

(٦) الحاشية النجارية: في الوصية ص ١١٩ س ٦ (من مخطوطات مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٧) تذكرة الفقهاء: الوصايا في سبب التملك ج ٢ ص ٤٥٥ س ٩.

وحكاه فيه عن أبي علي، وستسمع المحكي عنه. وحكاه فيه أيضاً عن التذكرة على البت^{١٠}، وأنه نسب في «المسالك»^{١١} والكفاية^{١٢} وكذا «الرياض»^{١٣} إلى الأكثر، وقلنا لعلها لم تصادف محلها، وحكي لنا القول بانتقال الملك إلى الموصي له بالقبول عن «الخلافة»^{١٤} في باب الفطرة وقلنا: إنه قد يستظهر من «المبسوط»^{١٥} والغنية^{١٦} بل ومن «النافع»^{١٧} لطابق «الشرائع»^{١٨} وقلنا إنه صريح «السرائر»^{١٩} والشرائع^{٢٠} والتحرير^{٢١} والإرشاد^{٢٢} والتلخيص^{٢٣} والتبصرة^{٢٤} والمختلف^{٢٥} والروض^{٢٦} وكذا «جامع المقاصد»^{٢٧} وقلنا: إنه ظاهر كل من قال: إن الوصية عقد،



- (٨) كفاية الأحكام: في تعريف الوصية ج ٢ ص ٣٨.
- (٩) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ٢٧.
- (١٠) (١٠) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ٢٤.
- (١١) مسالك الأفهام: في عقد الوصية ج ٦ ص ٢١٨.
- (١٢) كفاية الأحكام: في تعريف الوصية ج ٢ ص ٣٨.
- (١٣) رياض المسائل: الوصية وما يعتبر في متعلقه ج ٩ ص ٥١٦.
- (١٤) الخلافة: في زكاة الفطرة ج ٢ ص ١٤٥.
- (١٥) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٢٨.
- (١٦) غنية النزوع: في الوصية ص ٣٠٦.
- (١٧) المختصر النافع: في الوصايا ص ١٦٣.
- (١٨) شرائع الإسلام: في الوصية ج ٢ ص ٢٤٣.
- (١٩) السرائر: فيما يصح من الوصية وما لا يصح ج ٣ ص ٢٠٢.
- (٢٠) شرائع الإسلام: في الوصية ج ٢ ص ٢٤٣.
- (٢١) تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣٢.
- (٢٢) إرشاد الأذهان: في أركان الوصية ج ١ ص ٤٥٧.
- (٢٣) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٤.
- (٢٤) تبصرة المتعلمين: في الوصية ص ١٢٦.
- (٢٥) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٣٨.
- (٢٦) لم نعر عليه لكن يستفاد من ظاهر حاشية الإرشاد (غاية المراد: ج ٢ في الوصية ص ٤٦٠).
- (٢٧) (١٨) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ١١.

وقلنا: إنَّ القول بأنَّه يحصل الملك بالوفاة للخلاف^١ في الباب و«التذكرة»^٢ في موضع منها. وقوَّاه في موضع من «المبسوط»^٣ وقلنا: إنَّه ظاهر المحكي عن أبي علي^٤. وفي «جامع المقاصد»^٥ أنَّه لضعفه لم يلتفت إليه المصنّف، وحكيّا عن جماعة عدم الترجيح كالشيخ في مواضع من «المبسوط»^٦ والفخر^٧ والشهيد^٨ المقداد في كتابيه^٩ والمصنّف في الكتاب^{١٠} عند الكلام على النماء.

حجّة القائل بالكشف ما أشار إليه المصنّف في أوّل وجهي منشأ الإشكال من أنا لو لم نقل بالكشف لزم بقاء الملك من دون مالك، لأنّ المالك هنا منحصر في الميّت والموصى له والوارث، والحصر هنا إجماعي، والميّت تزول عنه الأملاك فلا يملك ومن ثمّ لا تتعلّق به أحكام الملاك ولا يملك الوارث لظاهر قوله عزّ وجلّ: «من بعد وصيّة يوصى بها أو دين»^{١١} فلم يبق إلّا الانتقال إلى الموصى له انتقالاً متوقّفاً على قبوله الكاشف عن سبق ملكه من حين الموت اعتباراً ممّا ذكرنا، وعلى تقدير ردّه يتبيّن بطلان الوصيّة فكأنّه لم يكن هناك وصيّة أصلاً فيكشف الردّ عن ملك الوارث من حين الموت. ولا ينافيه حكمنا بانتقالها إلى

(١) الخلاف: في الوصيّة ج ٤ ص ١٤٦.

(٢) تذكرة الفقهاء: الوصيّة في سبب التملك ج ٢ ص ٤٥٤ س ٣٠.

(٣) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٣٣.

(٤) حكى عنه العلامة في مختلف: في الوصايا ج ٦ ص ٣٤٠.

(٥) جامع المقاصد: في ماهيّة الوصيّة ج ١٠ ص ٢٥.

(٦) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٢٨ و ٣٠ و ٣٣.

(٧) إيضاح الفوائد: في الوصيّة ج ٢ ص ٤٧٥.

(٨) الدروس الشرعية: في موت الموصى له قبل الموصى ج ٢ ص ٢٩٧.

(٩) التنقيح الرائع: في الوصايا ج ٢ ص ٣٦٢، وكنز العرفان: ج ٢ ص ٩٤.

(١٠) قواعد الأحكام: الوصيّة في الإيجاب والقبول ج ٢ ص ٤٤٦.

(١١) النساء: آية ١٢.

الموصى له، لأنّ ذلك كان مراعى بما إذا كان هناك وصيّة وقد تبين بالردّ عدمها. وفيه من التكلّف ما لا يخفى مع عجزه عن مقاومة دليل القول الآخر، إذ دليله أنّ القبول معتبر في حصول الملك إجماعاً، فهو إمّا جزء السبب أو شرط كقبول البيع فيمتنع تقدّم الملك عليه، ولأنّ الموصى له لو ردّ الوصيّة بطلت ولو كان قد ملك بالموت لم يزل الملك بالردّ كما هو الشأن فيما بعد القبول، ولأنّ الملك لو حصل بدون القبول لم يحتج إلى قبول وارث الموصى له لو مات قبله مع اتّفاقهم ونمنع سببيّة القبول بل هو كاشف عن صحّة الوصيّة وفسادها، والمقتول والمديون لا يملكان لكنّ الدين يتعلّق بالدية والتركة تعلّق الرهن، والصيد لا يملكه الميّت.

على اعتباره في ملكه. *مركز تحقيقات كميتر علوم سدي*

واعترض على الأوّل بما أشار إليه المصنّف من أنّا نمنع انتفاء الملك عن الميّت فجاز أن تبقى على ملكه كما جاز أن يتجدّد له الملك كما لو مات قتلاً ووجبت له الدية فإنّها تدخل في ملكه وتؤدّي منها ديونه ووصاياه، وكما لو نصب شبكة حيّاً فوق فيها صيد بعد موته، وكما لو كان على الميّت دين فإنّ ما يجب صرفه في الدين من التركة باق على ملكه، وكذا ما يحتاج إليه من مئونة تجهيزه ودفنه. ولا دلالة في الآية على انتفاء الملك عن الوارث في الوصية، لأنّ المراد من بعد وصيّة مقبولة بدليل أنّه مع عدم القبول يكون الملك للوارث لا محالة.

قوله: «ونمنع سببيّة القبول بل هو كاشف عن صحّة الوصيّة وفسادها، المقتول والمديون لا يملكان لكنّ الدين يتعلّق بالدية والتركة تعلّق الرهن، والصيد لا يملكه الميّت» هذا جواب عن حجة الخصم بأنّ سببيّة القبول يقتضي عدم حصول الملك بدونه وأنّ مدخليّة القبول في

الوصية ليست قوية على حدّ مدخليتها في غيرها من العقود كالبيع، وقد علم أنّ الموت سبب في انتقال الملك عن الميّت وخروجه عن أهليته، وما ذكر من تعلق الدين والوصايا بديته لا يدلّ صريحاً على ملكه بجواز كونها ملك الوارث وإن تقدّم حقّ الميّت من تلك الوجوه عليه كما تقدّم المرتهن بمال الرهن على الراهن المالك، وليس في النصوص ما يدلّ على ثبوت الملك له، فلا منافاة بين ملك الوارث لها وتقدّم الميّت بها. ويرشد إلى ذلك قولهم في مؤنة التجهيز أنّه لو فقد فعلى الأوّل النماء المتجدّد بين الموت والقبول للموصى له وللورثة على الثاني (١)

الميّت رجع الكفن إلى الوارث، ولو لم يكن ملكه ابتداء لم يرجع إليه. وأمّا الصيد فإنّما ملكه الوارث دون الميّت لقيامه مقامه، فكان كما لو نصب الشبكة بنفسه.

[هل النماء المتجدّد للموصى له أو للورثة؟]

قوله: «وعلى الأوّل النماء المتجدّد بين الموت والقبول للموصى له للورثة على الثاني» قد عقد في «التذكرة»^١ للمسائل المتفرّعة على المذهبين بحثاً على حدّة ذكر فيه تسع عشرة مسألة مع تذييلات وتفرّعات على بعض تلك المسائل، وحاصل ما ذكر أنّ النماء المتجدّد بين الموت والقبول على القول الأوّل وهو الكشف يكون للموصى له، لأنّ القبول كشف عن أنّه ملكه بموت الموصى. وفي «التذكرة»^٢ إن قلنا الملك يحصل بالموت فهو للموصى له قبل

(١) تذكرة الفقهاء، في الوصية ج ٢ ص ٤٥٥ س ١٨.

(٢) تذكرة الفقهاء، في الوصية ج ٢ ص ٤٥٥ س ٢٣.

الوصية أو ردّها. وحكى عن الشافعية وجهاً بأنّه يتبع العين في الردّ إذا ردّ الوصية فليلاحظ، وعلى القول الثاني وهو أنّ القبول جزء سبب أو شرط يكون للورثة، لأنّ الموصى به إمّا ملك لهم أو للميت وعلى أيّهما فالنماء لهم، كذا قال في «جامع المقاصد»^١ وقد يفرّق بأن يقال بأنّ النماء حيث يكون للميت يكون من جملة تركته تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه وحيث تكون للورثة لا يتعلّق به للميت حقّ

ولو أوصى له بزوجه فأولدها بعد الموت وقبل القبول فالولد حرّ وأمه أم ولد على الأوّل وعلى الثاني الولد رقّ للورثة

لحدوثه بعد زوال ملكه. وفي «لتذكرة»^٢ أنّه الوجه.

قوله: «ولو أوصى له بزوجه فأولدها بعد الموت وقبل القبول فالولد حرّ وأمه أم ولد على الأوّل وعلى الثاني رقّ للورثة» كما في «المبسوط»^٣ والتذكرة^٤ والإيضاح^٥ وجامع المقاصد^٦ وكذا «الحواشي»^٧ ومعناه أنّه إذا أوصى مالك الأمة المزوجة بها لزوجه فأولدها الزوج بعد الموت وقبل القبول وكان شرط مولى الأمة رقّ الولد، فعلى القول بأنّ القبول كاشف يكون الولد

(١) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ٢٧ - ٢٨.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية ج ٢ ص ٤٥٥ س ٢٧.

(٣) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٢٨.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية ج ٢ ص ٤٥٦ س ٩ فما بعد.

(٥) إيضاح الفوائد: في الوصية ج ٢ ص ٤٧٦.

(٦) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ٢٨.

(٧) الحاشية النجارية: في الوصية ص ١١٩ س ١٣ (مخطوط مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

حرّاً وأمه أمّ ولد، لأنّه تبين أنّه ملك بالموت وأنّ علوقها به كان في ملكه وعلى الثاني يكون الولد للورثة كما تقدّم. وقد أطال في «المبسوط» الكلام في المسألة حتّى بلغ قائمتين أو أكثر وقال: هذا عندنا إذا كان اشترط عليه الاسترقاق^١. وظاهره الإجماع على أنّ اشتراط الاسترقاق صحيح، وقد حكيناه في باب النكاح^٢ عن «المبسوط» في الباب وغيره، وقلنا: إنّ الإجماع على ذلك صريحاً وظاهراً محكّياً في ثمانية مواضع من كتبهم. وكلّ من تعرّض لهذا الفرع في الباب ولو مات الموصى له قبل القبول والردّ فإن قبل وارثه ملك الجارية والولد وعق عليه إن كان ممّن ينعق عليه على الثاني على قول الشيخ وتكون الجارية أمّ ولد ويرث الولد أباه ويحجب القابل إن كان أخاً على الأوّل.

مركز تحقيق المخطوطات

بناء على ذلك من دون إشكال ولا خلاف.

والمراد بإيلادها إحبالها ووطنها. وليس المراد أنّها وضعت بعد الموت وقبل القبول. وقد تقدّم^٣ أنّه يكفي فيها القبول الفعلي وأنّه لا خلاف فيه ظاهراً، فيمكن جعل الوطء هنا قبولاً لدلالته عليه. وقال في «التحرير» إن حملت به بعد موت الموصي وقبل القبول فهو للورثة سواء وضعت قبل القبول أو بعده لأنّ الحمل لاحكم له بمعنى أنّ الوصيّة لا تتناوله ولا يقسّط الثمن في البيع عليه وعلى أمّه^٤. قلت: قضيته أنّه إذا أوصى بجارية حبلى فإنّ وصيّته تكون بها دون الحمل.

(١) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٣٩.

(٢) حكيناه في باب النكاح في ص ٢٢٢.

(٣) تقدّم في ص ٣٧٠.

(٤) تحرير الأحكام: في ماهيّة الوصايا ج ٣ ص ٣٣٤.

قوله: «ولو مات الموصى له قبل القبول والرد فإن قبل وارثه ملك الجارية والولد وعق عليه إن كان ممن ينعتق عليه على الثاني على قول الشيخ وتكون الجارية أم ولد ويرث الولد ويحجب القابل إن كان أخاً على الأول».

هذا تفريع على القولين في المسألة السابقة، وهي ما إذا أوصى له بزوجه فأولدها حيث يكون الولد رقاً. وقد فرّع على ذلك ما لو مات الموصى له قبل القبول والرد وقبل الوارث فقال: بناء على القول الثاني وهو أن القبول سبب أنه يملك الجارية والولد ويعتق عليه إن كان ممن ينعتق عليه كما لو كان أنثى ولا دور باعتبار أن تورثه يمنع كون القابل وارثاً فيبطل قبوله فيؤدى تورثه إلى عدمه لأننا نعتبر قبول من هو وارث حال القبول لولاه كالإقرار

والوارث ابناً أو أختاً ويستقر ملكه على الجارية ولا يرث ولا تكون أم ولد كما نبّه عليه في آخر المسألة. ومنه يعلم أن الوارث لو كان ابناً عتقت عليه أمه. وقد نبّه على أن ذلك إنما يتم على قول الشيخ في «المبسوط»^١ بأن الحمل كالجزء من الأم يدخل في بيعها والوصية بها، وأما على القول الأصح فإنه يكون مملوكاً للوارث، وأما على القول الأول وهو القول بالكشف فإن الجارية تكون أم ولد ويكون الولد حرّاً ويرث أباه، لأنه قد تبين أنها قد علقته به في ملك الموصى له ويحجب القابل إن كان أخاً كما تقدّم^٢ التنبيه على ذلك كله.

قوله: «ولا دور باعتبار أن تورثه يمنع كون القابل وارثاً فيبطل

(١) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٥٥.

(٢) تقدّم في ص ٣٧٧.

قبوله فيؤدى توريثه إلى عدمه، لأننا نعتبر قبول من هو وارث حال القبول لولاه كالإقرار^(١) هذا أيضاً تقدّم^(٢) التنبية عليه وأن الشيخ في «المبسوط»^(٢) منع من إرثه مطلقاً لأنه موقوف على قبول الوارث، فلو فرض كونه وارثاً لا اعتبر قبوله في الإرث واعتبار قبوله موقوف على كونه وارثاً فيدور. وقد أشار المصنف هنا إلى تقريره على نحو آخر وهما بمعنى بالأخرة فتأمل وهو أنه يلزم من توريثه كون القابل غير وارث فيبطل قبوله فلا يكون الولد حرّاً فلا يرث. ولا يرث على الثاني ولا تصير أمّه أمّ ولد ولو أوصى له بأبيه فمات فقبل ابنه فعلى الأول تثبت حرّيته من حين الموت فيرث السدس ولا دور من حيث إنه لو ورث لا اعتبر قبوله ولا يجوز اعتبار قبوله قبل الحكم بحرّيته وإذا لم يعتبر ثم يعتق فيؤدى توريثه إلى إبطال توريثه لأنه أقرّ جميع الورثة وهم ابن الابن بمشارك فيثبت نسبه ويرث على الثاني يعتق الجد على ابن الابن ولا يرث

وكلّما أدّى فرض ثبوته إلى نفيه وجب الحكم بنفيه أجاب بأنه لا دور، لأننا نعتبر قبول من هو وارث حال القبول ولا وارث سواء لو لا القبول ولا عبرة بما يتجدّد بعد ذلك كما أنّنا نعتبر في الإقرار بالنسب صدوره ممّن هو وارث حين الإقرار ونحكم بتوريثه حجه المقرّ لو كان أولى.

قوله: «ولا يرث على الثاني ولا تصير أمّه أمّ ولد» هذا من فروع القول الثاني فحقّه أن يقدّم ويذكر بعد قوله على قول الشيخ لكن لما فرّع على القول الأول أنّه يرث وأن أمّه تصير أمّ ولد ناسب أن يذكر ذلك بعده.

(١) تقدّم في ص ٣٧٧.

(٢) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٣٢.

قوله: «ولو أوصى له بأبيه فمات فقبل ابنه فعلى الأول تثبت حرّيته من حين الموت فيرث السدس ولا دور من حيث إنّه لو ورث لا اعتبر قبوله ولا يجوز اعتبار قبوله قبل الحكم بحرّيته وإذا لم يعتبر لم يعتق فيؤدّي توريثه إلى إبطال توريثه، لأنّه أقرّ جميع الورثة وهم ابن الابن بمشارك فيثبت نسبه ويرث، وعلى الثاني يعتق الجدّ على ابن الابن ولا يرث».

هذا أيضاً من المسائل المتفرّعة على القولين، ومراده أنّه إذا أوصى لشخص بأبيه المملوك للموصي، فمات الموصى له بعد الموصي قبل القبول، وكان له ابن ولو كان على الموصى له دين وقبل وارثه قضى منه الدين والوصايا ويعتق من يعتق عليه على الأول دون الثاني.

فقبل الوصيّة. فعلى الأول - وهو أنّ القبول كاشف - تثبت حرّية الأب من حين الموت - أي موت الموصي - فيرث السدس لتحقيق موت الموصى له عن أب وابن. ولا يرد لزوم الدور من حيث إنّه لو ورث لا اعتبر قبوله في الوصية، لأنّ المعتبر قبول جميع الورثة، واعتبار قبوله حينئذٍ ممتنع، لأنّه إذ ذاك رقيق، فلا يحكم بعنقه، لتوقّفه على قبول جميع الورثة، وهو ممتنع بالنسبة إليه، فيلزم عدم توريثه فيكون توريثه مؤدياً إلى إبطال توريثه. وما هذا شأنه يكون باطلاً بطلان توريثه، ووجه عدم لزوم الدور أنّ المعتبر قبول جميع الورثة حين القبول، وقد تحقّق الانحصار في ابن الابن فكان كما لو أقرّ ابن الابن بأب فإنّ الوارث حين الإقرار منحصر فيه فيثبت النسب بإقراره، وعلى الثاني - وهو القول بأنّ القبول سببه أو شرط - يعتق الجدّ على ابن الابن لدخوله في ملكه بالقبول، ولا يرث لسبق استحقاق الابن تركه أبيه على عتق الأب.

ولعلّه عبّر بالإقرار عن القبول لمساواته بالإقرار. والمراد بجميع الورثة ابن الابن والمراد بقوله «فيثبت نسبه» أنّها تثبت حرّيته كما يثبت نسبه لو أقرّ به. فرع: إذا أوصى له بأبيه هل يجب عليه قبول الوصيّة لأنّه يحصل لأبيه الحرّية من غير التزام مال فلزمه ذلك لانتفاء الضرر عنه إلّا أن تقول أنّ المنّة ضرر وتلزمه نفقته وكسوته وهو ضرر أيضاً كما لو بذل يبعه فإنّه لا يجب عليه شراؤه إجماعاً. قوله: «ولو كان على الموصى له دين وقبل وارثه قضى منه الدين الوصايا ويعتق من ينعق عليه على الأوّل دون الثاني» يريد أنّه لو كان على الموصى له دين أو كان له وصايا ومات بعد موت الموصي وقبل ولو وطىء الوارث قبل القبول فعليه المهر ولا تصير أمّ ولد لو أحبلها على الأوّل دون الثاني.

محرّم

القبول فقبل وارثه، فعلى القول بأنّ القبول كاشف يقضى من الموصى به دين الموصى له وينفذ وصاياه. ولو كان في الموصى به من ينعق على الموصى له خاصّة كابنه وللوارث ابن آخر عتق، وعلى القول بأنّ القبول جزء السبب يستقرّ ملك الوارث على الموصى به ولا يقضى الدين ولا تنفذ منه وصاياه ولا يحكم بالعتق لعدم دخوله في ملك الموصى له. في «التحرير»^١ أنّه إذا قبل الوارث ثبت الملك له ابتداءً من جهة الموصى لا من جهة مورثه، ولا تثبت للموصى له شيء، فحينئذٍ لا تقضى ديونه ولا تنفذ وصاياه ولا يعتق من يعتق عليه. وهذا منه على مختاره فيه بأنّ الموصى له لا يملك إلّا بالقبول وأنّه جزء سبب وقال في «التذكرة»^٢ وعلى القول الآخر تنعكس هذه الأحكام.

(١) تحرير الأحكام: في ماهيّة الوصايا ج ٣ ص ٣٣٤.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة ج ٢ ص ٤٥٩ س ٢٠ فما بعد.

قوله: «ولو وطئ الوارث قبل القبول فعليه المهر ولا تصير أم ولد لو أحبلها على الأوّل دون الثاني» وكذا أطلق في «التذكرة»^(١) ومراده أنّه لو وطئ وارث الموصي الجارية الموصى بها بعد موت الموصي وقبل قبول الموصى له، فعلى القول بأنّ القبول كاشف يجب عليه المهر، لأنّه وطئ شبهة، ولا تصير أم ولد، لأنّه قد بان دخولها في ملك الموصى له من حين الموت، وعلى القول الآخر تصير أم ولد لعلوقها في ملكه ولا مهر عليه لكن تقوم عليه عند القبول.

وعساك تقول كيف تعتق وتصير أم ولد وهي لا تعتق بإعتاقه؟ لأنّا نقول: إنّ وزكاة الفطرة على الموصى له لو تخلل الهلال الموت والقبول على الأوّل دون الثاني (٢)

الاستيلاد أقوى ولذلك يثبت من الأب والراهن الشريك. وكيف كان فهذا الإطلاق إنّما يتمّ إذا لم نقل بأنّ الموصى به يبقى قبل القبول على ملك الميّت وإلاّ أشكل الحكم المذكور. ولو وطئها الموصى له قبل قبولها كان ذلك قبولاً لها فأشبهه ذا الرجعة وذا الخيار.

قوله: «وزكاة الفطرة على الموصى له لو تخلل الهلال الموت والقبول على الأوّل دون الثاني» قال في «التذكرة» لو أوصى بعبده لزيد ثمّ مات ثمّ أهلّ شوال قبل القبول ثمّ قبل، فإن قلنا إنّهُ ينتقل بالموت فالفطرة على الموصى له، وإن قلنا بالقبول فالفطرة على الوارث^(٢). فقد جزم بأنّها على الوارث وهو مبنيّ على أنّ الموصى به على القول بالسببية ملك للوارث لا للميّت، لأنّا إذا قلنا بأنّ القبول سبب فالموصى به فيه احتمالان: أحدهما: أنّه يبقى على ملك

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية ج ٢ ص ٢١ فما بعد.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية ج ٢ ص ٤٥٥ س ٢٧.

الميت الثاني أنه ينتقل إلى الوارث انتقالاً متزلزلاً. فعلى الأول لا تجب على الوارث وعلى الثاني تكون على الوارث.

وعبارة الكتاب تحتل ذلك أي أنها على الوارث، وتحتل أنها تسقط بناء على أن الموصى به حينئذ ملك للميت وجزم هنا في «المبسوط»^(١) أنها على الموصى له، لأنه قوى هنا أنه ينتقل إلى الموصى. له بوفاة الموصي واحتمل في «جامع المقاصد» سقوطها على القول بالكشف لامتناع تكليف الغافل لعدم تعيين المالك لاحتمال حصول القبول فيكون المالك الموصى له والرد فيكون هو الوارث^(٢). وقد مال إليه في باب الزكاة وقال: لا دليل على وجوب القضاء في حقهم. وقال المصنف في باب الزكاة: ولو قبل بعد الهلال سقطت وفي الوجوب على الوارث إشكال^(٣). فقد جزم بسقوطها عن الموصى له استشكل في وجوبها على الوارث، أما سقوطها عن الموصى له على القول بأن القبول مملوك فظاهر وعلى كونه كاشفاً فلاستحالة تكليف الغافل. ثم قال هنا في «جامع المقاصد» ولقائل أن يقول عدم العلم بالملك وقت الوجوب لا يقتضي سقوطه ولا يستلزم تكليف الغافل، إذ الكلام في الوجوب إنما هو بعد وضوح الأمر وتبين المالك بعينه بالقبول أو الرد كما لو ولد له قبل الهلال ولم يعلم إلا بعده أو مات مورثه كذلك فملك عبده أو ملكه كذلك بشراء وكيله ونحوه ولم يعلم بالحال إلا بعد وقت الوجوب فإن القول بعدم الوجوب في هذه المواضع بعيد. وحينئذ فالمتجه الوجوب على الموصى له على الأول على الوارث على الثاني. وهذا كله إذا كان

(١) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٣٣.

(٢) جامع المقاصد: في ماهية الوصية ج ١٠ ص ٣٢، رج ٣ ص ٤٤.

(٣) قواعد الأحكام: في زكاة الفطرة ج ١ ص ٣٥٨.

العبد يأكل من كسبه، أمّا مع العيلولة له فإن الفطرة على العائل^١.
 وقال في «التذكرة» إنّ مؤنة العبد ونفقته التي يحتاج إليها بعد الموت وقبل
 القبول حكمها حكم الفطرة، وقال: إذا توقف الموصي له في القبول والردّ ألزم النفقة
 وإن أراد الخلاص ردّ قال: ويحتمل إلزام الوارث إن قلنا إنّ يملك بالقبول خاصّة
 بعد الموت^٢.

المطلب الثاني: في الموصي

ويشترط فيه البلوغ والعقل والحرية فلا تنفذ وصيّة الصبي وإن
 كان مميّزاً في المعروف وغيره على رأي

[فيما يشترط في الموصي]

قوله: «المطلب الثاني: في الموصي ويشترط فيه البلوغ والعقل
 والحرية، فلا تنفذ وصيّة الصبي وإن كان مميّزاً في المعروف وغيره
 على رأي» هو خيرة «السرائر»^٣ والتحرير^٤ والإيضاح^٥ وشرح الإرشاد^٦ لفخر
 الإسلام وكذا «التلخيص»^٧ والتبصرة^٨ وكأّنه قال به في «المسالك»^٩ والروضة^{١٠}.

(١) جامع المقاصد: في ماهيّة الوصيّة ج ١٠ ص ٣٢٠-٣٣.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة البحث الرابع ج ٢ ص ٤٥٥ س ٢٩ و٣١.

(٣) السرائر: في شرائط الوصيّة ج ٣ ص ٢٠٦.

(٤) تحرير الأحكام: في شرائط الموصي ج ٣ ص ٣٣٦.

(٥) إيضاح الفوائد: في شرائط الموصي ج ٢ ص ٤٧٨.

(٦) شرح الإرشاد للنيلبي: في الوصيّة ص ٦٩ س ٢٤ (من مخطوطات مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).

(٧) تلخيص المرام: في الوصيّة ص ١٥٤.

وفي «المختلف»^{١١} والمهذب البارع^{١٢} والمقتصر^{١٣} وجامع المقاصد^{١٤} أنه أحوط. في كونه أحوط مطلقاً نظر، إذ الأحوط للوارث الكامل أن ينفذ وللموصي له كذلك أن لا يقبل، وقد لا يمكن الاحتياط كما إذا كانت الوصية في جهة عامة أو لطفل مولى عليه وكان الوارث طفلاً يتيماً. وظاهر «التذكرة»^{١٥} واللمعة^{١٦} وكذا «النافع»^{١٧} والدروس^{١٨} التوقف والتردد بل قد يقال^{١٩} إنه في «الشرائع» متوقف. واختير في «المقنعة»^{٢٠} والمراسم^{٢١} والنهاية^{٢٢} والمهذب^{٢٣} والغنية^{٢٤} وكشف الرموز^{٢٥} والإرشاد^{٢٦} والروض^{٢٧} والكفاية^{٢٨} والمفاتيح^{٢٩} والتحرير^{٣٠} في باب

- (٨) تبصرة المتعلمين: في الوصايا ص ١٢٦.
(٩) مسالك الأفهام: في شرايط الموصي ج ٦ ص ١٤٢.
(١٠) الروضة البهية: في شرايط الموصي ج ٥ ص ٢٢.
(١١) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٩٣.
(١٢) المهذب البارع: في الوصايا وشرايط الموصي ج ٣ ص ٩٧.
(١٣) المقتصر: في الوصايا ص ٢١٤.
(١٤) جامع المقاصد: في الموصي ج ١٠ ص ٣٣.
(١٥) تذكرة الفقهاء: في شرائط الموصي ج ٢ ص ٤٥٩ س ٢٨، وص ٥٠٩ س ٢٩.
(١٦) اللمعة الدمشقية: في الوصايا ص ١٧٦.
(١٧) المختصر النافع: في الوصايا ص ١٦٣.
(١٨) الدروس الشرعية: في شرائط الموصي ج ٢ ص ٢٩٨.
(١٩) لم نعثر عليه بعد التصفح والتفحص.
(٢٠) المقنعة: في وصية الصبي والمجور عليه ص ٦٦٧ - ٦٦٨.
(٢١) المراسم: في أحكام الوصية ص ٢٠٣.
(٢٢) النهاية: في شرائط الوصية ص ٦١١.
(٢٣) المهذب: في شروط الوصية ج ٢ ص ١١٩.
(٢٤) غنية النزوع: في الوصية ومن تصح منه ص ٣٠٥ - ٣٠٦.
(٢٥) كشف الرموز: في الموصي ج ٢ ص ٦٩.
(٢٦) إرشاد الأذهان: في الموصي وشرائطه ج ١ ص ٤٥٧.
(٢٧) لا يوجد لدينا كتابه.

الوكالة جواز وصية من بلغ عشرين مميّزاً في البرّ والمعروف. وهو خيرة أبي
الصلاح^{٣١} وأبي علي^{٣٢}، لأنّ الأوّل أمضى وصيته لدون العشر في البرّ والثاني
أمضى وصية الصبي إذا بلغ ثماني سنين والوصية إذا بلغت سبعا كما تقدّم^{٣٣} بيان
قوليهما في باب الوكالة والوقف. وهو ظاهر «الفقيه»^{٣٤} لأنّه رواه فيه بل
و«الوسيلة»^{٣٥} لأنّه جوّز وصية المراهق، ولعلّه لأنّه بالغ العشر والغالب فيه التمييز
فتأمّل. وهو الظاهر من «غاية المراد»^{٣٦} ويمكن أن يدعى أنّه ظاهر «الشرائع»^{٣٧}
والنافع^{٣٨} والدروس^{٣٩} ولا تغفل عما تقدّم. وقد نفى عنه البأس في «التنقيح»^{٤٠}
وقال أيضاً: إنّّه أحوط، وقد عرفت حال الاحتياط.

وقال في «كشف الرموز» ذهب الشيخ والمفيد وسائر وأبو الصلاح وأتباعهم
إلى أنّ وصية من بلغ عشرين جائزة في المعروف من وجوه البرّ انتهى^{٤١}. وهو يفيد
الشهرة بين المتقدمين إن لم يفد إجماعهم. ولا ريب أنّ المراد إذا كان مميّزاً، ولعلّه

(٢٨) كفاية الأحكام: في الموصي وشرائطه ج ٢ ص ٤٠.

(٢٩) مفاتيح الشرائع: في الوصية بالعطية ج ٣ ص ٢٢٠.

(٣٠) تحرير الأحكام: في الموكل ج ٣ ص ٢٩.

(٣١) الكافي في الفقه: في الوصية ص ٣٦٤.

(٣٢) نقله عنه العلامة في مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٩٢.

(٣٣) تقدّم في ج ٧ ص ٥٣٠ - ٥٣١، وج ٩ ص ٤٤.

(٣٤) من لا يحضره الفقيه: في الحدّ الذي إذا بلغه الصبيّ ج ٥٤٥٠ ص ٤ ص ١٩٦.

(٣٥) الوسيلة: في بيان أحكام الوصية ص ٣٧٢.

(٣٦) غاية المراد: في الموصي ج ٢ ص ٤٦٣.

(٣٧) شرائع الإسلام: في الموصي ج ٢ ص ٢٤٤.

(٣٨) المختصر النافع: في الوصايا ص ١٦٣.

(٣٩) الدروس الشرعية: في شرائط الموصي ج ٢ ص ٢٩٨.

(٤٠) التنقيح الرائع: في الموصي ج ٢ ص ٣٦٦.

(٤١) كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٦٩.

إنما تركه لترك التقييد به في «المقنعة»^١ والمراسم^٢ والكافي^٣ وأخبار الباب^٤. وظاهر «الغنية»^٥ أو صريحها الإجماع عليه، كذا «كشف الرموز»^٦ والروض^٧ حيث نسب فيهما إلى فتوى الأصحاب، وكذا ظاهر «الدروس» الإجماع على خلاف ابن إدريس وعلى شذوذه، لأنه قال بعد أن حكى الأقوال: وتفرد ابن إدريس برّد وصيّة من لم يبلغ، وقال: إن أشهر الأقوال صحّة وصيّة المميّز بالمعروف والبرّ إذا بلغ عشراً^٨. في «الشرائع»^٩ أيضاً و«الكفاية»^{١٠} أنه أشهر^{١١}، وفي «التذكرة»^{١٢} أنه مذهب الأكثر، وفي «غاية المراد»^{١٣} وإيضاح النافع «اشتجار الفتوى به، وفي «المسالك» أنه مذهب الأكثر من المتقدمين والمتأخرين^{١٤}، وفي «جامع المقاصد»^{١٥} أن المشهور جواز تصرفه بالمعروف وإن اختلفوا في تعيين ذلك، وفي

مركز تحقيقات كميّات علوم إسلاميّة

- (١) المقنعة: في وصيّة الصبيّ والحجور عليه ص ٦٦٧ - ٦٦٨.
- (٢) المراسم: في أحكام الوصيّة ص ٢٠٣.
- (٣) الكافي في الفقه: في الوصيّة ص ٣٦٤.
- (٤) وسائل الشيعة: ب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا ج ١٣ ص ٤٢٨.
- (٥) غنية النزوع: في الوصيّة ص ٣٠٦.
- (٦) كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٧٠.
- (٧) لا يوجد كتابه لدينا.
- (٨) الدروس الشرعية: في شرائط الموصي ج ٢ ص ٢٩٨.
- (٩) شرائع الإسلام: في الموصي ج ٢ ص ٢٤٤.
- (١٠) كفاية الأحكام: في الموصي وشرائطه ج ٢ ص ٤٠.
- (١١) كفاية الأحكام: في الموصي ج ٢ ص ٤٠.
- (١٢) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة وشرائطها ج ٢ ص ٤٥٩ س ٢٨.
- (١٣) غاية المراد: في شرايط الموصي ج ٢ ص ٤٦٥.
- (١٤) مسالك الأفهام: في شرايط الموصي ج ٦ ص ١٤٠.
- (١٥) جامع المقاصد: في الموصي وشرائطه ج ١٠ ص ٣٤، وفي ج ٨ ص ١٨٤.

وكالته أنَّ المشهور جواز تصرفه في الوصية والعق والصدقة. وفي «اللمعة»^(١) أنَّ القول بجواز وصية من بلغ عشرين مشهوراً، وزاد عليه في «الروضة»^(٢) بين الأصحاب فيكون أيضاً حاكياً للشهرة وفي «المختلف» أنَّ الأقوال به مشهورة^(٣). وقد حكيت الشهرة على الراوية به في عدة مواضع «كغاية المراد»^(٤) وغيرها^(٥). وقد قلنا في باب الوكالة^(٦) أنَّ الأخبار الواردة في جواز وصيته اثنا عشر خبراً وأنَّ في خبر واحد جواز وصيته وعتقه وصدقته، وقد اتفقت كلها على العشر سنين إلا ثلاثة أخبار فإنَّ فيها أنَّ الغلام إذا حضره الموت من دون تحديد بعشر سنين، وليس فيها للمراهق ذكر. ولعلَّ صاحب «الوسيلة»^(٧) يعدُّ ابن العشر مراهقاً.

وقد حكينا في باب الوكالة^(٨) عن صريح جماعة وظاهر آخرين عدم جواز وكالته وإن كان مميزاً وبلغ عشرين أسبقنا الكلام فيه وقلنا إنَّ كلَّ من جَوَّز وصيته ووقفه وصدقته جَوَّز التوكيل في ذلك، لأنَّ كلَّ من يصحَّ تصرفه في شيء تدخله النيابة صحَّ التوكيل فيه، وقد حكينا في باب الوقف عن جماعة كثيرين عدم صحَّة وقفه، نعم جوزه في «المقنعة». وجوز في «النهاية والمهذب» صدقته، والصدقة عندهما في معنى الوقف، وقلنا: إنَّ عبارتي «الشرائع والنافع» تشعران بالجواز

(١) اللمة الدمشقية: في الوصايا ص ١٧٦.

(٢) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٢٢.

(٣) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٩٣.

(٤) غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٤٦٥.

(٥) كمختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٩٣.

(٦) تقدّم في ج ٧ ص ٥٣١.

(٧) الوسيلة: في بيان أحكام الوصية وما يتعلق بها ص ٣٧٢.

(٨) تقدّم في ج ٧ ص ٥٣٠.

وقلنا: إن الأخبار الواردة في جواز وقفه ليس فيها خبر صحيح وفيها موثقان ليس فيهما التقييد بالعشر كالمضمر، وتقييدها بالخبر الضعيف فرع المكافأة والعمل كما بيّناه هناك^١، ولا يلزم أحداً ممن قال بجواز وصيته أن يقول بجواز وقفه، وقد استوفينا الكلام في ذلك أكمل استيفاءً وبيّنا هناك ضعف ما دلّ على جواز طلاقه وعتقه مع شذوذ العامل بها، وقد سمعت كلامهم مسبغاً في هبته^٢. والفرض أن الحال في الباب ليس كغيره من الأبواب لمكان الأخبار هنا والفتاوى والإجماعات والشهرات. ونعم ما قال في «غاية المراد» إن الإقدام على ردّ ما تضافرت به الفتاوى واشتهرت به الرواية من طريق أهل البيت عليهم السلام مشكل^٣. قلت: لعلّه لأنّه تحصل له قوّة التمييز عند بلوغ العشر، ولذلك كان الدليل مقتضياً لتكليفه حينئذٍ بالتكاليف العقلية استحقاقه الثواب عند القيام بها، وتلك القوّة تبعث على فعل الخير، فلو منعناه منه عند الممات مع الحجر عليه في حال الحياة لزم المنع من الألطاف المقرّبة إلى تحصيل الثواب وذلك قبيح عقلاً فتأمل. وقد خلت أخبار الباب عن ذكر التمييز ولعلّه لمكان التلازم غالباً بينه وبين ابن العشر كما عرفته آنفاً، على أن فيها إشارة إليه كقول أبي جعفر عليه السلام في خبر^٤ زرارة: وأوصى على حدّ معروف وحقّ وقول أبي عبد الله عليه السلام في صحيح أبي بصير^٥ وأوصى بثلاث ماله في حقّ.

هذا وقال في «التذكرة» قيل إنّما تصحّ وصيّة الصبي لقربته ولا تصحّ

(١) تقدّم في ص ٤٤.

(٢) تقدّم في ص ١٦٠ - ١٦١.

(٣) غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٤٦٥.

(٤) وسائل الشيعة: ب ٤٤ في أحكام الوصايا ج ٤ ص ١٣ ص ٤٢٩.

(٥) وسائل الشيعة: ب ٤٤ في أحكام الوصايا ج ٢ ص ١٣ ص ٤٢٨.

للأجانب^١. واستدل له بصحيح محمد بن مسلم في «الكافي»^٢ والفقيه^٣ وهو صريح في ذلك، وقد رواه الشيخ^٤ أيضاً بطريق قوي، ولكننا لم نجد هذا القول لأحد منّا، ولعلّه أراد الصدوق لأنّه رواه لكنّه لم ينسبه أحد إليه، فهو شاذّ متروك كالصحيح إذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حقّ جازت وصيّته، وقد رواه المشايخ الثلاثة^٥، فيكون ظاهر «الفقيه» العمل به. وقد رواه الشيخ في «النهاية» وبدلّ السبع بالثمانين سنين وقال: إنّ رواية العشر أحوط وأظهر في الروايات^٦. ولعلّ أبا علي^٧ عوّل على رواية الحسن بن راشد عن مولانا العسكري^٨ قال: إذا بلغ الغلام ثمانين سنين فجائز أمره في ماله وقد وجب عليه الفرائض والحدود، وإذا أتمّ للجارية سبع سنين^٩ فكذلك. قال في «التذكرة» وهي متروكة بين الأصحاب^{١٠}. قلت: بل بين المسلمين لدلائلها على حصول البلوغ لهما بذلك وأبو علي لا يقول به ولذلك خصّ بذلك وصيتهما. وبعض أخبار الباب قد تضمّن جواز عتقه وصدقته، فقد قلت: الأخبار الدالة على العشر السالمة من الضعف أو الاشتغال على ما لا يقول به العامل بها. وليس لك أن تقول إنّه يمكن

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية ج ٢ ص ٤٥٩ السطر الأخير.

(٢) الكافي: في وصية الغلام والجارية ج ٢ ص ٢٨.

(٣) من لا يحضره الفقيه: في الحدّ الذي إذا بلغه الصبيّ جازت وصيته ج ٥٤٥٠ ص ٤ ص ١٩٦.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ٨ في وصية الصبي والمجور عليه ج ٣ ص ٩ ص ١٨١.

(٥) الكافي: في وصية الغلام والجارية ... ج ٤ ص ٧ ص ٢٩، ومن لا يحضره الفقيه: في الحدّ الذي إذا بلغه الصبيّ ... ج ٥٤٥٢ ص ٤ ص ١٩٧، وتهذيب الأحكام: ب ٨ في وصية الصبي والمجور عليه ج ٧ ص ٩ ص ١٨٢.

(٦) النهاية: في شرائط الوصية ص ٦١١.

(٧) نقله عنه العلامة في مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٩١.

(٨) تهذيب الأحكام: ب ٨ في وصية الصبي والمجور عليه ج ١١ ص ٩ ص ١٨٣.

(٩) تذكرة الفقهاء: في الوصية ج ٢ ص ٤٥٩ س ٣٨.

حملها على التقيّة من أحمد^١ ومالك^٢ والشافعي^٣ في أحد قوليّه، لأنّا نقول إنّ أبا حنيفة^٤ والشافعي^٥ في القول الآخر الأظهر عنده يقولان بمقالة ابن إدريس فلا ترجيح ولا تضعيف من جهة التقيّة وكيف كان فالوقوف مع المعظم أقوى وأقوم. والمعروف الذي لا يجوز أن ينكر ولا حيف فيه ولا جور عند أهل التمييز بالنسبة إلى التركة وحال الموصي له بحيث لا يكون غنياً ويدّعي الفقر كما ذكر ذلك كلّ في «الفقه الراوندي»^٦ فتأمل.

ولا وصيّة المجنون مطلقاً ولا السكران. ولو جرح الموصي نفسه بما فيه هلاكها ثمّ أوصى لم يقبل.

قوله: «ولا وصيّة المجنون مطلقاً» أي في المعروف وغيره مطبقاً أو دورياً إذا كانت حال جنونه لرفع القلم عنه وعموم أدلّة الحجر عليه والحكم إجماعيّ ممّا لا ريب فيه، ولذلك ترك التصريح به جماعة. قوله: «ولا السكران» ولا المغمى عليه والمبرسم والمعتوه الذي لا يعقل والنائم، لأنّ هؤلاء في حكم المجنون كما في «التذكرة»^٧.

[فيما لو جرح الموصي نفسه ثمّ أوصى]

قوله: «ولو جرح الموصي نفسه بما فيه هلاكه ثمّ أوصى لم

(١) - ٧) تذكرة الفقهاء: في شرائط الموصي ج ٢ ص ٤٥٩ س ٢٩، المبسوط: باب وصيّة الصبيّ

ج ٢٨ ص ٩١، والمجموع: ج ١٥ ص ٤٠٩.

(٤) وراجع مغني المحتاج: كتاب الوصايا ج ٣ ص ٣٩.

(٦) فقه القرآن: في الوصيّة ج ٢ ص ٣٠٢.

(٧) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة ج ٢ ص ٤٥٩ س ٢٦.

يقبل» كما في «المقنعة»^١ والكافي^٢ والنهاية^٣ والمهذب^٤ والجامع^٥ والشرائع^٦ والنافع^٧ والتذكرة^٨ والتحرير^٩ والإرشاد^{١٠} والتلخيص^{١١} والتبصرة^{١٢} والإيضاح^{١٣} واللمعة^{١٤} والتنقيح^{١٥} والمهذب البارع^{١٦} وإيضاح النافع وجامع المقاصد^{١٧} وكذا «المختلف»^{١٨} والحواشي^{١٩} والمسالك^{٢٠} والروضة^{٢١}. وهو مذهب الأكثر كما في

(١) المقنعة: باب وصية القاتل لنفسه ص ٦٧٢.

(٢) الكافي في الفقه: في الوصية ص ٣٦٤.

(٣) النهاية: في الوصايا ص ٦١٠.

(٤) المهذب: في الصحيح من الوصايا ج ٢ ص ١٠٧.

(٥) الجامع للشرائع: في الوصية ص ٤٩٥.

(٦) شرائع الإسلام: في الموصي ج ٢ ص ٢٤٥.

(٧) المختصر النافع: في الوصايا ص ١٦٣.

(٨) تذكرة الفقهاء: في شرائط الموصي ج ٢ ص ٤٦٠ س ١٨.

(٩) تحرير الأحكام: في الموصي ج ٣ ص ٣٣٧.

(١٠) إرشاد الأذهان: في الموصي ج ١ ص ٤٥٧.

(١١) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٢٦.

(١٢) تبصرة المتعلمين: في الوصايا ص ١٢٦.

(١٣) إيضاح الفوائد: في الموصي ج ٢ ص ٤٧٩.

(١٤) اللمعة الدمشقية: في الوصايا ص ١٧٧.

(١٥) التنقيح الرائع: في الموصي ج ٢ ص ٣٦٦.

(١٦) المهذب البارع: في الموصي ج ٣ ص ٩٨.

(١٧) جامع المقاصد: في الموصي ج ١٠ ص ٣٤.

(١٨) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٦٨.

(١٩) الحاشية النجارية: في الوصايا ص ١١٩ س ٨ (من مخطوطات مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٢٠) مسالك الأفهام: في شرائط الموصي ج ٦ ص ١٤٢.

(٢١) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٢٢.

«التذكرة^١ وإيضاح النافع» والمشهور كما في «المهذب البارع^٢ وجامع المقاصد^٣ والمسالك^٤ والكفاية^٥» وقد نسب في «الإيضاح^٦» إلى الأصحاب مكرراً مؤذناً بدعوى الإجماع عليه وحكاه أبو علي عن مولانا الصادق عليه السلام فيما حكى^٧. ولا ترجيح في «شرح الإرشاد^٨» لولد المصنف و«الدروس^٩ والكفاية^{١٠}».

ومرادهم بما فيه هلاكه أنه جرح نفسه ليموت كما في الخبر و«الدروس» وقد زيد في «المقنعة» ما إذا شرب سماً^{١١}. ونحوه قوله في «الكافي» أو فعل بها ما تلف لأجله بعد حدثه^{١٢}. وإطلاقهم جميعاً يشمل العمد والخطأ ويجب تقيده بالعمد للتقييد به في الخبر^{١٣}. وفي «الروضة» موضع الخلاف ما إذا تعمّد، فلو وقع منه سهواً أو خطأ لم يمتنع وصيته إجماعاً^{١٤}.

والأصل في ذلك صحيحة أبي ولاد في الكتب الثلاثة^{١٥} قال: سمعت أبا

مركز توثيق علوم اسلامی

- (١) تذكرة الفقهاء: في شرائط الموصي ج ٢ ص ٤٦٠ س ١٨.
- (٢) المهذب البارع: في الوصايا ج ٣ ص ٩٨.
- (٣) جامع المقاصد: في الموصي ج ١٠ ص ٣٤.
- (٤) مسالك الأفهام: في شرائط الموصي ج ٦ ص ١٤٢.
- (٥) كفاية الأحكام: في الموصي ج ٢ ص ٤١.
- (٦) إيضاح الفوائد: في الموصي ج ٢ ص ٤٧٩.
- (٧) نقله عنه العلامة في مختلف الشيعة: في الموصي ج ٦ ص ٣٦٨.
- (٨) شرح الإرشاد للنيلي: في الموصي ص ٦٩ س ٢٦ (مخطوط في مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).
- (٩) الدروس الشرعية: في شرائط الموصي ج ٢ ص ٢٩٩.
- (١٠) كفاية الأحكام: في الموصي ج ٢ ص ٤١.
- (١١) المقنعة: في وصية القاتل لنفسه ص ٦٧٢.
- (١٢) الكافي في الفقه: في الوصية ص ٣٦٤.
- (١٣) وسائل الشيعة: ب ٥٢ من أبواب أحكام الوصايا ج ١ ص ١٣ ص ٤٤١.
- (١٤) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٢٣.
- (١٥) الكافي: في من لا تجوز وصيته من البالغين ج ١ ص ٧ ص ٤٥، ومن لا يحضره الفقيه: في

عبدالله ﷺ يقول: من قتل نفسه متعمداً فهو في نار جهنم خالداً فيها. قلت: رأيت إن كان أوصى بوصية ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته؟ قال: فقال إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثاً في نفسه من جراحة أو قتل أجزت وصيته في ثلثه، وإن كان أوصى بوصية بعد ما أحدث في نفسه من جراحة أو قتل لعله يموت لم يجز وصيته. وهو نص في الباب كما في «المسالك»^١ والمراد بلعل التوقع والرجاء. وفي «الكافي» من جراحة أو فعل لعله يموت، فيتم ما في «الكافي والمقنعة».

واختلفوا في وجهه فقيل: لأنه سفيه لأن إتلاف النفس أولى بالسفه من إتلاف ولو قيل بالقبول مع تيقن رشده بعد الجرح كان وجهاً 

المال^٢، وقيل: لأنه في حكم الميت^٣، وقيل: لأنه قاتل نفسه لأن الوارث يخرج عن التركة في قتل مورثه فكذا قاتل نفسه^٤. وقد وجهه في «التذكرة»^٥ بالجميع والكل ضعيف فالمدار على الخبر الصحيح الصريح المعتضد بما عرفت. قوله: «ولو قيل بالقبول مع تيقن رشده بعد الجرح كان وجهاً» كما هو خيرة «السرائر»^٦ وقد نفى عنه البأس في «المختلف»^٧ وفي «إيضاح

→ وصية من قتل نفسه متعمداً ح ٥٤٧٠ ج ٤ ص ٢٠٢، وتهذيب الأحكام: ب ١٥ في وصية من قتل نفسه ح ١ ج ٩ ص ٢٠٧.

(١) مسالك الأفهام: في شرائط الموصي ج ٦ ص ١٤٢.

(٢) كما في جامع المقاصد: في الموصي ج ١٠ ص ٣٤.

(٣) كما في الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٢٢.

(٤) كما في مسالك الأفهام: في شرائط الموصي ج ٦ ص ١٤٢.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الوصي ج ٢ ص ٤٦٠ س ٢٠.

(٦) السرائر: في الوصية وما يصح منها وما لا يصح ج ٣ ص ١٩٧.

(٧) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٦٨.

النافع» أنه حسن جداً، في «المسالك» أنه وجه وجيه^١، وفي «الروضة» أنه حسن لو لا مخالفة النصّ المشهور^٢. قلت: ومع ذلك فالقائل به شاذّ والإجماع معلوم على خلافه. وقد سمعت^٣ ما حكيناه عن «الإيضاح» وحاصل كلام «السرائر» أن الوجه في ذلك عندهم أنه سفيه غير رشيد وأجاب بأنه يكون رشيداً فلا يصحّ المنع مطلقاً من حيث السفه، والنصّ عام يقتضي بطلان الوصيّة وإن كان رشيداً كما لو أراد عدوّه إحراقه بالنار فقتل نفسه للفرار من النار، ومن المعلوم عدم جواز وجود المعلول وهو بطلان الوصيّة من دون العلة وهو السفه، وحمله على منع الوارث قياس.

وتحمل الرواية على عدم استقرار الحياة على إشكال/ أمّا لو أوصى ثمّ قتل نفسه فإنّها تمضي.

قوله: «وتحمل الرواية على عدم استقرار الحياة على إشكال» قد جعل المصنّف هنا العلة في عدم جواز وصيّته عدم استقرار الحياة فيه وجعلها في «السرائر» عدم رشده كما عرفت. فالإشكال في كلام المصنّف في حمل الرواية وكلام الأصحاب على غير مستقرّ الحياة عدم إنفاذ وصيّته فينشأ من أن من بلغ هذا الحال صار في حكم الميّت فلا تجري عليه أحكام مستقرّ الحياة، ومن ثمّ لم يحتج إلى تذكية الصيد إذا أعدم جرحه استقرار حياته ومن أنه خلاف الظاهر وأنه حتى بالغ رشيد يتناوله الأدلة وأنه يلزم بطلان وصيّة المريض لو بلغ هذا الحال ولم يقل

(١) مسالك الأفهام: في شرائط الموصي ج ٦ ص ١٤٣.

(٢) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٢٣.

(٣) تقدّم في ص ٣٤٩٠ هامش ٣٤.

به أحد كما في «الإيضاح»^١.

قوله: «أما لو أوصى ثم قتل نفسه فإنها تمضي» إجماعاً كما في
«التذكرة»^٢ وبه صرح في الصحيح المتقدم^٣ و«المقنعة»^٤ والكافي^٥ والنهاية^٦
والمهذب^٧ والجامع^٨ والشرائع^٩ والنافع^{١٠} والتحرير^{١١} والإرشاد^{١٢} والتبصرة^{١٣}
وتصح وصية المبذر

والتلخيص^{١٤} والدروس^{١٥} والتنقيح^{١٦} وجامع المقاصد^{١٧} والكفاية^{١٨}
والمسالك^{١٩} وفي الأخير لا إشكال فيه ولا ريب أنه مما يقول به ابن إدريس.



(١) إيضاح الفوائد: في الموصي ج ٢ ص ٤٧٩.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الموصي ج ٢ ص ٤٦٠ س ٢٣.

(٣) تقدم في ص ٣٩٠.

(٤) المقنعة: في وصية القاتل نفسه ص ٦٧٢.

(٥) الكافي في الفقه: في الوصية ص ٣٦٤ - ٣٦٥.

(٦) النهاية: في الوصية وما يصح منها وما لا يصح ص ٦١٠.

(٧) المهذب: فيما يصح من الوصايا وما لا يصح ج ٢ ص ١٠٧.

(٨) الجامع للشرائع: في الوصية ص ٤٩٥.

(٩) شرائع الإسلام: في الموصي ج ٢ ص ٢٤٥.

(١٠) المختصر النافع: في الوصايا ص ١٦٣.

(١١) تحرير الأحكام: في الموصي ج ٣ ص ٣٣٧.

(١٢) إرشاد الأذهان: في الموصي ج ١ ص ٤٥٧.

(١٣) تبصرة المتعلمين: في الوصايا ص ١٢٦.

(١٤) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٤.

(١٥) الدروس الشرعية: في الموصي ج ٢ ص ٢٩٩.

(١٦) التنقيح الرائع: في الموصي ج ٢ ص ٣٦٧.

(١٧) جامع المقاصد: في الموصي ج ١٠ ص ٣٦.

(١٨) كفاية الأحكام: في الموصي ج ٢ ص ٤١.

(١٩) مسالك الأفهام: في شرائط الموصي ج ٦ ص ١٤٣.

وفي حكمه ما لو أوصى ثم جنّ أو صار سفيهاً إن منعنا من وصية السفيه، لأنّ حال المريض يؤول إلى ذلك وما في معناه.

[في وصيّة المبذر]

قوله: «وتصحّ وصيّة المبذر» إلى السفيه إجماعاً في ظاهر «الغنية»^(١) قال: وتصحّ الوصيّة من المحجور عليه لسفه ثم ادّعى بعد عدّة مسائل الإجماع على ذلك من دون تقييد بوجوه البرّ. وفي «جامع المقاصد» أنّ المشهور جواز وصيّة السفيه في البرّ^(٢). ولعلّه أراد ما إذا كان محجوراً عليه. قلت: وبذلك صرح في «المقنعة»^(٣) والكافي^(٤) والمراسم^(٥) قالوا: لا تصحّ ولا تمضي وصيّة المحجور عليه إلّا في وجوه البرّ والمعروف وهو خيرة «التنقيح» بلفظ الأولى^(٦). ظاهر «الوسيلة»^(٧) المنع من نفوذ وصيّته مطلقاً. وقد يظهر ذلك أو يلوح من «النهاية»^(٨) وفي «التحرير»^(٩) الأقرب أنّها لا تقبل من دون وصفه بحجر عليه، وفي «جامع المقاصد»^(١٠) أنّه قويّ. والصحّة قضيّة كلام من نص على عدم نفوذ وصيّة المجنون والسكران وترك ذكر السفيه، مضافاً إلى ما سمعت فتصح دعوى الشهرة من «جامع

(١) غنية النزوع: في الوصيّة ص ٣٠٥-٣٠٦.

(٢) جامع المقاصد: في الموصي ج ١٠ ص ٣٦.

(٣) المقنعة: في وصيّة الصبي والمحجور عليه ص ٦٦٨.

(٤) الكافي في الفقه: في الوصيّة ص ٣٦٤.

(٥) المراسم: في أحكام الوصيّة ص ٢٠٣.

(٦) التنقيح الرائع: في الموصي ج ٢ ص ٣٦٧.

(٧) الوسيلة: في بيان أحكام الوصيّة وما يتعلّق بها ص ٣٧٢.

(٨) النهاية: في شرائط الوصيّة ص ٦١٢.

(٩) تحرير الأحكام: في الموصي ج ٣ ص ٣٣٧.

(١٠) جامع المقاصد: في الموصي ج ١٠ ص ٣٦.

المقاصد» فتأمل، لأنّ لك أن تقول إنّ كلّ من منع من قبول وصيّة الجارح نفسه للسفه يلزمه أن يقول بعدم صحّة وصيّة السفیه مطلقاً. وحينئذٍ فلا تغفل عن مفهوم قول المصنّف: ولو قيل بالقبول مع تيقّن رشده بعد الجرح كان وجهاً، إذ مفهومه ينافي جزمه هنا بصحّة وصيّة المبذّر. ولا ترجيح في «التذكرة»^١ والدروس^٢ والحواشي^٣ والكفاية^٤ وكيف كان فالأقوى المنع مطلقاً إلا أن يكون إجماع على خلافه والظاهر عدمه لقلة الناصّ عليه كما عرفت.

والمفلس ولو أوصى العبد لم يصحّ فإن عتق وملك ففي النفوذ إشكال

[في وصيّة المفلس]

قوله: «والمفلس» قد تقدّم^٥ في باب الحجر من الكتاب صحّة وصيّة وتديره وحكيها فيهما عن المصنّف في «التذكرة» والشهيد والمحقق الثاني. وبه صرح هنا في «الدروس»^٦ وظاهر «التنقيح»^٧ هنا الإجماع عليه، لأنّهما إنّما يكونان بعد الدين فلا ينافيان، وعبارته معتبرة فيما لا يكون مصارفاً للمال وقت الحجر من التصرفات. نعم، إن تضمنت وصيّة التصرف في عين من الأموال التي تعلّقت بها حقوق الغرماء فإنّها غير نافذة. ولو رضوا بالتنفيذ ففي جوازه إشكال

- (١) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة ج ٢ ص ٤٦٠ س ٥.
- (٢) الدروس الشرعية: في شرائط الموصي ج ٢ ص ٢٩٩.
- (٣) لم نعر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.
- (٤) كفاية الأحكام: في الموصي ج ٢ ص ٤١.
- (٥) تقدّم في ج ٥ ص ٣١٧.
- (٦) الدروس الشرعية: في شرائط الموصي ج ٢ ص ٢٩٩.
- (٧) التنقيح الرائع: في الموصي ج ٢ ص ٣٦٨.

من تجويز ظهور غريم آخر.

[في وصية العبد]

قوله: «ولو أوصى العبد لم يصح فإن عتق وملك ففي النفوذ إشكال» ونحوه في عدم الترجيح «الدروس^١ والحواشي^٢ والكفاية^٣» وفي «الإيضاح^٤» أن الأصح عدم النفوذ، وفي «التذكرة» أنه أقوى الاحتمالين^٥، وفي «جامع المقاصد^٦» أنه لا بأس بالقول بالنفوذ.

وجه عدم أن العبد مسلوب الأهلية، لأنها تصرف مالي فلا بد من الملك أو الأهلية وأن من شرط صحة الوصية كونه بحيث متى مات لم يكن ثم مانع من نفوذها، والشرط هنا منتف فإنه لو مات قبل العتق لم ينفذ قطعاً، وأن وصيته في حكم المعلقة على شرط، لأن الحكم بالصحة إنما هو على تقدير العتق والتعليق مناف للصحة.

ووجه الصحة أن الوصية تصرف بعد الموت، والواقع الآن إنما هو العبارة، الدالة على ذلك والعبد صحيح العبارة لأن الفرض بلوغه وعقله ورشده، فقد تحقق صحة التصرف قبل الموت، فوجب القول بالصحة لقول الباقر عليه السلام فيما رواه في «الفتاوى»^٧ في الصحيح على الصحيح في محمد بن قيس لمكان يوسف بن عقيل

(١) الدروس الشرعية: في شرائط الموصي ج ٢ ص ٢٩٩.

(٢) لم نعثر عليه.

(٣) كفاية الأحكام: في الموصي ج ٢ ص ٤١.

(٤) إيضاح الفوائد: في الموصي ج ٢ ص ٤٨٠.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الموصي ج ٢ ص ٤٦٠ س ٧.

(٦) جامع المقاصد: في الموصي ج ١٠ ص ٣٧ - ٣٨.

(٧) من لا يحضره الفقيه: في الوصية للمكاتب وأم الولد ج ٥٥٠٦ ص ٤ ص ٢١٦.

وأَنَّهُ في قضايا أمير المؤمنين ﷺ قال: قضى أمير المؤمنين ﷺ في مكاتب قضى بعض ما كُتِبَ عليه أن يجاز من وصيته بحساب ما أعتق منه، وقضى في مكاتب قضى نصف ما عليه فأوصى بوصية فأجاز نصف الوصية، وقضى في مكاتب قضى ثلث ما عليه فأوصى بوصية فأجاز ثلث الوصية، حيث أجاز نصف الوصية وثلثها ولم يستفصل عن موته قبل العتق وعدمه وترك الاستفصال دليل العموم إلا أن تقول: لا حكاية هنا وإنما المرويّ قضاؤه ﷺ ولا عموم له وقد استدلّ به في «جامع المقاصد»^(١) على صحة الوصية كما سمعت. والأصحّ أن تقول ولم يستفصل عن عتقه قبل الوصية أو بعدها كما هو ظاهر والمراد بعتقه أداء بعض ما عليه، لأنّه مكاتب مطلقاً والاستدلال إنّما هو بصدر الخبر وما عداه فلا دلالة فيه فلا وجه لما في «جامع المقاصد» أصلاً.

واستدلّ به في «الإيضاح» على عدم الصحة فقال: إذا لم تصحّ وصية المكاتب فلا تصحّ وصية العبد. ولم يشترط أمير المؤمنين ﷺ أن يموت قبل عتقه بل قضى مطلقاً وترك الاستفصال يدلّ على العموم^(٢). ومن الوجهين يعرف منشأ الإشكال. ولا يخفى عليك أنّه لا يتمّ لصاحب الإيضاح الاستدلال بصدر الخبر ولا عجزه كما أنّه لا يخفى عليك ما ذكره في توجيه عدم الصحة من سلب أهلية العبد، لأنّه إن أريد به بالنسبة إلى العبارة ممنوع، وإن أريد به بالنسبة إلى التصرف لم يضرّ، لأنّا نحاول بصحة الوصية نفوذها بعد الموت على تقدير العتق ونمنع اشتراط صحة الوصية بكونه متى مات يجب النفوذ، والتعليق غير قادح كما لو قال إن متّ في سفري هذا، وهذا الشرط معتبر بحسب الواقع فلا يعدّ اعتباره تعليقاً كما هو رأي

(١) جامع المقاصد: في الموصي ج ٢ ص ٤٨٠.

(٢) إيضاح الفوائد: في الموصي ج ٢ ص ٤٨٠.

جماعة^١.

هذا ولا ريب أن وصية العبد إذا مات على العبودية كانت لاغية لأنه لا يقدر على شيء ولا مال له بل ولو قلنا إنه يملك لأنه محجور عليه. وقال مولانا الباقر عليه السلام في صحيحة محمد بن قيس لمكان عاصم بن حميد في المملوك مادام عبداً فإنه وماله لأهله لا يجوز له تحرير ولا كثير عطاء ولا وصية إلا أن يشاء سيده^٢. وقال أحدهما عليه السلام في قوية عبدالرحمن بن الحجاج: لا وصية لمملوك^٣.

وتنفذ وصية الكافر إلا بخمر أو خنزير لمسلم وفي الذمي إشكال

[في وصية الكافر]

قوله: «وتنفذ وصية الكافر إلا بخمر أو خنزير لمسلم» أما نفوذ وصيته بالسائع فلاستجماعه شروط الوصية من البلوغ والعقل والحرية ونفوذ التصرفات وإن هي إلا كالهبة. وبه صرح في «التذكرة»^٤ والتحرير^٥ والدروس^٦ وجامع المقاصد^٧ وأما عدم نفوذها بالخمر والخنزير للمسلم فظاهر لأنه لا يملك ذلك.

- (١) منهم المحقق الثاني في جامع المقاصد: في الموصي ج ١٠ ص ٣٨.
- (٢) وسائل الشيعة: ب ٧٨ من أبواب أحكام الوصايا ج ١ ص ١٣ ص ٤٦٦.
- (٣) وسائل الشيعة: ب ٧٨ من أبواب أحكام الوصايا ج ٢ ص ١٣ ص ٤٦٦.
- (٤) تذكرة الفقهاء: في الموصي ج ٢ ص ٤٦٠ ص ١١.
- (٥) تحرير الأحكام: في الموصي ج ٣ ص ٣٣٧.
- (٦) الدروس الشرعية: في شرائط الموصي ج ٢ ص ٢٩٩.
- (٧) جامع المقاصد: في الموصي ج ١٠ ص ٣٨.

قوله: «وفي الذمي إشكال» كما في «التذكرة»^١ وكذا «الحواشي»^٢ وقد جزم بالصحة في «الدروس»^٣ وفي «جامع المقاصد»^٤ أنه الأصح. وفي «الإيضاح»^٥ أن الأصح البطلان. قد قرّب المصنّف في باب الوقف من الكتاب^٦ صحة وقف الكافر الخمر والخنزير على مثله. وجزم به في «الدروس»^٧ و«جامع أو عمارة كنيسة»^٨

المقاصد»^٩. واستشكل هنا المصنّف في وصيته بهما مع أن الوقف أكد من الوصية، لأنه يشترط فيه كونه قرابة كما نبهنا على ذلك هناك^{١٠} واستقر بناه. وقد اختير في «الدروس»^{١١} و«جامع المقاصد»^{١٢} الصحة في البايين كما أنه اختار في «الإيضاح»^{١٣} البطلان في البايين، فلا اختلاف في كلامهم. ومن الغريب أنه قال في «الإيضاح»^{١٤} إن المسألة مبني على أن الكافر مخاطب بفروع العبادات إذ فيه: إنا نقول بأنه مخاطب بها وأن تصرفاته الجارية على الخمر والخنزير ماضية ونمنع

(١) تذكرة الفقهاء: في الموصي ج ٢ ص ٤٦٠ س ١٢.

(٢) لم نعر عليه.

(٣) الدروس الشرعية: في شرائط الموصي ج ٢ ص ٢٩٩.

(٤) جامع المقاصد: في الموصي ج ١٠ ص ٣٨.

(٥) إيضاح الفوائد: في الموصي ج ٢ ص ٤٨١.

(٦) قواعد الأحكام: في الوقف ج ٢ ص ٣٩٣.

(٧) الدروس الشرعية: في شرائط الوقف ج ٢ ص ٢٦٨.

(٨) جامع المقاصد: في الموصي ج ١٠ ص ٣٨.

(٩) تقدّم في ص ٧٣.

(١٠) الدروس الشرعية: في الوقف ج ٢ ص ٢٧٤، وفي شرائط الموصي ص ٢٩٩.

(١١) جامع المقاصد: في الوقف ج ٩ ص ٥٥، وفي الموصي ج ١٠ ص ٣٨.

(١٢) إيضاح الفوائد: في الوقف ج ٢ ص ٣٨٩.

(١٣) إيضاح الفوائد: في الموصي ج ٢ ص ٤٨١.

من غصبها وإتلافها وتوجب على المسلم ردّها وضمان القيمة عندهم.
 قوله: «أو عمارة كنيسة» كما في «جامع المقاصد»^١ وكذا «الدروس»^٢
 أي تنفذ وصيّة الكافر إلّا في عمارة كنيسة، لأنّ ذلك ممنوع منه شرعاً. وقيدّها في
 «التذكرة» بكونها مبتكرة، وقال: وأمّا إذا أوصى بتجديدها ففيه إشكال^٣. وقال في
 «الدروس» لو أوصى بعمارة هيكل وكان في أرض يصعّ فيها ذلك جازاً^٤. ولعلّ
 مراده إنّ لا تتعرّض لهم إذا أرادوا تنفيذها ولم يتحاكموا إلينا، وليس مراده تنفيذ
 ولو أوصى بعمارة قبور أنبيائهم جازاً وتنفيذ وصيّة الأخرس
 بالإشارة المعقولة.

مالها كما هو الفرض من صحّتها وإلّا فهي معصية في نفسها، إذ هي موضع
 النيل من رسول الله ﷺ وبيت عبادتهم القاسية،
 قوله: «ولو أوصى بعمارة قبور أنبيائهم جازاً» كما في «التذكرة»^٥
 والدروس^٦ وجامع المقاصد^٧ لأنّ في ذلك تعظيم شعائر الله سبحانه وتعالى
 وإحياء زيارتها والتبرّك بها، وهو مندوب للمسلم فلا مانع من جوازه للكافر.

[في وصيّة الأخرس]

- (١) جامع المقاصد: في الموصي ج ٢ ص ٣٩.
- (٢) الدروس الشرعية: في شرائط الوقف ج ٢ ص ٢٧٠.
- (٣) تذكرة الفقهاء: في الموصي ج ٢ ص ٤٦٠ س ١٣.
- (٤) الدروس الشرعية: في شرائط الموصي ج ٢ ص ٢٩٩.
- (٥) تذكرة الفقهاء: في الموصي ج ٢ ص ٤٦٠ س ١٦.
- (٦) الدروس الشرعية: في شرائط الموصي ج ٢ ص ٢٩٩.
- (٧) جامع المقاصد: في الموصي ج ١٠ ص ٣٩.

قوله: «وتنفذ وصية الأخرس بالإشارة المعقولة» كما في «التحرير»^١ والدروس^٢ وجامع المقاصد^٣ وظاهر «التذكرة»^٤ أنه محلّ وفاق، لأنّه أخذه مسلماً، وهو كذلك. وقد نبّه عليه كلّ من قال بكفاية الإشارة عند العجز عن النطق، وقد سمعت^٥ الإجماعات على ذلك ونفي الخلاف فيه.

ولو عقل لسان الناطق فعرضت عليه وصيته فأشار بها وفهمت إشارته صحّت وصيته ولو أوصى الفقير ثمّ استغنى صحّت وصيته. ولو قال العبد متى عتقتك ثمّ متّ فثلثي لفلان فالأقرب الجواز.

قوله: «ولو عقل لسان الناطق فعرضت عليه وصية فأشار بها وفهمت إشارته صحّت وصيته» كما في «التحرير»^٦ وجامع المقاصد^٧ وقد تقدّم^٨ الكلام فيه عند قوله ولو عجز عن النطق كفت الإشارة الدالة على المراد مسبغاً مشبعاً وذكرنا الأخبار الواردة في ذلك كخبر أمانة وغيرها.

(١) تحرير الأحكام: في الموصي ج ٣ ص ٣٣٧.

(٢) الدروس الشرعية: في الوصية ج ٢ ص ٢٩٥.

(٣) جامع المقاصد: في الموصي ج ١٠ ص ٣٩.

(٤) تذكرة الفقهاء: في أركان الوصية ج ٢ ص ٤٥٢ س ٣٣.

(٥) تقدّم في ص ٣٧٨.

(٦) تحرير الأحكام: في الموصي ج ٣ ص ٣٣٧.

(٧) جامع المقاصد: في الموصي ج ١٠ ص ٣٩.

(٨) تقدّم في ص ٣٧٩.

[في وصية الفقير]

قوله: «ولو أوصى الفقير ثم استغنى صحت وصيته» كما في «جامع المقاصد»^١ وكأنه ضروري ولذلك تركه غيره لأنه له أهلية التملك، وهي قائمة مقام الملك في صحة الوصية.

قولهم «ولو قال العبد متى عتقت ثم مت فثلثي لفلان فالأقرب الجواز» في «جامع المقاصد»^٢ أن الجواز قريب، وفي «الدروس»^٣ أنه أولى بالجواز متى إذا أوصى وعتق وملك. في «الإيضاح»^٤ أن الأصح البطلان. وجه الجواز أنه تصرف وارد على حال الحرية فيصح لعموم وجوب العمل بالوصية، ولا مانع منه إلا كونه عبداً لا أهلية له حين الوصية للملك فيسلب أهلية التصرفات المتفرعة عليه فكان كما لو أوصى الصبي على تقدير بلوغه وموته، مضافاً إلى ما فيه من التعليق. وقد تقدم^٥ أن العبد صحيح العبارة ليس كالصبي، إذ المفروض بلوغه ورشده فقد تحقق صحة شرط التصرف قبل الموت وأن التعليق غير قادح، وقد سمعت^٦ الحال فيما روي عن مولانا الباقر عليه السلام.

(١) جامع المقاصد: في الموصي ج ١٠ ص ٤٠.

(٢) جامع المقاصد: في الموصي ج ١٠ ص ٤٠.

(٣) الدروس الشرعية: في شرائط الموصي ج ٢ ص ٢٩٩.

(٤) إيضاح الفوائد: في الموصي ج ٢ ص ٤٨١.

(٥) تقدم في ص ٣٩٢.

(٦) تقدم في ص ٣٩٢.

وكلّ من عليه حقّ من مال أو غيره وجب عليه أن يوصي به إذا
ظنّ الموت ①

المطلب الثالث: في الموصى له
ويشترط فيه أمران: الوجود وصحة التملك، ②

قوله: «وكلّ من عليه حقّ من مال أو غيره وجب عليه أن
يوصي به إذا ظنّ الموت» بلا خلاف كما في «جامع المقاصد»^١ وقد تقدّم^٢
الكلام في المسألة مسبقاً في أوّل الباب.

[فيما يشترط في الموصى له] ③

قوله: «المطلب الثالث: في الموصى له، ويشترط فيه أمران:
الوجود وصحة التملك» قد ذكر الأمران معاً كما في الكتاب في «اللمعة»^٣
والروضة^٤ وبالأوّل قد طفحت عباراتهم وستسمع على ما يتفرّع عليه
إجماعاتهم. والثاني قضية كلام الأكثر كما ستسمع من عدم صحة الوصية لمملوك
الأجنبي ونحوه.

وظاهر عبارات المعظم عدم اشتراط التعيين حيث يتعرّضون لشروط
الموصى له وأحكامه ولم يذكروا اشتراط تعيينه ولا عدمه، والعبارات متفاوتة في

(١) جامع المقاصد: في الموصي ج ١٠ ص ٤٠.

(٢) تقدّم في ص ٣٦٤.

(٣) اللمعة الدمشقية: في الوصية ص ١٧٧.

(٤) الروضة البهية: في الوصية ج ٥ ص ٢٣.

فلو أوصى لمعدوم لم يصح ١

شدة الظهور وعدمها. ويأتي للمصنف في أواخر هذا المطلب في الفرع العاشر أن في اشتراط التعيين إشكالاً^١. ونحوه في عدم الترجيح «التحرير»^٢ والإيضاح^٣ والتذكرة^٤ في موضع منها. وقرب في موضع آخر منها اشتراطه، وفي «الحواشي»^٥ وجامع المقاصد^٦ ترجيح عدم الاشتراط. وقد يقال^٧: إن كل من اشترط صحة التملك قال باشتراط التعيين، لأنه يمتنع وقوع التملك للمجهول إلا أن تقول إن من اشترطه لم يرد ذلك وإنما أراد عدم صحة الوصية لمملوك الأجنبي ونحوه كما أفصحت به عباراتهم. وتام الكلام في الفرع العاشر^٨.

[في عدم صحة الوصية للمعدوم]

قوله: «فلو أوصى لمعدوم لم يصح» إجماعاً كما في «التذكرة»^٩ وجامع المقاصد^{١٠} وظاهر «الكفاية»^{١١} وبه صرح في «النهاية»^{١٢} والمبسوط^{١٣}

(١) يأتي في ص ٤٣٥ من الكتاب.

(٢) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٦٩.

(٣) إيضاح الفوائد: في الموصى له ج ٢ ص ٥٠٢.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الموصى له ج ٢ ص ٤٦٠ س ٣٢. وفي الوصية للمولى ص ٤٧٨ س ٣٨.

(٥) لم نثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.

(٦) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٩١.

(٧) لم نثر على قائله حسبما تصفحناه.

(٨) يأتي في ص ٤٣٥.

(٩) تذكرة الفقهاء: في الموصى له ج ٢ ص ٤٦٠ س ٣٠.

(١٠) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٤١.

(١١) كفاية الأحكام: في الموصى له ج ٢ ص ٤٨.

والمهذب^{١٤}»

وكذا للميت سواء علم بموته أو ظن حياته فبان ميتاً، (٢)

وأكثر^{١٥} ما تأخر عنها، لأن من شرط صحة الوصية لمعين أن يكون له أهلية التملك، لا متناع تحقق الملك والمقصود بالوصية من دونها، والمعدوم والميت ليس أهلاً للتملك.

قوله: «وكذا للميت» إجماعاً كما في ظاهر «التذكرة»^{١٦} ونهج الحق^{١٧} وجامع المقاصد^{١٨} والمسالك^{١٩} والكفاية^{٢٠} إذ لم يحك فيها كلها الخلاف في ذلك إلا عن مالك^{٢١} مع العلم بموته فإنه حكم بصحة الوصية وبكون الموصى به تركة.

قوله: «سواء علم بموته أو ظن حياته فبان ميتاً» كما في «الشرائع»^{٢٢} والتذكرة^{٢٣} والتحرير^{٢٤} والدروس^{٢٥} وجامع المقاصد^{٢٦}

(١٢) النهاية: في الموصى له ص ٦١٥.

(١٣) المبسوط: في الوصية للمعدوم ج ٤ ص ١٤.

(١٤) المهذب: في الوصايا ج ٢ ص ١٠٩.

(١٥) كما في الشرائع: ج ٣ ص ٢١٢، وشرائع الإسلام: ج ٢ ص ٢٥٣، ومسالك الأفهام: ج ٦ ص ٢١٥.

(١٦) تذكرة الفقهاء: في الموصى له ج ٢ ص ٤٦٠ س ٣٠.

(١٧) نهج الحق وكشف الصدق: في المواريث ص ٥١٧.

(١٨) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٤١.

(١٩) مسالك الأفهام: في الموصى له ج ٦ ص ٢١٥.

(٢٠) كفاية الأحكام: في الموصى له ج ٢ ص ٤٨.

(٢١) المدونة الكبرى: ج ٦ ص ٧٣، والحاوي الكبير: ج ٨ ص ١٩٣.

(٢٢) شرائع الإسلام: في الموصى له ج ٢ ص ٢٥٣.

(٢٣) تذكرة الفقهاء: في الموصى له ج ٢ ص ٤٦٠ س ٣٠.

(٢٤) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٦٤.

والمسالك^{٢٧} ونص
أو لما تحمله المرأة أو لمن يوجد من أولاد فلان. (٢٨)

في «النافع»^{٢٨} والإرشاد^{٢٩} والروض^{٣٠} على عدم صحة الوصية لميت ظن حياته.
قوله: «أو لما تحمله المرأة» كما في «المهذب»^{٣١} والشرائع^{٣٢}
والتذكرة^{٣٣} والتحرير^{٣٤} والإرشاد^{٣٥} والدروس^{٣٦} وجامع المقاصد^{٣٧}
والمسالك^{٣٨} والكفاية^{٣٩} وظاهر الأخيرين الإجماع عليه والمخالف بعض
الشافعية^{٤٠} فصَحَّحها له كما صَحَّت به.

قوله: «أو لمن يوجد من أولاد فلان» كما صرح به في الشرائع^{٤١}

(٢٥) الدروس الشرعية: في الموصى له ج ٢ ص ٣٠٦.

(٢٦) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٤١.

(٢٧) مسالك الأفهام: في الموصى له ج ٦ ص ٢١٥.

(٢٨) المختصر النافع: في الموصى له ص ١٦٣.

(٢٩) إرشاد الأذهان: في الموصى له ج ١ ص ٤٥٨.

(٣٠) لا يوجد لدينا.

(٣١) المهذب: في الموصى له ج ٢ ص ١٠٩.

(٣٢) شرائع الإسلام: في الموصى له ج ٢ ص ٢٥٣.

(٣٣) تذكرة الفقهاء: في الموصى له ج ٢ ص ٤٦٠ س ٣٣.

(٣٤) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٦٢.

(٣٥) إرشاد الأذهان: في الموصى له ج ١ ص ٤٥٨.

(٣٦) الدروس الشرعية: في الموصى له ج ٢ ص ٣٠٦.

(٣٧) جامع المقاصد: في الموصى له ج ٩ ص ٤١.

(٣٨) مسالك الأفهام: في الموصى له ج ٦ ص ٢١٥.

(٣٩) كفاية الأحكام: في الموصى له ج ٢ ص ٤٨.

(٤٠) روضة الطالبين: ج

(٤١) شرائع الإسلام: في الموصى له ج ٢ ص ٢٥٣. (١٥)

والتذكرة^١ والتحرير^٢ والدروس^٣ والمفاتيح^٤ والمسالك^٥ والكفاية^٦ وظاهر الأخيرين الإجماع عليه، قال في «المسالك» أطلق الأصحاب وغيرهم المنع من الوصية لمن يوجد من أولاد فلان ولو بالتبعية.

وقال في «جامع المقاصد»^٧ اعلم أنه قد سبق في الوقف جوازه على المعدوم إن كان تابعاً كما لو وقف على أولاد فلان ومن سيولد له، فأَيُّ مانع من صحة الوصية كذلك؟ فإذا أوصى بشجرة بستانه مثلاً خمسين عاماً لأولاد فلان ومن سيولد له فلا مانع من الصحة بل جواز ذلك في الوقف يقتضي التجويز بطريق أولى، لأنه أضيق مجالاً من الوصية انتهى. وقد ذكر ذلك في «التذكرة»^٨.

ولعل سعة مجالها لأن دائرة أحكامها أوسع، لأنها لا يشترط فيها القرابة قولاً واحداً ويجوز الرجوع فيها إلى غير ذلك، ونظر الأصحاب في الفرق أتقن وأدق، لأن الغرض في الوقف تمليك العين على وجه الحبس وإطلاق الثمرة وفي الوصية إطلاق الأصل إن أوصى به وتبعه الثمرة وإطلاق الثمرة إن أوصى بها. ففائدة الوقف متحققة في الموجود والمعدوم، لأنه يملكه الموجود ثم ينتقل منه عن الواقف إلى المعدوم، ولا كذلك الوصية، لأنه إذا أوصى بالعين للموجود ثم للمعدوم فقضية ملك الموجود لها أن يتصرف فيها كيف شاء وأن ينقلها عن ملكه،

(١) تذكرة الفقهاء: في الموصى له ج ٢ ص ٤٦٠ س ٣٣.

(٢) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٦٢.

(٣) الدروس الشرعية: في الموصى له ج ٢ ص ٣٠٦.

(٤) مفاتيح الشرائع: في ص يصح الوصية له ج ٣ ص ٢٢٢.

(٥) مسالك الأفهام: في الموصى له ج ٦ ص ٢١٥.

(٦) كفاية الأحكام: في الموصى له ج ٢ ص ٤٨.

(٧) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٤١.

(٨) تذكرة الفقهاء: في الموصى له ج ٢ ص ٤٦١ س ٨.

إذ لا تحبب فيها، وذلك ينافي الوصية بها للمعدوم بعده. فالفرق في الوصية بالأصل واضح، ولذلك لم يتعرض له في الاعتراض في «جامع المقاصد» وإنما يدق في الوصية بالثمرة كما إذا أوصى بثمرة بستانه مثلاً لزيد وأولاده من بعده خمسين عاماً كما مثل به في «جامع المقاصد» فظن مشتبهاً أنه لا فرق في ذلك بين الوصية والوقف.

وتصحّ للحمل الموجود بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر.

وفيه: أن الفرق هنا أيضاً ظاهر، لأن الملك في الوقف يكون للموجود في الأصل ابتداء ثم ينتقل منه عن الواقف للمعدوم فكان تابعاً له لجامع بينهما وهو ملك الأصل، ولا كذلك الوصية إذ الجامع بين الموجود والمعدوم فيها معدوم فلا تبعية، لأن كل واحد من الموصي له الأول وأولاده موصى له على سبيل الاستقلال لا التبعية، لأن الثمرة التي ملكها بالوصية غير الثمرة التي ملكها الثاني في زمانه، ولا ملك للأصل ليكون جامعاً بينهما. وحينئذ فلو صحّت الوصية تكون قد ملكنا المعدوم الذي لا يقبل الملك تلك الثمرة على سبيل الاستقلال من دون تبعية وذلك باطل قطعاً ممتنع شرعاً. وهذا هو المراد ممّا أجاب به في «التذكرة»^١ عن ذلك حيث قال: الوصية أجريت مجرى الميراث ولا يحصل الميراث إلا لموجود، فكذا الوصية. والوقف يراد الدوام فمن ضرورياته إثباته للمعدوم.

[في الوصية للحمل]

قوله: «وتصحّ للحمل الموجود بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر»

(١) تذكرة الفقهاء: في الموصى له ج ٢ ص ٤٦١ س ١٤.

أما صحته للحمل فلا نعلم فيه خلافا كما في «التذكرة»^١ وفي «التحرير»^٢ الإجماع عليه. وفي «جامع المقاصد»^٣ أنه إذا كان موجوداً وانفصل حياً صحّت له الوصية إجماعاً. وقد قيّد المصنّف الحمل بكونه موجوداً كما في «جامع الشرائع»^٤ والشرائع^٥ والروض^٦ لكنها خالفت الكتاب حيث لم يفسّر الوجود فيها بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر كالكتاب.

وترك التقييد بذلك كلّ في «النافع»^٧ والتبصرة^٨ والإرشاد^٩ فاقصر فيها على أن الوصية تصحّ للحمل. وظاهر الكتب الستة أنه لا يشترط فيه أن تأتي به لأقل من ستة أشهر من حين الوصية نظراً إلى غالب الأحوال والمعادة المستمرة من الوضع لأقصى الحمل وهو التسعة، إذ النادر وهو الستة لا حكم له شرعاً، ومرجعه إلى تقديم الظاهر على الأصل. وفي «إيضاح النافع»^{١٠} أنه حسن فتصحّ الوصية له عندهم فيما إذا أتت به لأكثر الحمل وإن كان لها زوج أو مولى وبالأولى ما إذا أتت به بين الغائتين.

وقد اشترط في «المبسوط»^{١١} والتذكرة^{١٢} والتحرير^{١٣} والتلخيص^{١٤}

(١) تذكرة الفقهاء: في الموصى له ج ٢ ص ٤٦٠ س ٣٦.

(٢) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٦٥.

(٣) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٤٢.

(٤) الجامع للشرائع: في الموصى له ص ٤٩٤.

(٥) شرائع الإسلام: في الموصى له ج ٢ ص ٢٥٥.

(٦) لا يوجد لدينا الروض ولكن مرّح به في شرحه على الإرشاد فراجع غاية المراد: ج ٢ ص ٤٦٦.

(٧) المختصر النافع: في الموصى له ص ١٦٣.

(٨) تبصرة المتعلّمين: في الموصى له ص ١٢٦.

(٩) إرشاد الأذهان: في الموصى له ج ١ ص ٤٥٨.

(١٠) المبسوط: في الموصى له ج ١ ص ٤٥٨.

(١١) تذكرة الفقهاء: في الموصى له ج ٢ ص ٤٦٠ س ٣٨.

والدروس^{١٤} واللمعة^{١٥} والتنقيح^{١٦} وجامع المقاصد^{١٧} والمسالك^{١٨}
والروضة^{١٩}

أو لأكثر مدّة الحمل مع خلوّها من زوج ومولى

بأن تأتي به لأقلّ من ستّة أشهر من حين الوصيّة كالكتاب، وفي «إيضاح النافع» أنّه أشهر. والضابط عندهم القطع بوجوده حال الوصيّة فاعتبروا الأقلّ من الستّة أشهر، لأنّه حال الوصيّة لا يمكن حدوثه فلا بدّ من فرض تقدّمه في وقت يمكن فيه الوطء بحيث يمكن فيه تخلّق الولد، فلو ولدته لستّة فصاعداً ولها زوج أو مولى فليس وجوده بمعلوم حين الوصيّة لا يمكن تجدّده فالأصل عدمه.

قوله: «أو لأكثر من مدّة الحمل مع خلوّها من زوج أو مولى» كما في «الدروس^{٢٠} واللمعة^{٢١} والروضة^{٢٢}» وهو المفهوم من عبارة «المبسوط^{٢٣}» إذ بذلك يعلم كونه موجوداً حالة الوصيّة. واحتمال الزنا والشبهة يندفع بأصل عدم إقدام المسلم على الزنا ودور الشبهة. ويشكل الأوّل لو كانت كافرة حيث تصحّ

(١٢) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٦٥.

(١٣) تلخيص المرام: في الموصى له ص ١٥٦.

(١٤) الدروس الشرعية: في الموصى له ج ٢ ص ٣٠٦.

(١٥) اللمعة الدمشقية: في الموصى له ص ١٧٧.

(١٦) التنقيح الرائع: في الموصى له ج ١٠ ص ٤٢.

(١٧) مسالك الأفهام: في الموصى له ج ٦ ص ١٩١.

(١٨) الروضة البهية: في الموصى له ج ٥ ص ٢٣.

(١٩) الدروس الشرعية: في الموصى له ج ٢ ص ٣٠٦.

(٢٠) الدروس الشرعية: في الموصى له ج ٢ ص ٣٠٦.

(٢١) اللمعة الدمشقية: في الموصى له ص ١٧٧.

(٢٢) الروضة البهية: في الموصى له ج ٥ ص ٢٣.

(٢٣) المبسوط: في الموصى له ج ٤ ص ١٤.

الوصية لحملها، كذا قال في «الروضة»^(١) وفيه نظر ظاهر.

وقضية كلام هؤلاء أنه إذا وجد الزوج أو المولى حينئذ لم تصح الوصية، وذلك لعدم العلم بوجوده عندها مع أن الأصل عدمه لإمكان تجدده بعدها. وقضية كلامه في الإقرار حيث قال: ولو ولد لأكثر من مدة الحمل بطل أنه يبطل مطلقاً سواء خلت عن فراش أم لا.

وفي «جامع المقاصد»^(٢) أنه إذا تخلل بين الوصية والوضع أكثر مدة الحمل مع خلوها عن الزوج والمولى حكم بعدم وجوده حين الوصية قطعاً، فالأولى أن يقول المصنف لدون أكثر مدة الحمل. قلت: لكن يجب القطع حينئذ بأنه لزني أو شبهة، ثم إنه كيف يحصل له القطع الذي هو بمعنى الإجماع مع ما سمعته من الشيخ والمصنف والشهيد في كتابيه وما عرفت ممّا هو ظاهر الكتب الستة و«التذكرة» في بعض المواضع؟ والتأويل ممكن فتأمل جيداً.

في «التحرير»^(٣) أنها إن أتت به لعشرة من حين الوصية لم تصح، وهو ممن يذهب إلى أن العشرة أقصى مدة الحمل فيوافق بإطلاقه «جامع المقاصد» حيث قال: يشمل ما إذا خلت عن بعلى ومولى أو لم تخل. وقد اختلف في ذلك مفهوم كلام «التذكرة» فيفهم تارة منها موافقة الكتاب وتارة يفهم منها موافقة «جامع المقاصد» وإطلاق «التحرير». وقد سمعت ما في الكتب الستة أعني «جامع الشرائع» وما ذكر معه و«النافع» وما ذكر معه من تقديم الظاهر على الأصل.

وقد صرح هنا أي باب الوصية بأن أقصى مدة الحمل عشرة في «الشرائع والتلخيص والتحرير» كما عرفت وستة في «التذكرة والدروس» وتسعة في كلام

(١) الروضة البهية: في الموصى له ج ٥ ص ٢٤.

(٢) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٤٢.

(٣) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٦٥.

جماعة، وهو الحق وينبغي مراجعة ما كتبناه^١ في بيان المراد بالأكثر في باب الإقرار فإنه يترتب عليه أمور كثيرة ذكرناها هناك.

ولو كان بينهما وهي ذات زوج أو مولى لم يصح لعدم العلم بوجوده حين الوصية.

قوله: «ولو كان بينهما وهي ذات زوج أو مولى لم يصح لعدم العلم بوجوده حين الوصية» كما في «المبسوط»^٢ والتذكرة^٣ والتحرير^٤ والتلخيص^٥ والدروس^٦ وجامع المقاصد^٧ والروضة^٨ وهو المفهوم من كلام «اللمعة»^٩ وقد استشكل المصنف في مثل ذلك في باب الإقرار كما تقدم^{١٠} بيانه. وقضية مفهوم كلامهم كما هو صريح «التذكرة والتحرير والتلخيص والتنقيح»^{١١} أنها لو خلت منهما صحت الوصية لندور الشبهة وأصل عدم إقدامها

(١) تقدم في ص ٢٧١ - ٢٧٢.

(٢) المبسوط: في الوصية للحمل ج ٤ ص ١٢.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الموصى له ج ٢ ص ٤٦٠ س ٣٩.

(٤) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٦٥.

(٥) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٦.

(٦) الدروس الشرعية: في الموصى له ج ٢ ص ٣٠٦.

(٧) جامع المقاصد: في الموصى له ج ٢ ص ٤٢.

(٨) الروضة البهية: في الموصى له ج ٥ ص ٢٣ - ٢٤.

(٩) اللمعة الدمشقية: في الوصايا ص ١٧٧.

(١٠) تقدم في ج ٧ ص ٢٤٨ رحلي.

(١١) التنقيح الرائع: في الموصى له ج ٢ ص ٣٦٨ - ٣٦٩.

على الزنا. وقد سمعت^١ ما في الكتب الستة من تقديم الظاهر على الأصل وأنها إذا أتت به بين الغائتين وإن كانت ذات بعل أو مولى. والمراد بالظهور الظهور المستند إلى الغلبة، وهو مسلم على الأصح في أن الأقصى تسعة، وأما على القول بأنه سنة أو عشرة فممنوع لندرة الولادة إلى المذتين سيما الأولى. وفي وتستقر بانفصاله حياً

٢/١٥

«الرياض^٢» وغيره^٣ أنه ربما قيل على تقدير وجود الفراش باستحقاقه مع تولده بين الغائتين مع أن القائل به المحقق في ظاهر كتابيه كما عرفت. وقد نسبته إليه أيضاً صاحب «التنقيح^٤» وصاحب «إيضاح النافع» وقد أسبغنا الكلام في هذه المسائل في باب الإقرار.

قوله: «وتستقر بانفصاله حياً» كما عبر بذلك في «الشرائع^٥ والتلخيص^٦ والمسالك^٧» وظاهرها أن الوصية تصح قبل انفصاله غير مستقرة وتستقر بانفصاله حياً فيثبت ملكه على هذا من حين موت الموصى فيتبعه النماء. في «الكافي^٨ والجامع^٩ والنافع^{١٠} والتذكرة^{١١} والتحرير^{١٢} والإرشاد^{١٣} والتبصرة^{١٤}

(١) تقدم في ص ٣٩٦ بهوامش ٤ - ٩.

(٢) رياض المسائل: في الوصية للحمل ج ٩ ص ٤٤٨.

(٣) كالروضة البهية: في الموصى له ج ٥ ص ٢٥.

(٤) التنقيح الرائع: في الموصى له ج ٢ ص ٣٦٩.

(٥) شرائع الإسلام: في الموصى له ج ٢ ص ٢٥٥.

(٦) تلخيص المرام: في الوصايا ص ١٥٦.

(٧) مسالك الأفهام: في الموصى له ج ٦ ص ٢٣٦.

(٨) الكافي في الفقه: في الوصية ص ٣٦٥.

(٩) الجامع للشرائع: في الوصية ص ٤٩٤.

(١٠) مختصر النافع: في الوصايا ص ١٦٣.

والدروس^{١٥} والروضة^{١٦} تصحّ للحمل إن ولد حيّاً بشرط انفصاله حيّاً. وظهرها أنّه إنّما يملك بعد انفصاله لا من حين الموت. وقد سمعت^{١٧} إجماع «جامع المقاصد» على صحّة الوصيّة له إذا كان موجوداً وانفصل حيّاً وفي «التذكرة»^{١٨} وجامع المقاصد^{١٩} أنّه لا فرق في ذلك كلّ بين أن تكون قد حلّته الحياة في بطن أمّه حين الوصيّة أم لا، لأنّ الحياة المشترطة هنا ما وجدت بعد انفصاله. ولا فرق بين أن تقع بجنابة جان أم لا.

هذا وفي «السرائر»^{٢٠} يشترط قبول وليّه بعد انفصاله حيّاً. وقد استحسّنه في «إيضاح النافع» قال: يمكن كفاية قبول الحاكم وإلزام الولي بالقبول وإلاّ انتظر كمال الصبيّ، وفي «المختلف»^{٢١} يمكن عدم اشتراطه لوجوب ذلك على الولي مع المصلحة، فإن امتنع سقطت ولايته وصارت الولاية للشارع وقد حصل بالإيجاب أي فحصل القبول من الشارع.

وقال في «الدروس»^{٢٢} بعد حكايته: في هذه المقدمات منع ظاهر. قلت:

(١١) تذكرة الفقهاء: في الموصى له ج ٢ ص ٤٦٠ س ٣٤، وص ٤٦١ س ٥.

(١٢) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٦٥.

(١٣) إرشاد الأذهان: في الموصى له ج ١ ص ٤٥٨.

(١٤) تبصرة المتعلّمين: في الموصى له ص ١٣٦.

(١٥) الدروس الشرعية: في الموصى له ج ٢ ص ٣٠٦.

(١٦) الروضة البهية: في الموصى له ج ٥ ص ٢٥.

(١٧) تقدّم في ص ٣٩٦ بهامش ٣.

(١٨) تذكرة الفقهاء: في الموصى له ج ٢ ص ٤٦١ س ٦.

(١٩) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٤٢.

(٢٠) السرائر: في الوصايا ج ٣ ص ٢١٢.

(٢١) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٨٥.

(٢٢) الدروس الشرعية: في الموصى له ج ٢ ص ٣٠٦.

المقدمات ثلاث: الأولى: وجوب القبول على الولي، ووجه المنع أصالة عدم وجوب الاكتساب عليه. والثانية: أنه إذا لم يقبل سقطت ولايته. ووجه المنع أن الحاكم يجبره عليه، لأن كل من أخلّ بواجب أجبر على فعله. والثالثة: كون إيجاب المالك قبولاً، ووجه المنع أنه لا دليل عليه. وفي المنع منع ظاهر، فيجيب عن الأول أن التكسب بمال الطفل عنده واجب كما صرح به في مواضع من كتبه. وهذا ولو وضعته ميّناً بطلت. ولو مات بعد انفصاله حيّاً صحّت وكانت لورثته. (١)

منها لتصريحهم بأنه إذا أوصى له فقد تعلّق حقه بها فتأمل، سلّمنا لكنّه يجب بقدر الحاجة. وعن الثاني بأنّ ذلك موجب لفسقه المسقط لولايته. وعن الثالث بأنه لم يصرح بكونه قبولاً، فلعلّ غرضه أن يكون حينئذ كالوصيّة للجهة العامّة فتأمل جيّداً، لأنّه قد لا يفهم من العبارة.

قوله: «ولو وضعته ميّناً بطلت» كما في «الكافي»^١ وما ذكر بعده آنفاً و«الشرائع»^٢ وما ذكر بعدها. وقد سمعت^٣ إجماع «جامع المقاصد» وغيره. قوله: «ولو مات بعد انفصاله حيّاً صحّت وكانت لورثته» كما في «الكافي»^٤ و«الشرائع»^٥ والتحرير^٦ والإرشاد^٧ والتنقيح^٨ و«جامع المقاصد»^٩

(١) الكافي في الفقه: في الوصيّة ص ٣٦٥.

(٢) شرائع الإسلام: في الموصى له ج ٢ ص ٢٥٥.

(٣) تقدّم في ص ٣٩٦.

(٤) الكافي في الفقه: في الوصيّة ص ٣٦٥.

(٥) شرائع الإسلام: في الموصى له ج ٢ ص ٢٥٥.

(٦) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٦٥.

(٧) إرشاد الأذهان: في الموصى له ج ١ ص ٤٥٨.

والروض^{١٠} « لإطلاق الأصحاب صحة الوصية وأنه إذا مات كانت لوارثه كما ستسمعه في «الإيضاح والعواشي وجامع المقاصد». وقد سمعت فيما تقدّم^{١١} أنه لو ويسقط اعتبار القبول هنا على إشكال. ⑤

مات قبل القبول قام وارثه مقامه والأخبار الدالة عليه.

قوله: «ويسقط اعتبار القبول هنا على إشكال» ونحوه ما في «التنقيح»^{١٢} من عدم الترجيح. وفي «الإيضاح»^{١٣} وجامع المقاصد^{١٤} والمسالك^{١٥} «أن الأصح أنه لا بد منه. وفي «الروضة»^{١٦} والرياض^{١٧} «أنّ اعتباره قوى لإطباق الأصحاب على اعتبار قبول الوارث لو مات الموصى له قبل القبول، وهو متناول لمحل النزاع ولأنّ الوصية لزيد مثلاً لا تقتضي بأنّه ملك حقيقة وإنما تقتضي بأنّه ملك أن يملك، ومن المعلوم أنّ الموصى ليس له ولاية على الموصى له، فليس له تمليكه بغير اختياره، ولأنّ اعتبار القبول ثابت فيما عدا الوصية للجهات العامة، ولم يدل دليل على السقوط هنا ليقيد به إطلاق الأصحاب. ووجه

(٨) التنقيح الرائع: في الموصى له ج ٢ ص ٣٧٠.

(٩) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٤٣.

(١٠) لا يوجد لدينا الروض.

(١١) تقدّم في ص ٣٧٤ - ٣٧٥.

(١٢) التنقيح الرائع: في الموصى له ج ٢ ص ٣٦٩.

(١٣) إيضاح الفوائد: في الموصى له ج ٢ ص ٤٨٢.

(١٤) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٤٣.

(١٥) مسالك الأفهام: في الموصى له ج ٦ ص ٢٣٦.

(١٦) الروضة البهية: في الموصى له ج ٥ ص ٢٥.

(١٧) رياض المسائل: في الموصى له ج ٩ ص ٤٤٨.

عدم اعتباره إطلاق الأصحاب كما في «الإيضاح»^١ والحواشي^٢ وجامع المقاصد^٣ كما سمعت آنفاً بأن الوصية للحمل إذا مات بعد الانفصال تكون لوارثه، ثم إن القبول

ولو ردّ الولي للمصلحة فالأقرب بطلان الوصية إن ردّ بعد الموت. (١) وكذا لو ردّ بعد بلوغه.

متعذر فجرى مجرى الوصية للجهات العامة في عدم اشتراط القبول. وهو خيرة «الحواشي» والأصح الأول.

قوله: «ولو ردّ الولي للمصلحة فالأقرب بطلان الوصية إن ردّ بعد الموت» كما هو خيرة «الإيضاح»^٤ وجامع المقاصد^٥ لأنه قائم مقام الصبي في جميع التصرفات ويحكم بنفوذ ما وقع على وفق الغبطة منها، فيجب الحكم بالنفوذ في محل النزاع ولأنه يجوز له إزالة ملكه الحقيقي اللازم كما تقدّم فبالأولى أن يكون له إزالة الملك الغير المستقر أو ما ملك أن يملك. ووجه غير الأقرب أنه إزالة حق لغير عوض أصلاً فكان كالتبرع الممنوع منه أو كالإتلاف. وليس بشيء، لأن الولي قائم مقامه ففعله مع المصلحة كما هو المفروض بمنزلة قوله، وليست

(١) إيضاح الفوائد: في الموصى له ج ٢ ص ٤٨٢.

(٢) الموجود في الحواشي هو عدم اشتراط القبول أما إطلاق الأصحاب فلم نعثر عليه فيه فراجع.

(٣) الحاشية النجارية: في الوصية ص ١٢٠ س ٢ (من مخطوط مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٤) الموجود في الحواشي هو عدم اشتراط القبول أما إطلاق الأصحاب فلم نعثر عليه فيه فراجع.

(٥) إيضاح الفوائد: في الموصى له ج ٢ ص ٤٨٢.

(٦) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٤٣.

كالإرث قولاً واحداً، الانتظار به بعد البلوغ ممّا لا يصفى إليه.
ولو ردّ قبل الموت فلا اعتبار به كما لا اعتبار برّد الموصى له حينئذٍ.
قوله: «وكذا لو ردّ بعد بلوغه» أي وكذا تبطل الوصيّة لو ردّ المولى عليه.
وظاهر «جامع المقاصد»^(١) الإجماع عليه حيث قال قطعاً، لأنّ ردّه وقبوله حينئذٍ
يقع معتبراً إن لم يسبق قبول الوليّ عنه لو ردّه للمصلحة.

هل النماء المتجدّد بين الوفاة والردّ تابع أو للموصى له؟
إشكال. (٢)

[في النماء المتجدّد بين الوفاة والردّ]

قوله: «وهل النماء المتجدّد بين الوفاة والردّ تابع أو للموصى له؟
إشكال» يريد أنّه لو أوصى للحمل وانفصل حيّاً ولم يقبل عنه الوليّ لعارض أو لم
يكن له وليّ فبلغ الصبي ورّد فهل النماء الحاصل من الموصى به المتجدّد في المدة
المتخلّلة بين الوفاة والردّ لو ارث الموصى أو للموصى له؟ إشكال، لأنّا إن قلنا أنّ
القبول كاشف كان النماء للوارث مع الردّ، وكذا إن قلنا أنّه سبب. سواء قلنا إنّ المال
الموصى به حينئذٍ للوارث أو على حكم مال الميّت. وإن قلنا أنّه يملك بموت
الموصى ملكاً متزلزلاً يفسخ بالردّ ويستقرّ بالقبول فالنماء للموصى له، فالإشكال
من تقابل أدلّة هذه الأقوال. وقد سبق^(٢) للمصنّف في الكتاب أنّ القبول كاشف
فيجب أن تكون النماء مع الردّ للوارث فلا معنى للإشكال إلّا أن تقول إنّ رجوع عن
الجزم إلى التردّد.

(١) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٤٤.

(٢) تقدّم في ص ٣٨٣.

ثمَّ عد إلى العبارة، ولا يخفى ما فيها حيث إنَّ قضية المقابلة أنَّ الموصى به
ولا تصحَّ لمملوك الأجنبي ولا لمدبره ولا لأمِّ ولده ﴿٢٧﴾

حيث يكون للموصى له لا يكون تابعاً لحال العين الموصى بها مع أنَّنا إذا
حكمتنا بأنَّ النماء للموصى له فإنَّما هو باعتبار تبعية العين ودخولها في ملك
الموصى له بالموت من دون اعتبار القبول إلَّا أن تقول إنَّ المراد أنَّه تابع للعين في
الردِّ وحيث يكون للموصى له لا يكون تابعاً للعين في الردِّ فندفع الحزازة عن
العبارة.

[في عدم صحَّة الوصية للمملوك الأجنبي]

قوله: «ولا تصحَّ لمملوك الأجنبي ولا لمدبره ولا لأمِّ ولده»
إجماعاً في الجميع في ظاهر «المبسوط»^١ والتذكرة^٢ في موضعين منها و«جامع
المقاصد»^٣ وفي «التنقيح»^٤ أنَّه لا يعرف خلافاً في عدم صحَّتها لأمِّ الولد. وقد
حكى الإجماع صريحاً على عدم صحَّتها لمملوك الغير في «شرح الإرشاد»^٥ لولد
المصنَّف و«المهذب البارع»^٦ والتنقيح^٧ وبه صرح في «النهاية»^٨ وسائر ما تأخَّر

(١) المبسوط: في الوصية لمملوك الأجنبي ج ٤ ص ٦٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الموصى له ج ٢ ص ٤٦١ س ١٩، وص ٤٦٣ س ٣٨.

(٣) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٤٥.

(٤) التنقيح الرائع: في الموصى له ج ٢ ص ٣٧٢.

(٥) شرح الإرشاد: في الوصية لعبد الغير ص ٦٩ س ٣٢.

(٦) المهذب البارع: في الموصى له ج ٣ ص ١٠٢.

(٧) التنقيح الرائع: في الموصى له ج ٢ ص ٣٧٢.

(٨) النهاية: من في الوصية لمملوك الغير ص ٦١٠.

عنها ممّا تعرّض فيه لحال الوصيّة لعبد الغير كما ستعرف وهو بإطلاقه يتناول
ولا لمكاتبه المشروط على إشكال ١

المدبر وأمّ الولد والمكاتب المشروط بل والمطلق الذي لم يؤدّ شيئاً كما
ستسمع، لأنّ العبد لا يملك وإن ملكه سيّده فمع تمليك الغير أولى وإن أجازّه
مولاه. وفي الخبر عن أحدهما عليه السلام؛ لا وصيّة للمملوك. وضعف سنده ودلالته، لأنّ
كان محتملاً لإضافته إلى الفاعل أو المفعول منجبر بما عرفت، لكن سيأتي لهم أنّه
تصحّ الوصيّة للدابة إذا قصد الصرف لعلفها. وقد احتمل في «التحرير»^١ مثل ذلك
في العبد كما يأتي إن شاء الله ومن لحظ «الرياض»^٢ عرف أنّ حكايته
الإجماعات لم تصادف محلّها، والصحيح ما حكيناه وما سنحكيه.

قوله: «ولا لمكاتبه المشروط على إشكال» ومثله في عدم الترجيح
«الإيضاح»^٣ و«المفاتيح»^٤ وقد صرح بعدم صحّة الوصيّة لمكاتب الغير المشروط في
«النهاية»^٥ والمبسوط^٦ والمهذب^٧ والوسيلة^٨ والسرائر^٩ والجامع^{١٠} والشرائع^{١١}

(١) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٦٩.

(٢) رياض المسائل: في الوصيّة للمملوك ج ٩ ص ٤٥٣.

(٣) إيضاح الفوائد: في الموصى له ج ٢ ص ٤٨٣.

(٤) مفاتيح الشرائع: في من يصحّ له الوصيّة ومن لا ج ٣ ص ٢٢٢.

(٥) النهاية: في باب المكاتب ص ٥٥٠.

(٦) المبسوط: في الوصيّة بالمكاتب والوصيّة له ج ٦ ص ١٦٤.

(٧) المهذب: في المكاتب ج ٢ ص ٣٧٦.

(٨) الوسيلة: في بيان الكتابة ص ٣٤٥.

(٩) السرائر: في المكاتب ج ٣ ص ٢٨.

(١٠) الجامع للشرائع: في المكاتب ص ٤١٠.

(١١) شرائع الإسلام: في أحكام المكاتب ج ٣ ص ١٢٩.

والتذكرة^١ والتحرير^٢ والإرشاد^٣ والمختلف^٤ والروض^٥ والكفاية^٦ والكتاب^٧ وغيره^٨ في باب الكتابة. وهو قضية كلام «النافع»^٩ والتبصرة^{١٠} واللمعة^{١١} بل و«المراسم»^{١٢} كما ستسمع. وقد نسبته في «التذكرة» إلى علمائنا مؤذناً بدعوى الإجماع عليه وفي «المختلف» أنه المشهور، وفي «إيضاح النافع» حكاية الشهرة على ما في «النافع». وقد سمعت ما يفهم منه.

وقال في «المختلف»^{١٣} «منع الشيخ في «المبسوط» الوصية للمدبر والمكاتب والذي تحرر بعضه، وابن حمزة وابن إدريس وافقا للشيخ. وليس كما ذكر فيمن تحرر بعضه كما ستسمع. وقد يكون كلام الجماعة في الوصاية إليه لأن كان في الحكاية شواهد عليه وإن كان في كلامهم ما يشهد للأول فليلاحظ، وليتأمل الإجماع الظاهر من «التذكرة» إذ هو حجة عند القائل بحجية كل ظن للمجتهد الإجماعات السالفة على عدم صحة الوصية لمملوك الغير والإجماعات

(١) تذكرة الفقهاء: في الموصى له ج ٢ ص ٤٦١ س ٢٠.

(٢) تحرير الأحكام: في أحكام المكاتب المطلق ج ٤ ص ٢٦١.

(٣) إرشاد الأذهان: في أحكام الكتابة ج ٢ ص ٧٨.

(٤) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٤٠٦.

(٥) لا يوجد لدينا.

(٦) لم نجد هذا الحكم في باب المكاتب من الكفاية وإنما هو موجود في باب الوصايا فراجع

كفاية الأحكام: في الموصى له ج ٢ ص ٤٩.

(٧) قواعد الأحكام: في أحكام المكاتب ج ٣ ص ٢٤٤.

(٨) كالروضة البهية: في المكاتب ج ٦ ص ٣٦٠.

(٩) المختصر النافع: في الموصى له ص ١٦٣.

(١٠) تبصرة المتعلمين: في الوصايا ص ١٢٦.

(١١) اللمعة الدمشقية: في الوصايا ص ١٧٧.

(١٢) المراسم: في من يوصى له ص ٢٠٣.

(١٣) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٩٦.

الدالة بإطلاقها على عدم مالكيته مطلقاً ولما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح^١ على الصحيح في إبراهيم بن هاشم ومحمد بن قيس الراوي لقضايا أمير المؤمنين عليه السلام وخصوصاً إذا روى عنه عاصم بن حميد إذ هما قرينتان والثاني على أنه البجلي الثقة كلّ منهم بإسناده عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب كانت تحته امرأة حرة فأوصت له عند موتها بوصية، فقال: أهل الميراث لا تجوز وصيتها لأنه مكاتب لم يعتق، فقضى أنه يرث بحساب ما أعتق منه ويجوز له من الوصية بحساب ما أعتق منه. قال: وقضى عليه السلام في مكاتب أوصى له بوصية وقد قضى نصف ما عليه فأجاز له نصف الوصية. وقضى عليه السلام في مكاتب قضى ربع ما عليه فأجاز له ربع الوصية. وقال: في رجل أوصى لمكاتبه وقد قضت سدس ما كان عليها، فأجاز لها بحساب ما أعتق منها. ووجه الدلالة ظاهر. وقد أقرهم عليه السلام (أي ط) الورثة على ما قالوه من عدم صحة الوصية للمكاتب.

ولا تصغ إلى ما في «جامع المقاصد»^٢ والمسالك^٣ والروضة^٤ من الطعن في السند، وعلى تقدير التسليم فهو منجبر بما عرفت. وأما القول بأنه قضية في عين ففيه أنه وإن لم يتقدمه سؤال لكنه ليس مخالفاً للقواعد، إذ لا قاعدة في المشروط، لأن أحكامه مختلفة فهو تارة في حكم الحر وأخرى في حكم الرق ولذلك لا يرث قولاً واحداً.

(١) وسائل الشيعة، ب ٨٠ من أبواب أحكام الوصايا ج ١ ص ١٣ ص ٤٦٨.

(٢) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٤٥.

(٣) مسالك الأفهام: في الموصى له ج ٦ ص ٢٢٢.

(٤) الروضة البهية: في الموصى له ج ٥ ص ٢٦.

والمخالف الشهيد في «الدروس»^١ في باب المكاتب و«الحواشي»^٢ هنا وصاحب «إيضاح النافع» وفي «المسالك»^٣ والروضة^٤ أنه أقوى، وفي «التنقيح»^٥ أنه قوى وفي «جامع المقاصد»^٦ أنه لا يخلو من قوة لانقطاع سلطان المولى عنه ومن ثم جاز اكتسابه، وقبول الوصية نوع اكتساب. وهو اجتهاد في مقابلة النص مع موافقة العامة عامة مضافاً إلى ما عرفت.

وقد حكى المصنف في «المختلف»^٧ والمقداد^٨ عن المفيد وسلار أنهما جوزا الوصية للمدبر والمكاتب، والموجود فيما عندنا من نسخ «المقنعة»^٩ والمراسم أنه إذا أوصى لعبد له كاتبه جاز ممّا أوصى له بحساب ما أعتق منه ورجع الباقي إلى مال الوارث. ثم قال في «المراسم» وأما غير المكاتب فتجوز الوصية لهم بالمبلغ المرسوم^{١٠}. والظاهر أن مراده أنه يجوز له بحساب ما عتق بقرينة ما سبق له من قوله بحساب ما عتق، لأنه هو الذي رسم له وإلا فما كان ليخالف إجماع الإمامية على عدم صحة الوصية لعبد الغير. فالظاهر منه موافقة المعظم وليس في الكتابين للمدبر ذكر.

(١) الدروس الشرعية: في المكاتب ج ٢ ص ٢٥١.

(٢) الحاشية النجارية: في الوصايا ص ١٢٠ س ٥ (من مخطوطات مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٣) مسالك الأفهام: في الموصى له ج ٦ ص ٢٢٣.

(٤) الروضة البهية: في الموصى له ج ٥ ص ٢٦.

(٥) التنقيح الرائع: في الموصى له ج ٢ ص ٣٧٢.

(٦) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٤٥.

(٧) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٩٦.

(٨) التنقيح الرائع: في الموصى له ج ٢ ص ٣٧٢.

(٩) المقنعة: في وصية الإنسان لعبد و... ص ٦٧٧.

(١٠) المراسم: في أحكام الوصية ص ٢٠٣ - ٢٠٤.

وأغرب من ذلك أنه نقل في «الرياض^١» عن «التنقيح» أنه حكى عن المفيد وسلار جواز الوصية للمدبر والمكاتب كما عرفت، ثم قال: ولم أقف على من نقل وغير المؤدي وإن أجاز مولاه ولو أعتق عند الاستحقاق ﴿٥﴾

الخلاف عنهما وكأنه لم يلحظ «المختلف^٢» في هذا المقام لأنه ذكرها في موضعين منه.

وفي «المبسوط^٣» أيضاً أنه إذا أوصى لعبد نفسه أو لعبد ورثته أو لمكاتبه أو لمكاتب ورثته كانت الوصية صحيحة، لأن الوصية للوارث عندنا تصح. ولو أوصى لعبد الأجنبي لم تصح لما ورد من الخبر في ذلك. وحكى في «المختلف^٤» موافقة القاضي له، ولم نجد ذلك في «المهذب^٥» وفيه: إن الوصية للعبد إن كانت للمولى صحت للأجنبي والوارث وإن لم تكن له لم تصح لهما فلا وجه للفرق. قوله: «وغير المؤدي وإن أجاز مولاه ولو أعتق عند الاستحقاق» أي لا تصح الوصية للمكاتب الذي لم يؤد شيئاً. قال في «التذكرة^٦» لا تصح الوصية للمملوك الغير ولا لمكاتبه المشروط ولا المطلق الذي لم يؤد شيئاً به ولا لمدبر الغير ولا لأم ولد الغير عند علمائنا خلافاً للامة فإنهم جوزوا الوصية لعبد الغير ومكاتبه ومدبره وأم ولده انتهى. وهو مما يجري فيه الإشكال السابق والخلاف. وقد صرح بعدم صحة الوصية له وإن أجاز مولاه في

(١) رياض المسائل: في الوصية للمملوك ج ٩ ص ٤٥٤.

(٢) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٤٠٦.

(٣) المبسوط: في الوصية لعبد نفسه ج ٤ ص ٦١.

(٤) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٩٦.

(٥) المهذب: في الوصية للحمل ج ٢ ص ١٠٨.

(٦) تذكرة الفقهاء: في الموصى له ج ٢ ص ٤٦١ س ١٩.

أكثر الكتب المتقدمة « كالسرائر^١ والتحرير^٢ والإرشاد^٣ والروض^٤ » وهو قضية ولا يكون وصية للمولى. لعمري

كلام « النهاية^٥ والمهذب^٦ والوسيلة^٧ والجامع^٨ والنافع^٩ والتلخيص^{١٠} والتبصرة^{١١} » وغيرها^{١٢} مما قيل فيه؛ ولو أدى المطلق البعض صح فيه بنسبة الحرية كما ستسمع إن شاء الله، بل هو المستفاد من صحيح محمد بن قيس، وقد سمعته^{١٣} في « جامع المقاصد^{١٤} » أنه أولى بالصحة هنا، والفرض أنه يأتي فيه خلاف الشهيدين والجماعة بالأولى، لأنه أولى بالصحة من المشروط، لأن استعداداً للحرية أشد.

وقوله: وإن أجاز المولى وصية لقوله: ولا تصح لمملوك الأجنبي، وكذا قوله: وإن أعتق عند الاستحقاق، وذلك عند الموت سوى

(١) السرائر: فيما يصح من الوصية وما لا يصح ج ٣ ص ١٩٩.

(٢) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٦٧.

(٣) إرشاد الأذهان: في الموصى له ج ١ ص ٤٥٨.

(٤) لا يوجد لدينا.

(٥) النهاية: في الوصايا ص ٦١٠.

(٦) المهذب: في الوصية لمملوك الغير ج ٢ ص ١٠٧.

(٧) الوسيلة في أحكام الوصية ص ٣٧٥.

(٨) الجامع للشرائع: في الوصية ص ٤٩٥.

(٩) المختصر النافع: في الوصايا ص ١٦٣.

(١٠) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٦.

(١١) تبصرة المتعلمين: في الوصايا ص ١٢٦.

(١٢) كفاية الأحكام: في الموصى له ج ٢ ص ٤٩.

(١٣) تقدم في ص ٣٩٩ هامش ٣٤.

(١٤) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٤٥.

قوله: «ولا يكون وصية للمولى» أراد به الرد على العامة^١ قالوا به إذا

بما ذكرناه ولو أدى المطلق البعض صحت بنسبة الحرية^٢ وفي الوصية للجزء الحر إشكال

استمر رقه وقد سمعت^٣ ما في «المبسوط» آنفاً.

قوله: «ولو أدى المطلق البعض صح فيه بنسبة الحرية» كما صرح به في «النهاية»^٤ وما ذكرناه آنفاً بعدها مع زيادة «الإرشاد»^٥ والروض^٦ والكفاية^٧ والمفاتيح^٨ وبه طفت عباراتهم قالوا: كما يصح إرثه بنسبتها للصحيح المتقدم^٩ الصريح في ذلك. وظاهر «التذكرة»^{١٠} الإجماع عليه وقد عرفت^{١١} حال ما حكاه المصنف والمقداد عن الشيخ وابن حمزة وابن إدريس من أنهم منعوا الوصية لمن تحرر بعضه وأنه غير صحيح، ولا تغفل عما احتملناه في كلامهم. نعم يأتي هنا أيضاً خلاف الشهيد والجماعة بالأولوية أيضاً.

(١) المغني لابن قدامة: في الوصية ج ٦ ص ٧٠ - ٥٧١.

(٢) تقدم في ص ٤٠٠ برقم ١٦.

(٣) النهاية: في الوصايا ص ٦١٠.

(٤) إرشاد الأذهان: في الموصى له ج ١ ص ٤٥٨.

(٥) لا يوجد كتابه لدينا.

(٦) كفاية الأحكام: في الموصى له ج ٢ ص ٤٩.

(٧) مفاتيح الشرائع: في من تصح الوصية له ج ٣ ص ٤٩.

(٨) تقدم في ص ٣٩٩ هامش ٣٤.

(٩) تذكرة الفقهاء: في الموصى له ج ٢ ص ٤٦١ س ٣٦.

(١٠) تقدم في ص ٤٠٠ بهامش ١٠ و ١١.

قوله: «وفي الوصية للجزء الحر إشكال» أصحّه كما في الإيضاح^١ وجامع المقاصد^٢ عدم صحة الوصية. وفي «التذكرة»^٣ أن الأقرب عندنا صحة الوصية لنصفه الحرّ بطلانها في نصفه الرقيق لغيره، لأنّه لو أوصى له كان الحكم ما ذكرناه. وكذا إذا فصل وهو يؤذن بدعوى الإجماع عليه. ولعلّه كما طفحت به عباراتهم من قولهم تصحّ فيه الوصية بنسبة ما فيه من الحرّية ويرث بجزئه الحرّ، وفي الخبر أنّه يرث بحساب ما أعتق منه ويجوز له من الوصية بحساب ما أعتق منه كما سمعت^٤.

وأجاب في «الإيضاح»^٥ بأنّ الباء في عبارة الفقهاء للسبيّة، قال: فجعلوا الوارث الشخص وجعلوا سبب إرثه جزئه، ولو كان الجزء هو الوارث لقالوا وورث جزئه الحرّ. ولم يذكر أحد من الفقهاء ذلك. قال: وقد جعل في الرواية الوارث هو الشخص. وقال: إنّ لا يتصور حصول الملك لبعض الإنسان دون باقيه، ثمّ قال: والتحقيق أنّ الملكية من الأعراض النفسانية.

قلت: معناه أنّ المالك إنّما هو النفس بشرط التعلّق بالبدن، فلا يرد أنّه لو كان المالك النفس لما زال الملك بالموت. قال: والمملوكيّة من الأعراض الجسمانية السارية المنقسمة بالمحلّ. قلت: يريد أنّ المملوكيّة تحلّ في أجزاء الجسم. قال: وحصول الأوّل للنفس الإنسانية كاملاً مشروط بانتفاء الثانية أي المملوكيّة عن البدن أي بدن الإنسان المفارق أي المغاير لتلك النفس، إذ الحقّ تغايرهما. فمع

(١) إيضاح الفوائد: في الموصى له ج ٢ ص ٤٨٤.

(٢) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٤٦.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الموصى له ج ٢ ص ٤٦٢ س ٦.

(٤) تقدّم في ص ٤٠٠.

(٥) إيضاح الفوائد: في الموصى له ج ٢ ص ٤٨٤.

وتصحّ بالجزء الشائع لعبد الموصي ومدبره ومكاتبه وأم ولده،

عدم هذا الشرط عن كلّ البدن أي مع عدم انتفاء المملوكيّة عن كلّ البدن أي ثبوتها له كلّّه لعدم الأولى أي المالكية بالكليّة على الأقوى ومع ثبوته في بعضه أي ثبوت الشرط أي المملوكيّة في بعض البدن تثبت الأولى ناقصة أي المالكية للنفس كلّها ناقصة عن ثبوته للنفس الإنسانيّة بالنسبة إلى جزء من المضاف إليه وهو المملوك. قلت: قوله: بالنسبة، صلة ناقصة فإنّ نسبتها إليه كنسبة الجزء الثابت له الشرط إلى البدن، فالمالك في الحالين هو النفس الإنسانيّة لا بعضها. فالمتجزى هو المملوك لا المالك.

قوله: «وتصحّ بالجزء المشاع لعبد الموصي ومدبره ومكاتبه وأم ولده» لا خلاف في صحّة الوصيّة لهؤلاء الأربعة كما في «التنقيح»^١ وفي ظاهر «المبسوط»^٢ في موضعين منه وصريح «شرح الإرشاد»^٣ للفخر و«المهذب البارع»^٤ وغاية المرام على ما حكى^٥ عنها و«جامع المقاصد»^٦ الإجماع على صحّتها لعبد الموصي. وقوله في «المفاتيح»^٧ أنّه المشهور لم يرد أنّ في أصل الحكم خلافاً وإنّما هو بالنسبة إلى ما في «التذكرة»^٨ والمختلف^٩ من بطلان

(١) التنقيح الرائع: في الموصى له ج ٢ ص ٣٧٣.

(٢) المبسوط: في الموصى له ج ٤ ص ٦١ - ٦٢.

(٣) شرح الإرشاد: في الموصى له ص ٦٩ س ٣٢.

(٤) المهذب البارع: في الموصى له ج ١٠ ص ٤٧.

(٥) حكى عنه الطباطبائي في الرياض: في الوصيّة للمملوك ج ٩ ص ٤٥٦.

(٦) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٤٧.

(٧) مفاتيح الشرائع: في الوصيّة لمملوكه ج ٣ ص ٢٢٨.

(٨) تذكرة الفقهاء: في الموصى له ج ٢ ص ٤٦٢ س ٢٩.

(٩) مختلف الشيعة: في الوصيّة لمملوكه ج ٦ ص ٣٧٠.

ثمّ يعتبر ما وصّى به بعد خروجه من الثلث، فإن كان بقدر قيمته أعتق ولا شيء له وكان الموصى به للورثة، وإن كانت قيمته أقلّ أعتق وأعطى الفاضل.

الوصيّة له بالمعيّن وما في الكتاب^١ من الإشكال. وفي «المبسوط»^٢ أيضاً أن لا خلاف في صحّتها لمدبره ومكاتبه. وفيه أيضاً في «جامع المقاصد»^٣ والمسالك^٤ والمفاتيح^٥ أن لا خلاف في صحّتها لأمّ ولده. وفي «التذكرة»^٦ وجامع المقاصد^٧ أيضاً الإجماع عليه. وستسمع إجماع «الخلاص والإيضاح وجامع المقاصد» فيما إذا بلغت قيمة العبد الضعف وما إذا لم تبلغ ونفى الخلاف في «كشف الرموز» وغيره والإجماعات الظاهرة من «المهذب البارع وإيضاح النافع» عند الكلام على الوصيّة له بالجزء المعيّن إلى غير ذلك ممّا يأتي^٨ كما ستسمع خبر الحسن بن صالح، مضافاً إلى النصوص الواردة في أمّ الولد. وقد يستدلّ عليه في «الكفاية»^٩ بخبرين غير ظاهرين في ذلك. وستسمع كلامهم فيما إذا أوصى له بحيث يتناول الجزء المشاع وغيره. وقال جميع الفقهاء: إنّها لا تصحّ الوصيّة لعبد نفسه.

قوله: «ثمّ يعتبر ما وصّى به بعد خروجه من الثلث فإن كان بقدر

(١) يأتي في ص ٤٠٤ من الكتاب.

(٢) المبسوط: في الموصى له ج ٤ ص ٦١.

(٣) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٥٤.

(٤) مسالك الأفهام: في الموصى له ج ٦ ص ٢٢٩.

(٥) مفاتيح الشرائع: في الوصيّة لمملوكه ج ٣ ص ٢٢٩.

(٦) تذكرة الفقهاء: في الموصى له ج ٢ ص ٤٦٣ س ٩.

(٧) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٥٤.

(٨) يأتي في ص ٤٠٤.

(٩) كفاية الأحكام: في الموصى له ج ٢ ص ٥٢.

قيمته أعتق ولا شيء له وكان الموصى به للورثة، وإن كانت قيمته أقل عتق وأعطى الفاضل (١) خلافاً كما في «كشف الرموز»^١ والمسالك^٢ والكفاية^٣ وفي «جامع المقاصد»^٤ الإجماع على جميع هذه الأحكام أيضاً. وفي «الإيضاح»^٥ إذا أوصى له بأمر كلي يندرج تحته مقدار رقبته صح إجماعاً وقومت رقبته أعتق منه بقدره. وهو - أي ما في الكتاب - معنى ما في «المقنعة»^٦ والكافي^٧ والنهاية^٨ والخلاف^٩ والمهذب^{١٠} والسرائر^{١١} والجامع^{١٢} والشرائع^{١٣} والنافع^{١٤} وسائر^{١٥} ما تأخر، لأنه كأنه أوصى بعقده.

والأصل في ذلك ما رواه الشيخ بإسناده عن الحسين بن سعيد عن الحسن بن محبوب عن الحسن بن صالح^{١٦} عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجل أوصى لمملوكه

من حقبة كغيره

- (١) كفاية الأحكام: في الموصى له ج ٢ ص ٥٢.
- (٢) مسالك الأفهام: في الموصى له ج ٦ ص ٢٢٣.
- (٣) كفاية الأحكام: في الموصى له ج ٢ ص ٤٩.
- (٤) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٤٨.
- (٥) إيضاح الفوائد: في الموصى له ج ٢ ص ٤٨٥.
- (٦) المقنعة: في الوصية للعبد ص ٦٧٦.
- (٧) الكافي في الفقه: في الوصية ص ٣٦٥.
- (٨) النهاية: باب ما يصح من الوصية وما لا يصح ص ٦١٠.
- (٩) الخلاف: في الوصية لعبد ج ٤ ص ١٦٥.
- (١٠) المهذب: في الوصية لمملوكه ج ٢ ص ١٠٧.
- (١١) السرائر: فيما يصح من الوصية وما لا يصح ج ٣ ص ١٩٨.
- (١٢) الجامع للشرائع: في الوصية ص ٤٩٦.
- (١٣) شرائع الإسلام: في الموصى له ج ٢ ص ٢٥٣.
- (١٤) المختصر النافع: في الموصى له ص ١٦٤.
- (١٥) كرياض المسائل: في الوصية للمملوك ج ٩ ص ٤٥٧.
- (١٦) وسائل الشيعة: ب ٧٩ من أبواب أحكام الوصايا ج ٢ ص ١٣ ص ٤٦٧.

❧ وإن كانت أكثر سعى للورثة في الباقي وإن بلغت الضعف على رأي

بثلث ماله، فقال: يقوم المملوك بقيمة عادلة ثم ينظر ما ثلث الميت، فإن كان الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع القيمة، وإن كان الثلث أكثر من قيمة العبد أعتق ودفع إليه الفاضل فقد حكم عليه بعتقه إن كان الثلث أكثر وإعطائه الفاضل، وذلك يستلزم العتق إن ساواه. ويأتي الكلام إن شاء الله في الشق الأول وهو ما إذا كان الثلث أقل.

قوله: «وإن كانت أكثر سعى للورثة في الباقي وإن بلغت الضعف على رأي» إذا كانت قيمته أكثر مما أوصى به فإما أن تبلغ ضعف ما أوصى به فصاعداً كما لو كانت قيمته مائتين وأوصى له بمائة وكان الثلث مائة، أو تكون قيمته بمقدار الثلث مرتين وقد أوصى له بالثلث، أو تكون أقل من ضعف ما أوصى به ولو قليلاً.

فإن كان الثاني أعتق منه بقدر ما أوصى له به ثلثاً كان أو غير ثلث إن خرج من الثلث وإلا فيقدر الثلث واستسعى للورثة في الباقي كما لو أوصى له بالثلث أو بمائة وخمسين وقيمته مائتان والثلث مائة وخمسون، فيعتق ثلاثة أرباعه ويسعى للورثة في ربع القيمة وهو خمسون، وهكذا. وبالجمله إذا كانت قيمته أكثر مما أوصى له به بمقدار الربع أو السدس أو الثلث ونحو ذلك بحيث لا تبلغ الضعف أعتق منه بقدر ما أوصى له به إن خرج من الثلث. وهذا مما لا خلاف فيه كما في «المسالك^١ والكفاية^٢» وهو كذلك قطعاً بل يتناوله إجماع «جامع المقاصد^٣»

(١) مسالك الأفهام: في شرائط الموصى له ج ٦ ص ٢٢٣.

(٢) كفاية الأحكام: في الموصى له ج ٢ ص ٤٩.

(٣) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٤٨.

وكذا «الإيضاح»^١ وقد سمعتها في أول البحث، بل في الأولين أنه إن كانت قيمته أقل من ضعف الموصى له به ولم يخرج ما أوصى به من الثلث عتق منه بقدر الثلث، كما لو كان الثلث مائة أوصى له بمائة وخمسين وقيمته مائتان، فإنه يعتق نصفه ويسعى للورثة في قيمة نصفه وهو مائة. وهو قضية كلامهم السابق كما تبيننا عليه بقولنا: إلا بقدر الثلث. وقد نفيا الخلاف فيه، وقد أخذاه من «جامع المقاصد والمقنعة والنهاية والمهذب».

وإن كان الأول، وهو ما لو كانت قيمته بقدر ضعف ما أوصى له به فقد اختار المصنف هنا أنه كذلك فيعتق منه بحساب ما أوصى له به مطلقاً ما لم يزد عن الثلث فإن زاد فبحساب الثلث. وهو خيرة علي بن بابويه فيما حكى^٢ عنه «الكافي والخلاف» على الظاهر منهما كما في «غاية المراد»^٣ بل هو صريحهما و«السرائر»^٤ ونكت النهاية^٥ والنافع^٦ وكشف الرموز^٧ والتذكرة^٨ والتحرير^٩ والإرشاد^{١٠} والتلخيص^{١١} والتبصرة^{١٢} والمختلف^{١٣} وشرح الفخر^{١٤} والدروس^{١٥} والحواشي^{١٦} وغاية

(١) إيضاح الفوائد: في الموصى له ج ٢ ص ٤٨٥.

(٢) حكاة عنه في جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٤٧.

(٣) غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٤٦٩.

(٤) السرائر: فيما يصح من الوصية وما لا يصح ج ٣ ص ١٩٩.

(٥) نكت النهاية: فيما يصح منها وما لا يصح ج ٣ ص ١٤٨.

(٦) المختصر النافع: في الموصى له ص ١٦٤.

(٧) كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٧٢.

(٨) تذكرة الفقهاء: في الموصى له ج ٢ ص ٤٦٢ س ١٠.

(٩) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٦٧.

(١٠) إرشاد الأذهان: في الموصى له ج ١ ص ٤٥٨.

(١١) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٦.

(١٢) تبصرة المتعلمين: في الوصايا ص ١٢٦.

(١٣) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٦٨.

المراد^{١٧} والمهذب البارع^{١٨} والمقتصر^{١٩} والتنقيح^{٢٠} وإيضاح النافع وجامع المقاصد^{٢١} والروض^{٢٢} والروضة^{٢٣} والكفاية^{٢٤} والمفاتيح^{٢٥} وكذا «اللمعة»^{٢٥} والمسالك^{٢٦} في أول كلامه. واستحسنه في «الشرائع»^{٢٧} وفي «جامع المقاصد» نسبته إلى علي بن بابويه وأبي الصلاح والشيخ في «الخلافة» وابن إدريس وأكثر المتأخرين، وفي «إيضاح النافع» أنه المشهور.

واستدل عليه في «الخلافة»^{٢٨} بإجماع الفرقة وأخبارهم. فهذا منه شهادة بأن هناك أخباراً صريحة بذلك وإرسالها مجبور بالشهرة العظيمة المعلومة والمحكية في «إيضاح النافع وجامع المقاصد»^{٢٩} إلا أن يكون أراد خبر الحسن بن صالح، وقد سمعته^{٣٠}، أو الخبر المروي عن «فقه الرضا»^{٣١} وإن أوصى لمملوك بثلاث

(١٤) شرح الإرشاد: في الوصية ص ٧٠ من نسخة مكتبة جامعة طهران.

(١٥) الدروس الشرعية: فيما يعتبر في الموصى له ج ٢ ص ٣٠٧.

(١٦) لم نعر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.

(١٧) غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٤٦٩.

(١٨) المهذب البارع: في الوصايا ج ٣ ص ١٠٢.

(١٩) المقتصر: في الوصايا ص ٢١٥.

(٢٠) التنقيح الرائع: في الوصية للعبد ج ٢ ص ٣٧٣.

(٢١) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٤٧.

(٢٢) لا يوجد لدينا الروض ولكن يستفاد من حاشيته على الإرشاد ضمن غاية المراد: ج ١ ص ٤٦٩.

(٢٣) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٢٦.

(٢٤) كفاية الأحكام: في الموصى له ج ٢ ص ٤٩.

(٢٥) اللمعة الدمشقية: في الوصايا ص ١٧٧.

(٢٦) مسالك الأفهام: في شرائط الموصى له ج ٦ ص ٢٢٣.

(٢٧) شرائع الإسلام: في الموصى له ج ٢ ص ٢٥٣.

(٢٨) الخلافة: فيما أوصى لعبد نفسه ج ٤ ص ١٦٥.

(٢٩) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٤٧.

(٣٠) تقدم في ص ٤٠٢ بهامش ٣٢.

ماله قوّم المملوك قيمة عادلة، فإن كانت قيمته أكثر من الثلث استسعي في الفضلة. وقصور سندهما منجر بما عرفت ومعتضد بالإجماع كما سمعت، وقصور دلالتهما عن إفادة أحكام صور المسألة غير قادح بعد قيام الإجماع المركّب كما هو الظاهر. وإطلاق الثاني في صورة زيادة القيمة يشمل ما إذا بلغت ضعف الوصية وما إذا لم تبلغ كما هو خيرة المعظم.

والمخالف الشيخان في «المقنعة»^{٣٢} والنهاية^{٣٣} والقاضي في «المهذب»^{٣٤} وكذا الكامل فيما حكى عنه وأبو يعلى في ظاهر «المراسم»^{٣٥} والمحقق أولاً في ظاهر «الشرائع»^{٣٦} قالوا: وإن كانت قيمته على الضعف من الثلث الذي وصّى به بطلت الوصية له. وقد قال في «السرائر»^{٣٧} إنه قد وردت رواية في ذلك أوردتها شيخنا في «النهاية» إيراداً لا اعتقاداً. فهذا منه اعتراف بأنّ به رواية وظاهرة بل صريحة أنّها صريحة في ذلك. ثمّ إنه أشار إليها مرة أخرى بقوله إنه لا دليل عليه من كتاب ولا سنة مقطوع بها.

فلا يكون مستندهم خبر الحسن بن صالح كما ظنّ الجماعة^{٣٨}. وقد تعجّب من الشيخين صاحب «المسالك»^{٣٩} ثمّ إنه قد حاول الاستدلال لهم به في «غاية

(٣١) فقه الرضا عليه السلام: في باب الوصية للميت ص ٢٩٩.

(٣٢) المقنعة: في وصية الإنسان لعبده ص ٦٧٦.

(٣٣) النهاية: ما يصحّ من الوصية وما لا يصحّ ص ٦١٠.

(٣٤) المهذب: في ما يصحّ من الوصايا وما لا يصحّ ج ٢ ص ١٠٧.

(٣٥) المراسم: في أحكام الوصية ص ٢٠٤.

(٣٦) شرائع الإسلام: في الموصى له ج ٢ ص ٢٥٣.

(٣٧) السرائر: فيما يصحّ من الوصية وما لا يصحّ ج ٣ ص ١٩٩.

(٣٨) منهم المحقق الكركي في جامع المقاصد ج ١٠ ص ٤٧، والفاضل الكركي في كشف الرموز:

ج ٢ ص ٧٣، وفخر المحققين في إيضاح الفوائد ج ٢ ص ٤٨٤.

(٣٩) مسالك الأفهام: في شرائط الموصى له ج ٦ ص ٢٢٤.

المراد^١ «بأنه عليه السلام حكم بالاستسعاء إذا كان الثلث بإزاء ثلاثة أرباع وبالعق وإعطاء ما فضل إن كان أكثر من القيمة وذلك يستلزم العتق إن ساوى والاستسعاء إن زاد أي الثلث على ثلاثة أرباعه بطريق أولى، ويستلزم عدم الاستسعاء إن نقص عن ثلاثة أرباعه، وذلك يستلزم بطلان العتق، لأن الاستسعاء لازم لعتق بعض العبد في الأكثر، وانتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم فينتفي عتق ذلك البعض، وأما عتق الباقي فممتنع لعدم احتمال المال له.

وأجيب بأن مفهومه أن الثلث إذا لم يكن أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة لا يستسعى في ربع القيمة لأنه لا يستسعى مطلقاً. قال في «المسالك»^٢ هذا مفهوم صحيح لا يفيد مطلوبهم فلا ينافي القول بأنه يستسعى بحسبه فإن كان أقل بقدر الثلث يستسعى في الثلث أو بقدر النصف يستسعى فيه وهكذا.

وفيه: إنه يكون من بيان الواضحات التي يسان كلام الإمام عليه السلام عنه نعم يرد^٣ عليهم أنه يلزم منه أنه متى لم يكن الثلث أقل من قيمته بقدر الربع لا يستسعى بل تبطل الوصية، وهو شامل لما إذا كانت القيمة قدر الضعف أو أقل من ذلك إلى أن يبلغ النقصان قدر الربع، فمن أين خصوا البطلان بما لو كانت قدر الضعف.

ويجاب^٤ بأنهم قالوا بذلك حوالة على ما إذا اعتقه وعليه دين فإنه لا ينفذ العتق فيه إلا إذا كانت قيمته ضعف الدين، وقد دلت على ذلك الأخبار، وهما من واد واحد بحسب الاعتبار فليتأمل. والظاهر أن الأصل في ذلك ما رواه لهم في

(١) غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٤٧٠.

(٢) مسالك الأفهام: في شرائط الموصى له ج ٦ ص ٢٢٤.

(٣) كما في رياض المسائل: في الوصية للمملوك ج ٩ ص ٤٦٠.

(٤) كما في رياض المسائل: في الوصية للمملوك ج ٩ ص ٤٦٠.

«السرائر»^١. ومن الغريب أن الشهيد في عتق «الدروس»^٢ لم يظفر بما في «النهاية» فقال: إن ابن إدريس حكى ذلك عن الشيخ، كما أنه من الغريب أنه رمى خبر ابن صالح بالضعف في «النافع»^٣ وكشف الرموز^٤ وغاية المراد^٥ والمهذب^٦ البارع^٧ والمقتصر^٨ والتنقيح^٩ وإيضاح النافع وجامع المقاصد^{١٠} والمسالك^{١١} والروضة^{١٢} مع أنه مستند الحكم لهم فيما تقدم من أحكام المسألة كما عرفت مع أن منها الاستسعاء والسراية مع أن ذلك لا يزيد على الوصية بالعتق، وهي لا تقتضي السراية عند الجميع وهنا مطبقون على السراية كما عرفت. ثم إنه لم يلتفت أحد منهم إلى أنه تقدم الحسن بن صالح صاحب إجماع وهو الحسن بن محبوب فيكون صحيحاً كما توهّمه المجلسي^{١٣} وجماعة منهم شيخنا صاحب «الرياض»^{١٤} وقد بيّنّا^{١٥} في محله أن ذلك منهم وهم صرف.

مركز تحقيق التراث
مكتبة آية الله العظمى
المرجع

- (١) السرائر: فيما يصح من الوصية وما لا يصح ج ٣ ص ١٩٩ - ٢٠٠.
- (٢) الدروس الشرعية: في الوصية بعتق عبده ج ٢ ص ٢٠٧.
- (٣) المختصر النافع: في الوصية ص ١٦٤.
- (٤) كشف الرموز: في الوصية لعبده ج ٢ ص ٧٣.
- (٥) غاية المراد: في الموصى له ج ٢ ص ٤٧٠.
- (٦) المهذب البارع: في الموصى له ج ٣ ص ١٠٣.
- (٧) المختصر: في الوصية للمملوك ص ٢١٥.
- (٨) التنقيح الرائع: في الوصية للمملوك ج ٢ ص ٣٧٤.
- (٩) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٤٨.
- (١٠) مسالك الأفهام: في شرائط الموصى له ج ٦ ص ٢٢٤.
- (١١) الروضة البهية: في الموصى له ج ٥ ص ٢٧.
- (١٢) راجع روضة المتقين: باب الحاء ج ١٤ ص ٣٥١.
- (١٣) رياض المسائل: في الوصية للمملوك ج ٩ ص ٤٥٩.
- (١٤) ٢٢٢.

وفي المعين إشكال

قوله: «وفي المعين إشكال» والأصح الصحة كما في «التحرير»^١ وشرح
الفخر^٢ والدروس^٣ والروضة^٤ والإيضاح^٥ والحواشي^٦ والمهذب البارع^٧ وجامع
المقاصد^٨ وإيضاح النافع^٩ وفي الخمسة الأخيرة و«التذكرة»^{١٠} أنه ظاهر كلام
الأصحاب وأنه إطلاق الأصحاب، قلت: وهو كذلك كما سمعت. وقال في
«المهذب البارع»^{١١} أيضاً: إن الأصحاب يطبقون على الصحة من غير تفصيل،
وقال أيضاً: إن عليه عمل الأصحاب. ونسبه في «المسالك»^{١٢} إلى إطلاق
الأكثرين، ولعله في غير محله. وكأنه مال إلى الحكم في «الكفاية»^{١٣} والبطلان
خيرة «التذكرة»^{١٤} والمختلف^{١٥} وفي «غاية المراد»^{١٥} أنه ظاهر أبي علي. وحكاة

مركز تحقيق مكتبة علوم اسلامی

- (١) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٦٧.
- (٢) شرح الإرشاد: في الوصية لعبد نفسه ص ٧٠ س ١١.
- (٣) الدروس الشرعية: فيما يعتبر في الموصى له ج ٢ ص ٣٠٧.
- (٤) الروضة البهية: في الموصى له ج ٥ ص ٢٦.
- (٥) إيضاح الفوائد: في الموصى له ج ٢ ص ٤٨٥.
- (٦) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.
- (٧) المهذب البارع: في الموصى له ج ٣ ص ١٠٥.
- (٨) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٤٩.
- (٩) تذكرة الفقهاء: في الموصى له ج ٢ ص ٤٦٢ س ٣٠.
- (١٠) المهذب البارع: في الموصى له ج ٣ ص ١٠٥.
- (١١) مسالك الأفهام: في شرائط الموصى له ج ٦ ص ٢٢٥.
- (١٢) كفاية الأحكام: في الموصى له ج ٢ ص ٥٠.
- (١٣) تذكرة الفقهاء: في الموصى له ج ٢ ص ٤٦٢ س ٣٠.
- (١٤) مختلف الشيعة: في الوصية لعبد نفسه ج ٦ ص ٣٧٠.
- (١٥) غاية المراد: في الموصى له ج ٢ ص ٤٦٩.

في «المسالك»^١ عنه على البتّ. واستحسنه صاحب «التنقيح»^٢ وكأّنه مال إليه في «المسالك».

والمراد بالعين هنا ما يشمل الجزء المشاع من معيّن كنصف دار وفرس، وبالجمله ما لا يتناول رقة العبد، وهو ما ليس جزءاً مشاعاً من التركة وإن كان مشاعاً من معيّن.

حجة القول بالبطلان أنّه إنّما صحّ في المشاع لأنّه متناول لرقة العبد فصار كأّنه موص بعقده وذلك منتف في محلّ النزاع، وعموم قول أحدهما^٣؛ لا وصيّة للمملوك، وأنّ تنفيذ الوصيّة بالمعيّن محال لامتناع تملك العبد والتخطّي إلى رقبته تبديل للوصيّة.

وحجة القول بالصحة إطلاق الخبر فإنّه تضمّن الوصيّة للمملوك بثلث ماله، وهو يتناول ما إذا كان مشاعاً من معيّن أو من التركة لمكان ترك الاستفصال فتأمل، وإطلاق كلام الأصحاب من فتوى وإجماع المتناول لمحلّ النزاع. قولك إنّما صحّت الوصيّة في المشاع لتناول رقة العبد، ممنوع، لم لا يجوز لكونه وصيّة، والتبديل غير لازم، لأنّ ذلك تنفيذ للوصيّة بحسب الإمكان. ولو منع ذلك لمنع من الإشاعة، لأنّ التخصيص برقة العبد خروج عن الإشاعة.

وليس لك إلّا أن تقول ينعق منه شيء وينعق الباقي سراية وله فضل مال ملكه بسبب جزئه، فيسري عليه بما كان موجوداً ويسعى في الباقي، وهذا المعنى غير متحقّق في المعيّن.

وفيه: إنّ هذا لو صحّ لوجب أن يكون القدر المملوك له من المال على نسبة ما

(١) مسالك الأفهام: في شرائط الموصى له ج ٦ ص ٢٢٥.

(٢) التنقيح الرائع: في الموصى له ج ٢ ص ٣٧٥.

(٣) وسائل الشيعة: ب ٧٩ من أبواب أحكام الوصايا ج ٣ ص ١٣ ص ٤٦٧.

ولو أوصى لدابة فإن قصد التملك أو أطلق بطل، (١)

عتق منه ولم يقل به أحد. ثم إنَّ المعين تلزمه الإشاعة، لأنَّه إذا أوصى له بمعين لا يملكه مستقراً بالموت بل يكون متعلقاً ببقاء ما يخرج من التركة، فلو كان بعض التركة غائباً لم يصحَّ له التصرف في المعين إلاَّ بحسب ما اقتدر الوارث على مثليه فإذا أوصى لعبده بمعين كان له تعلق بجميع التركة ومن جملتها رقبتة فيكون لها دخولاً في الموصى به، والعتق يكفي فيه أدنى سبب لبنائه على التغليب وإن قصد الموصي نفعه، وأهمَّ شيء له نفسه وخلاصها من الرقِّ مع ما في ذلك من المحافظة على قصد الموصي وصون لفظه عن الهذر وعدم الفائدة. فقولك أنَّ العبد لا يملك لا يصلح منعاً هنا، لأنَّه ملك في صورة الإشاعة فيخصَّص قول أحدهما عليه السلام بغير صورة الإشاعة للخبر والإجماع.

ومما ذكرنا في توجيه القولين يعرف منشأ وجهي الإشكال وأنَّ القول بالبطلان في غاية الضعف.

[في الوصية للدابة]

قوله: «ولو أوصى لدابة فإن قصد التملك أو أطلق بطل» كما في «التذكرة»^١ والتحرير^٢ وجامع المقاصد^٣ وكذلك «الدروس»^٤ وفي «جامع المقاصد» لا بحث في البطلان، لأنَّه إن قصد تملكها فقد أوصى بالمستحيل، لأنَّها

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية للدابة ج ٢ ص ٤٦٤ س ٨.

(٢) تحرير الأحكام: في الوصية للدابة ج ٣ ص ٣٦٨.

(٣) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٤٩.

(٤) الدروس الشرعية: في الموصى له ج ٢ ص ٣٠٦.

ولو قصد الصرف إلى علفها فالأقرب الجواز، والأقرب التوقف على قبول المالك. (٤)

لا تملك، ولا يجوز صرف الوصية إلى مالكتها، لأنه غير مقصود للموصي، فلا فرق بين المالك وغيره وكذلك لو أطلق لأن مفهوم اللفظ والمتبادر منه التملك ولعلّه بعد التجوّز ولو على حذف المضاف فليس كغيره من المجازات. والمراد بالدابة دابة الغير.

قوله: «ولو قصد الصرف إلى علفها فالأقرب الجواز» كما في «التذكرة»^١ و«التحرير»^٢ وفي «الإيضاح»^٣ أنه أصبح، وفي «جامع المقاصد»^٤ أنه المختار، وبه جزم في «الحواشي»^٥ لأنه في الحقيقة وصية للمالك، لأن علفها واجب عليه. ووجه غير الأقرب أن الذي دلّ عليه اللفظ كون الوصية للدابة وذلك ممتنع. وفيه: إن المجاز في الوصية جائز لكنه يجري مثل ذلك في العبد كما في «التحرير» لكنه قال بعد ذلك: في الكلّ نظر.

قوله: «والأقرب التوقف على قبول المالك» كما هو خيرة الكتب الثلاثة الأولى، وفي «جامع المقاصد»^٦ أنه قريب. وهو قضية كلام «الحواشي»^٧

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية للدابة ج ٢ ص ٤٦٤ س ١٤.

(٢) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٦٩.

(٣) إيضاح الفوائد: في الموصى له ج ٢ ص ٤٨٥.

(٤) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٥٠.

(٥) الحاشية النجارية: في الوصية للدابة ص ١٢٠ س ١١ (من مخطوطات مكتبة الأبحاث والدراسات الإسلامية) ولا يخفى أن العبارة فيها ناقصة.

(٦) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٥٠.

(٧) الحاشية النجارية: في الوصية للدابة ص ١٢٠ س ١١ (مخطوطات مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

وحيثُ في الدفع إليه إشكال، فإن دفع ففي جواز الصرف إلى غير العلف إشكال. (١)

لأنها وصية لمعين فيتعين قبوله كما لو أوصى له بعمارة داره، ووجه العدم أنها وصية في وجه قربه، وفيه: إنه وإن كان قربه إلا أنه وصية لمعين وحدوث الملك القهري على خلاف الأصل.

قوله: «وحيثُ في الدفع إليه إشكال» الأصح جواز الدفع إليه كما في «الإيضاح»^١ وجامع المقاصد^٢ ونحوه ما في «التذكرة»^٣ لأنه المالك لها وقد قربنا توقف الوصية على قبوله فيدفع إليه لكن ينبغي أن يكون عدلاً، لأن فيها حقاً لله سبحانه وتعالى، ويحتمل العدم، لأنها وصية في وجه خاص فيتولاها الموصى له أو الحاكم.

قوله: «فإن دفع ففي جواز الصرف إلى غير العلف إشكال» أقربه عدم جواز صرفه إلى غير العلف كما في «الإيضاح»^٤ وفي «التذكرة»^٥ أنه أولى. وبه جزم في «جامع المقاصد»^٦، وفي «التحرير»^٧ في الجواز نظر، لأنها وصية على وجه مخصوص فلا يجوز تبديلها، وربما تعلق غرض الموصي بخصوص

(١) إيضاح الفوائد: في الموصى له ج ٢ ص ٤٨٦.

(٢) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٥٠.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية للدابة ج ٢ ص ٤٦٤ س ١٥.

(٤) إيضاح الفوائد: في الوصية للدابة ج ٢ ص ٤٨٦.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الوصية للدابة ج ٢ ص ٤٦٤ س ١٨.

(٦) جامع المقاصد: في الوصية للدابة ج ١٠ ص ٥٠.

(٧) تحرير الأحكام: في الوصية للدابة ج ٣ ص ٣٦٦.

والأقرب صحّة الوصيّة للذمي وإن كان أجنبيّاً ⑤

هذه وجه الجواز أنّها وصيّة للمالك فيصنع بها ما شاء. وفي «الحواشي»^١ أن المنقول أنّه لا يجب عليه صرف ذلك في العلف لكن يستحبّ له ذلك. هذا. وحيث نقول: إنّهُ إذا أوصى للدابة كانت للمالك، فلا تصحّ الوصيّة للوحوش، بل إن قلنا: بصحّة الوصيّة للدابة نفسها فالأقرب عدم الصحّة هنا، لاستغناء الوحوش عن العلف فكان إضاعة مال.

[في الوصيّة للذمي]

قوله: «والأقرب صحّة الوصيّة للذمي وإن كان أجنبيّاً» كما صرح بذلك في «السرائر»^٢ والشرائع^٣ والنافع^٤ وكشف الرموز^٥ والتذكرة^٦ والإرشاد^٧ والمختلف^٨ والإيضاح^٩ واللمعة^{١٠} وإيضاح النافع^{١١} والروضة^{١٢} والكفاية^{١٣}

(١) الحاشية النجارية: في الوصيّة للدابة ص ١٢٠ س ١١ (مخطوط في مكتبة مركز البحوث والدراسات الإسلامية).

(٢) السرائر: في الوصيّة للكافر ج ٣ ص ١٨٦.

(٣) شرائع الإسلام: في الوصيّة للذمي ج ٢ ص ٢٥٣.

(٤) المختصر النافع: في الوصيّة للذمي ص ١٦٣.

(٥) كشف الرموز: في الوصيّة للذمي ج ٢ ص ٧١.

(٦) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة لأهل الذمّة ج ٢ ص ٤٦٤ س ٤٣.

(٧) إرشاد الأذهان: في الوصيّة للذمي ج ١ ص ٤٥٨.

(٨) مختلف الشيعة: في الوصيّة للذمي ج ٦ ص ٣٤٥.

(٩) إيضاح الفوائد: في الوصيّة للذمي ج ٢ ص ٤٨٧.

(١٠) اللمعة الدمشقية: في الوصيّة للذمي ص ١٧٩.

(١١) الروضة البهية: في الوصيّة للذمي ج ٢ ص ٤٨.

(١٢) الدروس الشرعية: في الوصيّة للذمي ج ٢ ص ٣٠٧.

والدروس^{١٤}» حيث أحاله فيه على الوقف وهو قضية إطلاق «المقنعة»^{١٥} والخلاف^{١٦} والجامع^{١٧} والتلخيص^{١٨} والتبصرة^{١٩} وكذا «الكافي»^{٢٠} حيث قيّد صحتها للأجنبي بما إذا لم يجعلها صدقة أو صرح لكونها مكافاة على مكرمة دنيوية أو مبتدأ بها. وهو - أي صحتها للأجنبي - الظاهر من «جامع المقاصد»^{٢١} والمسالك^{٢٢}.

وقد يقال^{٢٣}: إنه الظاهر من أبي علي، لأن المحكي عنه ليس بتلك المكانة من الظهور في الصحة والعدم وقد حكى عن ظاهره العدم كما ستسمع، ونقل عنه في «التنقيح»^{٢٤} عبارة أخرى.

وفي «الخلاف»^{٢٥} والمبسوط^{٢٦} أن الوصية جائزة لأهل الذمة بلا خلاف وفي أصحابنا خاصة من قيدها إذا كان من قراباته، ولم يشترط الفقهاء بذلك انتهى. وستعرف أن المقيّد بذلك من أصحابنا جماعة هو منهم، فما نقل حكايته في

مركز تحقيق مكتبة علوم اسلامی

-
- (١٣) كفاية الأحكام: في الوصية للذمي ج ٢ ص ٤٨.
 (١٤) الدروس الشرعية: في الوصية للذمي ج ٢ ص ٣٠٧.
 (١٥) المقنعة: في الوصية لأهل الضلال ص ٦٧١.
 (١٦) الخلاف: في الوصية لأهل الذمة ج ٤ ص ١٥٢٣ مسألة ٢٦.
 (١٧) الجامع للشرائع: في الوصية للكافر ص ٤٩٤.
 (١٨) تلخيص المرام: في الوصية للذمي ص ١٥٦.
 (١٩) تبصرة المتعلمين: في الوصية للذمي ص ١٢٦.
 (٢٠) الكافي في الفقه: في الوصية للذمي ص ٣٦٤.
 (٢١) جامع المقاصد: في الوصية للذمي ج ١٠ ص ٥٢.
 (٢٢) مسالك الأفهام: في الوصية للذمي ج ٦ ص ٢١٩.
 (٢٣) لم نعثر على قائله حسبما تفحصناه فيما بأيدينا فراجع.
 (٢٤) لم نعثر في التنقيح على كلام من أبي فراجع.
 (٢٥) الخلاف: في الوصية لأهل الذمة ج ٤ ص ١٥٣ مسألة ٢٦.
 (٢٦) المبسوط: في الوصية لأهل الذمة ج ٤ ص ٤١.

«الرياض^١» عن ظاهر «الخلاص» من إجماع العلماء كما فهمه ليس في محله، مع أنه جعله في «الرياض» هو الحجة في المسألة.

وقد حكينا في باب الوقف^٢ عن الطبرسي الإجماع على جواز أن يبرّ الرجل من شاء من أهل الحرب قرابة كان أو غير قرابة، وقد حكينا^٣ صحة الوقف على الكافر الأجنبي عن «الشرائع والنافع والتذكرة والتبصرة والتحرير» في موضع منه و«الدروس وإيضاح النافع» وغيرها، فإذا جاز الوقف عليه فبالأولى أن تجوز الوصية له.

هذا وصريح «الوسيلة» أنها لا تصح للكافر الأجنبي^٤، وفي «الغنية» الإجماع على أنها لا تصح الوصية للكافر إلا أن يكون ذا رحم للموصي^٥. وهو صريح في أنها لا تصح للأجنبي. وظاهر «النهاية»^٦ والمبسوط^٧ في موضع منه أنها إنما تصح له إذا كان ذا رحم حيث قيدها في الكتابين بذلك وفي «المراسم»^٨، أن عدم جواز الوصية للكافر الأجنبي هو الأثبت، وهو الظاهر من أبي علي^٩ وظاهر «المهذب»^{١٠} المنع من الصحة للكافر مطلقاً. وقد سمعت كلام «الكافي» وظاهر

(١) رياض المسائل: في الوصية للذمي ج ٩ ص ٤٤٩.

(٢) تقدّم في ص ٦٣.

(٣) تقدّم في ص ٦٤.

(٤) الوسيلة: في الوصية للذمي ص ٣٧٥.

(٥) غنية النزوع: في الوصية للذمي ص ٣٠٧.

(٦) النهاية: في الوصية للذمي ص ٦٠٩.

(٧) المبسوط: في الوصية لأهل الذمة ج ٤ ص ٤١.

(٨) المراسم: في الوصية لغير المسلم ص ٢٠٣.

(٩) نقله عنه العلامة في المختلف: في الوصية للذمي ج ٦ ص ٣٤٤.

(١٠) المهذب: في الوصية للكافر ج ٢ ص ١٠٦.

«المبسوط»^١ الإجماع على ذلك في موضعين، ففي موضع: لا تصح الوصية عندنا للكافر الذي لا رحم له من الميت، وفي آخر: تصح عندنا للذمي إذا كانوا أقاربه ومما قصر فيه الصحة في الوقف على ذي الرحم «المقنعة»^٢ والكافي^٣ والنهاية^٤ والخلاف^٥ والمبسوط^٦ والوسيلة^٧ والغنية^٨ والجامع^٩ وموضع من «السرائر»^{١٠} وفي «الخلاف» الإجماع عليه وكذا «الغنية» كما تقدّم بيان ذلك كله. ولا ترجيح فيما نحن فيه في «المقتصر»^{١١} والمهذب^{١٢} والتنقيح^{١٣}.

وكل من حكى الأقوال في المسألة لا تخلو حكايته عن خلل أو مسامحة حتى المحقق فإنه قال في «السرائر»^{١٤} وتصح الوصية للذمي ولو كان أجنبياً، وقيل: لا تجوز مطلقاً. ومنهم من خصّ الجواز بذوي الأرحام، والأول أشبه. وفي الوصية للحربي تردّد أظهره المنع، وقال في «النافع»^{١٥} وللذمي وإن كان أجنبياً،

مركز تحقيق التراث
مكتبة جامعة القاهرة

(١) المبسوط: في الوصية لأهل الذمة ج ٤ ص ٤ و ٦٣.

(٢) المقنعة: في الوقوف والصدقات ص ٦٥٣.

(٣) الكافي في الفقه: في الوقف ص ٣٢٦.

(٤) النهاية: في الوقوف والصدقات ص ٥٩٧.

(٥) الخلاف: في الوقف على أهل الذمة ج ٣ ص ٥٤٥ مسألة ١٣.

(٦) المبسوط: في الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٤.

(٧) الوسيلة: في الوقف ص ٣٧٠.

(٨) غنية النزوع: في الوقف ص ٢٩٧.

(٩) الجامع للشرائع: في الوقف ص ٣٦٩.

(١٠) السرائر: في الوقف على الكفار ج ٣ ص ١٥٩.

(١١) المقتصر: في الوصية للذمي ص ٢١٥.

(١٢) المهذب البارع: في الوصية للذمي ج ٣ ص ١٠٠.

(١٣) التنقيح الرائع: في الوصية للذمي ج ٢ ص ٣٧٠.

(١٤) شرائع الإسلام: في الوصية للذمي ج ٢ ص ٢٥٣.

وفيه أقوال^١ انتهى. وظاهر الكتابين أن الأقوال في الذمي دون الحربي، وليس كذلك لما ستسمع في الحربي. والاعتذار عنه كما في «التنقيح^٢ والرياض^٣» بأن المراد بالكافر في كلامهم الذمي يخالف صريح «الدروس^٤ والمهذب^٥ البارع^٥ والمقتصر^٦ وجامع المقاصد^٧» وظاهر «كشف الرموز^٨ والتذكرة^٩ والمختلف^{١٠} والإيضاح^{١١} والروض^{١٢}» بل هو صريحها. وستسمع كلامهم في الحربي واختلافهم هناك في النقل أيضاً.

وكيف كان فحجة القول بالصحة والجواز للأجنبي الأصل، والآية والرواية والإجماع. أما الأصل فظاهر، وأما الآية فقوله تعالى: ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ﴾ إلى قوله: ﴿أَنْ تَبْرُوهُمْ وَتَقْسُطُوا إِلَيْهِمْ﴾^{١٣}، والوصية مبرّة. وأما الرواية ففي الصحيح عن الريان بن شبيب قال: أوصت جارية لقوم نصارى فراشين بوصية فقال أصحابنا: أقسم هذا في فقراء المؤمنين من أصحابك، فسألت الرضا عليه السلام فقلت: إن أختي أوصت بوصية لقوم نصارى وأردت أن أصرف ذلك إلى

-
- (١) المختصر النافع: في الوصية للذمي ص ١٦٣.
 - (٢) التنقيح الرائع: في الوصية للذمي ج ٢ ص ٣٧١.
 - (٣) رياض المسائل: في الوصية للذمي ج ٩ ص ٤٥٣.
 - (٤) الدروس الشرعية: في الوصية للذمي ج ٢ ص ٣٠٧.
 - (٥) المهذب البارع: في الوصية للذمي ج ٣ ص ١٠٠.
 - (٦) المقتصر: في الوصية للذمي ص ٢١٥.
 - (٧) جامع المقاصد: في الوصية للذمي ج ١٠ ص ٥١.
 - (٨) كشف الرموز: في الوصية للذمي ج ٢ ص ٧٠-٧١.
 - (٩) تذكرة الفقهاء: في الوصية للكافر ج ٢ ص ٤٦٤ س ٤٣.
 - (١٠) مختلف الشيعة: في الوصية للكافر ج ٦ ص ٣٤٥.
 - (١١) إيضاح الفوائد: في الوصية للذمي ج ٢ ص ٤٨٧.
 - (١٢) لا يوجد لدينا كتابه.
 - (١٣) المتحنة: آية ٨.

قوم من أصحابنا؟ فقال: أمض الوصية على ما أوصت^١ به قال الله تعالى: ﴿فإنما إثمهم على الذين يبدّلونه﴾^٢. وفي كتاب «غياث سلطان الوري» نقلاً من كتاب الحسين بن سعيد بسنده إلى محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بماله في سبيل الله؟ قال: أعطه لمن أوصى له، وإن كان يهودياً أو نصرانياً^٣. وقد رواه الشيخ بطريقين صحيح وحسن كالصحيح لمكان إبراهيم وعن الحسين بن سعيد في حديث آخر عن الصادق عليه السلام: لو أن رجلاً أوصى إلي أن أضع في يهودي أو نصراني لو ضمت فيهم^٤. وأما الإجماع فقد سمعت إجماع الطبرسي وما في «الخلافة» من نفي الخلاف معتضداً لفتوى المعظم.

وأوهن شيء ما قد يقال^٥: بأنها معارضة بالآيات^٦ الناهية عن مودّتهم، والوصية مودّة، والروايات^٧ الناهيات عن إطعام الكافر وإشباعه، لأنها مخالفة للإجماع على جواز المبرة إلى الكفار في حال الحياة كما مرّ عن الطبرسي وكما ستسمع. وأوهن منه القول^٨ بأنها إنما دلّت على لزوم إنفاذ الوصية لا جوازها، لأنّ المدعى صحة الوصية والصحة والجواز متلازمان إلّا أن يكون قد نهى عن الصحيح لأمر خارج عنه، أو يكون الأثر المترتب عليه عقوبة، وقد دلّت الأخبار

(١) وسائل الشيعة: ب ٣٥ من أبواب أحكام الوصايا ج ١ ص ١٣ ص ٤١٥.

(٢) البقرة: آية ١٨.

(٣) وسائل الشيعة: ب ٣٥ من أبواب أحكام الوصايا ج ٥ ص ١٣ ص ٤١٧.

(٤) التهذيب: ج ٩ ص ٢٠٩ ح ٨٠٤ و ٨٠٨.

(٥) التهذيب: ج ٩ ص ٣٠٣ ح ٨٠٥.

(٦) رياض المسائل: في الوصية ج ٩ ص ٤٥٠.

(٧) المجادل: ٢٢ والممتحنة: ١.

(٨) وسائل الشيعة: ب ١٩ من أبواب الاطعمة والأشربة ج ١٦ ص ٤٣٠.

(٩) رياض المسائل: في الوصية ج ٩ ص ٤٥٠.

والبطلان للحربي

المرسلة على صحة الوقف على الأقارب وادّعي عليه الإجماع وذلك يستلزم الصحة هنا بالأولوية، لاشتراطه بالقربه فضلاً عن الإجماعات المدّعاة على صحة الوصية للأقارب كما سمعت، وهي الحجة فيها - أي الوصية - للأقارب مضافاً إلى أدلة المسألة.

[في الوصية للكافر الحربي]

قوله: «والبطلان للحربي» هذا هو المشهور كما في «المهذب البارع»^١ والمقتصر^٢ وهو خيرة «الخلاص»^٣ والمبسوط^٤ في موضع منه و«الشرائع»^٥ والنافع^٦ وكشف الرموز^٧ والتذكرة^٨ والتحرير^٩ والإرشاد^{١٠} والتلخيص^{١١} والتبصرة^{١٢} والمختلف^{١٣} والإيضاح^{١٤} والدروس^{١٥} واللمعة^{١٦} والمقتصر^{١٧} وجامع

(١) المهذب البارع: في الوصية للحربي ج ٣ ص ١٠٠.

(٢) المقتصر: في الوصية للحربي ص ٢١٥.

(٣) الخلاص: في الوصية للحربي ج ٤ ص ١٥٣ مسألة ٢٦.

(٤) المبسوط: في الوصية للحربي ج ٤ ص ٤١ و ٦٣.

(٥) شرائع الإسلام: في الوصية للحربي ج ٢ ص ٢٥٣.

(٦) المختصر النافع: في الوصية للحربي ص ١٦٣.

(٧) كشف الرموز: في الوصية للحربي ج ٢ ص ٧١.

(٨) تذكرة الفقهاء: في الوصية للكافر ج ٢ ص ٤٦٤ س ٢٨.

(٩) تحرير الأحكام: في الوصية للحربي ج ٣ ص ٣٦٦.

(١٠) إرشاد الأذهان: في الوصية للحربي ج ١ ص ٤٥٨.

(١١) تلخيص المرام: في الوصية للحربي ص ١٥٦.

(١٢) تبصرة المتعلمين: في الوصية للحربي ص ١٢٦.

(١٣) مختلف الشيعة: في الوصية للحربي ج ٦ ص ٣٤٥.

المقاصد^{١٨} والروض^{١٩} والروضة^{٢٠} وغيرها^{٢١}. وهو ظاهر إطلاق «المهذب^{٢٢}» بعدم صحتها للكافر وظاهر «المبسوط^{٢٣}» الإجماع عليه، قال: وأما الوصية للحربي فعندنا لا تصح.

وظاهر «المقنعة^{٢٤}» والمراسم^{٢٥} والنهاية^{٢٦} والمبسوط^{٢٧} في موضع منه و«الوسيلة^{٢٨} والغنية^{٢٩}» أنه تصح للحربي إذا كان رحماً وذا قرابة، وقد سمعت الإجماعات الظاهرة في ذلك من «الغنية والمبسوط». وفي «الغنية» لا خلاف في جوازها للكافر إذا كان ذا رحم^{٣٠} وظاهر «الكافي» أنها تصح له إذا لم تكن صدقة أو صرح بكونها مكافأة^{٣١}.



- (١٤) إيضاح الفوائد: في الوصية للحربي ج ٢ ص ٤٨٧.
- (١٥) الدروس الشرعية: في الوصية للحربي ج ٢ ص ٣٠٧.
- (١٦) اللعة الدمشقية: في الوصية للحربي ص ١٧٩.
- (١٧) المختصر: في الوصية للحربي ص ٢١٥.
- (١٨) جامع المقاصد: في الوصية للحربي ج ١٠ ص ٥٢.
- (١٩) لا يوجد لدينا كتابه.
- (٢٠) الروضة البهية: في أحكام الوصية ج ٥ ص ٥١ - ٥٤.
- (٢١) كرياض المسائل: في عدم جواز الوصية للحربي ج ٩ ص ٤٥١.
- (٢٢) المهذب: في الوصية للكافر ج ٢ ص ١٠٦.
- (٢٣) المبسوط: في الوصية للحربي ج ٤ ص ٤١.
- (٢٤) المقنعة: في الوصية لأهل الضلال ص ٦٧١.
- (٢٥) المراسم: في أحكام الوصية ص ٢٠٣.
- (٢٦) النهاية: فيما يصح وما لا يصح من الوصية ص ٦٠٩.
- (٢٧) المبسوط: في الوصية للحربي ج ٤ ص ٤١.
- (٢٨) الوسيلة: في من يصح أن يوصى له ص ٣٧٤.
- (٢٩) غنية النزوع: في من تصح له الوصية ص ٣٠٧.
- (٣٠) غنية النزوع: في من تصح له الوصية ص ٣٠٧.
- (٣١) الكافي في الفقه: في الوصية للكافر ص ٣٦٤.

وظاهر إطلاق «السرائر»^١ والجامع^٢ أنها تصح له مطلقاً وهو صريح «غاية المراد»^٣ والمسالك^٤ ونفى عنه البعد في «الكفاية»^٥.

فكانت الأقوال ثلاثة أو أربعة وقد اضطربت كلمات حكاة الأقوال في المقام أيضاً. وقد حكى في «الحواشي»^٦ قولاً وهو أن الوصية إنما تصح للأبوين خاصة وقضيته أنها تصح ولو كانا حربيين لكننا لم نجد لأحد في الباب. نعم هو قول في الوقف لابن إدريس في موضع من «السرائر»^٧ وقد رموه هناك بالضعف، ورواه في «المراسم»^٨ رواية. وقد حكينا^٩ الفتاوى والشهرات في باب الوقف على عدم صحته للحربي وقلنا: إننا لم نجد مصرحاً بالجواز إلا ما يفهم من إطلاقات القدماء في الكافر ومن إطلاق إجماع «مجمع البيان»^{١٠} لكننا قلنا إن الشهيد وجماعة فهموا أن المراد من الكافر في كلامهم إنما هو الذمي. ويمكن أن يدعى ذلك هنا من إطلاق عبارة المجوزين للوصية للكفار مطلقاً وفي الجملة، لأن أهل الذمة هم الذين لهم قابلية التملك دون أهل الحرب فإنهم لا قابلية لهم للتملك ولا أقل من الشك في ثبوته لهم فإن الجماعة قد استدّلوا هنا على المنع كالمصنف في «التذكرة»^{١١} والمختلف^{١٢} وولده^{١٣} والمحقق الثاني^{١٤} بأن مال الحربي فيء

(١) السرائر: فيما يصح من الوصية وما لا يصح ج ٣ ص ١٨٦ و ١٩٧.

(٢) الجامع للشرائع: في الوصية للكافر ص ٤٩٤.

(٣) غاية المراد: في الوصية للحربي ج ٢ ص ٤٦٧.

(٤) مسالك الأفهام: في شرائط الموصى له ج ٦ ص ٢٢٠ و ٢٢١.

(٥) كفاية الأحكام: في الوصية للحربي ج ٢ ص ٤٩.

(٦) لم نعثر عليه.

(٧) السرائر: في الوقف على الكفار ج ٣ ص ١٥٩.

(٨) المراسم: في الوقف على الكافر ص ١٩٨.

(٩) تقدّم في ص ٦٥.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في الوصية للكافر ج ٢ ص ٤٦٤ س ٣٢.

للمسلمين فلا يجب دفعه إليه، لأنّه غير مالك، فلو جازت الوصيّة له لكان إمّا أن يجب دفعه إليه وهو باطل لما عرفت، أو لا يجب وهو المطلوب، إذ لا معنى لبطان الوصيّة إلّا عدم وجوب تسليمها إلى الموصى له. وبه يفرق بين الهبة له في الحياة والوصيّة بعد الممات. وبذلك استدّلوا على بطلان الوقف عليه. وبه يمكن الاعتذار عمّا أخذنا به المحقّق في نقل الأقوال، لكن كلمات الأصحاب قد قبل في بعضها الذمّي بالحربي كما في «الخلاص»^{١٤} وعبر في بعضها بالذمّي كما في موضع من «المبسوط»^{١٥} وغيره^{١٦}، فليست كعباراتهم في الوقف.

هذا وقد قلنا هناك^{١٧}: لا تصح إلى ما في «المسالك» من منع استلزام عدم وجوب الدفع إليه في الوقف والوصيّة بطلانهما، لأن معنى صحّتها ثبوت الملك له إذا قبض، فإذا استولى عليه وأخذ منه من جهة أنّه مال الحربي لم يكن منافياً لصحة الوصيّة، لأنّ الشأن في إثبات الملك له بل يكفي الشكّ، لأنّه يستلزم الشكّ في كون ذلك وصيّة، ولا دليل حينئذٍ على الصحة فكيف يمكنه دعوى صيرورة الموصى به من أملاكه؟ فإذا استولى عليه الوصي من حيث كونه مال حربي، ونوى تملكه ملكه دون الورثة أو منعه الوارث بنيّة تملكه فإنّه يملكه. وقد سبقه إلى ذلك الشهيد في «غاية المراد»^{١٨} وقد استظهرنا من «الدروس» في باب الوقف^{١٩}: أنّ

(١١) مختلف الشيعة: في الوصيّة للكافر ج ٦ ص ٣٤٥.

(١٢) إيضاح الفوائد: في الوصيّة للكافر ج ٢ ص ٤٧٨.

(١٣) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٥٢ - ٥٣.

(١٤) الخلاف: في الوصيّة لأهل الذمّة ج ٤ ص ١٥٣.

(١٥) المبسوط: في الوصيّة لأهل الذمّة ج ٤ ص ٤.

(١٦) كما في المراسم: في أحكام الوصيّة ص ٢٠٣، والغنية: ص ٣٠٧.

(١٧) تقدّم في ص ٦٥ س ١٢ فما فوق.

(١٨) غاية المراد: في الوصيّة للحربي ج ٢ ص ٤٦٧.

(١٩)

(٢٠)

الحربي يملك، وأنّ إياحه ما في يده للمسلم إذا استولى عليه لا تنافي ملكه. وقد استدلّ^{٢٠} للمنع بأصل عدم الانتقال وأنه متوقّف على الدليل وهو مفقود واستدلّ في «الرياض» على المنع في الأجانب بالإجماع الظاهر من قوله في «المبسوط»: لا تصحّ الوصيّة عندنا للكافر الذي لا رحم. وقال: إنه مخصّص لإجماع الطبرسي الدالّ على جواز لأهل الحرب مع اعتضاده بالشهرة، وإطلاق الكتاب والسنة^{٢١}. وفيه: أنّ إجماع الطبرسي نصّ صريح في جواز مبرّة غير القرابة الحربي، وذلك غير مصرّح فيه بالحربي واستدلّ^{٢٢} على المنع مطلقاً بالآيات الناهية عن المودة إليهم وقال: إنها سليمة عن المعارض سوى إجماع الطبرسي وإطلاق الكتاب والسنة. وفيه: إنّ من إطلاق الكتاب قوله تعالى^{٢٣}: ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ﴾ ومن إطلاق السنة قوله ﷺ: لك بكلّ ذات كبد حراء أجر^{٢٤}. وقد أجاب عن ذلك بأنّ هذه إطلاقات مخصّصة بالآيات الناهية عن المودة إليهم، لا اعتضاد هذه بالشهرة العظيمة وحكاية إجماع المبسوط. وهو كما ترى كلام غير تامّ. والمودة في معنى المبرّة، إلّا أن يريد بإطلاقات الكتاب والسنة غير ما ذكرنا، وغير ما ذكره الجماعة كمعومات الوصيّة فليحظ. هذا كلّه مضافاً إلى أنّ الأصل الصحة، وأنّ القرابة غير شرط، وأنّها نوع عطية فجازت بعد الوفاة كحال الحياة وينبغي أن يستدلّ عليه بالإجماع الآخر الذي في المبسوط كما سمعته. وأما الصحاح فقد يمكن الاستدلال بها للمنع بأنّه ﷺ عطف بأن الوصيّة ما إذا

(١٩) تقدّم في ص ٦٥ س ١٢ لما فوق.

(٢٠) رياض المسائل: في الوصيّة للحربي ج ٩ ص ٤٥١.

(٢١) رياض المسائل: في الوصيّة للحربي ج ٩ ص ٤٥١.

(٢٢) رياض المسائل: في الوصيّة للحربي ج ٩ ص ٤٥١.

(٢٣) الممتحنة: آية ٨.

(٢٤) عوالي اللآلي: ج ٢ ص ٢٦٠.

كان يهودياً أو نصرانياً. ولو كان المعطوف عليه شاملاً للحربي، لكان المناسب أن يقول: وإن كان حريباً، لأن كان أخفى، فاقتصره على اليهودي والنصراني يشير إلى أنه يريد الذمّي، ويمكن الاستدلال بها للصحة بأن يقال: إن اليهودي والنصراني شاملان للحربي واعترضه في «الرياض»: بأنه لا عموم فيهما لكونهما نكرتين في سياق الإثبات فيكونان مطلقين فينصرفان بحكم التبادر إلى الذمّي^١. وفيه: أنهما واقعان في سياق العموم، وهو قوله ﷺ: أعطه^٢ لمن أوصى له، فيكونان عامين كالأزواج في قوله تعالى^٣: «والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً» بل عموم من وحده كاف، لكنهما لا يتناولان الحربي الوثني، ولا قائل بالفصل وهذا هو الأقعد في الرد فليتأمل جيداً.

ولك أن تقول: تخصيصهما بالذكر لقلة الوثني وعدم منافسته في الدين لمكان جهله، فلم يكن معتبراً ولا معتداً به، ولذلك ورد من ترك الحج فليمت إن شاء يهودياً أو نصرانياً فتأمل.

وكيف كان فقضية الجمع بين الأدلة جوازها للذمّي دون الحربي كما عليه المعظم. وهو أولى من الجمع بينها باشتراط كونه ذا رحم من وجوه منها أنه لا يطابق قوله تعالى^٤: «لا ينهاكم الله» الآية. ونساء أهل الحرب وصبيانهم وإن لم يقاتلوا لكنهم متدين لهم بالتمكين من القتال فلا نقض بهم، أو يقال: إن حالهم في الوصية كحالهم في القتل والأسر والنجاسة تعبد، ولكن الوجه ما سمعت.

(١) رياض المسائل: في الوصية للحربي ج ٩ ص ٤٥١.

(٢) وسائل الشيعة: ب ٣٢ من أبواب أحكام الوصايا ج ١ ص ١٣ ص ٤١١.

(٣) البقرة: آية ٢٣٤.

(٤) وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب وجوب الحج ج ١ ص ٨ ص ٢٠.

(٥) الممتحنة: آية ٨.

والمرتد.

والحربي الغير المقاتل مقاتل بالقوة القريبة، لأنه إذا طولب بالجزية قاتل. هذا وما في كتابة علي بن بلال لأبي الحسن عليه السلام يهودي مات وأوصى لديّانه بشيء، أقدر على أخذه هل يجوز إن أخذه وأدفعه إلى مواليك أو أنفذه فيما أوصى به؟ فكتب عليه السلام؛ أوصله إليّ وعرفنيه لأنفذه فيما ينبغي^١. وغيرها^٢ بمعناه ممّا هو ليس بصريح في الصحة والبطلان، مع ضعف سنده. هذا وقد رووا^٣ أنّ عمر بن الخطاب أعطى خاله الحربيّ حلّة حرير بمكّة شرفها الله تعالى.

[في الوصيّة للمرتد]

قوله: «والمرتد» أي والأقرب البطلان للمرتد كما في «التذكرة»^٤ والإيضاح^٥ واللمعة^٦ والكفاية^٧ وفي «الدروس»^٨ وجامع المقاصد^٩ والروضة^{١٠} «أنّها تصحّ للملّي، وفي «جامع المقاصد والروضة» وللمرأة وإن كانت وتصحّ الوصيّة للأجنبي والوارث سواء أجاز بقيّة الورثة أم لا.

المرتب

- (١) وسائل الشيعة: ب ٣٥ من أبواب أحكام الوصايا ج ٣ ص ١٣.
- (٢) وسائل الشيعة: ب ٣٥ من أبواب أحكام الوصايا ج ٢ ص ١٢.
- (٣) الشرح الكبير ذيل المغني لابن قدامة: باب الموصى له ج ٦ ص ٤٦٧.
- (٤) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة للمرتد ج ٢ ص ٤٦٤ س ٣٨.
- (٥) إيضاح الفوائد: في الوصيّة للمرتد ج ٢ ص ٤٨٨.
- (٦) اللمعة الدمشقية: في الوصيّة للمرتد ص ١٧٩.
- (٧) لم نعث عليه في الكفاية.
- (٨) الدروس الشرعية: في الوصيّة ج ٢ ص ٣٠٨.
- (٩) جامع المقاصد: في الوصيّة ج ١٠ ص ٥٣.
- (١٠) الروضة البهية: في الوصيّة للمرتد ج ٥ ص ٥٥.

عن فطرة. وفي «التحرير» في المرتد الملى قولان^١. قلت: وإن قلنا إن الفطري يملك الكسب المتجدد صحّت الوصية له كما في «الدروس» وكذا «جامع المقاصد والروضة» والوجه في عدم صحّتها للفطري أنّه واجب القتل في كلّ حال، فليس هناك زمان يثبت به الملك فيه.

وليعلم أنّ المصنّف قد اختار في باب الوقف جوازه على المرتدّ عن غير فطرة، ومنع هنا من الوصية له، وقال ولده: وقد سألتنا عن ذلك؟ فقال: الأصحّ عندي أنّه لا يصحّ الوقف عليه ولا الوصية له إن استمرّ على الكفر إلى أن مات أو قتل والأصحّ بمعنى أن يكون إسلامه كاشفاً عن صحّتهما، وموته على الكفر كاشف عن بطلانهما فقولني في الوقف بالصحة وهنا بالبطلان لا يتنافيان على تقديرين، أي أنّه أراد صحة الوقف إذا أسلم، وعدم الوصية إذا لم يسلم^٢ انتهى فتأمل.

[في الوصية للأجنبي والوارث]

قوله: «وتصحّ الوصية للأجنبي والوارث سواء أجازت بقية الورثة أم لا» أراد بهذا الردّ على العامة^٣ حيث منع منهم جماعة من الوصية للوارث وجعلها آخرون متوقفة على إجازة الورثة كما لو أوصى بزيادة على الثلث فيقف على الإجازة، فمراده أنّه لا فرق بين الوصية للوارث والأجنبي في صحّتها إذا خرجت من الثلث ولا اعتبار بإجازة بقية الورثة.

(١) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٦٦.

(٢) إيضاح الفوائد: في الوصية للمرتدّ ج ٢ ص ٤٨٨.

(٣) راجع الهوامش الآتية في ص ٤١٠ من الرقم ١٦ - ٢٢.

وفي «الانتصار»^١ والخلاف^٢ والغنية^٣ والسرائر^٤ والتذكرة^٥ والتحرير^٦ وظاهر «المبسوط»^٧ في موضعين منه و«فقه الراوندي»^٨ وكشف الحق^٩ والإيضاح^{١٠} فيما يأتي بل و«الغنية»^{١١} الإجماع على صحتها للوارث. وظاهر «التذكرة والمسالك»^{١٢} الإجماع على عدم الفرق بينه وبين الأجنبي وفي «جامع المقاصد»: أنه لا اعتبار بإجازة باقي الورثة بلا خلاف في ذلك عندنا^{١٣}. وظاهر «التذكرة»^{١٤} أيضاً الإجماع عليه. وقد قال الله تعالى: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين. فمن بذله بعد ما سمعه فإثمًا إثمه على الذين يبدّلونه إن الله سميع عليم»^{١٥}. فقد أكد ذلك بتأكيدات كثيرة جداً مذكورة في «التذكرة»^{١٦} وفي

مركزية كوتور علوم إسلامية

- (١) الانتصار: في الوصية للوارث ص ٥٩٨.
- (٢) الخلاف: في صحة الوصية للوارث ج ٤ ص ١٣٥.
- (٣) غنية النزوع: في الوصية للوارث ص ٣٠٦.
- (٤) السرائر: في الوصية للوارث ج ٣ ص ١٨٦.
- (٥) تذكرة الفقهاء: في الوصية للوارث ج ٢ ص ٤٦٦ س ٩.
- (٦) تحرير الأحكام: في الوصية للوارث ج ٣ ص ٣٦٢.
- (٧) المبسوط: في الوصية للوارث ج ٤ ص ١١٠ و ١١١.
- (٨) فقه القرآن: في الوصية للوارث ج ٢ ص ٣٠٦.
- (٩) نهج الحق وكشف الصدوق: في الوصية للوارث ص ٥١٦.
- (١٠) إيضاح الفوائد: في الوصية للوارث ج ٢ ص ٤٨٩.
- (١١) غنية النزوع: في الوصية للوارث ص ٣٠٦.
- (١٢) مسالك الأفهام: في شرائط الموصي له ج ٦ ص ٢١٦.
- (١٣) جامع المقاصد: في الموصي له ج ١٠ ص ٥٣.
- (١٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية للوارث ج ٢ ص ٤٦٦ س ١٠.
- (١٥) البقرة: آية ١٨٠ - ١٨١.
- (١٦) تذكرة الفقهاء: في الوصية للوارث ج ٢ ص ٤٦٦ س ١١.

«الخلافاً»^١ أنها نصّ في الصحة. وقد ورد في الأخبار الصحيحة جواز الوصية للوارث كصحيحة محمد بن مسلم^٢ وصحيحة أبي بصير^٣ وصحيحة أبي ولّاد^٤.
والحاصل كأنه من ضروريات المذهب، فلا تصغ إلى ما في «الكشاف» من قوله إنّ الوصية كانت في بدء الإسلام واجبة فنسخت بآية المواريث وبقوله ﷺ: إنّ الله سبحانه أعطى كلّ ذي حقّ حقّه ألاّ وصية لوارث^٥. وتلقّاه الأئمة بالقبول حتّى لحق بالمتواتر وإن كان من الأحاديث انتهى. قلت: قد رواه^٦ شرحبيل بن مسلم عن أبي أمامة ولم يلقه وقد قال المفيد^٨ وغيره^٩: إنّّه باطل، وقال أبو حنيفة^{١٠} وأحمد ومالك والشافعي في أحد قوليه: إنّ الورثة إن أجازوا الوصية كان تنفيذاً لما فعله الموصي لما رواه ابن عباس^{١١} عن النبي ﷺ: لا تجوز الوصية للوارث إلّا أن تجيزها الورثة وفي رواية أخرى: إلّا أن يشاء الورثة وقد عمل فقهاؤهم لهذين الخبرين. ثمّ إنّ آل الله سبحانه وتعالى سادات الأئمة فأين ما افتراه هذا الكاذب الفاجر بقوله تلقّاه الأئمة بالقبول حتّى ألحق بالمتواتر.

-
- (١) الخلاف: في الوصية للوارث ج ٤ ص ١٣٥.
(٢) وسائل الشيعة: ب ١٥ من أبواب أحكام الوصايا ج ٢ ص ١٣ ص ٣٧٣.
(٣) وسائل الشيعة: ب ١٥ من أبواب أحكام الوصايا ج ٢ ص ١٣ ص ٣٧٤.
(٤) وسائل الشيعة: ب ١٥ من أبواب أحكام الوصايا ج ٧ ص ١٣ ص ٣٧٥.
(٥) سنن ابن ماجه: ج ٢ ص ٩٠٥ ح ٢٧١٣.
(٦) تفسير الكشاف: ج ١ ص ٢٢٤.
(٧) المجموع: في الوصية ج ١٥ ص ٣٩٩.
(٨) المقنعة: في الوصية للوارث ص ٦٧٠.
(٩) كما في الخلاف: في صحة الوصية للوارث ج ٤ ص ١٣٥، والانتصار: في الوصايا ص ٦٠٠.
(١٠) المغني لابن قدامة: ج ٦ ص ٤١٩، بداية المجتهد: ج ٢ ص ٣٦١، والمحلي: ج ٩ ص ٣١٦، الإمام: ج ٤ ص ١٠٨.
(١١) السنن الكبرى للبيهقي: في الوصايا ج ٦ ص ٢٦٤.

ولو أوصى لأمّ ولده فالأقرب أنّها تعتق من الوصية لا من
النصيب على رأي (١)

[في الوصية لأمّ ولده]

قوله: «ولو أوصى لأمّ ولده فالأقرب أنّها تعتق من الوصية لا
من النصيب على رأي» لا خلاف في صحة وصية الإنسان لأمّ ولده، كما في
«المبسوط»^١ والتنقيح^٢ وجامع المقاصد^٣ والمفاتيح^٤ والتذكرة^٥ والمسالك^٦ وفي
الأخيرين أيضاً و«الإيضاح»^٧ الإجماع على ذلك، وأمّا أنّها تعتق من الوصية فهو
المشهور كما في «المهذب البارع»^٨ والمنقول كما في «الحواشي»^٩ وهو خيرة
«السرائر»^{١٠} والجامع^{١١} والتحرير^{١٢} والإرشاد^{١٣} والتبصرة^{١٤} والمقتصر^{١٥}

مركز تحقيق مكتبة علوم اسلامی

- (١) المبسوط: في الوصية لأمّ الولد ج ٤ ص ٦٢.
- (٢) التنقيح الرائع: في الوصية لأمّ الولد ج ٢ ص ٣٧٧.
- (٣) جامع المقاصد: في الوصية لأمّ الولد ج ١٠ ص ٥٤.
- (٤) مفاتيح الشرائع: في الوصية للمملوك ج ٣ ص ٢٢٩.
- (٥) تذكرة الفقهاء: في الوصية لأمّ ولده ج ٢ ص ٤٦٣ س ٩.
- (٦) مسالك الأفهام: في الموصى له الوصية لأمّ الولد ج ٦ ص ٢٢٩.
- (٧) إيضاح الفوائد: في الوصية لأمّ الولد ج ٢ ص ٤٨٨.
- (٨) المهذب البارع: في الوصية لأمّ الولد ج ٣ ص ١٠٩.
- (٩) لم نعثر عليه.
- (١٠) السرائر: فيما يصحّ من الوصية وما لا يصحّ ج ٢ ص ٢٠٠.
- (١١) الجامع للشرائع: في الوصية لأمّ الولد ص ٤٩٥.
- (١٢) تحرير الأحكام: في الوصية لأمّ الولد ج ٣ ص ٣٦٨.
- (١٣) إرشاد الأذهان: في الموصى له ج ١ ص ٤٥٨.
- (١٤) تبصرة المتعلمين: في الوصايا ص ١٢٦.
- (١٥) المقتصر: في الوصية لأمّ الولد ص ٢١٦.

والكفاية^١ وفي «المسالك» لعلّه أجود وحكاه فيه عن «الشرائع» في باب الاستيلاد^٢ ولم نجده. ومرادهم كما هو صريح بعضهم أنّها إن ضاقت فالباقى من نصيب ولدها.

ولا تغفل عن شهرة «المهذب» فإنّ المصرّح به قبله ثلاثة أو أربعة أو اثنان، وهما ابن إدريس وسبطه، وأمّا الفاضلان فقد اختلف كلامهما.

والقول بأنّها تنعّق من نصيب ولدها خيرة «النهاية»^٣ ونكتها^٤ على ما حكى عنها و«التذكرة»^٥ والمختلف^٦ وغاية المراد^٧ واللمعة^٨ وجامع المقاصد^٩ وإيضاح النافع^{١٠} وفي «الإيضاح»^{١٠} أنّه جيّد وفي «الحواشي»^{١١} أيضاً أنّه المنقول. ولا ترجيح في «الشرائع»^{١٢} والنافع^{١٣} وكشف الرموز^{١٤} والدروس^{١٥} والتنقيح^{١٦} والروض^{١٧}

(١) كفاية الأحكام: في الوصية لأُمّ الولد ج ٢ ص ٥٢٥.

(٢) مسالك الأفهام: في الوصية لأُمّ الولد ج ٦ ص ٢٣٠.

(٣) النهاية: في الوصايا ص ٦١١.

(٤) حكاه في غاية المراد: ج ٢ ص ٤٧٥، والنهاية ونكتها: ج ٣ ص ١٥١.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الوصية لأُمّ الولد ج ٢ ص ٤٦٣ س ١٧.

(٦) مختلف الشيعة: في الوصية لأُمّ الولد ج ٦ ص ٣٧٣.

(٧) غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٤٧٦.

(٨) اللمعة الدمشقية: في الوصية لأُمّ الولد ص ١٧٧.

(٩) جامع المقاصد: في الوصية لأُمّ الولد ج ١٠ ص ٥٤.

(١٠) إيضاح الفوائد: في الوصية لأُمّ الولد ج ٢ ص ٤٨٩.

(١١) لم نعثر عليه.

(١٢) شرائع الإسلام: في الوصية لأُمّ الولد ج ٢ ص ٢٥٤.

(١٣) المختصر النافع: في الوصية لأُمّ الولد ص ١٦٤.

(١٤) كشف الرموز: في الوصية لأُمّ الولد ج ٢ ص ٧٦.

(١٥) الدروس الشرعية: في الوصية لأُمّ الولد ج ٢ ص ٢٢٤.

(١٦) التنقيح الرائع: في الوصية لأُمّ الولد ج ٢ ص ٣٧٧.

(١٧) لا يوجد لدينا كتابه.

والمفاتيح^١ ولم يتعرّض له في «المقنعة والمبسوط والمهذب والمراسم والوسيلة والغنية» وغيرها.

حجّة القول الأول أنّ الإرث مؤخّر عن الوصيّة فتملك هي قبل ملك ولدها فتصرف إلى عتقها، كما لو أوصى لعبده بشيء، فإنّه يصرف إلى عتقه. وفيه: أنّ المتأخّر استقرار الملك لا أصله. نعم قد ورد فيما يزيد على عشرة أخبار من الكتب^٢ الأربعة ومستطرفات «السرائر^٣ وقرب الإسناد^٤» أنّها تعتق من الثلث ولها الوصيّة، وفي ذيل صحيح أبي عبيدة في «الكافي^٥ وتهذيب^٦» قال: وفي كتاب العباس بن معروف: تعتق من نصيب ابنها تعطى من ثلث ما أوصى لها به. ولعلّ الظاهر أنّ المراد من العتق من الثلث في هذه الأخبار الكثيرة التي قام الإجماع على عدم العمل بها على ظاهرها كما في «التنقيح^٧» العتق من الوصيّة كما احتمله صاحب «الدروس^٨» وغيره^٩ لشيوع إطلاق الثلث على الوصيّة ولمقابلة ذلك برواية العباس المتضمنة أنّها تعتق من نصيب ابنها. ولا ينافيه إطلاق الحكم فيما بعد بأنّ لها الوصيّة، لقوّة احتمال أن يراد ما زاد بعد العتق من الوصيّة، مع احتمال أن يكون المراد منه تأكيد الحكم الأول من انعقادها. وإن تحمّت شهرة

(١) مفاتيح الشرائع: في الوصيّة لمملوك الموصى ج ٣ ص ٢٢٩.

(٢) الكافي: ج ٧ ص ٢٩، ومن لا يحضره الفقيه: ج ٤ ص ٢١٦ ح ٥٥٠٨، وتهذيب الأحكام: ج ٩ ص ٢٣٤ ح ٢٧.

(٣) السرائر: في الوصيّة لأمّ الولد ج ٣ ص ٦٠٠.

(٤) قرب الإسناد: ص ٣٨٨ ح ١٣٦٣.

(٥) الكافي: ج ٧ ص ٢٩ ح ٤.

(٦) تهذيب الأحكام: ج ٩ ص ٢٢٤ ح ٨٨٠.

(٧) التنقيح الرائع: في الموصى له ج ٢ ص ٣٧٧.

(٨) الدروس الشرعية: في الوصيّة لأمّ الولد ج ٢ ص ٢٢٤.

(٩) كرياض المسائل: في الوصيّة لأمّ الولد ج ٩ ص ٤٦٧.

المهذب البارع جبرت الدلالة.

ومن البعيد غاية البعد أن ترد هذه الأخبار الكثيرة مخالفة للأصول المقررة في حجة كل من القولين المثقة على عتقها من غير الثلث كما سمعت وستسمع وفي «السرائر»: أنه الذي تقتضيه أصول مذهبنا^١. كما أنه من البعيد غاية البعد حمل هذه الروايات على ما إذا أعتقها في المرض قبل الموت ثم أوصى لها بعده، لعدم ما يدل على ذلك في الرواية مع مقابله برواية العباس التي هي نصّة في أمّ الولد التي لم تعتق والمورد واحد. ونعم ما صنع في «الكفاية»^٢ والمفاتيح^٣ من جعلها حجة لهذا القول. وقد احتج بها في المسالك للقول بأنها تعتق من نصيب الولد، قال: لأن الحكم بإعطائها الوصية كاف في المطلوب، إذ عتقها حينئذ من نصيب ولدها يستفاد من دليل صحيح، وبقي ما نقل عن كتاب العباس شاهداً على المدعى^٤. وقد أخذه من «جامع المقاصد»^٥ حيث قال: لا خلاف في المروي في إعطائها الوصية فيبقى إنعاقها من نصيب الولد ثابتاً بالدلائل القاطعة بل يكون شاهداً على ما في كتاب العباس^٥ انتهى. وهو كما ترى مندفع بما مضى، مع أن ما اكتفى به في المسالك إنما يتم حيث لا يحتمل فيها الاحتمال البعيد الذي اعترف هو به من كون وجه صرف الوصية إليها انعاقها تبرّعاً قبل الموت. ومع هذا الاحتمال لا يتم ذلك الاستدلال.

وحجة القول الثاني أنه قد اعترف في «السرائر»^٦ بورود ذلك في أخبارنا

(١) السرائر: في الوصية لأم الولد ج ٣ ص ٢٠٠.

(٢) كفاية الأحكام: في الوصية لأم الولد ج ٢ ص ٥١ - ٥٢.

(٣) مفاتيح الشرائع: في حكم الوصية لمملوك الموصي ج ٣ ص ٢٢٩.

(٤) مسالك الأفهام: في الوصية لأم الولد ج ٦ ص ٢٢٩ - ٢٣٠.

(٥) جامع المقاصد: في الوصية لأم الولد ج ١٠ ص ٥٥ - ٥٦.

(٦) السرائر: في الوصية لأم الولد ج ٣ ص ١٩٩ - ٢٠٠.

٩ وإطلاق الوصية يقتضي التساوي في المتعدد.

وظاهره أنها صريحة في ذلك ويجبر إرسالها عمل الشيخ وجماعة بها، وأنّ التركة ينتقل من حين الموت إلى الوارث وإن لم يستقرّ إلا بعد الوصية أو الدين، فيستقرّ ملك ولدها على جزء منها فينتقل عليه ويستحق الوصية، وأنّ نفوذ الوصية وإن لم يتوقف على القبول لكنّه يتوقف على وصول التركة إلى الوارث، ومعرفة القيمة وملك الوارث لا يتوقف على شيء، وأنها لو لم يوص لها لعتقت من نصيب ولدها إجماعاً فكذا إذا أوصى لها، وأنّ ما في كتاب العباس نصّ في الباب، وللنظر في بعض هذه الأدلة مجال لكن هذا القول ليس بذلك البعيد.

وهناك قولان نادران أحدهما: ما حكى^١ عن أبي عليّ من تخيير الوارث بين عتقها من الوصية أو من نصيب ولدها. الثاني: ما حكاه جماعة^٢ عن الصدوق من أنّها تعتق من الثلث.

[فيما لو كانت الوصية للأولاد والأعمام والأخوال مطلقة]

قوله: «وإطلاق الوصية يقتضي التساوي في المتعدد» هذا في غير الأخوال والأعمام، وغير الفقراء ممّا لا خلاف فيه، وبه طفحت عباراتهم، حتّى «النهاية» كما ستسمع. ومن الغريب أنّ أحداً لم يستثن الفقراء غير الشهيد في «الحواشي»^٣ ولعلّه لأنّ المراد المتعدد الذي يجب إعطاؤه.

(١) نقله عنه العلامة في المختلف: في الوصية لأُمّ الولد ج ٦ ص ٣٧٣.

(٢) منهم العلامة في مختلف: في الوصية لأُمّ الولد ج ٦ ص ٣٧٣، والشهيد في غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٤٧٥، والبحراني في الحقائق: في الوصية لأُمّ الولد ج ٢٢ ص ٥٤٣.

(٣) لم نعثر عليه.

فلو أوصى لأولاده وهم ذكور وإناث تساووا

قوله: «فلو أوصى لأولاده وهم ذكور وإناث تساووا» كما في «الكافي»^١ والنهاية^٢ والمهذب^٣ والوسيلة^٤ والسرائر^٥ والشرائع^٦ وكشف الرموز^٧ والتذكرة^٨ والتحرير^٩ والإرشاد^{١٠} والتلخيص^{١١} والتبصرة^{١٢} والمختلف^{١٣} وغاية المراد^{١٤} والدروس^{١٥} واللمعة^{١٦} والحواشي^{١٧} والتنقيح^{١٨} وجامع المقاصد^{١٩} والمسالك^{٢٠} والروض^{٢١} والروضة^{٢٢} والكفاية^{٢٣} «به صرح

- 
- (١) الكافي في الفقه: في الوصية ص ٣٦٥.
 (٢) النهاية: في الوصية المبهمة و... ص ٦١٤.
 (٣) المهذب: في حكم الإيصال للأقرباء ج ٢ ص ١١٥.
 (٤) الوسيلة: في أحكام الوصية ص ٣٧٥.
 (٥) السرائر: في الوصية المبهمة ج ٣ ص ٢١٠.
 (٦) شرائع الإسلام: في اقتضاء إطلاق الوصية ج ٢ ص ٢٥٤.
 (٧) كشف الرموز: في الوصية للأقرباء ج ٢ ص ٧٦.
 (٨) تذكرة الفقهاء: في الوصية للأولاد ج ٢ ص ٤٧٧ ص ٣٧.
 (٩) تحرير الأحكام: في الوصية للأولاد ج ٣ ص ٣٧٠.
 (١٠) إرشاد الأذهان: في الوصية للأولاد ج ١ ص ٤٥٨.
 (١١) تلخيص المرام: في الوصية للأولاد ص ١٥٧.
 (١٢) تبصرة المتعلمين: في الوصية للأولاد ص ١٢٦.
 (١٣) مختلف الشيعة: في الوصية للأولاد ج ٦ ص ٣٨٤.
 (١٤) غاية المراد: في الوصية للأولاد ج ٢ ص ٤٧٧.
 (١٥) الدروس الشرعية: في اقتضاء إطلاق الوصية ج ٢ ص ٣٠٩.
 (١٦) اللمعة الدمشقية: في اقتضاء الوصية للجماعة ص ١٧٧.
 (١٧) لم نعر عليه.
 (١٨) التنقيح الرائع: في الوصية للأخوال والأعمام ج ٢ ص ٣٧٩.
 (١٩) جامع المقاصد: في اقتضاء إطلاق الوصية ج ١٠ ص ٥٦.
 (٢٠) مسالك الأفهام: في اقتضاء إطلاق الوصية ج ٦ ص ٢٣١.

إِلَّا أَنْ يَفْضَلَ، ﴿٢٧﴾

في «المقنعة»^{٢٤} فيما إذا أوصى لأقاربه، وهو قضية كلام «النافع»^{٢٥} والمهذب البارع^{٢٦} والمقتصر^{٢٧} وغيرها^{٢٨}، ولا خلاف في ذلك كما في «المسالك»^{٢٩} «ستسمع فتاواهم وإجماعاتهم على التساوي في الأعمام والأخوال وفي «المسالك»: أن رواية التفضيل لم يعمل بها أحد^{٣٠}. قلت: أشار إلى ما رواه سهل قال: كتب إليه رجل له ولد ذكور وإناث فأقرّ لهم لضيعة أنها لولده لم يذكر بينهم على سهام الله وفرائضه الذكر والأنثى فيه سواء؟ فوقع عليه السلام ينفذون فيها وصية أبيهم على ما سمي، فإن لم يكن سمي شيئاً ردّها إلى كتاب الله وسنة نبيه عليه السلام. وقد رواه المشايخ الثلاثة^{٣١} لكنّه على ضعفه مكاتبة وغير صريحة.

قوله: «إِلَّا أَنْ يَفْضَلَ» لا إشكال لو نصّ على التفضيل. وقد نصّ عليه

(٢١) لا يوجد لدينا كتابه ولكن يظهر مراده من حاشية الإرشاد (غاية المراد ج ٢): في الوصايا ص ٤٧٦.

(٢٢) الروضة البهية: في اقتضاء الوصية للجماعة ج ٥ ص ٢٨.

(٢٣) كفاية الأحكام: في اقتضاء الوصية للجماعة ج ٢ ص ٥٢.

(٢٤) المقنعة: في الوصية للأقارب ص ٦٧٥.

(٢٥) المختصر النافع: في اقتضاء إطلاق الوصية ص ١٦٤.

(٢٦) المهذب البارع: في الوصية للأقرباء ج ٣ ص ١١٢.

(٢٧) المقتصر: في الوصية للأقرباء ص ٢١٦ - ٢١٧.

(٢٨) كما في الحدائق: في اقتضاء إطلاق الوصية ج ٢٢ ص ٥٤٥.

(٢٩) مسالك الأفهام: في اقتضاء إطلاق الوصية ج ٦ ص ٢٣١.

(٣٠) مسالك الأفهام: في اقتضاء إطلاق الوصية ج ٦ ص ٢٣١.

(٣١) الكافي: في من أوصى القرابته ومواليه... ذيل ج ١ ص ٧، ومن لا يحضره الفقيه: في الوصية: في الوصية للأقرباء والمولى ج ٥٤٨٤ ص ٤، وتهذيب الأحكام: ب ١٦ في الوصية المبهمة ذيل ج ٢٣ ص ٩.

وكذا لو أوصى لأعمامه وأخواله، ⑤

في «الشرائع»^١ وما ذكر بعدها^٢ إلّا ما قلّ، ونبّه عليه في «النهاية»^٣ والوسيلة^٤ وفي صحيح الصفار جائر للميت ما أوصى به على ما أوصى به^٥. وفي الخبر: ينفذون وصيّة جدّهم كما أمر^٦ وإطلاقهم يشمل ما إذا كان المفضّل أنثى أو خالاً وقلنا بمقالة «النهاية» من أنّه مفضول بالنسبة إلى العمّ.

قوله: «وكذا لو أوصى لأعمامه وأخواله» يعني إطلاق الوصيّة يقضي بالتسوية بينهم، لأنّه هو الذي يقتضيه مذهبنا كما في «السرائر» وعليه الفتوى كما في «التنقيح»^٧ وإيضاح النافع» وعليه العمل كما في «جامع المقاصد»^٨ وظاهر «الشرائع»^٩ والتحرير^{١٠} والتذكرة^{١١} الإجماع عليه، حيث قيل في الأوّل: إن رواية

مكتبة جامعة طهران

- (١) شرائع الإسلام: في اقتضاء إطلاق الوصيّة ج ٢ ص ٢٥٤.
- (٢) كشف الرموز: في الوصيّة ج ٢ ص ٧٦، وإرشاد الأذهان: في الموصى له ج ١ ص ٤٥٨، وتلخيص المرام: في الوصيّة ص ١٥٧، وتبصرة المتعلّمين: في الوصايا ص ١٢٦، وغاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٤٧٦، والدروس الشرعية: في الوصيّة ج ٢ ص ٣٠٩، واللمعة الدمشقية: في الوصايا ص ١٧٧، والتنقيح الرائع: في الوصيّة ج ٢ ص ٣٧٩، ومسالك الأفهام: في شرائط الموصى له ج ٦ ص ٢٣١، والروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٢٨، وكفاية الأحكام: في الموصى له ج ٢ ص ٥٢.
- (٣) النهاية: في الوصيّة المبهمّة ص ٦١٤.
- (٤) الوسيلة: في أحكام الوصيّة ص ٣٧٥.
- (٥) وسائل الشيعة: ب ٦٣ في أحكام الوصايا ج ١ ص ١٣، ٤٥٤.
- (٦) وسائل الشيعة: ب ٦٤ في أحكام الوصايا ج ١ ص ١٣، ٤٥٥.
- (٧) التنقيح الرائع: في الوصيّة الأعمال والأخوال ج ١٠ ص ٥٦.
- (٨) جامع المقاصد: في الوصيّة للأعمام والأخوال ج ١٠ ص ٥٦.
- (٩) شرائع الإسلام: في الوصيّة للأعمام والأخوال ج ٢ ص ٢٥٤.
- (١٠) تحرير الأحكام: في الوصيّة للأعمام والأخوال ج ٣ ص ٣٧٠.
- (١١) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة للقرابة ج ٢ ص ٤٧٥ س ٣٢.

التفضيل مهجورة، وفي الثاني: أن قول الشيخ مطروح، وفي الثالث عندنا. وفي «جامع المقاصد»^١ والمسالك^٢ أنه المشهور، وفي «الكفاية»^٣ أنه أشهر.

قلت: الإجماع لدينا محصل معلوم، لأن الكتب التي صرح فيها بتساوي الأولاد عدا «النهاية والكفاية» ما بين مصرح فيها به في الأخوال والأعمام وظاهر فيه ظهوراً كاد يلحق بالتصريح عدا «الدروس» فإنه ليس بتلك المكانة من الظهور. وقد سمعت ما في «المقنعة» في مسألة الأقارب.

والمخالف القائل بأن لأعمامه الثلثين ولأخواله الثلث إنما أبو علي كما حكاه عنه الشهيد^٤ وأبو العباس^٥ والمحقق الثاني^٦ وغيرهم^٧. وحكى عنه غيرهم كالمصنف في «المختلف»^٨ أنه رواه عن مولانا الصادق^٩ وفي نسخة أخرى عن الباقر^{١٠}، وقد حكوا^{١١} عنه مثل ذلك في الوقف - والشيخ في «النهاية»^{١٢} والقاضي فيما حكى^{١٣} عنه. ولعله في غير «المهذب» وهو ظاهر «جامع الشرائع»^{١٤} بل قد

-
- (١) جامع المقاصد: في الوصية للأعمام والأخوال ج ١٠ ص ٥٦.
 (٢) مسالك الأفهام: في الوصية للأعمام والأخوال ج ٦ ص ٢٣١.
 (٣) كفاية الأحكام: في الوصية للأعمام والأخوال ج ٢ ص ٥٢.
 (٤) الدروس الشرعية: في الوصية للأعمام والأخوال ج ٢ ص ٣٠٩.
 (٥) المقتصر: في الوصية للأعمام والأخوال ص ٢١٦، والمهذب البارع: في الوصية للأعمام والأخوال ج ٣ ص ١١١.
 (٦) جامع المقاصد: في الوصية للأعمام والأخوال ج ١٠ ص ٥٦.
 (٧) كالتطائبي في رياض المسائل: في الوصية للأعمام والأخوال ج ٩ ص ٤٦٨.
 (٨) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٨٤، الموجود في هذه النسخ وكذا في الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٤ ح ١ عن الباقر^{عليه السلام}.
 (٩) منهم العلامة في المختلف: في الوقف على الأولاد ج ٦ ص ٣٠٨، والتطائبي في رياض المسائل: في الوقف ج ٩ ص ٣٥٣، والشهيد في غاية المراد: في الوقف ج ٢ ص ٤٣٤.
 (١٠) النهاية: في الوصية للأعمام والأخوال ص ٦١٤.
 (١١) الحاكي هو التطائبي في رياض المسائل: في الوصية للأعمام والأخوال ج ٩ ص ٤٦٨.

يقال^{١٣} إنه ظاهر «الفقيه»^{١٤} لأنه رواه، وكذا الكليني^{١٥} لأنه أيضاً رواه، ولعلّه لذلك نسبه في «المسالك» إلى الشيخ وجماعة^{١٦}. وفي «الكفاية» أنه غير بعيد^{١٧}. وقد يشعر كلام «الدروس»^{١٨} بالتأمل.

وقد استندوا في ذلك إلى صحيحة زرارة في «الفقيه» عن أبي جعفر^{١٩} وحسنة بإبراهيم في «الكافي» في رجل أوصى بثلاث ماله في أعمامه وأخواله، فقال: لأعمامه الثلثان ولأخواله الثلث. وقد رواه الشيخ^{٢٠} بطريق فيه سهل، وآخر فيه الحسن بن محمد بن سماعة، لكن إعراض الأصحاب عنه مع رواية المشايخ الثلاثة له يقضي بأنّ عندهم ما هو أقوى منه من طريقة مستقيمة وسيرة مستمرة أو خبر وصل إليهم. وأما نحن فدليلنا الأصل المعتضد بما عرفت معتضداً أيضاً بإطباق الجماعة الذين تعرّضوا له في الوقف على ذلك، ونفى الخلاف فيه في «غاية المراد»^{٢١}.

-
- (١٢) الجامع للشرائع: في الوصية للأعمام والأخوال ص ٤٩٩.
 (١٣) القائل هو العلامة في المختلف: في الوصايا ج ٦ ص ٣٨٤.
 (١٤) من لا يحضره الفقيه: في الوصية للأقرباء والموالي ح ٥٤٨٣ ج ٤ ص ٢٠٨.
 (١٥) الكافي: في من أوصى لقراباته ومواليه ... ح ٣ ج ٧ ص ٤٥.
 (١٦) مسالك الأفهام: في الوصية للأعمام والأخوال ج ٦ ص ٢٣١.
 (١٧) كفاية الأحكام: في الوصية للأعمام والأخوال ج ٢ ص ٥٢.
 (١٨) الدروس الشرعية: في الوصية للأعمام والأخوال ج ٢ ص ٣٠٩.
 (١٩) تهذيب الأحكام: ب ١٦ في الوصية المبهمة ح ٢٢ ج ٩ ص ٢١٤، وص ٣٢٥ ح ٨ في ميراث الأعمام والعَمَّات.
 (٢٠) غاية المراد: في الوقف ج ٢ ص ٤٣٤.

⑦

ولو قال: علي كتاب الله تعالى فللذكر ضعف الأنثى.
وكذا الوقف: ولو أوصى لقربته فهو للمعروف بنسبه ⑧

[فيما لو كانت الوصية مقيّدة بكتاب الله]

قوله: «ولو قال علي كتاب الله فللذكر ضعف الأنثى» كما صرح به في «النهاية»^١ والوسيلة^٢ والتنقيح^٣ وجامع المقاصد^٤ والروضة^٥ وهو قضية غيرها وقضية صحيح الصفار^٦ والخبر^٧، لأن ذلك حكم الكتاب في الإرث، وهو المتبادر من هذا اللفظ في عرف المتشرعة.

قوله: «وكذا الوقف» أي في جميع ذلك من الإطلاقات والتقييد، بقوله: علي كتاب الله.

مركز تحقيق مكتبة علوم اسلامی

[في الوصية لقربته]

قوله: «ولو أوصى لقربته فهو للمعروف بنسبه» لا خلاف في صحة الوصية للقربة كما في «جامع المقاصد»^٨ وفي «التذكرة»^٩ والإيضاح^{١٠} الإجماع

(١) النهاية: في الوصية للأولاد ص ٦١٤.

(٢) الوسيلة: في أحكام الوصية ص ٣٧٥.

(٣) التنقيح الرائع: في الوصية للأعمام والأخوال ج ٢ ص ٣٧٩.

(٤) جامع المقاصد: في الوصية للأعمام والأخوال ج ١٠ ص ٥٧.

(٥) الروضة البهية: في الوصية للأعمام والأخوال ج ٥ ص ٢٨.

(٦ و ٧) تقدّم في هامش ١٣ و ١٤.

(٨) جامع المقاصد: في الوصية للقربة ج ١٠ ص ٥٧.

(٩) تذكرة الفقهاء: في الوصية للقربة ج ٢ ص ٤٧٥ س ٦.

(١٠) إرشاد الأذهان: في الوصية للأقارب ج ٢ ص ٤٨٩.

عليه، وفي «المسالك»: أنه لا إشكال فيه ^١. وقد سمعت ^٢ كلامهم في صحة الوصية للوارث.

وإنما اختلفوا في أن القرابة من هم فيما إذا أوصى لقرابته أو لذوي قرابته أو أقربائه أو رحمه أو ذوي رحمه، إذ الحكم في الكل واحد كما في «المبسوط» ^٣ والمهذب ^٤ والتذكرة ^٥ وغيرها ^٦. وقد أسبغنا الكلام في ذلك في باب الميراث ^٧. وذكرنا نبذاً منه في باب الوقف ^٨ فليحظ أحد البايين، ويأتي ^٩ لنا في الباب ما له نفع تام في المقام.

فالأكثر على رده للعرف كما في «المسالك» ^{١٠} والكفاية ^{١١} وهو خيرة «الخلاص» ^{١٢} والمبسوط ^{١٣} والقاضي ^{١٤} وابن إدريس ^{١٥} وأكثر المتأخرين، كما

مركز تحقيق مكتبة علوم إسلامي

- (١) مسالك الأفهام: في الوصية للقرابة ج ٦ ص ٢٣٢.
- (٢) تقدم في ص ٤٠٩ - ٤١٠.
- (٣) المبسوط: في الوصية للقرابة ج ٤ ص ٤٠.
- (٤) المهذب: في حكم الإيصاء للأقرباء ج ٢ ص ١١٤.
- (٥) تذكرة الفقهاء: في الوصية للقرابة ج ٢ ص ٤٧٥ س ٦.
- (٦) كرياض المسائل: في الوصية للقرابة ج ٩ ص ٤٧٠.
- (٧) تقدم في ج ٨ ص ١٠٠ - ١٠١.
- (٨) تقدم في ج ٩ ص ٦٦.
- (٩) سيأتي في ص ٤١٥.
- (١٠) مسالك الأفهام: في الوصية للقرابة ج ٦ ص ٢٣٢.
- (١١) كفاية الأحكام: في الوصية للقرابة ج ٢ ص ٥٣.
- (١٢) الخلاص: في الوصية للقرابة ج ٤ ص ١٥٠ مسألة ٢٤.
- (١٣) المبسوط: في الوصية للقرابة ج ٤ ص ٤٠.
- (١٤) المهذب: في حكم الإيصاء للأقرباء ج ٢ ص ١١٤.
- (١٥) السرائر: في الوصية للقرابة ج ٣ ص ٢١٠.

في «جامع المقاصد»^١، وعليه الفتوى كما في «التنقيح»^٢، وفي «نهج الحق»^٣؛ أنه ذهبت الإمامية إلى أنه إذا أوصى لأقاربه صرف إلى من يعرف بين الناس أنه قريبه^٤، وقال في «الخلافة»^٥ والمبسوط^٦؛ إنه الذي يقوى في نفسي وهو خيرة «المهذب»^٧ والسرائر^٨ والجامع^٩ والشرائع^{١٠} والنافع^{١١} وكشف الرموز^{١٢} والتذكرة^{١٣} والتحرير^{١٤} والتلخيص^{١٥} والإرشاد^{١٦} والتبصرة^{١٧} والمختلف^{١٨} والإيضاح^{١٩} والدروس^{٢٠} واللمعة^{٢١} والمقتصر^{٢٢} والتنقيح^{٢٣} وإيضاح النافع وجامع المقاصد^{٢٤}

- (١) جامع المقاصد: في الوصية للقراءة ج ١٠ ص ٥٨.
- (٢) التنقيح الرائع: في الوصية للقراءة ج ٢ ص ٣٨١.
- (٣) نهج الحق: في الوصية للقراءة ص ٥١٧.
- (٤) الخلافة: في الوصية للقراءة ج ٤ ص ١٥٠ مسألة ٢٤.
- (٥) المبسوط: في الوصية للقراءة ج ٤ ص ٤٤.
- (٦) المهذب: في حكم الإيصال للأقرباء ج ٢ ص ١١٤.
- (٧) السرائر: في الوصية للقراءة ج ٣ ص ٢١٠.
- (٨) الجامع للشرائع: في الوصية للقراءة ص ٤٩٦.
- (٩) شرائع الإسلام: في الوصية للقراءة ج ٢ ص ٢٥٤.
- (١٠) المختصر النافع: في الوصية للقراءة ص ١٦٤.
- (١١) كشف الرموز: في الوصية للقراءة ج ٢ ص ٧٧.
- (١٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية للقراءة ج ٢ ص ٤٧٥ س ٦ - ٧.
- (١٣) تحرير الأحكام: في الوصية للقراءة ج ٣ ص ٣٧١.
- (١٤) تلخيص العرام: في الوصية للقراءة ص ١٥٧.
- (١٥) إرشاد الأذهان: في الوصية للقراءة ج ١ ص ٤٥٨ - ٤٥٩.
- (١٦) تبصرة المتعلمين: في الوصية للقراءة ص ١٢٦.
- (١٧) مختلف الشيعة: في الوصية للقراءة ج ٦ ص ٣٦٠.
- (١٨) إيضاح الفوائد: في الوصية للقراءة ج ٢ ص ٤٨٩ - ٤٩٠.
- (١٩) الدروس الشرعية: في الوصية للقراءة ج ٢ ص ٣٠٩.
- (٢٠) اللمعة الدمشقية: في الوصية للقراءة ص ١٧٧.
- (٢١) المقتصر: في الوصية للقراءة ص ٢١٦ - ٢١٧.

والروض^{٢٤} والمسالك^{٢٥} والروضة^{٢٦} والكفاية^{٢٧} وكذا «الحواشي»^{٢٨} وحكاة في «الإيضاح»^{٢٩} عن جدّه. لأنّه إذا أطلق القريب فهم أهل العرف العام منه المعروف بالنسب. وهو المحكّم في مثل ذلك حيث لا نصّ كما اعترف به الشيخ^{٣٠} وجماعة^{٣١}، وهو قضيّة كلام الباقيين وفي الصحيح عن أحمد ابن محمّد بن أبي نصر قال: نسخت من كتاب بخط أبي الحسن عليه السلام: رجل أوصى لقربته بألف درهم، وله قرابة من قبل أبيه وأمه ما حدّ القرابة؟ يعطي من كان بينه وبينه قرابة، أو لها حدّ ينتهي إليه؟ فأريك فدتك نفسي؟ فكتب عليه السلام: إذا لم يسمّ أعطاها قرابته^{٣٢}. وفي رواية الحميري^{٣٣}: أعطى أهل ليس في قرابته. وهذا منه عليه السلام ردّ إلى العرف على الظاهر وهو الذي بنوا عليه في باب الوقف من غير خلاف ولا يكفي عندهم مطلق العلم بالنسب كما يتفق ذلك في الهاشميين. وتنصرف عندهم إلى الموجود منهم، فلا ينتظر وجود من يحتمل وجوده، بل

(٢٢) التنقيح الرائع: في الوصيّة للقرابة ج ٢ ص ٣٨١.

(٢٣) جامع المقاصد: في الوصيّة للقرابة ج ١٠ ص ٥٧ - ٥٨.

(٢٤) لا يوجد لدينا.

(٢٥) مسالك الأفهام: في الوصيّة للقرابة ج ٦ ص ٢٣٢.

(٢٦) الروضة البهية: في الوصيّة للقرابة ج ٥ ص ٢٨ - ٢٩.

(٢٧) كفاية الأحكام: في الوصيّة للقرابة ج ٢ ص ٥٣.

(٢٨) لم نثر عليه في النسخة الموجودة لدينا.

(٢٩) إيضاح الفوائد: في الوصيّة للقرابة ج ٢ ص ٤٨٩.

(٣٠) الخلاف: في الوصيّة للقرابة ج ٣ ص ١٥٠ مسألة ٢٤.

(٣١) منهم ابن إدريس في السرائر: في الوصيّة للقرابة ج ٣ ص ٢١١، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٥٨، وصاحب رياض المسائل: في الوصيّة للقرابة ج ٩ ص ٤٧١.

(٣٢) وسائل الشيعة: ب ٦٨ في أحكام الوصايا ج ١ ص ١٣ ص ٤٥٩.

(٣٣) قرب الإسناد: أحاديث متفرقة ص ٣٨٨ ح ١٣٦٢. (١٠)

ذكراً كان أو أنثى صغيراً كان أو كبيراً غنياً كان أو فقيراً، من قبل أب أنتسب إليه أو من قبل أم، بعيداً كان أو قريباً بالسوية. ١

يدفع إلى الموجود منهم حالة الوصية وربما قيل بأنه يجب الاستيعاب مع الحصر وإمكانه، وإلا صرف إلى أقل الجمع وهو ثلاثة على الأقوى أو اثنان، قاله في «التذكرة»^١، وهو يقضي بالتشريك، لا بيان المصرف، وسيأتي^٢ لنا تمام الكلام في ذلك في البحث الثالث فتأمل.

قوله: «ذكراً كان أو أنثى صغيراً كان أو كبيراً غنياً كان أو فقيراً من قبل أب انتسب إليه أو من قبل أم، بعيداً كان أو قريباً بالسوية» أما تناوله لهؤلاء جميعاً فهو قضية العرف والعادة، وبه صرح جماعة^٣ واقتضاه كلام آخرين^٤ بل يتناول المسلم والكافر منهم كما في «التذكرة»^٥ وغيرها^٦، إلا أن تدل القرينة على إرادة المسلم كما ذكره في الوصية^٧ إلى الفقراء، وأما أنه بالسوية فقد تقدم^٨ وجهه، وفرق بينه وبين الميراث، لأن الميراث يستحق بقرابة

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية لأقربائه ج ٢ ص ٤٧٥ س ١٩.

(٢) سيأتي في ص ٤٩٨.

(٣) منهم المحقق الثاني في جامع المقاصد: في الوصية للقرابة ج ١٠ ص ٥٨، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في الوصية للقرابة ج ٦ ص ٢٣٢، وصاحب رياض المسائل: في الوصية ج ٩ ص ٤٧٠ - ٤٧١.

(٤) كما في مختصر النافع: في الوصية ص ١٦٤، والتبصرة: في الوصية ص ١٦٧، والسران: في الوصية ج ٣ ص ١٨٧.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الوصية للقرابة ج ٢ ص ٤٧٥ س ١٨.

(٦) كالشهيد الثاني في مسالك: في الوصية للقرابة ج ٦ ص ٢٣٢ - ٢٣٣.

(٧) راجع ص ٤٥١ من القواعد: ٢، وجامع المقاصد: ١٠ ص ٧٢.

(٨) تقدم في ص ٤١١.

وقيل: لمن يتقرب إليه إلى آخر أب وأم له في الإسلام، ومعناه الارتقاء إلى أبعد جد في الإسلام وإلى فروعه ولا يرتقي إلى آباء الشرك ﴿٥﴾

مخصوصة والوصية بقراءة مطلقة، وهو - أي القريب - مشترك معنوي.
قوله: «وقيل: لمن يقرب إليه إلى آخر أب وأم له في الإسلام، ومعناه الارتقاء إلى أبعد جد في الإسلام وإلى فروعه ولا يرتقي إلى آباء الشرك» قد بين المصنف مراد القائلين بهذا القول بأن مرادهم أن من يقرب إليه ولو بأبعد جد أو جدة بشرط كونهما مسلمين ومن كان من فروعه وإن بعدت مرتبته بالنسبة إليه معدود قرابة إذا كان الجد مسلماً. وملخصه أن لكل قبيلة أباً تعرف به، فإن عرفت بأب مسلم فذاك، وإن عرفت بأب قبل الإسلام لم يعتد به كما هو خيرة «المقنعة»^١ والنهاية^٢ والغنية^٣ وزاد في «المقنعة» ولا يرجع على من يتعلق بمن نأى عنهم في الجاهلية، ومعناه ما ذكرنا.

ويأتي^٤ للمصنف في البحث الثاني ما يقرب من هذا القول، قال: ولو أوصى لأقارب علوي معين في زمانه ارتقى في بني الأعمام من أقاربه إلى أقرب جد ينتهي إليه الرجل، فيرتقي إلى بني علي عليه السلام دون بني عبدالمطلب، وبعد زمانه لا يصرف إلا إلى أولاد ذلك العلوي ومن ينتسب إليه لا إلى علي عليه السلام. وقد انفرد بهذا التفصيل. وأنكره عليه المحقق الثاني كما يأتي^٥ بيانه إن شاء الله ولعلهم يستندون

(١) المقنعة: في الوصية المبهمة ص ٦٧٥.

(٢) النهاية: في الوصية المبهمة ص ٦١٤.

(٣) غنية النزوع: في الوصية للقرابة ص ٣٠٨.

(٤) سيأتي في ص ٤٩٧ - ٤٩٨.

(٥) سيأتي في ص ٤٩٧ - ٤٩٨.

في المقام إلى صدق اسم القرابة عليه لغة، واعتبر الإسلام لقوله ﷺ: قطع الإسلام أرحام الجاهلية^١، وقوله تعالى: «إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِكَ»^٢. هذا إن قلنا: إِنَّهُ يشترط إسلام أقصى أب، وإن قلنا: إِنَّهُ لا يشترط الإسلام لكن يشترط إدراك الإسلام لم يتجه الاستدلال.

وعلى القولين لو أوصى العلوي لقرابته لا تدخل فيها أولاد عبد المطلب، لأنه لم يدرك الإسلام.

وفي «المبسوط»^٣ والمهذب^٤: «أنهما ما وجدا به - أي قول النهاية - نصاً ولا دليلاً مستخرجاً ولا شاهداً. وفي «السرائر»^٥: أنه لا يحل ولا يجوز الركون إليه^٦. وعن أبي علي أنهم من يقرب إليه من جهة ولده أو والديه، وأنه قال: لا أختار أن يتجاوز بالفرقة أولاد الأب الرابع، لأن النبي ﷺ لم يتجاوز ذلك في فرقة سهم ذوي القربى من الخمس^٧. ولعله أراد أنه ﷺ بدأ منه ﷺ إلى هاشم، فهو ﷺ وعبدالله وعبد المطلب وهاشم. وهو قول لبعض العامة ذكره في مقام آخر في «التذكرة»^٨ ولا دلالة في ذلك على أن ذوي القربى حقيقة في مستحق الخمس، وإنما ذلك أمر أراد الله تعالى وفسره النبي ﷺ بدليل ما روي أنه لما نزل قوله تعالى: «قُلْ لَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجراً إِلَّا المودة في القربى» قيل: يا رسول الله من

(١) لم نعثر عليه في مضافه لكن نقله الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: ج ٦ ص ٢٣٢، والبحراني في الحقائق الناضرة: ج ٢٢ ص ٥٤٩.

(٢) هود: آية ٤٦.

(٣) المبسوط: في الوصية للقرابة ج ٤ ص ٤٠.

(٤) المهذب: في حكم الإيصاء للأقرباء ج ٢ ص ١١٤.

(٥) السرائر: في الوصية المبهمة ج ٣ ص ٢١١.

(٦) نقله عنه العلامة في المختلف: في الوصية ج ٦ ص ٣٥٩.

(٧) تذكرة الفقهاء: فيما يتلق بالوصية ج ٢ ص ٤٧٥ س ٢٩.

ولا يعطى الكافر. وكذا لو قال لقراة فلان» ولو قال: لقراة النبي ﷺ فهو لأولاد عبد المطلب ولأولاد هاشم دون بني عبد شمس وبني نوفل، والأقرب دخول بني المطلب هنا.

قراةك هؤلاء الذين أوجبت علينا مودتهم؟ قال: علي فاطمة وابناها، ذكره صاحب «الكشاف»^١ وغيره^٢. وهو معنى آخر للقراة بالنسبة إليه ﷺ. وهناك قولان آخران: أحدهما: لأبي حنيفة^٣، وهو أن الرحم والقراة كل رحم محرم، وأما من ليس بمحرم فلا يدخل. الثاني: أنه الوارث من الأقارب. قوله: «ولا يعطى الكافر» الظاهر أنه تفريع ثان على قول الشيخين، فكأنه قال: ولا يرتقي إلى آباء الشرك وإن عرفوا بالنسب، لقوله ﷺ: قطع الإسلام الحديث، ولا يعطى الكافر وإن انتسب إلى مسلم لقوله تعالى: «إنه ليس من أهلك» ويحتمل أن يكون تفريعاً على القول الأول، لدلالة القرينة على إرادة المسلم، كما في الوصية إلى الفقراء كما تقدّم^٤. قوله: «وكذا لو قال لقراة فلان» أي يرجع فيه إلى العرف عند المعظم. وتجيء فيه الأقوال.

﴿في الوصية لقراة النبي﴾

(١) الكشاف: ج ٤ ص ٢١٩ - ٢٢٠.
(٢) كالسيوطي في الدر المنثور: ج ٦ ص ٧.
(٣) الفتاوى الهندية: في الوصية للأقارب ج ٦ ص ١١٦.
(٤) لم نعر عليه في بحث الوصية ووجدناه في بحث الوقف راجع مفتاح الكرامة: ج ٩ ص ٦٨ - ٦٩.

قوله: «ولو قال: لقراة النبي ﷺ فهو لأولاد عبد المطلب ولأولاد هاشم، دون بني عبد شمس وبني نوفل، والأقرب دخول بني المطلب هنا» قد تقدّم^١ في باب الوقف أن عبد مناف - واسمه المغيرة - وقد ولد هاشماً وعبد شمس والمطلب ونوفلاً وأبا عمرو، وأن هاشماً ولد عبد المطلب وأسدأ وغيرهما ممن لم يعقب، لأن هاشماً لم يعقب إلا من عبد المطلب، وأن عبد المطلب ولد له عشرة ذكور ولم يعقب إلا من خمسة: عبدالله وأبي طالب ﷺ والحرث وأبي لهب والعباس، فإذا أوصى لقراة النبي ﷺ فلا ريب في دخول عبد المطلب وأولاده دون أخوة هاشم وأولادهم كنوفل وعبد شمس وأولادهما والظاهر أن أبا عمرو لم يعقب.

فيبقى الكلام في أولاد المطلب فيحتمل دخولهم في قراة لقوله ﷺ: نحن وبني المطلب لم نفرق في جاهلية ولا إسلام^٢ فجعل بني هاشم وبني المطلب متحدين في القبيلة والأحكام كالجماعة الواحدة، إذ ليس المراد افتراق المكان ولا في غير الأحكام، فكانوا كبني هاشم في تناول لفظ القراة لهم، وهو خيرة «الإيضاح»^٣ ولما كان قضية ذلك أنهم يستحقون الخمس، تبه المصنف على عدم استحقاقهم له بقوله: «هنا» لأن استحقاقه جاء من دليل آخر من قوله وفعله ﷺ - ولا يلزم من اختصاص بعض القراة بحكم بالنص على عينه نفي البعض الآخر عن باقي الأحكام - لا من لفظ القراة.

وفيه: إن الله سبحانه وتعالى جعل الخمس لذي القربى، فإن دخلوا في ذي القربى والقراة استحقوا الخمس، وإلا فلا، ولا ريب في عدم استحقاقهم الخمس،

(١) تقدّم في ص ٥٥.

(٢) سنن أبي داود: في بيان مواضع الخمس و... ج ٣ ص ١٤٦ ح ٢٩٨٠.

(٣) إيضاح الفوائد: في الوصية لقراة النبي ﷺ ج ٢ ص ٤٩٠ - ٤٩١.

ولو أوصى لأقرب الناس إليه أو لأقرب أقاربه نزل على مراتب الإرث ⑤

فلا يدخلون في القرابة، وهو الاحتمال الثاني وهذا وجهه. والخبر المذكور لا دلالة فيه، إذ المتبادر عدم الافتراق في النصرة والمعاوضة بقرينة ذكر الجاهلية، فإنه ليس هناك أحكام تجري عليهم، وقوله ﷺ: «لم نفترق» إنما يدل على عدمه فيما مضى ولا دلالة عليه في المستقبل، فتأمل لأن الوصية تتبع دلالة اللفظ، وقد نص النبي ﷺ على عدم الافتراق، ودلالته عرفية على الاتحاد في الأحكام والقبيلة. وقد تأمل في دخولهم صاحب «جامع المقاصد»^١ ولعل عدم الدخول هو الظاهر من «التذكرة»^٢ كما أنه هو الظاهر.

مركز تحقيق مكتبة نور علوم إسلامي

[في الوصية لأقرب الناس إليه]

قوله: «ولو أوصى لأقرب الناس إليه أو لأقرب أقاربه نزل على مراتب الإرث» كما في «المبسوط»^٣ والتذكرة^٤ والتحرير^٥ وجامع المقاصد^٦ وهو المستفاد من كلام القاضي^٧. وهو ظاهر، لأن أهل المرتبة الأولى أقرب من

(١) جامع المقاصد: في الوصية لقرابة النبي ﷺ ج ١٠ ص ٥٩ - ٦٠.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية لقرابة النبي ﷺ ج ٢ ص ٤٧٥ س ٢٣.

(٣) المبسوط: في الوصية للأقرباء ج ٤ ص ٤٠.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية للأقرباء ج ٢ ص ٤٧٦ س ١١.

(٥) تحرير الأحكام: في الوصية للأقرباء ج ٣ ص ٣٧١.

(٦) جامع المقاصد: في الوصية للأقرباء ج ١٠ ص ٦١.

(٧) المهذب: في حكم الإيصال للأقرباء ج ٢ ص ١١٤.

لكن يتساوى المستحق، فللذكر مثل الأنثى وللمتقرب بالأب
مثل المتقرب بالأم وفي تقديم ابن العم من الأبوين على العم من
الأب هنا نظراً

أهل المرتبة الثانية. وقد حكينا^١ ذلك في الوقف عن عدة كتب وحكينا عليه
الشهرة. و«للمهذب^٢» في المقام تفصيل طويل يدل على عدم تنزيله على مراتب
الإرث. ويأتي للمصنف في البحث الثالث^٣ أنه لو أوصى لأقارب أقاربه أنه يدخل
فيه الأب والابن، قلنا: إنه لأقرب أقاربه أنه كذلك إجماعاً حكاه في «التذكرة»
وقال المصنف هناك: إنه لو أوصى لأقاربه دخل الوارث وغيره. وهذه مقامات
آخر غير ما نحن فيه ذكرها هناك في مقابلة العامة كما يأتي بيانه.

قوله: «لكن يتساوى المستحق، فللذكر مثل الأنثى وللمتقرب
بالأب مثل المتقرب بالأم» كما في «الكتب الأربعة^٤» لاستواء نسبتهم إلى
سبب الاستحقاق وهو الوصية، والأصل عدم التفاضل، وإنما جاء التفاضل في
الإرث من قبل النص لا من الأقربية، للإجماع على أن الأقرب يحجب الأبعد، فلو
كان ذو السهم الأكثر أقرب لحجب الآخر.

قوله: «وفي تقديم ابن العم من الأبوين على العم من الأب هنا
نظراً الأقرب عدم التقديم

كما في «التذكرة^٥» وهو الأصح كما في «جامع المقاصد^٦» وكذا «الحواشي^٧»

(١) تقدم في ص ٦٧.

(٢) المهذب البارع: في الوصية للقراءة ج ٣ ص ١١٢ - ١١٣.

(٣) سيأتي في ص ٤٩٨ في البحث الثاني.

(٤) المتقدم في الهوامش ٦ - ٩.

(٥) تذكرة الفقهاء: في وصية ابن العم من الأبوين والعم من الأب ج ٢ ص ٤٧٦ س ٤٠.

وفي التسوية بين الأخ من الأم والأخ من الأبوين في العطاء نظر.

وبه جزم في «الإيضاح»^٨ وظاهر «المبسوط»^٩؛ أنه لا خلاف فيه، لأن العم أقرب في الدرجة وتقديم ابن العم في الإرث خرج بالدليل لتصريحهم باستثناء هذه المسألة وهذا هو الوجه الآخر للنظر وقد استوفينا الكلام في المسألة في المواريث^{١٠} وحكي عن جماعة أن ابن العم أقرب.

[في التسوية بين الأخ من الأم والأخ من الأبوين]

قوله: «وفي التسوية بين الأخ من الأم والأخ من الأبوين في العطاء نظر» ونحوه ما في «الإيضاح»^{١١} من عدم الترجيح. وفي «جامع المقاصد»^{١٢} وكذا «الحواشي»^{١٣} أن الأصح التسوية لاستوائهما في الدرجة. وفي «التذكرة»^{١٤} أن الأخ من الأبوين أقرب على الأقوى^{١٥}. وبه جزم في «المهذب»^{١٦} وقد يظهر من «المبسوط» أنه لا خلاف في أنه أولى^{١٦}.

(٦) جامع المقاصد: في وصية لابن العم من الأبوين والعم من الأب ج ١٠ ص ٦١.

(٧) لم نعثر عليه.

(٨) إيضاح الفوائد: في وصية لابن العم من الأبوين والعم من الأب ج ٢ ص ٤٩١.

(٩) المبسوط: في الوصية للأقرباء ج ٤ ص ٤١.

(١٠) يأتي في ج ٨ ص ١٦٣ - ١٦٤.

(١١) إيضاح الفوائد: في الوصية للإخوة ج ٢ ص ٤٩٢.

(١٢) جامع المقاصد: في الوصية للإخوة ج ١٠ ص ٦١ - ٦٢.

(١٣) لم نعثر عليه.

(١٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية للإخوة ج ٢ ص ٤٧٦ س ٣٢.

(١٥) المهذب البارع: في حكم الإيضا والأقرباء ج ٢ ص ١١٥.

(١٦) المبسوط: في الوصية للإخوة ج ٤ ص ٤١.

ولو أوصى لجماعة من أقرب الناس إليه ووجد ثلاثة من أقرب الناس إليه فما زاد في درجة واحدة أعطوا

وقد استدلل عليه الشارحان^١ بأن له سببان كل واحد منهما موجب للاستحقاق، فلو كانا في اثنين لاستحق كل واحد منهما بسبب نسبه، فكذا إذا اجتمعا في الواحد، وبخبر زرارة الدال على قسمة الأعمام والأخوال في الوصية بالتفاوت^٢، بمكاتبة سهل الدالة على قسمة الأولاد فيها أيضاً بالتفاوت^٣، مع أن الثاني لم يعمل به أحد. وقد عرفت فيما سلف الحال في الأول. وقضية كلاهما أنا إذا لم نقل بالتسوية أن الأخ من الأبوين يأخذ ثلثين الأخ من الأم الثلث، وقضية كلام «التذكرة» وكذا «المبسوط» أنه يقدم عليه ويمنعه كتقديم الأخ من الأبوين على الأخ من الأب. وبذلك صرح في وقف «المبسوط»^٤ وقال في «التذكرة»: الأخ من الأبوين أقرب من الأخ من الأب خاصة، ولهذا قدم عليه في الميراث، وهل هو أقرب من الأخ من الأم؟ الأقوى ذلك وإن شاركه في الميراث^٥ انتهى، وينبغي مراجعة باب الوقف^٦ في ذلك.

السؤال [في الوصية لجماعة من أقرب الناس إليه]

(١) إيضاح الفوائد: في الوصية للإخوة ج ٢ ص ٤٩٢، وجامع المقاصد: في الوصية للإخوة ج ١٠ ص ٦١.

(٢) وسائل الشريعة: ب ٦٢ في أحكام الوصايا ج ١ ص ١٣ ص ٤٥٤.

(٣) وسائل الشريعة: ب ٦٤ في أحكام الوصايا ج ٢ ص ١٣ ص ٤٥٥.

(٤) المبسوط: في الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٢٩٧.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الوصية للإخوة ج ٢ ص ٤٧١ س ٣١.

(٦) راجع ص ٦٧.

وفي جواز تخصيص ثلاثة به دون الزائد نظر. (١)

قوله: «ولو أوصى لجماعة من أقرب الناس إليه ووجد ثلاثة من أقرب الناس إليه فما زاد في درجة واحدة أعطوا» أما أنه لا بد من الصرف إلى ثلاثة لا أنقص فلا أنه قد أتى في وصيته بلفظ الجماعة وأقل الجمع والجماعة ثلاثة عنده كما هو المشهور. وأما أنه يجوز إعطاء ما زاد، فلأن لفظ الجماعة مما يتناوله كما هو ظاهر، وإنما الإشكال في جواز تخصيص ثلاثة دون الزائد كما يأتي.

قوله: «وفي جواز تخصيص ثلاثة به دون الزائد نظر» أصحّه الجواز كما في «جامع المقاصد»^(١) والأقرب عدم وجوب التعميم كما في «التذكرة»^(٢) لأنه يصدق أنه صرف الوصية إلى جماعة من أقرب الناس إليه. ولا دليل على وجوب الصرف إلى ما زاد، إذ ليس الموصى له هو الجميع لعدم دلالة لفظ الوصية عليه بخصوصه فيتحقق البعض، وليس معيّنًا بخصوصه بل هو منتشر فيهم فيتحقق الامتثال بالصرف إلى ما يقع عليه لفظ الجماعة منهم، كما لو أوصى إلى الفقراء. وهو أحد وجهي الشافعية^(٣).

وفي «الإيضاح» أن الأصح وجوب الاستيعاب - وعبارته لا تخلو عن اضطراب - لحصول يقين البراءة بالاستيعاب على حسب ما يمكن^(٤)، لأن نسبة اللفظ إلى الجميع واحدة فلا يخص بها البعض، وإلا لزم الترجيح بلا مرجح،

(١) جامع المقاصد: في الوصية للأقرباء ج ١٠ ص ٦٢.
(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية للأقرباء ج ٢ ص ٤٧٦ س ٤٣.
(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية للأقرباء ج ٢ ص ٤٧٧ س ١.
(٤) إيضاح الفوائد: في الوصية للأقرباء ج ٢ ص ٤٩٢.

ولو لم يوجد ثلاثة في درجة واحدة أكمل من الثانية أو الثالثة فلو
كان له ابن وأخ وعمّ تساووا. (٤)

ولأنّ الموصى له، إمّا الجميع أو البعض، والثاني إما أن يكون معيّناً وهو محال لعدم دلالة اللفظ عليه، أو غير معيّن وهو محال لأنّ الوصيّة لغير المعيّن باطلة، فتعيّن الأوّل وهو المطلوب، بخلاف الوصيّة إلى الفقراء لأنّ المقتضي هناك صفة الفقر. وقضيّة بعض أدلته أنّه لو صرح بالوصيّة لثلاثة من أقرب الناس إليه وكان هناك أزيد من ثلاثة لزم التعميم أو بطلان الوصية واللازمان باطلان.

وقد تقدّم لنا في باب^١ الوقف ما له نفع تامّ عند قوله «لو وقف على قبيلة عظيمة» ويأتي للمصنّف ولنا عند قوله: «ولو أوصى لغير المنحصر كالعلويين صحّ ولا يعطى أقلّ من ثلاثة»^٢ ما لا بدّ من مراجعته.

قوله: «ولو لم يوجد ثلاثة في درجة واحدة أكمل من الثانية أو الثالثة» كما في «التذكرة»^٣ وجامع المقاصد^٤ وقضيّة كلام «الإيضاح» فيما يأتي^٥، لأنّه يصدق على من في الدرجة الأولى مع من في الدرجة الأخرى أنّهم جماعة من أقرب الناس إليه، لأنّهم أقرب بالنسبة إلى من عداهم وفي «التحرير» أنّ في تشريك الطبقة الثانية نظراً^٦.

قوله: «فلو كان له ابن وأخ وعمّ تساووا» أي تكون الوصيّة بينهم

(١) تقدّم في ص ٤٩.

(٢) سيأتي في ص ٤٩٩.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة للأقرباء ج ٢ ص ٤٧٧ س ٢.

(٤) جامع المقاصد: في الوصيّة للأقرباء ج ١٠ ص ٦٣.

(٥) سيأتي في هامش ١١.

(٦) تحرير الأحكام: في الوصيّة للأقرباء ج ٣ ص ٣٧١.

ولو كان له ابن وثلاثة إخوة دخلوا أجمع في الوصية، والأقرب إعطاء الابن الثلث. (٤)

أثلاثاً كما في «جامع المقاصد»^١ وعلى إشكال في «التذكرة»، وكذا لو كان له ابن وأخوان^٢.

قوله: «ولو كان له ابن وثلاثة إخوة دخلوا أجمع في الوصية» كما في «التذكرة»^٣ ومعنى دخولهم في الوصية جميعاً أنه يجوز الدفع إليهم جميعاً، لأنه يصدق صرف الوصية إلى جماعة من أقرب الناس إليه، لأنه يصدد بيان ذلك وليس المراد أنه يجب الدفع إليهم، فيندفع عنه قوله في «جامع المقاصد»: أنه قد سبق عن قريب تردده وفي جواز تخصيص ثلاثة دون الزائد وفي وجوب الصرف إلى الجميع، فيكون هذا رجوعاً عن التردد إلى الجزم، وعلى ما اخترناه فإنما يجب الدفع إلى أخوين مع الابن^٤ انتهى، وهو كما عرفت ليس في محله كما هو واضح.

قوله: «والأقرب إعطاء الابن الثلث» هذا هو الأصح كما في «الإيضاح»^٥ والذي ينبغي كما في «التذكرة»^٦ لأنه لو كان مع الابن ابنان آخران لمنعوا الإخوة وأخذ هو الثلث واستحقاق الإخوة إنما هو لنصيب الاثنين المعدومين، ولأننا أقمنا من وجد في الدرجة الثانية مقام من عدم من الدرجة

(١) جامع المقاصد: في الوصية للأقرباء ج ١٠ ص ٦٣.
(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية للأقرباء ج ٢ ص ٤٧٧ س ٨.
(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية للأقرباء ج ٢ ص ٤٧٧ س ٩.
(٤) جامع المقاصد: في الوصية للأقرباء ج ١٠ ص ٦٣.
(٥) إيضاح الفوائد: في الوصية للأقرباء ج ٢ ص ٤٩٣.
(٦) تذكرة الفقهاء: في الوصية للأقرباء ج ٢ ص ٤٧٧ س ٩.

ولو أوصى للعصبة دخل فيهم القريب والبعيد دون المتقرب بالأم خاصة.

الأولى لضرورة الجمع، ولأنَّ المستحقَّ للجميع مجموع ثلاثة من أقرب الناس إليه، فمستحقُّ الثلث واحد من أقرب الناس وهو ثابت، إذ لا يشترط الاجتماع في الدرجة الواحدة هنا، وأيضاً الثلاثة تحجب عن الجميع، فواحد يحجب عن الثلث. وفي الجميع نظر، إذ يرد على الأول أن الأولاد لو كان أربعة ودفع الوصية إلى الجميع وجوباً أو جوازاً لاستحقَّ الابن الربع، فيكون للأخوة على هذا الفرض نصيب المعدومين من الأولاد هنا ثلاثة أرباع دون ثلثين، ولو كان خمسة لكان له الخمس وهكذا. ولا ترجيح لواحد من هذه الأمور المفروضة على غيره، فلم يبق إلا اعتبار عدد الجميع حال الدفع، وعلى الثاني أن المعدوم من الدرجة الأولى كما يمكن فرضه اثنين يمكن فرضه أزيد، ثم إنَّ استحقاق من وجد في الدرجة الثانية في هذه الصورة ليس لقيامهم مقام من فقد في الدرجة الأولى، بل ذلك ثابت لهم بالإضافة من حيث تناول لفظ الموصى لهم الآن، وعلى الثالث أن المستحقَّ هم الموجودون مع وصف الأقربية وإن زادوا على الثلاثة لا مجموع ثلاثة، وعلى الرابع أن الواحد يحجب عن الثلث مع الثلاثة لا مع الأربعة. والأصحَّ كما في «جامع المقاصد»؛ إعطاء الابن كغيره، فإن أعطى ثلاثة فالثلث وإلا فالربع.

[في الوصية للعصبة]

قوله: «ولو أوصى للعصبة دخل فيهم القريب والبعيد دون

ولو أوصى لأهل بيت فلان دخل فيه الآباء والأولاد والأجداد والأعمام والأخوال وأولادهم

المتقرب بالأم خاصة كما في «التذكرة»^١ وجامع المقاصد^٢ وهو معنى ما في «الصحيح»^٣ ومجمع البحرين^٤ من أن عصبه الرجل بنوه وقرابته لأبيه. لأنهم عصبوا به أي أحاطوا به، فالأب طرف والابن طرف والأخ جانب والعم جانب. وفي «القاموس»: العصبه محرّكة الذين يرثون الرجل عن كلاله من غير والد ولا ولد، فأما في الفرائض فكل من لم يكن له فريضة مسماة^٥ انتهى، وهو يخالف ما في الصحيح. وفي «التذكرة»: أنهم من يرث بالتعصيب في الجملة سواء كانوا ممتن يرث في الحال أو لم يكن، وسواء القريب والبعيد ولا خلاف في أنهم لا يكونون من جهة الأم^٦ انتهى فتأمل. وتام الكلام فيما يأتي^٧ في أواخر البحث الثاني عند قوله: ولو أوصى لعصبه زيد إلى آخره.

والعصبه جمع عاصب ككفرة جمع كافر، وهو أيضاً يجمع على عصاب. وكيف كان فإنهم يستوون في الوصية كغيرهم من المعتددين.

الحزب [في الوصية لأهل بيته]

- (١) تذكرة الفقهاء: في الوصية للعصبه ج ٢ ص ٤٧٧ س ١٠.
- (٢) جامع المقاصد: في الوصية للعصبه ج ١٠ ص ٦٥.
- (٣) الصحيح: ج ١ ص ١٨٢ مادة «عصب».
- (٤) مجمع البحرين: ج ٢ ص ١٢٢ مادة «عصب».
- (٥) القاموس: ج ١ ص ١٠٥ مادة «العصب».
- (٦) تذكرة الفقهاء: في الوصية للعصبه ج ٢ ص ٤٧٧ س ١٠ - ١١.
- (٧) سيأتي في ص ٥٠٢.

قوله: «ولو أوصى لأهل بيت فلان دخل فيه الآباء والأولاد، والأجداد والأعمام والأخوال وأولادهم» هذا يوافق ما في «الوسيلة»^١ والشرائع^٢ والتذكرة^٣ والتحرير^٤ والتلخيص^٥ وجامع المقاصد^٦ ويخالف ما حكاه تغلب عن العرب كما ستسمع. وليس في كلام أهل اللغة ما يحققه بل ظاهر «المصباح المنير»^٧ ومجمع البيان^٨ وما حكى^٩ عن ابن دُرَيْد أنه معروف حيث يقولون في تفسير الآل: آل الرجل قرابته وأهل بيته. وظاهرهم إحالته على العرف. وأهل العرف لا يطلقونه على الظاهر إلا على من هو في بيته تجري عليه نفقته وفي «القاموس»^{١٠} أهل البيت سكّانه. وقد يطلق في العرف على القرابات فيقال الفلانيون أهل بيت في النسب معروفون، قاله في «جامع المقاصد» وقال: إن استعمال أهل البيت في القرابات موجود^{١١}.

قلت: قال في «التذكرة»: لو أوصى لأهل بيته صرف إلى أقاربه من قبل الأب ومن قبل الأم فيعطى الأخوان وآباؤهم من الجدّات والأجداد وأبناؤهم والأعمام

(١) الوسيلة: فيما لو أوصى لأهل بيته ص ٣٧٨.

(٢) شرائع الإسلام: فيما لو أوصى لأهل بيته ج ٢ ص ٢٥٤.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية لأهل البيت ج ٢ ص ٤٧٧ س ١٦.

(٤) تحرير الأحكام: في الوصية لأهل بيت ج ٣ ص ٣٧١.

(٥) تلخيص المرام: في الوصية لأهل بيت ص ١٥٧.

(٦) جامع المقاصد: في الموصى ج ١٠ ص ٦٥.

(٧) المصباح المنير: ص ٢٩ مادة «أول».

(٨) مجمع البيان: ج ٢ ص ٤٣٣.

(٩) جوهرة اللغة: ج ١ ص ١٨٩ مادة «لأوى».

(١٠) القاموس: ج ٣ ص ٣٣١ مادة «أهل».

(١١) جامع المقاصد: في الوصية لأهل بيته ج ١٠ ص ٦٥.

والأخوال ذكورهم وإناثهم، ويعطى الأولاد وأولاد أولاد الذكر والأنثى، وبالجملة كل من يعرف بقربته^١ انتهى. والمراد بأبنائهم أبناء الآباء فتدخل الأخوة. وحكي عن تعلب أنه قال أهل البيت عند العرب آباء الرجل وأولادهم كالأجداد والأعمام وأولادهم، ويستوي فيه الذكر والأنثى^٢ انتهى. ولا تعرض فيه للأخوال. وفي «النافع»^٣ والشرائع^٤ أنه لو أوصى لأهل بيته دخل فيهم الآباء والأولاد وفيه: أنه يلزم منه خروج أمير المؤمنين عليه السلام عن أهل البيت، وهو خلاف ضرورة المذهب. وقد أنكره عليه المقداد^٥ وغيره^٦ فتأمل. وحكي^٧ عن بعض الحنابلة أن أولاد الرجل لا يدخلون في اسم القرابة ولا أهل بيته ثم قال: وخطأهم باقيهم، لأن ولد النبي صلى الله عليه وآله من أهل بيته وأقاربه الذين حرّموا الصدقة، قال صلى الله عليه وآله: أنا أهل بيت لا تحل لنا الصدقة^٨.

وكيف كان فاستعمال أهل البيت في القرابات لا يكاد ينكر، لكن قال في «جامع المقاصد»: في كون ذلك حقيقة اللفظ تردّد. وقال قد اضطرب كلام العامة في تفسير أهل بيت النبي صلى الله عليه وآله، وأطبق أصحابنا وجمع من العامة على أنهم علي وفاطمة وأبناؤهما عليهما السلام ولو كان لهذا اللفظ معنى هو حقيقة لما وقع هذا الاضطراب، إلا أن يقال: هذا هو معنى اللفظ لغة وأهل بيته عليهم السلام اختصوا بالنص عليهم.

-
- (١) تذكرة الفقهاء: في الوصية لأهل بيته ج ٢ ص ٤٧٧ س ١٦.
 - (٢) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى بيته ج ٢ ص ٤٧٧ س ٢٠.
 - (٣) المختصر النافع: فيما لو أوصى لأهل بيته ص ١٦٤.
 - (٤) شرائع الإسلام: فيما لو أوصى لأهل بيته ج ٢ ص ٢٥٤.
 - (٥) التنقيح الرائع: فيما لو أوصى لأهل بيته ج ٢ ص ٣٨١.
 - (٦) كالشهيد الثاني في مسالك الأفهام: فيما لو أوصى لأهل بيته ج ٦ ص ٢٣٤.
 - (٧) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى لأهل بيته ج ٢ ص ٤٧٧ س ٢٠.
 - (٨) وسائل الشيعة: ب ٢٩ من أبواب المستحقين للزكاة ح ٦ ج ٦ ص ١٨٧.

ولو أوصى لأهل فلان فهو لزوجته ويحتمل من تلزمه نفقته.

وينبغي أن يقال: إن كان عرف الموصي يقتضي معنى آخر وجب المصير إليه، لأن الظاهر إنما يريد بلفظه ما يتعارف بينهم، ولا خفاء في أنه إذا دلت القرينة على شيء أنه أراد به وجب المصير إليه^١. ولا يتبع أظهر معاني اللفظ بالوضع أو الاستعمال إلا مع عدم التمكن من معرفة مراده. ويحتمل أن يفوض الأمر فيما نحن فيه إلى اجتهاد الحاكم أو إلى رأي الوصي حيث أنه جعل الأمر إليه.

قوله: «ولو أوصى لأهل فلان فهو لزوجته ويحتمل من تلزمه نفقته» قال في «جامع المقاصد»: إن الشائع بين أهل اللغة أن أهل الرجل مع قطعه عن لفظ البيت زوجته^٢. قلت: قال في «المهذب»: آل الرجل كل من يؤول إليه بنسب أو قرابة مأخوذ من الأول وهو الرجوع، وأهله كل من يضمه. وقال: إن الأهل أعم من الآل يقال: أهل البصرة ولا يقال آل البصرة^٣. وفي «الصحيح»: أهل الرجل أهل الدار^٤. وفي «المصباح» أهل الرجل وهم ذوو قرابته. وقد أطلق على أهل بيته وعلى الأتباع^٥. وفي «القاموس» أهل الرجل عشيرته وذوو قرابته^٦. وفسر في «الكشاف»^٧ الأهل بمن يختص به من ذويه أو المؤمنين. نعم في

(١) جامع المقاصد: فيما لو أوصى لأهل بيته ج ١٠ ص ٦٦.

(٢) جامع المقاصد: فيما لو أوصى لأهل بيته ج ١٠ ص ٦٦.

(٣) الظاهر أن المهذب كان كتاباً في اللغة ولم يوجد لدينا، نعم نقل كل هذه العبارات بعنوان القيل

في مجمع البيان ج ١ ص ١٩٩ فراجع.

(٤) الصحيح: ج ٤ ص ١٦٢٨ مادة «أهل».

(٥) المصباح: ص ٢٩ مادة «أول».

(٦) القاموس: ج ٣ ص ٣٣١ مادة «أهل».

(٧) الكشاف: ج ٢ ص ١٢٦ ذيل آية ٨٣ من سورة الأعراف.

والذرية الأولاد وأولادهم ذكوراً وإناثاً وخنائى ①

«الأساس» أهل الرجل أهولاً وتأهل تزوج ورجل أهل، وفي الحديث^١ أنه أعطى العزب حظاً وأعطي الأهل حظين^٢. والمراد من كان في عياله. وقد استدل على الأول - أي على كونه الزوجة - في «التذكرة»^٣ والإيضاح^٤ بقوله تعالى: «فقال لأهله امكثوا»^٥. والمراد امرأته واستدل فيهما على الثاني بقوله تعالى: «فأنجيناها وأهله إلا امرأتها»^٦. والمراد من كان في عياله. ثم قال في «التذكرة» فعلى الأول لو صدرت الوصية من امرأة بطلت^٧. ويرد على الأول بأن الأهل يستعمل في غير الزوجة، وأقله أن يكون مجازاً يصار إليه عند تعذر الحقيقة بقرينة الحال، كما لو أوصى لأولاده وليس له إلا أولاد أولاد، وعلى الثاني أن لادلالة في الآية الشريفة على أن الأهل من وجبت نفقته والذي يقتضيه النظر، الحمل على المعنى المتبادر في عرف الموصي إذا لم تدل قرينة على معنى آخر ومع انتفائها ففي «جامع المقاصد» أن الحمل على الزوجة قريب لأنه أشيع^٨ فتأمل.

[في الوصية للذرية]

قوله: «والذرية الأولاد، وأولادهم ذكوراً وإناثاً وخنائى» كما في

(١) نيل الأوطار للشوكاني: ج ٨ ص ٢٣٢.

(٢) أساس البلاغة: ص ٢٥ مادة «أهل».

(٣) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى لأهل بيته ج ٢ ص ٤٧٧ س ٢٦.

(٤) إيضاح الفوائد: فيما لو أوصى لأهل فلان ج ٢ ص ٤٩٣.

(٥) طه: آية ٩.

(٦) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى لأهل بيته ج ٢ ص ٤٧٧ س ٢٧.

(٧) جامع المقاصد: فيما أوصى لأهل فلان ج ١٠ ص ٦٧.

«التذكرة^١ والتلخيص^٢ وجامع المقاصد^٣» إلا أنهما لم يذكر فيهما الخناثي. وهو معنى قوله في «الوسيلة^٤» الذرية الولد وولد الولد وقوله في «الصباح^٥ والقاموس^٦» ذرية الرجل ولده. ونحوه ما في «المصباح^٧» وغيره^٨ وقال فيه: إنها تطلق على الآباء أيضاً مجازاً وأن فيها ثلاث لغات أفصحها ضمّ الذال، وبها قرأ السبعة^٩ في قوله^{١٠} جلّ وعلى: «إلا ذرية من قومه» أي بعض أولاد قومه، لأنّ الآباء لم يؤمنوا خوفاً من فرعون، والثانية كسرهما والثالثة فتح الذال مع تخفيف الراء وزان كريمة. وقد اتفقت الكلمة من الفقهاء وأهل اللغة والمفسرين على خلاف مالك^{١١} وأحمد^{١٢} حيث قالوا: لا يدخل فيها أولاد البنات ويبطل بقوله عزّ وجلّ^{١٣}: «ومن ذريّته داود وسليمان» إلى قوله سبحانه وتعالى: «وعيسى». والعقب والنسل مثل الذرية كما في «التذكرة^{١٤} وجامع المقاصد^{١٥}».

مركز تحقيق التراث
بمكتبة جامعة القاهرة

- (١) تذكرة الفقهاء: في الوصية للذرية ج ٢ ص ٤٧٨ س ٩.
- (٢) تلخيص المرام: في الوصية للذرية ص ١٥٧.
- (٣) جامع المقاصد: في الوصية للذرية ج ١٠ ص ٦٧.
- (٤) الوسيلة: في الوصية للذرية ص ٣٧٨.
- (٥) الصباح: ج ٢ ص ٦٦٣ مادة «ذرر».
- (٦) القاموس المحيط: ج ٢ ص ٣٤ مادة «الذر».
- (٧) المصباح المنير: ص ٢٠٧ مادة «ذرر».
- (٨) كالنهاية: ج ٢ ص ١٥٧ مادة «ذرر».
- (٩) مجمع البيان: ج ١ ص ١٩٩.
- (١٠) يونس: ٨٣.
- (١١ و ١٢) المغني لابن قدامة: ج ٦ ص ٢٠٦، والمجموع: ج ١٥ ص ٣٥٢.
- (١٣) الأنعام: ٨٤ - ٨٥.
- (١٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية للذرية ج ٢ ص ٤٧٨ س ٩.
- (١٥) جامع المقاصد: في الوصية للذرية ج ١٠ ص ٦٧.

والأختان أزواج البنات

[في الأختان]

قوله: «والأختان أزواج البنات» كما في «التذكرة»^١ وكما هو عند العامة كما في «المصباح»^٢ والصحاح^٣ وكذا «مجمع البحرين»^٤. وزاد في «الأساس» أن الختن زوج الأخت أيضاً^٥. وفي «الصحاح»^٦ أيضاً و«القاموس»^٧ كما حكى عن الأزهرى^٨ وابن السكيت^٩ أن الختن بالتحريك كل ما كان من قبل المرأة كالأب والأخ وفي «المصباح»^{١٠} وكذا «المجمع»^{١١} أنه كذلك عند العرب. وزاد في «القاموس» أنه الصهر وعن الأزهرى أيضاً أن الختن أبو المرأة والختنة أمها^{١٢}. فكانت الأقوال فيه مختلفة. وعن أبي حنيفة^{١٣} أنه يدخل فيها أزواج العمات والخالات. ويأتي ما له نفع في ذلك والأولى اتباع عرف الموصي وإن دلت القرينة على شيء تعين اتباعه صريحاً، وإلا يتبع أظهر معاني اللفظ بالوضع أو الاستعمال

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية للذرية ج ٢ ص ٤٧٨ س ١٣.

(٢) المصباح المنير: ص ١٦٤ مادة «ختن».

(٣) الصحاح: ج ٥ ص ٢١٠٧ مادة «ختن».

(٤) مجمع البحرين: ج ٦ ص ٢٤٢ مادة «ختن».

(٥) أساس البلاغة: ص ١٥٣ مادة «ختن».

(٦) الصحاح: ج ٥ ص ٢١٠٧ مادة «ختن».

(٧) القاموس المحيط: ج ٤ ص ٢١٨ مادة «ختن».

(٨) كما في مجمع البحرين: ج ٣ ص ٣٧٠ مادة «صهر».

(٩) كما في مجمع البحرين: ج ٣ ص ٣٧٠ مادة «صهر».

(١٠) المصباح المنير: ص ١٦٤ مادة «ختن».

(١١) مجمع البحرين: ج ٦ ص ٢٤٢ مادة «ختن».

(١٢) المصباح المنير: ص ١٦٤ مادة «ختن».

(١٣) بدائع الصنائع: ج ٧ ص ٣٥١.



والأصهار آباء زوجاته وأمهاتهن

[في الأصهار]

قوله: «والأصهار آباء زوجاته وأمهاتهن» كما في «التذكرة»^١ وفي «القاموس»: أن الصهر زوج بنت الرجل وزوج أخته^٢. وعن^٣ الأزهري أن الصهر يشمل قرابات النساء وذوي المحارم كالأبوين والأخوة وأولادهم والأعمام والأخوال والخالات، قال: فهؤلاء أصهار زوج المرأة. وعن^٤ الخليل: أن الأصهار أهل بيت المرأة. وفي «الصحيح»^٥ وكذا «المجمع»^٦ أن من العرب من يجعل الصهر من الأحماء والأختان جميعاً. وعن ابن السكيت أن كل ما كان من قبل الزوج من أب وأخ وأخت أو عمّة هؤلاء أصهار، ومن كان من قبل المرأة أختان. وأمّا الأصهار يجمع الصنفين^٧. وعن ابن فارس^٨: أن الحموي يكون من الجانبين كالصهر. وفي «القاموس»: أن حمو المرأة أبو زوجها ومن كان من قبله وحمو الرجل أبو امرأته وأخوها أو عمّها، أو الأحماء من قبلها خاصة^٩. وقد عرفت أن الأولى في مثله اتباع العرف، إلا أن يتعيّن غيره إلى آخر ما تقدّم آنفاً.

(١) تذكرة الفقهاء: فيما يتعلق بالوصيّة ج ٢ ص ٤٧٨ س ١٧.

(٢) القاموس المحيط: ج ٢ ص ٧٤ مادة «الصهر».

(٣) كما في المصباح المنير: ص ٣٤٩ مادة «الصهر».

(٤) كما في المصباح المنير: ص ٣٤٩ مادة «الصهر».

(٥) الصحيح: ج ٢ ص ٧١٧ مادة «صهر».

(٦) مجمع البحرين: ج ٣ ص ٣٧٠ مادة «صهر».

(٧) مجمع البحرين: ج ٣ ص ٣٧٠ مادة «صهر».

(٨) مجمل اللغة: ج ١ ص ٢٤٩ مادة «حمو».

(٩) القاموس المحيط: ج ٤ ص ٣٢٠ مادة «حمو».

والآل القرابة

[في الآل]

قوله: «والآل القرابة» كما في «المبسوط»^١ والتذكرة^٢ والتحرير^٣ وفي «كشف الغمّة» أن حقيقة الآل لغة القرابة^٤. وفي «مجمع البيان»^٥ والمهذب^٦ في اللغة أنهم أهله وقرابته. وفي «الصحاح»^٧ والقاموس^٨ أنهم أهله وعياله وأتباعه. ونحوه ما في «المصباح المنير» من أنهم ذوو قرابته. وقد أطلق على أهل بيته وعلى الأتباع^٩ انتهى. وفي «مجمع البحرين»^{١٠} أنه سأل الصادق عليه السلام من الآل؟ فقال: ذرّيّة محمد ﷺ فقيل له: من الأهل؟ فقال الأئمة ﷺ^{١١}. ومثله آخر مروى في «معاني الأخبار» قيل فيه: من آل محمد ﷺ؟ فقال: ذرّيّته. فقيل: ومن أهل بيته؟ فقال: الأئمة ﷺ وقيل: من عترته؟ فقال: أصحاب العباء^{١٢}. وقد تقدّم عند قوله: ولو أوصى لأهل بيته^{١٣}. ما له نفع في المقام. ولو اقتضى العرف أو القرينة شيئاً وجب

(١) المبسوط: في الوقوف والصدقات ج ٣ ص ٣٠٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى لآله ج ٢ ص ٤٧٧ س ١١.

(٣) تحرير الأحكام: فيما لو أوصى لآله ج ٣ ص ٣٧٢.

(٤) كشف الغمّة: ج ١ ص ٤٢.

(٥) مجمع البيان: ج ٢ ص ٤٣٣.

(٦) لا يوجد كتابه لدينا.

(٧) الصحاح: ج ٤ ص ١٦٢٧ مادة «أول».

(٨) القاموس المحيط: ج ٣ ص ٣٣١ مادة «آل».

(٩) المصباح المنير: ص ٢٩ مادة «آل».

(١٠) مجمع البحرين: ج ٥ ص ٣١٣ مادة «أول».

(١١) معاني الأخبار: في معنى الآل ص ٩٤ ح ٢.

(١٢) تقدّم في ص ٤١٩.

١ والعتره الأقرب إليه نسبا وقيل الذرية

المصير إليه كما تقدّم^١.

هذا وقال في «التذكرة»: لو أوصى لآله صرف إلى قرابته قضية للعرف، قال زيد بن أرقم آل رسول الله ﷺ أهله وعترته الذين حرّموا الصدقة وبعده آل علي وآل العباس، وآل جعفر، وآل عقيل^٢. وظاهره أنّه مستدلّ به، وهو ساقط على مذهبنا، لأنّ آل ما عدا عليّ ﷺ ليسوا آلآله ﷺ قطعاً عندنا.

[في العتره]

قوله: «والعتره الأقرب إليه نسباً، وقيل: الذريّة» القول الأوّل خيرة الشيخين في «المقنعة^٣ والنهاية^٤ والإرشاد^٥» وفي «النهاية» ابن الأثير أنّهم أخصّ أقاربه^٦، وفي «جامع المقاصد»: أنّه أعرف وأشهر^٧. وفي «الدروس»: أنّها الذريّة والأخصّ من قرابته وهم أخصّ من العشيرة وأعمّ من الذريّة^٨. وقد سمعت ما في الخبر. وفي «المبسوط^٩» وكذا «التحرير^{١٠}» أنّها قرابته. وفي «الصحاح^{١١}

(١) تقدّم في ص ٤١٨.

(٢) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى لآله ج ٢ ص ٤٧٧ س ١٦.

(٣) المقنعة: فيما لو أوصى لعتره ص ٦٥٥.

(٤) النهاية: في الوقوف والصدقات ص ٥٩٩.

(٥) إرشاد الأذهان: فيما لو أوصى لعترته ج ١ ص ٤٥٩.

(٦) النهاية لابن الأثير: ج ٣ ص ١٧٧ مادة «عنز».

(٧) جامع المقاصد: فيما لو أوصى لعترته ج ١٠ ص ٦٩.

(٨) الدروس الشرعية: فيما لو أوصى العترته ج ٢ ص ٢٧٣.

(٩) المبسوط: فيما لو أوصى لعترته ج ٤ ص ٤٠.

(١٠) تحرير الأحكام: فيما لو أوصى لعترته ج ٣ ص ٣٧١ - ٣٧٢.

والقاموس^{١٢} «أنها نسله ورهطه الأدنون. وزاد في الثاني مَن مضى وغبر. ونحوه ما في «الأساس»^{١٣} نقلا عن العين. وعن^{١٤} ابن الأعرابي أنها ولده وذريته من صلبه حكاه عنه تعلقب. وعن ابن قتيبة^{١٥}: أنهم عشيرته. وستسمع معنى العشيرة. والقول الثاني خيرة «المبسوط»^{١٦} والخلاف^{١٧} والغنية^{١٨} والوسيلة^{١٩} والجامع^{٢٠} والتلخيص^{٢١} مدعى عليه الإجماع في الثلاثة الأول ولا ترجيح في «التذكرة»^{٢٢} في الباب وباب الوقف، ولا في «الإيضاح»^{٢٣} وعن ابن السكيت^{٢٤} بأن الرهط والعتره بمعنى واحد^{٢٥}. وعن ابن فارس أن رهط الرجل قومه وعشيرته الأقربون وهو الرجال دون النساء وفي «نهاية» ابن الأثير: أن عترته عليه السلام أولاده وأولاد علي عليه السلام. وقال: إن المشهور المعروف أنهم أهل بيته الذين حرمت

مركز تحقيق علوم إسلامي

- (١١) الصحاح: ج ٢ ص ٧٣٥ مادة «عتر».
- (١٢) القاموس المحيط: ج ٢ ص ٨٤.
- (١٣) أساس البلاغة: ص ٤٠٨ مادة «عتر».
- (١٤) لسان العرب: ج ٤ ص ٥٣٨ مادة «عتر».
- (١٥) نقله عنه العلامة في تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى لعترته ج ٢ ص ٤٧٨ س ١١، وابن قدامة في المغني: في وصية الرجل لآله ج ٦ ص ٥٥٤.
- (١٦) المبسوط: فيما إذا أوصى لأهل بيته ج ٤ ص ٤٩.
- (١٧) الخلاف: فيما لو أوصى لعترته ج ٤ ص ١٥٧ مسألة ٣٣.
- (١٨) غنية النزوع: في الوقف ص ٢٩٩.
- (١٩) الوسيلة: فيما لو أوصى لعترته ص ٣٧٨.
- (٢٠) الجامع للشرائع: في الوصية للعتره ص ٤٩٦ وراجع ص ٣٧١ منه في الوقف.
- (٢١) تلخيص المرام: في الوصية للعتره ص ١٥٧.
- (٢٢) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى للعتره ج ٢ ص ٤٧٨ س ١١، وفي الوقف ص ٤٣٩ س ٧.
- (٢٣) إيضاح الفوائد: فيما لو أوصى للعتره ج ٢ ص ٤٩٣.
- (٢٤) الناقل هو الفيومي في المصباح المنير: ص ٣٩١ مادة «عتر».
- (٢٥) الناقل هو الطريحي في المجمع: ج ٤ ص ٢٤٩ مادة «رهط».

والعشيرة القرابة، ⑤

عليهم الزكاة^١ وسئل أمير المؤمنين عليه السلام من العترة؟ فقال: أنا والحسن والحسين والأئمة التسعة من ولد الحسين تاسعهم مهديهم وقائمهم عليه السلام^٢. وقال ثعلب: قلت لابن الأعرابي فما معنى قول أبي بكر في السقيفة: نحن عترة رسول الله صلى الله عليه وآله؟ قال: أراد بذلك بلدته وبيضته^٣. قلت: ويشهد له قوله^٤ بعد ذلك: وبيضته التي تفقأت عنه. ولا تغفل عن العرف والقرينة. وكيف كان فعلى القول الأول يمنع الأقرب الأبعد وعلى الثاني لا يمنع.



[في معنى العشيرة]

قوله: «والعشيرة القرابة» كما في «التذكرة»^٥ والتحرير^٦ وقد نسبته في «المسالك» إلى كتب المصنّف^٧. وليس كذلك كما ستعرف. نعم هو معنى ما في «الصحاح»^٨ وأحد احتمالات «القاموس»^٩ من أن العشيرة القبيلة، وكذا «مجمع البحرين» من أنهم الرجال الذين هم من قبيلته ممن يطلق في العرف أنهم عشيرة^{١٠}.

(١) النهاية لابن الأثير: ج ٣ ص ١٧٧ مادة «عترة» وفيه: هم أولاده وعليّ وأولاده....

(٢) معاني الأخبار: في معنى الثقلين والعترة ص ٩٠ ح ٤.

(٣) معاني الأخبار: في معنى الثقلين والعترة ص ٩١ ذيل ح ٥.

(٤) لسان العرب: ج ٤ ص ٥٣٨ مادة «عترة».

(٥) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى لعشيرته ج ٢ ص ٤٧٨ س ١١.

(٦) تحرير الأحكام: فيما لو أوصى لعشيرته ج ٣ ص ٣٧٢.

(٧) مسالك الأفهام: في الوصية للعشيرة ج ٦ ص ٢٣٥.

(٨) الصحاح: ج ٢ ص ٧٤٧ مادة «عشر».

(٩) القاموس المحيط: ج ٢ ص ٩٠ مادة «العشيرة».

(١٠) مجمع البحرين: ج ٣ ص ٤٠٣ مادة «عشر».

وفي «المقنعة»^١ والمراسم^٢ والنهاية^٣ والسرائر^٤ والشرائع^٥ والتلخيص^٦ والإرشاد^٧ والتبصرة^٨ أن العشيرة هم الخاص من أهله الذين هم أقرب الناس إليه في نسبه. وقد قال في وقف «الغنية»: أنه مروي^٩. ولعله معنى قوله في «الدروس»: العشيرة الذرية والخاص من قومه، ثم قال: وقال ابن زهرة الذرية لا غير^{١٠}. والموجود في الغنية ما سمعته واختار أنه يعمل بعرف قومه في ذلك الإطلاق ولعله أيضاً معنى ما في «القاموس»^{١١} وغيره^{١٢} من أن عشيرة الرجل بنو أبيه الأذنون أو قبيلته انتهى. وعن بعض الشافعية أن العشيرة والقبيلة لا تدخل فيهما إلا قرابة الأب^{١٣}. وفي «المسالك» أن الأجود الرجوع إلى العرف، ومع انتفائه فالعموم حسن^{١٤}. وفي «جامع المقاصد» أن اتباع العرف في ذلك مع عدم القرينة لا ريب فـفيه^{١٥}.

مركز تحقيق علوم إسلامي

- (١) المقنعة: في الوقف على العشيرة ص ٦٥٥.
- (٢) المراسم: في الوقف على العشيرة ص ١٩٨.
- (٣) النهاية: في الوقف على العشيرة ص ٥٩٩.
- (٤) السرائر: في الوقف على العشيرة ج ٣ ص ١٦٤.
- (٥) شرائع الإسلام: في الوصية للعشيرة ج ٢ ص ٢٥٤.
- (٦) تلخيص المرام: في الوصية للعشيرة ص ١٥٧.
- (٧) إرشاد الأذهان: في الوصية للعشيرة ج ١ ص ٤٥٩.
- (٨) تبصرة المتعلمين: في الوصية للعشيرة ص ١٢٦.
- (٩) غنية النزوع: في الوقف على العشيرة ص ٢٩٩.
- (١٠) الدروس الشرعية: في الوقف ج ٢ ص ٢٧٣.
- (١١) القاموس المحيط: ج ٢ ص ٩٠ مادة «العشيرة».
- (١٢) كمجمع البحرين: ج ٣ ص ٤٠٣ مادة «عشر».
- (١٣) المغني المحتاج: في الوصية ج ٣ ص ٦٣.
- (١٤) مسالك الأفهام: في الوصية للعشيرة ج ٦ ص ٢٣٥.
- (١٥) جامع المقاصد: في الوصية للعشيرة ج ١٠ ص ٧٠.

وقوم أهل لغته

سمعت ما تقدّم^١ لنا في مثله.

[في معنى القوم]

قوله: «وقومه أهل لغته» كما في «التذكرة»^٢ والإرشاد^٣ والتلخيص^٤ والتذكرة^٥ ولا ترجيح في الأخير و«الدروس»^٦ في باب الوقف. وقد نسب إلى القيل في «الشرائع»^٧ والتحرير^٨ واختير في «المقنعة»^٩ والنهاية^{١٠} والوسيلة^{١١} والغنية^{١٢} والمختلف^{١٣} والإيضاح^{١٤} أنه يكون لجماعة أهل لغته من المذكور دون

مركز تحقيق مكتبة علوم اسلامی

- (١) تقدّم في ص ٤٢٠.
- (٢) تذكرة الفقهاء: في الوقف للقوم ج ٢ ص ٤٣٩ س ٣٠.
- (٣) إرشاد الأذهان: في الوصية للقوم ج ١ ص ٤٥٨.
- (٤) تلخيص المرام: في الوصية للقوم ص ١٥٧.
- (٥) الظاهر أن التذكرة هنا تكرر.
- (٦) الدروس الشرعية: في الوقف على القوم ج ٢ ص ٢٧٣.
- (٧) شرائع الإسلام: في الوصية للقوم ج ٢ ص ٢٥٤.
- (٨) تحرير الأحكام: في الوقف على القوم ج ٣ ص ٣٠٣.
- (٩) المقنعة: في الوقف على القوم ص ٦٥٥.
- (١٠) النهاية: في الوقف على القوم ص ٥٩٩.
- (١١) الوسيلة: في الوقف على القوم ص ٣٧١.
- (١٢) غنية النزوع: في الوقف على القوم ص ٢٩٩.
- (١٣) مختلف الشيعة: في الوقف على القوم ج ٦ ص ٣١٤.
- (١٤) إيضاح الفوائد: في الوصية للقوم ج ٢ ص ٤٩٤.

الإناث. وهو المحكي^١ عن القاضي، وفي «السرائر» أنه مروى^٢، وفي «جامع المقاصد»^٣ والمسالك^٤ نسبه إلى الشيخين وأكثر الأصحاب. وقال في الأول: أنه المشهور، وقال في «المسالك»: إنه الأشهر وبه صرح في «الصباح»^٥ وتكلمته للصغاني فيما حكى عنه^٦ ولم أجده في كتابه و«المصباح»^٧ والمجمع^٨ وفي «المراسم» يكون لجماعة أهل لغته^٩، ولم يخص الذكور للذكر فيشمل الأقارب والأجانب والذكور والإناث. وفي «الحواشي»^{١٠} أنه المنقول. وبه صرح في «القاموس»^{١١} وقال أبو الصلاح: يعمل بالمعلوم من قصده، فإن لم يعرف مقصده عمل بعرف قومه^{١٢} انتهى، لكن الكلام مع انتفاهما. وقال الجوهري والفيومي: إنه ربما دخل النساء تبعاً وهو المحكي عن الصغاني ولم أجده أيضاً في كتابه. قلت: لأن قوم كل نبي رجال ونساء، إلا أن تقول كما قيل^{١٣} في قوله تعالى: «يا قوم اتبعوا المرسلين»^{١٤} كان مقيماً بينهم ولكن قد قيل: إنهم كانوا قومه.

(١) نقله عنه العلامة في المختلف: في الوقف على القوم ج ٦ ص ٣١٣.

(٢) السرائر: في الوقف على القوم ج ٣ ص ١٦٣.

(٣) جامع المقاصد: في الوصية للقوم ج ١٠ ص ٦٩ - ٧٠.

(٤) مسالك الأفهام: في الوصية للقوم ج ٦ ص ٢٣٣.

(٥) الصباح: ج ٥ ص ٢٠١٦ مادة «قوم».

(٦) الحاكي هو الفيومي في المصباح: ص ٥٢٠ مادة «قوم».

(٧) المصباح المنير: ص ٥٢٠ مادة «قوم».

(٨) مجمع البحرين: ج ٦ ص ١٤٧ مادة «قوم».

(٩) المراسم: في الوقف على القوم ص ١٩٨.

(١٠) لم نعثر عليه في النسخة الموجودة لدينا.

(١١) القاموس المحيط: ج ٤ ص ١٦٨ مادة «القوم».

(١٢) الكافي في الفقه: في الصدقة على القوم ص ٣٢٧.

(١٣) المصباح: ص ٥٢٠، والمجمع: ج ٦ ص ١٤٧.

(١٤) يس: آية ٢٠.

هذا وقد أنكر في «السرائر»^١ على الشيخين وسأله فقال ما حاصله: إنهم الرجال من أهله وعشيرته، فجعلهم أخص ممّا قالوه من وجهين حيث قصره على والجيران من يلي داره إلى أربعين ذراعاً على رأي. ولو أوصى لمواليه وله موال من أحد الطرفين صرف إليه ولا يصرف إلى موالي أبيه.

الرجال من الأهل والعشيرة، ولم يجعله للذكور من أهل اللغة. وردّ في «المختلف»^٢ والإيضاح^٣ بأنّ الشيخين أعرف باللغة ومقاصد العرب، وفي «جامع المقاصد» لا ريب أنّ ما قاله ابن إدريس أقرب وأوفق بكلام أهل اللغة^٤. قلت: لقد تتبعت ما حضرنى من كتب اللغة وهي ستة فلم أجد ما يوافقه إلّا قول الفيومي: قوم الرجل أقرباؤه الذين يجتمعون معه في جدّ واحد، وتبعه صاحب «مجمع البحرين» لكنّ القوم في الكتاب المجيد مضافاً في غاية الظهور فيما قاله الشيخان ثمّ إنّ مخالفة الأكثر في تفسير موضوع اللفظ مع ورود رواية فيه صريحة باعتراف الخصم منجبرة بالشهرة كما عرفت ممّا لا ينبغي الإقدام عليه.

قوله: «والجيران من يلي داره إلى أربعين داراً على رأي» قد أسبغنا الكلام فيه في باب الوقف^٥ إسباً غاً لم يوجد في كتاب.

(١) السرائر: في الوقف على القوم ج ٣ ص ١٦٤.

(٢) مختلف الشيعة: في الوقف على القوم ج ٦ ص ٣١٤.

(٣) إيضاح الفوائد: في الوصية للقوم ج ٢ ص ٤٩٤.

(٤) جامع المقاصد: في الوصية للقوم ج ١٠ ص ٧٠.

(٥) المصباح المنير: ص ٥٢٠، وراجع المجمع: ج ٦ ص ١٤٧.

(٦) تقدّم في ص ٥٧.

[في الوصية الموالية]

قوله: «ولو أوصى لمواليه وله موالٍ من أحد الطرفين صرف إليه ولو اجتماعاً فالأقرب البطلان».

ولا يصرف إلى موالٍ أبيه، أما الحكم الأول فقد تقدّم لنا في باب^١ الوقف نفي الخلاف فيه وحكاية الإجماع عليه عن ظاهر «المسالك» وفي «الخلاف» أن عليه إجماع الفرقة وأخبارهم^٢ لوجود ما يحمل عليه اللفظ حقيقة وتفرّده قرينة دالة على إرادته. وحكيّا هناك^٣ احتمال البطلان عن «التذكرة وجامع المقاصد» هنا، لأنّ إيهام اللفظ لا يختلف بأن يوجد محامله أو لا توجد. وأما الحكم الثاني فلأنّ اللفظ حقيقة في موالٍ نفسه ومجاز في موالٍ أبيه، ولا يصار إلى المجاز مع إمكان الحقيقة.

وليعلم أنّ لفظ المولى مشترك بين ستة معاني: منها المعتقد، ويسمّى المولى الأعلى، ومنها العتيق ويسمّى المولى الأسفل، والفقهاء من الطائفتين لم يذكروا سواهما.

قوله: «ولو اجتماعاً فالأقرب البطلان» أي حيث يطلق ويقول لم أرد غير مدلول اللفظ من غير قصد، أو تعذّرت معرفة قصده ولو اختلف الأصحاب في ذلك. وقد استوفينا الكلام فيه وبلغنا فيه أبعاد الغايات، وقلنا: إنّ الأصل في هذا الاختلاف اختلاف فهمهم في أصلين: الأول أن المشترك يحمل على جميع معانيه أم يبقى مجملاً؟ والثاني: هل يشترط في صفة الجمع اتّحاد معنى أفرادها حتّى يمتنع

(١) تقدّم في ص ١١٩.

(٢) الخلاف: في الوصايا ج ٤ ص ١٥٧ مسألة ٣٥.

(٣) تقدّم في ص ١١٩.

تثنية المشترك وجمعه باعتبار معانيه؟ إلى آخر ما ذكرناه هناك^(١).
ولو لم يكن له موال ففي استحقاق موالى أبيه نظر ينشأ من كونه
ليس مولى له ومن المصير إلى المجاز عند تعذر الحقيقة فإن أعطيناه
فلو كان له موال ولأبيه موال فمات مواليه قبله لم يعط موالى أبيه
بخلاف ما لو أوصى لأقرب الناس إليه وله ابن وابن ابن فمات الابن
في حياته، فإنه لابن الابن^(٢).

قوله: «ولو لم يكن له موالى ففي استحقاق مولى أبيه نظر ينشأ
من كونه ليس مولى له» أي حقيقة، وإنما يجوز ميراثهم بسبب العسوبة، وهو
خيرة «التذكرة»^(٣).

قوله: «ومن المصير إلى المجاز عند تعذر الحقيقة» لأن الحال يشهد
بإرادة المجاز إذا كان الموصي عالماً بالحال، ولو لا ذلك لكان لفظه لغواً فيجب
صيانته عن الهذر بحسب الإمكان، وفي «جامع المقاصد»: أنه أقوى^(٤). وقد
استشكل أيضاً في «التحرير»^(٥).

قوله: «فإن أعطيناه فلو كان له موال ولأبيه موال فمات مواليه
قبله لم يعط موالى أبيه بخلاف ما لو أوصى لأقرب الناس إليه وله
ابن وابن ابن فمات الابن في حياته، فإنه لابن الابن» لصدق اللفظ عليه
حقيقة، إذ هو أقرب الناس إليه حين الاستحقاق وفي «جامع المقاصد» أن فيه نظراً

(١) تقدّم في ص ١١٩ - ١٢٠.

(٢) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى لمواليه ج ٢ ص ٤٧٩ س ٢١.

(٣) جامع المقاصد: فيما لو أوصى لمواليه ج ١٠ ص ٧١.

(٤) تحرير الأحكام: فيما لو أوصى لمواليه ج ٣ ص ٣٧٢.

لأنَّ الظاهر أن المراد ما صدق عليه اللفظ وقت الوصية. وفيه؛ إنه مجاز وذلك حقيقة، فعلى هذا لو أوصى لمواليه وكان له موالى من أسفل ثم أعتق مملوكاً لم ولو أوصى المسلم لأهل قرية أو للفقراء فهو للمسلمين من أهل القرية ومن الفقراء دون الكفار. (١)

يشارك الموجودين وقت الوصية^١. ويأتي^٢ له عند قول المصنّف: إذا قال أعطوه عبداً من عبيدي ولا عبد له، تقويته، ويأتي^٣ له عند قوله: ويعتبر الثلث وقت الوفاة لا الوصية، التأمل فيه أيضاً. وقد بيّنا هناك أنه لا ينبغي التأمل في ذلك.

[في وصية المسلم لأهل قرية]

قوله: «ولو أوصى المسلم لأهل قرية أو للفقراء فهو للمسلمين من أهل القرية ومن الفقراء دون الكفار» كما في «التذكرة»^٤ والدروس^٥ وجامع المقاصد^٦ وكذا «الإيضاح»^٧ لقوله تعالى: «يوصيكم الله في أولادكم» الآية^٨، فلم تدخل الكفار إجماعاً في وصية الله سبحانه وتعالى إذا كان الميت مسلماً مع عموم اللفظ، فكذا في وصية المسلم، ولأنَّ الظاهر من حال المسلم عدم

(١) جامع المقاصد: في الوصية لأهل القرية ج ١٠ ص ٧٢.

(٢) سيأتي في ص ٤٨٦.

(٣) سيأتي في ص ٤٥٤.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية لأهل القرية ج ٢ ص ٤٦٥ س ١٢.

(٥) الدروس الشرعية: في الوصية لأهل القرية ج ٢ ص ٣٠٨.

(٦) جامع المقاصد: في الوصية لأهل القرية ج ١٠ ص ٧٢.

(٧) إيضاح الفوائد: في الوصية لأهل القرية ج ٢ ص ٤٩٥.

(٨) النساء: آية ١١.

إرادة الكافر. للعداوة الدينية الراسخة بينهم وبينه وعدم الوصلة المانعة من الميراث ومن وجوب النفقة على فقيرهم، ولذلك خرجوا من عموم اللفظ في الأولاد ولو كان جميع أهل القرية كفّاراً صحّت إن كانوا أهل ذمّة ولو كان الأكثر أهل ذمّة ففي تخصيص المسلمين نظر. (د)

والأخوة والأزواج وسائر الألفاظ العامة في الميراث فكذا هنا، لأنّ الوصيّة أُجريت مجرى الميراث ومنه يعلم حال ما إذا أوصى لقربته وفيهم كفّار. وليعلم أنّه لو كان في القرية مسلمون من غير أهل نحلة الموصي لم يدخلوا في الوصيّة.

قوله: «ولو كان جميع أهل القرية كفّاراً صحّت إن كانوا أهل ذمّة» كما في «التذكرة»^١ وجامع المقاصد^٢ إذ لا يمكن التخصيص وإلا لكان هذراً ولنغوا مع شهادة الحال بإرادته الكفار. والتقييد بكونهم أهل ذمّة، لأنّه سبق له أنّ الوصيّة لا تصحّ للحربي. وقد تركه في «التذكرة». وكذا لو أوصى لقربته وكانوا كلّهم كفّاراً.

قوله: «ولو كان الأكثر أهل ذمّة ففي تخصيص المسلمين نظر» ونحوه ما في «جامع المقاصد»^٣ من عدم الترجيح، والأقوى تخصيص المسلمين بالوصيّة كما في «التذكرة»^٤. وهو الأولى كما في «الإيضاح»^٥ وكذا «الحواشي»^٦

(١) تذكرة الفقهاء، في الوصيّة لأهل القرية ج ٢ ص ٤٦٥ س ١٧.

(٢) جامع المقاصد، في الوصيّة لأهل القرية ج ١٠ ص ٧٢.

(٣) جامع المقاصد، في الوصيّة لأهل القرية ج ١٠ ص ٧٢.

(٤) تذكرة الفقهاء، في الوصيّة لأهل القرية ج ٢ ص ٤٦٥ س ١٩.

(٥) إيضاح الفوائد، في الوصيّة لأهل القرية ج ٢ ص ٤٩٥.

(٦) لم نعثر عليه.

لأنّ حمل اللفظ عليهم ممكن، والتخصيص مع وجود القرينة جائز وإن بقي الأقلّ ولو أوصى الكافر للفقراء صرف إلى فقراء أهل نحلته.

كما هو مختار جماعة^١ كثيرين، وإلاّ لزم عدم التخصيص مع مساواتهم، أو كون الكفار أقلّ مع الاتفاق على جوازه، إذ وجه عدم التخصيص أنّه من البعيد إرادة الأقلّ وحده من لفظ العموم، وفيه: أنّ الاستبعاد مع قيام المقتضي للتخصيص لا يلتفت إليه وكذا الحكم في باقي ألفاظ العموم، كما لو أوصى لإخوته أو عمومته أو للفقراء والمساكين، ومنه يظهر وجه النظر.

ولو لم يكن في القرية إلاّ مسلم واحد والباقي كفّار دخلوا في الوصيّة لبعده إخراجهم، لما فيه من مخالفة الظاهر. كما في «التذكرة»^٢ وجامع المقاصد^٣ وظاهر الكتاب لقوله: ففي تخصيص المسلمين الظاهر في أنّ الباقي جماعة، وفيه نظر يعلم مما سبق. ولذلك قال في «التذكرة» بعد ذلك كلّ: والأقرب في ذلك كلّ صرف لفظ الوصيّة إلى المسلمين^٤.

[في وصيّة الكافر للفقراء]

قوله: «ولو أوصى الكافر للفقراء صرف إلى فقراء أهل نحلته» كما في «التذكرة»^٥ وجامع المقاصد^٦ لمكان القرينة، ولقضيّة الرضا^٧، وهي أنّ رجلاً

(١) منهم السيّد مرتضى في الذريعة: ج ١ ص ٢٩٧، والفاضل التونسي في الوافية: في الخصوص ص ١٢٥، وصاحب معالم الدين: في مباحث التخصيص ص ١١٠.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة لأهل القرية ج ٢ ص ٤٦٥ س ١٨.

(٣) جامع المقاصد: في الوصيّة لأهل القرية ج ١٠ ص ٧٣.

(٤) تذكرة الفقهاء: في وصيّة الكافي للفقراء ج ٢ ص ٤٦٥ س ٢١.

(٥) تذكرة الفقهاء: في وصيّة الكافر للفقراء ج ٢ ص ٤٦٥ س ٢١.

وكذا لو أوصى لأهل قريته وإن كانوا كفّاراً وفيها مسلمون ففي دخولهم نظر. ⑤

مجوسياً مات وأوصى للفقراء بشيء من ماله، فأخذه قاضي نيشابور فجعله في فقراء المسلمين، فكتب الخليل بن هاشم إلى ذي الرياستين وهو والي نيسابور بذلك، فسأل المأمون عن ذلك؟ فقال: ليس عندي في ذلك شيء، فسأل أبا الحسن عليه السلام؟ فقال: أبو الحسن عليه السلام: إن المجوس لم يوص لفقراء المسلمين، ولكن ينبغي أن يؤخذ مقدار ذلك المال من مال الصدقة فيردّ على فقراء المجوس^٧. وقد تقدّم^٨ في باب الوقف ما له نفع في المقام.

قوله: «وكذا لو أوصى لأهل قريته وإن كانوا كفّاراً» الظاهر أن المراد وإن كانوا حربيين وإلا فلا معنى للعطف بأن الوصية، إذ ليس هذا هو الفرد الأخرى في هذا المقام إذ هو هنا الحربي، لكن يشكل بأنه لا يصحّ الوصية للحربي لأن ما له فيء لنا.

قوله: «ولو كان فيهم مسلمون ففي دخولهم نظر» أصحّ الدخول كما في «الإيضاح»^٩ وهو قضية تعليل «التذكرة»^{١٠} لمكان عموم اللفظ مع كونهم أحرار. وفي «جامع المقاصد» أن الأقرب عدم الدخول^{١١}. وهو قضية كلام

(٦) جامع المقاصد: في وصية الكافر للفقراء ج ١٠ ص ٧٣.

(٧) وسائل الشيعة: ب ٣٤ في أحكام الوصايا ج ١ ص ١٣ ص ٤١٤.

(٨) تقدّم في ص ٦٩.

(٩) إيضاح الفوائد: في وصية الكافر للفقراء ج ٢ ص ٤٩٥.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في وصية الكافر للفقراء ج ٢ ص ٤٦٥ ص ٢٣.

(١١) جامع المقاصد: في وصية الكافر للفقراء ج ١٠ ص ٧٤.

«الدروس^١» لمكان وجود قرينة التخصيص وهو العداوة الدينية، والأحقية ولو لم يكن فيها إلا المسلمون صرف إليهم، ولو أوصى للجارج صح وإن سرت ولا تبطل وكذا القاتل على إشكال

ممنوعة، فإن الأحق هو من أراده الموصي بالوصية دون غيره، وإن كان دينه الحق.

قوله: «ولو لم يكن فيها إلا المسلمون صرف إليهم» كما في «التذكرة^٢ وجامع المقاصد^٣» وهو قضية كلام «الدروس^٤» لأن تنفيذ الوصية إنما يكون بالوصية إليهم، وكذا يدخلون لو لم يكن فيها إلا كافر واحد. ولو كان في القرية كفار من غير نحلة الموصي لم يدخلوا في الوصية عملاً بالوصية كما في «جامع المقاصد^٥» وكذا «التذكرة» غير أنه احتتمل فيها عدم الخروج لأن الكفار يتوارثون وإن اختلفوا في الأديان^٦ انتهى فتأمل، نعم يدخلون لو وجدت قرينة الدخول كما لو لم يكن في القرية إلا هم.

[في وصية الموصي لجارحه وقاتله]

قوله: «ولو أوصى للجارج صح وإن سرت ولا تبطل، وكذا القاتل على إشكال» لا فرق بين الجارج إذا سرت جراحته إلى النفس وبين

- (١) الدروس الشرعية: في وصية الكافر ج ٢ ص ٣٠٨.
- (٢) تذكرة الفقهاء: في وصية الكافر ج ٢ ص ٤٦٥ س ٢٢.
- (٣) جامع المقاصد: في وصية الكافر ج ١٠ ص ٧٤.
- (٤) الدروس الشرعية: في وصية الكافر ج ٢ ص ٣٠٨.
- (٥) جامع المقاصد: في وصية الكافر ج ١٠ ص ٧٤.
- (٦) تذكرة الفقهاء: في وصية الكافر ج ٢ ص ٤٦٥ س ٢٤ و ٢٥.

القاتل، لأنّ كلّاً منهما قاتل، فلا يندفع الاستدراك إلّا بأنّ يجاب بأنّ الفرض بيان الاتحاد في الموضوع والحكم، فينبغي أن يكون الإشكال في كلّ منهما. ولا يخفى أنّه لا يتصور الوصيّة للقاتل بعد القتل، وإنّما يتحقّق إذا وجد سبب القتل.

وظاهر إطلاق عبارة «الكتاب» هنا وفي باب^١ القصاص و«الخلافاً»^٢ وغيره^٣ عدا «التذكّرة» أنّه لا فرق بين العمد والخطأ، ولا بدّ من تقييده العمد بكونه ظلماً، فتصحّ للقاتل بحقّ كما أنّه يرث كما صرّح به في «التذكّرة»^٤ وجامع المقاصد^٥.

وكيف كان فقد اختير في «الخلافاً»^٦ والتحرير^٧ وجامع المقاصد^٨ وقصاص الكتاب^٩ في موضع منه و«كشف اللثام» أن الوصيّة تصحّ للقاتل^{١٠}. وقضيّة إطلاقهم أنّه لا فرق بين أن تكون بموجب جناية أو بشيء آخر وأنّه لا فرق فيه بين العمد وغيره كما عرفت، ولا بين أن يكون أوصى له قبل جرحه له أو بعده كما صرّح بذلك كلّ في «التحرير»^{١١} وقد حكى^{١٢} ذلك عن أهل الحجاز ومالك

(١) قواعد الأحكام: في الجنايات ج ٣ ص ٦٤٩.

(٢) الخلافاً: في الوصيّة للقاتل ج ٤ ص ١٥٤ مسألة ٢٧.

(٣) كالدورس الشرعية: في الوصيّة للقاتل ج ٢ ص ٣١٠.

(٤) تذكّرة الفقهاء: في الوصيّة للقاتل ج ٢ ص ٤٦٥ س ٣٨.

(٥) جامع المقاصد: في الوصيّة للقاتل ج ١٠ ص ٧٥.

(٦) الخلافاً: في الوصيّة للقاتل ج ٤ ص ١٥٤ مسألة ٢٧.

(٧) تحرير الأحكام: في الوصيّة للقاتل ج ٣ ص ٣٦٨.

(٨) جامع المقاصد: في الوصيّة للقاتل ج ١٠ ص ٧٤ - ٧٥.

(٩) قواعد الأحكام: في الجنايات ج ٣ ص ٦٣٨.

(١٠) كشف اللثام: في قصاص الطرف ج ١١ ص ٢٠٣.

(١١) تحرير الأحكام: في الوصيّة للقاتل ج ٣ ص ٣٦٨.

لعمومات آيات الوصية كقوله سبحانه وتعالى: «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً»^{١٣} الوصية، «من بعد وصية»^{١٤} وعن أبي علي أنه قال: لا وصية لقاتل عمد، لأن فعله مانع له من الوصية كمنعه من الميراث^{١٥}. وعن أبي حنيفة المنع مطلقاً. وقد استشكل في موضع من قصاص الكتاب^{١٦} وفي وصايا «الدروس» حيث قال: فيه نظر^{١٧}. ولا ترجيح في «المبسوط»^{١٨}.

وقد فصل في «التذكرة»^{١٩} والمختلف^{٢٠} وكذا «الإيضاح»^{٢١} والحواشي^{٢٢} قال في «التذكرة»: الوجه التفصيل وهو أنه إن أوصى قبل القتل أو الجرح الموجب للقتل لم تصح الوصية كما لو قال: أعطوا زيداً كذا ثم يقتله زيد^{٢٣}. لأنه ربما طلب تعجيل الوصية فبادر إلى قتله ليبلغ غرضه فاقترضت الحكمة منعه. قلت: قضيته أنه يكفي في ذلك احتمال إرادة التعجيل، وإننا لو قطعنا بعدم إرادته ذلك صحّت الوصية فتأمل وقالوا: بخلاف ما لو جرحه بالمهلك ثم أوصى له، فإن الموصى له لم يقصد بقتله استعجال مال لعدم سببه والموصي راض بالوصية بعد صدور ما فعله

(١٢) الحاكي هو الشيخ في الخلاف، في الوصية للقاتل ج ٤ ص ١٥٤ مسألة ٢٧.

(١٣) البقرة: آية ١٨٠.

(١٤) النساء: آية ١١.

(١٥) نقله عنه العلامة في المختلف: في الوصية للقاتل ج ٦ ص ٣٧٧.

(١٦) الفتاوى الهندية: في الوصية للقاتل ج ٦ ص ٩١.

(١٧) قواعد الأحكام: في الجنايات ج ٣ ص ٦٣٨.

(١٨) المبسوط: في الوصية للقاتل ج ٤ ص ٤٢.

(١٩) تذكرة الفقهاء: في الوصية للقاتل ج ٢ ص ٤٦٥ س ٣١.

(٢٠) مختلف الشيعة: في الوصية للقاتل ج ٦ ص ٣٧٧.

(٢١) إيضاح الفوائد: في الوصية للقاتل ج ٢ ص ٤٩٦.

(٢٢) الحاشية التجارية: في الوصية للقاتل ص ١٢٠ س ١٨ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٢٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية للقاتل ج ٢ ص ٤٦٥ س ٣١.

فيه. قلت: هذا إذا نصّ عليه باسمه، أمّا لو أوصى بلفظ عام يتناوله بعد فعل القتل وكذا لو قتلت المستولدة سيدها فإنها تعتق.

فالأقوى المنع كما صرح^١ به في غير التذكرة عملاً بالعرف والعادة. وقضية ما اختاره في «جامع المقاصد»^٢ الصحة لاقتضاء اللفظ العموم. وفيه: أنّ العرف والعادة التي جبلت عليها الطباع البشرية تخصّص العموم. وقد أسبغنا الكلام في المسألة في باب القصاص^٣ عند شرح قوله: لو قال عفوت عنها وعن سرايتها صحّ العفو وفي صحّته في السراية إشكال.

هذا وقال في «التذكرة» وهل يقع فرق بين قتل العمد والخطأ؟ الأقرب ثبوت الفرق فيمنع من الوصية مع العمد دون الخطأ. وعليه دلّ قول ابن الجنيّد، ولأنّ المقتضي للمنع في العمد إنّما هو الاستعجال، وهذا إنّما يكون بقصد القتل ولا يتحقّق في الخطأ، وكأّنه مال إليه في «جامع المقاصد»^٤ ولا بأس به، لكن على تفصيل في العمد بين أن يكون أوصى له ثمّ جرحه بالمهلك فيمنع لمكان العادة، وبين أن يكون جرحه ثمّ أوصى له باسمه فلا يمنع على نحو ما مرّ فتدبر وتماّم الكلام^٥ في باب القصاص.

قوله: «وكذا لو قتلت المستولدة سيدها فإنها تعتق» كما في

(١) كما في مختلف الشيعة: في الوصية للقاتل ج ٦ ص ٣٧٧.

(٢) جامع المقاصد: في الوصية للقاتل ج ١٠ ص ٧٥.

(٣) مفتاح الكرامة: (تعليقات على باب القصاص) ج ١٠ ص ١٥٧.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية للقاتل ج ٢ ص ٤٦٥ س ٣٥.

(٥) جامع المقاصد: في الوصية للقاتل ج ١٠ ص ٧٥.

(٦) سيأتي في ج ١٠ ص ١٥٧ (تعليقات على باب القصاص).

«المبسوط»^١ والتذكرة^٢ وجامع المقاصد^٣ ومعناه أن المستولدة إذا قتلت سيدها وكذا المدبر^٤ وذو الدين المؤجل^٥ (ح)

فإنها تعتق من نصيب ولدها بغير إشكال. ولا يقدح في ذلك استعجالها العتق لقتله كما تصح الوصية للجراح وإن سرت وللقاتل على إشكال. فالتشبيه إنما هو في أن الاستعجال غير قادح في المسألتين وقد حاول المصنف الدلالة على عدم الإشكال هنا بقوله: «فإنها تعتق» فإن ذلك كما يدل على وجه الشبه يدل على عدم مجيء الإشكال للجزم به.

قوله: «وكذا المدبر» أي لو قتل سيده لم يمنع ذلك من عتقه. ونحوه ما في «التحرير»^٦ لكن قال في «التذكرة»^٧ لو قتل المدبر سيده فهو كما لو أوصى لإنسان فقتل الموصى له الموصي هل تبطل وصيته أم لا على ما تقدم من الخلاف، لأن التدبير عندنا وصية. وظاهره كما هو ظاهر «المبسوط»^٨ الإجماع عليه، فيكون جزمه هنا بعتقه مع تردده في الوصية للقاتل محل نظر، ولا يستقيم أن يراد بكذا مجيء الإشكال، لأنه لا يتم في المستولدة ولا في ذي الدين المؤجل.

قوله: «وذو الدين المؤجل» أي كذا ذو الدين المؤجل إذا قتل المديون، فإن القتل لا يمنع الحلول بغير إشكال. وبذلك جزم في «المبسوط»^٩ والتذكرة^{١٠}

(١) المبسوط: في الوصية للقاتل ج ٤ ص ٦١.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية للقاتل ج ٢ ص ٤٦٥ س ٤٢.

(٣) جامع المقاصد: في الوصية للقاتل ج ١٠ ص ٧٥.

(٤) تحرير الأحكام: في الوصية للقاتل ج ٣ ص ٣٦٨.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الوصية للقاتل ج ٢ ص ٤٦٦ س ٣.

(٦) المبسوط: في الوصية للقاتل ج ٤ ص ٦١.

(٧) المبسوط: في الوصية للقاتل ج ٤ ص ٦١.

وجامع

ولو أوصى لأصناف الزكاة أو لمستحقّيها فالأقرب استحقاق كلّ صنف ثمن الوصيّة ⑤

المقاصد^٨» ووجهه في الأولين: بأنّ الأجل حقّ من عليه الحقّ ليرتفق بالاكْتساب في المدة، فإذا هلك فالْحَظُّ له في التعجيل لتبرأ ذمّته، ومعناه أنّ الحلّول حظّ لهما معاً لا أنّه حظّ لذي الدين وحده، ليقابل فيه بنقيض مقصوده لو قتل.

[في الوصيّة لمستحقّي الزكاة]

قوله: «ولو أوصى لأصناف الزكاة أو لمستحقّيها فالأقرب استحقاق كلّ صنف ثمن الوصيّة» كما في «التذكرة»^٩ والتحرير^{١٠} والإيضاح^{١١} لأنّهم باعتبار الصنف ثمانية محصورون فإذا وقعت الوصيّة التي هي تمليك على متعدّد اقتضت التشريك والتسوية، فيكون لكلّ صنف ثمن، ولم ينقل فيه في «التذكرة»^{١٢} خلافاً لأحد من العامة، بخلاف الزكاة حيث يجوز الاقتصار فيها على واحد، فإنّ الأصناف الثمانية يراد بها بيان المصرف ومن يجوز الدفع إليه، ويراد بالوصيّة من يجب الدفع إليه. ولهذا لا يملك الفقير الزكاة بمجرد قبولها

(٨) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة للقاتل ج ٢ ص ٤٦٦ س ٢.

(٩) جامع المقاصد: في الوصيّة للقاتل ج ١٠ ص ٧٦.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة لأصناف الزكاة ج ٢ ص ٤٧٣ س ٢٧.

(١١) تحرير الأحكام: في الوصيّة لأصناف الزكاة ج ٣ ص ٣٧٢.

(١٢) إرشاد الأذهان: في الوصيّة لأصناف الزكاة ج ٢ ص ٤٩٦.

(١٣) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة لأصناف الزكاة ج ٢ ص ٤٧٤ س ٢٧.

من دون أن يقبضها ولا يعتبر قبوله بل ولا علمه بأنها زكاة. وربما احتتمل^١ ضعيفاً إلحاقها بالزكاة في حكمها، فيكون كل واحد من الأصناف مصرفاً تاماً يجوز والاكتفاء بواحد من كل صنف. ⑤

الاقتصار عليه والمفاضلة في توزيعها عليهم نظراً إلى أن الوصية لأصناف الزكاة يشعر بأنه جعل الوصية كالزكاة وجارية مجراها وضعفه ظاهر. هذا والأقرب أنه لا يجب الاقتصار به على أهل بلده كما في «التحرير»^٢. قوله: «والاكتفاء بواحد من كل صنف» كما جزم به في «التذكرة»^٣ والتحرير^٤ وهو الأصح كما في «الإيضاح»^٥ وجامع المقاصد^٦ والمراد أنه يجوز أن يصرف كل ثمن من الوصية إلى واحد من كل صنف، فلا يجب صرفه إلى اثنين كما عن محمد بن الحسن الشيباني^٧ ولا إلى ثلاثة كما عن الشافعي^٨، لأن آحاد الصنف غير محصورين، فيمتنع كون الموصى به لهم باعتبار التعدد لتعذر استيعابهم. فلا بد من أن يكون ذلك الصنف مصرفاً لثمن الوصية فيكفي فيه الواحد كما في الزكاة، لأن استحقاق المتعدد إماماً على وجه التشريك، أو على جهة كونه مصرفاً ولما انتفى الأول تعين الثاني، ويحتتمل^٩ وجوب الصرف إلى مسمى الجمع نظراً إلى ظاهر

(١) كما في جامع المقاصد: في الوصية لأصناف الزكاة ج ١٠ ص ٧٧.

(٢) تحرير الأحكام: في الوصية لأصناف الزكاة ج ٣ ص ٣٧٢.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية لأصناف الزكاة ج ٢ ص ٤٧٣ س ٢٨.

(٤) تحرير الأحكام: في الوصية لأصناف الزكاة ج ٣ ص ٣٧٢.

(٥) إيضاح الفوائد: في الوصية لأصناف الزكاة ج ٢ ص ٤٩٦.

(٦) جامع المقاصد: في الوصية لأصناف الزكاة ج ١٠ ص ٧٧.

(٧) المغني لابن قدامة: في الوصية لأصناف الزكاة ج ٦ ص ٥٥٧.

(٨) روضة الطالبين: في الوصية لأصناف الزكاة ج ٥ ص ٢٤٠.

(٩) كما في جامع المقاصد: في الوصية لأصناف الزكاة ج ١٠ ص ٧٧.

اللفظ كما في الوقف، ويضعف بأن الجمع في لفظ الوصية لأصناف الزكاة في الأصناف لا في آحاد الأصناف، وفي الوصية لمستحقها يتحقق الجمع بتعدد الصنف. ولو أوصى للفقراء دخل فيهم المساكين وبالعكس على إشكال ٥

[في الوصية للفقراء]

قوله: «ولو أوصى للفقراء دخل فيهم المساكين وبالعكس على إشكال» قد تقدم^١ لنا في باب الزكاة حكاية الإجماعات على أن الفقراء والمساكين متغايران إذا اجتمعا كما في صريح زكاة «الإيضاح»^٢ وظاهر زكاة «المنتهى»^٣ ووصايا «المبسوط»^٤ وما يأتي^٥ في الكتاب من قوله: ما لو أوصى إلى آخره، ويرشد إليه إطباقهم على عد أصناف مستحقّي الزكاة ثمانية عدا المحقق في «الشرائع»^٦ فعدهم فيها سبعة، وحكى الإجماعات على دخول كل منهما في الآخر إذا انفردا كما في زكاة «الميسرة والروضة»^٧ وظاهر زكاة «المنتهى»^٨ ونهاية الأحكام^٩ وإيضاح النافع والمسالك^{١٠} وغيرها^{١١} ووصايا

(١) تقدم في ج ١١ ص ٤٣١ - ٤٣٢.

(٢) إيضاح الفوائد: في المستحق للزكاة ج ١ ص ١٩٣.

(٣) منتهى المطلب: في المستحق للزكاة ج ٨ ص ٣٢٥.

(٤) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٣٤.

(٥) سيأتي في ص ٤٢٧.

(٦) شرائع الإسلام: في أصناف المستحقين للزكاة ج ١ ص ١٥٩ - ١٦٢.

(٧) الروضة البهية: في المستحق للزكاة ج ٢ ص ٤٢.

(٨) منتهى المطلب: في المستحق للزكاة ج ٨ ص ٣٢٨.

(٩) نهاية الأحكام: في المستحق للزكاة ج ٢ ص ٣٧٩.

(١٠) مسالك الأفهام: في المستحقين للزكاة ج ١ ص ٤٠٩.

(١١) كرياض المسائل: في أصناف المستحقين للزكاة ج ٥ ص ١٣٩.

«المبسوط»^١ حيث نفي فيها جميعها الخلاف عن ذلك. وحكاه في «التذكرة»^٢ عن العرب أي الدخول. وقد نصّ على ذلك في زكاة «المبسوط»^٣ وغيره^٤ ووصايا «التحرير»^٥ في مسألتنا وغيره كما ذكرنا ذلك كله في باب الزكاة^٦. وقد نصّ على عدم دخول أحدهما في لفظ الآخر في «الإيضاح»^٧ وجامع المقاصد^٨ وزكاة «البيان»^٩ على الظاهر منه و«مدارك»^{١٠}.

وقد استشكل المصنّف هنا في الدخول وفي الإطعام^{١١} في الكفارات ومنشأ الإشكال من إطلاق لفظ الفقراء على المساكين وبالعكس عند الانفراد، ومن الشكّ في كون ذلك حقيقة. وقد منع من كونه حقيقة جماعة كالشَّهيد في «البيان»^{١٢} وغيره^{١٣}. ولعلّه لأنّه بعد ثبوت التغاير عند الاجتماع بالإجماع يستهجن كون إطلاق أحدهما على الآخر حقيقة، إذ ليس ذلك على قانون الوضع لعدم النظر، إلّا أن تقول: إنّ كلّ واحد منهما موضوع لمعنيين قد أخذ الواضع في وضعه لأحدهما أن يكونا مجتمعين، وفي الآخر أن يكونا منفردين، كما هو الشأن في اللام فإنّه قد

(١) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٣٤.

(٢) تذكرة الفقهاء: في أصناف المستحقين للزكاة ج ٥ ص ٢٣٧.

(٣) المبسوط: في أصناف المستحقين للزكاة ج ١ ص ٢٤٦.

(٤) كرياض المسائل: في أصناف المستحقين للزكاة ج ٥ ص ١٣٨.

(٥) تحرير الأحكام: في الوصية لأصناف الزكاة ج ٣ ص ٣٧٢.

(٦) تقدّم في ج ١١ ص ٤٣١ - ٤٣٣.

(٧) إيضاح الفوائد: في الوصية للفقراء ج ٢ ص ٤٩٧.

(٨) جامع المقاصد: في الوصية للفقراء ج ١٠ ص ٧٨.

(٩) البيان: في المستحقين للزكاة ص ١٩٣.

(١٠) مدارك الأحكام: في المستحقين للزكاة ج ٥ ص ١٩٢.

(١١) قواعد الأحكام: في الكفارات ج ٣ ص ٣٠٤.

(١٢) البيان: في المستحقين للزكاة ص ١٩٣.

(١٣) كما في مدارك الأحكام: في الفقراء والمساكين من المستحقين للزكاة ج ٥ ص ١٩٢.

قيل^١: أنه أخذ في وضعها للماهية كونها في اسم الجنس وفي وضعها للعموم كونها في الجمع فكان الوضع في كل منهما مشروطاً وإن كان المختار خلاف ذلك عندنا. وإن قلنا: إن الإطلاق العرفي بلغ درجة الحقيقة فلا إشكال أصلاً.

وكيف كان فيحتمل تعلق الإشكال بالمسألتين معاً كما استظهره في «جامع المقاصد»^٢ وهو الظاهر من «الإيضاح»^٣ وقال في «التذكرة»: وهل تدخل المساكين في الوصية للفقراء؟ إشكال أقربه الدخول إن جعلنا المسكين أسوأ حالاً من الفقير وكذا لو أوصى للمساكين، ففي دخول الفقراء إشكال، أقربه الدخول إن جعلنا الفقير أسوأ حالاً من المسكين^٤ انتهى فقد جعل الإشكال في المسألتين وقرب ما قرب بشرط كون الداخل أسوأ حالاً. وقد استظهر في «جامع المقاصد» الإشكال فيهما سواء قلنا بأن الفقير أسوأ أم المسكين، لأن من كان أسوأ حالاً لا يجب أن يتناوله لفظ الآخر لاختلاف المسكين، فيرجع منشأ الإشكال حينئذٍ إلى اختلاف المعنى لغة وجواز إطلاق كل منهما على الآخر عرفاً^٥. وهذا مبني على أن الإطلاق العرفي لم يبلغ درجة الحقيقة.

ويحتمل تعلق الإشكال بالمسألة الأخيرة كما هو ظاهر «الحواشي»^٦ وهو الموافق لما ستسمع من قيام الأدلة على أن المسكين أسوأ حالاً، فيكون المراد أنه إذا أوصى للمساكين يشكل دخول الفقراء فيهم، لأن المسكين أسوأ حالاً من الفقير فعلى هذا يندرج المسكين في الوصية للفقير جزماً لكون المسكين أسوأ حالاً

(١) كما في إيضاح الفوائد: في موانع الإثبات ج ٤ ص ١٨٢.

(٢) جامع المقاصد: في الوصية للفقراء ج ١٠ ص ٧٨.

(٣) إيضاح الفوائد: في الوصية للفقراء ج ٢ ص ٤٩٦ - ٤٩٧.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية للفقراء ج ٢ ص ٤٧٢ س ٤٢.

(٥) جامع المقاصد: في الوصية للفقراء ج ١٠ ص ٧٨.

(٦) لم نعثر عليه.

بخلاف العكس ومنشؤه حينئذٍ من إطلاق لفظ المساكين على الفقراء عرفاً عند الانفراد، ومن أنه لما كان المسكين أسوأ حالاً من الفقير كان لفظه غير متناول له، فلا يندرج في الوصية له، إلا أن تقول إنهما عند الانفراد بمعنى واحد وعند الاجتماع واختلافهما وتغايرهما يجيء الخلاف في أيهما أسوأ حالاً.

وقد قلنا في باب الزكاة^١ أن الأصح أن المسكين أسوأ حالاً لصحيحة محمد ابن مسلم وحسنة أبي بصير الناطقتين بأن المسكين أجهد وعلى ذلك نص الأكثر من أهل اللغة وأكثر الفقهاء كما في «التنقيح»^٢ والمسالك^٣ في الأخير. وفي «الغنية» الإجماع عليه^٤. ونسبه في «التحرير» لأهل البيت^٥ وأهل اللغة^٦. وفي «الدروس»^٧ وغيره^٨ أنه مروي. وقد حكينا^٩ عن اثني عشر كتاباً من كتب الفقه وأحد عشر إماماً من أهل اللغة، وحكينا^{١٠} أن الفقير أسوأ حالاً عن «المبسوط» في عدة مواضع منها باب الوصايا و«الجمال والوسيلة والسرائر» وعن «الطبرسي» وحكينا ما في «الفقيه» وتام الكلام^{١١} مسبقاً مشبعاً في باب الزكاة.

هذا وقد قال في «التذكرة»: ولو جمع بينهما صرف إليهما إجماعاً^{١٢}. وهو يرشد إلى التغاير عند الاجتماع.

(١) تقدّم في ج ١١ ص ٤٣٤.

(٢) التنقيح الرائع: في الفقراء والمساكين من المستحقين للزكاة ج ١ ص ٣١٨.

(٣) مسالك الأفهام: في الفقراء والمساكين من المستحقين للزكاة ج ١ ص ٤٠٩.

(٤) غنية النزوع: في الفقراء والمساكين من المستحقين للزكاة ص ١٢٣.

(٥) تحرير الأحكام: في الفقراء والمساكين من المستحقين للزكاة ج ١ ص ٤٠٢.

(٦) الدروس الشرعية: في أصناف المستحقين للزكاة ج ١ ص ٢٤٠، واللمعة: ص ٥١.

(٧) كمنتهى المطلب: في أصناف المستحقين للزكاة ج ٨ ص ٣٢٨.

(٨) تقدّم في ج ١١ ص ٤٣٤ - ٤٣٥.

(٩) تقدّم في ج ١١ ص ٤٣٥ - ٤٣٦.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في الوصية للفقراء ج ٢ ص ٤٧٣ س ٢.

﴿أما لو أوصى للفقراء بعشر وللمساكين بخمس وجب التمييز ولو مات الموصى له قبل الموصي قيل: بطلت، وقيل: إن لم يرجع فهي لورثة الموصى له فإن لم يكن له وارث فلورثة الموصي.﴾^(١)

قوله: «أما لو أوصى للفقراء بعشر وللمساكين بخمس وجب التمييز» كما في «التذكرة»^١ و«جامع المقاصد»^٢ لأنه لما فاوت بينهما في الوصية وجب تنفيذها، ولا يتحقق ذلك إلا بالتمييز بينهما، إذ التسوية تبديل للوصية. وهو يقضي بأن اللفظين مختلفان وضعاً عند الاجتماع، إذ لا معنى للتمييز بين اللفظين المتحدّين وضعاً وإن تساويا مفهوماً عرفاً أو لغة عند الافتراق كما عرفت. وبه يظهر حال ما في «جامع المقاصد» من دعواه كونهما الجماع، وقضية مفهوم «جامع المقاصد»: أنه لو أوصى لكل منهما بمثل الآخر لم يجب التمييز، لإمكان الدفع إلى القبيلتين على السواء من غير تمييز لكن لا بد من الصرف إليهما معاً إجماعاً كما سمعته^٣ عن «التذكرة» فلا يجوز الاقتصار على أحدهما، فيجب التمييز بالأخرة، فتأمل.

قوله: «ولو مات الموصى له قبل موت الموصي قيل: بطلت، وقيل: إن لم يرجع فهي لورثة الموصى له، فإن لم يكن وارث فلورثة الموصي» قد تقدّم^٤ الكلام مسبقاً محرراً في أوائل المطلب الأول وقد

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية للفقراء ج ٢ ص ٤٧٣ س ٢.

(٢) جامع المقاصد: في الوصية للفقراء ج ١٠ ص ٧٩.

(٣) تقدّم في ص ٤٢٧.

(٤) تقدّم في ص ٣٧٤ - ٣٧٥.

بيّن ما وقع في «الإيضاح وجامع المقاصد» من الخلل وسهو القلم؛ كما أنّ ظاهر ولو قال: أعطوا فلاناً كذا ولم يبيّن ما يصنع به صرف إليه يعمل به ما شاء. ﴿٥﴾

المصنّف هنا التوقّف مع جزمه هناك بالصحة.

[فيما لو قال أعطوا فلاناً ولم يبيّن ما يصنع به]

قوله: «ولو قال: أعطوا فلاناً كذا ولم يبيّن ما يصنع به، صرف إليه يعمل به ما شاء» كما في «النهاية»^١ والوسيلة^٢ والسرائر^٣ والجامع^٤ والشرائع^٥ والنافع^٦ والدروس^٧ وغيرها^٨. قال في «النهاية»: إن شاء أخذه لنفسه، وإن شاء تصدّق به عنه، لأنّه لم يقل إنّه له؛ ولا أمره فيه بأمر كما في «النهاية»^٩ وغيرها^{١٠}. لأنّ الوصيّة تمليك فتقتضي تسلّط الموصي له تسلط سائر الملّك. نعم لو عيّن المصرف كأن قال: أعطوه ليحجّ به تعيّن صرفه في تلك الحجّة. لعموم قوله سبحانه:

(١) النهاية: فيما لو قال الموصي: أعطوا فلاناً كذا ص ٦١٧.

(٢) الوسيلة: في أحكام الوصيّة ص ٣٧٨.

(٣) السرائر: فيما لو قال الموصي: أعطوا فلاناً كذا ج ٣ ص ٢١٦.

(٤) الجامع للشرائع: فيما لو قال الموصي: أعطوا فلاناً كذا ص ٤٩٧.

(٥) شرائع الإسلام: فيما لو قال الموصي: أعطوا فلاناً كذا ج ٢ ص ٢٥٥.

(٦) المختصر النافع: فيما لو قال الموصي: أعطوا فلاناً كذا ص ١٦٤.

(٧) الدروس الشرعية: في الوصيّة ج ٢ ص ٣١٠.

(٨) كرياض المسائل: فيما لو قال الموصي: أعطوا فلاناً ج ٩ ص ٤٧٧.

(٩) النهاية: فيما لو قال الموصي: أعطوا فلاناً ص ٦١٧.

(١٠) كالسرائر: فيما لو قال الموصي: أعطوا فلاناً ج ٣ ص ٢١٦.

«فمن بدّله بعد ما سمعه»^١.

ولو أوصى في سبيل الله فالأقرب صرفه إلى ما فيه قرابة وقيل:
يختصّ الغزاة ﴿٧﴾

[في الوصية في سبيل الله]

قوله: «ولو أوصى في سبيل الله فالأقرب صرفه إلى ما فيه قرابة،
وقيل: يختصّ الغزاة» قد تقدّم الكلام في باب^٢ الوقف مسبغاً محرّراً.
ووجه القرب إبقاء لفظ السبيل على عمومه، لأنّ السبيل الطريق، وكلّ ما فيه
قرابة فهو طريق إلى الله سبحانه.

وقد استدلّ عليه في «الخلاص»^٣ بأخبار الطائفة، وفي «الغنية»^٤ والسرائر^٥
بإجماعنا، لكنّ الموجود من أخبار^٦ الطائفة على ثلاثة أنواع: الأول: أنّ سبيل الله
شيعتنا، وبه عدّة أخبار. الثاني: أنّه الحجّ، وبه عدّة أخبار. الثالث: أنّه من يخرج إلى
الثغور، وقد رواه الشيخ^٧ والصدوق^٨، لكنّه يفهم من التفصيل وجمع السبل حيث
قال مولانا الصادق عليه السلام: لا أعلم سبيلاً من سبله أفضل من الحجّ^٩، أنّ سبيل الله
سبحانه كلّ ما كان قرابة ومصلحة موجبة للشواب، مضافاً إلى اختلاف أخبار الباب

(١) البقرة، آية ١٨.

(٢) تقدّم في ص ٦٧ و ١٠٨.

(٣) الخلاص: في الوصية في سبيل الله ج ٤ ص ١٤٨ مسألة ٢٠.

(٤) غنية النزوع: في الوصية في سبيل الله ص ٣٠٨.

(٥) السرائر: في الوصية في سبيل الله ج ٣ ص ١٨٧.

(٦) وسائل الشيعة: ب ٣٣ في أحكام الوصايا ج ١٣ ص ٤١٢.

(٧) تهذيب الأحكام: ب ١٣ في الوصية لأهل الضلال ح ٨٠٥ ج ٩ ص ٢٠٢.

(٨) من لا يحضره الفقيه: باب في وجوب إنفاذ الوصية ح ٥٤٦٣ ج ٤ ص ٢٠٠.

(٩) وسائل الشيعة: ب ٢٣ في أحكام الوصايا ج ٢ ص ١٣ و ٤١٣.

وما ذكره في الزكاة^١ إذ في ذلك أعدل شاهد على ذلك. وقد استدلّ في «التذكرة» على صرفه لكلّ قربة ومصلحة بالخبر الذي تضمن أنّ سبيل الله شيعتنا^٢. وكأنّه في محلّه. ثمّ إن أخبار «الخلاف» صريحة منجبرة بالشهرة معتزدة بإجماع «الفنية والسرائر».

والمخالف الشيخان في «المقنعة»^٣ والنهاية^٤ والمبسوط^٥ وابن حمزة في «الوسيلة»^٦ وهو المحكي عن القاضي في «الكامل»^٧ وعن أبي علي^٨ أنّه يجوز صرفه لأهل الثغور وفي الحجّ وفيمن كان مرابطاً.

وقال الصدوق في «المقنعة»^٩ كما عن أبيه^{١٠}: أنّه إن شاء جعله لإمام المسلمين، وإن شاء جعله في حجّ أو فرقه في قوم مؤمنين وكأنّه يخالف إجماع فخر المحققين، لأنّه قال: أجمع علماء الإسلام على صحّة الوصيّة بصرف شيء في سبيل الله وعلى أن المجاهدين يدخلون وإنّما اختلفوا في مشاركة غيرهم فيها أو لا وعلى القولين هل كلّهم مصرف^{١١}؟ فيجب على المشهور الصرف في الكلّ

(١) منهم العلامة في مختلف الشيعة: في الزكاة ج ٣ ص ٢٠٢ - ٢٠٤، والشهيد الثاني في مسالك الألفهام: في المستحقّين للزكاة ج ١ ص ٤١٨ - ٤٢٠، والطباطبائي في رياض المسائل: في أصناف المستحقّين للزكاة ج ٥ ص ١٦٣ - ١٦٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة في سبيل الله ج ٢ ص ٤٧٣ س ٦.

(٣) المقنعة: في أصناف أهل الزكاة ص ٢٤١.

(٤) النهاية: في مستحقّ الزكاة ص ١٨٤.

(٥) المبسوط: في أصناف المستحقّين للزكاة ج ١ ص ٢٥٢.

(٦) الوسيلة: في يستحقّ الزكاة ص ١٢٨.

(٧) لا يوجد كتابه لدينا وإنّما نقله عنه العلامة في المختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٦٠.

(٨) حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة: في الزكاة ج ٣ ص ٢٠٣.

(٩) المقنعة: في الوصايا ص ٤٧٩.

(١٠) حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٦١.

(١١) إيضاح الفوائد: في الوصيّة في سبيل الله ج ٢ ص ٤٩٨.

وعلى القول الآخر في كل المجاهدين أو البعض مصرف في «الإيضاح»: أن يستحب الوصية للقرابة وارثاً كان أو غيره.

ظاهر «المقنعة والنهاية والكامل» الأول، قالوا: يخرج في معونة المجاهدين ومع التعذر في معونة الفقراء والمساكين وأبناء السبيل ويقدم فقراء آل محمد صلوات الله عليهم ومساكينهم وأبناء سبيلهم. وقال: إن الثاني قول الشيخ في وقف الخلاف، قال: صرف بعضه للغزاة، وبعضه في الحج والعمرة، وذهب في «المبسوط» إلى صرفه إلى المجاهدين إذا نشطوا ورجعوا إلى حرفهم بعد ذلك^١.

وقد سمعت^٢ كلام الجميع إلا ما قل في باب الوقف، قوله: «ويستحب الوصية للقرابة وارثاً كان أو غيره» كما في «الشرائع»^٣ والنافع^٤ والإرشاد^٥ والتبصرة^٦ والتنقيح^٧ والروض^٨ وجامع المقاصد وفي الأخير أن قوله جل شأنه وجل ذكره: «الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين»^٩ نص في استحباب الوصية لكل قريب وارثاً كان أو لا ويؤيده

(١) إيضاح الفوائد: الوصية في سبيل الله ج ٢ ص ٤٩٨.

(٢) تقدم في ص ٦٧ - ٦٨.

(٣) شرائع الإسلام: في استحباب الوصية للقرابة ج ٢ ص ٢٥٥.

(٤) المختصر النافع: في استحباب الوصية للقرابة ص ١٦٤.

(٥) إرشاد الأذهان: في استحباب الوصية للقرابة ج ١ ص ٤٥٩.

(٦) تبصرة المتعلمين: في استحباب الوصية للقرابة ص ١٢٧.

(٧) التنقيح الرائع: في استحباب الوصية للقرابة ج ٢ ص ٣٨٤.

(٨) لا يوجد كتابه لدينا ويستفاد من حاشية الإرشاد (ضمن غاية المراد): في الوصايا ج ٢

ص ٤٨٠.

(٩) البقرة: آية ١٨٠.

أنه صلة للرحم فيكون مستحباً^١. وفي «المقنعة»^٢ والمراسم^٣ والسرائر^٤ والخلاف^٥

فروع: الأول لو أوصى لعبده برقبته احتتم ضعيفاً البطلان

والمبسوط^٦ والغنية^٧ والتحرير^٨ أنه يستحب أن يوصي لأقاربه الذين لا يرثونه والأربعة الأخيرة قد تضمنت دعوى الإجماع فمن صريح «كالغنية والتحرير» وظاهر «كالخلاف والمبسوط»، لكن الكتب المذكورة لم يقيّد فيها الاستحباب بقرهم كالكتاب وما وافقه عدا «التحرير» فإنه قال فيه: يستحب مع فقرهم إجماعاً. ثم إن ظاهر «الخلاف» نفي الخلاف بين المسلمين ثم قال: وبه قال جميع الفقهاء وعامة الصحابة وذهب طائفة إلى أن الوصية لهم واجبة^٩.

هذا والمستفاد من الأخبار المعتبرة تأكّد الاستحباب في غير الوارث وإن كان قاطعاً كخبر سلمة مولاة أبي عبدالله^{١٠} المروي بطريقين المتضمن الوصية للحسن بن علي بن الحسين الأفتس، وقد كان حمل عليه بالشفرة^{١١}، وخبر السكوني

- (١) جامع المقاصد: في استحباب الوصية للقراءة ج ١٠ ص ٨١.
- (٢) المقنعة: في استحباب الوصية للقراءة ص ٦٧٠.
- (٣) المراسم: في استحباب الوصية للقراءة ص ٢٠٣.
- (٤) السرائر: في أحكام الوصية ج ٣ ص ١٨٦.
- (٥) الخلاف: في استحباب الوصية للقراءة ج ٤ ص ١٣٦ مسألة ٢.
- (٦) المبسوط: في استحباب الوصية للقراءة ج ٤ ص ٤.
- (٧) غنية النزوع: في الوصية للقراءة ص ٣٠٨.
- (٨) تحرير الأحكام: في استحباب الوصية للقراءة ج ٣ ص ٣٦٤.
- (٩) الخلاف: في استحباب الوصية للقراءة ج ٤ ص ١٣٦ مسألة ٢.
- (١٠) مستدرك الوسائل: ب ٦٢ من أبواب الوصايا ج ١ و٣ ص ١٤ و١٣٧ و١٣٨.

المتضمن أن من لم يوص لذوي قرابته ممن لا يرثه فقد ختم عمله بمعصية^١.

[فيما أوصى لعبده برقبته]

قوله: «فروع: الأول لو أوصى لعبده برقبته احتتم ضعيفاً والصرف إلى التدبير»

البطلان^٢ ونحوه ما يفهم من «التذكرة»^٣ من أنه خلاف الأقرب. ولا ترجيح في «التحرير»^٤ والإيضاح^٥ بينه وبين الاحتمال الثاني. ووجه البطلان أن التملك يستدعي المغايرة بين المالك والملك وهي منتفية هنا مع أن العبد لا يملك.

ووجه ضعفه أن المفهوم من ذلك عرفاً إزالة الملك عنه بعد موته وهو معنى التدبير، كذا في «جامع المقاصد»^٦ وكذا «الإيضاح»^٧ لكننا لم نعرف مراد الثاني من العرف أ هو عرف الفقهاء أو العرف العام وكلاهما محل نظر، وصريح الأول أنه العرف العام، قال: يقال ملك العبد نفسه إذا أعتق والطائر جناحه إذا أفلت. وهذا لعله يقضي بعد تسليمه وما كان ليكون بأنه قال ملكته رقبته بعد موتي أو ملكوه رقبته، ولا كذلك لو قال أوصيت له برقبته أو نحو ذلك فتأمل. ولعل الأولى أن يقال:

(١) وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب أحكام الوصايا ج ٣ ص ١٣ ص ٣٥٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية للعبد ج ٢ ص ٤٦٢ س ٣٦.

(٣) تحرير الأحكام: في الوصية للعبد ج ٣ ص ٣٦٧.

(٤) الموجود في الإيضاح هو ترجيح جانب الصحة والاستدلال لها وعبارته هكذا: الأصح عندي الصحة... لا وجه للبطلان، فراجع.

(٥) جامع المقاصد: في الوصية للعبد ج ١٠ ص ٨٢.

(٦) إيضاح الفوائد: في الوصية للعبد ج ٢ ص ٤٩٨.

وتوجيهه كما في «التذكرة»^١ أنه لا معنى للوصية له برقبته مع علمه بأنه لا يملك إلا عتقه، فكانت الوصية كناية عن إعتاقه بعد موته مع بناء العتق على التغليب.
قوله: «والصرف إلى التدبير» قال في «التذكرة»: الأقرب الصحة ويكون الثاني: لو أوصى لمكاتبه فالأقرب أنه كالعبد،

بمنزلة التدبير^٢، وفي «جامع المقاصد»: أن عليه الفتوى^٣، مع أن المتعرض له منّا أقل قليل، وقد سمعت ما في «التحرير والإيضاح» نعم جمهور^٤، العامة على الصرف إلى التدبير مستندين إلى ما حكيناه عن «التذكرة» هذا وفيها^٥ وفي «تعليق الإيضاح»: أنه لا يحتاج هنا إلى قبول العبد.
قوله: «الثاني: لو أوصى لمكاتبه فالأقرب أنه كالعبد» كما في «جامع المقاصد»^٦ وقد تقدّم^٧ له صحة الوصية لمكاتبه، وغرضه الآن بيان أنه كالعبد فتصرف الوصية له بمال إلى أقلّ الأمرين ولا تصرف إلى قيمته مطلقاً، ولا إلى مال الكتابة مطلقاً. وظاهر «التذكرة»^٨ اختيار نفوذ الوصية مطلقاً، وفي «المقنعة»^٩ والمراسم^{١٠} والمهذب^{١١} أنه يصح في مقدار ما عتق منه ويرجع الباقي إلى الورثة.

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية للعبد ج ٢ ص ٤٦٢ س ٣٧.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية للعبد ج ٢ ص ٤٦٢ س ٣٦.

(٣) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٨٢.

(٤) كما في المغني لابن قدامة: في وصية الرجل لعبد ج ٦ ص ٥٣٨.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الوصية للعبد ج ٢ ص ٤٦٢ س ٣٩.

(٦) جامع المقاصد: في الوصية للمكاتب ج ١٠ ص ٨٢.

(٧) تقدّم في ص ٣٩٩ - ٤٠٠.

(٨) تذكرة الفقهاء: في الوصية للمكاتب ج ٢ ص ٤٦٣ س ٢٤.

(٩) المقنعة: في الوصية للمكاتب ص ٦٧٧.

(١٠) المراسم: في الوصية للمكاتب ص ٢٠٣ - ٢٠٤.

وقضية كلامهم كما هو صريح الأخير أن الشرط أن يكون المكاتب غير مشروط.
وكأنه لا ترجيح في «الإيضاح»^{١٢} والحواشي^{١٣} أو يقال إنهما موافقان للكتاب.
وحيث أن الأقرب اعتبار أقل الأمرين من القيمة ومال الكتابة،
فإن ساواه الموصى به عتق.^{١٤}

والوجه فيما في الكتاب من أنه كالعبد أنه قبل أن يعتق منه شيء عبد فيدخل
تحت العموم الدال على أن الوصية للعبد تصرف إلى قيمته، فيأتي ما سبق من
احتمال الفرق بين الوصية بمعين من التركة وغيره إلا أن المتجه هنا عدم البطلان
في المعين لصحة الوصية إلى مكاتب الغير على الأصح فمكاتبه كذلك.
ووجه غير الأقرب، وهو نفوذ الوصية مطلقاً بمعنى أنه يعطى ما أوصى له به،
إنما صرفناه في العبد إلى رقبته لعدم الملك، وهو هنا منتهك. فالمقتضي موجود
وهو الوصية والمانع مفقود، لأنه لا سلطان للمالك عليه وتصح تصرفاته وتملكه
بجميع أسباب الملك. ومن ذلك كله يظهر ضعف ما قاله المفيد ومن وافقه، وفي
«جامع المقاصد»: أن ضعفه ظاهر^{١٥}. ولم يتعرض في «التذكرة» للمسألة وتعرض
لفروع أخر.

قوله: «وحيث أن الأقرب اعتبار أقل الأمرين من القيمة ومال
الكتابة، فإن ساواه الموصى به عتق» أي إذا ساوى الموصى به الأقل منهما
عتق إذا خرج من الثلث، فلا بد من التقييد بذلك. وظاهر «الإيضاح»^{١٥} والحواشي^{١٦}

(١١) المهدب: في الوصية للمكاتب ج ٢ ص ١٠٧.

(١٢) إيضاح الفوائد: في الوصية للمكاتب ج ٢ ص ٤٩٩.

(١٣) لم نعر عليه.

(١٤) جامع المقاصد: في الوصية للمكاتب ج ١٠ ص ٨٢.

(١٥) إيضاح الفوائد: في الوصية للمكاتب ج ٢ ص ٤٩٩.

اختيار ذلك وفي «جامع المقاصد»: أنه أقوى وقد أعرضوا جميعاً عن الاحتمالين الآتين.

وحاصل ما أراد أنه حين إذا كان كالعبد فيما سبق فالأقرب في عتقه من الثالث: لو أوصى لحمل امرأة من زوجها فنفاه باللعان بطلت على إشكال. محرر

الوصية اعتبار أقلّ الأمرين من قيمته ومال الكتابة بالنسبة إلى الموصى به، فإذا ساوى الأقلّ منهما عتق ما خرج من الثلث، ووجهه فيما إذا كان مال الكتابة أقلّ أن عتقه مترتب على أداء ذلك القدر، لأنّ عقد الكتابة لازم، فإذا أدّاه حكم بعته فيقاصّ من الموصى له بقدر مال الكتابة، ووجهه فيما إذا كانت القيمة أقلّ إن الرواية الواردة بتقويم المملوك بقيمة عادلة متناولة لمحلّ النزاع ولا تضييع فيه لبعض الدين الثابت في ذمة المكاتب لوجهين: الأول أنه غير معلوم الحصول، لأنه قد يعجز نفسه فيرجع إلى القيمة حينئذ فينبغي اعتبارها من أول الأمر الثاني: أن إطلاق الرواية قد دلّ على عدم اعتبار ذلك الزائد.

وعساك تقول: حيث اعتبرت القيمة نظراً إلى دلالة الرواية فلا تعتبر مال الكتابة إذا كان أقلّ، لأنه خروج عن النصّ، لأننا نقول: اعتبرنا مال الكتابة لدليل آخر، وهو أنه مع قلته لا شيء له بمقتضى العقد اللازم سوى ذلك القليل، فإذا أدّاه وجب الحكم بعته قطعاً كما في «جامع المقاصد»^(١٧) ولا امتناع في العمل بالحكمين المختلفين بدليل.

واحتمال اعتبار القيمة مطلقاً للرواية قويّ، كما أن اعتبار أدائه مال الكتابة مطلقاً، لأنه الثابت في الذمة كذلك، لكن ما ذكره المصنّف أقوى. وقد ضعف

(١٦) لم نشر عليه.

(١٧) جامع المقاصد: في الوصية للمكاتب ج ١٠ ص ٨٣.

الاحتمالين في «جامع المقاصد»^١ ولم يذكرهما ولده ولا الشهيد أصلاً كما عرفت.

[فيما لو أوصى لحمل امرأة من زوجها]

صحيحه وكذا لو أوصى لولد فلان وأشار إلى معين فكذبت النسبة فالأقرب البطلان مع تعلق غرضه بها.

قوله الثالث: «لو أوصى لحمل امرأة من زوجها فنفاه باللعان بطلت على إشكال» أصح وأقربه البطلان كما في «الإيضاح»^٢ وجامع المقاصد^٣ وفي «المبسوط» عند ذكر القول بالبطلان: أنه قريب^٤. وفيه أيضاً في أول كلامه^٥ وفي «التحرير»^٦ أنها تصح. فنسبة الصحة إلى «المبسوط» على البت كما في «الإيضاح»^٧ لم تصادف محلها. مركز تحقيق كميته علوم رسيدي

وجه البطلان أنه انتفى باللعان والوصية مقيّدة بكونه من الزوج. ووجه الصحة أنه عند الوصية كان حملاً من الزوج للحاقه به وإنما انتفى باللعان، ولا يلزم من انتفائه باللعان انتفاء الاستحقاق الثابت قبل ذلك وأن الموصي قصده بالوصية، لأنه بنى على الظاهر. وفيه: إن اللعان كشف عن نفي نسبه من حين تكوّنه، وظهور كونه حملاً من الزوج قبل اللعان غير مجد في الاستحقاق إذا تعيّن انتفائه عنه، والوصية

- (١) جامع المقاصد: في الوصية للمكاتب ج ١٠ ص ٨٤.
- (٢) إيضاح الفوائد: في الوصية للحمل ج ٢ ص ٤٩٩.
- (٣) جامع المقاصد: في الوصية للحمل ج ١٠ ص ٨٤.
- (٤) المبسوط: في الوصية للحمل ج ٤ ص ١٣.
- (٥) المبسوط: في الوصية للحمل ج ٤ ص ١٣.
- (٦) تحرير الأحكام: في الوصية للحمل ج ٣ ص ٣٦٥.
- (٧) إيضاح الفوائد: في الوصية للحمل ولولد فلان ج ٢ ص ٤٩٩.

منوطة بكونه منه. وأما قصد الموصي إتياء بالوصية فإنما كان من جهة كونه منه كما دلّ عليه لفظه وقد حكمنا بانتفائه.

قوله: «وكذا لو أوصى لولد فلان وأشار إلى معيّن فكذبت النسبة، والأقرب البطلان مع تعلّق غرضه بها» قد ذكر نسبة وإشارة فيحتمل تغليب جانب الإشارة لقوّتها واحتمال ذكر النسبة للتمييز والتعريف، ويحتمل تغليب جانب النسبة، لأنّه أناط الوصية بالأمرين معاً، فإذا تعلّق الغرض بالنسبة كان قد أوصى للمعيّن مع صدق النسبة فلا يستحقّ بدونها، نعم إذا لم يتعلّق بها غرض يكون ذكرها كعدمه؛ ومنه يعلم وجه الإشكال الذي أشار إليه المصنّف بقوله: وكذا، ويعلم الوجه فيما قرّبه المصنّف.

وتنقيح المسألة أن يقال هنا ثلاثة أحوال: الأول أن نعلم تعلّق غرضه بالنسبة إمّا لشرف النسب ككونه علويّاً أو لعلم أبيه أو صلاحه أو نحو ذلك، فإذا كذبت النسبة بطلت الوصية، لعدم حصول الغرض الباعث عليها. الثاني: أن نعلم تعلّق غرضه بالشخص لعلمه وعمله وكماله، وذكر النسبة للتمييز، وهنا لا بطلان عند كذب النسبة. الثالث: أن يجهل الحال فيحتمل الصحة لحصول موجب التملّك أعني الوصية والشكّ في المخرج، وقد غلط في النسبة وهي العلة الغائية لا في القابل وهو الموصى له فيكون لهذا المعين وإن أخطأت النسبة. وهو الأصحّ كما في «الإيضاح»^(١). والأولى كما في «الحواشي»^(٢) وفي «جامع المقاصد»: أنّه قويّ لحصول شرائط التملك. ويحتمل البطلان لأنّه قد أوصى في الحقيقة لمن اتّصف بشيئين: بالنسبة وبكونه هذا الشخص. وذكر النسبة يدلّ على تعلّق الغرض بها وقد

(١) إيضاح الفوائد: في الوصية للحمل ولولد فلان ج ٢ ص ٤٩٩.

(٢) لم نعر عليه.

كذبت فيستحيل اجتماعهما، فتبطل الوصية. وفيه: أنه يجوز أن يكون ذكرها للتعريف والتمييز، لا لتعلق الغرض، لأن ذكرها لا دلالة فيه على كونها شرطاً في الاستحقاق^١ فليتأمل جيداً.

الرابع: لو أوصى بعين لحي وميت أو للملك أو للحائظ مع علمه احتمال تخصيص الحي بالجميع أو النصف.

[في الوصية بعين لحي وميت]

قوله الرابع: «لو أوصى بعين لحي وميت أو للملك أو للحائظ مع علمه احتمال تخصيص الحي بالجميع أو النصف» احتمال تخصيص من يملك بالنصف خاصة خيرة «التذكرة»^٢ والتحرير^٣ والدروس^٤ وفي «جامع المقاصد»: أنه أظهر^٥. وقد تقدّم^٦ في إقرار الكتاب فيما إذا قال لزيد والحائظ صحة النصف لزيد دون الجميع، وقد حكينا^٧ هناك عن جماعة، ويأتي له^٨ في البحث الثاني الجزم به، ثم أنه احتمال الفرق بين الوصية لزيد والحائظ وبين الوصية لزيد وجبرائيل. وهذا أحد وجهي الشافعية^٩، لأن جبرائيل حي تصح

(١) جامع المقاصد: في الوصية لولد فلان ج ١٠ ص ٨٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى لزيد وجبرائيل ج ٢ ص ٤٧٤ س ٢٤.

(٣) تحرير الأحكام: في الوصية للميت والحي ج ٣ ص ٣٦٤.

(٤) الدروس الشرعية: في الوصية للملك ج ٢ ص ٣٠٦.

(٥) جامع المقاصد: في الوصية للملك ج ١٠ ص ٨٥.

(٦) تقدّم في ص ٢٩٤.

(٧) تقدّم في ص ٢٩٤.

(٨) سيأتي في ص ٤٩٦.

(٩) كما في المغني ابن قدامة: في الوصية ج ٦ ص ٤٣٦ - ٤٣٧.

الإضافة إليه. وجزم في «التذكرة»^١ بعدم الفرق. واحتمل في الوصية لزيد والله سبحانه وتعالى صرف الكل لزيد وصرف سهم الله سبحانه للفقراء ووجوه البر. والقائل هنا باختصاص من يملك بالجميع أبو حنيفة^٢ مستنداً إلى أنه ولو جهل فالنصف. وكذا لو مات أحدهما بعد الوصية لهما^٣ أمّا قال: أوصيت لكل من فلان وفلان بنصف المائة فإن الحي يستحق النصف.

بالوصية قصد إخراج الجميع عن ملكه، فمع علمه بأن من عدا زيد الحي لا يملك، يكون قاصداً إلى تملك الجميع، وإلى أن العطف يقتضي التسوية في الحكم وهو هنا تملك جميع العين، والتشريك إنما جاء من المزاحمة ولا مزاحمة هنا. ووجه اختصاصه بالنصف أن العطف يقتضي بالتشريك، وصرف النصف الآخر إلى من لا يصح تملكه وذلك يقضي ببقائه على ملك الموصي، ولا أثر لعلمه وعدمه لأن معنى المعطوف عليه في مثل هذا التركيب إنما يتم بالمعطوف، وحينئذ فلا شيء في اللفظ يقتضي اختصاص الحي بالجميع، ولا ترجيح في «الإيضاح»^٤. قوله: «ولو جهل فالنصف» لأنه لا بحث في استحقاقه النصف كما في «جامع المقاصد» قلت: لتحقيق قصد الشركة حين الوصية. ولعله لظهوره ترك ذكره في الكتابين.

قوله: «وكذا لو مات أحدهما بعد الوصية» أي كان للحي النصف خاصة كما هو الشأن فيما إذا جهل تملك من عدا الحي، لأن التعليل المذكور جار

(١) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى لزيد وجبرئيل ج ٢ ص ٤٧٤ - ٤٧٥ س ٤٣ والسطر الأول.

(٢) الناقل هو العلامة في تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى لزيد وجبرئيل ج ٢ ص ٤٧٤ س ٢٥.

(٣) إيضاح الفوائد: في الوصية للملك ج ٢ ص ٥٠٠.

(٤) جامع المقاصد: في الوصية للملك ج ١٠ ص ٨٥.

هنا سواء قلنا إنَّ موت الموصى له قبل الموصي يقتضي بطلان الوصية أم لا. وبه صرح في «التذكرة^١ وجامع المقاصد^٢».

قوله: «أمَّا لو قال: أوصيت لكلَّ من فلان وفلان بنصف المائة الخامس: لو أوصى بشيء لزيد وللمساكين احتمل أن يكون لزيد النصف والربع وكواحد منهم، وأمَّا المساكين فلا يعطى أقلَّ من ثلاثة

فإنَّ الحيَّ يستحقَّ النصف قطعاً، لأنَّه قد أفرد كلَّ واحد منهما عن الآخر، فكان لو قال هذا المقدار بينهما أو لهما كما في «جامع المقاصد^٣» قلت: للفرق الواضح بين قوله ثلث مالي لزيد وبكر وقوله بين زيد وبكر، والمفروض أنَّ بكرًا ميت. وما نحن فيه من قبيل الثاني والمسألة الأولى - أعني ما إذا أوصى بالعين لحيٍّ وميت - من قبيل الأوَّل بل هي ههنا وجهه أنَّ التنصيف ما جاء من اللفظ، وإنَّما جاء من مزاحمة الثاني للأوَّل في استحقاق الجميع. بخلاف ما لو قال ثلث مالي بين زيد وبكر كما في «التذكرة وجامع المقاصد» كما سمعت، فإنَّ لفظ «بين» توجب التوظيف والتنصيف لما تقرَّر عندهم من أنَّ الأصل التنصيف فلا يتكامل الجميع لواحد إذا لم يكن هناك مزاحم كما إذا كان أحدهما ميتاً. وفي «الإيضاح^٤» أنَّ «بين» في التشريك نصّ. ومنه يعلم أنَّ المفروض في مسألة الكتاب أنَّه كان أحدهما ميتاً.

(١) تذكرة الفقهاء: فيما لو مات أحدهما بعد الوصية لهما ج ٢ ص ٤٧٤ س ٢٣.

(٢) جامع المقاصد: فيما لو مات أحدهما بعد الوصية لهما ج ١٠ ص ٨٩.

(٣) جامع المقاصد: فيما لو مات أحدهما بعد الوصية لهما ج ١٠ ص ٨٦.

(٤) إيضاح الفوائد: فيما لو مات أحدهما بعد الوصية لهما ج ٢ ص ٥٠٠.

[في الوصية لزيد وللمساكين]

قوله الخامس: «لو أوصى بشيء لزيد وللمساكين احتتمل أن يكون لزيد النصف والربع وكواحد منهم، وأما المساكين فلا يعطى أقل من ثلاثة ^١ هذه الاحتمالات قد حكيناها^١ في باب الوقف أقوالاً، حكينا الأول عن عشرة كتب^٢ أولها «المبسوط» وحكينا عن «الكفاية» نسبته إلى الأكثر^٣، لأنه جعل الوصية لجهتين فوجب أن تقسم بينهما، كما لو أوصى لزيد وعمرو، ولأنه لو أوصى لقريش وتميم لم يشرك بينهما على قدر عددهم، ولا على قدر من يعطى منهم، بل يقسم بينهما نصفين وبذلك صرح المصنف وغيره^٤ فيما إذا وقف على زيد والمساكين. وهو خيرة «اللمعة»^٥ وجامع المقاصد^٦ والروضة^٧ هنا ولم يذكر المصنف هناك الاحتمالين الآخرين، وقلنا: إن الثاني قوّا في «المبسوط»^٨ أيضاً، وحكينا الثالث عن «الإيضاح» بلفظ الأصح^٩.

(١) تقدّم في ص ١١٩.

(٢) المبسوط: فيما إذا أوصى لزيد والمساكين ج ٤ ص ٣٩، والوسيلة: في أحكام الوصية ص ٢٧٧، وشرائع الإسلام: في لواحق الوصية ج ٢ ص ٢٦٠، وتحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٧٣، وإرشاد الأذهان: في أحكام الوصايا ج ١ ص ٤٦٥، واللمعة الدمشقية: في أحكام الوصايا ص ١٨٠، وجامع المقاصد: في لواحق الوقف ج ٩ ص ١٠٠، ولا يوجد كتاب الروض لدينا ويستفاد من حاشية الإرشاد (ضمن غاية المراد): في الوصايا ج ٢ ص ٥١٥، ومسالك الأفهام: مسائل في الوصية ج ٦ ص ٣٠١، والروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٦٣.

(٣) كفاية الأحكام: في لواحق الوصية ج ٢ ص ٦٥.

(٤) تقدّم من المصنف في الوقوف ص ١١٩ ومن الكركي في جامع: في لواحق الوقف ج ٩ ص ١٠٧.

(٥) اللمعة الدمشقية: فيما لو أوصى لزيد وللمساكين ص ١٨٠.

(٦) جامع المقاصد: فيما أوصى لزيد وللمساكين ج ١٠ ص ٨٦ - ٨٧.

(٧) الروضة البهية: فيما لو أوصى لزيد وللمساكين ج ٥ ص ٦٣.

(٨) المبسوط: فيما لو أوصى لزيد وللمساكين ج ٤ ص ٣٩.

وجه الثاني أن أقل المساكين ثلاثة لأنه جمع، وقد شرك بين زيد وبينهم بالعطف فيكون كأحدهم. وفيه: أن التشريك بينه وبينهم جمعاً لا بينه وبين أحدهم. ووجه الثالث أن المساكين يقع على ما زاد على الثلاثة قطعاً فلا يتعين الدفع السادس: لو قال اشترؤا بثلثي رقاباً فأعتقوهم لم يجوز الصرف إلى المكاتبين. (٩)

إلى ثلاثة، بل يجوز الدفع إلى ما زاد. ومقتضى التشريك أن يكون كواحد منهم. وضعفه يعلم مما سبق، لكنه قال في «الإيضاح»: إنه الأصح^{١٠}. وقد سمعت ما سلف له في الوقف. والفرق بينه وبين الثاني أن النظر في الثاني إلى أن أقل الفقراء ثلاثة فيكون كأحدهم فيكون له الرابع، والنظر في الثالث إلى أنه يعطى سهماً من سهام القسمة، فإن قسم على أربعة كان له الخمس وعلى خمسة فله السدس وهكذا. وتخصيصه بالذكر حتى لا يحرم وإن كان غنياً. وليعلم أنه لا بد على اختلاف الاحتمالات والأقوال من الصرف إلى ثلاثة من الفقراء، لأنها أقل من يقع عليه اسم الفقراء.

قوله السادس: «لو قال اشترؤا بثلثي رقاباً وأعتقوهم لم يجوز الصرف إلى المكاتبين» كما في «التحرير»^{١١} وجامع المقاصد^{١٢}: «لامتناع الشراء بالنسبة إليهم، نعم لو بطلت الكتابة بالتعجيز صح لإمكان الشراء حينئذ، وكيف كان فإن اتسع الثلث لثلاثة لم يجوز الاقتصار على الأقل، ولو أمكن الأزيد كان أولى.

(٩) إيضاح الفوائد: فيما لو أوصى لزيد وللمساكين ج ٢ ص ٥٠١.
(١٠) إيضاح الفوائد: فيما لو أوصى لزيد وللمساكين ج ٢ ص ٥٠١.
(١١) تحرير الأحكام: فيما أوصى بشراء رقاب وعتقهم ج ٣ ص ٣٧٣.
(١٢) جامع المقاصد: فيما أوصى بشراء رقاب وعتقهم ج ١٠ ص ٨٧.

ويأتي^١ للمصنف أنه لابد من الثلاثة.

السابع: لو أوصى لحمل فأتت به لأقل من ستة أشهر استحق فإن ولدت آخر لأقل من ستة أشهر من ولادة الأول شاركه لتحقيق وجوده وقت الوصية. 

الثامن: لو أوصى للمسجد صرف إلى مصالحه سواء أطلقه أو عيّنه، مكرر

[في الوصية لحمل]

قوله السابع: «ولو أوصى لحمل فأتت به لأقل من ستة أشهر استحق، فإن ولدت آخر لأقل من ستة أشهر من ولادة الأول شاركه، لتحقيق وجوده وقت الوصية» لأنهما حمل واحد إجماعاً كما في «جامع المقاصد»^٢. وذلك إنما يتصور إذا لم يتجاوز مجموع المدتين أقصى مدة الحمل ولا فرق بين أن تكون فراشاً أو لا، ولو أتت بالثاني لستة أشهر فما زاد، لم يشارك لإمكان تجددّه. وقد تقدّم^٣ في أول المطلب الثالث، ما له نفع تام في المقام.

[في الوصية للمسجد]

قوله الثامن: «ولو أوصى للمسجد صرف إلى مصالحه سواء

(١) سيأتي في ص ٤٩٠.

(٢) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٨٧.

(٣) تقدّم في ص ٣٩٥ - ٣٩٦.



أطلقه أو عيّنه أي أطلق المسجد أو عيّنه أو أطلق الوصية ولم يذكر المصرف أو عيّنه، فالضمير على الأول يعود إلى المسجد وعلى الثاني إلى المصدر المفهوم من صرف، لأنّ المعروف من الوصية للمسجد والمشهد ونحوه والوقف عليه والنذر أمّا لو قصد التملك فإنه يبطل. (٢)

التاسع: لو أوصى لكل وارث بقدر نصيبه فهو لغو.

الوصية
لغيره

ونحو ذلك الصرف إلى مصالحه فلا حاجة إلى التصريح به. ولا ريب في صحة الوصية للمساجد والمدارس والمشاهد والربط وأشياء ذلك، ولا خلاف فيه بين علماء الإسلام كما يظهر من «التذكرة»^(١) لأنّ ذلك في الحقيقة وصية للمسلمين، لكن خصّص بجهة معينة.

وليعلم أنّ الوصية للمسجد لعلّها تخالف الوصية للكعبة، فإنّها تصرف في معونة الحاج والزائرين وفي عمارتها ومصالحها، إذ قد ورد^٢ عن مولانا الصادق عليه السلام: أنّ الكعبة لا تأكل ولا تشرب، وما أهدي إليها فلزوّارها. ونحوه ما ورد^٣ عن مولانا الكاظم عليه السلام. وينبغي أن يكون الحال في المشاهد كذلك، ولم يقل أحد بأنّ الوقف على المسجد كمسجد الكوفة مثلاً يصرف إلى المصلين فيه، وخ الزائرين له وإن فضل عنه وخ لم يحتج إليه.

قوله: «أمّا لو قصد التملك فإنه يبطل» لامتناع تملكه، والمراد أنّه لو قصد بالوصية للمسجد تملكه لم تصحّ الوصية، فيكفي في الصحة عدم هذا القصد ولا يحتاج إلى قصد غيره.

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية للمساجد ج ٢ ص ٤٧٥ س ٢.

(٢) وسائل الشيعة: ب ٢٢ من أبواب مقدّمات الطواف وما يتبعها ج ٩ ص ٣٥٥.

(٣) وسائل الشيعة: ب ٢٢ من أبواب مقدّمات الطواف وما يتبعها ج ١ و ٧ ص ٩ ص ٣٥٢ و ٣٥٤.

[في الوصية لكل وارث]

قوله التاسع: «ولو أوصى لكل وارث بقدر نصيبه فهو لغوه» كما في
ولو خصص كل واحد بعين هي قدر نصيبه فالأقرب الافتقار إلى
الإجازة لظهور الغرض في أعيان الأموال

«التذكرة^١ والتحرير^٢ وجامع المقاصد^٣» لأن ذلك ثابت له على كل تقدير وقد
يقال: إنهم إذا أخذوا التركة بالارث كان لهم إمساكها وقضاء الدين من موضع
آخر، وإن أخذوها بالوصية قضوه منها، ولصاحب الدين الامتناع لو قضى من
غيرها.

قوله: «ولو خصص كل واحد بعين هي قدر نصيبه فالأقرب
الافتقار إلى الإجازة لظهور الغرض في أعيان الأموال» كما جزم به أولاً
في «التذكرة^٤ والتحرير^٥» وفي «الإيضاح^٦» أنه أقوى^٦، وهو أظهر وجهي
الشافعية^٧. وغير الأقرب عدم الافتقار إليها. وكأنه مال إليه في «الحواشي^٨» وفي

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية للوارث ج ٢ ص ٤٦٧ سطر الأول.

(٢) تحرير الأحكام: في الوصية للوارث ج ٣ ص ٣٦٩.

(٣) جامع المقاصد: في الوصية للوارث ج ١٠ ص ٨٨.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية للوارث ج ٢ ص ٤٦٧ س ٥.

(٥) تحرير الأحكام: في الوصية للوارث ج ٣ ص ٣٦٩.

(٦) إيضاح الفوائد: في الوصية للوارث ج ٢ ص ٥٠١.

(٧) المغني لابن قدامة: في الوصية للوارث ج ٦ ص ٤٥٠.

(٨) الحاشية النجارية: في الوصية ص ١٢٠ س ٩ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

«التذكرة» أن فيه قوّة^١. وقال في «الإيضاح» أيضاً: أنه قويّ^٢. وفي «جامع المقاصد» لا ريب في قوته^٣. وقال أبو حنيفة: إن هذه الوصيّة لا تصحّ^٤. قلت: مثاله أنه لو أوصى لابنه بعبد قيمته مائتان، ولابنته بأمة قيمتها مائة، ولا وارث غيرهما ولا مال سواهما.

وجه القرب فيما إذا خصّص على طريق الوصيّة لا التنجيز - كما هو ظاهر العبارة وغيرها - أن الأغراض تتفاوت بأعيان الأموال والمنافع الحاصلة منها، وكما لا يجوز إبطال حقّ الوارث من قدر حقّه لا يجوز من عينه، وأنّ الوصيّة تمليك بعد الموت فيقف في غير الثلث على الإجازة لتضمّنها إبطال حقّ الوارث من العين فيما زاد على الثلث.

ووجه غير الأقرب أن أغراض الموصي تتعلّق بالعين فيخصّ بها كما تتعلّق بالقدر، فتصحّ الوصيّة بها كما تصحّ بالقدر، وأنّ الوصيّة تصرف قبل الموت وإن كانت تمليكاً بعده فوجب أن يكون هذا التصرف نافذاً مع بقاء قيمة الثلثين للوارث جمعاً بين الحقيين، وأنّ اعتبار الأعيان هنا مع عدم اعتبارها في بيع المريض جميع تركته بضمن المثل بناء على عدم الفرق بين المنجز والوصيّة ممّا لا يجتمعان، والثاني ثابت إجماعاً كما في «الإيضاح»^٥ وقطعاً كما في «جامع المقاصد»^٦ وذلك لأنّ النصّ^٧ قد دلّ على المنع في الوصيّة والمنجز عما زاد عن الثلث، فإذا

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة للوارث ج ٢ ص ٤٦٧ س ٨.

(٢) إيضاح الفوائد: في الوصيّة للوارث ج ٢ ص ٥٠١.

(٣) جامع المقاصد: في الوصيّة للوارث ج ١٠ ص ٩٠.

(٤) لم نعثر عليه.

(٥) إيضاح الفوائد: في الوصيّة للوارث ج ٢ ص ٥٠١.

(٦) جامع المقاصد: في الوصيّة للوارث ج ١٠ ص ٨٩.

(٧) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب أحكام الوصايا ج ١٣ ص ٣٦٤.

قيّد بالقيمة استويا في ذلك وليس التقييد بالقيمة خاصاً بالمنجزات، فاللازم نفوذهما معاً مع بقاء القيمة في الثلثين، أو عدم نفوذهما حينئذٍ معاً، مضافاً إلى عموم قوله سبحانه وتعالى: ﴿فمن بدله بعد ما سمعه﴾^١.

قولك هو عامٌ مخصوص بالنصّ الدالّ على المنع ممّا زاد على الثلث إلا مع الإجازة. قلنا: هذا النصّ محتمل لأن يراد منه المنع عن الزائد باعتبار القيمة فقط أو للعين أيضاً، ومع تطرّق الاحتمال لا يثبت التخصيص. ويؤيّد قوله تعالى: ﴿أو فوا بالعقود﴾^٢ و«الناس مسلّطون على أموالهم»^٣ وهو أقرب للاعتبار، لأنّه قد يريد أن يخصّ ولده بالكتب التي عليها المدار، وأشبه بأصول المذهب وسهولة الشريعة. ويأتي^٤ له في المطلب الرابع الاستشكال في المسألة التي بعد هذه وهما من واد واحد.

هذا إذا خصص على طريق الوصيّة، ومنه يعلم حال ما إذا خصص على طريق التنجيز، لأنّه بالأولى أن يكون الأقرب أيضاً عدم توقّفه على الإجازة، لأنّ التصرف في المرض عند القائلين بأنّ منجزاته من الثلث إذا لم ينقص القيمة لا يتوقّف على الإجازة. ولهذا جاز له البيع بثمن المثل وبأقلّ منه إذا لم يتجاوز الثلث، لأنّ الإنسان ما دام حيّاً لا تخرج أملاكه عنه، بل هو مسلّط عليها، أقصى ما هناك أنّه يمنع من إتلاف ما زاد على الثلث، سواء ظهرت أمارات الموت أم لم تظهر كما عليه المعظم^٥، أو إذا ظهرت كما عليه جماعة^٦. ولو منع مطلقاً لم يكن

(١) البقرة: آية ١٨.

(٢) المائدة: آية ١.

(٣) عوالي: ج ٢ ص ١٣٨ ح ٣٨٣.

(٤) سيأتي في ص ٤٥١.

(٥) والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في متعلّق الوصيّة ج ٦ ص ١٤٧.

(٦) والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الوصيّة للوارث ج ١٠ ص ٨٩.

لبقاء ملكه أثر. واحتمال توقف الزائد على الإجازة يدفعه أنه لو تم لم يصح بيع التركة بضمن المثل.

وكذا لو أوصى أن يباع عين ماله من إنسان بنقد بضمن المثل. ولو باع عين ماله من وارثه بضمن المثل نفذ. (٤)

قوله: «وكذا لو أوصى أن يباع عين ماله من إنسان بنقد بضمن المثل» يعني أن الأقرب الافتقار إلى الإجازة كما صرح به في «التحرير»^(١) أيضاً. وجزم به في «التذكرة»^(٢) وفي «الإيضاح»: أن الحكم كما تقدم^(٣). وقد عرفت^(٤) ما تقدم له. ويأتي^(٥) في المطلب الرابع أن في اشتراط الإجازة إشكالاً. والتقييد بكون البيع نقداً وبضمن المثل، لأنه لو كان إلى أجل أو بدون المثل اعتبر حينئذ كون التفاوت غير زائد على الثلث فينظر إلى ذلك الأجل وكم حقه من الثمن، ثم ينظر إلى الباقي وينسب إلى القيمة، فإن ساواها أو نقص بقدر الثلث فهو من صور الوجهين في اعتبار الإجازة، وإن زاد التفاوت على الثلث فلا بحث في التوقف على الإجازة.

قوله: «ولو باع عين ماله من وارثه بضمن المثل نفذ» إجماعاً كما هو صريح «التذكرة»^(٦) في موضع وظاهرها في آخر، لأنه لا تبرع فيه فإنه يجوز بيعه

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية للوارث ج ٣ ص ٣٦٩.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية للوارث ج ٢ ص ٤٦٧ س ٨.

(٣) إيضاح الفوائد: في الوصية للوارث ج ٢ ص ٥٠١.

(٤) تقدم الكلام في الفرع السابق في ص ٤٣٤ من النسخة الرحلية.

(٥) سيأتي في ص ٤٥١ من النسخة الرحلية.

(٦) تذكرة الفقهاء: في الوصية للوارث ج ٢ ص ٤٦٧ س ١٠.

من الأجنبي بضمن المثل. وقال أبو حنيفة: إنه وصية تتوقف على إجازة سائر الورثة^١.

العاشر: في اشتراط تعيين إشكال

[في اشتراط تعيين الموصى له]

قوله: «العاشر: في اشتراط تعيين إشكال» ينشأ من أصالة الجواز وعدم الاشتراط وأن باب الوصية أوسع من غيره في احتمال الجهالة، وأنهم أجمعوا كما في «جامع المقاصد»^٢ على صحة الوصية لفقير أو فقيرين فلا يشترط، وهو خيرة «الدروس»^٣ والحواشي^٤ و«جامع المقاصد»^٥ لمكان عموم الآية الشريفة^٦، وهو ظاهر الأكثر وأشدّها ظهوراً «المبسوط»^٧ والوسيلة^٨ ونحوهما ما قيل فيه في الموصى له يشترط كذا وكذا ولم يذكر فيه التعيين «كالشرائع»^٩ والنافع^{١٠} والإرشاد^{١١} واللمعة^{١٢} وغيرها^{١٣}، وهو الأشبه بقواعد الباب والأظهر

(١) لم نعثر عليه ولكن نقله عنه العلامة في التذكرة: ج ٢ ص ٤٦٧ س ٧.

(٢) جامع المقاصد: في اشتراط تعيين الموصى له ج ١٠ ص ٩١.

(٣) الدروس الشرعية: في اشتراط تعيين الموصى له ج ٢ ص ٣٠٨.

(٤) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.

(٥) جامع المقاصد: في اشتراط تعيين الموصى له ج ١٠ ص ٩١.

(٦) البقرة: آية ١٨٠.

(٧) لم نعثر على موضع خاص يبحث عن شرائط الموصى له في كتاب الوصية من المبسوط

فراجع المبسوط: ج ٤ ص ١ - ٦٦.

(٨) الوسيلة: في أحكام الوصية ص ٣٧٤.

(٩) شرائع الإسلام: في الموصى له ج ٢ ص ٢٥٣.

(١٠) المختصر النافع: في الموصى له ص ١٦٣.

(١١) إرشاد الأذهان: في الموصى له ج ١ ص ٤٥٨.

(١٢) اللمعة الدمشقية: في الوصايا ص ١٧٧.

من كلام الأصحاب، والأمر في القبول سهل لأنه يقبل بعد الاختيار أو القرعة كما يأتي^{١٤}، ومن أن الوصية تفتقر إلى القبول كسائر العقود، وأنها تمليك فيمتنع وقوعه لمجهول، لأن الملك أمر معين وهو نسبة فلا بد له من منتسب إليه معين، ولاقتضاء الوصية تعلق حق الموصى له فلا بد وأن يكون معيناً، كما قرّبه في موضع من «التذكرة»^{١٥} ولا ترجيح في موضع آخر منها، كما أنه لا ترجيح في «الإيضاح»^{١٦} وكذا «الحواشي»^{١٧}.

وقد يقال^{١٨}: إن كل من اشترط صحة التملك قال باشتراط التعيين لما سمعته في توجيه الاشتراط من امتناع وقوعه لمجهول، وليس بشيء، لأن غرضهم بذلك كما أفصحت به عباراتهم عدم صحتها لمملوك الغير ونحوه ولا فرق في ذلك بين أن يقول: أوصيت لأحد هذين، أو أعطوا أحد هذين في المنع والجواز. وجوز بعض الشافعية^{١٩} الصورة الثانية قياساً على ما إذا قال: بع هذا العبد على أحد هذين الرجلين، وهو كما ترى.

وليعلم أن المراد بعدم التعيين أن كل واحد على طريق البذل موصى له فأيهما رفعت إليه الوصية فقد صرفت إلى الموصى له بها، فلو أوصى لأحد هذين وقصد ذلك بمعنى أنه قصد أيهما كان فإنها تصح عند جماعة^{٢٠} وتبطل عند جماعة^{٢١} وهي

(١٣) كالروضة البهيّة: في الوصايا ج ٥ ص ٢٣.

(١٤) سيأتي في ص ٤٣٦ من النسخة الرحلية.

(١٥) تذكرة الفقهاء: في الموصى له ج ٢ ص ٤٦٠ س ٣٢، في الوصية للمولى ص ٤٧٨ س ٣٧.

(١٦) إيضاح الفوائد: في الموصى له ج ٢ ص ٥٠٢.

(١٧) لم نثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.

(١٨) لم نثر على قائله فيما بأيدينا من الكتب.

(١٩) المجموع: في الوصايا ج ١٥ ص ٤٢٠.

(٢٠) منهم الشهيد في الدروس الشرعية: في اشتراط تعيين الموصى له ج ٢ ص ٣٠٨، والمحقق

فإن لم نقل به لو أوصى لأحد هذين احتمال تخير الوارث والقرعة
وفي التشريك بعد (١)

محل إشكال عند آخرين كما عرفت، ولا كذلك مع الإيهام الصرف كما إذا
قصد في المثال واحداً منها مبهماً فإنها لم تصح إجماعاً كما هو ظاهر «جامع
المقاصد»^{٢٢} لا متناع صرف الوصية إلى المبهم. ويأتي^{٢٣} للمصنف في أوائل البحث
الثاني ما يخالف ذلك فليلاحظ. والحاصل أن هذا المثال يحتمل إرادة كل منهما
على سبيل البدل، ويحتمل مع ذلك إرادة الإيهام، ولا كذلك المثالان الإتيان بعده،
وهو ما إذا أوصى لمنكر أو بلفظ متواط فإنهما لا يحتملان سوى إرادة كل واحد
على البدل، كما ستعرف إن شاء الله.

مركز تقيت كميتر علوم رسيدي
[في الوصية لأحد هذين]

قوله: «فإن لم نقل به لو أوصى لأحد هذين احتمال تخير
الوارث والقرعة وفي التشريك بعد» أي إن لم نقل باشتراط التعيين، فأوصى
لأحد هذين أو أحد هؤلاء صح. وفيه احتمالات.
أحدها: تخيير الوارث أو الوصي كما لو أوصى لمسكين من المساكين فإنهما
يتخيران مسكيناً كما هو خيرة «الإيضاح»^{٢٤} والدروس^{٢٥} والحواشي^{٢٦} وجامع

→ الثاني في جامع المقاصد: في اشتراط تعيين الموصى له ج ١٠ ص ٩٢، وفخر المحققين
في إيضاح الفوائد: في اشتراط تعيين الموصى له ج ٢ ص ٥٠٢.
(٢١) لم نثر على هذه الجماعة.
(٢٢) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٩٢.
(٢٣) سيأتي في ص ٤٩٣.
(٢٤) إيضاح الفوائد: في اشتراط تعيين الموصى له ج ٢ ص ٥٠٢.

المقاصد^{٢٧}» إذ الأصل براءة الذمة من تحتم غير ذلك.

الثاني: القرعة، وقد قوّاه ولده في «الإيضاح»^{٢٨} والشهيد في «الدروس»^{٢٩} والحواشي^{٣٠} لأنه أمر مشكل ولا بدّ من التقييد بكون ذلك مع الانحصار كأحد هذين وفي «جامع المقاصد»: أنه لا وجه للقرعة، إذ لا إشكال لأنّ المستحقّ ليس واحداً منهما بل كلّ واحد على البذل^{٣١}. قلت: الأصل في الباب أن هذه الوصيّة سبب للتملك في الحال والتعيين كاشف ومبين فتعيّن القرعة، أو هي صالحة للسببيّة عند التعيين فيتخيّر الوارث قطعاً فليتنامل جيّداً.

الثالث: التشريك والتوزيع، وقد احتمله في «التحرير»^{٣٢} ونسبه في «الإيضاح»: إلى بعض الفقهاء وقال: إنه في غاية الضعف^{٣٣}. وفي «جامع المقاصد»: أنه أبعدّها. قلت: لم أجده لأحد من الخاصة ولا العامة حتّى أنّه لم يذكره في «التذكرة» نعم ذكره المصنّف فيما يأتي^{٣٤} في أوائل البحث الثاني. ووجهه أن الحقّ دائر بينهما ولا مرجّح فيقسّم بينهما. ووجه ضعفه أن فيه تبديلاً للوصيّة فإنّ الموصى له واحد منهما أيّ واحد كان.

(٢٥) الدروس الشرعية: في اشتراط تعيين الموصى له ج ٢ ص ٣٠٨.

(٢٦) لم نعر عليه.

(٢٧) جامع المقاصد: في اشتراط تعيين الموصى له ج ١٠ ص ٩٣.

(٢٨) إيضاح الفوائد: في اشتراط تعيين الموصى له ج ٢ ص ٥٠٣.

(٢٩) الدروس الشرعية: في اشتراط تعيين الموصى له ج ٢ ص ٣٠٨.

(٣٠) لم نعر عليه.

(٣١) جامع المقاصد: في اشتراط الموصى تعيين له ج ١٠ ص ٩٢.

(٣٢) تحرير الأحكام: في اشتراط تعيين الموصى له ج ٣ ص ٣٦٩.

(٣٣) إيضاح الفوائد: في اشتراط تعيين الموصى له ج ٢ ص ٥٠٢.

(٣٤) سيأتي في ص ٤٩٣.

وذكر في «التذكرة»^١ والتحرير^٢ والدروس^٣ وجامع المقاصد^٤ والكتاب «ولو أوصى لمنكر كرجل، تخير الوارث لتعذر القرعة» ولو أوصى لمن يصدق عليه بالتواطؤ كالرجل أو لمن شاء عم

فيما يأتي^٥ في أوائل البحث الثاني أنه يوقف حتى يصطلحا. وفيه: أن الحق ليس لهما معاً وقد جهل قدره ولا لواحد مبهم، بل لأيهما كان فكل من دفع له فهو الموصى له ويأتي^٦ للمصنف في أوائل البحث الثاني أنه إذا أوصى لأحدهما ومات قبل التعيين احتمال التخيير، والتشريك، والإيقاف، ولم يذكر القرعة هناك كما لم يذكر الإيقاف هنا وقضية قوله هناك: ومات قبل التعيين، أنه فرض المسألة فيما إذا أوصى لواحد منهما غير معين، لا لأحدهما أيهما كان ولا بد في تحرير المقام من ملاحظة ما ذكرناه هناك. *مركز تحقيق كتب علوم الشريعة* قوله: «ولو أوصى لمنكر كرجل تخير الوارث لتعذر القرعة» كما في «الدروس»^٧ وجامع المقاصد^٨ لتعذر القرعة والتشريك والإيقاف فلم يبق إلا التخيير، والمثال لا يحتمل سوى إرادة كل واحد على البدل، بخلاف أحد هذين فإنه يحتمل مع ذلك إرادة الإيهام، وكذا المثال الذي بعده كما تقدم التنبيه على

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بأحد العبدین ج ٢ ص ٤٨٠ س ٢٧.

(٢) تحرير الأحكام: في اشتراط تعيين الموصى له ج ٣ ص ٣٦٩.

(٣) الدروس الشرعية: في اشتراط تعيين الموصى له ج ٢ ص ٣٠٨.

(٤) جامع المقاصد: في اشتراط تعيين الموصى له ج ١٠ ص ٩٢.

(٥) سيأتي في ص ٤٩٤.

(٦) سيأتي في ص ٤٩٤.

(٧) الدروس الشرعية: في اشتراط تعيين الموصى له ج ٢ ص ٣٠٨.

(٨) جامع المقاصد: في اشتراط تعيين الموصى له ج ١٠ ص ٩٣.

ذلك، ومثله ما إذا أوصى لامرأة، فإنها مثل الرجل في التنكير والتخيير.
قوله: «ولو أوصى لمن يصدق عليه بالتواطؤ كالرجل أو لمن شاء عم» المراد من قوله: كالرجل، تعلق الوصية به مع التعريف، بل المراد ما هو أعم، فإن اللام فيه في المثال لا تفيد العموم، لأنها للجنس والمعروف بها في حكم الحادي عشر: لو أوصى لمن يتعذر حمل اللفظ عليه حقيقة عرفاً فالأقرب صرفه إلى المجاز كما لو أوصى لأولاده وله أولاد أولاد لا غير، أو لأبائه وله أجداد، إلا في مثل الدابة فإنه لا ينصرف إلى البليد إلا لقريظة، لأن الحقيقة هنا ممكنة، أقصى ما في الباب أنه يقتضي بطلان الوصية وهو حكم شرعي فلا يخرج اللفظ باعتباره عن حقيقته. ومن ثم لم تحمل الوصية للموالي على المجاز وهو إرادة المعنيين على الأقوى. والفرق بين الموالي وبين أحد هذين ظاهر فإن الثاني متواطئ

صحيح

النكرة ولا يخرج عن معناها، مع احتمال إرادة الإشارة باللام إلى الرجل المنكر المعهود السابق في المثال الذي قبله نعم قوله من شاء للعموم قطعاً، لأن «من» من أدواته، فالمراد بقوله: عم، مطلق الشمول الصالح للعموم الحقيقي ولكل فرد على طريق البدل.

إذا عرف هذا، فمعنى العبارة أنه لو أوصى بلفظ متواطئ كلفظ رجل، أو الرجل، أو لمن شاء الوصي مثلاً أو الوارث، كأن قال: أوصيت بكذا لرجل أو امرأة أو للرجل، أو المرأة أو لمن شئت أيها الوصي أو لمن شاء الوارث صحّت الوصية، وعمّت الأفراد على سبيل البدل أو العموم. وقد عرفت أن هذا المثال لا يحتمل

الإيهام، وقد وافقه على ذلك صاحب «جامع المقاصد»^١.

[في الوصية لمن يتعدّد حمل اللفظ عليه حقيقة]

قوله: «الحادي عشر: لو أوصى لمن يتعدّد حمل اللفظ عليه حقيقة عرفاً فالأقرب صرفه إلى المجاز، كما لو أوصى لأولاده وله أولاد أولاد لا غير، أو لأبائه وله أجداد، إلّا في مثل الدابة، فإنّه لا ينصرف إلى البليد إلّا لقرينة، لأنّ الحقيقة هنا ممكنة، أقصى ما في الباب أنّه يقتضي بطلان الوصية وهو حكم شرعي فلا يخرج اللفظ باعتباره عن حقيقته، ومن ثمّ لم تحمل الوصية للموالي على المجاز، وهو إرادة المعنيين على الأقوى، والفرق بين الموالي وبين أحد هذين ظاهر، فإن الثاني متواطئ».

قد فسّر العبارة في «جامع المقاصد» بخلاف ظاهرها بل صريحها كما ستعرف إن شاء الله تعالى ثمّ قال: أنّها لا تخلو عن مناقشة. وذكر في وجه المناقشة أنّه لا معنى للأقرب بل ينبغي القطع، وأنّه وضع المظهر مقام المضمّر، وأنّ عبارته لا تطابق مطلوبة^٢. وكلّ ذلك لم يكن.

ومعنى العبارة عندنا: أنّه لو أوصى لمن يتعدّد حمل اللفظ عليه إمّا لعدم وجوده، أو لعدم صلاحيّته للتملّك كالدابة، واللازم لهما معاً بطلان الوصية. فيكون التعدّد عبارة عن بطلان الوصية، لكن هذا البطلان تارة يكون مع إمكان حمل اللفظ على حقيقته، وتارة مع عدم إمكانه، لكنّه يمكن حمله على مجازه فتصحّ

(١) جامع المقاصد: في الوصية لمن يصدق عليه بالتواطؤ ج ١٠ ص ٩٣.

(٢) جامع المقاصد: في الوصية لمن يتعدّد حمل اللفظ عليه حقيقته ج ١٠ ص ٩٤.

الوصية فتكون لفظة «من» في العبارة عبارة عن الأولاد، لا عن أولاد الأولاد، وقد صرح بذلك المصنف بقوله: كما لو أوصى لأولاده إلى آخره، فيصير المعنى: لو أوصى لأولاده الذين يتعذر حمل اللفظ عليهم حقيقة، لعدم وجودهم اللازم منه بطلان الوصية، فالأقرب صرف الأولاد إلى أولادهم، لمكان القرينة الحالية، لأن الظاهر من حال العاقل الخالص في وصيته على وجه يبعد في حقه اللعب والهذر العالم بأنه لا ولد له لصلبه، أنه لا يريد بأولاده الموجودين وهم أولاد أولاده، مع شيوع هذا المجاز وغلبته في الاستعمال، ولا نعني بالقرينة الحالية إلا ما جرى هذا المجرى.

وغير الأقرب حينئذ بطلان الوصية وله وجه، بل في «الإيضاح»: أنه الأصح، لأن أصل صيانة مال الغير إلى أن يحصل ناقل قطعي أقوى من أصل صيانة كلامه عن اللغو وأصل صيانة تصرفه عن البطلان، وأن المجاز على خلاف الأصل فلا يرجع على ما بني على الاحتياط التام^١.

وقد فهم صاحب «جامع المقاصد» أن «من» عبارة عن أولاد الأولاد، فيصير المعنى: لو أوصى لأولاد الأولاد الذين يتعذر حمل لفظ الأولاد عليهم حقيقة، فصح له أن يقول: إن في العبارة مناقشة، وقد بينها بأنه لو أوصى لمن يتعذر حمل اللفظ عليه حقيقة صرف الوصية إليه قطعاً، فلا يناسب قوله: الأقرب صرفه إلى المجاز، إذ لا يتطرق حينئذ احتمال، مع أنه لو قال: صرف إليه لكان أوقع، لكنه أقام المظهر، مقام المضمّر هذا مع أن عبارته لا تطابق مطلوبه، ولو قال: لو أوصى بلفظ يتعذر حمله على الحقيقة، فالأقرب صرفه إلى المجاز لكان أحسن وأوفق، قوله: إلا في مثل الدابة فإنه لا ينصرف إلى البليد إلا بقرينة، لأن الحقيقة هنا ممكنة،

(١) إيضاح الفوائد: في الوصية لمن يتعذر حمل اللفظ عليه حقيقة ج ٢ ص ٥٠٣.

أقصى ما في الباب ان يقتضي بطلان الوصية وهو حكم شرعي فلا يخرج اللفظ باعتباره عن حقيقته، ومن ثم لم تحمل الوصية للموالي على المجاز، وهو إرادة المعنيين على الأقوى، والفرق بين الموالى وبين أحد هذين ظاهر، فإن الثاني متواطئ. ويظهر بأدنى تأمل أن الاستثناء هنا منقطع، فإن الوصية لمثل الدابة ليس مما يتعذر فيه حمل اللفظ على حقيقته بل الحقيقة فيه ممكنة، فلا يمكن أن يكون استثناء من قوله: لو أوصى لمن يتعذر فيه حمل اللفظ على حقيقته^١. انتهى كلامه بتمامه.

وأنت خير بأن الاعتراض الأول وما يتعلق به إنما يتم على تقدير أن يراد بمن يتعذر حمل اللفظ عليه أولاد الأولاد، لكنهم يسأل من الباعث على ذلك، ومن أين له ذلك؟ والعبارة صريحة بخلافه كما عرفت، وما جعله أحسن وموافقاً لما بعده هو معنى قوله: أوصى لأولاده، لأن معناه أنه أتى بلفظ الأولاد الذي يتعذر حمله على حقيقته. وقوله: إن الاستثناء منقطع، فيه: أنك قد علمت أننا لو جعلنا التعذر عبارة عن بطلان الوصية بالتقرير الذي ذكرناه كان متصلاً.

وعلى كل حال فقد اتضح المراد من كلامه الأول، وبه حصل التنبيه على المراد من كلامه الذي بعده، وهو قوله: إلا في مثل الدابة، وإيضاحه أن مراده أن العدول عن الحقيقة إلى المجاز يستدعي قرينة تقتضي ذلك، ولا يكفي في ذلك لزوم فساد الصيغة المأتي بها، لأن الفساد حكم شرعي كالصحة، فإذا أتى بوصية لو جرينا بلفظها على حقيقته لزم فسادها لم يكن ذلك كافياً في العدول إلى المجاز. وكذلك الشأن في كل عقد هذا حاله فلو أوصى للدابة مثلاً بأن قال: هذا لدابة زيد، وله دابة وابن بليد، لم يجز حمله على البليد، نظراً إلى أن حمله على حقيقته يقتضي

(١) جامع المقاصد: في الوصية لمن يتعذر لمن حمل اللفظ عليه حقيقة ج ١٠ ص ٩٤ - ٩٥.

فساد العقد والوصية، بل لابد من قرينة خارجة عن ذلك حالية أو مقالية ومن أجل هذا لم تحمل الوصية للموالي حيث يكون للموصي موال من أعلى، وموال من أسفل على المعنيين مجازاً بناءً على المشهور من أن المشترك لا يحمل على معنييه معاً عند التجرد عن القرائن بأن يكون كلاً منهما مناطاً للحكم لكونه ليس حقيقة فيهما على الأصح، بل حكم ببطان الوصية، لأن الحقيقة، وهي إرادة أحدهما ممكنة، غاية ما في الباب أنه يلزم من كون اللفظ حقيقة مراداً به أحد المعنيين الفساد لكونه مبهماً، والفساد حكم شرعي، كما أن الصحة حكم شرعي، فلا مزية للحمل على الصحة حينئذٍ، فالحقيقة إنما حصلت بحكم شرعي حاصل من الحكم بالبطان، فترجح العمل بحقيقة اللفظ، فيجب أن يترتب على كل مقتضاء، ولا يخرج اللفظ عن مدلوله بمجرد ذلك.

والجار في قوله: على الأقوى، متعلق بتحمل، وفيه إشارة إلى الخلاف فيه بين الأصوليين باللازم وقد يكون إشارة إلى الخلاف الآخر باللازم أيضاً، وهو أنه لا يجوز حمله عليهما مجازاً كما لا يجوز حقيقة، ولا حاجة إلى جعله كما في «جامع المقاصد» متعلقاً بما دل عليه قوله: وهو إرادة المعنيين إرادة غير موضوعة. وقوله: والفرق بين الموالي إلى آخره، جواب عن سؤال مقدر تقديره على ما ذكرت من أن الموالي لا تحمل إلا على أحد المعنيين، فأني فرق بين الوصية لأحد هذين، وبين الوصية للموالي؟ فيجب استواءهما في الحكم لانتفاء الفرق. وجوابه أن أحد هذين إذا أريد به أي واحد كان منهما متواطئ، فهو بمنزلة حيوان وما جرى مجراه، غاية ما هناك أن أفراد أحد هذين اثنان فقط، بخلاف أفراد حيوان ونحوه، والموالي مشترك لفظي لا يراد منه إلا واحد منهما بخصوصه، وفي المتواطئ يراد ما صدق عليه مفهوم اللفظ، ولو أريد أحد هذين مبهماً لكانت الوصية باطلة. ولكن

لك أن تقول كما في «الحواشي»^١ أنه سيأتي^٢ للمصنف في الضابط الذي سيذكره الثاني عشر: لو أوصى للحمل فوضعت حياً وميتاً صرف الجميع إلى الحي مع احتمال النصف. (٥)

في البحث الأول أن الوارث يتخير في المشترك، وإن جعلته من باب عموم الاشتراك بأن يستعمل في قدر مشترك وهو الأنعام من غير إضافة إلى محل آخر كان متواطئاً. ثم إن استعمال الدابة في البليد مجاز نادر جداً. بل قد يقال^٣: إنه لم يسمع، نعم يستعمل فيه الحمار. ولو أنه قال: أعطوا هذا للحمار الذي عند زيد وعنده ولد بليد ولا حمار له جاء في توجيه الصحة جميع ما قاله فيما إذا أوصى لأولاده وله أولاد أولاد لا غير، فاحتمال الصحة حيث لا يسبغ بذلك البعيد.

مركز تحقيق مكتبة علوم إسلامي

[فيما لو أوصى للحمل فولدت حياً وميتاً]

قوله: «الثاني عشر: لو أوصى للحمل فولدت حياً وميتاً صرف الجميع إلى الحي مع احتمال النصف» قال في «الإيضاح»^٤: إن الأول أصح، وفي «جامع المقاصد»: أن الثاني أظهر^٥. قلت: وأشبه بأصول الباب، لأن تمام الحمل هو الحي والميت، لأنهما لو كانا حيّين لكان لكل منهما النصف، لأن الحمل مجموعهما، فيكون كلام الموصي منزلاً عليهما، فلا يتفاوت الحال بموت أحدهما،

(١) لم نعر عليه.

(٢) يأتي في ص ٤٧٩.

(٣) لم نعر عليه.

(٤) إيضاح الفوائد: في الموصى له ج ٢ ص ٥٠٣ - ٥٠٤.

(٥) جامع المقاصد: في الوصية للحمل ج ١٠ ص ٩٧.

لأن من أوصى لحي ومن ظن حياته فتبين موته لا تصرف الحصة التي أوصى بها للميت للحي قطعاً فكذا هنا. قولك أن الميت كالمعدوم فيكون الحي كأنه تمام الحمل الوصية له كما في الميراث والموقوف، فيه: أن الفرق بين الوصية والإرث وكذا لو أوصى لأحد هذين وجوزنا الوصية المبهمة ومات أحدهما قبل البيان ⑤

ظاهر، فإن الإرث للقريب اتحداً وتعدّد، وكون الميت كالمعدوم إنما هو في عدم ثبوت الوصية له لا مطلقاً. ومنه يعرف الوجه في الأول.
قوله: «وكذا لو أوصى لأحد هذين وجوزنا الوصية المبهمة ومات أحدهما قبل البيان» يريد أنه لو أوصى لأحد هذين ومات أحدهما قبل البيان فإنه يحتمل استحقاق الباقي للجميع والنصف، كما هو الشأن فيما إذا أوصى للحمل فوضعت حياً وميتاً وذلك على تقدير تجويز الوصية المبهمة.
ووجه استحقاقه للجميع أن الميت كالمعدوم، فتكون الوصية كلها للحي، إذ لم يبق من يصلح للوصية سواء ووجه استحقاقه النصف أن الأمر دائر بين أن يكون له الجميع، وأن لا يكون له شيء أصلاً فيحكم له بالنصف، كذا قال الشارحان.^١
وهو كما ترى، لأن الاحتمالات في المثال أربعة: الأول: أن الموصي قد عيّنه في نفسه وأبهمه على السامع، فالإبهام إنما هو عند السامعين كما يرشد إليه قوله: ومات أحدهما قبل البيان. الثاني: أنه أوصى لأحدهما على طريق الإبهام لا على معنى أيهما كان حتى يكون متواطئاً كما تقدّم. وهذا يرشد إليه قوله: وجوزنا الوصية المبهمة فتأمل. الثالث: أنه أوصى لأحدهما على طريق الإبهام، بمعنى أنه

(١) إيضاح الفوائد: في الموصى له ج ٢ ص ٥٠٣ - ٥٠٤، وجامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٩٧ - ٩٨.

أنشأ الوصية لأحدهما من دون قصد أيهما كان، ومن دون قصد واحد مبهم، كما إذا طلق واحدة من نسائه من دون قصد معينة، ومن دون قصد وصفها بالإبهام، فقد قال جماعة^١؛ بصحة الطلاق وهذا قد يرشد إليه أيضاً قوله؛ وجوزنا الوصية المبهمة. الرابع؛ أنه أوصى لأحد هذين أيهما كان، بمعنى أن كلاً منهما مصرف ومتعلق للوصية. وهذا قد تقدم أنه يتخير الوارث فيه لو كانا حيّين فيجوز صرف الوصية جميعها إلى الحيّ هنا.

وأما الأول فالمتعين فيه أن يقال^٢؛ إن أمكن البيان من الموصي أو الوارث فذلك، وإلا فالقرعة أو البطلان، ولا يجري فيه الاحتمالان، أعني استحقاق الجميع أو النصف، مع أنه قد يدعى ظهوره من العبارة كما عرفت، لكنه قد ينافيه قوله؛ وجوزنا الوصية المبهمة وقد لا ينافيه. وأما الثاني فالواجب فيه بطلان الوصية، لأن المبهم في حد ذاته ممتنع وجوده فتمتنع الوصية له. وأما الثالث فالأقوى فيما شبه به - أعني الطلاق فيه - بطلانه، لأنه أمر معين فلا يحلّ في المبهم الغير الموجود، ولأنّ توابع الطلاق - من العدة وغيرها - لا بدّ لها من محلّ معين، إلى غير ذلك ممّا ذكره هناك، فكذا هنا يبطل. وأما على تقدير صحة الطلاق وعدم اشتراط التعيين فقد قالوا^٣؛ إنّ المطلقة تستخرج بالقرعة أو يعيّن من شاء، فينبغي أن يكون أحد الوجهين هنا أو الوجوه أن يقرع بينهما.

ولعلّه إلى هذا الاحتمال ونظيره نظر في «الإيضاح» حيث قال؛ واعلم أنّ هذه

(١) منهم المبسوط؛ في الطلاق ج ٥ ص ٧٨، والمحقق في شرائع الإسلام؛ في تعيين المطلق ج ٣ ص ١٥، والعلامة في الإرشاد؛ في الطلاق ج ٢ ص ٤٣.

(٢) القائل هو المحقق الثاني في جامع المقاصد؛ في الموصى له ج ١٠ ص ٩٧.

(٣) منهم المحقق في شرائع الإسلام؛ في تعيين المطلقة ج ٣ ص ١٥، وأبو العباس في المهذب البارع؛ في تعيين المطلقة ج ٣ ص ٤٥٠، الصيمري في غاية المرام؛ في تعيين المطلقة ج ٣ ص ٢٠٢.

المسألة تبني على أن البيان في أحد هذين هل هو كاشف عن كون المعين موصى له أو سبباً في حصول هذا الوصف له؟ فعلى الأول يقوم وارثه مقامه ويكون كأنه المطلب الرابع: في الموصى به وهو كل مقصود يقبل النقل

لم يمت، وعلى الثاني يتأتى هذان الاحتمالان فعلى هذا إن قلنا بالنصف للحي يبطل النصف الآخر، وهو الأصح عندي^١ انتهى، ومحضه يرجع إلى أنه يجوز إنشاء الوصية لأحدهما بدون القصدين كما ذكرناه في الاحتمال الثالث، وقد عرفت الحال فيه. ومع ذلك فالبناء الذي ذكره لا يستقيم، فإنه على التقدير الثاني وهو كون البيان سبباً في حصول هذا الوصف لا وجه لاستحقاق الباقي النصف خاصة، بل يجب على هذا التقدير أن يستحق الجميع لوجود سبب استحقاقه.

مركز تحقيق التراث

[في الموصى به]

قوله: «المطلب الرابع: في الموصى به، وهو كل مقصود يقبل النقل» كما في «التحرير^٢ واللمعة^٣ والروضة^٤» ولعله معنى قوله في «الوسيلة^٥» كل ما يصح تملكه والانتفاع به وظاهر الكتب المذكورة والكتاب أنه ضابط لكن قول المصنف في الكتابين: «ويشترط» يقضي بأنه غير ضابط وقد احترزوا به عما

(١) إيضاح الفوائد: في الموصى له ج ٢ ص ٥٠٤.

(٢) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٣٨.

(٣) اللعة الدمشقية: في متعلق الوصية ص ١٧٧.

(٤) الروضة البهية: في متعلق الوصية ج ٥ ص ٣٣.

(٥) الوسيلة: في أحكام الوصية ص ٣٧٥.

ليس بمقصود كذلك، إمّا لحقارته كفضلة الإنسان، أو لقلّته كحبة الحنطة وقشر الجوزة، أو لكون جنسه لا يقبل الملك كالخمر والخنزير والحرّ وفي «التذكرة»^١ الإجماع على أن غير المقصود لا تصحّ الوصيّة به.

والذي لا يقبل النقل، إمّا مال أو حقّ كالوقف وأمّ الولد والمنذور عتقه. ولم يبيّنوا لنا المراد بالنقل إثباتاً ونفيّاً هل المراد به النقل بجميع أقسامه، أو المراد ما عدا الإرث، فإنّك ستسمع أن هناك أعياناً لا تقبل النقل بالبيع وتصحّ الوصيّة بها. وكيف كان فإجماع التذكرة وهذا الضابط مستفادان من مطاوي كلمات القوم من قولهم يعتبر فيه الملك «كالشرائع»^٢ والنافع^٣، يشترط فيه الملك «كالإرشاد»^٤ يعتبر فيه أن يكون ممّا يملك للموصي والموصى له «كالدروس»^٥ لأنّ معقدهما كناية عن كونه ممّا يملك وله قابلية الملك وصلاحيته، ولكن يستفاد ممّا قيل^٦ فيه بأنّه يعتبر فيه الملك من دون تعرّض للنقل، أنّه تجوز الوصيّة بكلّ ما فيه نفع محلّل وإن لم يصحّ بيعه كالقيل ونحوه. وبه صرح في «التذكرة» قال: أمّا ما يكون مقصوداً فإنّه تصحّ الوصيّة به وإن حرم بيعه كالقيل والأسد وغيرهما من المسوخ والمؤذيات إن منعنا من بيعها تبعاً للانتفاع بجلودها. وقد قال بعد ذلك: ويشترط في المال الموصى به أن يكون قابلاً للنقل من شخص إلى آخر، فلا تصحّ الوصيّة بما لا يقبل النقل سواء كان مالاً أو حقّاً. وقال فيها أيضاً: تصحّ الوصيّة بما يحلّ الانتفاع به من النجاسات، كالكلب والزيت النجس لإشعاله تحت السماء، والزبل

(١) تذكرة الفقهاء: في الموصى به ج ٢ ص ٤٧٩ س ٣١.

(٢) شرائع الإسلام: في الموصى به ج ٢ ص ٢٤٥.

(٣) المختصر النافع: في الموصى به ص ١٦٦.

(٤) إرشاد الأذهان: في الموصى به ج ١ ص ٤٥٩.

(٥) الدروس الشرعية: في الموصى به ج ٢ ص ٣٠٠.

(٦) كما في المختصر النافع: في الموصى به ص ١٦٦.

للانتفاع بإشعاله والتسميد به، وجلد الميئة وشحمها إن سوّغنا الانتفاع بهما لتدهين السفن، لثبوت الاختصاص بها وانتقالها من يد إلى يد بالإرث وغيره^١ انتهى.

وقد منع من جواز الوصية بالسرجين النجس في «الدروس»^٢ وجامع المقاصد^٣، وقال في «التذكرة» وأما حدّ القصاص والقذف وإن قبل النقل بالإرث فإنهما لا يتمكّن من نقلهما إلى غيره، لأنهما شرعا للتشقي، فليس للموصى له ذلك كما كان للوارث. قلت: وينبغي أن يكون كلّ ما جرى هذا المجرى كذلك، كالتعزير الثابت بالشتم. ثمّ إنه في «التذكرة» حكى عن الشافعية المنع من الوصية بالحقوق التابعة للأموال كالخيار وحقّ الشفعة إذا لم تبطل بالتأخير كتأجيل الثمن^٤.

وقد جزم بعدم الصحة في الحدّين والشفعة في «اللمعة»^٥ والروضة^٦ وفي الأخير: أنّه لو أوصى له بالشقص والخيار لم تبطل الصحة، لأنّ الوصية بالمال والخيار تابع^٧. وهو الذي قال به أو مال إليه في «جامع المقاصد» فيما يأتي^٨. وقال: أمّا لو أوصى بالتحجير وبالأولية في الأرض الخراجية ونحو ذلك فإنّ الصحة أظهر^٨.

ويستفاد أيضاً ممّن عبّر باعتبار الملك: أنّ حبة الحنطة ونحوها ممّا لا يملك.

(١) تذكرة الفقهاء: في الموصى به ج ٢ ص ٤٧٩ س ٣٢ و٣٣ و٣٧.

(٢) الدروس الشرعية: في الموصى به ج ٢ ص ٣٠٠.

(٣) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٠٢ - ١٠٣.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الموصى به ج ٢ ص ٤٧٩ س ٣٩ - ٤١.

(٥) اللمعة الدمشقية: في متعلّق الوصية ص ١٧٨.

(٦) الروضة البهية: في متعلّق الوصية ج ٥ ص ٣٥.

(٧) يأتي في ص ٤٤٤.

(٨) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٠٤.

وقد فرّع عليه في «الشرائع»^١ وغيرها^٢ أن ما لا نفع فيه لا تصحّ الوصيّة به، إلا أن المراد بما لا نفع فيه معتدّاً به في نظر العقلاء بحيث يكون متمولاً، لأنّ هذه مملوكة ويشترط أن يكون موجوداً مختصاً بالموصي منتفعاً به

لا يصحّ غصبها من المالك. وقد استوفينا الكلام فيها في باب الغصب^٣ والبيع^٤.

ثمّ إنّه يجوز أن يراد بالملك ما هو أعمّ من ذلك ومن الملك بالفعل ليستفاد منه عدم جواز الوصيّة بمال الغير لكنّهم لم يشيروا إليه في الإخراج، وقد احتمل صحّته في «التذكرة»^٥ إذا قيّده بتملكه إيّاه، واحتمل في «الدروس»^٦ الصّحّة مع الإجازة، وهو قويّ جداً لأنّ الوصيّة عقد ولا نجد فرقاً بينها وبين غيرها من العقود، بل قد جوّزنا الوقف الفضولي وكذلت الأخبار^٧ في مجهول المالك على جواز الفضولي في الصدقة، وجزم المصنّف فيما يأتي فيما نحن فيه بعدم الصّحّة، ولعلّه أراد بما إذا لم يقيّده بتملكه إيّاه فلا منافاة. وقد يكون تركهم لبيان حاله لشدة ظهوره، لأنّ أحداً لا يوصي بغير ملكه، وقد أشار إليه المصنّف فيما يأتي بقوله: مختصاً بالموصي.

(١) شرائع الإسلام: في الموصى به ج ٢ ص ٢٤٥.

(٢) كمسالك الأفهام: في الموصى به ج ٦ ص ١٤٦.

(٣) تقدّم في ج ٦ ص ٢٣٤.

(٤) تقدّم في ج ١٣ ص ٨ - ١٠.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الموصى به ج ٢ ص ٤٨٠ س ١ - ٣.

(٦) الدروس الشرعية: في الوصيّة بملك الغير ج ٢ ص ٣١١.

(٧) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ج ١٧ ص ٣٤٩.

[في اشراط الموصى به]

قوله: «ويشترط أن يكون موجوداً مختصاً بالموصى منتفعاً به»^(١) قد ترك اشتراط الوجود جماعة، وصرّح بعدم اشتراط وجوده حال الوصية وبالفعل في «التحرير»^١ واللمعة^٢ والروضة^٣ وقد أطلق المصنّف هنا اشتراط وجوده، وستسمع^٤ قوله؛ ولا نعني بالموجود كونه موجوداً بالفعل حال الوصية بل ما يمكن وجوده، فهو أعمّ من أن يكون بالفعل والحال كالدار، أو مظنون الوجود كالحمل والثمرة في السنة المقبلة، أو مشكوكاً فيه كالآبق والظير في الهواء والسّمك في الماء، أو موجوداً بالقوة كما تحمله الأمة أو الدابة أو الشجرة، وهذا يصدق عليه أنّه مظنون الوجود، أو موجوداً على التدريج كسكنى الدار، فإنّ الوصية بجميع ذلك نافذة. أمّا ما كان موجوداً في الحال فبإجماع العلماء كما في «التذكرة»^٥ وما كان موجوداً بالقوة فبإجماعنا الظاهر منها أيضاً. ويندرج فيه الوجودات الباقية، على أنّ الصحة مستفادة من مطاوي كلمات أصحابنا. فلم يبق إلاّ ممتنع الوجود عقلاً أو عادة أو شرعاً، وقد احترز به عنه لكنّه يلزم منه أن تصحّ الوصية بمال الغير، لأنّ حصوله للموصى له ممكن بالأقسام الثلاثة. وقد سمعت ما في «التذكرة والدروس والكتاب» وما احتملناه من عبارة الكتاب، لأنّه إذا صحّت الوصية بغير الموجود بغير المملوك أولى، لأنّه موجود، وغير الموجود غير موجود ولا مملوك، فتأمل. وليس فيه إلاّ أنّه قد يوصى به مالكة فلا يكون

(١) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٣٨.

(٢) اللمعة الدمشقية: في متعلّق الوصية ص ١٧٧.

(٣) الروضة البهية: في متعلّق الوصية ج ٥ ص ٣٣.

(٤) يأتي في ص ٤٤٣.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الموصى به ج ٢ ص ٤٨٠ س ١٥.

محلاً لتصرف شخصين، ويندفع بما إذا قيده بالتملك أو الإجازة.
 وليعلم أنه وقع لهم في الوصية بالحمل عبارتان: إحداهما: أنه لابد من وجوده حال الوصية، فلو شككنا في وجوده بطلت، والثانية: أنه تصح الوصية بما تحمله هذه الجارية وبالحمل الذي سيوجد وسيكون، وهما متنافيان في الظاهر، وليس كذلك لأننا بينا فيما يأتي^١ في المطلب الأول من الفصل الثاني في الأحكام أن الوصية بالحمل تقع على نحوين: وصية بالحمل الموجود وبالحمل الذي سيوجد، وأن الأول يقع على نحوين: مقيد ومطلق، فالمقيد أن يقول: أوصيت لك بحملها الموجود في الحال، والمطلق أن يقول: أوصيت لك بحمل فلانة، وأن هذا لقسم بقسميه يشترط أن يكون موجوداً حال الوصية، فلو شككنا في وجوده بطلت، أما المقيد فظاهر، وأما المطلق فلأن المبادر منه الموجود في الحال، وأما الثاني وهو الوصية بالحمل الذي سيوجد فلا يشترط فيه ذلك، وقد أسبقنا^٢ الكلام في ذلك في المطلب الأول من الفصل الثاني في الأحكام.

ومما ذكرناه في أقسام الموجودين يعلم أنه لا يشترط كونه معلوماً ولا معيناً ولا مقدوراً عليه، فتصح الوصية بالمجهول وبأحد العبدین وبالمغصوب كما يأتي^٣ التنبيه عليه في كلام المصنف.

وقد انفرد الكتاب بالتقييد بكونه مختصاً به، وقد أراد به كونه مملوكاً له كما أشرنا إليه^٤ آنفاً، لأنه لم يتقدم في كلامه ذكر الملك «كالشرائع والنافع والتذكرة والإرشاد والدروس» وغيرها حتى تحتل إرادة ذلك - أي إخراج الوصية بمال

(١) سيأتي في ص ٤٧٤ من النسخة الرحلية.

(٢) سيأتي في ص ٤٧٥.

(٣) يأتي في ص ٤٤٣.

(٤) تقدم في ص ٤٤٠ - ٤٤١.

الغير منه - كما احتملناه آنفاً في الكتب المذكورة وقلنا: إنَّ عدم تعرّضهم لبيانهِ إدخالاً وإخراجاً لشدّة ظهوره، وسيبيّن أنّه أراد الاحتراز به عن الوصيّة بمال الغير لعدم الاختصاص.

وأما اشتراط كونه منتفعاً به فلعله مستغنى عنه بقوله: كلّ مقصود، ولعلّه أراد غير زائد على الثلث إلّا مع إجازة الوارث، ﴿٧﴾

الانتفاع به شرعاً ليخرج كلّ عين يحرم الانتفاء بها ولا يقبل التغيير، كما لو أوصى له بصنم لا يقبل التغيير وأشباهه كالطبل والزمرد والشطرنج، كما تبه عليه في «التذكرة»^(١) فليتأمل جيّداً.

قوله: «غير زائد على الثلث إلّا مع إجازة الوارث» ممّا صرّح فيه باعتبار هذا الشرط بعنوان الشرطيّة وبدونه «المقنع»^(٢) والمقنعة^(٣) والانتصار^(٤) في أثناء كلام له و«المراسم»^(٥) والكافي^(٦) والنهاية^(٧) والخلاف^(٨) والمبسوط^(٩) والوسيلة^(١٠) وفقه الراوندي^(١١) والغنية^(١٢) والسرائر^(١٣) والجامع^(١٤) والشرائع^(١٥) والنافع^(١٦)

(١) تذكرة الفقهاء: في الموصى به ج ٢ ص ٤٨٠ س ٣.

(٢) المقنع: في الوصايا ص ٤٨١ و٤٨٥.

(٣) المقنعة: في الوصيّة بالثلث وأقلّ منه وأكثر ص ٦٦٩ - ٦٧٠.

(٤) الانتصار: في الهبة في مرض الموت ص ٤٦٥.

(٥) المراسم: في أحكام الوصيّة ص ٢٠٣.

(٦) الكافي في الفقه: في الوصية ص ٣٦٥ - ٣٦٦.

(٧) النهاية: في الوصية وما يصحّ منها وما لا يصحّ ص ٦٠٨.

(٨) الخلاف: في الوصايا ج ٤ ص ١٤٤ مسألة ١٤.

(٩) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٩.

(١٠) الوسيلة: في أحكام الوصية ص ٣٧٥.

(١١) فقه القرآن للراوندي: في الوصايا ج ٢ ص ٣٠١.

(١٢) غنية النزوع: في الوصية ص ٣٠٦.

ولعلّ معنى عدم الصحة في كلام الخلاف، والبطلان في كلام «الغنية والشرائع والنافع» وغيرهما، عدم نفوذه وأنه يبقى موقوفاً وقد حكيت الإجماعات على عدم النفوذ إلا مع إجازة الوارث وعلى بطلان الزائد مع الردّ، ففي «التذكرة»^١ ولا يشترط أن يكون مالاً. ﴿

إجماع العلماء على صحة الوصية بالأكثر إن أجاز الورثة بأسرهم والإجماع على البطلان في الزائد إن ردّوا ونفياً أيضاً للإجماع على الأمرين معاً. وقد سمعت مافي «الغنية» وفي «التنقيح» الإجماع على الصحة في الثلث والبطلان في الزائد^٢، وفي «تلخيص» الإجماع على عدم الإمضاء فيما زاد إلا مع الإجازة^٣. وتتمام^٤ الكلام عند تعرّض المصنّف له.

ولا فرق في الوصية بين كونها في حال الصحة أو حال العرض كما أخذ ذلك في معاهد بعض هذه الإجماعات وبه طفحت جملة من العبارات. قوله: «ولا يشترط كونه مالاً» فتجوز بالمنفعة عند علمائنا أجمع. وهو قول عامة أهل العلم، وبه الرواية^٥ عن الرضا عليه السلام كما ذكر ذلك كلّ في «التذكرة»^٦ فلا يشترط كونه مالاً كما صرح به أيضاً في «التذكرة»^٧ والتحرير^٨ والدروس^٩

(١) تذكرة الفقهاء: في الموصى به ج ٢ ص ٤٨١ س ١٠.

(٢) التنقيح الرائع: في الموصى به ج ٢ ص ٣٩٩.

(٣) تلخيص المرام: في الوصية فيما زاد على الثلث ص ١٥٥.

(٤) سيأتي في ص ٤٥٠.

(٥) وسائل الشيعة: ب ٩٦ من أبواب أحكام الوصايا ج ١ ص ١٣ ص ٤٨٠.

(٦) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٥ س ٣.

(٧) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٥ س ٤.

(٨) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٣٨.

(٩) الدروس الشرعية: في الموصى به ج ٢ ص ٣٠١.

واللمعة^١ وجامع المقاصد^٢ والروضة^٣ وغيرها^٤. وهو قضية إطلاق الباقيين، ولا معيناً ولا مقدوراً على تسليمه. (٧)

لأنها شرّعت لإرفاق الناس ولم يحك الخلاف إلا عن ابن أبي ليلى فقال: لا تصح الوصية بالمنفعة لأنها معدومة^٥. ووافقته الشافعية في أحد قوليه^٦. قوله: «ولا معلوماً ولا مقدوراً على تسليمه» لا نعلم خلافاً في تجويز الوصية بالمجهول كما في «التذكرة» كالعبد والثوب، وقال: يجوز أن يتوغل في الإيهام إلى غايته كأن يقول: أعطوه شيئاً أو حظاً أو قسطاً أو نصيباً أو جزءاً أو سهماً أو قليلاً أو كثيراً، لأن الله سبحانه وتعالى أعطانا ثلث أموالنا في آخر أعمارنا وقد يشتهه قدر الثلث علينا إما لكثرة المال أو غيبته، فدعت الحاجة إلى تجويز الوصية بالمجهول ولا نعلم فيه خلافاً. وقال: لو أوصى بأحد العبدین صحّت الوصية، لأنها محتملة للجهالة والغرر فلا يقدح فيها الإيهام، بخلاف ما لو أوصى لأحد الشخصين^٧. فقد تقدّم^٨ الخلاف فيه، ولا أجد خلافاً في صحة الوصية بالمغضوب، لأنها تصح بالمعدوم فبالموجود الذي لا قدرة عليه أولى ولا فرق بين أن يكون الوصية للغاصب أو لغيره، لأن القبض ليس شرطاً في صحتها وقد تقدّم^٩

(١) اللعة الدمشقية: في متعلق الوصية ص ١٧٨.

(٢) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٠٠.

(٣) الروضة البهية: في متعلق الوصية ج ٥ ص ٣٥.

(٤) كالحقائق الناضرة: في الوصايا ج ٢٢ ص ٤٨٥.

(٥) المحلى: في الوصية بالمنافع ج ٩ ص ٣٢٦.

(٦) نقله عنه في تذكرة: في الموصى به ج ٢ ص ٤٨٠ س ١٣.

(٧) تذكرة الفقهاء: في الموصى به ج ٢ ص ٤٨٠ س ٢١.

(٨) تقدّم في ص ٤٣٩.

(٩) تقدّم في ص ٤٣٥.

منّا بيان للأمريّن أنفأ.

ولا نعني بالموجود كونه موجوداً بالفعل حال الوصيّة بل ما يمكن وجوده، فلو أوصى بما تحمله الجارية أو الدابة أو بالثمرة المتجدّدة في العامّ المقبل أو بأجرة سكنى السنة المستقبلية صحّ، لأنّها في تقدير الموجود **﴿ولو أوصى بالمنافع صحّت وإن لم تكن مالاّ لمساواتها له في الانتفاع﴾**

[في الوصيّة بالثمرة بالمتجدّدة]

قوله: «ولا نعني بالموجود كونه موجوداً بالفعل حال الوصيّة بل ما يمكن وجوده، فلو أوصى بما تحمله الجارية أو الدابة أو بالثمرة المتجدّدة في العامّ المقبل أو بأجرة سكنى السنة المستقبلية صحّ، لأنّها في تقدير الموجود» هذا قد تقدّم^١ الكلام فيه آنفاً، وكونها في تقدير الموجود إنّما هو بالنظر إلى العادة وفي «التذكرة» الإجماع على صحّة الوصيّة بثمره بستانه التي ستحدث، سواء أوصى بذلك في مدّة معلومة أو بجميع الثمرة^٢ انتهى، وينبغي بناء على الشرط المذكور - وهو إمكان وجوده - أن يصحّ بما يتجدّد له تملكه ولو على وجه الندرة كما يتجدّد بشراء وهبة وإرث، لأنّ وجود ذلك ممكن.

(١) تقدّم في ص ٤٤١.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٥ س ٣.

[في الوصية بالمنافع]

قوله: «ولو أوصى بالمنافع صحّت وإن لم تكن مالا لمساواتها له في الانتفاع» أما صحة الوصية بالمنافع فقد عرفت^١ أن لا مخالف فيه منّا. وأما ولو أوصى بالمجهول أو بالآبق أو بالمغصوب صح^٢ ولو أوصى بمال الغير لم يصحّ لعدم الاختصاص.

جزمه بعدم كونها مالا فهو الأشبه بأصول المذهب، لأنّها لو كانت مالا لوجب على المفلس إجارة نفسه، ولو جب بها الحجّ، وقد قالوا^٣: إنّه لا يجب الحجّ مع الاستطاعة بالمنافع، كما إذا استطاع بإجارة الدار فلو كانت مالا لوجبّت إجارتها. وليس هو من قبيل الواجب المشروط... إلى آخر ما ذكرناه في باب الحجر^٤ فإنّا أسبغنا الكلام في ذلك. نعم إذا استوفيت أو استؤجر عليها عدّت عندهم أموالاً وآجروها مجراها، وحجّة القائل بأنّها مال أنّها تقابل به وتجعل عوضاً عنه وفيه: إنّ بعض الحقوق كذلك.

وتظهر الثمرة في وجوب مؤاجرة الدار لقضاء الدين، فيجب على تقدير كونها مالا أن يؤاجر دار سكناه مرّة بعد أخرى إلى أن يفي الدين، وقضيّة ذلك إدامة الحجر عليه إلى قضاء الدين، وهو بعيد عن محاسن الشرع.

قوله: «ولو أوصى بالمجهول أو بالآبق أو بالمغصوب صح» كما تقدّم^٥ التنبيه على ذلك كلّّه، وكذا الطير في الهواء ونحوه.

(١) تقدّم في ص ٤٤٢.

(٢) كما في الدروس الشرعية: في شرائط الحج ج ١ ص ٣١٢.

(٣) تقدّم في ج ٥ ص ٣٣٧.

(٤) تقدّم في ص ٤٤٢.

قوله: «ولو أوصى بمال الغير لم يصح لعدم الاختصاص» كما تقدم^(١) بيانه أيضاً.

ولو أوصى بالمشترك صح في نصيبه لاختصاصه به^(٢). ولو أوصى بالخمير والخنزير وكلب الهراش وطبل اللهو لم يصح^(٣).

[في الوصية بالمشترك]

قوله: «ولو أوصى بالمشترك صح في نصيبه لاختصاصه به»^(٤) ولا تتوقف الصحة في نصيب الغير على الإجازة كالبيع إلا على احتمال «الدروس»^(٥) وقد عرفت^(٦) أنه قوي جداً، وأما لا نجد فرقاً بينها وبين غيرها من العقود وقد تقدم^(٧) في باب البيع: أنه لو باع قدر نصيبه ففي انصرافه إلى ما يملكه أو ينزل على الإشاعة قولان.

[في الوصية بما لا يكون مالاً ولا ينتفع به]

قوله: «ولو أوصى بالخمير والخنزير وكلب الهراش وطبل اللهو لم يصح»^(٨) لأن ذلك ليس مالاً ولا ينتفع به في محلل إلا الخمير للتخليل وطبل اللهو إذا قبل الزوال عن صفته المحرمة بتغيير يسير لا يزيل الاسم، أو أريد رضاءه كما

(١) تقدم في ص ٤٤٢.

(٢) الدروس الشرعية: في الوصية بملك الغير ج ٢ ص ٣١١.

(٣) تقدم في ص ٤٤١.

(٤) تقدم في ج ١٣ ص ١٧٣.

صرّح بالأوّل جماعة^١ في الطبل والعود واكتفى بالثاني جماعة فيهما أيضاً كما يأتي^٢ بيانه في أوائل المطلب الأوّل من مطالب الفصل الثاني كما سيأتي إن شاء الله تعالى. ولو أوصى بما ينتفع به في ثاني الحال كالخمر المحترمة التي يرجى انقلابها والجرو القابل لتعليم الصيد فالأقرب الجواز. 

قوله: «ولو أوصى بما ينتفع به في ثاني الحال كالخمر المحترمة التي يرجى انقلابها والجرو القابل لتعليم الصيد فالأقرب الجواز» كما في «جامع المقاصد»^٣ وهو الأصحّ كما في «الإيضاح»^٤ وبه جزم في «الدروس»^٥ والمسالك^٦ والروضة^٧ في الجرو القابل للتعليم، لأنّه في الحقيقة وصيّة بمنفعتها. قلت: بل التملك ممكن باعتبار التجدد. والقول بعدم الصحّة فيهما ليس بشيء كما في «جامع المقاصد»^٨ ومستنده أن الوصيّة تملك وهو ممنوع هنا، وقد عرفت أن التملك ممكن وفي «التحرير»: لا تصحّ بالجرو إن منعنا من جواز تربيته للصيد^٩. وربما قيل^{١٠}: إن صحّة الوصيّة بالخمر المتخذة للتخليل حيث تكون إذا انقلبت غير

(١) منهم العلامة في تذكرة الفقهاء: في الوصيّة بالأعيان المحرّمة ج ٢ ص ٤٨٣ س ٣١ وص ٤٨٤ س ٥، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٠١ و ١٣٦ - ١٣٧، والشهيد في الدروس الشرعية: في الموصى به ج ٢ ص ٣٠٠.

(٢) سيأتي في ص ٤٧٦ - ٤٧٧.

(٣) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٠٢.

(٤) إيضاح الفوائد: في الموصى به ج ٢ ص ٥٠٤.

(٥) الدروس الشرعية: في الموصى به ج ٢ ص ٥٠٤.

(٦) مسالك الأفهام: في متعلّق الوصيّة ج ٦ ص ١٧٦.

(٧) الروضة البهية: في متعلّق الوصيّة ج ٥ ص ٣٥.

(٨) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٠٢.

(٩) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٣٨.

(١٠) كما في جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٠٢.

متنجّسة بنجاسة عارضية وردّ بأنّ تنجّسها لا يمنع الانتفاع بها بعد الانقلاب في الأدوية والشرب في محلّ الضرورة، لجواز شرب المتنجّس عند الضرورة، وفي نحو الطلاء واللصوق اختياراً خصوصاً على القول بأنّ المائع يقبل التطهير. والتقييد بالتي يرجى انقلابها لعلّه ليخرج به الخمر التي عند الذمي المستتر فإنّها أيضاً محترمة. وكذا لو أوصى بالزبل والمجهول كأحد العبدین وبالقسط والنصيب **لوكلّ** ما ينتقل إلى الوارث إلا القصاص وحدّ القذف فإنّه لا يقع للموصى له وإن انتقل إلى الوارث، لأنّ المقصود وهو التشفي يحصل للوارث دونه

قوله: «وكذا لو أوصى بالزبل أو المجهول كأحد العبدین أو بالقسط أو النصيب» يريد وكذا تصحّ الوصيّة لو أوصى بالزبل، وإطلاقه يشمل الطاهر والنجس. وقد حكينا^١ عن «التذكرة» فيما سلف جواز الوصيّة بالزبل النجس للانتفاع بإشعاله والتسميد به، وعن^٢ «الدروس» عدم جوازه به وقال في «جامع المقاصد»: إنّ المراد به الطاهر، لأنّ غيره نجس لا يعتدّ بالنفع به شرعاً، وهو مقتضى كلام التذكرة^٣ انتهى. وقد سمعت صريحها.

وقد سبق له عدم اشتراط كونه معلوماً كما تقدّم^٤ الكلام فيه، وكأنّه أراد هنا بيان الجواز مع الإبهام والتوغّل فيه فتأمل.

قوله: «وكلّ ما ينتقل إلى الوارث إلا القصاص وحدّ القذف فإنّه

(١) تقدّم في ص ٤٤٠ الهامش ١٣.

(٢) تقدّم في ص ٤٤٠ الهامش ١٣.

(٣) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٠٢.

(٤) تقدّم في ص ٤٤٣ من النسخة الرحلية.

لا يقع للموصى له وإن انتقل إلى الوارث، لأن المقصود هو التشفي يحصل للوارث دونه ^(١) هذا أيضاً تقدم الكلام فيه في أول المطلب الرابع.

ولو أوصى بكلب ولا كلب له لم يصح لتعذر شرائه إن منعنا بيعه مطلقاً وإلا اشترى له ما يصح بيعه. ^(٢)

[في الوصية بكلاب]

قوله: «ولو أوصى بكلب ولا كلب له لم يصح لتعذر شرائه إن منعنا بيعه مطلقاً، وإلا اشترى له ما يصح بيعه» المراد بقوله: إن منعنا بيعه مطلقاً التعميم في كلب الصيد وغيره، قال في «المبسوط»: إذا قال: أعطوه كلباً من كلابي نظرت فإن لم يكن له كلب صيد أو حائط فالوصية باطلة، وهكذا إذا قال: أعطوه كلباً من مالي فالوصية باطلة، لأنه لا ينتفع به، وإن كان له كلب ماشية وكلب حرث وكلب صيد صحّت الوصية، لأنه ينتفع به ونحوه ما في «المهذب» ^(٣) ثم قال في «المبسوط»: والأقوى عندي أنه إن لم يكن له كلاب أن يشتري له أقل كلاب الصيد أو الماشية أو الحرث ^(٤). فقد قوى الشراء أخيراً، ولم يفرق في البطلان أولاً بين أن يقول من كلابي أو من مالي، لكنه لم يبين ذلك على المنع من البيع فتأمل. وفرّق في «التذكرة» ^(٥) فأبطله في الأول وفصل في الثاني أعني قوله كلباً من مالي

(١) تقدم في ص ٤٤٠ من النسخة الرحلية.

(٢) المهذب: في الوصية بالكلب ج ٢ ص ١١١.

(٣) المبسوط: في الوصية بالكلب ج ٤ ص ١٩.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الموصى به ج ٢ ص ٤٨٣ س ٤.

فقال: إن جَوَزنا بيعه صحّت الوصيّة وإلا بطلت. وقال: إن ذلك إذا لم يكن للموصي كلب مباح. ووافقه على البطلان في الأوّل القاضي في «المهذب»^١.
وكأنّه لم يظفر به في «التذكرة» في «جامع المقاصد» فأورد على عبارة الكتاب: بأنّه يشكل إطلاق عدم الصّحة بإمكان حصوله للموصي بغير البيع، وصّحة الوصيّة دائرة مع إمكان الوجود كما سبق، فإن تعذّر بطلت^٢. وتبعه على ذلك صاحب «المسالك» فقال: إن لم نجوّز شراءه احتمل بطلان الوصيّة لعدم إمكان إنفاذها على الوجه المشروع ومراعاة تحصيله بغير البيع، إذ لا يلزم من عدم جواز بيعه عدم إمكان تحصيله بغيره، فيجب تحصيله على الوارث تفصيلاً من تبديل الوصيّة مع إمكان إنفاذها، فإن أمكن تحصيله وإلا بطلت^٣.
قلت: هذا غريب منهما، لأنّ منع بيعه منع من جميع ضروب التكبّس به، بل قد صرح في الإجارة والهبة بالإجماع المركّب كما أسبقنا^٤ الكلام فيه في باب المكاسب. نعم يمكن أن يتبرّع به متبرّع من وارث وغيره. ثمّ إنّه لا يجب على الوارث إنفاذ وصيّة مورّثه إلاّ من ماله لا من مال غيره من وارث وغيره، فلا يلزم من إمكان تحصيله للوارث وجوبه عليه. وأمّا إذا لم نمنع من بيعه وجوّزنا شراءه كما هو الأصحّ فإنّ الوارث يتخيّر في شراء أيّ الكلاب الأربعة شاء كما في «التذكرة»^٥ وجامع المقاصد^٦ والمسالك^٧ قلت: لا ريب في ذلك إذا قال أعطوه

(١) المهذب: في الوصايا ج ٢ ص ١١١.

(٢) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٠٤.

(٣) مسالك الألفهام: في متعلّق الوصيّة ج ٦ ص ١٧٦.

(٤) تقدّم في ج ١٢ ص ٩٢ - ١٠٢ من النسخة الرحلية.

(٥) تذكرة الفقهاء:

(٦) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٠٤.

(٧) مسالك الألفهام: في متعلّق الوصيّة ج ٦ ص ١٧٦.

كلباً، أو كلباً من مالي، وينبغي أن يتأمل فيما إذا قال: كلباً من كلابي ولا كلاب له، وقد جزم فيه بالبطلان في «التذكرة».

وكيف كان فقد صرح بصحة بيع الكلاب الأربعة في خمسة وعشرين كتاباً^١ وعلى الأول لو كان له كلاب ولا مال له فوجه اعتباره من الثلث تقدير القيمة لها، ويحتمل التقدير بتقويم المنفعة واعتبار العدد

وقد حكى على صحة بيع كلب الصيد ستة إجماعات^٢ والأخبار^٣ مستفيضة. فلا وجه كما في «الحواشي» لذكر هذا الفرع على تقدير عدم صحة بيعه، ولعله إنما

(١) هي الخلاف: في البيوع ج ٣ ص ١٨١ - ١٨٣ مسألة ٣٠٢ - ٣٠٥، والمبسوط: في البيوع ج ٢ ص ١٦٦، والسرائر: في المكاسب ج ٢ ص ٢٢٠، والوسيلة: في بيع الحيوان ص ٢٤٨، وكشف الرموز: فيما يكتسب به ج ١ ص ٤٣٧، ومختلف الشيعة: في المتاجر ج ٥ ص ١٢، وتذكرة الفقهاء: في البيع ج ١٠ ص ٢٧، وتحرير الأحكام: فيما يحرم التكسب به ج ٢ ص ٢٥٨، وإرشاد الأذهان: في المتاجر ج ١ ص ٣٥٨، وتبصرة المتعلمين: في التجارة ص ٨٥، وإيضاح الفوائد: في المتاجر ج ١ ص ٤٠٢، وشرح الإرشاد للنيلي: في التجارة ص ٤٤ س ١٧، والدروس الشرعية: في المكاسب ج ٣ ص ١٦٨، واللمعة الدمشقية: في المتاجر ص ١٠٨، والمقتصر: في التجارة ص ١٦٤، والمهذب البارع: في التجارة ج ٢ ص ٣٤٧، والتنقيح الرائع: فيما يكتسب به ج ٢ ص ٧، وجامع المقاصد: في المتاجر ج ٤ ص ١٤، وغاية المرام: فيما يكتسب به ج ٢ ص ١٠، ومسالك الأفهام: فيما يكتسب به ج ٣ ص ١٣٥، والروضة البهية: في المكاسب المحرمة ج ٣ ص ٢٠٩، ومجمع الفائدة والبرهان: في المتاجر ج ٨ ص ٣٧.

(٢) وهي الخلاف: في البيع ج ٣ ص ١٨٢ مسألة ٣٠٢، وغنية النزوع: في البيع ص ٢١٣، ومنتهى المطلب: فيما يحرم التكسب به ج ٢ ص ١٠٠٩ س ١٣، ومختلف الشيعة: في المتاجر ج ٥ ص ١٢، وإيضاح الفوائد: في المتاجر ج ١ ص ٤٠٢، والدروس الشرعية: في المكاسب ج ٣ ص ١٦٨.

(٣) رسائل الشيعة: ب ١٤ من أبواب ما يكتسب به ج ١ و ٣ و ٥ و ٧ و ٩ ج ١٢ ص ٨٣ - ٨٤، وتقدم ذكر هذه الكتب والإجماعات والأخبار المشار إليها في ج ١٢ ص ٩٢ - ١٠٢ من طبعتنا.

ذكره ليترتب عليه ما بعده.

قوله: «وعلى الأول لو كان له كلاب ولا مال له فوجه اعتباره من الثلث تقدير القيمة لها، ويحتمل التقدير بتقويم المنفعة واعتبار العدد قد حكى في «التذكرة»^(١) الوجوه الثلاثة من بعض الشافعية من دون ترجيح. وفي «الإيضاح»^(٢) أن الأصح الثاني وهو التقدير بتقويم المنفعة، وفي «الحواشي»^(٣) الجزم بالأول، وفي «جامع المقاصد»: أنه أقرب.

والمراد من العبارة أنه على المنع من بيع الكلاب مطلقاً لو كان للموصي كلاب ولا مال له سواها ففي اعتباره من الثلث طرق: الأول: تقدير القيمة لها بأن يفرض كونها أموالاً باع وينظر كل واحد منها كم يساوي على ذلك التقدير وذلك لأنه الطريق إلى تقويم ما لا قيمة له مع وجود منفعة معتبرة شرعاً، كتقدير الرقية في الحر عند الحاجة، وكأرش الجرح الذي لا مقدّر له شرعاً ليتمكن التوصل إلى ما يقابله من المال، وهذا هو الأشبه لأن خصوصية الذات مقصودة، كما أن المنفعة مقصودة لظهور اختلاف الذوات وتفاوت الأغراض باختلافها، فتفرض ذوات قيم ثم ينظر في ذواتها وصفاتها وما يقابل كل واحد منها باعتبار ذاته وصفاته من القيمة ثم يستخرج الثلث. الثاني: التقدير للقيمة بتقويم المنفعة، لأن المقصود من العين الانتفاع بها، ولذلك تقل القيمة لقلّة المنفعة وتكثر بكثرتها، والعين لا قيمة لها، فالاعتبار حينئذٍ بالمنفعة، وهي مناط صحة الوصية حتى أن ما لا منفعة له لا تصح الوصية به الثالث: اعتبار العدد، لأنه المرجع عند الاستواء وعدم التفاضل،

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المحرمة ج ٢ ص ٤٨٣ س ١٤.

(٢) إيضاح الفوائد: في الموصى به ج ٢ ص ٥٠٥ - ٥٠٦.

(٣) لم نعر عليه.

ولا تفاضل هنا لأنه إنما يكون باعتبار القيمة ولا قيمة للكلاب^١.

وَيَتَعَذَّرُ الْأَوْلَانِ لَوْ أَوْصَى ذُو الْكَلْبِ وَطَبِلَ اللَّهْوُ وَزُقَ الْخَمْرُ
بِأَحَدِهَا وَلَا مَالٌ لَهُ سِوَاهَا، (٢)

قوله: «وَيَتَعَذَّرُ الْأَوْلَانِ لَوْ أَوْصَى ذُو الْكَلْبِ وَطَبِلَ اللَّهْوُ وَزُقَ الْخَمْرُ بِأَحَدِهَا وَلَا مَالٌ لَهُ سِوَاهَا».

قد فرّع المصنّف وبعض الشافعية^٢ على القول بمنع بيع الكلب مطلقاً مسألتين: الأولى: أنه لو كان للمريض كلب وطبل لا قيمة لرضاضه، ولا منفعة متقومة، وزُقَ خمر محرّمة لا يجوز اقتناؤها، فأوصى بواحد منها وقلنا باعتبار الثلث لم يجر الوجهان - أعني تقدير القيمة للعين أو للمنفعة - لامتناع التقويم والمالية في الطبل والخمر المذكورين، إذ لا منفعة محلّلة لهما ولا يقابل أحدهما بمال، فيتعذّر الأولان، بخلاف الكلب لإمكان تقدير القيمة له فهو في حكم المال فجعل اعتبار الثلث هنا العدد المركّب من الوحدات، وفي «جامع المقاصد»: أنه قريب^٣؛ وجعل المدار في «التذكرة^٤» على اعتبار القيمة، لأنه لا مناسبة بين رؤسها، والعدد المعتبر إنما فيما تتجانس رؤسه كالكلاب.

وقال في «الإيضاح» الأقوى عندي أن الموصى به إن كان هو الكلب صحّ في

(١) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٠٤ - ١٠٥.

(٢) كما في المجموع: في البيع ج ٩ ص ٢٢٥ و ٢٢٨.

(٣) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٠٦.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المحرّمة ج ٣ ص ٤٨٣ س ١٨.

ثلثه، لأنّه متقوم وعلى القول الآخر يحتمل الصحة فيه - أي كلّ - لأنّه غير متقوم فليس بمال في الحقيقة، والمعتبر من الثلث إنّما هو المال لقوله ﷺ: المريض محجور عليه إلّا في ثلث ماله^١، والمراد الحجر في المال اتفاقاً، ولأنّ الأصل في الاستثناء الاتصال، وهو قوله ﷺ: إلّا في ثلث ماله. ويحتمل اعتبار الثلث، لأنّ له منفعة مباحة متقومة وتعتور عليه الأيدي المستحقة، وله دية شرعية فيكون حكمه حكم المال في تحريم منع الورثة من ثلثه، ولهذا يستعار له اسم المال^٢.

هذا وربّما يقال^٣ على المصنّف في الكتاب: إنّ طبل الله المذكور لا يجوز اقتناؤه ويجب إتلافه، فكيف يعتبر كونه ثلثاً باعتبار العدد، ويلزم من اعتباره اعتبار الخمر وإن لم تكن محترمة مع أنّها قيّدت بذلك في «التذكرة» والإيضاح^٤ وأيضاً لو أوصى بالطبل المذكور لم تصح الوصية فكيف يعدّ ثلثاً؟ وأجيب^٥ بأنّه إنّما يعدّ ثلثاً باعتبار رضاضه، لأنّه وإن لم تكن له قيمة فهو مملوك. قيل^٦ فيه: إنّ هذا ينافي عدم جواز الوصية به، لأنّه لو اعتبر رضاضه لزم جواز الوصية به. ثمّ إنّ المصنّف لا يعتبر الرضاض أصلاً كما يأتي^٨ قريباً إلّا أن يقال: إنّ عدم جواز الوصية به لم يكن من حيث إنّّه غير مملوك، بل لأنّ نفعه منحصر في الجهة المحرّمة

(١) هذا مضمّن الخبر وأما نصّه ففي وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب الحجر ح ١ ج ١٣ ص ١٤٤ عن شعيب بن يعقوب قال سألت أبا عبد الله ﷺ عن الرجل ماله من ماله؟ قال: ثلث ماله وللرّاة أيضاً.

(٢) إيضاح الفوائد: في الموصى به ج ٢ ص ٥٠٦.

(٣) كما في جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٠٥.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المحرّمة ج ٢ ص ٤٨٢ سطر الأخير.

(٥) إيضاح الفوائد: في الموصى به ج ٢ ص ٥٠٤.

(٦) كما في جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٠٦.

(٧) كما في جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٠٦.

(٨) سيأتي في ص ٤٤٧.

وإخراجه عن كونه آلة اللهو يحتاج إلى تغيير كثير^١.

ولو كان له سواء نفذت الوصية وإن قلّ لأنه خير من ضعف
الكلب الذي لا قيمة له

قوله: «ولو كان له سواء نفذت الوصية وإن قلّ لأنه خير من
ضعف الكلب الذي لا قيمة له» هذا أظهر وجوه الشافعية، وقد ذكرت في
«التذكرة»^٢ وجامع المقاصد^٣ من دون ترجيح.

وهذا الوجه هو المسألة الثانية ومراده أنه لو كان له مال وكلاب ينتفع بها،
فأوصى بكلّ الكلاب أو بعضها فإنّ الوصية تنفذ فيها وإن كثرت وقلّ المال، لأنّ
المعتبر أن يبقى للورثة ضعف الموصى به، والمال وإن قلّ خير من ضعف الكلاب
إذ لا قيمة لها.

وفي «الإيضاح» أنه ضعيف، وأنّ الأصحّ تقدير القيمة لها وضمّها إلى المال
لاعتبار الثلث على ما هو المشهور عند علمائنا^٤. قلت: هذا وجه آخر للشافعية^٥،
وهو أن تقوم الكلاب أو منافعها على اختلاف الوجهين السابقين ويضمّ إلى ماله
من المال وتنفذ الوصية في ثلث الجميع لمن له أعيان ومنافع وأوصى له بها، فإنّ
ثلثه بها يعتبر من الأعيان والمنافع جميعاً.

(١) كما في جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٠٦.
(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المحرمة ج ٢ ص ٤٨٣ س ١٨.
(٣) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٠٦.
(٤) إيضاح الفوائد: في الموصى به ج ٢ ص ٥٠٦.
(٥) الوجيز: في الوصايا ص ٢٢١.

ووجه آخر أن الكلب ليس من جنس المال فيقدر كآئه لا مال له وتنفذ الوصية في ثلث الكلاب، كما أن الوصية بالمال والصورة هذه تعتبر من ثلث المال ويقدر كآئه لا كلاب له.

ولو أوصى بطبل فهو بطل إلا أن يقبل الإصلاح للحرب أو غيره مع بقاء الاسم (ولو لم يصلح إلا برضه لم يصح فإن الوصية لا تنزل على الرضا لا اعتمادها اسم الطبل

قوله: «ولو أوصى بطبل فهو بطل، إلا أن يقبل الإصلاح للحرب أو غيره مع بقاء الاسم» كما في «جامع المقاصد^١ والمسالك^٢» ونحوه ما في «التحرير^٣ والتلخيص^٤» لكنهما قد ترك فيهما التقييد ببقاء الاسم، وكذا «المبسوط^٥» وفي «الإرشاد^٦ والروض^٧» بطل إن لم يمكن إزالة المحرم، وقضيتهما أنه لو أمكن إزالة المحرم صحّت وإن زال الاسم كما هو قضية كلام «الدروس» حيث قال: إلا أن يقصد رضاضه أو يقبل الإصلاح^٨، وكما هو قضية ما حكاه في «الشرائع» في العود قال: قيل: يبطل، وقيل: تصح وتزال عنه الصفة^٩.

- (١) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٠٨.
- (٢) مسالك الأفهام: في متعلق الوصية ج ٦ ص ١٧٥.
- (٣) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٣٩.
- (٤) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٥.
- (٥) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٢٠.
- (٦) إرشاد الأذهان: في الموصى به ج ١ ص ٤٥٩.
- (٧) لا يوجد كتابه لدينا ويستفاد من حاشية الإرشاد (ضمن غاية المراد): في الوصايا ج ٢ ص ٤٨٣.
- (٨) الدروس الشرعية: في الموصى به ج ٢ ص ٣٠٠.
- (٩) شرائع الإسلام: في الموصى به ج ٢ ص ٢٤٨.

ولعله أشار بالقول الأول إلى ما في «المهذب»^١ والوسيلة^٢ فإنه أطلق فيهما البطلان، وبالثاني إلى ما في «المبسوط» فإنه قضية كلامه فيه كما عرفت، وسيأتي^٣ في الفصل الثاني إعادة ذلك وفي «الروضة»: بطل إن لم يمكن إزالة الوصف المحرّم مع بقاء ماليته وإلا صحّت وحول إلى المحلّل وقال فيها أيضاً: ومثل كلب الهراش طبل الله الذي لا يقبل التغيير عن الصفة المحرّمة مع بقاء الماليّة^٤. وقضيته أنه لو زالت الصفة المحرّمة مع بقاء الماليّة صحّت الوصيّة به. ويشكل بخروجه حينئذٍ عن كونه طبلاً.

لا يقال: إذا انتقل إلى الموصى له يفعل به ما يشاء ومن جعلته كسره، لأننا نقول: جواز تصرفه فيه بالكسر موقوف على صحّة الوصيّة وصحّة الوصيّة موقوف على كسره فيدور فتأمل. نعم لو أمكن زوال الصفة المحرّمة عنه بحيث يصدق بعدها الاسم السابق عليه كطبل الحرب كفى. وكيف كان فقد اتّفقت هذه الكتب على البطلان إذا لم يقبل الإصلاح للحرب ولم يصلح إلا للهو كما سيصرّح به المصنّف في الفصل الثاني^٥ في الأحكام ووجهه ظاهر. وقد فصلنا الكلام هناك واستوفيناها.

وفي «التذكرة» التصريح بخلاف ما في «الكتاب» لأنّ قضية ما فيه أنه لو أمكن الانتفاع به انتفاعاً محلّلاً مع بقاء الاسم مع تغيير يسير صحّت كما لو أوصى له بعبد مريض لا ينتفع به على حالته تلك، بخلاف ما لو لم يمكن الانتفاع به إلا

(١) المهذب: في الوصايا ج ٢ ص ١١١.

(٢) الوسيلة: في أحكام الوصيّة ص ٣٧٦.

(٣) سيأتي في ص ٤٧٦.

(٤) الروضة البهية: في متعلّق الوصيّة ج ٥ ص ٣٥ و ٣٨.

(٥) سيأتي في ص ٤٧٧.

بتغييره عن صفته بحيث يخرج عن الاسم فإن الوصية به لا تصح لاعتماد اسم الطبل وهو محرّم، ولا يحمل على ما لا يتناول اللفظ وهو الرضا، وقال في «التذكرة»: وأما إذا لم يمكن الانتفاع به إلا بعد تغييره عن صفته بحيث لا يبقى اسم الطبل معه فالأقرب الصحة أيضاً، سواء كان لا ينتفع به إلا برضاؤه أو ينتفع به مع علمه ولو كان الرضا من ذهب أو عود كان هو المقصود فينزل الوصية عليه فكأنه أوصى برضاؤه.

بقاء آله لا على هيئة الطبل الذي لا ينتفع به إلا في اللهو، وسواء كان لرضاؤه قيمة مقصودة نفيسة، كما لو كانت من ذهب أو فضة أو عود، أو غير مقصودة، ولا نفيسة كخامة الخشب إذا كان له نفع مما وإن قل انتهى. ولعله يرجع إلى أنه ينزل على الوصية بالرضا كما حكاه عنها في «جامع المقاصد» ثم قال: وما في الكتاب أولى، لأن معظم الغرض من هذا الطبل والفائدة العظمى المقصودة منه محرمة ولا ينزل إطلاق اللفظ على ما لا يقصد منه غالباً ولا ينتقل الذهن إليه وهو الرضا، لعدم فهمه من اللفظ ولا قصده من تلك الآلة^٢ انتهى.

قلت: كلام التذكرة ليس نصاً في التنزيل على الوصية بالرضا، ولعل غرضه في التذكرة إرادة نفعه من هذه الآلة بأي وجه اتفق إذا كان سائفاً فليحظ وليتأمل. وفسر في «التذكرة»: طبل اللهو بالكوبة التي يضربها المختشون وسطها ضيق وطرفاها واسمان وقسم الطبول إلى طبل الحرب وطبل الحجيج والقوافل الذي يضرب به للإعلام بالنزول والارتحال وطبل العطارين وهو سفظ لهم^٣.

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المحرمة ج ٢ ص ٤٨٣ س ٣١ - ٣٨.

(٢) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٠٧ - ١٠٨.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المحرمة ج ٢ ص ٤٨٣ س ٣١ - ٣٢.

ورضا ض الشيء بضم الراء فتاته.

قوله: «ولو كان الرضا ض من ذهب أو عود كان هو المقصود
فينزل الوصية عليه فكأنه أوصى برضا ض» هذا أحد أقولي الشافعية في
ولو أوصى برضا ض صحت كأنه قال يكسر الطبل ويعطى رضا ض. (٢)
ويشترط أن لا يكون الموصى به زائداً على ثلث الموجود عند
الموت (٣)

تفصيل لهم، والمشهور عندهم ما ذكره المصنف أولاً وحاصله الفرق بين
النفيس والخسيس، لأن الأول يقصد منه اللهو المحرم ويقصد رضا ض لنفاسه بل
قصد رضا ض أقوى من قصد منفعة المحرمة وأكثر، بخلاف المتخذ من الخسيس.
قوله: «ولو أوصى برضا ض صحت كأنه قال: يكسر الطبل
يعطى رضا ض» أي لو أوصى برضا ض كل من النفيس والخسيس صحت
الوصية لأن الوصية بالنفيس قد سبق صحتها تنزيلاً على الرضا ض فإن صرح
بالرضا ض كان أولى، وكذلك الحال في الخسيس إذا صرح برضا ض.

[في اشتراط أن لا يكون الموصى به زائداً على الثلث]

قوله: «ويشترط أن لا يكون الموصى به زائداً على ثلث
الموجود عند الموت» قد تقدم^١ في أول هذا المطلب أن عباراتهم بهذا الشرط
طافحة من «المقنع» إلى «الرياض» وأن إجماعاتهم به مستفيضة، وقد نسب
جماعة الخلاف إلى علي بن بابويه، لكن قال في «التذكرة» بعد أن حكى إجماع

(١) روضة الطالبين: في الوصايا ج ٥ ص ١٩٤.

(٢) تقدم في ص ٤٤٢ من النسخة الرحلية.

العلماء على صحة الوصية بالأكثر إن أجاز الورثة بأسرهم، والإجماع على البطلان في الزائد إن ردّوا؛ واعلم أنّ ما قلناه لا ينافي قول الشيخ علي بن بابويه من أنّه إن أوصى بالثلث فهي الغاية القصوى، فإن أوصى بماله فهو أعلم بما فعله ويلزم الوصيّ إنفاذ وصيّته على ما أوصى، لأنّ قوله لا دلالة فيه على مخالفة ما قلناه، فإنّا لا نسلم أنّ الموصي أعلم بما فعل.

قلت: لعلّه أراد أنّ الزيادة كانت قد وجبت عليه في ماله بأحد الأسباب الموجبة والموصي أعلم بها، وهذا غير جواز الوصية بالزيادة تبرّعاً. وحاصله أنّه يجب على الوصيّ إنفاذ الوصية مطلقاً ولو زادت عن الثلث، لاحتمال وجوبها عليه في ماله إلّا أن يعلم بكون الوصية تبرّعاً وأنّ فيها جوراً ولو بالزيادة عن الثلث فلا يمضي معها إلّا الثلث، لكن مجرد احتمال ذلك لا يكفي، بل لابدّ من العلم به، وحينئذٍ فلا يكون مخالفاً وهذا التوجيه جارٍ في مستنده، وهي عبارة «الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه السلام» وهي: فإن أوصى بماله كلّهُ فهو أعلم بما فعله^١. ويلزم الوصيّ إنفاذ وصيّته على ما أوصى به، بل جارٍ في رواية عمّار أيضاً: الرجل أحقّ بماله ما دام فيه الروح، إن أوصى به كلّهُ فهو جائز^٢، سلّمنا عدم جريانه فيه لكن أقصاه الجواز ولا نزاع فيه، وإنّما الكلام في اللزوم وعدمه، على أنّ عمّاراً نفسه روى أن ليس له إلّا الثلث^٣، مع احتمال أن يراد بالمال الثلث كما صرح به الصدوق في بعض نسخ «المقنع»^٤ قال بعد أن روى نحو هذا المال هو

(١) فقه الرضا عليه السلام: في الوصية للميت ص ٢٩٨.

(٢) وسائل الشيعة: ب ١١ في أحكام الوصايا ج ١٩ ص ١٣ ص ٣٧٠.

(٣) وسائل الشيعة: ب ١١ في أحكام الوصايا ذيل الحديث ١٢ ج ١٣ ص ٣٦٧.

(٤) لم نعثر عليه في النسخة الموجودة لدينا، نعم نقله عنه العلامة في مختلف: في الوصايا ج ٦ ص ٣٩٤.

الثالث لأنه لا مال للميت أكثر من الثلث.

وقد احتمل^١ حملها على صورة فقد الوارث الخاص كما هو ظاهر أبي علي^٢. وهو خيرة «المقنع» قال: وإذا مات الرجل ولا وارث له ولا عصة فإنه يوصي بماله حيث شاء في المسلمين والمساكين وابن السبيل^٣. وهو متن خبر السكوني^٤. وظاهر الشيخ في «الاستبصار»^٥ العمل به لكن الحق خلافه. ثم أنه قد تحمل^٦ الوصية على التصرفات المنجزة.

وأما خبر محمد بن عبدوس قال: أوصى رجل بتركته متاع وغير ذلك لأبي محمد^٧ فكتب إليه: رجل أوصى إليّ بجميع ما خلف لك وخلف ابنتي أخت له فأريك في ذلك؟ فكتب إليّ بع ما خلف وابتعت به إليّ فبعت وبعثت إليه فكتب إليّ قد وصل^٨. فقد احتمل فيه الحمل على تجويز الوارث للوصية وعلى كونه مخالفاً في الاعتقاد فجاز أن يحرم ويحمل ماله إلى الإمام وعلى كون طلبه^٩ له ليأخذ ثلثه ويدفع الباقي إلى الوارث وعلى كون الوصية بجميع المال جائزة للإمام خاصة. ذكر هذه الوجوه الشيخ^{١٠} وغيره^{١١}. وقد يحمل^{١٢} على أن البنيتين صغيرتان

(١) كما في رياض المسائل: في الموصى به ج ٩ ص ٥١٢.

(٢) لم نعثر على كلام لأبي علي الظاهر في صورة فقد الوارث الخاص كما نسب إليه الشارح، بل الموجود في الكتب نسبة المخالفة إلى علي بن بابويه، كما أن الشارح أيضاً أشار إليه في أول المطلب في ص ٤٤٢ فراجع.

(٣) المقنع: في الوصايا ص ٤٨٦.

(٤) وسائل الشيعة: ب ١٢ من أبواب أحكام الوصايا ج ١ ص ٣٧٠.

(٥) الاستبصار: ب ٧٤ في أنه لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث ذيل الحديث ٤٥٩ ج ٤ ص ١٢١.

(٦) لم نعثر على المحتمل فيما بأيدينا فراجع.

(٧) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب أحكام الوصايا ج ١٦ ص ٣٦٩.

(٨) الاستبصار: ب ٧٤ في أنه لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث ذيل الحديث ٤٧١ ج ٤ ص ١٢٥.

(٩) كالسيد الطباطبائي في رياض المسائل: في متعلق الوصية ج ٩ ص ٥١١.

فله الولاية عليهما. ومثله في الدلالة والاحتمالات الخبر^{١١} المتضمن وصية محمد بن عبدالله بن زرارة لكنه أظهر في تجويز الوارث. ومثله الخبر المتضمن موت الحسين بن أحمد الحلبي^{١٢}. ثم إن هذه الأخبار الثلاثة معارضة بصريح صحيح العباس بن معروف^{١٣} وغيره^{١٤} المتضمنة مثل ذلك.

وكيف كان الأخبار التي قد يظهر أو يلوح منها موافقة الصدوق لا تقوى على مصادمة الصحاح المستفيضة وغيرها من المعتبرة من الخاصة والعامة، إذ هي متواترة معنى وقد عقد لذلك باباً في «الوسائل»^{١٥} سرد فيه تسعة عشر خبراً كما ذكره أيضاً في فهرستها.

ولا فرق في الوصية بين كونها في حال الصحة أو حال المرض كما تقدم^{١٦} بيانه.

ثم عد إلى العبارة فقد قيل فيها: التثنية بالموجود عند الموت، لأنه الوقت الذي تنتقل فيه التركة إلى الوارث، وربما كان في وقت الوصية أقلّ ثم صار أكثر وبالعكس. وهو بناء على الغالب ولذلك طفحت به^{١٧} عباراتهم. وفي «الخلافا»^{١٨} أنه مجمع عليه وإلا فقد يتلف بعض التركة بعد الموت وقبل قبض الوارث إياها فلا

(١٠) لم نعر على المحتمل فيما بأيدينا فراجع.

(١١) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب أحكام الوصايا ج ١٧ ص ١٣ ص ٣٩٩.

(١٢) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب أحكام الوصايا ج ١٨ ص ١٣ ص ٣٦٩.

(١٣) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب أحكام الوصايا ج ٧ ص ١٣ ص ٣٦٦.

(١٤) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب أحكام الوصايا ج ٨ و ٩ ص ١٣ ص ٣٦٦.

(١٥) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب أحكام الوصايا ج ١٣ ص ٣٦٤.

(١٦) تقدم في ص ٤٤٢ من النسخة الرحلية.

(١٧) كما في إرشاد الأذهان: في الموصى به ج ١ ص ٤٥٩، ومسالك الأفهام: في متعلق الوصية ج

٦ ص ١٥٣، والروضة البهية: في متعلق الوصية ج ٥ ص ٣٧.

(١٨) الخلافا: في الوصايا ج ٤ ص ١٦٦ مسألة ٥٠.

يجب ذلك على الوارث ويصير الثلث أقل، وربما تجدد بعد الموت دية نفس أو طرف بصلح ونحوه، وربما وقع في شبكته بعد موته ما يزيد به ماله فيصير أكثر، ويستحبّ التقليل ⑤

فإذا لحظنا هذه الأمور النادرة لا يستقيم التقييد بقوله عند الموت بل يقيّد بوقت قبض الوارث التركة وأخذ دية النفس والطرف وقبوله الوصية لمورثه إذا مات بعد موت الموصي الأول بناء على أن القبول كاشف، وتام الكلام^١ عند تعرض المصنف له.

[في استحباب التقليل في الوصية]

قوله: «ويستحبّ التقليل» ظاهر العبارة أو صريحها لمكان قوله وهكذا، أن التقليل مطلقاً أفضل كما هو صريح «التحرير»^٢ والتلخيص^٣ والدروس^٤ وهو ظاهر «المهذب»^٥ في موضعين منه و«الحواشي»^٦ وكذا «فقه الراوندي»^٧ وقد يفهم من كلام «المبسوط» كما ستسمع^٨ وظاهر «الدروس»^٩ أن استحباب الإقلال

(١) سيأتي في ص ٤٥٤ - ٤٥٥ من النسخة الرحلية.

(٢) تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣١.

(٣) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٥.

(٤) الدروس الشرعية: في استحباب إقلال الوصية ج ٢ ص ٣٠٥.

(٥) المهذب: في الوصايا ج ٢ ص ١٠٥.

(٦) الحاشية النجارية: في الوصية ص ١٢١ س ١٤ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٧) فقه القرآن للراوندي: في الوصايا ج ٢ ص ٣٠١.

(٨) سيأتي في ص ٤٥٠ من النسخة الرحلية.

(٩) الدروس الشرعية: في استحباب إقلال الوصية ج ٢ ص ٣٠٥.

نص عليه علي عليه السلام^١. وقال في «الحواشي»^٢ إن في خبر سعد إيماء إلى أن فالربع أفضل من الثلث والخمس أفضل من الربع وهكذا.

الوصية بالأقل أولى. قلت: بل هو صريح في خلاف ما يفهم من كلام الأكثر، قال^٣: سعد مرضت مرضاً شديداً فعادني رسول الله ﷺ فقال: لي أوصيت؟ قلت: نعم أوصيت بمالي كله للفقراء وفي سبيل الله. فقال رسول الله ﷺ: أوص بالعشر. فقلت يا رسول الله: إن مالي كثير وورثتي أغنياء، فلم يزل رسول الله ﷺ يناقصني وأناقصه حتى قال: أوص بالثلث الثلث كثير. وقول سعد يناقصني وأناقصه يحتمل أن يكون بالضاد المعجمة والضاد المهملة. والخبر غير موجود في الجوامع العظام من كتبنا فلعله عامي. وقال في «جامع المقاصد»^٤ ظاهر العبارة أن التقليل مطلقاً أفضل، وليس في النصوص ما يشهد له على إطلاقه^٥. قلت: المستفاد من فحوى أخبارنا لمن تأمل أنه مطلقاً أفضل كما ستسمع وكأنه لم يلحظ ما حكيناه لكنه من عادته أن يلحظ «الدروس».

قوله: «فالربع أفضل من الثلث والخمس أفضل من الربع وهكذا» عند آل محمد ﷺ كما في «المقنعة»^٦ من دون هكذا. وبه صرح في «المراسم»^٦

(١) وسائل الشيعة: ب ٩ من أبواب أحكام الوصايا ج ١ ص ١٣ ص ٣٦٠.

(٢) الموجود في الحاشية النجارية الموجودة لدينا هو ذكر بعض كلام النبي ﷺ أما قوله «أن في خبر سعد إيماء إلى أن الوصية بالأقل أولى» فلم نجده فيها، فراجع الحاشية النجارية: في الوصية ص ١٢١ س ١٦ ونقله في مستدرك الوسائل: ج ١٤ ص ٩٥ عن الشهيد في حواشيه.

(٣) المغني لابن قدامة: في الوصايا ج ٦ ص ٤١٧.

(٤) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٠٩.

(٥) المقنعة: في الوصية بالثلث وأقل منه وأكثر ص ٦٦٩.

(٦) المراسم: في أحكام الوصية ص ٢٠٣.

والنهاية^١ والمهذب^٢ والسرائر^٣ وجامع الشرائع^٤ والشرائع^٥ والإرشاد^٦ وجامع المقاصد^٧ والروض^٨ وفي «المختلف^٩ والدروس^{١٠}» أنه المشهور. واقتصر في «المقنع^{١١}» على قوله: فإن أوصى بربع ماله فهو أحب إلى من أن يوصي بالثلث. وفي «المبسوط^{١٢}» إن كانوا أغنياء يستحب له أن يوصي بالثلث، وإن كانوا فقراء فالأفضل أن يكون وصيته فيما هو أقل من الثلث. وفي «الوسيلة^{١٣}» فإن كانوا أغنياء فبالثلث وإن كانوا فقراء فالخمس وإن كانوا متوسطين فالربع. وفي «المختلف^{١٤}» أنه لا بأس به وقال: إنه قول الشيخ. وقال في «التذكرة^{١٥}» لا يبعد عندي التقدير بأنه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة لا تستحب الوصية، لأن النبي ﷺ علل المنع بقوله: لأن تترك ورثتك أغنياء

مركز تحقيق كتب التراث

- (١) النهاية: فيما يصح من الوصية وما لا يصح ص ٦٠٨.
- (٢) المهذب: فيما يصح من الوصايا وما لا يصح ج ٢ ص ١٠٥.
- (٣) السرائر: ما يصح من الوصية وما لا يصح ج ٣ ص ١٩٤.
- (٤) الجامع للشرائع: في الوصية ص ٤٩٤.
- (٥) شرائع الإسلام: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٢٤٩.
- (٦) إرشاد الأذهان: في الوصية المبهمة ج ١ ص ٤٦١.
- (٧) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٠٩.
- (٨) لا يوجد لدينا الروض ولكن يستفاد من ظاهر حاشيته على الإرشاد ضمن غاية المراد: ج ٢ ص ٤٩٣.
- (٩) مختلف الشيعة: الوصايا ج ٦ ص ٣٦٧.
- (١٠) الدروس الشرعية: في استحباب إقلال الوصية ج ٣ ص ٣٠٥.
- (١١) المقنع: في الوصايا ص ٤٧٩.
- (١٢) المبسوط: في تعيين مقدار الوصية ج ٤ ص ٩.
- (١٣) الوسيلة: في أحكام الوصية ص ٣٧٥.
- (١٤) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٦٧.
- (١٥) تذكرة الفقهاء: في الموصى به ج ٢ ص ٤٨٠ سطر آخر.

خير من أن تدعهم عائلة، ولأن إعطاء القريب المحتاج خير من إعطاء الأجنبي ... إلى أن قال: فحينئذ يختلف الحال باختلاف الورثة في كثرتهم وقلّتهم وغناهم وحاجتهم، فلا يقدر بقدر من المال. وقد استحسنه في «جامع المقاصد»^١ وصاحب «المسالك»^٢ والمفاتيح^٣.

وقد وردت في الباب أربعة أخبار^٤ متعدّدة الطرق تضمنت استحباب الوصية بأقل من الثلث واختيار الخمس على الربع. وقد روى الشيخ والصدوق بطرق كثيرة - هي ما بين حسن إبراهيم أو بالوشاء - إن من أوصى بالثلث فقد أضرّ بالورثة^٥ وفي القوي^٦: إن الثلث حيف وفي القوي^٧ أيضاً: ما أبالي أضرت بولدي أو سرفتهم ذلك المال بالفاء كما في «السرائر»^٨ ويستفاد أن الوصية به مطلقاً مكروهة. وفي «التذكرة»^٩ أن الأولى أن لا يستوعب الثلث وإن كان الموصي غنياً. ومثله ما في «الشرائع»^{١٠} وهو يخالف ما في «المبسوط والوسيلة والمختلف». وقد يقال^{١١}: إنها به مكروهة بالنسبة إلى الربع والخمس، وقد يكون الإضرار

-
- (١) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١١٠.
 - (٢) مسالك الأفهام: في الوصية المبهمة ج ٦ ص ١٨٩.
 - (٣) مفاتيح الشرائع: في الوصية بالثلث ج ٣ ص ٢٢٤.
 - (٤) وسائل الشيعة: ب ٩ من أبواب الوصايا ج ١٣ ص ٣٦٠ - ٣٦١.
 - (٥) تهذيب الأحكام: في الوصية بالثلث ج ٩ ص ١٩١ ح ١، ومن لا يحضره الفقيه: مقدار ما يستحب الوصية به ج ٤ ص ١٨٥ ح ٥٤٢٤.
 - (٦) من لا يحضره الفقيه: مقدار ما يستحب الوصية به ج ٤ ص ١٨٥ ح ٥٤٢١.
 - (٧) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب أحكام الوصايا ح ١ ج ١٣ ص ٣٥٦.
 - (٨) السرائر: في أحكام الوصية ج ٣ ص ١٨٣.
 - (٩) تذكرة الفقهاء: في الموصى به ج ٢ ص ٤٨١ س ٢.
 - (١٠) شرائع الإسلام: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٢٤٩.
 - (١١) لم نعثر على قائله حسبما تفحصناه.

بالورثة جائزاً مستحباً إذا كان مستحقاً. ولعلّ الموافق للاعتبار والجمع بين الأخبار في العمل، إذ قد وردت أخبار باستحباب الوصية بالثلث أن يوصي فلو أوصى بأزيد من الثلث فإن أجاز الورثة صحّت وإن منعوا بطلت. (٩) ولو أجاز بعض الورثة نفذت الإجازة في قدر نصيبه حصّته من الزيادة. ولو أجازوا بعض الزائد صحّ خاصّة. (١٠)

بإخراج ثلثه وأن يجعل ثلثه أو نصفه صدقة على ورثته على حسب سهامهم والباقي في أقاربه ممّن لا يرثه وقضاء الصلوات وردّ المظالم والزيارات والكفارات.

وليعلم أنّ الصدقة في الصّحة أفضل منها في المرض وفي المرض أفضل من الوصية لها بعد الموت.

[فيما لو أوصى بأزيد من الثلث]

قوله: «فلو أوصى بأزيد من الثلث فإن أجاز الورثة صحّت وإن منعوا بطلت» هذا قد تقدّم^١ الكلام فيه ونقل الإجماعات عليه في أوّل هذا المطلب، وقد عرفت المراد من البطلان هناك.

قوله: «ولو أجاز بعض الورثة نفذت الوصية في قدر حصّته من الزيادة. ولو أجازوا بعض الزائد صحّ خاصّة» كما صرّح بذلك كلّ في «جامع المقاصد»^٢ والمسالك^٣ والمفاتيح^٤ وهو قضية كلام الباين بل ربّما صرّح

(١) تقدّم في ص ٤٤٢.

(٢) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١١٠.

(٣) مسالك الأفهام: في متعلّق الوصية ج ٦ ص ١٤٨.

ولو أوصى ببيع تركته بضمن المثل ففي اشتراط الإجازة إشكال.

بالأخير في أثناء كلماتهم. وأما الأول فمصرّح به في «الشرائع»^٥ وغيرها^٦. وكيف كان فالوجه في ذلك أن الوصية لما كانت تبرّعاً محضاً كانت ممّا تقبل التبويض وكان الزائد عن الثلث موقوفاً على إجازة الوارث جاز له إجازة البعض كما تجوز له إجازة الجميع، لأنّ ذلك حقّه فله التبرّع بجملته وبعضه، وكما يجوز ذلك لبعض الورثة دون بعض ويلزم كلّ واحد كذلك تجوز إجازة البعض من الجميع كالنصف والثلث، وتنعقد بالقدر المجاز دون ما عداه فلو خلف ابناً وبنتاً وأوصى بالنصف كان الزائد على الثلث سدساً، فإن أجازا معاً فالمسألة من ستة لأنّ لهما نصف التركة أثلاثاً، وإن ردّا معاً فالمسألة من تسعة، وإن أجاز أحدهما كانت من ثمانية عشر للموصى له الثلث ستة، فمن أجاز منهما دفع إليه من نصيبه من السدس الزائد وهو ثلاثة مع الولد منه سهمان ومع البنت سهم، فإن أجازت دفعت إليه واحداً وإن أجاز دفع له اثنين.

قوله: «ولو أوصى ببيع تركته بضمن المثل ففي اشتراط الإجازة إشكال» هذا قد تقدّم^٧ الكلام فيه في الفرع التاسع، وقد قرّب هناك «كالتحرير» الافتقار إلى الإجازة وهنا استشكل، وقديماً في الفرع الثامن^٨ وجه القرب وعدمه.

(٤) مفاتيح الشرائع: في حكم الوصية بالثلث وما زاد ج ٣ ص ٢٢٥.

(٥) شرائع الإسلام: في الموصى به ج ٢ ص ٢٤٥.

(٦) إرشاد الأذهان: في الموصى به ج ١ ص ٤٥٩.

(٧) تقدّم في ص ٤٣٥ في الفرع التاسع، أمّا الفرع الثامن فالظاهر أنّه تكرار اشتباه، لأنّه لا يرتبط بالبحث وأنما هو فرع غير ما نحن فيه فراجع.

والإجازة تنفيذ الفعل الموصى لا ابتداء عطية

[هل الإجازة تنفيذ لفعل الموصى أو عطية؟]

قوله: «والإجازة تنفيذ لفعل الموصى لا ابتداء عطية» كما هو صريح جماعة^١ وظاهر آخرين، ولا أجد فيه خلافاً ولا حكايته إلا ما في «التنقيح»^٢ من نسبته إلى الأكثر ونسبة كونه ابتداء عطية إلى بعض، ولعله لم يصادف محله. نعم لا ترجيح فيه ولا في «الدروس»^٣ وإلا فظاهر «التذكرة»^٤ في مواضع و«جامع المقاصد»^٥ و«المفاتيح»^٦ الإجماع عليه. وقد يظهر ذلك من «المبسوط»^٧ وفي «المسالك»^٨ أنه مذهب الأصحاب لم يتحقق فيه خلاف، وفي «الكفاية»^٩ لا أعرف فيه خلافاً، لأن الوارث ليس بمالك وثبوت حق الإجازة له لا يقتضي الملك، فتصرف الموصي في ملكه وإجازة الوارث في معنى إسقاط حقه وأن الملك باق على ملك المريض، فيصح تصرفه فيه لمصادفته الملك، وحق الوارث إنما يثبت في ثاني الحال فأشبهه بيع الشقص المشفوع، وأنه لو برىء من

(١) منهم المحدث الكاشاني في مفاتيح: ج ٣ ص ٢٢٥، والمحقق السبزواري في كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٤٣، والسيد الطباطبائي في رياض المسائل: ج ٩ ص ٥١٥، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: ج ٦ ص ١٥٠.

(٢) التنقيح الرائع: في الموصى به ج ٢ ص ٤٠١.

(٣) الدروس الشرعية: في الموصى به ج ٢ ص ٣٠٢.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الموصى به ج ٢ ص ٤٨١ س ٢١ و ٣٥ و ٤١.

(٥) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١١.

(٦) مفاتيح الشرائع: في حكم الوصية بالثلث ... ج ٣ ص ٢٢٥.

(٧) المبسوط: في تعيين مقدار الوصية ج ٤ ص ٩.

(٨) مسالك الأفهام: في متعلق الوصية ج ٦ ص ١٥١.

(٩) كفاية الأحكام: في الموصى به ج ٢ ص ٤٣.

فلا يفتقر إلى قبض

مرضه نفذت تصرفاته المنجزة مع كونها كانت متوقفة على إجازة الوارث كالوصية عند جماعة ولم يفتقر إلى الاستيناف، فدلّ على اعتبار ما وقع من الموصي لا على فساد.

حجة الاحتمال الآخر أنّ التصرف في الزائد منهي عنه والنهي يقتضي الفساد، وأنّ الزيادة حقّ الورثة فيلغو تصرفه فيها. وفيه: إنّنا نمنع كون التلفّظ بالوصية منهيّاً عنه وأنّ النهي في مثل ذلك يقتضي الفساد، ولو سلّم فإنّما هو حيث لم يجز الوارث، ونمنع كون الزيادة حقّاً للوارث بل هي ملك للموصي وقد تعلّق حقّ الوارث بها فإذا أجاز سقط كإجازة المرتين تصرف الراهن. وقد يقال: إنّ هذا كلّه منصبّ على ما إذا كانت الإجازة قبل الموت لا بعده فليتناهّل جيداً. وهذا إذا أجاز ابتداء ولم يردّ وأما إذا ردّ ثمّ أجاز ففي «التحرير»^١ في كونها تنفيذاً أو ابتداء عطية نظر. قلت: الظاهر أنّه ابتداء عطية كما أطبقوا عليه في بيع الفضولي.

قوله: «فلا يفتقر إلى قبض» قد فرّعوا على هذين الاحتمالين فروعاً كثيرة وقد ذكر المصنّف منها فرعين: الأوّل عدم افتقارها - أي الإجازة - إلى قبض من الموصي له كما هو ظاهر. وبه صرّح في «المبسوط»^٢ والشرائع^٣ والتذكرة^٤ والدروس^٥ وجامع المقاصد^٦ والمسالك^٧ والكفاية^٨ وكذا لا حاجة إلى تجديد

(١) لم نعثر على قائله حسبما تصفحناه فيما بأيدينا فراجع.

(٢) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٠.

(٣) المبسوط: في الموصى به ج ٤ ص ١٠.

(٤) شرائع الإسلام: في الموصى به ج ٢ ص ٢٤٥.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الموصى به ج ٢ ص ٤٨١ س ٣٦.

(٦) الدروس الشرعية: في الموصى به ج ٢ ص ٣٠٢.

ويكفي أجزت أو أنفذت وشبهه^(١) ولو أعتق عبداً لا مال له سواء أو أوصى بعثقه فأجاز الورثة فالولاء كله لعصبته دون عَصَبَةِ الْوَارِثِ^(٢).

هبة وقبول بل يكفي أجزت أو أنفذت أو أمضيت وما أفاد هذا المعنى، وليس للمميز الرجوع وإن لم يحصل القبض بل وإن لم يحصل القبول كما صرح بذلك كله في «التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والكفاية والدروس» وهو قضية كلام «التحرير»^(٣) وبيعضها صرح في «التنقيح»^(٤) لأنها لما كانت تنفيذاً لم يبق معها حق، وتفتقر على الاحتمال الثاني إلى قبول ثان في المجلس وقبض والمميز الرجوع قبله كما صرح به جمع من العامة^(٥). قوله: «ويكفي أجزت أو أنفذت وشبهه» كما عرفت وجهه والمصرح به.

قوله: «ولو أعتق عبداً لا مال له سواء أو أوصى بعثقه فأجاز الورثة فالولاء لعصبته دون عَصَبَةِ الْوَارِثِ» معناه أن الولاء على الأول للميت يرثه من يرث ولأه كما صرح به في «المبسوط»^(٦) والتذكرة^(٧) والدروس^(٨).

-
- (٧) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١١٢.
 (٨) مسالك الأفهام: في متعلق الوصية ج ٦ ص ١٥١.
 (٩) كفاية الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٠.
 (١٠) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٠.
 (١١) التنقيح الرائع: في الموصى به ج ٢ ص ٤٠١.
 (١٢) المجموع: في الوصايا ج ١٥ ص ٤١١، وروضة الطالبين: في الوصية ج ٥ ص ١٠٥.
 (١٣) المبسوط: فيما لو أعتق عبداً لا مال له غيره ج ٤ ص ١٠.
 (١٤) تذكرة الفقهاء: في الموصى به ج ٢ ص ٤٨١ س ٤٢.
 (١٥) الدروس الشرعية: في الموصى به ج ٢ ص ٣٠٢.

ولا فرق بين أن يكون الموصي مريضاً أو صحيحاً ١

والتنقيح^١ وجامع المقاصد^٢ والمسالك^٣ ووجهه ظاهر. وعلى الثاني يكون ولاء ما زاد على الثلث للمجيزين ذكورهم وإناثهم بحسب استحقاقهم، لأنهم باشروا عتقه. واحتمل بعض^٤ الشافعية أن الولاء للموصي على القولين. ولا بد على الثاني عند بعضهم في إجازة العتق من الإتيان بلفظه.

وما في الكتاب من أن الولاء لعصبته مبنّي على المشهور على الظاهر من أن المعتق إن كان رجلاً ورثه أولاده الذكور دون الإناث، فإن لم يكن له ولد ذكر ورثه عصبته، وإن كان امرأة عصبته مطلقاً فتأمل جيداً. وحكى الشهيدان^٥ عن المصنّف أنه قال بأنها تنفذ وأنه اعتبر إجازة المريض من الثلث، وقالوا: كأنهما متنافيان. ونحو ذلك ما في «التنقيح^٦ والكفاية^٧» لكنهما حكما فيهما بأنها لا تعتبر من الثلث، ولم نجد ذلك للمصنّف في شيء من كتبه وإنما وجدناه لولده في «شرح الإرشاد^٨».

قوله: «ولا فرق بين أن يكون الموصي مريضاً أو صحيحاً» كما هو في المتن وتنفذ الإجازة إن وقعت بعد الموت إجماعاً، وفي نفوذه قبله قولان.

- (١) التنقيح الرائع: في الموصى به ج ٢ ص ٤٠١.
- (٢) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١١٢.
- (٣) مسالك الأفهام: في متعلّق الوصية ج ٦ ص ١٥٢.
- (٤) المجموع: ج ١٥ ص ٤١٠.
- (٥) الدروس الشرعية: في الموصى به ج ٢ ص ٣٠٢، مسالك الأفهام: في متعلّق الوصية ج ٦ ص ١٥٢.
- (٦) التنقيح الرائع: في الموصى به ج ٢ ص ٤٠١.
- (٧) كفاية الأحكام: في الموصى به ج ٢ ص ٤٣.
- (٨) شرح الإرشاد للنيلي: في الوصية ص ٧٠ س ١٨ (من كتب مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).

صرّحت به عبارات المعظم كما تقدّم^١ وهو قضية إطلاق الباقي، لأنّ الوصية تمليك بعد الموت فلا يختلف الحال بصحة الموصي ومرضه بخلاف التصرف المنجز فإنّه يشترط فيه أن يكون المنجز صحيحاً خالياً عن المرض عند جماعة كثيرين.

قوله: «وتنفذ الإجازة إن وقعت بعد الموت إجماعاً» كما حكي أيضاً في «التلخيص»^٢ والدروس^٣ وجامع المقاصد^٤ وفي «التحرير»^٥ وغاية المراد^٦ والتنقيح^٧ أنّه لا خلاف فيه. وهو - أي نفي الخلاف - قضية كلام الفخر. وستسمع ما يدلّ على ذلك بالأولوية.

قوله: «وفي نفوذه قبله قولان» ومثله في عدم الترجيح «التحرير»^٨ والدروس^٩ وغاية المراد^{١٠} والحواشي^{١١} والمسالك^{١٢}. وفي «المقنعة»^{١٣} والمراسم^{١٤} والسرائر^{١٥} والوسيلة^{١٦} والجامع^{١٧} والإيضاح^{١٨}

(١) تقدّم في ص ٤٣٤.

(٢) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٥.

(٣) الدروس الشرعية: في الموصى به ج ٢ ص ٣٠١.

(٤) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١١٣.

(٥) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤١.

(٦) غاية المراد: في الموصى به ج ٢ ص ٤٨١.

(٧) التنقيح الرائع: في الموصى به ج ٢ ص ٤٠٠.

(٨) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤١.

(٩) الدروس الشرعية: في الموصى به ج ٢ ص ٣٠١.

(١٠) غاية المراد: في الموصى به ج ٢ ص ٤٨١.

(١١) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.

(١٢) مسالك الأفهام: في متعلّق الوصية ج ٦ ص ١٤٩.

(١٣) المقنعة: في الوصية بالثلث ص ٦٧٠.

وشرح الإرشاد^{١٩} «لفخر الإسلام أنها لا تنفذ قبل الموت، فلو أجازوا في حياة الموصي كان لهم الرجوع بعد موت الموصي. قال في «الوسيلة»^{٢٠} وإن رضوا به في حال حياته كان لهم الرجوع بعد وفاته، وقيل: لم يكن لهم ذلك انتهى. وحكى كاشف الرموز^{٢١} عن صاحب «الشرائع» أنه جمع بين قول المفيد ومن وافقه وقول الشيخ ومن وافقه كما ستسمع فقال: متى كانت الورثة أغنياء وأجازوا من دون استدعاء من الموصي فليس لهم الرجوع، ومتى كانوا فقراء ودعاهم الموصي إلى الإجازة فأجازوا استحياء فلهم الرجوع. وفيه مع مخالفته لظاهر أخبار الباب من البعد ما لا يخفى.

والأكثر كما في «الدروس»^{٢٢} وجامع المقاصد^{٢٣} وإيضاح النافع والمسالك^{٢٤} أنها تنفذ قبله وهو الأشهر كما في «الشرائع»^{٢٥} والكفاية^{٢٦} والمشهور كما في «المفاتيح»^{٢٧} والأظهر في فتاوى أصحابنا كما في «إيضاح

-
- (١٤) المراسم: في الوصية ص ٢٠٣.
 (١٥) السرائر: في أحكام الوصية ج ٣ ص ١٨٥.
 (١٦) الوسيلة: في أحكام الوصية ص ٣٧٥.
 (١٧) الجامع للشرائع: في الوصية ص ٤٩٤.
 (١٨) إيضاح الفوائد: في الموصى به ج ٢ ص ٥٠٨.
 (١٩) إرشاد الأذهان: في الوصية ص ٧٠ س ١٧.
 (٢٠) الوسيلة: في أحكام الوصية ص ٣٧٥.
 (٢١) كشف الرموز: في متعلق الوصية ج ٢ ص ٨٤.
 (٢٢) الدروس الشرعية: في الموصى به ج ٢ ص ٣٠١.
 (٢٣) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١١٣.
 (٢٤) مسالك الأفهام: في متعلق الوصية ج ٦ ص ١٤٨.
 (٢٥) شرائع الإسلام: في الموصى به ج ٢ ص ٢٤٥.
 (٢٦) كفاية الأحكام: في الموصى به ج ٢ ص ٤٢.
 (٢٧) مفاتيح الشرائع: في حكم الوصية ج ٣ ص ٢٢٥.

«النافع» وعليه الفتوى كما في «التنقيح»^١ وعامة المتأخرين كما في «الرياض»^٢ وهو المروي كما في «النافع»^٣ والمنقول كما في «الحواشي»^٤.
وقد حكى «كاشف الرموز»^٥ والشهيد في «الدروس»^٦ وغاية المراد^٧ وأبو العباس في «المهذب البارع»^٨ والفاضل القطيفي في «إيضاح النافع»^٩ والمحقق الثاني^{١٠} والشهيد الثاني^{١١} أن الشيخ ادعى عليه الإجماع ولم يدلّونا على الكتاب الذي ادّعاه فيه، ولم نجد^{١٢} مصرّحاً به في شيء من كتبه، بل قال في «المبسوط»^{١٣} وإذا أوصى الرجل بزيادة على الثلث في حال صحته وأجاز الورثة كان صحيحاً عندنا لعموم الأخبار. وقال المخالف: الوصية باطلة وليس للورثة أن تجيز هذه الوصية في حياته فإن إجازته لم يلزم، سواء كان أوصى به في حال صحته أو في حال مرضه، وفيه خلاف. ثم ذكر دليل القائل بعدم اللزوم. ثم قال: وما يدلّ عليه أخبارنا يجوز جميع ذلك في حال الحياة وليس لهم رجوع فيه بعد الوفاة انتهى.

-
- (١) التنقيح الرائع: في الوصية ج ٢ ص ٤٠٠.
 - (٢) رياض المسائل: فيما يعتبر في متعلق الوصية ج ٩ ص ٥١٤.
 - (٣) المختصر النافع: في متعلق الوصية ص ١٦٦.
 - (٤) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.
 - (٥) كشف الرموز: في متعلق الوصية ج ٢ ص ٨٣.
 - (٦) الدروس الشرعية: فيما يعتبر في الموصى به ج ٢ ص ٣٠١.
 - (٧) غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٤٨٢.
 - (٨) المهذب البارع: في متعلق الوصية ج ٣ ص ١٢٤.
 - (٩) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١١٤.
 - (١٠) لم نعثر على حكاية الإجماع من الشيخ في كتب الشهيد الثاني فراجع.
 - (١١) بل موجود في الخلاف: في الوصايا ج ٤ ص ١٤٥ - ١٤٤ المسألة ١٤.
 - (١٢) المبسوط: في الوصية بما زاد على الثلث ج ٤ ص ١٧.

وكيف كان فنفوذها قبل الموت خيرة «النهاية»^١ والمبسوط^٢ وكشف الرموز^٣ والتذكرة^٤ والتلخيص^٥ والتبصرة^٦ والإرشاد^٧ والمختلف^٨ واللمعة^٩ والمقتصر^{١٠} والتنقيح^{١١} والروض^{١٢} والروضة^{١٣} والكفاية^{١٤} والمفاتيح^{١٥} وهو ظاهر «النافع»^{١٦} وكذا «الشرائع»^{١٧} بل هو ظاهر «المهذب»^{١٨} وغيره^{١٩} مما أطلق فيه اعتبارها من دون تقييد بكونها بعد الموت كما هو المحكي^{٢٠} عن ابن أبي عقيل. وقد حكوه^{٢١} عن الصدوق لأنه رواه، ومن الغريب أنه حكاه في «المختلف»^{٢٢} عن

-
- (١) النهاية: في الوصية وما يصح منها ص ٦٠٨.
 (٢) المبسوط: فيما إذا اجازت الورثة ج ٤ ص ١٠.
 (٣) كشف الرموز: في متعلق الوصية ج ٢ ص ٨٤.
 (٤) تذكرة الفقهاء: في الموصى به ج ٢ ص ٤٨١ ص ٣٥.
 (٥) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٤. مركز تحقيق علوم إسلامي
 (٦) تبصرة المتعلمين: في الوصية ص ١٢٨.
 (٧) إرشاد الأذهان: في الموصى به ج ١ ص ٤٥٩.
 (٨) مختلف الشيعة: في إجازة الورثة لما زاد على الثلث ج ٦ ص ٣٤٢.
 (٩) اللمعة الدمشقية: في متعلق الوصية ص ١٧٨.
 (١٠) المقتصر: في الوصايا ص ٢١٨.
 (١١) التنقيح الرائع: في متعلق الوصية ج ٢ ص ٤٠٠.
 (١٢) لا يوجد لدينا الروض ولكن صرح به في حاشية على الإرشاد ضمن غاية المراد: ج ٢ ص ٤٨١.
 (١٣) الروضة البهية: في متعلق الوصية ج ٥ ص ٣٦.
 (١٤) كفاية الأحكام: في الموصى به ج ٢ ص ٤٢.
 (١٥) مفاتيح الشرائع: في حكم لوصية بما زاد على الثلث ج ٣ ص ٢٢٥.
 (١٦) المختصر النافع: في الموصى به ص ١٦٦.
 (١٧) شرائع الإسلام: في الموصى به ج ٢ ص ٢٤٥.
 (١٨) المهذب: فيما يصح من الوصايا وما لا يصح ج ٢ ص ١٠٥.
 (١٩) كتحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٠.
 (٢٠) حكى عنهم العلامة في مختلف: في الوصايا ج ٦ ص ٣٤٢.
 (٢١) حكى عنهم العلامة في مختلف: في الوصايا ج ٦ ص ٣٤٢.

ابن حمزة، وتبعه على هذه النسبة جميع^{٢٣} من تأخر عنه، والموجود في «الوسيلة» ما سمعته^{٢٤} إلا أن يكون ذهب إلى ذلك في «الواسطة».

حجة المشهور ما رواه المشايخ الثلاثة^{٢٥} بطرق متعددة ورواه الكليني والشيخ بطريق حسن بإبراهيم، ورواه الشيخ بطريق صحيح، ورواه الصدوق بثلاثة طرق ما بين صحيح وحسن وموثق عن أبي عبدالله^{عليه السلام} في رجل أوصى بوصية وورثته شهود فأجازوا ذلك، فلما مات الرجل نقضوا الوصية، هل لهم أن يردوا ما أقرّوا به؟ قال: ليس لهم ذلك والوصية جائزة عليهم إذا أقرّوا بها في حياته. وفي الموثق^{٢٦} عن منصور بن حازم قال: سألت أبا عبدالله عن رجل أوصى بوصية أكثر من الثلث وورثته شهود فأجازوا ذلك له؟ قال: جائز. قال ابن رباط: وهذا عندي على أنهم رضوا بذلك في حياته وأقرّوا به. وهو سالم عن المعارض من الأخبار معتضد بعمومات ما دلّ على وجوب إمضاء الوصية وكون الإرث بعدها وبالشهرات وبما يظهر من الإجماعات. وإن صحّ النقل عن الشيخ ففيه بلاغ. ثم لا مانع إلا حقّ الورثة فإذا أجازوا فقد أسقطوه، وأنّ المال الموصى به إمّا ملك الموصي أو الورثة، فالأوّل إن برئ والثاني إن مات فإن كان الثاني فقد أجازوه.

وحجة المفيد أنّ الورثة أسقطوا حقوقهم فيما لم يملكوه فكانوا كالمرأة إذا

(٢٢) حكى عنهم العلامة في مختلف: في الوصايا ج ٦ ص ٣٤٢.

(٢٣) منهم المحقّق الكركي في جامع المقاصد: ج ١٠ ص ١١٣، وابن الفهد في المهذب البار: ج

٣ ص ١٢٢، والطباطبائي في رياض المسائل: ج ٩ ص ٥١٤.

(٢٤) تقدّم في ص ٤٥٢ برقم ٢٧.

(٢٥) الكافي: ج ٧ ص ١٢ ح ١، من لا يحضره الفقيه: ج ٤ ص ٢٠٠ ح ٥٤٦١، تهذيب الأحكام

ج ٩ ص ١٩٣ ح ٧٧٨، وسائل: ب ١٣ من أبواب أحكام الوصايا ح ١ ج ١٣ ص ٣٧١.

(٢٦) الكافي: ج ٧ ص ١٢ ذ ح ١، من لا يحضره الفقيه: ج ٤ ص ٢٠٠ ذ ح ٥٤٦١، تهذيب

الأحكام: ج ٩ ص ١٩٣ ح ٧٧٦، والوسائل: ب ١٣ من أبواب أحكام الوصايا ح ٢ ج ١٣ ص ٣٧٢.

أسقطت صداقها قبل العقد والشفيع إذا أسقط حقّه قبل البيع بل كالأجنبي وأنهم في حالة لا يصحّ فيها ردّهم الوصيّة بل يلزمهم إذا أجازوها بعده فلا تصحّ إجازتهم. وفيه: مع أنّه يشبه أن يكون اجتهداً في مقابلة النصّ ما أجاب به في «المختلف»^(١) من أن حقّ الورثة بالمال وإلّا لم يمنع المريض من التصرف فيه، وبالفرق بين الردّ والإجازة فلم يعتبروا الردّ حال حياة الموصي، لأنّ استمرار الوصيّة يجري مجرى تجددّها حالاً فحالاً، بخلاف الإجازة فإنّ الدوام يؤكّدها. والحاصل أنّ الردّ لَمّا لم يكن مانعاً من إنشاء الوصيّة لم يكن معتبراً، بخلاف الإجازة فإنّها إسقاط لحقّ قد ثبت، ودليل الثبوت ما سبق ولا يتوقّف الثبوت على حصول المالك. والحاصل في الحاصل أنّه يكفي في الإجازة مشاركة الاستحقاق فكانت كالإبراء من الدين المؤجل وإن لم يستحقّه المبرئ في الحال ففارق الأجنبي، والردّ إنّما يكون فيما إذا استحقّ في الحال وهو استحقاق خاصّ، وذلك لا يستلزم نفي مطلق الاستحقاق المعتبر في الإجازة والأصل في ذلك الخبر. هذا وهنا أمران:

الأول: أنّ الظاهر من السؤال في أخبار الباب ومن معظم عبارات الأصحاب أنّ الكلام في وصيّة المريض بل هو صريح بعض العبارات. وأمّا وصيّة الصحيح فالمستفاد من إطلاق أخبار الباب كما سمعته عن المبسوط مع قطع النظر عن التبادر وإن كان تأثير الإجازة حال الصّحة لكنّ المستفاد من قولهم: إنّ الوارث بالإجازة أسقط حقّه، وأنّ إجازته لا تؤثر، إذ لا حقّ للوارث حال صّحة الموصي ولا تصحّ الإجازة إلّا من جائز التصرف فلا تنفذ إجازة المجنون والصبي والسفيه

والمفهوم

(١) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٤٢.

وتأثيرها حال المرض. وفي «المبسوط»^١ والسرائر^٢ والتحرير^٣ والمسالك^٤ تعميم الحكم في الوصية للإجازة للوصية حال الصحة والمرض، وعموم الرواية الحاصل من ترك الاستفصال يتناوله إلا أن تقول إن ظاهر السؤال أنه حال المرض كما عرفت. وفي «جامع المقاصد»^٥ أن التعميم لا يخلو من إشكال. الثاني: هل للورثة الرجوع في حال الحياة وإن كان الموصي مريضاً؟ قال في «إيضاح النافع» لم أقف فيه على نص وظاهر الفتوى عدم جوازه. وقد يفهم من الرواية ما يدل عليه فليتأمل انتهى. والأمر كما قال في الأمرين معاً.

[في إجازة الجنون والصبي والسفيه والمفلّس]

قوله: «ولا تصح الإجازة إلا من جاز التصرف، فلا تنفذ إجازة المجنون والصبي والسفيه» هذا قد صرح به جماعة^٦ وتركه آخرون لظهوره، لأن الإجازة تنفيذ التصرف في المال، وهو ممتنع ممن ذكر ويأتي في المفلّس ما يقضي بعدم الفرق بينه وبين السفيه. وكذلك الحال في الأجنبي، لأنه غير وارث. وتصح من المفلّس.

-
- (١) المبسوط، في متعلق الوصية ج ٤ ص ١٧.
 - (٢) السرائر: في أحكام الوصية ج ٣ ص ١٨٥.
 - (٣) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤١.
 - (٤) مسالك الأفهام: في متعلق الوصية ج ٦ ص ١٤٩.
 - (٥) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١١٥.
 - (٦) منهم العلامة في التحرير: ج ٣ ص ٣٤٢، والمحقق الثاني في جامع المقاصد: ج ١٠ ص ١١٥، والسيد الطباطبائي في الرياض: ج ٩ ص ٥١٥.

قوله: «وتصحّ من المفلس» كما في «التحرير»^١ وجامع المقاصد^٢ وقد يقال^٣ إنه خيرة كل من أجاز وصيته فتأمل. وبين صحة إجازته في «التذكرة»^٤ على أنها تنفيذ، قال: إن قلنا إنها تنفيذ صحّت إجازته وإن قلنا إنها هبة لم تصحّ، لأنّه ليس له هبة ماله. وأنت خير بأنّه إن أجاز في حال حياة الموصي سواء كانت حالة مرض أو صحة نفذت على الاحتمالين، لأنّه حينئذ لم يملك شيئاً حتّى تتعلّق حقوق الغرماء به، بل إذا قلنا إنّ قبول الوصية كاشف عن تملك الموصي له بالموت نفذت أيضاً، لأنّ الإجازة والقبول يكشفان عن أنّ المفلس لم يملك شيئاً أيضاً، وإن قلنا إنّ القبول جزء السبب تمّ ما ذكره إذا وقعت بعد الموت، لأنّ الوارث قد ملك ويكون بالإجازة قد تصرف في المال الذي تعلّقت به حقوق الغرماء، فلا يتمّ أيضاً على القول بأنها تنفيذ فليتأمل.

ومنه يظهر لك ما في «الروضة»^٥ حيث قال: ولو كانت الإجازة بعد الموت ففي صحّتها وجهان مبناهما على أنّ التركة هل تنتقل إلى الوارث وبالإجازة تنتقل عنه إلى الموصي له أم تكون الإجازة كاشفة عن سبق ملكه من حين الموت. وعلى الأوّل لا تنفذ لتعلّق حقّ الغرماء بالتركة قبل الإجازة، وعلى الثاني يحتمل الأمرين انتهى. وقد تبعه على ذلك كلّ صاحب «الرياض»^٦ ومراده بالأمرين النفوذ ويعتبر الثلث وقت الوفاة لا الوصية

لـ

(١) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٢.

(٢) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١١٥.

(٣) لم نعثر على قائله.

(٤) تذكرة الفقهاء: في شرط الإجازة والرّد ج ٢ ص ٤٨٢ س ٣٨.

(٥) الروضة البهية: في الموصى به ج ٥ ص ٣٧.

(٦) رياض المسائل: في الموصى به ج ٩ ص ٥١٥.

وعدمه بناء على أن الإجازة كاشفة عن انتقال الملك عن الموصى أو من المجيز إليه عند الموت. ثم قال في «الروضة»: إنَّ النفوذ أوجه. وكيف كان فجميع ما ذكر فيه جار في السفية، لأنه لا ملك له حين الحياة أيضاً وإجازته إنما هي تنفيذ التصرف وتنفيذه لتصرف الغير في ماله ليس تصرفاً مالياً حتى يكون ممنوعاً منه، كما لو كان وكيلاً للبيع وغيره. فلا وجه لإفراد السفية في المنع دون المفلس من هذه الجهة.

[في اعتبار الثلث وقت الوفاة]

قوله: «ويعتبر الثلث وقت الوفاة لا الوصية» كما صرح به في «الخلاص» والسرائر^٢ والشرائع^٣ والتذكرة^٤ والتحرير^٥ والإرشاد^٦ والتلخيص^٧ والدروس^٨ واللمعة^٩ والكفاية^{١٠} وفي «المفاتيح»^{١١} أنه المشهور، وفي «الخلاص»^{١٢} أنه مجمع

-
- (١) الخلاص: في الوصية بالثلث ج ٤ ص ١٦٦.
 - (٢) السرائر: ما يصح من الوصية وما لا يصح ج ٣ ص ٢٠٤.
 - (٣) شرائع الإسلام: في الموصى به ج ٢ ص ٢٤٦.
 - (٤) تذكرة الفقهاء: في كيفية تنفيذ تصرفات المريض ج ٢ ص ٥٢٠ س ٤٢.
 - (٥) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٣.
 - (٦) إرشاد الأذهان: في الموصى به ج ١ ص ٤٥٩.
 - (٧) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٥.
 - (٨) الدروس الشرعية: ما يعتبر في الموصى به ج ٢ ص ٣٠٢.
 - (٩) اللمعة الدمشقية: في الموصى به ص ١٧٨.
 - (١٠) كفاية الأحكام: في الموصى به ج ٢ ص ٤٣.
 - (١١) مفاتيح الشرائع: في حكم الوصية بالثلث ج ٣ ص ٢٢٥.
 - (١٢) الخلاص: في الوصية بالثلث ج ٤ ص ١٦٦.

عليه. وزاد في «الدروس^١» أنه لا يعتبر ما بينهما ولا ما بعد الوفاة، لأنه الوقت الذي تنتقل فيه التركة إلى الوارث.

وقد أورد على الكتاب في «جامع المقاصد^٢» أنه ربما تلف بعض التركة بعد الموت وقبل قبض الوارث إياها فلا يجب ذلك على الوارث ويصير الثلث أقل، وربما تجدد بعد الموت دية نفس أو طرف بصلح ونحوه فيصير أكثر، فلا يستقيم التقييد بقوله عند الموت بل يقيّد بوقت قبض الوارث التركة وأخذ دية النفس والطرف وقبوله الوصية لمورثه إذا مات بعد موت الموصي الأول بناء على أن القبول كاشف انتهى. وقد أورد مثل ذلك في «الروضة^٣ والمسالك^٤» وقالوا معاً في الكتب الثلاثة ما حاصله: إن هذا إنما يشتمل على إشكال لو كانت الوصية بمقدار معين كمائة دينار أو بشيء معين كدار معينة أو شقص منها أو كانت بجزء مشاع من التركة كالثلث وكانت التركة حين الوصية أزيد منها حين الوفاة، أما لو انعكس أشكل اعتبارها عند الوفاة مع عدم العلم بإرادة الموصي للزيادة المتجددة لأصالة عدم التعلق وشهادة الحال بأن الموصي لا يريد ثلث المتجدد حيث لا يكون تجددّه متوقعاً غالباً خصوصاً مع زيادته كثيراً. قلت: كما إذا قتل عمداً وتراضوا على الدية وكما إذا قتل خطأ واستحق دية وقال في «جامع المقاصد^٥» إنه قد تقدم الإشكال فيما لو أوصى لأقرب الناس إليه وله ابن وابن ابن فمات الابن فإن استحقاق ابن الابن لا يخلو من تردد. وقال: إنه قد يتوقف في العمد من حيث

(١) الدروس الشرعية: ما يعتبر في الموصى به ج ٢ ص ٣٠٢.

(٢) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١١٦.

(٣) الروضة البهية: في متعلق الوصية ج ٥ ص ٣٧ - ٣٨.

(٤) مسالك الأفهام: في متعلق الوصية ج ٦ ص ١٥٣.

(٥) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١١٦.

تجدد ثبوته بعد الموت وقال في «الكفاية»^١ يشكل الحكم على المشهور بين الأصحاب من أن الواجب القصاص والدية إنما تثبت صلحاً.

ونحن نقول: لا وجه للتأمل في إطلاقهم بعد إطباقهم عليه مع عدم وجود خلاف فيه وحكاية الإجماع عليه في «الخلاف». ومنه يعلم قوله في «المفاتيح»^٢ إنه المشهور إلا أن تقول نظره إلى خلاف المحقق الثاني والشهيد الثاني، بل في «الكفاية»^٣ أن ظاهر صحيحة^٤ أحمد بن محمد وغيرها تدل عليه. وقد اعتذرنا عما أورده فيما سلف بأن كلام الأصحاب والأخبار مبنيان على الغالب. ويمكن توجيه كلام الأصحاب بوجه آخر، وهو بأن الغرض نفي اعتبار وقت الوصية كما يذهب إليه بعض الشافعية^٥ كما أشار إليه المصنف بقوله: لا الوصية، فكأنهم قالوا: لا اعتبار بوقت الوصية وإنما الاعتبار بوقت الوفاة وما بعدها، فتتصرف المواخذه في كلام «الدروس» حيث قال: - كما سمعت - ولا بعدها إلا أن تقول: إن دية الخطأ ودية العمد ليستا مما تثبت بعد الوفاة. أمّا دية الخطأ فالأمر فيها واضح وقال أمير المؤمنين (عليه السلام) في خبر السكوني: من أوصى بثلاثة ثم قتل خطأ فإن ثلث ديته داخل في وصيته. وأمّا دية العمد فإنها عوض القصاص الذي هو موروث وعوض الموروث موروث. فيبقى كلام الأصحاب على ظاهره ويندفع عنه الإيراد ولا حاجة بنا حينئذٍ إلى التوجهين. وأمّا ما يقع في شبكته فلمكان وجود سببه قبل الوفاة. ومنه يعرف الحال فيما إذا مات الموصى له الأول فتأمل.

(١) كفاية الأحكام، في الموصى به ج ٢ ص ٤٣.

(٢) مفاتيح الشرائع، في حكم الوصية بالثلث ج ٣ ص ٢٢٥.

(٣) كفاية الأحكام، في الموصى به ج ٢ ص ٤٣.

(٤) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب الوصايا ج ١ ص ١٣ و ٣٦٤ و ٣٦٥.

(٥) المجموع، في الوصايا ج ١٥ ص ٤١٢ - ٤١٣، ومغني المحتاج، في الوصية ج ٣ ص ٤٧.

(٦) وسائل الشيعة: ب ١٤ من أبواب الوصايا ج ٢ ص ١٣ و ٣٧٣.

وأما ما أورده من جهة النقيصة فالأمر فيه سهل، وذلك بأن يقال: إنَّ المراد حيث يستقرّ ملك الوارث ويحصل في يده، بل ما تلف قبل ذلك ليس محسوباً من التركة. ثمَّ إنَّ قضية كلاميهما أنَّ التركة لو تلفت أو بعضها قبل القبض إذا كان قد أوصى بدار معيّنة مثلاً أنَّها تحسب على الوارث وليس كذلك قطعاً كما يأتي. ثمَّ إنَّه لم يستشكل أحد غيره فيما إذا أوصى لأقرب الناس إليه وقلنا هناك^١: إنَّه يستحقّ الوصية ابن الابن وقلنا إنَّ النظر في غير محلّه، ويأتي له أنَّ القول باستحقاق ابن الابن لا يخلو من قوّة وكون ذلك فيما يأتي^٢ فيما إذا قال: أعطوه عبداً من عبيدي ولا عبيد له.

ولم يفرّق أحد منّا هنا بين دية الخطأ والعمد سوى ما قد توهّمه كلام ابن إدريس^٣ في باب قضاء الدين عن الميّت، وهو اجتهاد في مقابلة النصّ وإن كان قد تأوّل خبر يحيى الأزرق^٤ وخبر عبد الحميد بن سعيد^٥ لما رآهما نصّين في العمد فحملهما على العمد شبه الخطأ ومثلهما خبر إسحاق بن عمار^٦ في الصراحة، مضافاً إلى عمومي خبرين^٧ المستفادين من ترك الاستفصال وإطلاق جملة من الفتاوى. وقد أسبغنا الكلام في ذلك في باب الوارث^٨ وحكيينا الإجماعات والأخبار على أنَّ الديتين تخرج منهما الوصايا والدين، ولا قائل بالفرق أيضاً بين

(١) تقدّم في ص ٤١٥.

(٢) يأتي في ص ٤٨٦.

(٣) السرائر: باب قضاء الدين عن الميّت ج ٢ ص ٤٩ - ٥٠.

(٤ و ٥) وسائل الشيعة: ب ٢٤ من أبواب الدين ح ١ رذيله ج ١٣ ص ٢١٢.

(٦) وسائل الشيعة: ب ١٤ من أبواب الوارث ح ١ ج ١٧ ص ٣٩٧.

(٧) وسائل الشيعة: ب ٢١ من أبواب الوصايا ح ١ ج ١٣ ص ٤١١، وب ١٤ ح ٣ ص ٣٧٣.

(٨) تقدّم في مفتاح الكرامة: في أنَّ الدية في حكم مال الميّت ج ٨ ص ٥١.

الوصايا والدين، وأسبغنا الكلام أيضاً في باب القصاص^١ وذكرنا هناك كلامه فيه وفي باب الميراث^٢ وباب الوصايا وباب الديون^٣ وباب الرهون^٤ وباب الحجر^٥ من أن الدية إذا أخذت عن عمد أو خطأ قضيت منها الديون ونفذت الوصايا وحررنا المسألة أكمل تحرير. ومع ذلك سيجيء^٦ للمصنف وولده التأمل في ما إذا قال أعطوه عبداً من عبيدي ولا عبيد له ثم تجدد له قبل الموت فإنه وولده احتمل الصلحة والمنع.

وأما ما يجيء عليه بعد الموت ممّا يوجب دية أو نحوها، كما إذا قطع رأسه وهو ميت فإن فيه مائة دينار، فقد قلنا إنه يكون في حكم ماله ولا تعلق للوارث به بل يخرج في وجوه البر، وإن كان هناك دين فهو أولى به.

وقد ظهر بذلك كله أنه لا حاجة إلى قوله في «جامع المقاصد»^٧ بل يقتد بوقت قبض الوارث ... إلى آخره، ولا إلى قوله في «الروضة»^٨ الأقوى اعتبار أقلّ الأمرين من حين الوفاة إلى حين القبض، ولا إلى قوله في «المسالك»^٩ ينبغي اعتبار الأقلّ إلى حين القبض فيما إذا نقصت والأكثر فيما إذا زادت. ولا يعجبني قوله في «الكفاية»^{١٠} يشكل الحكم على المشهور ... إلى آخره، إذ لا خلاف إلا

(١) يأتي في المجلد العاشر في تعليقات على باب القصاص ج ١٠ ص ١٠٨ - ١٠٩.

(٢) تقدّم في مفتاح الكرامة: في أن الدية في حكم مال الميت ج ٨ ص ٥١.

(٣) لم نعثر عليه في مبحث الديون فراجع.

(٤) تقدّم في مفتاح الكرامة: ج ١٥ ص ٣٢٤ - ٣٣٨ (طبع جديد).

(٥) تقدّم ج ١٦ ص ٢٢٧ - ٢٣٠ (طبع جديد).

(٦) يأتي في ص ٤٨٦ من الكتاب.

(٧) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٠٩.

(٨) الروضة البهية: في متعلق الوصية ج ٥ ص ٣٨.

(٩) مسالك الأفهام: في متعلق الوصية ج ٦ ص ١٥٣.

(١٠) كفاية الأحكام: في الموصى به ج ٢ ص ٤٣.

سواء كانت الوصية بمعين أو بجزء مشاع أو لا، فلو أوصى الغني ثم افتقر والفقير ثم استغنى فالحكم بحالة الموت ولو قتل خطأ واستحق أرشاً خرجت الوصية من ثلث تركته وثلث ديته وأرشه. وكذا العمد إذا تراضوا بالدية.

من أبي علي^١ حيث قال: الواجب أحد الأمرين القصاص أو الدية وفاقاً للشافعي^٢. وقد يظهر ذلك من كلام العماني^٣، والأكثر لم ينسبوا إليه خلافاً، والمسألة كادت تكون ضرورية.

قوله: «سواء كانت الوصية بمعين أو بجزء مشاع أو لا» قد تقدم^٤ بيان ذلك وقلنا لا فرق في الجزء المشاع بين أن يكون أوصى به وهو غني ثم افتقر أو كان فقيراً وكان ماله قليلاً ثم زاد لمكان أخذ ديته في الخطأ والصلح عليها في العمد وإن تأمل في الثاني المحقق الثاني والشهيد الثاني.

قوله: «فلو أوصى الغني ثم افتقر والفقير ثم استغنى فالحكم بحالة الموت» كما صرح بذلك في «الشرائع»^٥ والتذكرة^٦ والتحرير^٧ وكذا «التلخيص» سواء على الموصي بما يتجدد له أو لا.

قوله: «ولو قتل خطأ واستحق أرشاً خرجت الوصية من ثلث

(١) نقله عنها الشهيد في غاية المراد: في قتل العمد ج ٤ ص ٣١٧.

(٢) الحاوي الكبير: ج ١٢ ص ٩٧.

(٣) نقله عنها الشهيد في غاية المراد: في قتل العمد ج ٤ ص ٣١٧.

(٤) تقدم في ص ٤٠٢.

(٥) شرائع الإسلام: في الموصي به ج ٢ ص ٢٤٦.

(٦) تذكرة الفقهاء: فيما أوصى بالمضاربة ج ٢ ص ٥٢١ سطر أول.

(٧) تذكرة الفقهاء: في الموصي به ج ٣ ص ٣٤٣.

ولو أوصى بالمضاربة بتركته أجمع على أن نصف الربح للوارث
صح.

تركته وثلاث ديتته وأرشه، وكذا العمد إذا تراضوا بالدية^١ كما سمعت آنفاً
ما حكيناه وأشرنا إليه من الأخبار وكلام الأصحاب.

[في الوصية بالمضاربة بتركته]

قوله: «ولو أوصى بالمضاربة بتركته أجمع على أن نصف الربح
للوارث صح» إطلاقه يتناول الوارث الصغير والكبير وما إذا كانت الحصة من
الربح بقدر أجرة المثل لعمله أو زائدة عليها وما إذا كان الوصي هو العامل أو غيره
بأمره. وذلك كله قضية إطلاق «الشرائع»^٢ والتذكرة^٣ والإرشاد^٤ والتحرير^٥ مع
تأمل في الأخير وبعدم الفرق بين الصغار والكبار صرح في «الرياض»^٥ وفي
«المسالك»: أن أكثر الجماعة أطلقوا الصحة في الورثة الشامل للمكلفين. وشمل
إطلاقهم وإطلاق الروايتين ما إذا كان الربح بقدر أجرة المثل وما إذا كان زائداً
عليها بقدر الثلث أو أكثر انتهى. وقال قبل ذلك: إن خيرة الشرائع هو المشهور^٦.
وفي «الكفاية» أن المشهور لم يعتبروا كون الأولاد صغاراً^٧ انتهى. وقد قال في

(١) شرائع الإسلام: في الموصى به ج ٢ ص ٢٤٦.

(٢) تذكرة الفقهاء: فيما أوصى بالمضاربة ج ٢ ص ٥٢١ سطر أول.

(٣) إرشاد الأذهان: فيما لو أوصى بالمضاربة ج ١ ص ٤٦٠.

(٤) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٣.

(٥) رياض المسائل: في متعلق الوصية ج ٩ ص ٥١٦.

(٦) مسالك الأفهام: في متعلق الوصية ج ٦ ص ١٥٤ - ١٥٥.

(٧) كفاية الأحكام: في الموصى به ج ٢ ص ٤٤.

مضاربة الكتاب؛ لو شرط المريض للعامل ما يزيد عن أجره المثل لم يحتسب الزائد من الثلث، إذ المقيّد بالثلث التفويت وليس حاصلًا هنا، لانتفاء الربح حينئذٍ^١. وهو مطلق بالنسبة إلى الأمر الأوّل والثالث، ومصرّح فيه بالأمر الثاني. وقد حكينا نحو عبارة الكتاب هناك^٢ عن «المبسوط»^٣ والتذكرة^٤ والشرائع^٥ والإرشاد^٦ وجامع المقاصد^٧ والروض^٨ والمسالك^٩ ومجمع البرهان^{١٠} «وقلنا: إنّ ظاهر الأخير أو صريحه أنّه لا خلاف فيه».

ونحن نقول: إنّ إطلاقهم في البابين وإن كان يتبادر منه بادئ بدء ما يشمل المكلفين لكنّ الظاهر عند التأمل أنّ المراد الأولاد الصغار كما هو صريح بعض الأخبار والظاهر من البعض الآخر ومن عبارة «النهاية» التي هي الأصل في المسألة، لأنّ الوصيّة بغير الصغار غير صحيحة أو تكون موقوفة على إجازتهم. قال الشيخ في «النهاية»: وإذا أمر الموصي الوصي بأن يتصرّف في تركته لورثته ويتجرّ لهم بها ويأخذ نصف الربح كان ذلك جائزاً وحلال له نصف الربح^{١١}. وقد

-
- (١) قواعد الأحكام: في أركان القراض ج ٢ ص ٣٣٣.
 (٢) مفتاح الكرامة: ج ٧ في القراض ص ٤٣٦ س ٢٣.
 (٣) المبسوط: فيما إذا دفع في مرضه قراضاً ج ٣ ص ١٨٦.
 (٤) تذكرة الفقهاء: فيما لو قارض المريض ج ٢ ص ٢٣٠ س ٩.
 (٥) شرائع الإسلام: في القراض ج ٢ ص ١٤١.
 (٦) إرشاد الأذهان: في المضاربة ج ١ ص ٤٣٦.
 (٧) جامع المقاصد: فيما لو قارض المريض ج ٨ ص ٦٤.
 (٨) لا يوجد لدينا لكنّه يستفاد من حاشية الإرشاد للشهيد الثاني (غاية المراد: ج ٢ ص ٣٦٣).
 (٩) مسالك الأفهام: فيما لو دفع قراضاً في المرض ج ٤ ص ٣٧٠.
 (١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام المضاربة ج ١٠ ص ٢٣٠ - ٢٣١.
 (١١) النهاية: في باب الأوصياء ص ٦٠٨.

تبعه على ذلك القاضي^١، واختاره المصنّف في «المختلف»^٢ وظاهر «النهاية» أنّ العامل الوصي وأنّ الورثة أولاد صغار وهو الظاهر من «الفقيه»^٣ من عنوانه ومن إيراد الخبرين، واستوضح ذلك ممّا قاله في «الدروس» روى محمّد بن مسلم جواز تفويض المضاربة إلى الوصي على نصف الربح مع صغر الأولاد، وبها قال الجماعة^٤ انتهى.

وقد اقتفاه أبو العباس، قال في «المهذّب البارع»: هذه المسألة يوردها المصنّفون في المضاربة والوصيّة، وموضوعها في كتب الفقه والنصّ هو أن ينصب الإنسان على أطفاله وصيّاً ويأذن له في الاتّجار بمالهم إلى آخره، ثمّ قال: إنّه المشهور^٥، فيكون نزل تلك الإطلاقات على ذلك. وقال: إنّ ألفاظ الفقهاء تختلف في التعبير عنها، وحكى بعض عباراتهم في المضاربة، وبعضاً في الباب وظاهره قصر الحكم على خصوص الفرض الذي ذكره، وأنّ ما عداه تعدّد، لأنّه قال أيضاً: وموضوعها ما قدمناه من كون العامل هو الوصي والورثة أطفال، وإن أردت التفريع عليها بتعديتها عن هذه الصورة إلى غيرها فهو في فروع وذكر فروعاً. وفي «النافع» تصحّ المضاربة بمال ولده الصغار^٦، وهو خيرة «المسالك»^٧ والكفاية^٨، وفي

(١) المهذّب: في باب الأوصياء ج ٢ ص ١١٨.

(٢) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٩٨.

(٣) من لا يحضره الفقيه: باب الرجل يوصى إلى رجل ... ج ٤ ص ٢٢٧.

(٤) الدروس الشرعية: في الوصيّة بالمضاربة ج ٢ ص ٣٢٧.

(٥) المهذّب البارع: في صحّة الوصيّة بالمضاربة ج ٣ ص ١٢٤ - ١٢٨، وفي ج ٢ في المضاربة ص ٥٥٥.

(٦) المختصر النافع: في الوصايا ص ١٦٦.

(٧) مسالك الأفهام: في متعلّق الوصيّة ج ٦ ص ١٥٤.

(٨) كفاية الأحكام: في الموصى به ج ٢ ص ٤٤.

«التنقيح»^١ أنه لا شك فيه.

وقد نسب في «جامع المقاصد»^٢ ما في الكتاب إلى الشيخ في النهاية وجمع من الأصحاب، مع أنه قال: إن إطلاق الكتاب يتناول الأمور الثلاثة، وقد سمعت ما في النهاية.

وقد نسب صاحب «الرياض» ما في النافع إلى النهاية والقاضي وأكثر المتأخرين بل عامتهم وقال: إن الشهرة بذلك عظيمة^٣. فظاهره أنهم مصرّحون بذلك، وقد عرفت أن ظاهر «النهاية» أن الوصي هو العامل، ولا تصريح فيها بالأولاد الصغار، وقد سمعت كلام المتأخرين، على أن القائل بالصحة في البابين ثمانية من أصحابنا أو تسعة فلم يكن هناك شهرة عظيمة. ثم إن المصنّف في «التحرير»^٤ والمحقّق الثاني^٥ متردّدان في المسألة، وهو الظاهر من «الدروس»^٦ كما أن جماعة من المتأخرين لم يتعرّضوا له كصاحب «الجامع وكاشف الرموز» والمصنّف في جملة من كتبه وفخر الإسلام والشهيد في اللمعة وصاحب إيضاح النافع والكاشاني، كما أن ظاهر الشهيد في «الحواشي»^٧ والمقداد في «التنقيح»^٨ المخالفة، بل الظاهر من السعيد عميد الدين أنه مخالف كما ستعرف، فأين قوله: عامتهم.

(١) التنقيح الرائع: في الوصية بالمضاربة ج ٢ ص ٤٠٣.

(٢) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١١٧.

(٣) رياض المسائل: فيما يعتبر في متعلّق الوصية ج ٩ ص ٥١٦ - ٥١٧.

(٤) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٣.

(٥) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١١٩.

(٦) الدروس الشرعية: في الوصية بالمضاربة ج ٢ ص ٣٢٧.

(٧) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.

(٨) التنقيح الرائع: في متعلّق الوصية ج ٢ ص ٤٠٣ - ٤٠٤.

وفي «السرائر»: أن فيما في النهاية والرواية نظراً. وقال: لا تنفذ الوصية إلا في ثلث ما كان يملكه الميت قبل موته والربح يتجدد بعد موته فكيف تنفذ وصيته فيه^١ والجماعة حكوا عنه أنه يشترط في الصحة مطلقاً كون المال بقدر الثلث فما دون، وبين الحكايتين فرق دقيق وإن كان ما قالوه صحيحاً، والذي دعاهم إلى ذلك عبارة «الشرائع» وستسمعها وما عليها، ثم إنه يرد على ابن إدريس أنه تجوز الوصية بما تحمله الدابة وبالمنافع المتجددة.

وقال في «التنقيح»: الوصية بالمضاربة إن كان فيها نوع محاباة فالزائد على المعتاد يكون من الثلث، كما أنه لو كانت العادة أن الحصة في مثل تلك التجارة وفي مثل ذلك المال تكون بالربح مثلاً وأوصى الميت بالنصف فإن الزائد يكون من الثلث، وإن لم يكن فيها محاباة كانت جائزة مطلقاً، إذ لا ضرر على الورثة في ذلك، والربح حصل بعمل الوصي فليس مخرجاً من التركة حتى يكون معتبراً من الثلث مطلقاً^٢ انتهى. وهو غير ما حكى عنه في «جامع المقاصد»^٣ والمسالك^٤ والرياض^٥ من أن المحاباة بالنسبة إلى أجرة المثل محسوبة من الثلث، وعلى كل حال ففيه: أن الربح ليس من مال الموصي ولا من نمائه، وقال في «التنقيح» أيضاً: إذا كان الأولاد غير صغار يراعى الثلث في قدر رأس المال أو في قدر المحصول فأيهما اتفق من الثلث كان جائزاً^٦ انتهى.

وليعلم أن السيّد عميد الدين والشهيد في الحواشي نظرا إلى ما حكاه في

(١) السرائر: في صفات الوصي وأحكامه ج ٣ ص ١٩٢.

(٢) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٩١.

(٣) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١١٩.

(٤) مسالك الأفهام: في متعلق الوصية ج ٦ ص ١٥٧.

(٥) رياض المسائل: في متعلق الوصية ج ٩ ص ٥١٨.

(٦) التنقيح الرائع: في الوصية بالمضاربة ج ٢ ص ٤٠٤.

«الشرائع» حيث قال: ولو أوصى إلى إنسان بالمضاربة في تركته أو بعضها على أن الربح بينه وبين ورثته نصفان صح، وربما اشترط كونه قدر الثلث فأقل، والأول مروى^١ انتهى. ولا ريب أنه أشار بقوله: وربما اشترط ... إلى آخره، إلى ابن إدريس، وقد عرفت أن غرض ابن إدريس أن الربح ليس ممّا يملكه الميّت فلا تنفذ وصيّته فيه، وإنما تنفذ الوصية في ثلث ما يملكه الميّت، وقد بيّن بذلك الواقع عنده، وليس غرضه أنه لا تنفذ وصيّته إلا فيما إذا أوصى بأن يضارب بثلث ماله، كما تعطيه عبارة المحقق والجماعة تبعاً له. وقد قال الشهيد: إن الضمير في «كونه» يقوى عوده إلى المال الذي هو بعض التركة، ويمكن عوده إلى الربح على بعد. وقال عميد الدين على ما حكى عنه الشهيد^٢: إن كان قولهم: لا يتقدّر بالثلث، راجعاً إلى الربح المتوقع الحصول فصحيح، وإن كان راجعاً إلى رأس المال فمشكل، بل ينبغي فيه التفصيل بأن يقال: إن أوصى بمال مضاربة، فإن كان ذلك يجري مجرى الإيصاء بمنفعة بعض الأعيان فأما أن يكون بقدر الثلث أو أنقص أو أزيد، والأولان لا إشكال فيهما، وإن كان زائداً فلا بد أن يقتضي ذلك دخول النقص على الورثة، فإن بلغ النقص أزيد من الثلث تسلط الوارث على الزائد انتهى فتأمل فيه. وقال أيضاً: وهنا تفصيل آخر وهو أن يقال: إن ما يوصى بذلك دائماً أو وقتاً معيّناً أو يطلق، وفي الأخير تكفي المرّة، والأولان يقيّدان بالثلث انتهى. وهو كالأول كما ترى. وأنت خبير بأنه لا حاجة إلى الاحتمالين، لأنّ المشترط ابن إدريس في «السرائر» لأنه بعد أن نقل عبارة النهاية التي هي صريحة في الربح قال ما حكيناه عنه آنفاً الذي هو نصّ في أن الربح لا تنفذ الوصية فيه كما عرفت كما أن

(١) شرائع الإسلام: في الموصى به ج ٢ ص ٢٤٦.

(٢) لم نعثر عليه.

كلامهم جميعاً بين نصّ فيه وظاهر وكان الأولى أن لا تنقل كلام هذين الفاضلين لكن وضع الكتاب أن نذكر فيه جميع ما نجده من كلام الأصحاب.

وأما أخبار الباب فقد روى محمّد بن يعقوب عن أحمد بن محمّد العاصمي عن علي بن الحسن الميثمي عن الحسن بن علي بن يوسف عن مثنى بن الوليد عن محمّد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم، وأذن له عند الوصيّة أن يعمل بالمال، وأن يكون الربيع بينه وبينهم؟ فقال: لا بأس به من أجل أنّ أباه قد أذن له في ذلك وهو حيّ^١. وروى الشيخ بإسناده عن أحمد بن محمّد بن مثنى^٢. وروى علي بن الحسين بإسناده عن محمّد بن يعقوب مثله^٣ وقد روى المشايخ الثلاثة في الصحيح عن خالد بن بكر الطويل قال: دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال: يا بنيّ اقبط مال إخوتك الصغار واعمل به وخذ نصف الربيع وأعطهم النصف وليس عليك ضمان فقدّمتني أمّ ولد أبي بعد وفاة أبي إلى ابن أبي ليلى فقالت له: إنّ هذا يأكل أموال ولدي، قال: فاقترضت عليه ما أمرني به أبي، فقال ابن أبي ليلى: إن كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه، ثمّ أشهد علي ابن أبي ليلى إن أتاك حرّكته فأنا له ضامن. فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام بعد فاقترضت عليه قصتي ثمّ قلت له: ما ترى؟ فقال: أمّا قول ابن أبي ليلى فلا أستطيع ردّه، وأمّا فيما بينك وبين الله عزّ وجلّ فليس عليك ضمان^٤. ومقتضى الروايتين تصريحاً في الثانية وظهوراً في الأولى أن الأولاد صغار، فإنّ

(١) الكافي: في الوصايا ج ٧ ص ٦٢ ح ١٩.

(٢) تهذيب الأحكام: في الزيادات ج ٩ ص ٢٣٦ ح ٩٢١.

(٣) من لا يحضره الفقيه: في الوصيّة بالمضاربة ج ٤ ص ٢٢٧ ح ٥٥٣٨.

(٤) الكافي: ج ٧ ص ٦١ ح ١٦، تهذيب الأحكام: ج ٩ ص ٢٣٦ ح ٩١٩، من لا يحضره الفقيه:

ج ٤ ص ٢٢٨ ح ٥٥٣٩.

الوصية لا تكون بغير الصغير ولا على غيره وقضيتهما أن الوصي هو العامل، لأن إطلاق الوصية محمول على الوصية إليه، فيكون الموصى له في الحقيقة وصياً خاصاً على التصرف بهذا النوع الخاص من التصرف، فلا بد من أن يعقد الوصي عقد المضاربة مع نفسه، وليس إيصاؤه بها عقداً لعدم وجود شرائطه وإن أوهمه بعض كلامهم، إلا أن يكون من باب معاطاة المضاربة، أو تقول: إنه من باب قوله: حج عني بنفسك، فإنه لا يحتاج إلى إيقاع عقد إجارة مع نفسه كما هو ظاهر كلامهم في باب الحج نسخه.

وكيف كان فإن إطلاقهما - أي الصحيحين - يشمل ما إذا كان الربح زائداً على أجرة المثل بقدر الثلث من حيث ترك الاستفصال ووجهه مع وجود النص أن المقيّد بالثلث هو تفويت بعض التركة وليس حاصلها، لأن الربح ما يتجدد بفعل العامل وسعيه، وليس ما يتجدد منه كالمتجدد من حمل الدابة والشجرة ونحوهما حيث كان معتبراً من الثلث، لأن ذلك نماء الملك ووجوده متوقع، بخلاف الربح فإنه أثر سعي العامل، مع أنه إنما يحدث على ملك العامل والوارث، فما يملكه العامل ليس للوارث ولا للموصي فيه حق، ولا يقدح في ذلك مشتراه بمال الوارث فيكون محسوباً منه، لأنه إنما يدخل في ملك الوارث على تقدير صحة المضاربة، وإلا لم يكن الشراء نافذاً، ومتى صحّت المضاربة كانت الحصة من الربح ملكاً للعامل، فلو لا صحة المضاربة لأدّى فسادها إلى عدم الفساد، لأنه على تقدير الفساد إنما يكون لتفويت ما زاد، وإنما يكون كذلك مع صحة المضاربة ليكون الشراء نافذاً. فلو فسدت المضاربة لم ينفذ الشراء فلم يتحقق الربح، فانتفى التصرف في الزائد على الثلث، فانتفى المقتضي للفساد فوجب الحكم بالصحة. فقد أدّى فرض الفساد إلى عدمه فتأمل جيّداً. وهذا هو الذي استندوا إليه في باب المضاربة وهو كما ترى.

واعترض عليه أن ذلك يقضي بوضع اليد على مال الغير بغير إذنه، خصوصاً إذا كان مكلفاً، ويقضي بتعريضه إلى التلف بالضرب في الأرض ويقضي بأنه لا ضمان مع عدم التفريط، مضافاً إلى ما لو وقعت حصّة قليلة للورثة في مدّة طويلة، وذلك في حكم منع الوارث عن التركة أصلاً.

قولك: إنّ النماء إنّما يملكه العامل على تقدير صحّة المعاملة فلا تفويت في مال الوارث وإن لم تصحّ المعاملة لا يصحّ البيع، فيه: إنّما يمكن جبره بإجازة المالك الشراء لنفسه، فيكون جميع الربح له فيحصل التفويت على تقدير صحّة البيع وحصول الربح.

وتحرير البحث أن تقول: الأولاد إمّا كبار أو صغار.

فإن كان الأول فمستنده من النص غير واضح، ولا من الاعتبار إلّا مع الإجازة لكنّ الصحّة حينئذٍ ليست مستندة إلى الوصيّة، بل إلى الإجازة، ومع عدمها فالصحّة بعيدة جدّاً، لاستلزامها جواز تصرف العامل بمجرد الوصيّة ولو مع عدم إطلاع الورثة، وهو يستلزم المخالفة لأصول المذهب، لما فيه من استلزام التصرف بمال الغير من دون إذنه، بل هي في الحقيقة وصيّة بالولاية على مال الغير. وأمّا مع الإجازة - أي إجازة الورثة - عقد المضاربة الذي عقده الموصي إليه مع نفسه، لا إجازة ما أوصى به الموصي كما عرفت آنفاً، مع أنّه لا بأس به إن لم يكن متعيّناً فلا مانع من الصحّة، لأنّه إذا أجاز ولم يفسخ وعمل الموصي له في المال استحقّ الحصّة عملاً بمقتضى الوصيّة والإجازة، وليس في ذلك مخالفة للأصول، ولا إضرار بالوارث على تقدير زيادة المدّة وقلة الربح، لأنّ ذلك مستند إليه حيث لم يفسخ مع تمكّنه.

منه وإن كان الثاني - أي كانوا صغاراً - كما هو مورد الأخبار، وهي الحجّة

على ذلك، وضعفها منجبر بما عرفت من الشهرة على تقدير تنزيل الفتاوى على ذلك، وعلى بقائها على إطلاقها الشامل للكبار مع وجودهما معاً في الجوامع العظام، وعلى ما توهمه متأخراً والمتأخرين من أن الخبر إذا وصل إلى صاحب إجماع كان صحيحاً، فالثاني صحيح في «الفقيه» لمكان ابن أبي عمير، حسن في «الكافي والتهذيب» بإبراهيم، فلا تأمل فيهما من جهة السند، وقد تأيذا بإطلاق الكتاب والسنة السالم عن المعارضة، مع موافقته الاعتبار.

وبيانه أن التكسب بمال الصغير غير واجب على الوصي على الأصح، والحاصل من الربح زيادة فائدة، والواجب على العامل مراعاة الحفظ بما أمكن، والعمل به على الوجه الذي فيه مصلحة وحفظ فالتعريض للتلف على هذا النحو غير قادح، بل هو راجح عند أرباب التجارات، والعقد عقد جائز فتحدد الموصي له بمدة لا يرفع حكمه وفائدته المنع عن التصرف فيما زاد عليها، فلا تجب مراعاتها وإن شرطها الموصي بل تصح ما دام الولد صغيراً، فإذا أكمل وبلغ كان من الفسخ، وليس في ذلك تبديل للوصية، لأنه هو العمل بخلاف مقتضاها، ولا فرق حينئذ بين زيادة الحصّة المجعلة للعامل عن أجره المثل وعدمها، ولا فرق بين كون المال بقدر الثلث وأزيد.

ولو أوصى بواجب وغيره بدأ بالواجب من صلب المال والباقي من الثلث

[في الوصية بالواجب المالي وغيره]

(١) منهم الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان ج ١ ص ١٥٦، والبحراني في الحقائق الناضرة، ج ٢ ص ٣١٠، وج ٣ ص ١٢٨، والطباطبائي في رياض المسائل ج ٥ ص ٤٧٩.

قوله: «ولو أوصى بواجب وغيره بدأ بالواجب من صلب المال والباقي من الثلث» كما في «الشرائع»^١ والنافع^٢ والتحرير^٣ والإرشاد^٤ والتبصرة^٥ والروض^٦، وستسمع ما في «الغنية والسرائر» وغيرهما^٧. وفي «اللمعة»: لو أوصى بأمور فإن كان فيها واجب قدم^٨ انتهى فتأمل.

وقد قيّد الواجب بالمال في «جامع المقاصد» والمسالك^٩ والروضة^{١٠} والرياض^{١١}. وفي «الكفاية»: الوصية بالواجب المالي من أصل المال عند الأصحاب. وكذا لو لم يوص أخرج من أصل المال عندهم سواء كان مالاً محضاً كالزكاة والكفارات ونذر المال، أو مالاً مشوباً بالبدن كالحيّ. ثم قال: الحكم ثابت في الزكاة والحيّ الواجبين والحبّة في غيرهما غير واضحة^{١٢} انتهى. وفي «التذكرة»: إن كان واجباً كالوصية بقضاء الدين أو الحيّ الواجب أو الزكاة الواجبة

(١) شرائع الإسلام: في الموصى به ج ٢ ص ٢٤٦.

(٢) المختصر النافع: في الموصى به ص ١٦٦.

(٣) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٣.

(٤) إرشاد الأذهان: في الموصى به ج ١ ص ٤٥٩.

(٥) تبصرة المتعلّمين: في الموصى به ص ١٢٨.

(٦) لم نعثر عليه ولكنّه موجود في حاشية الإرشاد (غاية المراد: في الموصى به ج ٢ ص ٤٨٣).

(٧) يأتي في ص ٤٦١.

(٨) اللّمة الدمشقية: في الموصى به ص ١٧٨.

(٩) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٢٠.

(١٠) مسالك الأفهام: في متعلّق الوصية ج ٦ ص ١٥٨.

(١١) الروضة البهية: في الموصى به ج ٥ ص ٤٤.

(١٢) رياض المسائل: فيما يعتبر في متعلّق الوصية ج ٩ ص ٥١٩.

(١٣) كفاية الأحكام: في الموصى به ج ٢ ص ٤٤.

وشبهها نفذ من الأصل إجماعاً^١. فهو وإن أطلق الواجب بحيث يشمل البدني لكثته قيده بالتمثيل، وقال: لو أوصى بما هو ثابت في ذمته كقضاء الديون التي للآدميين، أو التي لله تعالى كالزكاة والخمس وحجة الإسلام وأشياء ذلك وجب إخراجها من صلب المال، سواء أوصى بها أو لم يوص إذا علم ثبوتها في ذمته إجماعاً^٢ انتهى. وهو حجة على صاحب الكفاية مع ما سيأتي. وقال في «التذكرة» أيضاً: لا فرق عندنا في الواجب وخروجه من الأصل بين أن يكون وجوبه بأصل الشرع كالزكاة الواجبة والحج، وبين ما وجب بالتزام العبد من نذر أو مباشرة ما يقتضي الكفارة^٣ انتهى. ولم يتعرض للواجب البدني في أمثله، بل كلامه في المواضع الثلاثة كالصريح في غيره، فيجب تقييد عبارة الكتاب و«الشرائع والنافع» وما ذكر معها بغير البدني كما قيده به من عرفت.

وفي موضع من «المبسوط»: أن الحج من رأس المال والتطوع من الثلث^٤. وقد حكى في «جامع المقاصد»: قولاً بأن الواجب البدني يخرج من الأصل كالمالي^٥. وحكاة الشهيد في صلاة «الذكرى»^٦ والدروس^٧. ومراد القائل كما هو صريح «الذكرى»^٨ أنه يخرج من الأصل وإن لم يوص به. ولعلهما أشارا في ما إذا أوصى به إلى ظاهر «المهذب»^٩ للقاضي وإلى ما يظهر من عبارة «الشرائع

(١ - ٤) تذكرة الفقهاء: في منجزات المريض ج ٢ ص ٥١٧ س ١٢ و ٢٣ و ٢٦.

(٤) المبسوط: في الموصى بالحج ج ٤ ص ٢٣ - ٢٤.

(٥) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٢٠.

(٦) ذكرى الشيعة: في قضاء الصلوات عن الأموات ج ٢ ص ٤٥٠.

(٧) الدروس الشرعية: في صلاة القضاء ج ١ ص ١٤٧.

(٨) ذكرى الشيعة: في قضاء الصلوات عن الأموات ج ٢ ص ٤٥٠.

(٩) المهذب: في الإيصاء بالحج ج ٢ ص ١٢.

والنافع» ونحوهما كما سمعت^١، أو لعلهما أشارا إلى ما في «الغنية^٢ والسرائر^٣» من قولهما: بأنه يجب عليه الوصية بقضاء ما عليه من حق واجب ديني أو دنيوي، ويخرج ذلك من أصل تركته إن أطلق ولم يقيده بالثلث، فإن لم يكن عليه حق استحَبَّ له أن يوصي بجزء من ثلثه يصرف في النذر والكفارات... إلى آخره.

وقد قلنا في باب الصلاة^٤: إن هذا القول نفى عنه البأس في «الدروس^٥»، واستدلَّ عليه في «الذكرى^٦» بظاهر خبر زرارة^٧، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنَّ أباك قال لي: من أقرَّبها فعليه أن يؤدِّيها... الحديث. ويؤيده الاعتبار والإطلاقات في عشرة كتب أو أكثر. والاعتذار عن عدم التقييد بالمالي فيها بالاتكال على الوضوح فلعله ممَّا لا يصغى إليه، إذ ليس الحال في البدني بتلك المكانة من الوضوح، إذ المصرَّح بأنَّ الواجب البدني يخرج من الثلث إذا أوصى به إنَّما هو المحقِّق الثاني^٨ والشهيد الثاني^٩ والخراساني^{١٠}، فقلَّبه في «الرياض»: إن كان بدنيًّا كالصلاة والصوم أخرج من الثلث بلا خلاف أجده إلَّا من ظاهر إطلاق عبارة «النافع^{١١}» ونحوها^{١٢}، فلعله لم يصادف محله. وقد اختار الشهيد^{١٣} والسيد العميد^{١٤}

(١) قد مضى في ص ٤٦٠ برقم ٢ - ٤.

(٢) غنية النزوع: في الوصية ص ٣٠٥.

(٣) السرائر: في أحكام الوصية ج ٣ ص ١٨٤.

(٤) تقدَّم في ج ٥ في قضاء صلاة الميت ص ٢٠٦.

(٥) الدروس الشرعية: في صلاة القضاء ج ٩ ص ١٤٧.

(٦) الذكرى: في صلاة القضاء ج ٢ ص ٤٥٠.

(٧) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب زكاة الذهب ح ٥ ج ٦ ص ١١٠.

(٨) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٢٠.

(٩) مسالك الأفهام: في متعلِّق الوصية ج ٦ ص ١٥٨.

(١٠) كفاية الأحكام: في الموصى به ج ٢ ص ٤٤.

(١١) المختصر النافع: في الموصى به ص ١٦٦.

في باب الإجارة أنّ للوليّ الاستئجار عنه سواء أوصى الميّت أم لا، لأنّ المقصود براءة ذمّته، وهو يحصل بفعل الوليّ وغيره. وهو أيضاً خيرة صوم «الدروس»^{١٥} وقضيّة إطلاقها في الوليّ وغيره أنّه له أن يستأجر من صلب المال. وقد فرضت المسألة في «النهاية»^{١٦} والغنية^{١٧} وموضع من «المبسوط»^{١٨} في ما إذا أوصى بحجّ وغيره من الوصايا من ثلثه وقال: إنّه يقدّم الحجّ على غيره، وظاهرها أو صريحها عدم مراعاة الترتيب فيما ذكر مع الحجّ، ولعلّه ليس من مسائلنا.

وكيف كان فقلّوه في «الرياض»: لو أوصى بواجب وغيره أخرج الواجب من الأصل إن كان مالياً كالدين والحجّ والباقي من الثلث بلا خلاف أجده. وبه صرح جماعة، بل عليه الإجماع في «الغنية»، وهو الحجّة^{١٩} انتهى لم يصادف محله، إذ معقد هذا الإجماع ليس موجوداً في «الغنية» ولم نجد واحداً من الجماعة الذين ادّعى أنّهم نفوا الخلاف في ذلك، ومن البعيد إرادة التصريح بالحكم، إذ قضيّته أنّ الساكت قليل، مع أنّ ظواهر ما تقدّم مؤذنة بالخلاف.

وكيف كان فالحجّة على إخراج الواجب المالي مطلقاً - مالياً محضاً أو مشوباً، وسواء أوصى به أو لا - من أصل المال وتقديمه على غيره مما أوصى به بعد الإجماعات المحكيّة كما سمعت إطلاقات الكتاب والسنة بتقديم الدين على

(١٢) رياض المسائل: في متعلّق الوصيّة ج ٩ ص ٥١٩ - ٥٢٠.
 (١٣) لم نعر عليهما في الإجارة.
 (١٤) لم نعر عليهما في الإجارة.
 (١٥) الدروس الشرعية: في أحكام قضاء الصوم ج ١ ص ٢٨٩.
 (١٦) النهاية: باب الوصيّة المبهمة ص ٦١٥.
 (١٧) غنية النزوع: في الوصيّة ص ٣٠٧.
 (١٨) المبسوط: في الوصيّة بالحجّ وبوصايا أخرج ٤ ص ٢٤.
 (١٩) رياض المسائل: فيما يعتبر في متعلّق الوصيّة ج ٩ ص ٥١٩.

الإرث الشاملة لصورتي الوصية به وعدمها، إذ مجرد الوصية به لا توجب صرفه إلى الثلث ما لم يصرّح به لعدم التلازم، والحجّ والكفّارات والزكوات بمنزلة الدين، والصحيح: عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل توفي وأوصى أن يحجّ عنه قال: إن كان ضرورة فمن جميع المال، أنّه بمنزلة الدين الواجب، وإن كان قد حجّ فمن ثلثه^١. والتعليل ظاهر في العموم لكلّ ما هو بمنزلة الدين، فيشمل جميع الواجبات المالية من محضة ومشوبة. وهو ظاهر في عدم التلازم. ونحوه الموثّق^٢. وبذلك يتّضح ما لم يستوضحه صاحب «الكفاية».

وأما إذا لم يوص بالواجب البدني ففي «الذكرى»: أنّ ظاهر المتأخّرين من الأصحاب عدم وجوب إخراجها من ماله، لعدم تعلّق الفرض بغير البدن، خالفناه مع وصية الميّت لانعقاد الإجماع عليه، وبقي ما عداه على أصله. وبعض الأصحاب أوجب إخراجها كالحجّ^٣ انتهى وصريحه أو ظاهره أنّ هذا البعض جعلها كالحجّ يجب إخراجها، سواء أوصى بها أو لم يوص. ونسبة العدم إلى ظاهر المتأخّرين معرّفاً باللام يقضي بأنّ هذا البعض من القدماء. وفي «جامع المقاصد»: وهل يجب على المريض الوصية بها وتعيين مال لها من الثلث؟ فيه وجهان وإيجاب ذلك ليس ببعيد، لأنّ فيه توصلًا للإتيان بالواجب مع احتمال العدم، لأنّ الواجب فعلها بنفسه أو وليّه، لانتفاء الدليل على ما سوى ذلك، نعم يجب إعلامه بذلك ليتأهّب لقضائها ويقبل قول المريض في وجوب القضاء على الولي على الظاهر^٤ انتهى.

(١) وسائل الشيعة: ب ٢٥ من أبواب وجوب الحجّ ج ٤ ص ٨ ص ٤٦.

(٢) وسائل الشيعة: ب ٢٥ من أبواب وجوب الحجّ ج ١ ص ٨ ص ٤٦.

(٣) ذكر الشيعة: في قضاء الصلوات عن الأموات ج ٢ ص ٤٥٠.

(٤) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٢٠.

قلت: الدليل على ذلك أن دفع الضرر المظنون واجب فما ظنك بالمعلوم، لأنه عالم بوجوبه واستحقاقه العقاب مع قدرته على براءة ذمته بالوصية نعم لو كان الفوات لا بتفريطه كالغفلة عن الصلاة مع عدم القدرة على القضاء حال الوصية احتمل حينئذ عدم الوجوب، وفي «المسالك»: الأقوى وجوب الوصية بها على المريض كغيره من الواجبات إن لم يكن له ولي يقضي عنه^١. وفي «الكفاية»: الأقرب العدم، وإن لم يكن له ولي يقضي عنه^٢. وقد منع في «السرائر»^٣ والمنتهى^٤ من صحة الاستئجار عن الميت في الصوم. وقد حكينا في باب الصلاة الفتاوى والإجماعات على أن الولي يقضي عنه، فبعضهم قيد ذلك بما فاته في مرضه الذي مات فيه، والأكثر أطلقوا من دون تقييد بما فات لعذر أو لغيره. وقد استوفينا الكلام في ذلك في باب الصلاة^٥ بما لم يوجد في كتاب.

وليعلم: أن قضية إطلاق قولهم: بدئ بالواجب، قدم الواجب، أنه يقدم وإن تأخرت الوصية به، سواء كان مالياً أو غيره. وبه صرح الشهيد الثاني في «الروضة»^٦ وفي «الرياض»^٧: أنه لم يقف فيه على مخالف فيما إذا حصر الجميع في الثلث. وستسمع في آخر هذه المسائل ما سنحكيه^٨ عن «النهاية والنافع

(١) مسالك الأفهام: في متعلق الوصية ج ٦ ص ١٥٨.

(٢) كفاية الأحكام: في الموصى به ج ٢ ص ٤٤.

(٣) السرائر: في حكم المسافر والمريض وغيرهما العاجز عن الصيام ج ١ ص ٣٩٩.

(٤) منتهى المطلب: في أحكام قضاء الصوم ج ٩ ص ٣٢٦.

(٥) تقدم في ج ٥ ص ١٩٥ - ٢١٠.

(٦) الروضة البهية: في متعلق الوصية ج ٥ ص ٤٤.

(٧) رياض المسائل: في متعلق الوصية ج ٩ ص ٥٢٠ وفيه: عدا الكفاية.

(٨) سيأتي في ص ٤٦٤ من النسخة الرحلية.

والشرائع والتحرير» وما سنحكيه^١ عن «المبسوط والسرائر والدروس» وعن المصنّف والكركي في آخر المطلب الثاني. وقد قال في «جامع المقاصد» إنّ الواجب الذي لا تعلّق له بالمال لا فرق بينه وبين سائر الوصايا التي ليست بواجبة بأنّه يبدأ بالأوّل ثمّ الذي يليه إن كان قد أوصى بها مرتبة وتبطل فيما تأخر، وأنّه إن حصر الجميع في الثلث بدئ بالواجب الصلبي فإن فضل شيء ولم يف بالباقي اعتبر الترتيب في الوصيّة وعدمه^٢. وهو - أي عدم الفرق - ظاهر «التذكرة»^٣ في عدّة مواضع. وقال في «الكفاية» قطع بعضهم بتقديم البدنية على المتبرع بها من ثلث الباقي الأوّل فالأوّل، وحجّته غير واضحة^٤. قلت: في الصحيح على الصحيح في معاوية بن عمّار قال: إنّ امرأة من أهلي ماتت وأوصت إليّ بثلث مالها وأمرت أن يعتق عنها ويتصدّق ويحجّ عنها فنظرت فيه فلم يبلغ؟ فقال: ابدأ بالحجّ فإنّه فريضة من فرائض الله سبحانه وتجلّ ما بقي طائفة في العتق وطائفة في الصدقة^٥. فهو وإن كان مورده الحجّ إلّا أن تعليل تقديمه بكونه من فرائض الله سبحانه وتعالى عامّ يشمل جميع ما يوجد فيه هذه العلّة، والصلاة من أفضل فرائضه سبحانه وتعالى. وقد روي هذا التعليل في خمسة طرق^٦، وإن شئت قلت في خمسة أخبار، وهي ما بين صحيح وحسن بإبراهيم، ثمّ إنّه لا ريب أنّ الواجب والباقي من الثلث إذ لم يجز الوارث ويبدأ بالأوّل فالأوّل مع القصور

شعر

(١) سيأتي في ص ٥٥١ من النسخة الرحلية.

(٢) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٢٠.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالعتق والحجّ و... ج ٢ ص ٤٨٨ س ١٥ وص ٤٩٢ س ٣٦.

(٤) كفاية الأحكام: في الموصى به ج ٢ ص ٤٤.

(٥) وسائل الشيعة: ب ٦٥ من أحكام الوصايا ج ١ ص ١٣ ص ٤٥٥.

(٦) وسائل الشيعة: ب ٦٥ من أحكام الوصايا ج ١ - ٤، وج ١٣ ص ٤٥٦.

أولى من غيره، مع حصول اليقين للموصي بصرفه فيه، ولا كذلك لو صرفه في غيره وإن تقدّم فتأمل.

وليعلم أنّ ما حكينا عنه موافقة الكتاب قد فرضت المسألة في بعضه بأنّه أوصى بواجب وغيره من الثلث فقالوا: إن وسع الثلث عمل بالجميع، وإن قصر ولم تجز الورثة بدئ بالواجب من الأصل وكان الباقي من الثلث، وذلك كصريح «التحرير»^١ وظاهر «الشرائع»^٢ بل الظاهر من الشرائع أو صريحها عدم الحصر في الثلث فتكون كالكتاب. ولا بدّ من التأمل في عبارة «التحرير» فإنّها صريحة في أنّه لو حصر في الثلث خرج الواجب من أصل المال، وهو ينافي ما ستسمعه من كلام الأصحاب، وبعضه كالكتاب فرضت فيه المسألة أنّه أوصى بواجب وغيره إلى آخر ما في الكتاب. ولعلّه لا خلاف في ذلك من هذه الجهة كما ستسمع^٣ التنبيه على ذلك في آخر هذه المباحث.

قوله: «والباقي من الثلث إن لم يجز الوارث ويبدأ بالأوّل فالأوّل مع القصور» كما صرح بذلك كلّ في «الشرائع»^٤ و«التحرير»^٥ والإرشاد^٦ وجامع المقاصد^٧ والروض^٨ والروضة^٩ وكذا «المختلف»^{١٠} والكفاية^{١١} وفيهما: أنّه

(١) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٣.

(٢) شرائع الإسلام: في الموصى به ج ٢ ص ٢٤٦.

(٣) سيأتي في ص ٤٦٠.

(٤) شرائع الإسلام: في الموصى به ج ٢ ص ٢٤٦.

(٥) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٣.

(٦) إرشاد الأذهان: في الموصى به ج ١ ص ٤٥٩.

(٧) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٢٠.

(٨) لا يوجد كتابه لدينا ويستفاد من حاشية الإرشاد (ضمن غاية المراد): في الوصايا ج ٢ ص ٤٨٣.

(٩) الروضة البهية: في متعلّق الوصية ج ٥ ص ٤٤.

المشهور، واقتصر في «النافع»^{١٢} و«التبصرة»^{١٣} على قولهما؛ والباقي من الثلث، وقد يكون مرادهما إن لم يجز الوارث، وأنه يبدأ بالأول فالأول مع القصور وأنه يدخل النقص على الأخير كما في «الدروس»^{١٤} وأنه في «السرائر»؛ إذا أوصى بوصايا فإن مذهب أصحابنا أن يبدأ بالأول فالأول، ويكون النقصان إن لم يف الثلث داخلاً على من ذكر أخيراً^{١٥}. وظاهره الإجماع على ذلك. وستسمع^{١٦} ما في «المبسوط والتذكرة» من ظهور دعوى الإجماع في مثله.

ووجهه بأن الوصية الصادرة أولاً نافذة قطعاً، لصدورها من أهلها في محلها، بخلاف الوصية الصادرة بعد ذلك حيث لا يسع الثلث، ولا سبيل إلى التوزيع مع الضيق هنا، لاستلزامه تبديل الوصية النافذة. وفيه كما في «الكفاية»؛ أن القدر المسلم ليس إلا أن الوصايا الزائدة على الثلث لا يمضي منها إلا الثلث، لا أنه يمضي المرتب إلى الثلث^{١٧} انتهى فتأمل. فالأولى الاستدلال عليه بالتعليل في خبر حمران - الشامل لما نحن فيه، وإن كان مورده ممّا لا نزاع فيه - عن أبي جعفر^{عليه السلام} في رجل أوصى عند موته وقال: أعتق فلاناً وفلاناً حتى ذكر خمسة، فنظر في ثلثه فلم يبلغ ثلثه أثمان قيمة المماليك الخمسة الذين أمر بعقبتهم، قال: ينظر إلى الذين سماءهم ويبدئ بعقبتهم فيقومون، وينظر إلى ثلثه فيعتق منه أول

(١٠) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٦٦.

(١١) كفاية الأحكام: في الموصى به ج ٢ ص ٤٥.

(١٢) المختصر النافع: في الموصى به ص ١٦٦.

(١٣) تبصرة المتعلمين: في الوصايا ص ١٢٨.

(١٤) الدروس الشرعية: في منجزات المريض المفترقة للمال ج ٢ ص ٣٠٣.

(١٥) السرائر: في الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٢١٣.

(١٦) سيأتي في ص ٤٦٤.

(١٧) كفاية الأحكام: في الموصى به ج ٢ ص ٤٥.

شيء ذكر، ثم الثاني والثالث ثم الرابع والخامس، فإن عجز الثلث كان في الذين سُمي أخيراً، لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك، فلا يجوز له ذلك^١. وضعفه منجبر بالشهرة في المسألة، وفيما يأتي^٢ فيما إذا أوصى بأشياء تطوعاً، معتضد بالإجماعات الظاهرة المشار إليها فيما تقدم، على أنه قد رواه^٣ المشايخ الثلاثة بأسانيد متعددة وخبر الحسين بن مالك^٤ المعارض له لا عامل به ولا جابر لضعفه، وستسمع تنزيله وتأويله.

والمراد بالأول في قولهم: بدئ بالأول فالأول الموصى به أولاً، سواء كان بعاطف للوصايا المتعددة بأداة يقتضي الترتيب، كثم: أم لا كالواو، كقوله: حجوا عني وصلوا عني وتصدقوا عني.

وليعلم أنه فرق بين هذه الأمثلة وبين قوله: أعطوا كذا لزيد وعمرو، أو أعطوا زيدا وعمرواً كذا، فإنه لا شك هنا في التوزيع، وعليه يحمل خبر الحسين بن مالك المجهول ولا كذلك في الأمثلة الأولى، فإن كلاً منها وصية برأسها، فإذا صادفت الأولى محل النفوذ نفذت ولا يجوز تغيير بعضها بطرو وصية أخرى عليها كما تقدم بيانه.

وقد عدّوا^٥ من الترتيب بغير الفاء وثم والواو ما إذا قطعه كما إذا قال أعطوا

(١) وسائل الشيعة: ب ٦٦ في أحكام الوصايا ج ١ ص ١٣ ص ٤٥٧.

(٢) سيأتي في ص ٥٥٠.

(٣) الكافي: في الوصايا ج ١٥ ص ٧ ص ١٩، ومن لا يحضره الفقيه: في الوصية بالعتق ح ٥٤٩٣ ج ٤ ص ٢١٢، وتهذيب الأحكام: ب ١٨ في وصية الإنسان لعبده ح ٨٦٧ ج ٩ ص ٢٢١.

(٤) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب أحكام الوصايا ج ١٤ ص ١٣ ص ٣٦٨.

(٥) منهم البحراني في الحقائق الناضرة: في الوصايا ج ٢٢ ص ٤٣٧، والشهيد الثاني في الروضة البهية: في متعلق الوصية ج ٥ ص ٤٥، والطباطبائي في رياض المسائل: في متعلق الوصية ج ٩ ص ٥٢٣.

فلاناً مائة أعطوا فلاناً خمسين. ولعلهم يستندون في ذلك إلى خبر حمران لبعده احتمال التوزيع فيه جدّاً، وبه يفرق بينه وبين خبر الحسين ابن مالك، وأمّا خبر علي بن سالم^١ الضعيف حيث قال لمولانا الكاظم^{عليه السلام}: إنّ أبي أوصى بثلاث وصايا فبأيهن أخذ؟ فقال: خذ بأخرهنّ، فيحمل على كون المقصود عدم الجمع بين الوصايا فيكون نسخاً كما ستسمع^٢.

هذا وقال في «السرائر»: وما يوجد في الكتب: أنّه إذا أوصى لإنسان بوصيّة ثمّ أوصى بأخرى فإنّ أمكن العمل بهما جميعاً وجب العمل بهما، وإلّا كان العمل على الأخيرة دون الأولى وأمّا إذا أوصى بشيء ولم يذكر الثالث، ثمّ أوصى بشيء آخر ولم يذكر الثالث، وأوصى بشيء آخر ولم يذكر الثالث، فإنّ مذهب أصحابنا أنّ يبدئ بالأوّل فالأوّل، ويكون النقصان إن لم يف الثالث داخلاً على من ذكر أخيراً، لأنّه لما أوصى للأوّل ما قال: أوصيت له بثلاثي، وكذلك الثاني والثالث فظنّ أنّ ثلثه يبلغ مقدار جميع ما ذكره ولم ينقل عن الأوّل ما أوصى له به وكذلك الثاني فلو علم أنّه قد استوفى ثلث ماله لمن أوصى له به ما أوصى بعده بشيء آخر، فإذا استوفاه يكون النقصان على من ذكره أخيراً. فهذا الفرق بين المسألتين فلا يظنّ ظانّ أنّ المسألتين واحدة وأنّ بينهما تناقضاً، وأنّ مذهب أصحابنا أنّ الوصيّة الثانية ناسخة للأولى في جميع المواضع... إلى آخر ما قال، ولقد أسهب بعد ذلك وأطال، ونقل كلام المبسوط في مواضع^٣، وحاصله أنّه حيث يريد الجمع بين الوصايا في الثالث لحوّلوا كان الجميع غير واجب بدئاً بالأوّل فالأوّل حتّى يستوفى الثالث ويبطل الزائد إن لم يجز الوارث

(١) وسائل الشيعة: ب ١٨ في أبواب الوصايا ج ٧ ص ١٣ و٣٨٧ وفيه.

(٢) سيأتي في ص ٤٦٦.

(٣) السرائر: من الوصيّة وما لا يصحّ ج ٣ ص ١٩٥.

يرتب وإلا كان نسخاً. وتتمام الكلام عند قوله: ولو أوصى بثلثه لزيد، وبثلثه لعمر،
كما ستسمعه^١ مسبقاً إن شاء الله تعالى.

[فيما لو كان جميع موصى به غير واجب]

قوله: «ولو كان الجميع غير واجب بدئ بالأوّل فالأوّل حتّى يستوفى الثلث، ويبطل الزائد إن لم يجز الوارث» هذا معنى ما في «المبسوط»^٢ والمهذب^٣ والوسيلة^٤ والشرائع^٥ والنافع^٦ والتذكرة^٧ والتحرير^٨ والإرشاد^٩ والمختلف^{١٠} واللمعة^{١١} وجامع المقاصد^{١٢} والروض^{١٣} والمسالك^{١٤} والروضة^{١٥} والكفاية^{١٦} وقد

مركز تحقيق مكتبة علوم إسلامي

- (١) سيأتي في ص ٤٦٥.
- (٢) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٨.
- (٣) المهذب: في الوصايا ج ٢ ص ١٠٥.
- (٤) الوسيلة: في أحكام الوصية ص ٣٧٦.
- (٥) شرائع الإسلام: في الموصى به ج ٢ ص ٢٤٦.
- (٦) المختصر النافع: في الموصى به ص ١٦٦.
- (٧) تذكرة الفقهاء: في مباحث الوصايا ج ٢ ص ٤٩١ س ٥.
- (٨) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٣.
- (٩) إرشاد الأذهان: في الموصى به ج ١ ص ٤٥٩.
- (١٠) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٦٣.
- (١١) اللمعة الدمشقية: في متعلّق الوصية ص ١٧٨.
- (١٢) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٢٠ - ١٢١.
- (١٣) لا يوجد كتابه لدينا ولكنّه يستفاد من حاشية الإرشاد: (ضمن غاية المراد) ج ٢ ص ٤٨٣.
- (١٤) مسالك الأفهام: في متعلّق الوصية ج ٦ ص ١٥٩ - ١٦٠.
- (١٥) الروضة البهية: في متعلّق الوصية ج ٥ ص ٤٤.
- (١٦) كفاية الأحكام: في الموصى به ج ٢ ص ٤٥.

سمعت ما في «السرائر» وظاهرها كما هو ظاهر «المبسوط»^١ والتذكرة^٢ دعوى الإجماع كل على ما ذكره. وقد نسب الخلاف في «التذكرة»^٣ إلى العامة. وقد سمعت^٤ خبر حرمان وما استدلوا به من جهة الاعتبار.

وقضية فتواهم وإجماعاتهم وأدلتهم أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون في الوصايا عتق أو لا ولا بين أن يكون في وقت واحد أو متعدّد. وقدم في «المبسوط»^٥ كما عن أبي علي^٦ العتق على غيره وإن ذكر بعده كما في الصحيحين^٧ والخبر^٨ وغيرها^٩، وقد حملت على العتق المنجز خاصة، بل قيل^{١٠}؛ إنها ظاهرة فيه بلا شبهة، إذ منها: رجل أوصى عند موته بمال لذوي قرابته وأعتق مملوكاً له، وكان جميع ما أوصى به يزيد على الثلث كيف يصنع في وصيته؟ فقال^{١١}؛ يبدأ بالعتق فينفذه، على أن الأصحاب قد أعرضوا عنها. وجعل في «الوسيلة»^{١٢} الوصية الثانية في الزمان العتق بعد رجوعاً عن الأول، إلا أن يسعها الثلث، ولعله يستند إلى خبر علي بن سالم الضعيف وقد سمعته^{١٣} ولا دلالة له فيه

(١) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٩.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالحج ج ٢ ص ٤٩٢ س ٤٣.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالحج ج ٢ ص ٤٩٢ س ٤٣.

(٤) تقدّم في ص ٤٦٣.

(٥) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٠.

(٦) نقله عنه العلامة في المختلف: في الوصايا ج ٦ ص ٤٢٩.

(٧) وسائل الشيعة: ب ٦٧ من أبواب أحكام الوصايا ج ١ و ١٣ ص ٤٥٨ - ٤٥٩.

(٨) وسائل الشيعة: ب ٦٧ من أبواب أحكام الوصايا ج ٢ ص ١٣ ص ٤٥٨.

(٩) وسائل الشيعة: ب ٦٦ من أبواب أحكام الوصايا ج ١ ص ١٣ ص ٤٥٧.

(١٠) القائل هو الطباطبائي في رياض المسائل: في متعلق الوصية ج ٩ ص ٥٢٢.

(١١) الوسيلة: في أحكام الوصية ص ٣٧٥ - ٣٧٦.

(١٢) تقدّم في ص ٤٦٣ برقم ٢٠.

لمكان إطلاقه الشامل لغير التباعد بين الزمانين.

هذا ولو حصر جميع ما أوصى به من الواجب وغيره في الثلاث بدئاً بالواجب، كما في «النهاية»^١ والنافع^٢ والتحرير^٣ وظاهر «الشرائع»^٤ وغيرها^٥ كما سمعت^٦ ما في «الرياض» من أنه لم يقف على مخالف. وكذا «المبسوط»^٧ حيث فرض المسألة فيما إذا كان الواجب حجباً، ودليله ما سلف من أن الواجب أولى. وخبر المرأة التي ماتت كما أسمعناكه فيما سلف^٨ كما سمعت ما حكيناه عن «التذكرة» وجامع المقاصد وظاهر «الكفاية» من أنه لا فرق بين الواجب البدني وغيره من الوصايا، وفي «جامع المقاصد»^٩ والمسالك^{١٠} وكذا «التذكرة»^{١١}؛ أنه لو حصر الجميع في الثلاث بدئاً بالواجب المالي الصلبي، فإن فضل من الثلاث شيء ولم يف الباقي اعتبر الترتيب في الوصية وعدمه، وفي «الكفاية» نسبته إلى الأصحاب^{١٢}. فخصّوه بالواجب الصلبي. والأصل في ذلك ما في «المبسوط»^{١٣} والسرائر^{١٤} من

(١) النهاية: في الوصية المبهمة والوصية بالعتق والحج ص ٦١٥.

(٢) المختصر النافع: في الموصى به ص ١٦٦.

(٣) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٣.

(٤) شرائع الإسلام: في الموصى به ج ٢ ص ٢٤٦.

(٥) كجامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٢٠.

(٦) تقدّم في ص ٤٦٢ برقم ٨.

(٧) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٢٤.

(٨) تقدّم في ص ٤٦٢ برقم ١٤.

(٩) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٢٠.

(١٠) مسالك الأفهام: في متعلّق الوصية ج ٦ ص ١٥٩.

(١١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالحج ج ٢ ص ٤٩٢ س ٤٣.

(١٢) كفاية الأحكام: في الموصى به ج ٢ ص ٤٥.

(١٣) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٢٤.

(١٤) السرائر: فيما يصحّ من الوصية وما لا يصحّ ج ٣ ص ٢٠١.

قولهما: إنه لو أوصى أن يحج عنه من ثلث ماله، وأوصى بوصايا أخرى، قدّم الحج على غيره من الوصايا. وهو الذي تدلّ عليه روايات^١ أصحابنا. وقال في «الدروس»: لو ضمّ الواجب كالحج والدين إلى المتبرّع به وحصرها في الثلث وقصر عن الواجب دخل النقص على الأخير للنصّ وفتوى الجماعة^٢ انتهى. وأرادوا بالروايات والنصّ صحيحة معاوية بن عمار المتقدمة الواردة في المرأة، وهي نصّة صريحة في ذلك، وكأنّه لم يظفر بها في «جامع المقاصد» فظنّ أنّهم أرادوا بالروايات ما دلّ على تقديم الواجب على غيره، لكنّ المصنّف^٣ والمحقّق الثاني^٤ سيخالفان ذلك في أواخر المطلب الثاني ويقولان بالتقسيط، ولعلّهما فهما من خبر معاوية التقسيط لمكان قوله^٥: واجعل ما بقي طائفة في العتق وطائفة في الصدقة^٥. طائفة وطائفة ولكن نظر الإمام^٦ إلى السؤال وتقديم العتق يقضي بالترتيب وأنّ ما بعد ذلك من قبيل المثال فليتملّ.

ولو عدّ أشياء ثمّ أوصى بمجموعها دخل النقص على الجميع. ولو علم الترتيب واشتبه أقرع. ولو اشتبه الترتيب وعدمه ففي «الروضة»: أنّ ظاهرهم إطلاق التقديم بالقرعة ولو رتب ثمّ قال: ابدءوا بالأخير أو بغيره اتّبع لفظه الأخير^٧. ولو أوصى لزيد بثلث ولعمرو بربع ولخالد بسدس ولم تجز الورثة صحّت وصيّة زيد خاصّة.

(١) وسائل الشيعة: ب ٦٥ من أبواب أحكام الوصايا ج ١٣ ص ٤٥٥.

(٢) الدروس الشرعية: في الوصية بالمجهول ج ٢ ص ٣١٤.

(٣) سيأتي في ص ٥٥٠.

(٤) جامع المقاصد: في الوصيّة بالحجّ تطوعاً ج ١٠ ص ٢٣٣.

(٥) وسائل الشيعة: ب ٦٥ من أبواب أحكام الوصايا ج ٢ ص ٤٥٦.

(٦) الروضة البهية: في متعلّق الوصيّة ج ٥ ص ٤٥.

قوله: «ولو أوصى لزيد بثلث ولعمرو بربع، ولخالد بسدس، ولم تجز الورثة صحّت وصيّة زيد خاصّة» كما في «المبسوط»^١ والجامع^٢ والشرائع^٣ والتحرير^٤ والتلخيص^٥ والإرشاد^٦ والمختلف^٧ والروض^٨ والمسالك^٩ والكفاية^{١٠} وكذا «جامع المقاصد»^{١١} وظاهر الأوّل^{١٢} والأخير الإجماع عليه وأنه لغريب من الأخير كما ستسمع^{١٣} ما في «التحرير» أيضاً. وفي «الكفاية»: أنه الأشهر ثم قال: وقيل: إنّ الآخر رجوع عن الأوّل^{١٤}. ولم نجد هذا القائل، ولعلّه أشار إلى ما ستسمعه^{١٥} إن شاء الله تعالى عن «المبسوط» أيضاً. إذ قضيتّه أنّ ولو أوصى بثلثه لزيد وبثلثه لعمرو كان رجوعاً على إشكال.

الأخير رجوع كما ستعرف.

مركز تحقيق التراث
مكتبة جامعة طهران

- (١) المبسوط: في الوصية بالثلث ج ٤ ص ٨.
- (٢) الجامع للشرائع: في الوصية بالثلث وغيره ص ٥٠٠.
- (٣) شرائع الإسلام: في الوصية بالثلث وغيره ج ٢ ص ٢٤٦.
- (٤) تحرير الأحكام: في الوصية بالثلث وغيره ج ٣ ص ٣٤٥.
- (٥) تلخيص المرام: في الوصية بالثلث وغيره ص ١٥٥.
- (٦) إرشاد الأذهان: في الوصية بالثلث وغيره ... ج ١ ص ٤٦٠.
- (٧) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٦٦.
- (٨) لا يوجد كتابه لدينا.
- (٩) مسالك الأفهام: في الوصية بالثلث وغيره ج ٦ ص ١٦١.
- (١٠) كفاية الأحكام: في الوصية بالثلث وغيره ج ٢ ص ٤٦.
- (١١) جامع المقاصد: في الوصية بالثلث وغيره ج ١٠ ص ١٢٤.
- (١٢) جامع المقاصد: في الوصية بالثلث وغيره ج ١٠ ص ١٢٤.
- (١٣) سيأتي في ص ٤٦٦.
- (١٤) كفاية الأحكام: في الوصية بالثلث وغيره ج ٢ ص ٤٦.
- (١٥) سيأتي في ص ٤٦٦.

والوجه في صحّة وصيّة زيد خاصّة أنّها قد استوفت الثلث النافذ بدون الإجازة مع رعاية ما تقدّم من وجوب تقديم الأوّل فالأوّل، والرجوع لا يثبت بمجرد الاحتمال، ومجرّد الوصيّة بما زاد على الثلث ثانياً وثالثاً لا تدلّ عليه. ومثل أمثلة الكتاب ما إذا أوصى لواحد بنصف وآخر بخمس، ولثالث بربع، أو للأوّل بجميع المال، وآخر بثلث، ولثالث بنصف، لعدم ما يدلّ على الرجوع في الجميع، والظاهر أنّه يخالف ما أسلفناه^١ عن «السرائر». وتمام التحقيق في المسألة الآتية.

قوله: «ولو أوصى بثلثه لزيد، وبثلثه لعمر، كان رجوعاً على إشكال» الفرق بين هذه والتي قبلها حتّى استشكل هنا وجزم هناك بعدم كونه رجوعاً، أنّ الثلث المضاف إلى الموصي حيث قال: ثلثي بالإضافة إلى نفسه هو القدر النافذ فيه وصيّته شرعاً، فإذا أوصى به ثانياً فقد رجع عن الوصيّة الأولى، لأنّه ليس له ثلثان مضافان إليه، فيكون بمنزلة ما لو أوصى بهذا الثوب لزيد، ثمّ أوصى به لعمر، بخلاف المسألة الأولى، حيث أوصى لزيد بثلث من دون أن يضيفه إلى نفسه، فإنّه متعلّق بجملة المال من دون أن ينسب إلى الثلث النافذ فيه الوصيّة، فإذا أوصى بعده بربع لا يتبادر إلى الفهم أنّه بعض ذلك الثلث السابق بل الربع الخارج عنه المتعلّق بأصل المال، وكذلك السدس. فتكون وصايا متعدّدة لا تضادّ فيها، لأنّ اختلافها دلّنا على أنّ الموصي به ثانياً غير الموصي به أولاً، ومتى تغايرت ولم يكن بينها تضادّ وجب أن يبدأ بالأوّل ثمّ بما بعده بقدر ما يتّسع الثلث. فبأن الأمر واتّضح الفرق، لكنّ المصنّف استشكل في الثانية هنا وفي

(١) تقدّم في ص ٤٦٣.

«التحرير» حيث قال: فيه نظر^١، كما هو ظاهر «الدروس»^٢ حيث لا ترجيح فيه، وكذا «جامع المقاصد»^٣.

ومنشأ الإشكال هو ما أشرنا إليه في بيان الفرق من أن الإنسان لا يستحق من ماله إلا ثلثه، فإذا أوصى بالثلث مضافاً إلى نفسه، ثم أوصى به كذلك، كان الموصى به ثانياً هو الموصى به أولاً فيكون ناسخاً له وبه جزم في «الخلافاً»^٤ والمبسوط^٥ والسرائر^٦ والشرائع^٧ والتلخيص^٨ والإرشاد^٩ والروض^{١٠} والمسالك^{١١} والكفاية^{١٢} والمفاتيح^{١٣} واستدل عليه في «الخلافاً»^{١٤} بإجماع الفرق وأخبارهم. وقال في «التحرير»^{١٥}: قاله علماؤنا، مؤذنا بدعوى الإجماع، كما تؤذن به أيضاً عبارة «جامع المقاصد»^{١٦} وقد سمعت ما حكينا عن هذين الكتابين من التأمل في

- (١) تحرير الأحكام: في الوصية بالثلث وغيره ج ٣ ص ٣٤٥.
- (٢) الدروس الشرعية: في الوصية بالثلث وغيره ج ٢ ص ٣٠٤.
- (٣) جامع المقاصد: في الوصية بالثلث وغيره ج ١٠ ص ١٢٢.
- (٤) الخلافاً: في الوصية بالثلث وغيره ج ٤ ص ١٥٤ مسألة ٢٨.
- (٥) المبسوط: في الوصية بالثلث ج ٤ ص ٤٢.
- (٦) السرائر: فيما يصح من الوصية وما لا يصح ج ٣ ص ١٩٥.
- (٧) شرائع الإسلام: في الوصية بالثلث ج ٢ ص ٢٤٦.
- (٨) تلخيص المرام: في الوصية في بالثلث ص ١٥٥.
- (٩) إرشاد الأذهان: في الوصية بالثلث ج ١ ص ٤٦٠.
- (١٠) لا يوجد كتابه لدينا ويستفاد من ظاهر حاشية الإرشاد (ضمن غاية المراد): في الوصية بالثلث ج ٢ ص ٤٨٤.
- (١١) مسالك الأفهام: في الوصية بالثلث ج ٦ ص ١٦٢.
- (١٢) كفاية الأحكام: في الوصية بالثلث ج ٢ ص ٤٧.
- (١٣) مفاتيح الشرائع: فيما لو تعددت الوصايا ولم يجز الوارث ج ٣ ص ٢٢٥.
- (١٤) الخلافاً: في الوصية بالثلث ج ٤ ص ١٥٥ مسألة ٢٨.
- (١٥) تحرير الأحكام: في الوصية بالثلث ج ٣ ص ٣٤٥.
- (١٦) جامع المقاصد: في الوصية بالثلث ج ١٠ ص ١٢٢ - ١٢٤.

ذلك.

ومنشأ عدم كونه رجوعاً أن كلاً منهما وصية يجب تنفيذها ولا يجوز تبديلها مع عدم الزيادة على الثلث، والإضافة لا تقتضي أن الموصى به ثانياً هو الموصى به أولاً، ولا دلالة له في اللفظ على إرادة الرجوع بشيء من الدلالات، والإنسان ما دام حياً فجميع التركة على ملكه وإنما تخرج عنه بعد الموت، وهو خيرة «المهذب^١ والمختلف^٢ والإيضاح^٣» بل في «المختلف» أنه لا رجوع في جميع الصور، إلا أن يصرح به أو يدل قرينة عليه.

قال في «التذكرة»: إذا قال: أوصيت بثلثي لزيد، ثم قال: أوصيت بثلثي لبكر، فإن قصد الثلث الموصى به أولاً فهو رجوع عن الأولى ويكون الثلث للأخير، وإن قصد ثلثاً آخر بطلت الوصية الثانية، وإن قصد التشريك في الأولى كان بينهما^٤. وقد وقع للشيخ في «الخلاف والمبسوط» عبارات مختلفة، قال في «الخلاف»: إذا أوصى بثلث ماله لإنسان، ثم أوصى بثلث ماله لغيره ولم تجز الورثة، كانت الوصية الثانية رافعة للأولى وفاسخة لها، ثم استدلل عليه بإجماع الفرقة وأخبارهم ثم قال: وأيضاً فلا خلاف إذا قال العبد الذي كنت قد أوصيت به لفلان قد أوصيت به لفلان فإن هذا يكون رجوعاً عن الوصية، فكذلك إذا أطلق يكون رجوعاً لا فرق بين أن يقيد أو يطلقه^٥ انتهى.

وقال في «الخلاف»: أيضاً؛ لو أوصى له بكل ماله ولآخر بثلثه وأجازت

(١) المهذب: فيما صح من الوصايا وما لا يصح ج ٢ ص ١٠٦.

(٢) مختلف الشيعة: في الوصية بالثلث ج ٦ ص ٣٦٣.

(٣) إيضاح الفوائد: في الموصى به ج ٢ ص ٥٠٨.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الرجوع عن الوصية ج ٢ ص ٥١٥ س ٢٥.

(٥) الخلاف: في الوصايا ج ٤ ص ١٥٤ - ١٥٥ مسألة ٢٨.

الورثة بطل الأخير^١. ومثله ما في «الجامع»^٢ وقال في «الخلافة» ولو بدأ بالثالث وأجازوا أعطي الأول الثالث والأخير الثلثين^٣. والظاهر أنه مناف لما ادعى عليه الإجماع، لأن المفروض في المسألة الثانية أنه قال: أوصيت له بثلاثي مضافاً إلى نفسه، فهو أقوى في إرادة ثلثه الخاص من ثلث ماله في السابق الذي جعله رجوعاً، وكون السابق في الثانية جميع ماله لا يؤثر في دفع المناقاة، لأن جميع ماله متضمن الثلث الذي أوصى به ثانياً. ومفهوم كلامه في المسألة الثانية أن الورثة إذا لم يجيزوا لم يبطل الأخير، بل يكون ناسخاً. ولعل الظاهر أن المفهوم في المسألة الثالثة أنه لا يعطى الأخير الثلثين بل ثلثاً فتأمل.

وقال في «المبسوط»^٤ مثل ما حكيناه عن الخلاف في المسألتين، ثم ذكر في مسألة ثالثة فقال: رجل أوصى بثلث ماله لأجنبي وبثلث ماله للوارث قد بينا مذهبنا فيه وهو أن يمضي الأول منهما وإن أشبه استعمل القرعة^٥، فجزم في هذه بتقديم الأول، وظاهره أنه مذهب الأصحاب. وبذلك جزم في «المهذب»^٦ وقال في «المبسوط» بعد ذلك: إذا أوصى لرجل بثلث ماله ثم أوصى لآخر بثلث ماله فهاتان وصيتان بثلاثي ماله. وكذا لو أوصى بعبد بعينه لرجل ثم أوصى لرجل آخر بذلك العبد بعينه فهما وصيتان وتكون الثانية رجوعاً عن الأولى^٧. وهذا ظاهر التنافي بين الحكمين، مع أنه لا فرق بين المسألتين إلا بكون أحد الموصى له في

-
- (١) الخلاف: في الوصايا ج ٤ ص ١٤٢ مسألة ١١.
 - (٢) الجامع للشرائع: في الوصية بالثلث ص ٥٠٠.
 - (٣) الخلاف: في الوصايا ج ٤ ص ١٤٢ مسألة ١١.
 - (٤) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٤٣.
 - (٥) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١١.
 - (٦) المهذب: فيما صح من الوصايا وما لا يصح ج ٢ ص ١٠٨.
 - (٧) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٤٢.

الأولى وارثاً والآخر أجنبيّاً، ولا فرق بذلك عندنا. وقال في «المبسوط» لو أوصى له بنصف ولاخرب ربع ولم يجيزوا قدّم الأوّل بالثلث^١. وهذا يخالف ما وافق فيه - أي - الخلاف في المسألتين، لأنّ تجاوز الثلث إن كان علّة في الرجوع ثبت في الموضعين وإلاّ انتفى فيهما، إلّا أن يجعل إضافة الثلث إلى الموصي في الموضعين قرينة على أنّ الثلث الثاني هو الأوّل. ولا يطرد في الوصيّة بالكلّ والنصف، لأنّ الكلّ والنصف ليسا له كالثلث. ويلزم من هذا أنّه لو قال سدسى لفلان ثمّ قال ثلثي أو ربعي لآخر أنّه يكون رجوعاً. وهناك عبارات كقولهم يعمل بالأخير من المتضادين كما في «التبصرة»^٢ واللمعة^٣ وغيرهما^٤. وقد سمعت^٥ ما أسلفناه عن «السرائر».

لكنّ الكلام في معرفة المتضادين فلا بدّ من تأصيل أصل في الباب بحيث يعتمد عليه في التمييز بين كلام الأصحاب، وقد أصل في «جامع المقاصد»^٦ أصلاً، ولعلّه غير أصيل في الباب لما يلزمه من مخالفة كلام جميع الأصحاب كما اعترف هو بذلك وصاحب «المسالك»^٧ ومخالفة الأخبار المرسلة في «الخلاف»^٨ المعتمدة بالشهرة والإجماع المنقول، وهو أنّ الأصل في الوصيّة أن تكون نافذة فيجب حملها على ما يقتضي النفاذ بحسب الإمكان، وإنّما تكون الثانية نافذة إذا

(١) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٨.

(٢) تبصرة المتعلمين: في الوصايا ص ١٢٨.

(٣) اللمعة الدمشقية: في متعلّق الوصيّة ص ١٧٩.

(٤) كالروضة البهية: في متعلّق الوصيّة ج ٥ ص ٤٩.

(٥) تقدّم في ص ٤٦٣.

(٦) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٢٢.

(٧) مسالك الأفهام: في متعلّق الوصيّة ج ٦ ص ١٦٤.

(٨) الخلاف: في الوصايا ج ٤ ص ١٥٥ مسألة ٢٨.

كان متعلقها هو الثلث الذي يجوز للمريض الوصية به، فيجب حملها عليه كما يجب حمل إطلاق بيع الشريك النصف على نصفه، وحملاً للبيع على معناه الحقيقي لا الفضولي، فيتحقق التضاد فيما إذا قال: أوصيت بثلث لزيد من دون إضافة إلى نفسه، وبثلث لعمر وكذلك، فيكون الثاني ناسخاً للأول فيقدم. وأولى منه ما لو قال ثلث مالي ثم فرّع عليه البطلان والنسخ فيما أجمع عليه باعترافه، وهو ما إذا أوصى لزيد بثلث ولعمر وبربع ولخالد بسدس وانتفت القرائن. وقد سمعت^١ كلام «السرائر» فيما سلف، وظاهره موافقة «جامع المقاصد»^٢ وقد قال في «السرائر»^٣ إنه مذهب أصحابنا لكنه يخالفه كلام «المبسوط» فيما إذا أوصى بثلث ماله لأجنبي وبثلث ماله للوارث كما سمعت^٤، وقد قلنا: إن ظاهره أنه مذهب الأصحاب.

والذي ينبغي أن يكون أصلاً في الباب بحيث ينطبق عليه كلامهم ما قاله في «المسالك»^٥: من أن الأصل في كل وصية أن تكون محمولة على الصحة - سواء كانت نافذة أم متوقفة على إجازة الوارث - لأن المتوقف على إجازته لا يدافع الصحة إن هو إلا كالخيار الثابت للبائع الغير المانع من ملك المشتري، خصوصاً على القول بأن الإجازة تنفيذ، فإذا كان الأصل الصحة فلا يحكم بزوالها إلا إذا أتى بلفظ يدل على الفسخ والرجوع، وهو في المسألة الأولى وفي كل مسألة مثلها منتف. وأمّا إذا قال: ثلثي مضافاً إلى نفسه ونحوه فإن الدليل موجود لمكان القرينة

(١) تقدّم في ص ٤٦٣.

(٢) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٢٢ - ١٢٤.

(٣) السرائر: فيما يصح من الوصية وما لا يصح ج ٣ ص ١٩٥.

(٤) تقدّم في ص ٤٦٦.

(٥) مسالك الأفهام: في متعلق الوصية ج ٦ ص ١٦٢ - ١٦٥.

الواضحة. ولو ترك الإضافة وقال: ثلث لفلان لم يكن نسخاً وكان كالمسألة الأولى لعدم القرينة. ومجرد الشك في الرجوع كاف في عدمه، فيحكم بصحة الجميع، ويعمل في الزائد عن الثلث بمقتضى القاعدة المستقرّة من البدء بالأوّل فالأوّل، فلو قال: أعطوا زيداً ثلثي، ثمّ قال: أعطوا عمرواً ثلثاً لم يكن الثاني نسخاً، ولو عكس فالظاهر أن نسخ. ولو عبّر بثلث مالي بدل ثلثي، ففي إلحاقه به أو بالمطلق وجهان، أوجههما الثاني، للشك في إرادة الرجوع، فإنّ ثلث ماله أعمّ من ثلثه المضاف إلى نفسه، ولو فرض أنّ هناك إجماع أو قرينة أفادت الرجوع عمل به، إلّا أنّ ذلك أمر خارج عن اللفظ.

والحاصل أنّ الوصيّة عقد من العقود يحمل على الصحة، لا على النافذ بحيث لا يترتب عليه فسخ هذه الوصيّة بجميع المال توصف بالصحة قطعاً، إذ لا يقول أحد بأنّها غير صحيحة لوقوف ما زاد على الإجازة، وما مثل به من بيع الشريك نصفه، لأنّه هو الذي يستحقّه لا يخالف ما هنا، لأنّ جميع التركة مستحقّة للموصي حال حياته إجماعاً، فإذا أوصى فقد أوصى بما يستحقّه، ومن ثمّ حكموا بصحة وصيّته بما زاد وبصحة هبته، وإن توقفت على إجازة الورثة، بل حكموا بصحة هبته لو برئ على المختار، من أنّ منجزاته تنفذ من الأصل، فلا مجال للإشكال، وقد أطبق أصحابنا على أنّ الإجازة تنفيذ للوصيّة لا عطية من الورثة متجدّدة.

وعساك تقول: إذا كانت جميع التركة مستحقّة له، فإضافة الثلث إليه لا يقتضي الرجوع، لأنّ جميع ماله ما دام حيّاً له، كما تقدّم في توجيه أحد وجهي الإشكال. وجوابه: إنّنا نقول بموجبه، إلّا أنّنا ندّعي وجود القرينة في هذه الإضافة على الرجوع. ومن ثمّ لو أبدلها بالإضافة إلى ماله شككنا في إرادة الرجوع فلم نحكم فإن اشتبه الأوّل أقرع. ولو أوصى بمعيّن زائد عن الثلث لاثنين ولم يجز الورثة فلهما منه بقدر الثلث.

به وقدّمنا الأوّل فالأوّل، فالكلّ والنصف له، لكنّهما ليسا له كالثلث. وفي معنى قوله: ثلثي، قوله الثلث الذي تمضي فيه وصيّتي أو الثلث المتعلق بي ونحو ذلك. قوله: «فإن اشتبه الأوّل أقرع» كما في «المبسوط»^١ والمهذب^٢ والشرائع^٣ والتحرير^٤ والإرشاد^٥ وجامع المقاصد^٦ والروض^٧ والمسالك^٨ سواء قلنا: إنّه رجوع أم لا، لأنّه إن كان رجوعاً فالوصيّة هي الثانية وإلاّ فالأولى. والمراد أنّه اشتبه السابق من الموصى لهما بالثلث، فإنّه يستخرج بالقرعة ليحكم بالوصيّة للمتأخّر على قول، أو للسابق أعني القول الآخر، إذ لا فرق بين الحكمين في اعتباره بالقرعة. وصفتها: أن يكتب في رقعة اسم أحدهما وأن السابق، ثمّ يكتب في أخرى اسم الآخر وأنّه السابق، فمن خرج اسمه كان هو السابق. ولو كتب في كلّ رقعة صاحبها المتأخّر صعب أيضاً.

الحاشية [في الوصيّة بمعين زائد الثلث لاثنين]

قوله: «ولو أوصى بمعين زائد على الثلث لاثنين ولم يجز الورثة

- (١) المبسوط: في الوصيّة بالثلث ج ٤ ص ٨.
- (٢) المهذب: فيما يصحّ من الوصايا وما لا يصحّ ج ٢ ص ١٠٨.
- (٣) شرائع الإسلام: في الوصيّة بالثلث ج ٢ ص ٢٤٦.
- (٤) تحرير الأحكام: في الوصيّة بالثلث ج ٣ ص ٣٤٥.
- (٥) إرشاد الأذهان: في الوصيّة بالثلث ج ١ ص ٤٦٠.
- (٦) جامع المقاصد: في الوصيّة بالثلث ج ١٠ ص ١٢٤.
- (٧) لا يوجد كتابه لدينا ويستفاد من ظاهر حاشية الإرشاد (ضمن غاية المراد): في الوصايا ج ٢ ص ٤٨٤.
- (٨) مسالك الأفهام: في الوصيّة بالثلث ج ٦ ص ١٦٧.

فلهما منه الثلث^١ ونحوه ما في «الشرائع»^٢ والتحرير^٣ والإرشاد^٤ وجامع المقاصد^٥ والروض^٦ والمسالك^٧ قال في «الشرائع»: لو أوصى بشيء واحد لاثنين وهو يزيد عن الثلث ولم تجز الورثة كان لهما ما يحتمله الثلث^٨. ومراد الجميع أن الوصية كانت دفعة بقرينة الحكم والتقييد في الثانية بالترتيب في الجميع كما ستسمع. وقد فرضت المسألة في الكتاب في المعين كدار مثلاً وأطلقت في البقية. والحاصل أن جعل الوصية لاثنين بلفظ واحد بحيث لا يحصل الترتيب بين الوصيتين كأن قال أعطوا فلاناً وفلاناً الدار الفلانية كما هو فرض الكتاب أو مائة درهم كما في البقية فإنها تكون وصية واحدة، فإن لم يحتملها الثلث جاء النقص عليهما معاً بالنسبة كما هو ظاهر، لأنها كما عرفت وصية واحدة. ولا فرق في ذلك بين أن يقول أعطوا فلاناً وفلاناً الدار الفلانية، لزيد البيت الفلاني والباقي لعمرو، إذ الظاهر أنها وصية واحدة وإن كان آخرها متعاقباً، لأنه وقع بياناً لما أجمله أولاً، وقد أوقعه لهما دفعة. ولو اقتصر على التفصيل الأخير فلاريب في كونهما متعاقبين أو يقول في صورة عدم التعيين لزيد النصف وعمرو النصف كما أشار إليه ولو رتب أعطي الأول وكان النقص على الثاني سواء أوصى لكل منهما بشيء منه أو أوصى لكل منهما بشيء منفرد.

للمرور

- (١) شرائع الإسلام: في الوصية بشيء واحد لاثنين ج ٢ ص ٢٤٧.
- (٢) تحرير الأحكام: في الوصية بشيء واحد لاثنين ج ٣ ص ٣٤٦.
- (٣) إرشاد الأذهان: في الوصية بشيء واحد لاثنين ج ١ ص ٤٦٠.
- (٤) جامع المقاصد: في الوصية بشيء واحد لاثنين ج ١٠ ص ١٢٤.
- (٥) لا يوجد كتابه لدينا ويستفاد من ظاهر حاشية الإرشاد (ضمن غاية المراد): في الوصايا ج ٢ ص ٤٨٥.

(٦) مسالك الأفهام: في متعلق الوصية ج ٦ ص ١٦٩.

(٧) شرائع الإسلام: في الموصى به ج ٢ ص ٢٤٧.

فيما ستسمع بقوله: سواء أوصى لكلّ منهما بشيء منه أو أوصى لكلّ منهما بشيء منفرد، إلا أن تقول إنّ قوله هذا خاصّ بما إذا رتب، ولعلّه هو الظاهر. قوله: «ولو رتب أعطي الأول وكان النقص على الثاني سواء أوصى لكلّ منهما بشيء منه أو أوصى لكلّ منهما بشيء منفرد» هذه العبارة حيث صرح فيها بأنّه رتب كعبارة «الإرشاد»^١ وجامع المقاصد^٢ والروض^٣ أحسن من عبارة «الشرائع»^٤ والتحرير^٥ حيث ترك فيهما ذلك وقيل فيهما: ولو جعل لكلّ واحد منهما شيئاً بدئ بعطيّة الأول وكان النقص على الثاني منهما، لأنّ جعله لكلّ منهما شيئاً يتناول ما إذا رتب، كأن قال: أعطوا زيداً خمسين، وأعطوا عمرواً خمسين، أو أعطوا زيداً نصف الدار وعمرواً نصفها، وما إذا لم يرتب، كأن قال: أوصيت لزيد وعمرو بالدار الفلانيّة لكلّ واحد نصفها، فقد صدق أنّه جعل لكلّ واحد منهما شيئاً، وحكمه كالأول، إلا أن تقول: إنّ مراده أنّه جعل لكلّ واحد منهما شيئاً ببدء فإنّ هذا ينفكّ عن الترتيب. ولا فرق على تقدير التعاقب أيضاً بين أن يوصي لكلّ منهما بشيء معيّن من المعيّن، كاليّيت الفلاني من الدار، ومشاع كالنصف، لاشتراكهما في المقتضي والوجه في ذلك أنّ الظاهر أنّ الموصي أراد تنفيذ الوصيّتين وأنهما في حكم وصيّة واحدة.

ولو أجازوا وصيّة النصف ثمّ ادّعوا ظنّ القلّة لتركته صدّقوا مع

(١) إرشاد الأذهان: في الوصيّة بشيء واحد لاثنين ج ١ ص ٤٦٠.

(٢) جامع المقاصد: في الوصيّة بشيء واحد لاثنين ج ١٠ ص ١٢٤.

(٣) لا يوجد كتابه لدينا.

(٤) شرائع الإسلام: في الوصيّة بشيء واحد لاثنين ج ٢ ص ٢٤٧.

(٥) تحرير الأحكام: في الوصيّة بشيء واحد لاثنين ج ٣ ص ٣٤٦.

[فيما لو ادعى الورثة بعد الإجارة ظن قلة التركة]

قوله: «ولو أجازوا وصية النصف ثم ادعوا ظن القلة لتركته صدقوا مع اليمين» كما هو معنى ما في «المبسوط»^١ والتذكرة^٢ والتحرير^٣ والتلخيص^٤ والإرشاد^٥ والدروس^٦ واللمعة^٧ وجامع المقاصد^٨ وتعليق الإرشاد^٩ والروض^{١٠} والمسالك^{١١} والروضة^{١٢} وتردّد في «الشرائع»^{١٣} والكفاية^{١٤} وهو ظاهر «الحواشي»^{١٥} حيث لم يرجع.

وفي بعضها «كالمبسوط»^{١٦} والتذكرة^{١٧} والتحرير^{١٨} التقييد بما إذا لم يكن

(١) المبسوط: في حكم ادعاء الورثة ظن قلة التركة ج ٤ ص ١٠٠.

(٢) تذكرة الفقهاء: في حكم ادعاء الورثة ظن قلة التركة ج ٢ ص ٤٨٢ س ٢٩ و ٣٤.

(٣) تحرير الأحكام: في حكم ادعاء الورثة ظن قلة التركة ج ٣ ص ٣٤٢.

(٤) تلخيص المرام: في حكم ادعاء الوارث ظن قلة التركة ص ١٥٥.

(٥) إرشاد الأذهان: في حكم ادعاء الوارث ظن قلة التركة ج ١ ص ٤٦٠.

(٦) الدروس الشرعية: في حكم ادعاء الوارث جهالة التركة ج ٢ ص ٣٠٥.

(٧) اللمعة الدمشقية: في حكم ادعاء الورثة قلة التركة ص ١٧٨.

(٨) جامع المقاصد: في حكم ادعاء الوارث ظن قلة التركة ج ١٠ ص ١٢٥.

(٩) حاشية الإرشاد (ضمن حياة المحقق الكركي وآثاره ج ٩): ظن الوارث كثرة التركة ص ٤٨٩.

(١٠) لا يوجد كتابه لدينا ويستفاد من حاشية الإرشاد (ضمن غاية المرام): في الوصايا ج ٢ ص ٤٨٥.

(١١) مسالك الأفهام: في حكم ادعاء الورثة ظن قلة التركة ج ٦ ص ١٧٠.

(١٢) الروضة البهية: في حكم ادعاء الورثة ظن قلة التركة ج ٥ ص ٤٦.

(١٣) شرائع الإسلام: في حكم ادعاء الورثة ظن قلة التركة ج ٢ ص ٢٤٧.

(١٤) كفاية الأحكام: في حكم ادعاء الورثة ظن قلة التركة ج ٢ ص ٤٧.

(١٥) لم نعر عليه.

(١٦) المبسوط: في حكم ادعاء الورثة ظن قلة التركة ج ٤ ص ١٠.

(١٧) تذكرة الفقهاء: في حكم ادعاء الورثة ظن قلة التركة ج ٢ ص ٤٨٢ س ٣٢.

للموصى له بيّنة تشهد باعترافهم بمعرفتهم قدر المال. وزاد في «التحرير»^(١) التقييد بما إذا كان المال خفياً، أمّا إذا كان ظاهراً لا يخفى عليهم لا يلتفت إلى قولهم. والوجه في ذلك ظاهر، ولذلك تركه الأكثر. وفي أصل المسألة أنّه يجوز أنّهم بنوا على أصل عدم زيادة المال فظهر خلافه، مضافاً إلى أنّ المال ممّا يخفى غالباً وإلى إمكان صدق دعواهم في ظنّهم الذي لا يعرف إلّا من قبلهم فلو لم نكتف فيها باليمين لزم الضرر، لتعذر إقامة البيّنة على دعواهم.

والوجه في تردد المحقّق ينشأ ممّا سمعت ومن قدومهم على اللفظ المحتمل للقليل والكثير. فالرجوع إلى قولهم رجوع عن لفظ متيقّن الدلالة على معيّن يعمّ الجميع إلى دعوى ظنّ يجوز كذبه. وأمّا الضرر فقد أدخلوه على أنفسهم بتقصيرهم بعدم الفحص، ويدفع ذلك كلّ الإقدام على أموال الناس بغير اليقين.

وهذا كلّ مبنيّ على أنّ الإجازة تنفيذ، ولو قلنا بأنّها عطية فلا حاجة إلى اليمين إذا لم يحصل قبض، فإنّ العطية قبله لا تلزم، بل قد يقال^(٢) أنّه إذا حلف على القول بالعطية بطلت في الجميع، ومثاله أن يقولوا بعد إجازتهم لوصيته له بنصف ماله: إنا ظننا أنّه ألف درهم فظهر ألف دينار أو يقولوا: إنا ظننا أنّه مائة درهم فظهر أنّه سبعمائة درهم فإنّهم إذا حلفوا قضي بصحّة الإجازة في الأوّل بخمسمائة درهم وفي الثاني بخمسين درهماً فيدفع ذلك إلى الموصى له مع ثلث باقي التركة، وباقيها في المثال الثاني ستّ مائة درهم، فيدفع ثلث ذلك مائتان، فيجتمع معه مائتا درهم وخمسون درهماً. وهو معنى قوله في «الروضة»: يعطى

(١) تحرير الأحكام: في حكم ادّعاء الورثة ظنّ قلة التركة ج ١٣ ص ٣٤٢.

(٢) كما في مسالك الأفهام: في حكم ادّعاء الورثة ظنّ قلة التركة ج ٦ ص ١٧٠.

ولو كانت الوصية بمعين فادعوا ظن أنه الثلث أو ما زاد بيسير أو أن المال كثيراً وأنه لا دين له لم يقبل منهم ويحتمل القبول

ثلث المجموع وما ادعوا ظنه^١. وقد وقع في «الروض»^٢ في نسختين كلام ساقط جداً بل هو غلط قطعاً.

قوله: «ولو كانت الوصية بمعين وادعوا ظن أنه الثلث أو ما زاد بيسير، أو أن المال كثير وأنه لا دين له لم يقبل منهم، ويحتمل القبول» عدم القبول منهم في المعين كالعبد والدار، خيرة «الشرائع»^٣ والتذكرة^٤ والتلخيص^٥ واللمعة^٦ والروض^٧ وكذا «التحرير»^٨ والدروس^٩ والروضة^{١٠} ولا ترجيح في «الإيضاح»^{١١} وقال في «المبسوط»^{١٢} قيل: فيه قولان، وظاهره التردد كما هو صريح «الكفاية»^{١٣} وفي «جامع المقاصد»^{١٤} أن الأصح القبول^{١٥} وفي

(١) الروضة البهية: في حكم ادعاء الورثة ظن قلة التركة ج ٥ ص ٤٧.

(٢) لا يوجد لدينا كتابه.

(٣) شرائع الإسلام: في حكم ادعاء ظن الوصية بقدر الثلث و... ج ٢ ص ٢٤٧.

(٤) تذكرة الفقهاء: في حكم ادعاء ظن الوصية بقدر الثلث و... ج ٢ ص ٤٨٢ س ٣٣.

(٥) تلخيص المرام: في حكم ادعاء ظن الوصية بقدر الثلث و... ص ١٥٥.

(٦) اللمعة الدمشقية: في حكم ادعاء ظن الوصية بقدر الثلث و... ص ١٧٨.

(٧) لا يوجد كتابه لدينا.

(٨) تحرير الأحكام: في حكم ادعاء ظن الوصية بقدر الثلث و... ج ٣ ص ٣٤٢.

(٩) الدروس الشرعية: في حكم ادعاء ظن الوصية بقدر الثلث و... ج ٢ ص ٣٠٥.

(١٠) الروضة البهية: في حكم ادعاء ظن الوصية بقدر الثلث و... ج ٥ ص ٤٦.

(١١) إيضاح الفوائد: في حكم ادعاء ظن الوصية بقدر الثلث و... ج ٢ ص ٥٠٩.

(١٢) المبسوط: في حكم ادعاء ظن الوصية بقدر الثلث و... ج ٤ ص ١١.

(١٣) كفاية الأحكام: في حكم ادعاء ظن الوصية بقدر الثلث و... ج ٢ ص ٤٧.

(١٤) جامع المقاصد: في حكم ادعاء ظن الوصية بقدر الثلث و... ج ١٠ ص ١٢٦.

وإذا أوصى بالثلث لزيد كان له من كل شيء ثلثه.

«المسالك»: أنه أوجه وفي «التحرير»^١ والدروس^٢ لو قيل به كان وجهاً، ولم نجد قائلًا به من قبلهما وفي «الروضة»: أنه متجه^٣.

والفرق بين هذه عند القائل بعدم القبول والوصية بالجزء المشاع أن الإجازة هنا وقعت على معلوم للورثة وهو العين المخصوصة كيف كانت من التركة فكانت الإجازة ماضية عليهم، بخلاف الوصية بالجزء المشاع من التركة، فإن العلم بمقداره موقوف على العلم بمجموع التركة والأصل عدمه فيقبل فيه دعوى الجهالة ولعله غير فارق، كما أنه لعله غير ما أشار إليه المصنف، وغير ما ذكره في وجه القبول، ومرجع ذلك إلى بنائهم على الأصل في الأول وعلى خلافه في الثاني، ووجه القبول أن الإجازة في الثاني وإن وقعت على معلوم، إلا أن كونه بمقدار جزء مخصوص من المال كالنصف لا يعلم إلا بعد العلم بمقدار التركة، ولأنه كما يحتمل ظنهم قلة النصف في نفسه، يحتمل ظنهم قلة المعين بالإضافة إلى مجموع التركة ظناً منهم زيادتها، وأصالة عدمها لا دخل لها في قبول قولهم على التقديرين، وهو يقتضي جهالة قدر المعين من التركة كالمشاع، وإمكان ظنهم أنه لا دين على الميت فظهر، مع أن الأصل عدمه، وهو قوي متين جداً.

[في الوصية بالثلث مشاعاً أو معيناً]

قوله: «فإذا أوصى بالثلث لزيد، كان له من كل شيء ثلثه» كما في

(١) تحرير الأحكام: في حكم ادعاء ظن الوصية بقدر الثلث و... ج ٣ ص ٣٤٢.

(٢) الدروس الشرعية: في حكم ادعاء ظن الوصية بقدر الثلث و... ج ٢ ص ٣٠٥.

(٣) الروضة البهية: في حكم ادعاء ظن الوصية بقدر الثلث و... ج ٥ ص ٤٧.

ولو أوصى بمعيّن يخرج من الثلث ملكه الموصى له بالقبول بعد الموت

مكتوب

«الشرائع^١ والتحرير^٢ والإرشاد^٣ والتلخيص^٤ والروض^٥ والمسالك^٦ والكفاية^٧» والمراد أن أوصى بالثلث مشاعاً كما صرح به في «الشرائع^٨ والتحرير^٩ والإرشاد^{١٠}»، وغيرها^{١١}، وحاصله أنه إذا أوصى بثلث ماله فما دون فلا يخلو إما أن يكون مشاعاً أو معيناً، فإن كان الأول فحكمه حكم الوارث فيشارك الورثة في كل شيء حاضر وغائب من دين وغيره، وأمره واضح كما في «المسالك^{١٢}» ولعلّه إنّما تركه الأكثر لذلك، وإن كان الثاني فهو الذي أراده بقوله: ولو أوصى بمعيّن إلى آخره.

مركز تحقيق مكتبة علوم إسلامي

[في الوصية بالثلث مشاعاً أو معيناً]

مكتوب

- (١) شرائع الإسلام: في الوصية بالثلث مشاعاً ج ٢ ص ٢٤٧.
- (٢) تحرير الأحكام: في الوصية بالثلث مشاعاً ج ٣ ص ٣٤٦.
- (٣) إرشاد الأذهان: في الوصية بالثلث مشاعاً ج ١ ص ٤٦٠.
- (٤) تلخيص المرام: في الوصية بالثلث مشاعاً ص ١٥٥.
- (٥) لا يوجد كتابه لدينا ويستفاد من حاشية الإرشاد (ضمن غاية المراد): في الوصية بالثلث ج ٢ ص ٤٨٥.

- (٦) مسالك الأفهام: في الوصية بالثلث مشاعاً ج ٦ ص ١٧٢.
- (٧) كفاية الأحكام: في الوصية بالثلث مشاعاً ج ٢ ص ٤٧.
- (٨) شرائع الإسلام: في الوصية بالثلث مشاعاً ج ٢ ص ٢٤٧.
- (٩) تحرير الأحكام: في الوصية بالثلث مشاعاً ج ٣ ص ٣٤٦.
- (١٠) إرشاد الأذهان: في الوصية بالثلث مشاعاً ج ٢ ص ٤٦٠.
- (١١) كتلخيص المرام: في الوصية بالثلث مشاعاً ص ١٥٥.
- (١٢) مسالك الأفهام: في الوصية بالثلث مشاعاً ج ٦ ص ١٧٢.

بغير اختيار الورثة، (٤)

قوله: «ولو أوصى بمعين يخرج من الثلث ملكه الموصى له بالقبول بعد الموت» كما نبّه عليه في «المبسوط»^١ وبه كلّ صرح في «الشرائع»^٢ والتحرير^٣ والإرشاد^٤ والتلخيص^٥ وجامع المقاصد^٦ والمسالك^٧ والكفاية^٨ غير أنّه قال في «الشرائع»^٩: ملكه بالموت ولم يذكر القبول، وفي «التلخيص»^{١٠}: فهو له، وملكه بالقبول بعد الموت إمّا لكونه كاشفاً عن الملك بالموت، فهو سبب في الملك، لأنّه سبب في حصول العلم به ظاهراً، أو لكونه جزء السبب وهذا هو الشقّ الثاني الذي تقدّمت الإشارة إليه.

ومعنى تعيينه تشخيصه كالدار الفلانية والعبد الفلاني.

قوله: «بغير اختيار الورثة» هذا معنى قوله في «المبسوط»^{١١}: لم يكن للورثة الخيار، وقولهم في «الشرائع»^{١٢} والمسالك^{١٣} والكفاية^{١٤} لا اعتراض

- (١) المبسوط: في الوصية بالثلث معيّن ج ٤ ص ٣٤.
- (٢) شرائع الإسلام: في الوصية بالثلث معيّن ج ٢ ص ٢٤٧.
- (٣) تحرير الأحكام: في الوصية بالثلث معيّن ج ٣ ص ٣٤٦.
- (٤) إرشاد الأذهان: في الوصية بالثلث معيّن ج ١ ص ٤٦٠.
- (٥) تلخيص المرام: في الوصية بالثلث معيّن ج ١ ص ١٥٥.
- (٦) جامع المقاصد: في الوصية بالثلث معيّن ج ١٠ ص ١٢٦.
- (٧) مسالك الأفهام: في الوصية بالثلث معيّن ج ٦ ص ١٧٢.
- (٨) كفاية الأحكام: في الوصية بالثلث معيّن ج ٢ ص ٤٧.
- (٩) شرائع الإسلام: في الوصية بالثلث معيّن ج ٢ ص ٢٤٧.
- (١٠) تلخيص المرام: في الوصية بالثلث معيّن ج ٤ ص ٥٠.
- (١١) المبسوط: في الوصية بالثلث معيّن ج ٤ ص ٥٠.
- (١٢) شرائع الإسلام: في الوصية بالثلث معيّن ج ٢ ص ٢٤٧.
- (١٣) مسالك الأفهام: في الوصية بالثلث معيّن ج ٦ ص ١٧٢.

فإن كان هو الحاضر فله التصرف في الثلث، ويقف الباقي حتى يحضر الغائب لأنه معرض للتلف. 

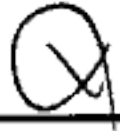
للورثة، وقوله في «التحرير»: ليس للورثة دفع عوضه إلا برضاه^{١٥}. وغرضهم دفع ما عساه يقال: إن في ذلك تخصيصاً له عنهم بتمام العين وهم يستحقون ثلثها. ووجهه عموم الأدلة الدالة على أن تصرف المريض في ثلث ماله ماض مطلقاً من غير اعتبار إذن الورثة، فأعيان الأموال هنا لاغية، والمعتبر وجود مثلي الوصية بأيديهم من جملة التركة، والمفروض حصوله.

قوله: «فإن كان هو الحاضر فله التصرف فيه، ويقف الباقي حتى يحضر الغائب، لأنه معرض للتلف» معناه كما هو قضية الحصر المستفاد من التعريف أنه إذا لم يكن بأيدي الورثة شيء أصلاً سوى العين، تسلط الموصي له على ثلث تلك العين خاصة، وكان ثلثها موقوفاً على تمكن الوارث من ضعفها من المال حتى يحضر الغائب، لأنه معرض للتلف، إذ لو تلف والحال هذه لم يكن محسوباً على الوارث، لعدم قبضه إيّاه، فتكون التركة منحصرة في ذلك المعين الموصى به، فتنفذ الوصية مع عدم الإجازة في ثلثه، لوجود المقتضي وهو الوصية الصحيحة بالنسبة إلى ثلث الموصى به على كل حال، لأن غاية ما هناك تلف الغائب بأجمعه، فيكون الحاضر هو مجموع التركة فيملك ثلثه بغير مانع.

ومعنى كون الثلثين موقوفين، أنهما يوضعان بيد الحاكم، أو من يتراضى عليه الوارث والموصى له، لأن الحق منحصر فيهما إلى أن يتبين الحال، ولا يتسلط الوارث عليهما، لإمكان حصول الغائب فتصح الوصية بجميع المعين. وهو خيرة

(١٤) كفاية الأحكام: في الوصية بالثلث معينا ج ٢ ص ٤٧.

(١٥) تحرير الأحكام: في الوصية بالثلث معينا ج ٣ ص ٣٤٦.

ويحتمل منعه من التصرف وإن كان مستحقاً بكل حال، لأنَّ حقَّ الوارث التسلُّط على ضعف تسلُّطه وهو غير ممكن هنا. 

«المبسوط^١ وجامع المقاصد^٢ والكفاية^٣».

هذا وقد تعرَّض في «الجامع»^٤ والشرائع^٥ والتحرير^٦ والإرشاد^٧ والتلخيص^٨ والروض^٩ وغيرها^{١٠} لمعنى آخر يشارك ما نحن فيه في الحكم، وهو ما إذا كان بعض المال غائباً وقصر الموجود عن الثلث، فإنَّ حاصل كلامهم أنَّه يسلم إليه من العين ثلث الموجود، وكلَّما حصل من الغائب شيء أخذ منها بنسبة ثلثه، وإن قصرت بعض عباراتهم عن تأدية ذلك جميعه.

قوله: «ويحتمل منعه من التصرف وإن كان مستحقاً بكلِّ حال، لأنَّ حقَّ الوارث التسلُّط على ضعف تسلُّطه وهو غير ممكن هنا» هذا الاحتمال حكاه في «المبسوط» وجهاً^{١١}، وقد قال في «التذكرة»: أنَّه عندي قوي^{١٢} وفي «الإيضاح»: أنَّه الحق^{١٣}، ووجهه في «المبسوط»: بأنَّ من شرط

- (١) المبسوط: فيما لو أوصى بالثلث مشاعاً وله مال غالب ج ٤ ص ٤٩ - ٥٠.
- (٢) جامع المقاصد: فيما لو أوصى بالثلث مشاعاً وله مال غائب ج ١٠ ص ١٢٧.
- (٣) كفاية الأحكام: فيما لو أوصى بالثلث مشاعاً وله مال غائب ج ٢ ص ٤٧ - ٤٨.
- (٤) الجامع للشرائع: فيما لو أوصى بالثلث مشاعاً وله مال غائب ص ٥٠٠.
- (٥) شرائع الإسلام: فيما لو أوصى بالثلث مشاعاً وله مال غائب ج ٢ ص ٢٤٧.
- (٦) تحرير الأحكام: فيما لو أوصى بالثلث مشاعاً وله مال غائب ج ٣ ص ٣٤٦.
- (٧) إرشاد الأذهان: فيما لو أوصى بالثلث مشاعاً وله مال غائب ج ١ ص ٤٦٠.
- (٨) تلخيص المرام: فيما لو أوصى بالثلث مشاعاً وله مال غائب ص ١٥٥.
- (٩) لا يوجد لدينا كتابه.
- (١٠) كالحقائق الناضرة: فيما لو أوصى بالثلث مشاعاً وله مال غائب ج ٢٢ ص ٤٤٩ - ٤٥٠.
- (١١) المبسوط: فيما لو أوصى بالثلث مشاعاً وله مال غائب ج ٤ ص ٤٩ - ٥٠.
- (١٢) ؟؟؟؟؟؟؟ (١٢)

الوصية أن يبقى للورثة مثلاً ما قد حصل للموصى له، وهنا ما حصل للورثة شيء^{١٤}. وهو مثل ما في الكتاب.

ومعناه أن حق الوارث أن يتسلط على ضعف ما يستحقه الموصى له، ويعتبر تسلط الوارث على الضعف على حد تسلط الموصى له على الثلث، وهو هنا ممتنع غير ممكن بالنسبة إلى الوارث، لأن ملكه لما زاد عن الثلث من العين غير معلوم، الآن لأن الوصية قد تعلقت به، والمال الذي هو ضعف العين موجود، وإنما توقفنا في الباقي لعدم قبض الوارث للضعف، فيجب أن يمنع الموصى له من الثلث ومعنى استحقاقه له على كل حال أنه إما أن يحضر المال الغائب أو لا، فإن حضر كانت العين كلها له، وإلا فله الثلث.

ووجه هذا الاحتمال في «الإيضاح»: بأن الوارث إنما يحسب عليه ما يصل إليه ويتمكن من التصرف فيه، ولا يمنع من جهة الوصية، وهذا ممنوع منه من جهة الوصية^{١٥}. وهو معنى ما وجهنا به كلام الكتاب. وحاصل كلامهم: أن التمكّن من التصرف وعدم منعه من جهة الوصية شرط في الاستحقاق، والشيخ والجماعة يمنعون الاشتراط. ثم إنه لا وجه ولا دليل على منع الموصى له من ثلثه بعد القطع بتملكه له ونفوذ الوصية فيه. وأما منع الوارث فدليله واضح، وهو احتمال نفوذ الوصية فيه بحضور الغائب، مع أننا قد راعينا حقه بإيقاف ما زاد عن الثلث إلى أن يظهر الحال ومن لاحظ عبارة «المسالك»^{١٦} في توجيه هذا الاحتمال ظهر له أنها

(١٣) إيضاح الفوائد: فيما لو أوصى بالثلث مشاعاً وله مال غائب ج ٢ ص ٥٠٩.

(١٤) المبسوط: فيما لو أوصى بالثلث مشاعاً وله مال غائب ج ٤ ص ٤٩ - ٥٠.

(١٥) إيضاح الفوائد: فيما لو أوصى بالثلث مشاعاً وله مال غائب ج ٢ ص ٥٠٩ - ٥١٠.

(١٦) مسالك الأفهام: فيما لو اشتملت الوصية على التصرف في أكثر من الثلث ج ٦ ص ١٧٢ -

تنبيه: لو اشتملت الوصية أو المنجزة في مرض الموت على كل تقدير على التصرف في أكثر من الثلث احتمل البطلان، لأنها وصية بغير المعروف، والصحة ويكون النقص كالإتلاف ونقص السوق، كما لو كانت قيمة العين ثلاثين ولا شيء سواها ورجعت بالتشقيص إلى عشرة أو باعه أو أعتقه فرجع بالشركة في أقل جزء إلى عشرة.

لاتخلو من اختلال.

[فيما لو اشتملت الوصية على التصرف في أكثر من الثلث]

قوله: «تنبيه: لو اشتملت الوصية أو المنجزة في مرض الموت على كل تقدير على التصرف في أكثر من الثلث احتمل البطلان، لأنها وصية بغير المعروف، والصحة ويكون النقص كالإتلاف ونقص السوق، كما لو كانت قيمة العين ثلاثين ولا شيء سواها، ورجعت بالتشقيص إلى عشرة، أو باعه أو أعتقه فرجع بالشركة في أقل جزء إلى عشرة» قال في «الإيضاح»^١ هذه مسألة شريفة من خصائص المصنّف، ولا ترجيح فيه أيضاً. وفي «جامع المقاصد»: أن الاحتمال الثاني أقوى^٢، وهو كذلك.

والحكم في المسألة مبني على أمرين: الأول أنه إذا حصل الضرر على جميع الشركاء وكان ذلك الضرر نقصاناً فاحشاً وطلبوا القسمة أجبوا إليها، لأنه قد يكون ضرر الشركة أعظم من ذلك النقص، والثاني: أن حكم المنجز حكم الوصية.

(١) إيضاح الفوائد: فيما لو اشتملت الوصية على التصرف في أكثر من الثلث ج ٢ ص ٥١٠.

(٢) جامع المقاصد: فيما لو اشتملت الوصية على التصرف في أكثر من الثلث ج ١٠ ص ١٢٩.

وبيان الحال في المسألة أن يقال: إنه إذا استلزم نفوذ تصرف المريض المتبرع به من وصية أو منجز التصرف في أكثر من الثلث على كل تقدير أي كل فرض يفرض وقوع التصرف فيه سواء فرض وقوع تصرف في الثلث أو فيما دونه على اختلاف أقسامه، وقد مثله المصنف بما إذا كانت العين التي هي مجموع التركة ثلاثين، ولزم من الوصية بشقص منها - أي قدر من ثلث أو ربع وثمان وعشر ودون ذلك من الأجزاء التي يتصور تعلق الوصية بها - نقصان القيمة، بحيث ترجع القيمة بسبب التشقيص إلى عشرة، كسيف أو جوهر يؤثر التشقيص في نقصان قيمتها تأثيراً فاحشاً، ففي التصرف بالوصية والمنجز على الوجه المذكور بالنسبة إلى الثلث وما دونه وجهان فيكون من توابع ما تقدم من أحكام الموصى به. أحدهما: البطلان، لأنها وصية بغير المعروف، لاقتضاها تفويت ما زاد على الثلث على الورثة على كل تقدير من التقديرات التي تفرض وحاصله أن لازم التصرف ممنوع منه شرعاً فملزومه كذلك، والدليل على منع اللازم الخبر: المريض محجور عليه، والإجماع.

والثاني: الصحة للعموم وأن إتلاف المريض لا يحسب من الثلث كما لو قتل عبداً من عبيد ثم أوصى بعق ثلث الباقي فإنه ينعق ولا يحسب عليه التالف والنقص، وأن هذا النقص بغير اختيار الموصي فجري مجرى التلف، قولك: اللازم باطل، وهو تفويت ما زاد، فيه: إنا لا نسلم أن مطلق تفويت ما زاد على الثلث مانع من الصحة، وإنما يمنع إذا كان الزائد من جملة أعيان التركة، والزائد هنا إنما هو نقص في القيمة لزم بسبب التشقيص، فكان كالنقص الحاصل من الإتلاف وتغير

(١) لم نثر عليه بهذا اللفظه، نعم مضمونه موجود، راجع وسائل الشيعة: باب ١٦ و ١٧ من أحكام الوصايا ج ١٣ ص ٣٧٧ و ٣٨١.

وكذا الإشكال لو أوصى له بأحد مصراعي باب، أو أحد زوجي خفَّ قيمتهما معاً ستة وكل واحد اثنان. (٧)

الأسعار وهو نقص السوق.

ثم عُد إلى العبارة، فقله؛ ورجعت بالتشقيص إلى عشرة، أراد به التشقيص بسبب الوصية، وهو في معنى قوله؛ على كل تقدير، إذ المراد على كل تقدير من التقديرات التي يفرض وقوع الوصية عليها من الثلث وما دونه. كما عرفت. وقوله؛ أو باعه، أو أعتقه فيرجع بالشركة، بيان لحكم التصرف المنجز، وهو معطوف على قوله؛ لو كانت قيمة العين، وقوله؛ على كل تقدير، يصح تعلّقه بما اشتملت وبالتصرف.

قوله؛ «وكذا الإشكال لو أوصى له بأحد مصراعي باب، أو أحد زوجي خفَّ قيمتهما معاً ستة وكل واحد اثنان» يريد أن الوجهين السابقين جاريان في هذه المسألة أيضاً، ولما كان لا ترجيح لأحدهما عنده كوله، جاء الإشكال.

وبيان ذلك؛ أنه قد يكون التصرف في الثلث بوصية أو غيرها من التصرفات المنجزة مشتملاً على التصرف فيما زاد على الثلث على بعض التقديرات خاصة بسبب النقص الحاصل بالتشقيص، وقد مثله بما سمعت. ولعله أراد أن كون التصرف في ثلثي المصراع اللذين هما الثلث على وجه يلزم منه نقص ما زاد على ثلث القيمة، وإلا فظاهر ما ذكره المصنف لا يطابق الفرض، لأن التصرف في مصراع منهما تصرف في نصف التركة لا في ثلثها.

وقد صوّر المسألة في «جامع المقاصد» بما لو أوصى له بمصراع من ثلاثة مصاريع وكانت قيمتها تسعة وقيمة كل واحد منها ثلاثة ورجعت بالتشقيص إلى

ومع البطلان لا عبرة بإجازة بعض الورثة. أمّا نقص القيمة بتشقيص الورثة فكالاتلاف في الإرث وفي الوصية فتصح حينئذ وتؤثر الإجازة. (٢)

اثنين. قال: فإن التصرف بثلث التركة باعتبار العين وبما زاد باعتبار النقص الحاصل في القيمة، فإن قيمة المصراعين الآخرين أربعة، فقد فات من القيمة خمسة من تسعة، فيجوز احتمال البطلان والصحة، ووجههما ما سبق. وقال: لكن هنا إن قلنا بالبطلان لم نحكم به مطلقاً بل في الفرض الذي لزم التصرف فيه في أزيد من الثلث دون ما دونه بما لا يلزم فيه ذلك، فإذا أطلنا الوصية أو البيع مثلاً في المصراع صححناها في جزء منه لا يستلزم ذلك.

قوله: «ومع البطلان لا عبرة بإجازة بعض الورثة، أمّا نقص القيمة بتشقيص الورثة فكالاتلاف في الإرث أو في الوصية فتصح حينئذ وتؤثر الإجازة» قد فرّع فرعين على المسألتين السابقتين الأولى: على القول بالبطلان بالنسبة إلى الوصية والمنجز في كل من المسألتين لو أجاز بعض الورثة ذلك التصرف لم يعتبر إجازته، لأن حصته من النقص وإن سقط اعتبارها بالإجازة، إلا أن ذلك لا يدفع لزوم التصرف فيما زاد على الثلث بالنسبة إلى النقص اللازم بالنسبة إلى جميع الورثة، والسر فيه أن حصّة المجز من النقص ليست شيئاً معيّناً منفرداً عن حصّة غيره ليجري على كل منهما حكمه، وإنما النقص أمر عديم، إذ هو عبارة عن فوات بعض القيمة فيمتنع فيه ذلك. نعم لو أجاز جميع الورثة اعتبرت إجازتهم كما ستسمع بيانه في آخر المسألة. وذلك بخلاف ما لو أجاز أحدهم حصته من الوصية بالعين فيما زاد على الثلث.

ويظهر من «الإيضاح» أن المراد عدم تأثير الإجازة من جميع الورثة، كما

يرشد إلى ذلك تعليله بأن الإجازة إنما تؤثر في وصية صحيحة، ويتوقف لزومها على الإجازة، وهذه وصية باطلة من الأصل^١. وفيه: أن إجازة الجميع معتبرة قطعاً كما ستسمع^٢. ثم إن قول المصنف: لا عبرة بإجازة بعض الورثة، ينافيه، لأنه نص في إرادة البعض. ويبقى الكلام في تصويره، وكأنه لا يتم إلا بما ستسمعه في آخر المسألة.

ثم إنه في «الإيضاح» نظر فيما علل به بال منع من بطلانها من الأصل لأنها ليست أقل من تصرف الفضولي كييه^٣. ويأتي تمام الكلام محرراً في الفرع الثاني، وهو أنه لو كان نقص القيمة بسبب الورثة كما إذا تعدد الوارث فلزم من التعدد الشركة والتشقيص المقتضي للنقصان، فإن ذلك النقص جارٍ مجرى الإلتلاف قطعاً كما في «جامع المقاصد»^٤ والناقص كالمكلف قطعاً كما في «الإيضاح»^٥. ولو قال فيه ووالده: إن النقص كالتلف لكان أولى، لأن ذلك حصل من الشركة الحاصلة بالإرث الثابت بأصل الشرع فتكون التركة في المثال كأنها عشرة، وكما يكون هذا النقص كإلتلاف بالنسبة إلى الإرث، فكذلك بالنسبة إلى الوصية، لأن النقص لازم على تقدير الوصية وبدونها، فلا يكون ناشئاً عن تصرف المورث، والحجر إنما هو فيما استند إلى فعله، فحينئذ تصح الوصية.

وقوله: وتؤثر الإجازة، معناه أنه لو أوصى بزيادة عن الثلث فأجاز بعض الورثة فإن إجازته تنفذ في حصته من الزائد، لأن الفرض أنه عين موجودة

(١) جامع المقاصد: فيما لو أوصى بأحد مصراعي باب ج ١٠ ص ١٢٩ - ١٣٠.

(٢) إيضاح الفوائد: فيما لو أوصى بأحد مصراعي باب ج ٢ ص ٥١١.

(٣) إيضاح الفوائد: فيما لو أوصى بأحد مصراعي باب ج ٢ ص ٥١١.

(٤) جامع المقاصد: فيما لو أوصى بأحد مصراعي باب ج ١٠ ص ١٣١.

(٥) إيضاح الفوائد: فيما لو أوصى بأحد مصراعي باب ج ٢ ص ٥١١.

بخلاف حصته من النقص كما تقدّم. كما ذكر ذلك كلّه في «جامع المقاصد» ثمّ قال: وبقي هنا شيء وهو أنّ النقص متى كان حاصلًا بسبب تعدّد الوارث لم يكن محسوباً ولا مانعاً من نفوذ الوصيّة في الثلث، وحينئذٍ فلا حرج على الموصى بوجه من الوجوه بسبب ذلك النقص، فلا حاجة إلى إجازة الورثة أصلاً كلّاً أو بعضاً، فلا يستقيم الحكم بصحّة الإجازة من البعض ولا بعدمها، لانتفاء متعلّقها وهو التصرف فيما زاد على الثلث في الموصى فلا يتصور صحّة الفرع الأوّل مع تعدّد الوارث. قلت: ولا مع اتّحاده، لأنّ إجازة الواحد معتبرة بلا شكّ على الظاهر، لأنّ الحقّ له وقد أسقطه وأنفذ ما فعله مورّثه. ثمّ أنّه استظهر من «الإيضاح» أنّ المراد عدم تأثير الإجازة من جميع الورثة بقرينة تعليله، ثمّ قال: لكنّه قد قدح في تعليله، ثمّ قال: ويمكن أن نفرض المسألة فيما إذا كان تعدّد الورثة لا يقتضي التشقيص المنقّص للقيمة، كما لو كانت التركة أعياناً متساوية غير متفاوتة القيمة، بحيث يخصّ كلّ وارث بعين من غير لزوم تشقيص، أو خصّ المريض كلّ واحد بعين هي قدر حصّته، إلّا أنّه أوصى لأجنبي بثلث الجميع على وجه يلزم منه التشقيص المنقّص للقيمة، ففي هذه الصورة على القول بالبطلان لا تؤثر إجازة بعض الورثة لما قلناه وإنما تؤثر إجازة الجميع^١.

(١) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٣١.

الفصل الثاني: في الأحكام

ومطالبه ثلاثة:

الأول: في الأحكام الراجعة إلى اللفظ

وفيه بحثان: (١)

الأول: في الموصى به

لو أوصى بالحامل لم يدخل الحمل، (٢)

[في أحكام الوصية]

قوله: «الفصل الثاني: في الأحكام، ومطالبه ثلاثة: الأول: في الأحكام الراجعة إلى اللفظ، وفيه بحثان» هذا العنوان من متفرّدات الكتاب، ولما اشتمل على كثير من الأحكام المتعلقة بمباحث الألفاظ، كالحقيقة والمجاز والاشتراك والتواطؤ، عنونه بالأحكام الراجعة إلى اللفظ، وعنون المطلب الثاني بالأحكام المعنوية في مقابلة هذا العنوان.

[فيما لو أوصى بالحامل]

قوله: «الأول: في الموصى به: لو أوصى بالحامل لم يدخل الحمل» كما لم يدخل في البيع والوقف وغيرهما. والمخالف في البيع الشيخ في «المبسوط»^١ وهو شاذّ نادر، فإنه قال ما حاصله: إن الحامل متناول الحمل، وأنه كجزء منها يدخل في الوصية بها والبيع لها ويكون للمشتري، وهو مذهب الشافعي^٢.

(١) المبسوط: في بيع الفرج ج ٢ ص ١٥٦.

(٢) المجموع: في البيع ج ٩ ص ٣٢٤.

ولو أوصى بالحمل لم تدخل الأم.
ولو سقط بجناية جان صحّت وعوّض الجنين للموصى له.

وقد حكاه^١ المصنّف عنه في الكتاب في أوائل الباب. وقد رجع عنه في موضع من «الخلاص»^٢ على ما هو في بالي. وقد أطبقوا على خلافه، وفي «السرائر»^٣ نفي الخلاف عنه مكرراً.

قوله: «ولو أوصى بالحمل لم تدخل الأم» قولاً واحداً، وفي «جامع المقاصد»: أنه لا خلاف فيه^٤ وقضيته أن الوصية به مسلمة مفروغ منها، وهو كذلك إذا كان موجوداً حال الوصية، وأما مع عدمه والشك في وجوده فستسمع^٥ الكلام فيه قريباً.

قوله: «ولو سقط بجناية جان صحّت وعوّض الجنين للموصى له» كما لو أوصى له بعبد فقتله قاتل، لأنه لثبوت عوضه في الذمة انفصل متقوماً فتنفذ الوصية في الضمان كما في المثال. وقال في «التذكرة»: وإن كان بجناية جان قيل: لا تبطل الوصية، وهو قول بعض الشافعية^٦. وكأنه متردد فيه، وقد يظهر من إطلاق «المبسوط»^٧ والتحرير^٨ بطلان الوصية. ولو انفصل ميتاً بدون جناية بطلت

(١) تقدّم في ص ٣٨٥.

(٢) الخلاف: فيما إذا اشترى حيواناً حاملاً ج ٣ ص ١٠٨ مسألة ١٧٥.

(٣) السرائر: في بيع الفرر والمجازفة وما يجوز بيعه وما لا يجوز ج ٢ ص ٣٣٦ و٣٤٤.

(٤) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٣٣.

(٥) سيأتي في ص ٤٧٥.

(٦) تذكرة الفقهاء: في الموصى به ج ٢ ص ٤٨٠ س ١٠.

(٧) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٢.

(٨) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٧.

بخلاف ما لو أوصى له فانفصل بالجناية ميتاً، فلو سقط ميتاً بطلت الوصية به، وكانت مؤنة التجهيز على الورثة، ولو تعدد دخلاً معاً. (٤)

الوصية إجماعاً كما في «التذكرة»^(١).

قوله: «بخلاف ما لو أوصى له فانفصل بالجناية ميتاً فإنه تبطل» بلا خلاف ولا إشكال، لأن صحة الوصية للحمل مشروطة بانفصاله حياً كما تقدم^(٢) بيانه، فلو انفصل ميتاً بطلت سواء كان بجناية جان أو بدونها، ولا أثر لكون انفصاله بجناية إذا انفصل ميتاً.

قوله: «ولو انفصل ميتاً بطلت الوصية به» إجماعاً كما في «التذكرة»^(٣) والمراد أنه سقط ميتاً بدون جناية، قال في «التذكرة»: ولو انفصل ميتاً بدون جناية بطلت الوصية إجماعاً، وبه - أي الحكم - صرح في «المبسوط»^(٤) وغيره^(٥).

قوله: «وكانت مؤنة التجهيز على الورثة» لأنه لما تلف متعلق الوصية ظهر بطلانها، ومن المعلوم أن انتقال الحمل وغيره إلى ملك الموصى له مشروط بصحة الوصية، وحيث لا انتقال كان المخاطب به الورثة.

قوله: «ولو تعدد دخلاً معاً» إن لم يكن شرط الوحدة أو ظنّها، لأن الحمل يصدق على الواحد والمتعدد، لأنه اسم لما في بطن الأم. وأما إذا شرط الوحدة فإنّها تبطل على الظاهر، كما يأتي مثله في أول البحث الثاني^(٦)، وإن لم نقل

(١) تذكرة الفقهاء: في الموصى به ج ٢ ص ٤٨٠ س ١٠.

(٢) تقدم في ص ٣٩٧.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الموصى به ج ٢ ص ٤٨٠ س ١٠.

(٤) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٢.

(٥) كجامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٣٤.

(٦) سيأتي في ص ٤٩٣.

ولا بدّ من وجوده حال الوصيّة، فلو شككنا في وجوده بطلت 

بالبطلان فإنّه يتخيّر الوارث أو يقرع. وأمّا إذا ظنّ - أي الموصي - الوحدة أمكن اعتبار ظنّه ويحيى فيه الاحتمالات الثلاثة: البطلان، والتخيير، والإقراع، وهل يقبل قوله - أي الوارث - في ذلك يمينه؟ قال في «جامع المقاصد»: فيه نظر يلتفت إلى قيامه مقام المورث^١.

قوله: «ولا بدّ من وجوده حال الوصيّة، فلو شككنا في وجوده بطلت» الوصيّة بالحمل على قسمين: وصيّة بالحمل الموجود، وبالحمل الذي سيوجد، والأوّل قسمان الأوّل أن يطلق فيقول: أوصيت لك بحمل فلانة، والثاني أن يقيّد فيقول: أوصيت لك بحملها الموجود في الحال، وهذا بقسميه يشترط وجوده حال الوصيّة، أمّا مع التقييد فظاهر، وأمّا مع الإطلاق فلأنّ المتبادر إلى الفهم من الوصيّة بالحمل إنّما هو الموجود، فلو شككنا في ذلك بطلت لانتفاء الشرط، وقد نبّه على ذلك في «المبسوط»^٢ والتحرير^٣ والإرشاد^٤ وصرّح به في «التذكرة»^٥ وجامع المقاصد^٦ وهو الذي يعتبرون فيه أن تأتي به لدون ستّة أشهر. وأمّا الثاني فلا يشترط فيه ذلك قطعاً لتصريحهم بكون الحمل غير موجود وقت الوصيّة، فتصحّ الوصيّة بما تحمله هذه الجارية، وبالحمل الذي سيكون، كما صرّح ويرجع في الأمة إلى ضابط الشرع. وأمّا البهائم فتختلف باختلاف

(١) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٣٤.

(٢) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٢.

(٣) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٧.

(٤) إرشاد الأذهان: في الوصيّة المبهمة ج ١ ص ٤٦١.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة المبهمة ج ١ ص ٤٦١.

(٦) جامع المقاصد: في أحكام الوصيّة ج ١٠ ص ١٣٥.

أجناسها فيرجع فيها إلى العادة. (٢)

به في «المبسوط»^١ والتذكرة^٢ والكتاب» في أول الباب^٣ وفيما يأتي قريباً جداً و«التحرير» والإرشاد^٥ والدروس^٦ وجامع المقاصد^٧ والروض^٨ وغيرها^٩ كما تقدّم^{١٠} في المطلب الرابع، فلا تنافي بين الكلامين.

قوله: «ويرجع في الأمة إلى ضابط الشرع» أي في حملها، وضابطه أن تأتي به لأقل من ستة أشهر من حين الوصية أو لدون أقصى الحمل إذا لم تكن فراشاً لزوج أو مولى على اختلافهم في ذلك كما تقدّم^{١١} بيانه في معرفة تحقق الحمل الموصى له في أول المطلب الثالث.

قوله: «وأما البهائم فتختلف باختلاف أجناسها فيرجع فيها إلى العادة» أي العادة الغالبة، والظاهر أن مدة حملها لا تنقسم إلى أقل وأكثر كالأمة، ولكل من الخيل والغنم والبقر وغيرها مقدار معلوم عادة غالبة.

أما لو أوصى بما تحمل لم يشترط الوجود ولو أوصى بما يقع

(١) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الموصى به ج ٢ ص ٤٨٠ من ١٢.

(٣) قواعد الأحكام: في الموصى له ج ٢ ص ٤٤٨.

(٤) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٧.

(٥) إرشاد الأذهان: في الوصية المبهمة ج ١ ص ٤٦١.

(٦) الدروس الشرعية: في الموصى به ج ٢ ص ٣٠١.

(٧) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٠٠ و ١٣٥.

(٨) لا يوجد كتابه لدينا ويستفاد من ظاهر حاشية الإرشاد (ضمن غاية المراد): في الوصايا ج ٢ ص ٤٩٣.

(٩) كروضة البهية: في متعلق الوصية ج ٥ ص ٣٣.

(١٠) تقدّم في ص ٤٤١.

(١١) تقدّم في ص ٣٩٥ - ٣٩٧.

اسمه على المحلل والمحرم انصرف إلى المحلل

قوله: «أما لو أوصى بما تحمل لم يشترط الوجود» هذا ما أشرنا إليه آنفاً، وقد عرفت المصرّح به.

[فيما لو أوصى بما يقع على المحلل والمحرم]

قوله: «ولو أوصى بما يقع اسمه على المحلل والمحرم انصرف إلى المحلل» كما تبيّن على ذلك في «المبسوط»^١ والدروس^٢ وصرّح به في «الوسيلة»^٣ والشرائع^٤ والتذكرة^٥ والتحرير^٦ والإرشاد^٧ والتلخيص^٨ والمختلف^٩ واللمعة^{١٠} وجامع المقاصد^{١١} والروض^{١٢} والمسالك^{١٣} والروضة^{١٤} صوناً لقصد ولو أوصى بكلب نزل على المنتفع به.

(١) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٩ - ٢٠.

(٢) الدروس الشرعية: في الموصى به ج ٢ ص ٣٠٠.

(٣) الوسيلة: في أحكام الوصية ص ٣٧٦.

(٤) شرائع الإسلام: فيما لو أوصى بما يقع على المحلل والمحرم ج ٢ ص ٢٤٨.

(٥) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى بما يقع على المحلل والمحرم ج ٢ ص ٤٨٣ س ٤٢.

(٦) تحرير الأحكام: فيما لو أوصى بما يقع على المحلل والمحرم ج ٣ ص ٣٣٩.

(٧) إرشاد الأذهان: فيما لو أوصى بما يقع على المحلل والمحرم ج ١ ص ٤٥٩.

(٨) تلخيص المرام: فيما لو أوصى بما يقع على المحلل والمحرم ص ١٥٥.

(٩) مختلف الشيعة: فيما لو أوصى بما يقع على المحلل والمحرم ج ٦ ص ٣٥٥.

(١٠) اللمعة الدمشقية: فيما لو أوصى بما يقع على المحلل والمحرم ص ١٧٨.

(١١) جامع المقاصد: فيما لو أوصى بما يقع على المحلل والمحرم ج ١٠ ص ١٣٥.

(١٢) لا يوجد لدينا ويستفاد من حاشية الإرشاد (ضمن غاية المراد): في الوصايا ج ٢ ص ٤٨٣.

(١٣) مسالك الأفهام: فيما لو أوصى بما يقع على المحلل والمحرم ج ٦ ص ١٧٤.

(١٤) الروضة البهية: فيما لو أوصى بما يقع على المحلل والمحرم ج ٥ ص ٣٨.

المسلم عن المحرّم، لأنّ الظاهر منه قصد الثواب، وكلامه عن اللغو، وصوناً له عن التصرف الفاسد المنهي عنه شرعاً، وعملاً بعمومات الباب في وجوب تنفيذ الوصية بحسب الإمكان، ذلك كلّ قرينة لصرف المشترك إلى أحد معانيه، لأنّ ما لا يجوز شرعاً استعماله ساقط الاعتبار في نظر الشارع، فهو بمنزلة المعدوم، فأشبه ما لو لم يكن إلّا غير المحرّم، فلو كان له طبلاً لهو وحرب، صرف إلى طبّل الحرب بلا خلاف لأحد منّا ولا من العامة، وفي «المبسوط»^١؛ فيما إذا أوصى بعود من عياده ينصرف الإطلاق إلى عود الله تبطل، إلّا أن تفرض له منفعة مع زوال الصفة المحرّمة. وهو أحد وجهي الشافعية^٢، وقد منعت عليهم الأغلبية بحيث لا يتبادر غيره.

قوله: «فلو أوصى بكلب نزل على المنتفع به» المراد بالمنتفع به الكلاب الأربعة وما جرى مجراها، كالجرو القابل للتعليم كما سبق^٣ في باب البيع، وفي «الوسيلة» إذا أوصى بكلب فإنه يستحقّ كلب صيد أو زرع أو ماشية^٤. وفي «التذكرة»^٥ الإجماع على صحّة الوصية بالكلاب الأربعة، وفي «الشرائع»^٦ والتحرير^٧ تصحّ الوصية بالكلاب المملوكة. وقضيته إنّا إن لم نقل بملكها لم تصحّ ولو لم يكن له سوى غيره يشتري له.

(١) المبسوط؛ في الوصايا ج ٤ ص ٢٠.

(٢) روضة الطالبين؛ في الوصايا ج ٥ ص ٢٢٩.

(٣) تقدّم في ج ١٢ ص ٩٢ - ١٠٢.

(٤) الوسيلة؛ في الوصية بالكلاب الأربعة ص ٣٧٦.

(٥) تذكرة الفقهاء؛ في الوصية بالكلاب الأربعة ج ٢ ص ٤٨٣ س ٣.

(٦) شرائع الإسلام؛ في الوصية بالكلاب الأربعة ج ٢ ص ٢٤٨.

(٧) تحرير الأحكام؛ في الوصية بالكلاب الأربعة ج ٣ ص ٣٣٨.

الوصية بها. وقضية إطلاق الجماعة جواز الوصية بها وإن لم تقل بملكها ولم نجوز بيعها كما صرح به في «التذكرة»^١ والمسالك^٢ لثبوت الاختصاص بها وانتقالها من يد إلى يد بالإرث وغيره. أمّا ما لا يحلّ اقتناؤه كالكلب العقور فلا تصحّ الوصية به إجماعاً في ظاهر «المسالك»^٣ وكذا «التذكرة»^٤.

قوله: «ولو لم يكن له سوى غيره يشتري له» هذا هو الذي استقرّ عليه رأيه في «المبسوط» فيما إذا قال: أعطوه كلباً من كلابي^٥ ولم يكن عنده إلا غير المنتفع به كما ستسمع عبارته، وهو خيرة «جامع المقاصد»^٦ والمسالك^٧ واختير البطلان في «المهذب»^٨ والتذكرة^٩ في المثال.

وقد وقعت «سوى» هنا في مقام إلا، فلو قال إلا غيره لكان أوضح، ومعناه: أنه لو لم يكن للموصي إلا المحرّم فيما إذا أوصى بما يقع على المحلّل والمحرّم وإلا غير المنتفع به من الكلاب فيما إذا أوصى بكلب لم تبطل الوصية بل يجب أن يشتري للموصي له من التركة محلّل في الأوّل ومنتفع به في الثاني، لوجوب تنفيذ الوصية بحسب الإمكان.

- (١) تذكرة الفقهاء: في الموصى به ج ٢ ص ٤٧٩ س ٣٤.
- (٢) مسالك الأفهام: في متعلّق الوصية ج ٦ ص ١٧٥ - ١٧٦.
- (٣) مسالك الأفهام: في متعلّق الوصية ج ٦ ص ١٧٥ - ١٧٦.
- (٤) تذكرة الفقهاء: في الموصى به ج ٢ ص ٤٧٩ س ٣٦.
- (٥) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٩.
- (٦) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٣٦.
- (٧) مسالك الأفهام: في متعلّق الوصية ج ٦ ص ١٧٦.
- (٨) المهذب: في الوصايا ج ٢ ص ١١١.
- (٩) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالاعيان المحرّمة ج ٢ ص ٤٨٣ س ٤ و ٥.

ولو أوصى بطبل من طبوله وله طبل لهو وطبل حرب نزل على الحرب.

وفي «المبسوط والمهذب»^١: إذا قال: أعطوه كلباً من كلابي فالوصية باطلة إلا أن يكون له كلاب صيد أو حائط ثم قال في «المبسوط»: والأقوى عندي أنه يشتري له أقل كلاب الصيد أو الماشية أو الحرب أو الحرث^٢.

وهذا كله إن جوزنا شراءه وإلا فالأقوى البطلان كما في «المسالك»^٣ وإن أمكن تحصيله بالإتهاب ونحوه، إذ لا يجب على الوارث إنفاذ وصية مورثه من مال نفسه بل من مال المورث وهذا إن قلنا بجواز إتهابه، وإلا فالمانع من بيعه يمنع من جميع ضروب التكسب به كما تقدم في بيان ذلك كله في المطلب الرابع في الموصى به مسبقاً محرراً، وقد ردّدنا ما في «جامع المقاصد والمسالك». وهذا الفرع قد تقدم للمصنّف هناك ولم نجد وجهاً وجيهاً لإعادته.

قوله: «ولو أوصى بطبل من طبوله وله طبل لهو وطبل حرب نزل على الحرب» كما صرح به في «المبسوط»^٤ والكتب الثلاثة^٥ التي ذكرت بعده آنفاً، وقد عرفت أنا لم نجد مخالفاً في ذلك ممّا ولا من العائمة. وبالنص في

(١) المهذب: في الوصايا ج ٢ ص ١١١.

(٢) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٩.

(٣) مسالك الأفهام: في متعلق الوصية ج ٦ ص ١٧٦.

(٤) تقدم في ص ٤٤٥.

(٥) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٩-٢٠.

(٦) وهي جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٣٦، والمهذب: في الوصايا ج ٢ ص ١١١، وتذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المحرّمة ج ٢ ص ٤٨٤ سطر الأول.

ولو لم يكن له إلا طبل لهو لا يصلح إلا له بطلت. 

«المبسوط والدروس»^١ على الصّحة في هذا قلنا إنّهما تيّها به على الصّحة فيما إذا أوصى بما يقع على المحلّ والمحزّم كما سمعت^٢.
قوله: «ولو لم يكن له إلا طبل لهو لا يصلح إلا له بطلت» كما في «المبسوط»^٣ والتحرير^٤ والإرشاد^٥ وجامع المقاصد^٦ والروض^٧ وكذا «الشرائع»^٨ والتحرير^٩ في مسألة العود.

وقال في «التذكرة» تارة لم تصح الوصيّة إلا أن ينتفع برضاؤه أو بإزالة صفته، وأخرى وإن لم يصلح إلا للهو، لكن يصلح بعد تغيير يبقى معه اسم الطبل صحّت الوصيّة خلافاً للحنابلة. قلت: هذا يفهم من قوله: لا يصلح إلا له، إذ مفهومه أنّه لو صلح لغير الله بتغيير يسير يبقى معه اسم الطبل^{١٠} صحّت وهو خيرة «جامع المقاصد»^{١١} والمسالك^{١٢} قال في «التذكرة»: وأما إن لم يمكن الانتفاع به إلا بعد

(١) الدروس الشرعية: في الموصى به ج ٢ ص ٣٠٠.

(٢) تقدّم في ص ٤٧٥.

(٣) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٢٠.

(٤) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٣٩.

(٥) إرشاد الأذهان: في الموصى به ج ١ ص ٤٥٩.

(٦) جامع المقاصد: في الموصى به ج ١٠ ص ١٣٦.

(٧) لا يوجد كتابه لدينا ويستفاد من ظاهر حاشية الإرشاد (ضمن غاية المراد): في الوصايا ج ٢ ص ٤٨٣.

(٨) شرائع الإسلام: في الموصى به ج ٢ ص ٢٤٨.

(٩) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٣٩.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المحرّمة ج ٢ ص ٤٨٣ س ٣٤، وص ٤٨٤ س ٢.

(١١) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٣٦ - ١٣٧.

(١٢) مسالك الأفهام: في متعلّق الوصية ج ٦ ص ١٧٥.

تغيره عن صفته بحيث لا يبقى اسم الطبل معه فالأقرب الصحة أيضاً، سواء كان لا ينتفع به إلا برضاؤه^١ ولو نفعاً ما وإن قلّ أو ينتفع به لا على هيئة الطبل. قلت: قد يفهم هذا أيضاً من قوله في الكتاب: لا يصلح إلّاه. وأنه لا يشترط بقاء اسمه. وهو قضية إطلاق «المبسوط»^٢ والشرائع^٣ والتحرير^٤ والتلخيص^٥ والإرشاد^٦ والدروس^٧ والروض^٨ والروضة^٩ في موضعين منها ومواضع من «التذكرة»^{١٠} فإنهم قد أطلقوا ذلك، فبعض في مسألة الطبل، وبعضهم في مسألة العود، وبعض فيهما إطلاقاً يقتضي أن زوال الصفة المحرّمة مع بقاء المنفعة لو تحقق بكسره والانتفاع بخشبه في بعض المنافع المحلّلة يكفي في الصحة.

وكيف كان فوجه البطلان فيما هو منطوق العبارة أنه حصّره فيما عنده بقوله: من طبولي، وهو ينافي تحصيل طبل من خارج ولم يوجد عنده ما يتناول الاسم شرعاً، فيكون بمنزلة ما لو أوصى بالمحرّم. وقد استوفينا^{١١} الكلام في ذلك في المطلب الرابع في الموصى به.

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المحرّمة ج ٢ ص ٤٨٣ س ٣٦.

(٢) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٢٠.

(٣) شرائع الإسلام: في الموصى به ج ٢ ص ٣٤٨.

(٤) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٣٩.

(٥) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٥.

(٦) إرشاد الأذهان: في الموصى به ج ١ ص ٤٥٩.

(٧) الدروس الشرعية: في الموصى به ج ٢ ص ٣٠٠.

(٨) لا يوجد كتابه لدينا ويستفاد من ظاهر حاشية الإرشاد (ضمن غاية المراد): في الوصايا ج ٢ ص ٤٨٣.

(٩) الروضة البهية: في متعلّق الوصية ج ٥ ص ٣٥ و ٣٨.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المحرّمة ج ٢ ص ٤٨٣ - ٤٨٤.

(١١) تقدّم في ص ٤٤٦ - ٤٤٨.

وكذا لو أوصى بالمحرّم ويمكن إزالته عن صفته المحرّمة كالعود، أمّا لو لم يمكن فإنّها تبطل^(١) أمّا لو قال: طبلًا من مالي فإنّه يشتري له طبل حرب. ^(٢)

قوله: «وكذا لو أوصى بالمحرّم ويمكن إزالته عن صفته المحرّمة كالعود، أمّا لو لم يمكن فإنّها تبطل» هذان الحكمان معلومان ممّا تقدّم. قوله: «أمّا لو قال: طبلًا من مالي فإنّه يشتري له طبل حرب» أي ولم يقل: طبلًا من طبولي، لأنّ الطبل المشتري من ماله تصدق عليه الوصيّة. وبالجمله يشتري له طبل لو كان موجوداً في ماله أمكن تنفيذ الوصيّة بالطبل به. فطبل الحرب في العبارة يراد به طبل يصحّ شراؤه من محلّ، أو طبل محرّم يصلح بعد تغييره لمنفعة مباحة مع بقاء الاسم أو بدونه ولو برضا ضاه بناء على ما سبق إن قلنا إنّ يصحّ شراء هذا الطبل. فتأمل. وقال في موضع من «التذكرة»: لو أوصى بعود ولا عود له، فإن كان قال: من عيداني بطلت الوصيّة لفوات محلّها، وإن قال: من مالي وأطلق صحت الوصيّة. فإن قلنا: إنّ ينصرف مطلقه إلى عود اللهو أشتري له عود اللهو يصلح لمنفعة مباحة برضا ضاه. وبالجمله يشتري له ما لو كان موجوداً في ماله أمكن تنفيذ الوصيّة بالعود به. ولو لم يمكن الانتفاع به إلّا على الوجه المحرّم احتل صرفه إلى المجاز كعود البناء والقسي، وإن قلنا: لا ينصرف مطلقه إلى عود اللهو صحت الوصيّة به^١. وقال في موضع آخر من «التذكرة»: إن قال: أعطوه كلباً من كلابي فإن لم يكن له كلب مباح بطلت الوصيّة، ولو قال: أعطوه كلباً من مالي صحت الوصيّة مطلقاً سواء قلنا: إن الكلب المباح يصحّ بيعه أو لا^٢. ونصّ

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة بالأعيان المحرّمة ج ٢ ص ٤٨٤ س ١٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة بالأعيان المحرّمة ج ٢ ص ٤٨٣ س ٤ و ٥.

ولو أوصى له بدفّ صحّت.

في «المهذب» على البطلان فيما إذا قال: كلباً من كلابي^١. وقوى في «المبسوط» في المثاليين أنّه يشتري له أقلّ كلاب الصيد أو الماشية كما تقدّم^٢ بيان ذلك كلّهُ.

قوله: «ولو أوصى له بدفّ صحّت» كما في «التحرير»^٣ وجامع المقاصد^٤ لأنّه يجوز استعماله في الإملاك والختان، وظاهر «المبسوط» الإجماع على عدم الصحّة، قال: لا يصحّ على مذهبننا، لأنّ استعمال ذلك محظور^٥. وقالت العامّة: بجوازه لما روي عن النبي ﷺ أنّه قال: أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدفّ^٦، وقال في «السرائر»: نعم ما قال الشيخ: إنّ من اللعب واللهو، وإن كان قد روى رواية شاذّة أنّه مكروه وليس بمحذور^٧. وظاهر «المختلف» هنا عدم الصحّة^٨. وجزم المصنّف في نكاح «التذكّرة» وغيره بحرمة اتّخاذه. وحكى فيها أنّ العامّة استندوا في أنّه ليس بمنكر إلى أنّ أبا بكر دخل على عائشة وعندها جاريتان في أيّام منى تدفّان وتضربان والنبي ﷺ متغش بثوبه فانتهرهما أبو بكر، فكشف ﷺ عن وجهه فقال: دعهما يا أبا بكر فإنّها أيّام عيد. ثمّ قال: ونحن نجلّ

(١) المهذب: في الوصايا ج ٢ ص ١١١.

(٢) تقدّم في ص ٤٧٦ في الهامش برقم ١٨.

(٣) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٣٩.

(٤) جامع المقاصد: في أحكام الوصيّة ج ١٠ ص ١٣٧.

(٥) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٢٠.

(٦) السنن الكبرى للبيهقي: ج ٧ ص ٢٨٨ - ٢٩٠. وراجع سنن ابن ماجّة: ج ١ ص ٦١١ ح ١٨٩٥ - ١٨٩٧.

(٧) السرائر: فيما يصحّ من الوصيّة وما لا يصحّ ج ٣ ص ٢٠٥.

(٨) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٥٥.

وإذا أوصى بعود من عياده وله عود لهو وعود بناء وعود قوس بطلت، لأنه في عود الله أظهر على إشكال.

منصب النبوة عن ذلك ونرفعه عنه وحاشاه ﷺ عما يوجب نقص المروءة وسقوط المحل من القلوب^١ انتهى، وتام الكلام في باب المكاسب^٢.
والدف بفتح الدال كما هو المعروف في العرف، وهو المحكي عن أبي عبيدة عن بعضهم^٣، وفي «الصحيح»: أنه بالضم^٤.

[فيما لو أوصى بعود من عيادته]

قوله: «وإذا أوصى بعود من عياده وله عود لهو وعود بناء وعود قوس بطلت، لأنه في عود الله أظهر على إشكال» البطلان خيرة «المبسوط»^٥ والمهذب^٦ والوسيلة^٧ وعلله في «المبسوط»: بأن الإطلاق ينصرف إلى عود الله، ثم قال: إلا أن يفرض له صفة محللة مع زوال الصفة المحرمة^٨. والصحة خيرة «الشرائع» والتذكرة^٩ والتحرير^{١٠} والمختلف^{١١} والدروس^{١٢}

- (١) تذكرة الفقهاء: في بيان أحكام الوليمة ج ٢ ص ٥٨١ س ١٤ - ١٧، وراجع ص ٤٨٣ س ٣١.
- (٢) تقدّم في ج ١٢ ص ١٠٣ - ١١١.
- (٣) الصحيح: ج ٤ ص ١٣٦٠ مادة «دفع».
- (٤) الصحيح: ج ٤ ص ١٣٦٠ مادة «دفع».
- (٥) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٢٠.
- (٦) المهذب: فيما صحّ من الوصايا وما لا يصحّ ج ٢ ص ١١١.
- (٧) الوسيلة: في أحكام الوصية ص ٣٧٦.
- (٨) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٢٠.
- (٩) شرائع الإسلام: في الموصى به ج ٢ ص ٢٤٨.
- (١٠) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المحرمة ج ٢ ص ٤٨٤ س ٨.

واللمعة^{١٤} وجامع المقاصد^{١٥} والروضة^{١٦} وكذا «الإيضاح»^{١٧} والمسالك^{١٨} والحواشي^{١٩} صرفاً للوصية إلى المباح، صوناً لكلامه عن اللغو وقصده عما لا يجوز شرعاً، وله عن التصرف الفاسد، وعملاً بالعموم. وذلك كله قرينة لصرف المشترك إلى أحد معانيه إن قلنا إنه مشترك، أو قلنا إنه في عود اللهو أظهر، لوجوب تنزيل وصية المسلم على الجائز شرعاً، لأن غير الجائز استعماله شرعاً ساقط في نظر الشارع، فهو بمنزلة المعدوم، فأشبه ما لو لم يكن إلا غير المحرم. وفرق بين كون الموصى به مشتركاً والموصى له إن سلمنا الاشتراك ولم نقل أنه متواطئ أو مشكك بأن الموصى به تغتفر جهالته وعدم وجوده، فتصح الوصية بالمجهول، وبالحمل الذي سيوجد، ولا كذلك الموصى له، فلا تصح للحمل الذي سيوجد ولا للمجهول فلا ينبغي أن تبطل الوصية بالعود على تقدير كونه مشتركاً كما بطلت الوصية للموالي حيث لم يمتن وله موال من أعلا ومن أسفل.

ثم عد إلى العبارة، والإشكال فيها يحتمل عوده إلى كونه في اللهو أظهر وإلى البطلان، فوجهه على الأول أنه يحتمل أن يكون في عود الله حقيقة عرفية بحيث هجر فيه المعنى اللغوي، أو مجازاً راجحاً والمجاز أولى من النقل. وإذا تعارض

(١١) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٣٩.

(١٢) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٥٥.

(١٣) الدروس الشرعية: في الموصى به ج ٢ ص ٣٠٠.

(١٤) اللمعة الدمشقية: في متعلق الوصية ص ١٧٨.

(١٥) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٣٨ - ١٣٩.

(١٦) الروضة البهية: في متعلق الوصية ج ٥ ص ٣٨.

(١٧) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥١٢.

(١٨) مسالك الأفهام: في متعلق الوصية ج ٦ ص ١٧٥.

(١٩) لم نعثر عليه.

المجاز الراجع والحقيقة المرجوحة فالأصوليون^١ على ثلاثة أنحاء: الحمل على المجاز الراجع، والحمل على الحقيقة العرفية والتوقف، وخيرة المصنّف الوقف، فكأنّه قال: قد دار الأمر في العود بين الحقيقة العرفية والمجاز الراجع ولا ترجيح وإن رجّحنا الثاني لأنّه خير من النقل فالمختار التوقف. ووجهه على الثاني أنّا إذا سلّمنا أنّه في العود أظهر نستشكل في لزوم البطلان لما ذكرناه من وجوب تنزيل وصيّة المسلم على المحلل لما ذكرناه من الوجوه الأربعة. والاحتمال الأوّل هو الظاهر من «الإيضاح»^٢، وكان ما ذكره في «جامع المقاصد»^٣ في توجيه الإشكال غير ملتزم الطرفين وليس هو أحد الاحتمالين فليلاحظ بعين التحقيق. نعم كلامه في الضابط صريح في الاحتمالين ذكرناه من وجوب تنزيل الوصيّة من المسلم على المحلل بالتقريب الذي عرفت.

وموضع النزاع ما إذا كان للموصي من ذلك النوع متعدّد كأن يكون له عود لهو وعود حرب وعود يتبخّره فيعطى واحداً من العيدان المباحة إمّا بالقرعة أو بالاختيار، كما صرّح به في «التذكرة»^٤ والروضة^٥ وأولى بالصحة ما لو لم يكن له إلّا المحلل وإن كان لفظه أعمّ من المحرّم. أمّا لو لم يكن إلّا المحرّم ففي «الشرائع»^٦ والتحرير^٧ أنّه قد قيل: إنّها تبطل الوصيّة. قلت: لعلّهما أشارا إلى ما في «المهذب»^٨

(١) المحصول: المجاز في المسألة العاشرة ج ١ ص ٣٤٢.

(٢) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥١٢.

(٣) جامع المقاصد: في الوصية ج ١٠ ص ١٣٩.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المحرّمة ج ٢ ص ٤٨٤ س ٩.

(٥) الروضة البهية: في متعلّق الوصية ج ٥ ص ٣٩.

(٦) شرائع الإسلام: في الموصى به ج ٢ ص ٣٤٨.

(٧) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٣٩.

(٨) المهذب: فيما صحّ من الوصايا وما لا يصحّ ج ٢ ص ١١١.

والضابط أن كل لفظ يقع على أشياء وقوعاً متساوياً إما لكونه مشتركاً أو لكونه متواطئاً، فإن للورثة الخيار في تعيين ما شاؤوا، ويحتمل في المشترك القرعة ﴿٥﴾

والوسيلة^(١)، فإنه أطلق فيهما البطلان، ولعله لانصرافه إلى غير المشروع حيث لم يكن غيره، وقد خصّها بما هو له، فلا ينتقل إلى تحصيل غيره. وقيل: تصحّ الوصية به حينئذٍ ولكن تزال عنه الصفة المحرّمة بأن يحوّل منها إلى غيرها من الصفات المحلّلة إن أمكن، فإن لم يكن له إلا المنفعة المحرّمة بطلت. ولعلّهما أشارا إلى ما في «المبسوط» أن ذلك قضية كلامه والمفهوم منه، وقد سمعته^(٢) كما سمعت آنفاً كلام من وافق المبسوط فيما إذا لم يكن إلا طبل له لا يصلح إلا له. وقد تقدّم^(٣) ذلك في بحث الموصى به عند قوله: ولو أوصى بطبل له بطل. كما تقدّم^(٤) لنا قريباً أن إطلاق «المبسوط» والشرائع والتحرير» وغيرها في العود يقضي بأن زوال الصفة المحرّمة مع بقاء المنفعة يكفي وإن زال الاسم. وقد بذلنا المجهود في تحرير هذه المسائل لكنّها في طبل وعود.

[في تخيير الورثة في تعيين ما شاؤوا في المشترك والمتواطئ]

قوله: «والضابط أن كل لفظ يقع على أشياء وقوعاً متساوياً إما لكونه مشتركاً أو لكونه متواطئاً، فإن للورثة الخيار في تعيين

(١) الوسيلة: في أحكام الوصية ص ٣٧٦.

(٢) تقدّم في ص ٤٧٧.

(٣) تقدّم في ص ٤٤٧.

(٤) تقدّم في ص ٤٧٧.

صحيح ما شاؤوا، ويحتمل في المشترك القرعة» قد صرح بمعنى هذا الضابط، وهو أن الورثة بالخيار في تعيين ما شاؤوا في المشترك والمتواطئ في «الإرشاد» والإيضاح^٢ والدروس^٣ واللمعة^٤ وجامع المقاصد^٥ والمسالك^٦ والروض^٧ والروضة^٨ وهو مستفاد من «المبسوط»^٩ والتذكرة^{١٠} وشرح الإرشاد^{١١} لولد المصنف و«الكفاية»^{١٢} لكن في «الشرائع»^{١٣} والتحرير^{١٤} ما نصّه: كل لفظ يقع على أشياء وقوعاً متساوياً فللورثة الخيار في تعيين ما شاؤوا منها، وهذا ظاهر في المشترك، لأنه هو اللفظ الواحد الواقع على أشياء متعدّدة، ويمكن إدخال المتواطئ في كلامهما كما هو صريح الكتاب بجعل الأشياء الواقع عليها اللفظ أعم من كونها داخلة تحته بغير واسطة وهو المشترك، أو بواسطة المعنى الواحد وهو المتواطئ، لأنّ المشترك هو المقول على معنيين فصاعداً بالوضع الأوّل من حيث هو كذلك،

مركز تحقيق مكتبة علوم إسلامي

- (١) إرشاد الأذهان: في الوصية المبهمة ج ١ ص ٤٦٢.
- (٢) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥١٢.
- (٣) الدروس الشرعية: في الموصى به ج ٢ ص ٣٠١.
- (٤) اللمعة الدمشقية: في متعلّق الوصية ص ١٧٨.
- (٥) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤٠.
- (٦) مسالك الأفهام: في أحكام الوصية ج ٦ ص ٢٠٠.
- (٧) لا يوجد كتابه لدينا ويستفاد من حاشية الإرشاد (ضمن غاية المراد): في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤٩٧.

- (٨) الروضة البهية: في متعلّق الوصية ج ٥ ص ٣٩.
- (٩) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٢١.
- (١٠) تذكرة الفقهاء: في الوصية الإعيان المحرّمة ج ٢ ص ٤٨٤ س ٣٠.
- (١١) شرح الإرشاد للنيلي: في الوصية المبهمة ص ٧٠ س ٤.
- (١٢) كفاية الأحكام: في أحكام الوصية ولواحقها ج ٢ ص ٥٧ - ٥٨.
- (١٣) شرائع الإسلام: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٢٥١.
- (١٤) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٠.

والمتواطئ هو المقول على معنى واحد يشترك فيه كثير. وقد أخرجوا بالوضع الأول في تعريف المشترك المجاز، وأخرجوا بالحيثية المتواطئ فإنه متناول لأشياء لا من حيث الاختلاف بل باعتبار اتحاد المعنى المتناول لها.

وكيف كان فلا إشكال في تخيير الورثة في المتواطئ كما في «غاية المراد^١ والروض^٢» وقد نص الجماعة عليه كما عرفت، ولم يحتمل أحد فيه القرعة. وقد تقدم^٣ ذلك في أواخر المطلب الثالث. ووجهه ظاهر، إذ الوصية بالمتواطئ وصية بالماهية الصادقة بكل من الأفراد كالعبد، لأن مدلول اللفظ فيه هو الماهية الكلية، وخصوصيات الأفراد غير مقصودة إلا تبعاً، فيتخير الوارث في تعيين أي فرد شاء، لوجود متعلق الوصية في جميع الأفراد.

وأما وجه التخيير في المشترك فلأن متعلق الوصية فيه هو الاسم، وهو صادق على ما تحته من المعاني حقيقة، فتحصل البراءة بكل واحد منها.

وقد احتمل المصنف وغيره^٤ فيه القرعة، واستبعده في «المسالك^٥» واستحبها في «الحواشي^٦»، بل في «جامع المقاصد»: أن احتمال القرعة أقوى إن لم يعلم إرادة الجميع أو بعض بعينه^٧. لأن الأمر مشكل، إذ الموصى به ليس كل واحد، لأن اللفظ لا يصلح له، وإنما المراد واحد غير معين فيتوصل إليه بالقرعة. واعترضه في

(١) غاية المراد: في الوصية المهمة ج ٢ ص ٤٩٦.

(٢) لا يوجد كتابه لدينا ويستفاد من حاشية الإرشاد (ضمن غاية المراد): في الوصية المهمة ج ٢ ص ٤٩٧.

(٣) تقدم في ص ٤٣٦.

(٤) كإيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥١٢.

(٥) مسالك الأفهام: في أحكام الوصية ج ٦ ص ٢٠٠.

(٦) لم نعر عليه.

(٧) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤١.

«غاية المراد»: بأنها لبيان ما هو معيّن في نفس الأمر مشكل ظاهراً، وليس هنا كذلك^١، فإنّ الإيهام حاصل عند الموصي وعندنا وفي نفس الأمر. واعترضه في «الحواشي» بما حاصله: بعدم الفرق بين الوصيّة للمشترك وبه، فكما بطلت في الأوّل فلتبطل في الثاني. وأجيب عن الأوّل بأنّ المشترك لئلا لم يكن لجميع المعاني ولا لأيّها كان، وجب أن يكون لواحد بعينه عند الموصي، والإيهام إنّما هو عندنا، وكذا القول في كلّ لفظ مشترك، فإنّ الإيهام فيه إنّما هو عند السامع فلا طريق لاستخراجه إلّا القرعة^٢. انتهى فليتأمل. ويمكن أن نقول: إنّ القرعة لكلّ أمر مشتبّه سواء كانت كاشفة أو مرجحة كما في «شرح الإرشاد»^٣ للفخر. وقد جعلوها مرجحة في مواضع. وعن الثاني بالفرق بين الموصي به والموصى له وأنهم قد تسامحوا في الأوّل دون الثاني باغتفار جهالته وعدم وجوده كما عرفت.

وقد استدلّ على القرعة في «الإيضاح»: بأنّ الوصيّة مقدّمة على حقّ الوارث فلا يقبل تعيينه لتفاوت الأغراض^٤. وفيه: أنّ المراد بتقدّمها عدم استحقاقه الموصى به، ولا يلزم من ذلك أن لا يكون له التعيين. وكيف كان لا يعجبني ما في «الكفاية»^٥: من أنّ التخيير في المشترك أشهر، إذ لا أقلّ من أن يقول: إنّ المشهور، ثمّ عُدّ إلى العبارة وسوقها يقتضي كون هذا ضابطاً لما قبله كما في «الشرائع»^٦: إلّا أنّ الواقع هنا يأباه، لأنّ غاية ما اقتضاه الإشكال إنّما هو التردّد في كون العود في عود اللهو أظهر، وذلك لا يقضي بكونه مشتركاً ولا متواطئاً.

(١) غاية المراد: في الوصيّة المبهمة ج ٢ ص ٤٩٧.

(٢) لم نعرّض عليه ونقله عنه المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤٠.

(٣) شرح الإرشاد للنيلبي: في الوصية المبهمة ص ٧٠ س ١١.

(٤) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصيّة ج ٢ ص ٥١٢.

(٥) كفاية الأحكام: في أحكام الوصيّة ولواحقها ج ٢ ص ٥٧ - ٥٨.

(٦) تقدّم في ص ٤٧٩ بهامش ٢٢.

ويحمل على الظاهر كالحقيقة دون المجاز، «أفلو أوصى له بقوس انصرف إلى قوس النشاب والنبل وهي العربية والحسبان وهي الفارسية. التي لها مجرى من قصب يجعل فيها سهام صغار ويرمى بها دون قوس الندف ودون قوس الجلاهق وهو قوس البندق

مضافاً إلى الاحتمال الآخر الذي عرفته آنفاً.

قوله: «ويحمل على الظاهر كالحقيقة دون المجاز» أي يحمل اللفظ الظاهر في معنى على ظاهره، إلا أن يعين غيره، كما في «الإرشاد» وجامع المقاصد^٢ والروض^٣، لأن الحمل على الحقيقة متعين. فإذا قال: أعطوه أسداً أعطي السبع، إلا أن تعلم إرادة الرجل الشجاع.

والظاهر عند الأصوليين هو الدال على المعنى دلالة راجحة مع احتمال غيره احتمالاً مرجوحاً، وعند الفقهاء هو ما إذا ذكره وقال: أردت غيره سمعت دعواه مع اليمين. والصريح هو الذي لا تسمع منه دعوى إرادة غيره، والأصوليون يسمونه النص.

فيما لو أوصى بقوس [

قوله: «ولو أوصى له بقوس انصرف إلى قوس النشاب والنبل

(١) إرشاد الأذهان: في الوصية المبهمة ج ١ ص ٤٦٢.

(٢) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤١.

(٣) لا يوجد كتابه لدينا ويستفاد من حاشية الإرشاد (ضمن غاية المراد)، في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤٩٦ - ٤٩٧.

وهي العربية والحسبان وهي الفارسية التي لها مجرى من قصب يجعل فيها سهام صغار ويرمى بها، دون قوس الندف، ودون الجلاهق وهو قوس البندق (كما هذا هو الأشهر كما في «جامع المقاصد»^١ وأطلقه كذلك الأكثر كما في «المسالك»^٢ وهو خيرة «المبسوط»^٣ والوسيلة^٤ والشرائع^٥، وقد يلوح ذلك من «المختلف»^٦ وقد حكاه في «جامع المقاصد»^٧ عن «التذكرة» على البت، وليس كذلك قطعاً وإن أوهمه أول كلامه، لأنه قال في آخر كلامه: قاله الشيخ^٨، والوجه كما ستسمع^٩ وفي «السرائر»^{١٠}: أن الورثة يتخيرون في إعطاء ما شاؤوا من الخمسة^{١١}، لأن اسم القوس يقع على كل منها، ولا دليل للتخصيص، وإليه يرجع كلام «التذكرة» لأنه استوجه في آخر كلامه أنه يرجع إلى القرائن، فإن انتفت فالقرعة أو ما يختاره الورثة^{١٢}، وهو يقضي بأنه متواطئ فيها أو مشترك وأن لا رجحان لأحدهما في الاستعمال^{١٣}، وفي «التحرير»^{١٤}: أن الوارث يتخير في تخصيص ما شاء مما يقع عليه عرف

-
- (١) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤٢.
 - (٢) مسالك الأفهام: في أحكام الوصية ج ٦ ص ١٩٩.
 - (٣) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٢١.
 - (٤) الوسيلة: في أحكام الوصية ص ٣٧٦.
 - (٥) شرائع الإسلام: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٢٥١.
 - (٦) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٥٦ - ٣٥٧.
 - (٧) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤١.
 - (٨) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المحرمة ج ٢ ص ٤٨٤ س ٢٥.
 - (٩) سيأتي في ص ٤٨١.
 - (١٠) السرائر: فيما يصح من الوصية مما لا يصح ج ٣ ص ٢٠٦.
 - (١١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المحرمة ج ٢ ص ٤٨٤ س ٣٠.

ذلك الموضع إن انتفت القرائن^١. وفي «المسالك»: أنه إن انتفت القرائن اتبع عرف بلد الموصي، فإن تعدّد تخير الوارث^٢. وقد فرط جميعاً في الكتابين عن تحقيق مقتضى العرف الجاري بين الناس، ولا يريد الشيخ سوى ذلك، لأن الشيخ يعترف بأن اسم القوس يقع على كلّ واحد من الخمسة، ولكنه يدّعي أنه صار في الثلاثة حقيقة عرفيّة، أو أنه غلب في الثلاثة بحيث تترجّع على غيرها وإن لم تبلغ حدّ الحقيقة، وذلك يقضي باتّباع العرف في ذلك، وهو يختلف باختلاف الأعصار والأمصار، ولعلّ عرف زمانه كان كذلك، فلا معنى لاعتراض ابن إدريس عليه بأن تخصيص كلام الموصي العام يحتاج إلى دليل^٣، لأنّه في «السرائر» نظر إلى الإطلاق اللغوي والشيخ لا ينكره، لكنه يدّعي أن العرف كذا وهو مقدّم عليه، فلا معنى لردّ ذلك عليه.

وقال في «جامع المقاصد»: لا ريب أن لفظ القوس إذا أطلق عرفاً معرّاً عن القرائن الحاليّة والمقالّيّة فالأكثر في الاستعمال عدم فهم قوس الجلاهق والندف منه، إلّا أن بلوغ ذلك حد الحقيقة محلّ تأمل، ثم إن هذا القدر من الأرجحيّة إن أثر وجب أن يؤثر في ترجيح العريّة على غيرها، لأنّها أكثر في الاستعمال وأقرب إلى الفهم، وقول الشيخ أشهر، وإن كان قول ابن إدريس لا يخلو عن قوّة^٤ انتهى. وقد عرفت أنه لا قوّة فيه، بل لا وجه له، لأنّه أنكر على الشيخ دعوى أن عرف زمانه كذلك، ولا ريب أن بعضها أعرف عرفاً من بعض بحسب الأعصار والأمصار كما اعترف هو بذلك حيث قال: فالأكثر في الاستعمال إلى آخره.

(١) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٠.

(٢) مسالك الأفهام: في أحكام الوصية ج ٦ ص ١٩٩.

(٣) السرائر: فيما يصحّ من الوصيّة وما لا يصحّ ج ٣ ص ٢٠٦.

(٤) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤٢.

ظاهر، وقد صر

منیلة^۴ «مؤثر علوم اسلامی

قوله: «ويتخير الوارث» كما هو ظاهر، وقد صرح به في «المبسوط»^٧
وهو قضية كلام «الشرائع»^٨ وكذا «الوسيلة»^٩
قوله: «ولو وجدت قرينة حملت على ما دلّت عليه» لا شك في
ذلك كما في «جامع المقاصد»^{١٠} ومن القرائن حال الموصى له كما في «التذكرة»
قال: فإذا كان ندافاً لا عادة له بالرمي أو بندقائياً لا عادة له بشيء سواء، أو جندياً

- (١) مسالك الأفهام: في أحكام الوصية ج ٦ ص ١٩٩.
- (٢) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٢١.
- (٣) السرائر: في يصح من الوصية وما لا يصح ج ٣ ص ٢٠٥.
- (٤) شرائع الإسلام: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٢٥١.
- (٥) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المحرمة ج ٢ ص ٤٨٤ س ٢٣.
- (٦) كالحقائق الناضرة: في الوصية بقوس ج ٢٢ ص ٤٩١ - ٤٩٢.
- (٧) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٢١.
- (٨) شرائع الإسلام: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٢٥١.
- (٩) الوسيلة: في أحكام الوصية ص ٣٧٦.
- (١٠) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤٢.

ولو قال: قوس الرمي إلى الطير أعطي الجلاهق. ولو قال: أعطوه قوساً من قسيي وله قوس ندف وبندق أعطي قوس البندق لأنه أسبق إلى الفهم. ولو لم يكن له إلا قوس ندف أعطي منها.

يرمي بقوس الشباب لا غيره انصرفت الوصية إلى القوس الذي يستعمله عادة.^١
قوله: «ولو قال: قوس الرمي إلى الطير أعطي الجلاهق» هذا يعني عنه ما قبله، فالفاء أولى من الواو ليكون تفريراً عما قبله.
قوله: «ولو قال: أعطوه قوساً من قسيي وله قوس ندف وبندق أعطي قوس البندق، لأنه أسبق إلى الفهم» ظاهر «التذكرة»^٢: أن الوارث يتخير أو يقرع. وفي «جامع المقاصد»: أن التخير قوي. وأن في تعيين إعطاء قوس البندق نظراً يعرف مما تقدم^٣. وقال في «المبسوط»: فإن لم يكن له إلا قوس البندق والجلاهق فالورثة بالخيار^٤. وهو المفهوم من كلام «الوسيلة»^٥ وهو ظاهر «التذكرة» فيما إذا لم يكن له إلا قوس الجلاهق والندف.^٦
قوله: «ولو لم يكن له إلا قوس ندف أعطي منها» يعني حيث يقول: أعطوه قوساً من قسيي، فإن الإضافة قرينة على عدم إرادة واحد من الثلاثة المتعارفة فلا يشتري له شيء منها كما سيأتي.

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المحرمة ج ٢ ص ٤٨٤ س ٢٩.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المحرمة ج ٢ ص ٤٨٤ س ٣٠.

(٣) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤٣.

(٤) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٢١.

(٥) الوسيلة: في أحكام الوصية ص ٣٧٦.

(٦) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المحرمة ج ٢ ص ٤٨٤ س ٣٢.

أما لو قال: قوساً فالأقرب أنه يشتري له. والأقرب دخول الوتر
إن كان موجوداً وإلا فلا. (ع)

قوله: «أما لو قال: قوساً فالأقرب أنه يشتري له» لأن إطلاق لفظ
القوس إنما يحمل على المتعارف، والمتعارف إنما هو الثلاثة فيحمل على أحدها
فيشتري له أحدها على التخيير، بخلاف ما لو قال: قوساً من قسيي، فإن ذلك قرينة
على إرادة الحاضر عنده من قسيه وما يستعمله منها، وإن كان من غير الثلاثة
ووجه غير الأقرب أن الظاهر أن مراده بقوله أعطوه قوساً كونها من قسيه لاستبعاد
أن يريد بالإطلاق الشراء وعنده ما يقع عليه. وحديثه فيتخير في إعطاء ما شاء مما
هو عنده ولو كان قوس ندف وبندق، ولا يقدم البندق بناءً على ما مر في «التذكرة»
ولا ترجيح في «الإيضاح»^١ وجامع المقاصد^٢ وفي «المبسوط»^٣ والتذكرة^٤: أنه
إذا قال: أعطوه ما يسمى قوساً، فللوارث أن يعطيه ما شاء من الأنواع الخمسة.
وقال بعض الشافعية^٥: أنه كالمطلق وليس بجيد.

قوله: «والأقرب دخول الوتر إن كان موجوداً وإلا فلا» كما هو
خيرة «التحرير»^٦ وجامع المقاصد^٧، لأنه حين وجوده كالجزم منه، ومع عدمه
ولو قال: أعطوه قوسي ولا قوس له إلا واحدة انصرفت الوصية إليه

(١) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥١٣.

(٢) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤٣.

(٣) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٢١.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المحرمة ج ٢ ص ٤٨٤ س ٣٣.

(٥) روضة الطالبين: في أحكام الوصية الصحيحة ج ٥ ص ٢٣٠.

(٦) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٠.

(٧) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤٤.

من أيّ الأجناس كان.

لا دليل على إدخاله، وهو الأصح والأقرب. وفي «الإيضاح»^١ والمسالك^٢؛ أن الأقوى عدم الدخول إلّا مع عرف أو قرينة كما في الثاني لخروجه عن مفهومه فصار كسرج الفرس. وفيه: أن بينه وبين السرج فرقاً واضحاً لعدم الانتفاع بالقوس بدون الوتر، ولإطلاق اسم القوس على المجموع عرفاً بخلاف الدابة. ولا ترجيح في «المبسوط»^٣ والتذكرة^٤ وفي الأخير أنه حيث يوصى له بقوس يعطى قوساً معمولاً، لأنها لا تسمى قوساً إلّا كذلك^٥.

قوله: «ولو قال: أعطوه قوسي ولا قوس له إلّا واحدة انصرفت الوصية إليه من أيّ الأجناس كان» كما في «الشرائع»^٦ وجامع المقاصد^٧ والروض^٨ والمسالك^٩ والكفاية^{١٠} وظاهر «الإرشاد»^{١١} لأن إضافتها إلى نفسه يقتضي ذلك.

ولو أوصى له برأس من ممتلكاته تخير الوارث في إعطاء الصغير

عنه

- (١) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥١٣.
- (٢) مسالك الأفهام: في أحكام الوصية ج ٦ ص ١٩٩.
- (٣) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٢١.
- (٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المحرمة ج ٢ ص ٤٨٤ س ٣٤ و ٣٥.
- (٥) شرائع الإسلام: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٢٥١.
- (٦) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤٤.
- (٧) لا يوجد كتابه لدينا ويستفاد من حاشية الإرشاد (ضمن غاية المراد): في الوصية المبهمه ج ٢ ص ٤٩٦.
- (٨) مسالك الأفهام: في أحكام الوصية ج ٦ ص ٢٠١.
- (٩) كفاية الأحكام: في أحكام الوصية ولواحقها ج ٢ ص ٥٨.
- (١٠) إرشاد الأذهان: في الوصية المبهمه ج ١ ص ٤٦٢.

والكبير والصحيح والمعيب والذكر والأنثى والخنثى والمسلم والكافر

[فيما لو أوصى برأس من ممتلكاته]

قوله: «ولو أوصى برأس من ممتلكاته تخير الوارث في إعطاء الصغير والكبير والصحيح والمعيب والذكر والأنثى والخنثى والمسلم والكافر» كما صرح بذلك كله في «التذكرة»^١ وجامع المقاصد^٢ والمسالك^٣ وكذا «المبسوط»^٤ والمهذب^٥ والسرائر^٦ والتحرير^٧ والتلخيص^٨ والدروس^٩ لوقوع اسمه على كل واحد منها. ولا ينزل على الإشاعة بحيث يكون للموصي له عشرهم لو كانوا عشرة، كما في «الدروس»^{١٠} وغيره^{١١}. وإنما يتخير الوارث مع وجود المتعدد في التركة.

واجتزئ هنا بالمعيب مع إطلاق الموصي، ولم يحمل عليه في البيع والشراء فإن امتنع أعطي الأقل ومع التساوي القرعة، وكذا لو قال: اشتروا له

عشرهم لو

- (١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المباحة ج ٢ ص ٤٨٥ س ٤٠.
- (٢) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤٥.
- (٣) مسالك الأفهام: في أحكام الوصية ج ٦ ص ٢٠١.
- (٤) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٧.
- (٥) المهذب: فيما صح من الوصايا وما لا يصح ج ٢ ص ١٠٩ - ١١٠.
- (٦) السرائر: فيما يصح من الوصية وما لا يصح ج ٣ ص ٢٠٤.
- (٧) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٥٠.
- (٨) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٩.
- (٩) الدروس الشرعية: فيما إذا أوصى بعبد من عبده ج ٢ ص ٣١٤.
- (١٠) الدروس الشرعية: فيما إذا أوصى بعبد من عبده ج ٢ ص ٣١٤.
- (١١) كما في الحدائق الناضرة: في تنبيهات الوصية ج ٢٢ ص ٤٩٣.

من ماليّ رأساً، ولو قال: أعطوه رأساً من رقيقي وماتوا أو قتلوا على إشكال قبل الوفاة بطلت، (١٤)

ولا في التوكيل فيهما، لأن عقود المعاوضات مبنية على المكايسة والمغالبة ويطلب فيها حفظ المال، بخلاف الوصية، فإنها تبرع محض فيتبع اللفظ وإن فات بعض المالّة. وفي أحد وجهي الشافعية^١ أنه لا يعطى الخنثى لانصراف اللفظ إلى الغالب الممهود، وقضيته أن لا يعطى المعيب.

قوله: «فإن امتنع أعطي الأقل» كما في «جامع المقاصد»^٢ ومعناه أنه إن امتنع الوارث من إعطاء شيء من هذه التسعة أعطاه الحاكم الأقل، لأن ما زاد عليه غير ثابت استحقاقه، والاحتياط للوارث يقضي بذلك.

قوله: «فإن تساوا فالقرعة» لأن الوارث قد امتنع، والتعيين منوط باختياره فصار المستحق مجهولاً، فلا طريق إلا القرعة.

قوله: «وكذا لو قال: اشتروا له من ماليّ رأساً» أي يتخير الوارث في شراء أحد التسعة. ومثله اشتروا له رأساً من ماليّ بالتقريب المتقدم.

قوله: «ولو قال: أعطوه رأساً من رقيقي وماتوا أو قتلوا على إشكال قبل الوفاة بطلت» أما بطلان الوصية فيما إذا ماتوا قبل وفاة الموصي فلا بحث فيه كما في «جامع المقاصد»^٣ وبه صرح في «التذكرة»^٤ والتحرير^٥

(١) كما في المجموع: في الوصايا ج ١٥ ص ٤٨٣.

(٢) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤٥.

(٣) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤٦.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المباحة ج ٢ ص ٤٨٦ س ٤.

(٥) تحرير الأحكام: في الموصي به ج ٣ ص ٣٥٠.

والدروس^١ وجامع المقاصد^٢ والمسالك^٣ وهو قضية إطلاق «المبسوط»^٤ والإرشاد^٥ والتلخيص^٦ لفوات محلها. وقد يدعى على بعد أن عبارة «الشرائع»^٧ تتناولها.

وأما إذا قتلوا قبلها فقد اختير البطلان في «التذكرة»^٨ والتحرير^٩ والدروس^{١٠} وجامع المقاصد^{١١} والمسالك^{١٢} لفوات محلها أيضاً، والوصية لم تتضمن ما يدل على تعلقها بالقيمة، وقد تحقق قتلهم في ملك الموصي، فيكون البذل له وخروجه عنه وعن وارثه يستدعي سبباً يقتضي ذلك وهو منتف هنا. وظاهر إطلاق «المبسوط»^{١٣} والإرشاد^{١٤} والتلخيص^{١٥} وصريح «الإيضاح»^{١٦} أنها لا تبطل، لأن القيمة بدل عن العين فتتعلق بها الوصية، فإن من استحق العين استحق القيمة،

مركز تحقيق مكتبة علوم اسلامی

- (١) الدروس الشرعية: فيما إذا أوصى بعبد من عبده ج ٢ ص ٣١٤.
- (٢) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤٦.
- (٣) مسالك الأفهام: في أحكام الوصية ج ٦ ص ٢٠٢.
- (٤) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٨.
- (٥) إرشاد الأذهان: في الوصية المبهمة ج ١ ص ٤٦٢.
- (٦) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٦.
- (٧) شرائع الإسلام: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٢٥١ وفيه: فإن ماتوا بطلت الوصية.
- (٨) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المباحة ج ٢ ص ٤٨٦ س ٤.
- (٩) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٥٠.
- (١٠) الدروس الشرعية: فيما إذا أوصى بعبد من عبده ج ٢ ص ٣١٤.
- (١١) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤٦.
- (١٢) مسالك الأفهام: في أحكام الوصية ج ٦ ص ٢٠٢-٢٠٣.
- (١٣) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٨.
- (١٤) إرشاد الأذهان: في الوصية المبهمة ج ١ ص ٤٦٢.
- (١٥) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٦.
- (١٦) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥١٣.

ولو قتلوا بعدها لم تبطل.

لكن لا يتصور ملك الموصى له حينئذٍ. وقد ينزل إطلاق الثلاثة على ما بعد الوفاة، فينحصر الخلاف في الإيضاح، ومنه تعلم منشأ وجهي الإشكال. وليعلم أن البطلان بالموت لا فرق بين وقوعه في حياته وموته إن استوعب، فلا وجه لتقييده في «الشرائع»^١ الموت بكونه بعد الوفاة فليحظ. قوله: «ولو قتلوا بعدها لم تبطل» كما في «المبسوط»^٢ و«التلخيص»^٣ والإرشاد^٤ والشرائع^٥ والتذكرة^٦ والتحرير^٧ والدروس^٨ والمسالك^٩ والتذكرة^{١٠} وجامع المقاصد^{١١} لكن في الثلاثة الأول الإطلاق كما عرفت، لكن حكي في «الإيضاح»^{١٢} وغيره^{١٣} عن نص «المبسوط» وصريحه، والموجود ما سمعت، فإن قتلوا كلهم فالوصية صحيحة لا تبطل بالقتل على اختلاف العبارات. وفصل في

(١) شرائع الإسلام: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٢٥١.

(٢) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٨.

(٣) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٦.

(٤) إرشاد الأذهان: في الوصية المهيمة ج ١ ص ٤٦٢.

(٥) شرائع الإسلام: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٢٥١.

(٦ و ١٠) الظاهر أن أحد لفظي التذكرة إما زائد أو بدل عن لفظ آخر، ومن القريب زيادة الأول وأما الثاين فصحة قوله بعد ذلك، وفصل في الأخيرين يدل على سلامته فإن التفصيل المذكور

موجود فيها فراجع التذكرة: ج ٢ ص ٤٨٦ س ٧ - ٩.

(٧) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٥٠.

(٨) الدروس الشرعية: في فيما إذا أوصى له بعبد من عبده ج ٢ ص ٣١٤.

(٩) مسالك الأفهام: في أحكام الوصية ج ٦ ص ٢٠٢.

(١١) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤٧.

(١٢) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥١٣.

(١٣) كجامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤٦.

وكان للموصى له مطالبة الجاني بقيمة من يعينه الوارث. (١)

الأخيرين^١ فقالا فيهما ما حاصله: لا تبطل بالقتل إذا كان بعد القبول، أو قلنا بأن القبول كاشف، أو قلنا بأن الوصية تملك بالموت، وأما إذا قلنا تملك بالقبول وقد تأخر عن القتل فإنها تبطل بفوات محل الوصية قبل ملكه، وهو إنما يتم على ما اختاره من أنهم لو قتلوا حال الحياة بطلت أيضاً، أما على القول بعدم البطلان كما نسبوه إلى الشيخ، فعدم البطلان لو قتلوا بعد الوفاة على جميع التقادير بطريق أولى، لتعلق حقه بهم في الجملة وإن لم يكن تاماً، ولا كذلك حال الحياة، لعدم تصوّر ملك الموصى له.

قوله: «وكان للموصى له مطالبة الجاني بقيمة من يعينه الوارث» هذا معنى ما في «الشرائع والتحرير»^٢ والدروس^٣ وجامع المقاصد^٤ قال في «الشرائع»: فإن قتلوا لم تبطل وكان للورثة أن يعينوا له من شاؤوا ويدفعوا قيمته إن صارت إليهم وإلا أخذها من الجاني^٥. وإلى المعنى الأول في كلام «الشرائع» أشار في «المبسوط» بقوله: ويلزم الورثة قيمة أي عبد شاؤوا ممّا يقع عليه اسم العبد^٦ وفي «التذكرة» بقوله: فيصرف الوارث قيمة من شاء منهم إلى الموصى له. ولو أعتقهم الموصى بطلت ولو بقي واحد تعين للوصية.

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المباحة ج ٢ ص ٤٨٦ س ٧ - ٩، وجامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤٧.

(٢) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٥٠.

(٣) الدروس الشرعية: فيما إذا أوصى له بعبد من عبده ج ٢ ص ٣١٤.

(٤) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤٧.

(٥) شرائع الإسلام: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٢٥١.

(٦) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٨.

هذا ومؤنة التجهيز على المالك كما في «جامع المقاصد»^١.
 قوله: «ولو أعتقهم الموصي بطلت» كما في «جامع المقاصد»^٢ وكذا
 «التذكرة»^٣ لأن الإعتاق بمنزلة الإلتلاف ولتضمنه الرجوع من الموصي.
 قوله: «ولو بقي واحد تعين للوصية»^٤ يحتمل أن يكون مراده فإن
 أعتقهم وبقي واحد تعين للوصية كما فهمه «جامع المقاصد»^٥ من العبارة. وبه
 صرح في «التذكرة»^٥ وأن يكون المراد فإن هلكوا إلا واحداً تعين كما صرح بذلك
 في «المهذب»^٦ والسرائر^٧ والشرائع^٨ وأن يكون المراد فإن قتلوا إلا واحداً كما
 صرح به في «المبسوط»^٩ والتذكرة^{١٠} أيضاً، أو يكون فإن ماتوا إلا واحداً كما في
 «التذكرة» أيضاً. و«التحرير»^{١١} والتلخيص^{١٢} والإرشاد^{١٣} والدروس^{١٤}
 ولو لم يكن له رقيق حال الوصية بطلت.

- (١) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤٧.
- (٢) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤٧.
- (٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المباحة ج ٢ ص ٤٨٦ س ٩.
- (٤) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤٧.
- (٥) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المباحة ج ٢ ص ٤٨٦ س ٥.
- (٦) المهذب: فيما صرح من الوصايا وما لا يصح ج ٢ ص ١١٠.
- (٧) السرائر: فيما يصح من الوصية وما لا يصح ج ٣ ص ٢٠٤.
- (٨) شرائع الإسلام: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٢٥١.
- (٩) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٨.
- (١٠) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المباحة ج ٢ ص ٤٨٦ س ٥ و ٤.
- (١١) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٥٠.
- (١٢) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٦.
- (١٣) إرشاد الأذهان: في الوصية المبهمة ج ١ ص ٤٦٢.
- (١٤) الدروس الشرعية: فيما إذا أوصى له بعبد من عبده ج ٢ ص ٣١٤.

والروض^١.

وقد وجّه في «المبسوط^٢ والمهذب^٣ والسرائر^٤» بأنّه أوصى بواحد لا بعينه وعلّقه بصفة والصفة موجودة هنا. ولعلّ غرضهم أنّ إنفاذ الوصيّة ممكن ولا متعلّق سواء، لأنّها تعلّقت بالعين لا بالقيمة، فليس للوارث أن يمسك الذي بقي ويدفع إلى الموصى له قيمة واحد من المقتولين، فليتأمل لأنّهم لو قتلوا إلّا واحداً لم يتعيّن للوصيّة، لأنّ المقتول بمنزلة الموجود، ومن ثمّ لم تبطل الوصيّة بقتل الجميع، فيتخير الوارث في تعيين من شاء من الحيّ والمقتول على ما تقدّم^٥ تفصيله وبيانه. قوله: «ولو لم يكن رقيق حال الوصيّة بطلت وإن تجدد على إشكال» قال في «المبسوط» لو قال: أعطوه رأساً من رقيقي ولم يكن له رقيق أصلاً فإنّ الوصيّة باطلة، لأنّه علّقه بصفة ليست موجودة، كما لو أوصى له بدار ولم يكن له دار^٦. وبذلك كلّ صرّح في «المهذب^٧ والسرائر^٨».

وقيد البطلان في «التذكرة» في المثال بما إذا لم يكن حدث رقيق بعد ذلك، ثمّ قال: ولو حدث له أرقاء بعد الوصيّة تعلّقت الوصيّة بها. وللشافعيّة وجهان في أنّ الاعتبار بيوم الوصيّة أو بيوم الموت، وعليهما يخرج ما إذا كان له أرقاء يوم

(١) لا يوجد كتابه لدينا.

(٢) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٨.

(٣) المهذب: فيما صحّ من الوصايا وما لا يصحّ ج ٢ ص ١١٠.

(٤) السرائر: فيما يصحّ من الوصية وما لا يصحّ ج ٣ ص ٢٠٤.

(٥) تقدّم في ص ٤٧٩.

(٦) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٨.

(٧) المهذب: فيما صحّ من الوصايا وما لا يصحّ ج ٢ ص ١١٠.

(٨) السرائر: فيما يصحّ من الوصية وما لا يصحّ ج ٣ ص ٢٠٤.

الوصية وحدث آخرون بعده، فإن للوارث إن يعطيه رقيقاً من الحادثين بعد الوصية^١ انتهى. وقضية إطلاقه أنه لو تجدد له رقيق بعد الموت تعلقت به الوصية، كما لو تراضى الوارث والقاتل على أخذ رقيق من الدية، بل هم مطبقون على أن إطلاق الوصية لا ينزل على وقت صدورها، وعلى أن وصاياه تنفذ من ديته. وقال أمير المؤمنين عليه السلام في خبر السكوني: من أوصى بثلاثة ثم قتل خطأ فإن ثلث ديته داخل في وصيته^٢. ومثله خبر الحسن بن صالح^٣ فيجب تقييد كلامهم جميعاً هنا بذلك.

هذا وما حكيناه في المتن من قوله: ولو تجدد على إشكال، قد خلت عنه أكثر النسخ، وإنما هو موجود في بعضها. وعليه فينشأ الإشكال ممّا ذكر من الإجماع والأخبار، وأن بطلان الوصية في المثال مع حكمهم بتعلقها بالمال المتجدد للدليلين الإجماع والأخبار ممّا لا يجتمعان، ومن أن المتبادر من قوله: أعطوه رأساً من رقيقي إنما هو الأرقاء والعبيد الموجودون حين الخطاب، فمع انتفائهم يقع الخطاب لغواً كما لو أوصى له بما لا وجود له، وأن الملك نسبة وما لم يثبت المنتسبان لم تثبت النسبة، فإذا لم يكن مال حال الوصية كذبت النسبة إليه بالملك، فيكون أولى بالبطلان ممّا إذا أوصى بالمرهون ولم يجز المرتهن، لأن التقابل بين عدم الملك وهو عدم الشرط وبين المشروط وهو صحة الوصية يشبه تقابل النقيضين والتقابل بين صحة الوصية وبين الرهن تقابل الضدين وتقابل النقيضين أقوى، كذا وجهه به في «الإيضاح»^٤ ووجهه بالأول في «جامع المقاصد»^٥ فيما

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المباحة ج ٢ ص ٤٨٥ س ٤٢.

(٢) وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب الوصايا ج ٢ ص ٣٧٣.

(٣) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب أحكام الوصايا ج ١٠ ص ٣٦٧.

(٤) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥١٤ - ٥١٥.

(٥) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤٩.

يأتي في كلام المصنّف.

وكلاهما ليس بشيء، لأنّه اجتهاد في مقابلة ما يلزم ممّا ثبت بالنصّ والإجماع الناطقين بأنّ العبرة بالثلث وقت الوفاة لا الوصيّة، واجتهاد في مقابلة النصوص والإجماعات على أنّ دية العمد والخطأ تنفذ منها الوصايا، وتقضى منها الديون وأنّه لا قائل بالفرق بين الأمرين، فكما أنّه لا فرق بين الديتين كما بيّنا ذلك فيما سلف^١ عند قوله: ويعتبر الثلث وقت الوفاة لا الوصيّة وأنهم صرّحوا بذلك في باب القصاص وباب الميراث وباب الديون وباب الوصايا والحجر والرهن. فلا معنى لعدم الترجيح هنا من المصنّف في «الكتاب والتحرير»^٢ ولا من ولده^٣ ولا لقوله في «جامع المقاصد»^٤ إنّ احتمال الصّحة لا يخلو من قوّة، مضافاً إلى أنّ الوصيّة تمليك بعد الوفاة فيجب أن يعتبر المال والملك حينئذٍ لا قبلها. ومنه يظهر قوّة اختصاص ابن الابن فيما إذا أوصى لأقرب الناس وله ابن وابن ابن فمات الابن قبل موته، وقد جزم به المصنّف هناك^٥ وتوقّف فيه في «جامع المقاصد»^٦ عند قوله: ويعتبر الثلث إلى آخره، وقال هنا: إنّ لا يخلو من قوّة. وقد تّبهنّا هناك على ما هنا. وسيتمرّض^٧ المصنّف لذلك فيما إذا قال: أعطوه عبداً من عبيدي ولا عبيد له.

أما لو قال: أعطوه رأساً من الرقيق أو اشتروا له من مالي أو أوصيت

(١) تقدّم في ص ٤٥٤ - ٤٥٦.

(٢) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٥١.

(٣) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥١٤ - ٥١٥.

(٤) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٥٠.

(٥) تقدّم في ص ٤٥٤.

(٦) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١١٦.

(٧) سيأتي في ص ٤٨٦.

له بعبد من مالي لم تبطل، ولو قال: أعطوه عبداً من مالي وله عبد،
تخير الوارث بينه وبين الشراء^(١) ولو أوصى بثلاث عبده فخرج ثلثاه
مستحقاً صرفت الوصية إلى الثلث الباقي^(٢).

قوله: «ولو قال: أعطوه رأساً من الرقيق أو اشتروا له من مالي أو
أوصيت له بعبد من مالي لم تبطل» أي وإن لم يكن له عبيد، لأنه لم يصف
الرقيق والعبد إلى نفسه، فيشترى له رقيق أي رقيق كان ويدفع إلى الموصى له كما
في «التحرير^١ وجامع المقاصد^٢» كما تقدم^٣ بيانه عند قوله: وكذا لو قال: اشتروا له
من مالي رأساً.

قوله: «ولو قال: أعطوه عبداً من مالي وله عبد تخير الوارث بينه
وبين الشراء» لأنه يصدق على كل من المشتري بعاله والذي في ملكه أنه عبد
من ماله، ولا كذلك لو قال: اشتروا له عبداً فإنه يجب الشراء ولا يجرى الواحد من
أرقائه. والضمير في «بينه» يعود إلى إعطاء عبد من عبيده دلّ عليه الكلام.

[فيما لو أوصى بثلاث عبده فخرج ثلثاه مستحقاً]

قوله: «ولو أوصى بثلاث عبده فخرج ثلثاه مستحقاً صرفت
الوصية إلى الثلث الباقي» كما في «جامع المقاصد» لأنه يصدق أنه ثلث
ولو قال: أعطوه عبداً من عبيدي ولا عبيد له ثم تجدد له قبل الموت
احتمل الصحة كما لو قال أعطوه ألفاً ولا مال له ثم تجدد أو أعطوه

(١) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٥١.

(٢) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤٩.

(٣) تقدم في ص ٤٨٣.

⑤ ثلث مالي وله درهم ثم ملك مالا كثيراً والمنع اعتباراً بحال الوصية. وكذا لو كان له ممالك ثم ملك آخرين فإن أبطلنا الأول تعيين حقه في الأولين وإلا تـخير الوارث.

صحة

عبده، لأن هذا القدر من العلاقة كاف في صحة الإضافة^١. ومعناه أنه لو أوصى بثلث عبده لزيد مثلاً، أو في وجه من وجوه البر فخرج ثلثاه مستحقاً، تعينت الوصية في الثلث الباقي على ملكه منه.

قوله: «ولو قال: أعطوه عبداً من عبيدي ولا عبيد له ثم تجدد له قبل الموت احتمل الصحة، كما لو قال: أعطوه ألفاً ولا مال له ثم تجدد أو أعطوه ثلث مالي وله درهم ثم ملك مالا كثيراً، والمنع اعتباراً بحال الوصية» ونحوه ما في «التحرير»^٢ من عدم الترجيح أيضاً. وقد سمعت^٣ أن جزم في «التذكرة» بالصحة وتعلق الوصية به، وأنه قال: للشافعية وجهان في أن الاعتبار بيوم الوصية أو بيوم الموت. ولم يتعرض له في «المبسوط» ولا في غيره، وإنما تعرض له فيما عرفت، ولعله لأنه يعرف حكمه من إجماعهم على أن العبرة بالثلث وقت الوفاة لا الوصية.

قوله: «وكذا لو كان له ممالك ثم ملك آخرين فإن أبطلنا الأول

لغير ولو لم يكن له سوى واحد ومات عنه فعلى البطلان تحتل الصحة هنا.

(١) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٤٨.

(٢) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٥٠ - ٣٥١.

(٣) تقدم في ص ٤٨٤ هامش ٢٩.

تعيّن حقّه في الأولين وإلاّ تخيّر الوارث^١ تخيير الوارث خيرة «التذكرة»^٢ وجامع المقاصد^٣ لأنّه جزم في التذكرة في المسألة الأولى بالصحة وحكي فيها هنا عن الشافعية في ذلك قولين. قال: ولو حدث له أرقاء بعد الوصية تعلقت الوصية بهم، وللشافعية وجهان في أنّ الاعتبار بيوم الوصية أو بيوم الموت. وعليهما يخرج ما إذا كان له أرقاء يوم الوصية وحدث آخرون بعده، فإنّ للوارث أن يعطيه رقيقاً من الحادثين بعد الوصية وللشافعية قولان^٤ انتهى. وقال في «جامع المقاصد»: وعلى ما سبق ترجيحه فالثاني أرجح، وقد سبق له في الأولى أن احتمال الصحة لا يخلو عن قوة^٥. وقد قال المصنّف هنا: وإن أبطنا الأول تعيّن حقّه في الأولين. وهو أحد قولي الشافعية^٦، ومعناه إن أبطنا الاحتمال الأول في المسألة الأولى تعيّن حقّ الموصى له في العبيد الأولين ولا تعلق له بالمتجدّدين كما هو ظاهر.

قوله: «ولو لم يكن له سوى واحد ومات فعلى البطلان تحتل الصحة هنا» قد قوى هذا الاحتمال في «الإيضاح»^٧ ونفى عنه البعد عن الصواب في «جامع المقاصد»^٨. وجزم في «التذكرة» قال: ولو لم يكن له إلاّ رقيق واحد، وقال: أعطوه رأساً من رقيقي صحّت الوصية وأعطى ذلك الرأس، سواء تجدد له

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المباحة ج ٢ ص ٤٨٦ س ١١ و ١٢.

(٢) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٥٠.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المباحة ج ٢ ص ٤٨٥ س ٤٢.

(٤) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٥٠.

(٥) روضة الطالبين: في الوصايا ج ٥ ص ٢٣٤.

(٦) إيضاح الفوائد: في أحكام الوديعة ج ٢ ص ٥١٥.

(٧) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٥١.

غيره أو لا. وللشافعية وجهان أظهرهما عندهم صحة الوصية والثاني البطلان^١ انتهى. وظاهر كلام الشافعية أن الوجهين هنا جاريان على كل من احتمالي الصحة والبطلان في المسألة الأولى، وعبارة الكتاب محتملة لذلك، لأنه على تقدير الصحة هناك يحتمل هنا البطلان أيضاً، لأنه قد فات الوصف للعبد الموصى به، وهو كونه من عبيده الموجودين بالفعل، لأنه المتبادر منه، وذلك يقتضي بطلان الوصية ويكون ما ذكره المصنف هنا من احتمال الصحة على تقدير البطلان إنما هو لبيان الفرق بين المسألتين، وليس مراده ما فهمه في «الإيضاح» من أن احتمال البطلان والصحة لا يكونان هنا إلا على تقدير احتمال البطلان هناك، وأما على تقدير احتمال الصحة يلزم القول بالصحة بالأولية، قال في بيان العبارة: إن قلنا: بالصحة في المسألة السابقة فهنا أولى، وإن قلنا: بالبطلان احتمل الصحة هنا، لوجود عبد وهو الموصى به^٢. وهو صريح في أن مراده ذلك.

وكيف كان فوجه الصحة أنه قد وجد شرط صحة الوصية وهو ملك الموصى به وقبوله الانتقال، ويصدق عليه أنه بعض عبيده مجازاً بالقوة، وأن تنفيذ الوصية يجب بحسب الإمكان وهو ممكن بالحمل على المجاز بمعونة المقام، وهو أولى من إلغاء الوصية، كما لو أوصى لأولاده وليس له إلا أولاده. ووجه البطلان هو ما أشرنا إليه آنفاً من فوات الوصف المقتضي لفوات الوصية.

وقوله: ومات عنه، لعله ليس له فائدة يعتد بها، لأنه لا بد في جميع مسائل الوصية من بقاء الموصى به بعد موت الموصي، إذ لو تلف قبله بطلت الوصية لفوات متعلقها، إلا أن نقول: إنه احترز به عما إذا تجدد له قبل الموت غيره، فيرجع إلى

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المباحة ج ٢ ص ٤٨٥ س ٤٣، وص ٤٨٦ سطر الأول.

(٢) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥١٥.

ولو أوصى له بشاة أجزأ الذكر والأنثى والخنثى، لأنّ التاء للوحدة وأصلها شاهة لأنّ تصغيرها شويهة ④

المسألة الأولى فتأمل.

[فيما لو أوصى بشاة]

قوله: «ولو أوصى له بشاة أجزأ الذكر والأنثى» كما في «المبسوط»^١ والمهذب^٢ والسرائر^٣ والتذكرة^٤ والتحرير^٥ والدروس^٦ وجامع المقاصد^٧ وقد نصّ أهل اللغة على أنّ اسم الشاة يذكر ويؤنث كما في الأخير. وذلك دليل على أنّه لا يختص بالإناث بل هو اسم جنس، فتكون التاء فيه للوحدة قطعاً. ولهذا حملوا قوله ﷺ: في أربعين شاة على الذكور والإناث. فلو قال: أعطوه عشراً من الشياة أو عشرة جاز إعطاؤه من الذكور والإناث كما في «الدروس»^٨ وقال الشافعي في كتاب «الأم»^٩: أنّه لا يتناول الكباش والتيوس وإنما هو للإناث للعرف. قوله: «وأصلها شاهة لأنّ تصغيرها شويهة» هذا لا دخل له فيما نحن فيه.

- (١) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٨.
- (٢) المهذب: فيما صحّ من الوصايا وما لا يصحّ ج ٢ ص ١١٠.
- (٣) السرائر: فيما يصحّ من الوصية وما لا يصحّ ج ٣ ص ٢٠٤.
- (٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المباحة ج ٢ ص ٤٨٤ س ٣٨.
- (٥) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٥١.
- (٦) الدروس الشرعية: فيما إذا أوصى له بعبد من عبده ج ٢ ص ٣١٤.
- (٧) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٥١ - ١٥٢.
- (٨) الدروس الشرعية: فيما إذا أوصى له بعبد من عبده ج ٢ ص ٣١٤ - ٣١٥.
- (٩) الأم: في الوصية بشاة من ماله ج ٤ ص ٩١.

والصغير والكبير والصحيح والمعيب والضأن والمعز^(١)

قوله: «والصغير والكبير» كما في «المبسوط»^(١) وما ذكر بعده^(٢) عدا «الدروس». ولا ريب في عدم الفرق بين صغيرة الجثة وكبيرتها ولا خلاف فيه، وإنما الخلاف في صغيرة العمر كالسخله والعناق فأظهر وجهي الشافعية^(٣) أن اسم الشاة لا يقع عليها.

قوله: «والصحيح والمعيب» بلا خلاف من أحد بل والسليمة والمريضة كما في «التذكرة»^(٤).

قوله: «والضأن والماعز» كما في «المبسوط»^(٥) وجميع ما ذكر بعده. وفي «جامع المقاصد»: أن شمولها المعز والضأن أمر واضح لا ريب فيه^(٦). وفي «القاموس» أن الشاة تكون من الضأن والمعز والضبياء والبقر والنعام وحمر الوحش والمرأة^(٧). ولا يدخل الضأن في اسم المعز ولا بالعكس على إشكال كما في «التذكرة»^(٨).

(١) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٨.

(٢) المهذب: فيما صح من الوصايا وما لا يصح ج ٢ ص ١١٠، والسرائر: فيما يصح من الوصية

وما لا يصح ج ٣ ص ٢٠٤، وتذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المباحة ج ٢ ص ٤٨٤

س ٤٠، وتحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٥١.

(٣) مغني المحتاج: في الوصايا ج ٣ ص ٥٥.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المباحة ج ٢ ص ٤٨٤ س ٤٠.

(٥) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٨.

(٦) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٥٢.

(٧) القاموس المحيط: ج ٤ ص ٢٨٧ مادة «شاة».

(٨) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المباحة ج ٢ ص ٤٨٥ س ٢٦.

ولا يجزئ الظبي والبعير يدخل فيه الصغير والكبير^(١) وفي دخول
الأنثى إشكال أقربه أن كالإنسان^(٢)

قوله: «ولا يجزئ الظبي» ولعله لأن اسم الشاة لا يقع عليه حقيقة عرفاً،
وفي «جامع المقاصد»^(٣): أنه لا يقع عليه حقيقة لغة (عرفاً خ). وقد سمعت ما في
«القاموس».

[في الوصية بالبعير]

قوله: «والبعير يدخل فيه الصغير والكبير» والصحيح والمعيب
والسليم والمريض بلا خلاف.

قوله: «وفي دخول الأنثى إشكال أقربه أنه كالإنسان» كما في
«الصحيح»^(٤) والتذكرة^(٥) والتحرير^(٦) والإيضاح^(٧) وجامع المقاصد^(٨) وحكاة الفيومي
عن ابن السكيت والأزهري وابن جنّي وأن الأزهري قال: أنه كلام العرب، ولكن
لا يعرفه إلا خواص أهل العلم باللغة^(٩). وفي «المبسوط»^(١٠): إن قال: أعطوه بعيراً
أعطي ذكراً^(١١). وهو المحكي عن الشافعي^(١٢)، وعن الأزهري أنه عرف الناس^(١٣). وفي

(١) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٥٢.

(٢) الصحيح: ج ٥٩٣ مادة «بعر».

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المباحة ج ٢ ص ٤٨٥ س ١٣.

(٤) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٥١.

(٥) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥١٥ - ٥١٦.

(٦) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٥٢.

(٧) المصباح المنير: ج ١ ص ٥٣ مادة «البعير».

(٨) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٨.

(٩) الحاكي هو العلامة في التذكرة: في الوصية بالأعيان المباحة ج ٢ ص ٤٨٥ س ١٤.

أما الجمل فكالرجل والناقة كالأنثى، والبكرة بمنزلة الفتاة والبكر بمنزلة الفتى^(١٠) والثور للذكر والبقرة للأنثى^(١١)

«القاموس»: البعير الجمل البازل وقد يكون للأنثى^{١١}. وكان الإشكال في استقرار العرف وعدمه، أو في تقديم المجاز الراجع المشهور، لكن الشيخ لم يستند إلى العرف كما حكوه^{١٢} عنه وإنما ظاهره أنه كذلك لغة.

قوله: «أما الجمل فكالرجل والناقة كالأنثى» كما في «المبسوط»^{١٣} والمهذب^{١٤} والتذكرة^{١٥} والتحرير^{١٦} والمصباح المنير^{١٧}.

قوله: «وبالبكرة بمنزلة الفتاة والبكر بمنزلة الفتى» والقلوص كالجارية كما حكى ذلك كله في «المصباح المنير»^{١٨} عن ابن السكيت والأزهري وابن جني.

قوله: «والثور للذكر والبقرة للأنثى» كما في «المبسوط»^{١٩} والتذكرة^{٢٠} والتحرير^{٢١} وكذا «جامع المقاصد»^{٢٢} وفي «الصحاح»^{٢٣} والمصباح^{٢٤}

(١٠) الحاكي عنه هو الفيومي في المصباح المنير: ج ١ ص ٥٣ مادة «البعير».

(١١) القاموس المحيط: ج ١ ص ٣٧٤ - ٣٧٥ مادة «البعير».

(١٢) كما في إيضاح: ج ٢ ص ٥١٥ - ٥١٦، وجامع المقاصد: ج ١٠ ص ١٥٢.

(١٣) المبسوط: فيما لو أوصى بجمل أو ناقة ج ٤ ص ١٨.

(١٤) المهذب: فيما صح من الوصايا وما لا يصح ج ٢ ص ١١٠، وراجع في هامشه برقم ٤.

(١٥) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المباحة ج ٢ ص ٤٨٥ س ١٢ و ١٣.

(١٦) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٥١.

(١٧ و ١٨) المصباح المنير: ص ١١٠ مادة «جمل».

(١٩) المبسوط: فيما لو أوصى بثور أو بقرة ج ٤ ص ١٨.

(٢٠) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المباحة ج ٢ ص ٤٨٥ س ١٧.

(٢١) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٥١.

(٢٢) جامع المقاصد: في الأحكام الراجعة للفظ ج ١٠ ص ١٥٣.

وفي دخول الجاموس في البقر نظر، ولا يدخل بقرة الوحش، ولا يدخل في الكلب ولا في الحمار الأنثى.

والجاموس^{٢٥}: أن البقرة اسم جنس تطلق على الذكر والأنثى.

قوله: «وفي دخول الجاموس في البقر نظر» ينشأ من تعارض اللغة والعرف كما في «الإيضاح»^{٢٦} والحواشي^{٢٧} وجامع المقاصد» وفي الأخير: أن الظاهر عدم الدخول لعدم فهمه من لفظ البقر عرفاً^{٢٨}. وجزم في «التذكرة»^{٢٩} بالدخول لدخولها في نصب البقر وتكميل نصابها بها وأنهما من نوع واحد.

قوله: «ولا تدخل بقرة الوحش» كما في «جامع المقاصد» لانتفاء الصدق لغة وعرفاً^{٣٠}.

قوله: «ولا يدخل في الكلب ولا في الحمار الأنثى» كما في «التذكرة»^{٣١} وجامع المقاصد^{٣٢} ونص في «التحرير» على عدم دخولها في الحمار^{٣٣} ولم يتعرض للكلب، لأنهم ميزوا بينهما فقالوا: كلب وكلبة وحمار وحمارة.

(٢٣) الصحاح: ج ٢ ص ٥٩٤ مادة «بقر».

(٢٤) المصباح المنير: ص ٥٧ مادة «البقر».

(٢٥) القاموس المحيط: ج ١ ص ٣٧٥ مادة «البقرة».

(٢٦) إيضاح الفوائد: في الموصى به ج ٢ ص ٥١٦.

(٢٧) لم نعثر عليه.

(٢٨) جامع المقاصد: في الأحكام الراجعة للفظ ج ١٠ ص ١٥٣.

(٢٩) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المباحة ج ٢ ص ٤٨٥ س ٢٦ - ٢٧.

(٣٠) جامع المقاصد: في الأحكام الراجعة للفظ ج ١٠ ص ١٥٣.

(٣١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المباحة ج ٢ ص ٤٨٥ س ٢٢.

(٣٢) جامع المقاصد: في الأحكام الراجعة للفظ ج ١٠ ص ١٥٣.

(٣٣) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٥٢.

والدابة اسم للخيل والبغال والحمير، فإن تخصص عرف بلد بالفرس أو بغيره حمل عليه ^(١) ولا يدخل السرج ولا الثوب في العبد. ^(٢) ولو أوصى بدار اندرج ما يدخل في المبيع. ^(٣)

قوله: «والدابة اسم للخيل والبغال والحمير فإن تخصص عرف بلد بالفرس أو بغيره حمل عليه» الدابة في الوضع اللغوي الحقيقي لكل ما يدب على وجه الأرض ثم اشتهر في ذوات الحافر كما في «التذكرة» وجامع المقاصد^٢ وقد نص على أنها اسم للأنواع الثلاثة في الكتابين المذكورين و«التحرير»^٣ وتام الكلام عند قوله^٤؛ ونزح كز لموت الدابة. ولا ريب أنه إذا استقر عرف قوم أو بلد على خلافه حمل الإطلاق عندهم على المتعارف بينهم. قوله: «ولا يدخل السرج ولا الثوب في العبد» كما في «التحرير»^٥ لخروجها عن مستى الدابة والعبد والبعر. وقد قرب في البيع^٦ وولده وجماعة أنه يدخل في بيع العبد من الثياب ما يقضي العرف بدخوله معه، والظاهر عدم الفرق بين الوصية والبيع.

[في الوصية بدار]

قوله: «ولو أوصى بدار اندرج ما يدخل في المبيع» كما في

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالأعيان المباحة ج ٢ ص ٤٨٥ س ٢٨.

(٢) جامع المقاصد: في الأحكام الراجعة للفظ ج ١٠ ص ١٥٤.

(٣) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٥٢.

(٤) راجع مفتاح الكرامة: ج ١٤ ص ٦١٨.

(٥) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٥٢.

(٦) راجع مفتاح الكرامة: ج ١٤ ص ٦١٨.

فإن انهدمت قبل موته ففي انقطاع الوصية له إشكال ينشأ من عدم تناول الاسم له ومن دخول العرصة والنقض في الوصية. (٩)

«المبسوط»^١ وغيره^٢، إذ لا فرق بينهما.

قوله: «فإن انهدمت قبل موته ففي انقطاع الوصية له إشكال ينشأ من عدم تناول الاسم له ومن دخول العرصة والنقض في الوصية» ونحوه ما في «الشرائع»^٣ والكفاية» حيث قال: فيه تردد، و«التحرير»^٤ حيث قال فيه نظر. وجزم في «المبسوط»^٥ بالبطلان. وجزم بعدمه في «الإرشاد»^٦ وقوّاه في «التذكرة»^٧. وحسنه وقربه في «جامع المقاصد»^٨. وفصل في «الحواشي»^٩ واستحسنه في «المسالك» وهو إن كان الموصى به داراً معينة فالوصية باقية، وإن أوصى له بدار من دوره فانهدمت دوره جميعاً قبل موته بطلت لانتفاء المسمى^{١٠}. وجه البطلان من دون نظر إلى التفصيل أنه قد فات متعلق الوصية، لأنه المجموع المركب من العرصة والسقف وباقي الأجزاء والمركب يفوت بفوات بعض أجزائه خصوصاً الموجب لفوات حقيقته. ووجه عدمه كذلك أن بعض

(١) المبسوط: فيما أوصى لرجل بداره ج ٤ ص ٣٨.

(٢) كجامع المقاصد: فيما لو أوصى بدار اندرج ما يدخل في المبيع ج ١٠ ص ١٥٥.

(٣) شرائع الإسلام: في لواحق الوصية ج ٢ ص ٢٦٠.

(٤) تحرير الأحكام: في ماهية الوصايا ج ٣ ص ٣٣٦.

(٥) المبسوط: فيما لو أوصى لرجل بداره ج ٤ ص ٣٨.

(٦) إرشاد الأذهان: في أحكام الوصية ج ١ ص ٤٦٥.

(٧) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى بدار وانهدمت ج ٢ ص ٥١٦ س ٣٠.

(٨) جامع المقاصد: في الأحكام الراجعة للفظ ج ١٠ ص ١٥٥.

(٩) لم نعثر عليه.

(١٠) مسالك الأفهام: فيما لو أوصى بدار انهدمت ج ٦ ص ٣٠١.

ولو انهدم بعضها لم تبطل. ٧

الأجزاء التي تعلّق بها حقّ الموصى له في ضمن المجموع باقي فلا يفوت هذا البعض بفوات ذلك البعض، مضافاً إلى عدم الدليل على البطلان وإلى وجوب إنفاذ الوصيّة وتحريم تبديلها، وتغيير الاسم لم يثبت كونه قادحاً، ومنه يعرف وجهها الإشكال والتردد والنظر.

ووجه التفصيل في الصّحة إذا كانت معيّنة ما ذكرناه في وجهها للإرشاد، وفي البطلان إذا كانت غير معيّنة انتفاء المسمّى، لأنّه إذا انهدمت جميع دوره لا يصدق أن له دور أوصى بها. وهو واضح، لكنّ كلامهم ونزاعهم إنّما هو في المعيّنة لوجهين: الأوّل: أنّه فرض المسألة فيها في «المبسوط» الذي هو الأصل في الباب في المعيّنة حيث قال: أوصى له بداره. الثاني: أنّهم تعرضوا للنقض، ولا ريب أنّ النقض من الدار المعيّنة لا تدخل في الوصيّة بدار في الجملة. ومحلّ النزاع ما إذا انهدمت بنفسها، لا ما إذا هدمها الموصى، وإلّا كان رجوعاً كما في «المسالك»^١. وهو الذي يفهم من تعبيرهم بالانهدام. وقال في «التذكرة»^٢ الأقوى أنّه رجوع في الأخشاب والأنقاض والعرصة على إشكال انتهى.

قوله: «ولو انهدم بعضها لم تبطل» كما في «المبسوط»^٣ وجامع المقاصد^٤ وهو معنى قوله في «التذكرة»^٥ والتحرير: لو كان الانهدام لا يبطل اسم وكذا بعد الموت وإن كان قبل القبول. ولو زاد في عمارتها لم يكن

(١) مسالك الأفهام: فيما لو أوصى بدار انهدمت ج ٦ ص ٣٠١.
(٢) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى بدار وانهدمت ج ٢ ص ٥١٦ س ٢٩.
(٣) المبسوط: فيما لو أوصى لرجل بداره ج ٤ ص ٣٨.
(٤) جامع المقاصد: في الأحكام الراجعة للفظ ج ١٠ ص ١٥٥.
(٥) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى بدار وانهدمت ج ٢ ص ٥١٦ س ٣٢.

رجوعاً بخلاف طحن الحنطة ٥

الدار لم تبطل فيما بقي^١. ولعلّه لذلك قيّد في «جامع المقاصد» عبارة الكتاب، قال: إذا لم يكن انهدام ذلك قادحاً في صدق الاسم، وإلا كان كالأول^٢. وكيف كان فلا تصحّ فيما انفصل عنها.

قوله: «وكذا بعد الموت وإن كان قبل القبول» أي وكذا لا تبطل لو كان الانهدام بعد الموت قبل القبول، وإليه أشار في «المبسوط» بقوله: وإن خربت بعد وفاته فإنّ الموصى له يستحقّها وما قد انفصل منها من الخشب والآلات^٣ انتهى. وهو بإطلاقه يتناول ما إذا كان قبل القبول، لكنّه إنّما يتمّ بناءً على أنّ القبول كاشف، وأمّا على القول بالنقل فإنّه يجيء فيه الإشكال السابق.

قوله: «ولو زاد في عمارتها لم يكن رجوعاً بخلاف طحن الحنطة» أمّا عدم كون الزيادة رجوعاً فقد نصّ عليه في «التحرير» و«جامع المقاصد»^٤ لبقاء الاسم، وأمّا كون الطحن رجوعاً فقد نصّ عليه في «المبسوط»^٥ والتحرير^٦ و«جامع المقاصد»^٧ لعدم بقاء الاسم، وفواته موجب لفوات متعلّق والجمع يحمل على الثلاثة، فلو قال: أعتقوا رقاباً فأقلّه ثلاثة، فإن

- (١) تحرير الأحكام: في ماهيّة الوصايا ج ٣ ص ٣٣٦.
- (٢) جامع المقاصد: في الأحكام الراجعة للفظ ج ١٠ ص ١٥٥.
- (٣) المبسوط: فيما لو أوصى لرجل بداره ج ٤ ص ٣٨.
- (٤) تحرير الأحكام: في ماهيّة الوصايا ج ٣ ص ٣٣٦.
- (٥) جامع المقاصد: في الأحكام الراجعة للفظ ج ١٠ ص ١٥٥.
- (٦) المبسوط: فيما لو أوصى لرجل بطعام ج ٤ ص ٣٨.
- (٧) تحرير الأحكام: في ماهيّة الوصايا ج ٣ ص ٣٣٥.
- (٨) جامع المقاصد: في الأحكام الراجعة للفظ ج ١٠ ص ١٥٥ - ١٥٦.

وفي الثلث بإثنين وبعض الثالث اشترى البعض على إشكال. (١)

الوصية فتبطل.

[فيما لو أوصى بصيغة جمع]

قوله: «والجمع يحمل على الثلاثة، فلو قال: أعتقوا رقاباً وله ثلاثة فإن وفي الثلث بإثنين وبعض الثالث اشترى البعض على إشكال» قد تقدّم^١ في باب الإقرار أن الجمع يحمل على أقلّه وهو ثلاثة، سواء كان جمع قلة أو كثرة، وسواء وصفه بالقلة أو الكثرة، وقد حكينا ذلك عن عدة من كتبهم وقلنا: إنه لا فرق فيه بين المعرّف والمنكر، وأن العموم هناك ملغى غير مراد، إذ لا حدّ له هناك حدّ محدود يصار إليه، والظاهر أنه هنا كذلك، لأنهم قالوا هنا: إنه يحمل على الثلاثة مطلقين، فظاهر جماعة منهم أن ذلك مسلّم مفروغ منه. وقد حكينا في باب الإقرار عنهم ذلك في الباب، وستسمع ما في التنبيه.

فإذا قال أعتقوا رقاباً وجب أن يعتق ثلاثة مع سعة الثلث وهو ممّا لا إشكال فيه كما في «المسالك»^٢ فلا يجب الزائد للشك فيه، والأصل ينفيه واللفظ لا يقتضيه. نعم إن أمكن شراء ثلاث رقاب فصاعداً بثلثه فالاستكثار مع الاسترخاص أولى من الاستقلال مع الاستغلاء كما في «التذكرة»^٣. وهذا يفتح باباً واسعاً في الأثلاث. ونصّ فيها أيضاً أنه لا يجوز صرفه إلى رقبة أو رقتين مع إمكان الثلاث.

(١) تقدّم في ص ٢٨٠ من هذا المجلد.

(٢) مسالك الأفهام: مسائل في الوصية ج ٦ ص ٢٩٤.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالعتق ج ٢ ص ٤٨٦ س ٢٨.

ولو قصر الثلث عن الثلاثة اقتصر على ما يسهه كما هو قضية كلامهم. وبه صرح في «المسالك»^١ ونفى عنه البعد في «الكفاية»^٢. لا يقال^٣: إن الموصى به مسمى الجميع وقد تعذر فتبطل، أو يتوقع تنفيذها أن يرجى، لأننا نقول: إن معنى الجمع واحد، وواحد، وواحد كما نصوا عليه من غير خلاف، مضافاً إلى أن الميسور لا يسقط بالمعسور. فلو قصر الثلث إلا عن واحد أعتق، وكذا لو قصر عن تمام الواحد أعتق، لأن وجوب إعتاق الجزء ثابت كالكل، ولعموم: إذا أمرتكم بأمر^٤، فتدبر. فإن تعذر ففي ردّه إلى الورثة أو صرفه في وجوه البر أو الإيقاف إلى أن يوجد عبد أو شقص عبد أوجه ثلاثة كما يأتي مثله.

وإن وفي باثنين وبعض الثالث فقد استشكل المصنف في وجوب شراء البعض وإعتاقه مع الإثنين، وفي «الخلاف»: أنه يشتري الاثنين ويعتقان ويعطيان البقية. دليلنا إجماع الفرقة، فإن هذه منصوصة لهم وذكرنا الرواية في الكتاب الكبير^٥ انتهى. وقال في «المبسوط»: فإن لم يبلغ الثمن ثمن ثلاثة أعبد ويزيد على ثمن عشرين، فإنه يجعل الرقبتين أكثرهما ثمناً ولا يفضل شيئاً^٦. وبذلك كله عبر في «المهذب»^٧ فكان ما في «المبسوط» مخالفاً لما في «الخلاف»، والرواية التي أشار إليها في الخلاف ليست موجودة في كتابه الكبير ولا غيره، وإنما الموجود مارواه المشايخ الثلاثة في الموثق بسماعة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل

(١) مسالك الأفهام: مسائل في الوصية ج ٦ ص ٢٩٤.

(٢) كفاية الأحكام: في أحكام ولواحق الوصية ج ٢ ص ٦٤.

(٣) كما في المسالك: ج ٦ ص ٢٩٤.

(٤) عوالي اللآلي: ج ٤ ص ٥٨ ح ٢٠٦.

(٥) الخلاف: فيما لو أوصى بثلاث ماله في الرقاب مسألة ١٦ ج ٤ ص ١٤٥ - ١٤٦.

(٦) المبسوط: فيما لو قال أعتقوا بثلاث مالي رقاباً ج ٤ ص ٢٢.

(٧) المهذب: فيما صح من الوصايا وما لا يصح ج ٢ ص ١١٢.

أوصى أن يعتق عنه نسمة من ثلثه بخمسمائة درهم فاشترى الوصي بأقل من خمسمائة درهم وفضلت فضلة فما ترى في الفضلة؟ فقال: تدفع إلى النسمة من قبل أن تعتق ثم تعتق عن الميت^١. وقد ذكرها في «المبسوط» بقوله: روى أصحابنا^٢. وهي التي فهمها من الخلاف المصنف في «التذكرة^٣ والمختلف^٤» لكن صريح «السرائر»: أن الرواية صريحة بأنه يشتري الاثنان ويعتقان ويعطيان البقية^٥، فيحتمل أن يكون نقل معنى تلك الموثقة لاتحاد الطريق وتنقيح المناط، ويحتمل أنه أراد غيرها وأنها صريحة في ذلك.

ومما اختير فيه وجوب شراء البعض وإعتاقه مع الاثنين «السرائر^٦ والتذكرة^٧ والمختلف^٨ والإيضاح^٩ والحواشي^{١٠} وجامع المقاصد^{١١} وكذا التحرير^{١٢} والمسالك^{١٣} والكفاية^{١٤}».

مركز تحقيق مكتبة علوم اسلامی

- (١) الكافي: ج ٧ ص ١٩ ح ١٣، ومن لا يحضره الفقيه: ج ٤ ص ٢١٥ ح ٥٥٠٥، وتهذيب الأحكام: ج ٩ ص ٢٢١ ح ٨٦٨.
- (٢) المبسوط: فيما لو قال أعتقوا بثلث مالي رقاباً ج ٤ ص ٢٢.
- (٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالعتق ج ٢ ص ٤٨٦ ح ٣٤.
- (٤) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٥٨.
- (٥) السرائر: فيما يصح وما لا يصح من الوصية ج ٣ ص ٢٠١.
- (٦) السرائر: فيما يصح وما لا يصح من الوصية ج ٣ ص ٢٠١.
- (٧) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالعتق ج ٢ ص ٤٨٦ ح ٣٥.
- (٨) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٥٨.
- (٩) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥١٧.
- (١٠) لم نعثر عليه.
- (١١) جامع المقاصد: في الأحكام الراجعة للفظ ج ١٠ ص ١٥٦.
- (١٢) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٧٤.
- (١٣) مسالك الأفهام: مسائل في الوصية ج ٦ ص ٢٩٤.
- (١٤) كفاية الأحكام: في أحكام ولواحق الوصية ج ٢ ص ٦٤.

ثم عد إلى إشكال المصنّف فقد وجّهه في «جامع المقاصد» بأنّه نشأ من أنّ الموصى به إعتاق ثلاثة وحقيقة ذلك الرقيق كلّ، إذ لا يقع اسم الكلّ على البعض إلّا بالمجاز، فمع تعذّر الموصى به يسقط، لقبح التكليف ولا يجب شراء شيء غير ذلك لعدم الدلي عليه، ومن أنّه إذا تعذّرت الحقيقة وجب المصير إلى المجاز ومع التعذّر يجب ارتكاب أقرب المجازات، وأنّ إطلاق الثلاثة على الإثنين وبعض الثالث شائع كما في أقراء العدة^١ انتهى. والوجه الأوّل يقضي بالبطلان لا بواحد من مذهبي الشيخ، وقضيته أنّ تنفيذ الوصيّة مشروط بكون الإعتاق الثلاثة تامّة.

وجعل أحد وجهي الإشكال في «الإيضاح»: أنّ الشراء إنّما هو لضرورة تحصيل الجميع ولم يحصل فيكون تضييعاً على الورثة بغير فائدة، قال: وهذا قول الشيخ في المبسوط^٢ انتهى. وهذا الوجه يقضي أيضاً بالبطلان، وليس هو قوله في المبسوط. إلّا أن تقول: إنّ مراده أنّها تبطل في الفاضل ويرجع إلى الورثة، لأنّه لازم الكلام المبسوط والمهذّب فيما إذا وجد أعلى الأفراد ثمناً فاشترى إثنين وبقيت بقيّة.

وكيف كان فالأشبه بأصول الباب وجوب شراء البعض، لأنّ الظاهر أنّ التنفيذ ليس مشروطاً بكون الإعتاق الثلاثة تامّة فيجب إعتاق ما يحتمله الثلث، لأنّ التصرف في الزائد غير جائز، ولا يسقط الميسور بالمعسور^٣، وما لا يدرك كلّ

فإن وفي بخسيسين وبعض ثالث أو بنفيسين فالأقرب الأوّل.

حفظ

(١) جامع المقاصد: في الأحكام الراجعة للفظ ج ١٠ ص ١٥٦.

(٢) إيضاح الفوائد: في الموصى به ج ٢ ص ٥١٧.

(٣) عوالي اللآلي: ج ٤ ص ٥٨ ح ٢٠٥.

لا يترك كله^١. إلا أن تقول: إن المناط منقح، والطريق واحد، وخبر سماعة^٢ قد رواه المحمّدون، وعمل به جماعة^٣، بل قد يلوح أو يظهر^٤ من «التذكرة والمختلف» أنه محلّ إجماع، قال فيهما: إنّ الوصيّة هناك - يعني الرواية - بعق عبد، وقد عمل بمقتضاها بقدر الإمكان بخلاف صورة النزاع، إذ قد يلوح منه فيهما أنها ليست محلّ نزاع فتصحّ من الشيخ في «الخلاف» دعوى الإجماع، وإلا فلا وجه لها أصلاً، إذ لم نجد أحداً تعرّض لمسألتنا قبله فضلاً عن الحكم بها فكيف يدّعي الإجماع في ذلك. وعلى هذا يتعيّن القول بما في «الخلاف» وإن خالفه هو والقاضي في «المبسوط والمهذب» فليحظ ذلك.

ويبقى الكلام بناء على ما في «السرائر»: وما وافقها فيما إذا لم يمكن شراء شقص بالفاضل، إمّا لقلّته أو لفقدان الشقص، والذي ينبغي أن يقال: إنّ هناك الاحتمالات أربعة: أحدها: أن يشتري بالثلث رقبتيْن نفيستيْن بحيث لا يفضل منه عنهما شيء، إذا أمكن كما في «المبسوط» في أصل المسألة كما سمعت. ويبقى الكلام فيما لم يمكن. والثاني: أن يردّ الفاضل إلى الورثة كما قلنا آنفاً أنّه لازم «المبسوط». الثالث: أن يوقف إلى أن يوجد شقص. الرابع: أن يصرف في وجوه البرّ.

قوله: «فإن وفي بخسيسين وبعض ثالث، أو بنفيسين فالأقرب تنبيه: الجمع بصيغة أقلّه يجرى فيه الثلاثة مطلقاً وكذا بصيغة أكثره مع الإطلاق، ومع التقييد يجب الأزيد إذا احتمله القيد. وإن كان

(١) عوالي اللآلي: ج ٤ ص ٥٨ ح ٢٠٧.

(٢) راجع ص ٤٥٠ رقم ١٠.

(٣) ومن الجماعة الذين عملوا بخبر سماعة الشهيد الثاني في مسالك الأنهام: ج ٦ ص ٢١٣، والطباطبائي في رياض المسائل: ج ٩ ص ٥٤٢، والبحراني في الحقائق الناضرة: ج ٢٢ ص ٤٦٨.

(٤) تقدّم في ص ٤٩٠ بهامش ١٥ و١٦.

أخس فيجب الخمسة الخسيصة ولا يجرى عتق الأربعة النفيسة المساوية قيمة.

الأول وفي «الإيضاح»: أنه الأصح^١. وفي «جامع المقاصد»: أنه أقوى^٢. ولا ترجيح في «التذكرة»^٣ وعلى ما حكيناه عنهما أنفا ينبغي له أن يختار ما هنا. نعم ينبغي للشافعية أن يتوقفوا كما حكاه فيها عنهم، لأنهم رَوَوْا أنه ﷺ سئل عن أفضل الرقاب فقال أكثرها ثمناً وأنفسها عند أهلها^٤. والخبر بإطلاقه لا يقول به أحد، إذ قضيتُه أن عتق الكافر على القول بجواز الوصية بعتقه إذا كان أعلى قيمة أفضل من عتق المسلم إذا كان أقل فتأمل. نعم يستحب شراء المؤمن الأعف والمجهود والمكدور كما في «التذكرة»^٥.

قوله: «تنبيه: الجمع بصيغة أقله تجزئ فيه الثلاثة مطلقاً وكذا بصيغة أكثره مطلقاً مع الإطلاق، ومع التقييد يجب الأزيد إذا احتمله القيد، وإن كان أخس فتجب الخمسة الخسيصة ولا يجرى عتق الأربعة النفيسة المساوية قيمة» معناه أنه لو أوصى بصيغة جمع قلّة فقال: أعتقوا أعبداً بألف، فإن الثلاثة تجزئ مع تعيين القدر من المال وهو الألف وعدمه، وهو معنى قوله: مطلقاً. فلو أمكن شراء أربعة خسيصة بألف وثلاثة نفيسة بها تخير الوارث، لأن أقل جمع قلّة هو الثلاثة، والأصل براءة الذمة من تعيين شراء ما زاد.

(١) إيضاح الفوائد: في الموصى به ج ٢ ص ٥١٧.

(٢) جامع المقاصد: في الأحكام الراجعة للفظ ج ١٠ ص ١٥٧.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالعتق ج ٢ ص ٤٨٦ س ٤٣.

(٤) سنن ابن ماجه: ج ٢ ص ٨٤٣ ح ٢٥٢٣، وصحيح البخارى: ج ٣ ص ١٨٨ باب أي الرقاب أفضل، والسنن الكبرى: ج ٦ ص ٢٧٣.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالعتق ج ٢ ص ٤٨٦ س ٤٣.

وإن أوصى بصيغة جمع الكثرة فإمّا أن يطلق أو يقيد بمقدار من المال، فإن أطلق أجزاء الثلاثة للأصل، ولأنّها أقلّ احتمالات الجمع وإن قيد بالمقدار من المال كالف وجب عتق الزائد على الثلاثة بحسب الإمكان. وعليه نَبّه بقوله: إذا احتمله القيد، إذ معناه: إذا احتمل الزائد القيد وهو تقدير المال، لأنّ صيغة الكثرة لما فوق العشرة، وتعيّن قدر المال مع احتمال الزائد دليل على إرادة الزائد. وقوله ولا يجرى عتق الأربعة النفيسة المساوية قيمة، معناه أنّ الأربعة المساوية لقيمة الخمسة الخسيسة بحيث تكون قيمة كلّ منهما - أي الأربعة والخمسة - بقدر المقدّر من المال لا تجزئ لأن الخمسة أقرب إلى مدلول صيغة جمع الكثرة.

واعترضه في «جامع المقاصد»: بأنّ استعمال جمع الكثرة فيما فوق العشرة ليس لكونه حقيقة فيه، بل ذلك استعمال طار على أصل الموضع اللغوي أعني كون أقلّ الجمع مطلقاً ثلاثة ولم يبلغ ذلك حدّ الحقيقة ليستحقّق النقل ولم يفرّق الأصوليون في أنّ أقلّ الجمع ثلاثة أو اثنان بين كونه جمع قلّة أو كثرة. ثمّ أهل الاستعمالات العرفيّة والمحاورات العامّة، لا يعرفون هذا الاستعمال ولا شعور لهم به فكيف يحمل إطلاقاتهم عليه مع أنّ اللفظ تابع لمقصود لفظه، لتوقّف قصد المعنى الموضوع له على العلم بالوضع على أنّه لو تسمّ له جميع ذلك من كون الاستعمال حقيقة، وشيوعه بحيث يتفاهمه ويتبادر إلى أذهانهم، يجب أن لا يفرّق إذا أوصى بصيغة جمع الكثرة بين ما إذا قدرّ للوصيّة وعدمه في وجوب تحري مازاد على الثلاثة إلى أقلّ احتمالاته عملاً بحقيقة اللفظ، فالفرق الواقع في كلام المصنّف غير واضح^١ انتهى.

قلت: الذي نصّ عليه أئمة العربيّة أن مدلول جمع الكثرة بطريق الحقيقة

(١) جامع المقاصد: في الأحكام الرجعة للفظ ج ١٠ ص ١٥٨.

ما فوق العشرة إلى غير نهاية ويستعمل كلّ منهما موضع الآخر مجازاً نصّ عليه بدرالدين^١ وغيره^٢، فيكون استعماله فيما فوق العشرة حقيقة، قولك ثمّ أهل الاستعمالات إلى آخره، فيه: إنهم قد بنوا في الأقارير الكثيرة على ما لا يفهمه إلاّ العارفون بالنحو ومعاني المفردات وقالوا إنّ ذلك يقبل ويسمع ويلزم به من كان من أهل اللسان فليكن هنا كذلك، وقد استدّلوا بصحیحة الفضلاء على نزح كرم للفرس والبقرة كما هو المشهور بقوله ﷺ ينزح من البئر دلاء^٣، لأنّ كان جمع كثرة، قولك يجب أن لا يفرّق بين التقييد وعدمه جوابه أنّه لمّا كان المفروض أن الموصي عارفاً بالمعنى الموضوع له جمع الكثرة وكان أهل الاستعمالات العرفيّة والمحاورات العامّة لا يعرفون ذلك، دار أمر الموصي بين أن يكون جرى به على معناه الحقيقي لأن كان عارفاً به وبين أن يكون جرى على محاورات العامّة المتعارفة الغالبة لأن كان منهم، كان تعيين قدر الحال مع احتماله للزائد قرينة على إرادة المعنى الحقيقي لشيوع المعنى العرفي بحيث لا يتبادر غيره عند أهل العرف، ولا يدعى أنّه حقيقة فيما فوق العشرة بحيث يتفاهم أهله ويتبادر إلى أذهانهم كما ادّعيته علينا، بل الأمر بالعكس، فظهر الفرق، وإليه نظر المصنّف حقّاً كان أو غير حقّ، ولكنّ الأظهر عدم الفرق، إلّا أن يكون الموصي من أهل اللسان.

البحث الثاني: في الموصي له. لو قال إن كان حملها غلاماً أو إن كان الذي في بطنها غلاماً، أو إن كان ما في بطنها أو كلّ حملها فأعطوه، فولدت غلامين أو جاريتين أو جارية بطلت،

عرفي لم يجر

(١) السيوطي: باب جمع التكسير ص ٢١٨.

(٢) كما في شرح ابن عقيل: ج ٢ ص في جمع التكسير ص ٤٥٢، ومجمع البحرين: ج ٤ ص ٣١٥.

(٣) وسائل الشيعة: ب ١٧ من أبواب المطلق ح ٥ ج ١ ص ١٣٥.

[في الموصى له]

قوله: «البحث الثاني: في الموصى له: لو قال: إن كان حملها غلاماً. أو إن كان الذي في بطنها غلاماً أو إن كان ما في بطنها أو كل حملها فأعطوه، فولدت غلامين أو جاريتين أو جارية أو غلاماً وجارية بطلت» ولا شيء للغلامين والجاريتين في المثال كما في «المبسوط»^١ والمهذب^٢ والشرائع^٣ والتحرير^٤ والإرشاد^٥ والتلخيص^٦ والدروس^٧ وجامع المقاصد^٨ والمسالك^٩ لأنه شرط صفة الذكورة في الحمل فاعتبر أن جميع ما في بطنها هو الغلام، أو تقول: إنه شرط أن يكون مجموع الحمل غلاماً. وقد وجهه في «جامع المقاصد» بأن التذكير في قوله: غلاماً يشعر بالتوحيد، بل لا يتبادر منه إلا ذلك. فالمفهوم من قوله: إن كان حملها غلاماً أن يكون كله غلاماً. قال: وكذا الحال في البواقي، بل الحكم مع ألفاظ العموم أظهر. ووجهه في ولو قال: إن كان في بطنها غلام استحق الغلام دون الجارية وإن ولدا.

-
- (١) المبسوط: في الوصية للحمل وشرايطها ج ٤ ص ١٣.
 (٢) المهذب: في الوصية للحمل ج ٢ ص ١٠٨.
 (٣) شرائع الإسلام: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٢٥٠.
 (٤) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٦٥.
 (٥) إرشاد الأذهان: في الوصية المبهم ج ١ ص ٤٦١.
 (٦) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٦.
 (٧) الدروس الشرعية: في الموصى له ج ٢ ص ٣٠٧.
 (٨) جامع المقاصد: في الأحكام الراجعة للفظ ج ١٠ ص ١٥٩.
 (٩) مسالك الأفهام: في أحكام الوصية ج ٦ ص ١٩٣.

«الحواشي» بأن حملها مصدر فيعم، وما والذي وكل، عامات^١، فكان ذلك في قوة قوله: إن كان كل ما في بطنها غلاماً، وقضيته أنه إذا تعدد ما في بطنها لم يصدق أن كل ما في بطنها غلام فتبطل فلا يستحقان شيئاً. وفي وجه للشافعية أنها إن ولدت غلامين فالوصية لهما^٢.

ولو قال: إن ولدت ذكراً فدرهمان، وأنثى فدرهم صبح، فإن ولدتهما معاً فتلاثة كما صرح بذلك كله في «المبسوط»^٣ وجميع ما ذكر بعده أنفاً إلا ما قل. وإليه أشار المصنف بقوله: ولو قال: إن كان في بطنها غلام... إلى آخره، كما ستعرف لأنه اعتبر وجود الذكر ووجود الأنثى من دون حصر ما في البطن في أحدهما، فإذا وجدا معاً في البطن، صدق أن في بطنها ذكراً فيستحق ما أوصى له به، وأن ما في بطنها أنثى فتستحق ما أوصى لها به، لتحقيق الشرط فيهما، وزيادة الآخر لا تضر، ولا كذلك الأولى. ولو ولدت خنثى أعطي الأقل بناءً على أنه ليس طبيعة ثالثة، ويحتمل عدم استحقاقه شيئاً.

قوله: «ولو قال: إن كان في بطنها غلام استحق الغلام دون الجارية وإن ولدا» كما هو قضية كلام «المبسوط» وما ذكر بعده، لأن المدار ^{لـ} ولو ولدت غلامين احتمل تخيير الوارث والتشريك

(١) الحاشية النجارية: في الوصية ص ١٢١ س ١٨ (من مخطوطات مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٢) راجع المجموع: ج ١٥ ص ٤٧٢، والوجيز: ص ٢٢٤.

(٣) المبسوط: في الوصية للحمل وشرائطها ج ٤ ص ١٣، والمهذب: ج ٢ ص ١٠٨، والشرائع: ج ٢ ص ٢٥٠، والتحرير: ج ٣ ص ٣٦٥، والإرشاد: ج ١ ص ٤٦١، والتلخيص: ١٥٦، والدروس: ج ٢ ص ٣٠٧.

٤٢٠ مفتاح الكرامة / ج ٢٣

على الشرط عندهم ولا حصر. والوجه في استحقاق الغلام دونها وإن ولدت معه، أن الشرط قد تحقق، وهو كون الغلام في بطنها فيستحق، لأنه هو الموصى له دونها، وولادتها معه لا تضر، لأن الظرفية لشيء لا تنافي الظرفية لغيره.

قوله: «ولو ولدت غلامين احتمل تخير الوارث» يعني أنه إذا قال: إن كان في بطنها غلام فله كذا، فولدت غلامين فهناك احتمالات: أحدها تخيير الوارث، كما هو خيرة «جامع المقاصد^١ والمسالك^٢» لصدق الشرط على كل منهما حقيقة، ولفظ غلام لإفراده وتنكيره لم يتناول الغلامين، بل هو متواطىء بالنسبة إليهما فوجب أن يتخير، كما لو أوصى لأحد الشخصين. وقد اختير التخيير فيما لو أوصى لأحد الشخصين في «الإيضاح^٣ والدروس^٤ والحواشي^٥» لأن الأصل براءة الذمة من تحتم غيره كما تقدم^٦ بيانه في الفرع العاشر. قوله: «والتشريك» هذا هو الاحتمال الثاني وقد احتمل أيضاً في «التحرير^٧ وجامع المقاصد^٨ والمسالك^٩» وقال المصنف في الفرع العاشر^{١٠} فيما إذا أوصى لأحد والایقاف حتی یصطلحاً فإنه متداعي بينهما.

(١) جامع المقاصد: في الأحكام الراجعة للفظ ج ١٠ ص ١٦٠.

(٢) مسالك الأفهام: في أحكام الوصية ج ٦ ص ١٩٣.

(٣) إيضاح الفوائد: في الموصى له ج ٢ ص ٥٠٢.

(٤) الدروس الشرعية: في الموصى له ج ٢ ص ٣٠٨.

(٥) الحاشية النجارية: ص ١٢١ (من مخطوطات مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٦) تقدم في ص ٤٣٦.

(٧) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٦٥.

(٨) جامع المقاصد: في الأحكام الراجعة للفظ ج ١٠ ص ١٦٠.

(٩) مسالك الأفهام: في أحكام الوصية ج ٦ ص ١٩٣.

(١٠) تقدم في ص ٤٣٦.

هذين في التشريك بعد، وقد احتمله هناك^١ في «التحرير» ونسبه في «الإيضاح»^٢ هناك إلى بعض الأصحاب وقال: أنه في غاية الضعف. ووجهه أن الحق دائر بينهما ولا مرجح لأحدهما فيكون بمنزلة العين الواحدة إذا ادعاهما اثنان فيقسم بينهما. ووجه ضعفه أن فيه تبديلاً للوصية، والدعوى منتفية، للاتفاق على أن المستحق واحد في بطنها، وهو صادق عليهما فيكون تعيينه إلى الوارث كما في كل متواطئ. وقد يمنع انتفاء الدعوى لأنه يؤول إليها والموصى له في أحد هذين واحد منهما أي واحد كان. قوله: «والإيقاف حتى يصطلحاً فإنه متداعي بينهما» هذا الاحتمال الثالث. وهو خيرة «الإيضاح»^٣ وقد احتمل في «التحرير»^٤ وجامع المقاصد^٥ والمسالك^٦ ولم يذكره المصنف في الفرع العاشر في أحد هذين. ووجهه هنا في «الإيضاح» بأنهما لا يجتمعان، وإلا لكانت النكرة للعموم، ولا يمكن إبطالهما، لأننا نبحت على تقدير صحة الوصية^٧. ومعناه كما أشار إليه المصنف أنه متداعي بينهما ولا يعلم مستحقه منهما

صغير وكذا لو قال أوصيت لأحدهما ثم مات قبل البيان.

- (١) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٦٩.
- (٢) إيضاح الفوائد: في الموصى له ج ٢ ص ٥٠٢.
- (٣) إيضاح الفوائد: في أحكام الموصى له ج ٢ ص ٥١٨.
- (٤) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٦٥.
- (٥) جامع المقاصد: في الأحكام الراجعة للفظ ج ١٠ ص ١٦٠.
- (٦) مسالك الأفهام: في أحكام الوصية ج ٦ ص ١٩٣.
- (٧) إيضاح الفوائد: في أحكام الموصى له ج ٢ ص ٥١٨.

فتوقف حتى يصطلحا، ويضعف^١ بانتفاء الدعوى وقد علمت ما فيه؛ وقد ذكر هذا الاحتمال فيما إذا أوصى لأحد هذين في «التذكرة»^٢ والتحرير^٣ والدروس^٤ وجامع المقاصد^٥.

وقد احتملت القرعة في الفرع العاشر^٦ في أحد هذين، وقد قوّاه ولده في «الإيضاح»^٧ والشهيد في «الدروس»^٨ والحواشي^٩ وفي «جامع المقاصد» أنه لا وجه للقرعة، لأن المستحق ليس واحداً منهما بل كل واحد على البدل^{١٠}. وفيه: إن الوصية إن كانت سبباً في التملك والتعيين كاشف فالقرعة، وإن كانت صالحة للسببية عند التعيين تخير الوارث كما تقدم بيانه هناك.

وللشافعية^{١١} وجه بطلان الوصية، لأن التشكيك يقتضي التوحيد. وضعفه ظاهر، لأن المراد بالتوحيد في مثله عدم صدقه على المتعدد لا عدم وجود آخر غيره. قوله: «وكذا لو أوصى لأحدهما ثم مات قبل البيان» أي تأتي ويحتمل الفرق هنا.

(١) كما في جامع المقاصد: في الأحكام الراجعة للفظ ج ٦ ص ١٦٠.

(٢) تذكرة الفقهاء: فيما يتعلق بالألفاظ المستعملة في الوصية ج ٢ ص ٤٦٩ س ٦.

(٣) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٦٩.

(٤) الدروس الشرعية: في اشتراط تعيين الموصى له ج ٢ ص ٣٠٨.

(٥) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٩٢.

(٦) تقدم في ص ٤٣٦.

(٧) إيضاح الفوائد: في الموصى له ج ٢ ص ٥٠٣.

(٨) الدروس الشرعية: في اشتراط تعيين الموصى له ج ٢ ص ٣٠٨.

(٩) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.

(١٠) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ٩٢.

(١١) المجموع: في الوصايا ج ١٥ ص ٤٧٤.

الاحتمالات الثلاثة هنا، لكن في التشبيه خللاً من وجهين: الأول: أن قوله ثم مات قبل البيان يقضي بأن الوصية لأحدهما يريد بها الوصية لواحد منهما غير معيّن لا لأحدهما أيهما كان، وليس الموصى له في قوله إن كان في بطنها من قبيل الأول بل من قبيل ما لو أوصى لفقير في المسجد فتكون متواطئاً ثم إننا ادّعينا الإجماع هناك على البطلان إذا أريد في أحد هذين واحد منهما غير معيّن. الثاني: قد سبق له في الفرع العاشر أنه إذا أوصى لأحدهما احتمال البطلان والصحة وعلى تقدير الصحة يحتمل التخيير والقرعة والتشريك، ولم يأت هنا باحتمال البطلان وذكر احتمال الإيقاف حتى يصطلحاً بدل القرعة، فإطلاق التشبيه غير وجهه إلا أن يكون رجوعاً عما سبق.

قوله: «ويحتمل الفرق هنا» وجه احتمال الفرق هنا في «الإيضاح»^١ والحواشي^٢ بما حاصله: إن الموصي علم بالتعدد فيما إذا أوصى لأحدهما وخصّ بالوصية واحداً منهما، فهو بعيد عن احتمال الاشتراك بخلاف ما هنا، فإنه لم يعلم وجود التعدد وقصد بالوصية واحداً دون غيره، ولفظ غلام صالح للواحد والمتعدد، لأنه يحتمل حمله على الجنس، وغاية ما يستفاد من قوله: إن كان في بطنها غلام فأعطوه كذا، عدم إعطاء الجارية. ونظر فيه في «جامع المقاصد»: بأن المفرد المنكر لا يقع على المتعدد، وعدم العلم بالتعدد لا تأثير له في استحقاق الجميع، مع عدم صلاحية اللفظ لاستحقاقهم^٣ انتهى.

قلت: قد يكون أراد بالفرق أن المراد في أحد هذين واحد منهم غير معيّن

(١) إيضاح الفوائد: في الموصى له ج ٢ ص ٥١٨.

(٢) الحاشية النجارية: في الوصية ص ١٢١ س ١٧ (من مخطوط مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٣) جامع المقاصد: في الأحكام الراجعة للفظ ج ١٠ ص ١٦١.

ولو أوصى للقراء فهو لمن يحفظ جميع القرآن،

على ما اقتضاه كلامه آنفاً كما عرفت، فيقوى احتمال البطلان، أو يتعين إجماعاً كما هو ظاهر «جامع المقاصد»^١ حيث قال قطعاً كما ذكرناه^٢ في الفرع العاشر. ولا كذلك إن كان في بطنها غلام فولدت غلامين، إذ احتمال البطلان ضعيف جداً كما سمعته عن بعض الشافعية، وبهذا يتضح الفرق، وإن كان المراد في أحد هذين أحدهما أيهما كان كما هو الظاهر قوي احتمال التخيير وضعف الاحتمالات الأخر كما عرفت فيما تقدم، ولا كذلك إن كان في بطنها غلام، فإن المتبادر من التذكير التوحيد بل لا يتبادر غيره كما سمعته عن «جامع المقاصد» واحتمال حمله على الجنس بعيد جداً. وحيث تقدم احتمال التخيير والقرعة والإيقاف من دون ترجيح كما يعرف ذلك مما سبق، وبهذا أيضاً يتضح الفرق.

[فيما لو أوصى للقراء]

قوله: «ولو أوصى للقراء فهو لمن يحفظ جميع القرآن» كما في «التحرير»^٣ وظاهر «الدروس» قال فيه: والقراء حافظوا القرآن استقلالاً، فلا تكفي القراءة من المصحف على الأصح^٤ انتهى. وظاهره جميع القرآن، لأن الأسماء تناط بتمام المسمى. وقال في «التذكرة»: لو أوصى للقراء انصرف إلى من يقرأ جميع القرآن لا إلى من يقرأ بعضه عملاً بالعرف، فإنه لا يفهم منه إلا الكل، لأنهم

(١) جامع المقاصد: فيما الموصى له ج ١٠ ص ٩١.

(٢) تقدم في ص ٤٣٦.

(٣) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٧٥.

(٤) الدروس الشرعية: في الموصى له ج ٢ ص ٣٠٨.

والأقرب عدم اشتراط الحفظ عن ظهر القلب. (٥)

الذين يقع عليهم الاسم في العادة^١ انتهى لكنه عبّر بمن يقرأ لا بمن يحفظ. وظاهر «الدروس» كما سمعت، وصريح «جامع المقاصد» كما ستسمع أن المتبادر من الحفظ هو الحفظ عن ظهر القلب، ولذلك قال في «جامع المقاصد»^٢: إن فيه - أي كلام المصنف - مناقشة، لأنّ القارئ هو من يحسن قراءة القرآن، كما أنّ النحوي هو من يحسن علم النحو وإن لم يحفظ. وكذا غيره، ولأنّ المشتق منه يصدق من دون الحفظ، وللإطباق على الفرق بين القارئ والحافظ، فإنّ الأول أعمّ مطلقاً^٣ انتهى. قلت: المصنف يقول: إنّ جماعة يقولون: إنّ أهل العرف يحكمون بأنّ القارئ هو الحافظ عن ظهر القلب كما نبّه عليه ولده في «الإيضاح» حيث استدلّ للقول باشتراط الحفظ عن ظهر القلب^٤ بالعرف، فلا يضرّه قوله بعده: والأقرب... إلى آخره، لأنّه يدّعي أنّ العرف مستقرّ على الفرق بين الحافظ والقارئ للإطباق على ذلك، فهم متوهّمون على العرف عنده فيما يظنّه. وبه يندفع عنه مناقشة له في «جامع المقاصد» بذلك كما يأتي. وليعلم أنّه في «التذكرة» رجع عن اشتراط قراءة جميع القرآن، لأنّه مأخوذ من القرء وهو الجميع، وهو صادق في البعض والجميع^٥. قوله: «والأقرب عدم اشتراط الحفظ عن ظهر القلب» هذا هو

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية للجيران والقراء ج ٢ ص ٤٦٩ س ١٩.

(٢) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ١٦٢.

(٣) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ١٦٢.

(٤) إيضاح الفوائد: في الموصى له ج ٢ ص ٥١٨.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الوصية للقراء ج ٢ ص ٤٦٩ س ٢٢.

والعلماء ينزل على العلماء بعلوم الشريعة فيدخل التفسير
والحديث والفقه (٥)

الأصح كما في «الإيضاح»^١ والمفهوم من «جامع المقاصد» أنه غير بعيد. وقد استدلل عليه في «الإيضاح» بما ناقش به «جامع المقاصد» المصنف آنفاً من الفرق بين القارئ والحافظ وبصدق المشتق. وقال في «التحرير»: إن لم يحفظ عن ظهر القلب فالأقرب الحرمان^٢ وقد سمعت ما في «الدروس». وهو الذي استقر عليه رأيه في «التذكرة» بعد أن استشكل أولاً وجعل منشأه من تعارض العرف واللغة ثم قال: الأقرب الرجوع إلى العرف، وهو الآن ينصرف إلى الحفاظ الذين يقرأون وأما من حيث الوضع فإنه لا يشترط في إطلاق اللفظ الحفظ عن ظهر القلب، بل يصدق على من يقرأ في المصحف^٣.

هذا وقد ناقش الكتاب في «جامع المقاصد»: بأن المفهوم من الحفاظ لجميع القرآن هو من يحفظ عن ظهر القلب ليس إلا فكيف قال: الأقرب عدم اشتراط الحفظ بعد قوله: لمن يحفظ جميع القرآن؟ وقد عرفت جوابه آنفاً.

[فيما لو أوصى للعلماء]

قوله: «والعلماء ينزل على العلماء بعلوم الشريعة فيدخل التفسير والحديث والفقه» كما في «التذكرة»^٤ والتحرير^٥ والدروس^٦ وجامع

(١) إيضاح الفوائد: في الموصى له ج ٢ ص ٥١٨.

(٢) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٧٥.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية للقراء ج ٢ ص ٤٦٩ س ٢١.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية للعلماء ج ٢ ص ٤٦٩ س ٢٣.

ولا يدخل سامع الحديث إذا لم يعلم طريقه

المقاصد^٧». قلت: العلماء من صدّق قوله فعله، ومن لم يصدّق فعله قوله فليس بعالم، رواه الطبرسي^٨ عن مولانا الصادق عليه السلام^٩، وروى ثقة الإسلام^{١٠} عن السجّاد عليه السلام: «إنّ العلماء الذين عرفوا الله فعملوا له ورغبوا إليه، قال: وقد قال الله سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ﴾^{١١}. وفي الأخبار ما يفهم منه أنّ العالم هو العالم بالمسموع والمطبوع، والأوّل العلم بالشرعيّات والثاني العلم بأصول الدين. وقال الصادق عليه السلام: العالم هو الذي إذا نظرت إليه ذكرّك الآخرة، ومن كان على خلاف ذلك فالنظر إليه فتنة^{١٢}». قوله: «ولا يدخل سامع الحديث إذا لم يعلم طريقه» كما في «الكتب الأربعة»^{١٣}، وفي «التذكرة»^{١٤} وجامع المقاصد: «ولا يدخل سامع الحديث الذي لا علم له بطريقه ولا بأسامي الرواة ولا بمتن الحديث، فإنّ السماع المجرّد ليس بعلم»^{١٥}.

(٥) تحرير الأحكام: في الوصية للعلماء ج ٣ ص ٣٧٥.

(٦) الدروس الشرعية: في الوصية للعلماء ج ٢ ص ٣٠٨.

(٧) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ١٦٣.

(٨) مجمع البيان: ج ٧ و ٨ ص ٤٠٧.

(٩) الكافي: ج ٨ ص ١٦ ضمن ح ٢.

(١٠) سورة فاطر: ٢٨.

(١١) تنبيه الخواطر: ج ١ ص ٨٤.

(١٢) التذكرة: ج ٢ ص ٤٦٩ س ٢٣، والتحرير: ج ٣ ص ٣٧٥، والدروس: ج ٢ ص ٣٠٨، وجامع المقاصد: ج ١٠ ص ١٦٣.

(١٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية للعلماء ج ٢ ص ٤٦٩ س ٢٣.

(١٤) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ١٦٣.

ولا الأطباء ولا المعبرون والمنجمون ولا الأدباء

قوله: «ولا الأطباء ولا المعبرون والمنجمون ولا الأدباء» ولا المهندسون، كما في «جامع المقاصد»^(١)، ولا الحساب كما نصت عليه الشافعية ثم قال في «التذكرة»: وهكذا ذكره أكثرهم - أي الشافعية - في المتكلمين، وقال بعضهم: إن علم الكلام داخل في العلوم الشرعية، ثم قال: والوجه دخول الجميع فيه، وفي المنجم إشكال^(٢) انتهى. ولعله أراد لو ورد النهي عن تعلمه. وفي «الدروس»: في الأدباء وجه^(٣). وقال في «جامع المقاصد»: لم أظفر بكلام لهم في الأصول وينبغي دخوله بطريق أولى، لأنه من علوم الشرع وأساس الفقه ومبناه ومباحثه وقواعد مسائله، ولعل سكوتهم عنه لا اعتقادهم دخوله في الفقه، ومن ثم صرحوا باعتبار قول الأصولي في الإجماع إذا تمكن من الاجتهاد. ولا ريب أن إخراج علم الكلام المتضمن للمعارف الدينية وهو أساس الدين ومبناه عن علوم الشرع مستهجن، فالقول بدخوله ودخول الأصول قوي، وأما دخول الباقيين فلننظر فيه مجال^(٤). قلت: الأولى الرجوع في ذلك كله إلى عرف الموصي لاختلافه باختلاف الأشخاص والأعصار والأمصار. والأدباء الشعراء ومن ناسبهم، والأديب هو العالم بسائر الأدبيات كالنحو والمنطق قاله الشهيد في «حواشيه»^(٥).

(١) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ١٦٣.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية للعلماء ج ٢ ص ٤٦٩ س ٢٥.

(٣) الدروس الشرعية: في الموصى له ج ٢ ص ٣٠٨.

(٤) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ١٦٣.

(٥) لم نعثر عليه راجع ص ١٢٢ من الحواشي التجارية.

ولو أوصى لزيد ولجبرئيل عليه السلام أو لزيد والريح أو الحائط فالنصف لزيد والباقي باطل، ويحتمل صرف الكل إلى زيد في الأخيرين، إذ الإضافة إلى الريح والحائط باطلة بخلاف جبرئيل عليه السلام (١)

[فيما لو أوصى لزيد ولجبرئيل]

قوله: «ولو أوصى لزيد ولجبرئيل عليه السلام أو لزيد والريح أو الحائط فالنصف لزيد والباقي باطل، ويحتمل صرف الكل إلى زيد في الأخيرين إذ الإضافة إلى الريح والحائط باطلة بخلاف جبرئيل عليه السلام». قد تقدّم^١ له في الفرع الرابع من الفروع الاثني عشر، فيما إذا أوصى بعين لحي وميت أو للملك أو الحائط مع علمه بأن هذه لا تملك أنه يحتمل تخصيص الحي بالجميع أو النصف، ولم يحتمل هنا صرف الجميع إلى الحي أو لزيد إذا أوصى له ولجبرئيل، لأن جبرئيل عليه السلام حي عالم قادر، فقد يتصور الموصي ثبوت الملك له فيقصده فتصح إضافة الملك إليه، فيكون لزيد النصف وجهاً واحداً عنده، وفيه أنه لما لم يمكن التوصل إليه كانت وصيته لأمر ممتنع تجري مجرى الوصية للريح وإن لم تمنع الإضافة إليه، وقد حكينا هناك^٢ تخصيص من يملك بالنصف عن «التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد» وحكينا^٣ تخصيصه بالجميع عن أبي حنيفة، وقال في «الحواشي»^٤ «إن الأقوى إن علم الموصي انتفاء الملك عن

(١) تقدّم في ص ٤٣١ - ٤٣٢.

(٢) تقدّم في ص ٤٣١ - ٤٣٢.

(٣) تقدّم في ص ٤٣١ - ٤٣٢.

(٤) الحاشية النجارية: ص ١٢٢ س ٨ (من مخطوطات مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

ولو قال: لزيد ولله سبحانه احتمال صرف الكل إلى زيد فيكون ذكر الله سبحانه وتعالى تأكيداً لقربة الوصية وصرف سهم الله إلى الفقراء فإنهم محلّ حقوقه.

الحائظ والريح وجبرئيل كان الكل لزيد وإلا النصف، وهو خيرة أبي حنيفة^١. وقد قلنا: إن القائل بتخصيص من يملك بالنصف يحتج بأن العطف يقتضي بالتشريك ويصرف النصف الآخر إلى من لا يصحّ تملكه، وذلك يقتضي ببقائه على ملك الموصي. ولا أثر لعلمه وعدمه، لأن معنى المعطوف عليه في مثل هذا التركيب إنما يتم بالمعطوف، وحينئذ فلا شيء في اللفظ يقتضي اختصاص زيد أو الحي بالجميع وحكي^٢ عن أبي حنيفة أنه احتج بأنه قصد إخراج الجميع عن ملكه، فمع علمه بأن غير زيد مثلاً لا يملك يكون قاصداً إلى تملك الجميع، وأن العطف يقتضي التسوية وهو تملك جميع العين، والتشريك إنما جاء من المزاخمة، ولا مزاخمة هنا.

ولم يقيّد ذلك هنا بالعلم لظهوره، وإلا فلا بدّ منه لأنّه لا بحث في استحقاقه النصف مع جهل الموصي بأن الميّت مثلاً لا يملك لتحقيق قصد الشركة. ومن قبيل ما نحن فيه ما إذا أوصى لابن زيد وابن عمرو وليس لعمر وابن.

[فيما لو أوصى لزيد ولله سبحانه]

قوله: ولو قال: لزيد ولله سبحانه احتمال صرف الكل إلى زيد فيكون ذكر الله سبحانه وتعالى تأكيداً لقربة الوصية وصرف سهمه

(١) نقله العلامة في التذكرة: في الموصى له ج ٢ ص ٤٧٤ س ٢٥.

(٢) تقدّم في ص ٤٣٢.

ولو أوصى لأقارب علويّ معيّن في زمانه ارتقى في بني الأعمام من أقاربه إلى أقرب جدّ ينسب إليه فيرتقي إلى بني عليّ عليه السلام دون بني عبد المطلب وعبد مناف وبعد زمانه لا يصرف إلّا إلى أولاد ذلك العلويّ ومن ينسب إليه لا إلى عليّ عليه السلام

إلى الفقراء، فإنّهم محلّ حقوقه عليه السلام قال في «الذكورة» إن قصد التبرّك فالكلّ لزيد، وإلّا فالنصف. وحكى عن الشافعيّة وجهين: أحدهما: أنّ الكلّ لزيد وذكر الله تعالى للتبرّك، والثاني: أنّ لزيد النصف والباقي للفقراء، فإنّهم مصبّ حقوقه. ثمّ قال: والوجه عندي عدم اختصاص الفقراء به بل يصرف في وجوه القرب بأسرها^١. وقد اختاره في «الإيضاح»^٢ واستحسنه في «جامع المقاصد» والمتبادر من العبارة خلافه وهو انحصاره في الفقراء، وقد لا يكون أراد الحصر، فإنّ الصرف فيهم لا ينافي جواز الصرف في وجوه القرب أيضاً.

وكيف كان فوجه الأوّل أنّ ذلك هو مقتضى العرف وهو المتعارف، فإنّ الله سبحانه هو الذي يقبل الصدقة وتقع في يده جلّت عظمته. وإليه نظر من قسم الخمس خمسة أقسام مع إرادة تعظيم أهل الخمس. ووجه الثاني أنّ الأصل عدم التأكيد، والتأسيس خير منه وهو ممكن، لأنّ نسبة الملك إليه سبحانه وتعالى صحيحة، قال تعالى: ﴿قُلِ اللَّهُمَّ مَالِكُ الْمُلْكِ﴾^٣.

[في الوصيّة لأقارب علويّ]

(١) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى لله ولزيد ج ٢ ص ٤٧٤ س ٤٣.

(٢) إيضاح الفوائد: فيما لو أوصى لزيد والله ج ٢ ص ٥٢٠.

(٣) آل عمران: ٢٦.

قوله: «ولو أوصى لأقارب علويّ معيّن ارتقى في بني الأعمام من أقاربه إلى أقرب جدّ ينسب إليه، فيرتقي إلى بني عليّ عليه السلام دون بني عبد المطلب وعبد مناف وبعد زمانه إلى أولاد ذلك العلويّ ومن ينسب إليه لا إلى عليّ عليه السلام» قد تقدّم^(١) منا التنبيه على ذلك في أواسط المطلب الثالث عند قوله: ولو أوصى لقربته فهو للمعروف بنسبه إلى قوله: وقيل بمن يتقرّب إليه إلى آخر أب وأمّ له في الإسلام. وقلنا: إنّه من متفرّدات الكتاب، لأنّنا لم نجد له موافقاً على ذلك.

ومعناه أنّه لو أوصى لأقارب علويّ وليس له نسب مشهور يعرف به إلّا بكونه علويّاً وإن لم يتلفظ به، كما لو أوصى لأقارب موسى بن جعفر عليه السلام، فإنّما أن تكون الوصيّة في زمان ذلك العلويّ أو بعد زمانه. فإن كانت في زمانه وجب الارتقاء في بني الأعمام إلى أقرب جدّ ينسب إليه الرجل عرفاً، وذلك عليّ عليه السلام، لأنّه المشهور بالنسبة إليه، بخلاف عبد المطلب وعبد مناف وطالب، فلا يرتقي في الأقرب إلى من ينسب إلى أحدهم، لانتفاء كون أحدهم أقرب جدّ ينسب إليه الرجل، وإن كانت الوصيّة واقعة بعد زمان ذلك العلويّ لم تصرف إلّا إلى أولاد ذلك العلويّ ومن ينسب إليه دون من ينسب إلى عليّ عليه السلام. والفرق أنّه ما دام حيّاً فأقاربه هم المنسوبون إلى جدّه الأقرب الذي اشتهر بالنسبة إليه وبعد الموت أقاربه المنسوبون إليه لقطع النظر حينئذٍ عنّ ينسب إلى جدّه. هذا تفصيل ما يفهم من العبارة.

واعترضه في «جامع المقاصد»: بأنّ الحكم مشكل والدليل على ما ذكره غير

(١) تقدّم في ص ٤١٣ - ٤١٤.

ظاهر. وقد تقدّم فيمن أوصى لأقاربه أن الأصحّ صرفه إلى من بُعد قرابة عرفاً دون من يتقرب إليه آخر أب وأمّ في الإسلام. ثمّ قال: فإن قيل: تعليق الوصية بأقارب العلويّ تقتضي أن يكون للنسبة إلى علي عليه السلام دخل في الاستحقاق. قلنا: هذا إذا كان الموصي أوصى لقرابة العلويّ مصرحاً بهذه النسبة. وحينئذٍ فلا فرق بين كون الوصية في زمان العلويّ أو بعده، والذي ذكره في «التذكرة» عن الشافعي ما صورته: إذا كان الموصي أوصى لقرابته من قريش، قيل: قريش تفترق فمن أيها؟ فقال: من بني عبد مناف، فقيل: من أيها؟ فقيل من بني عبد المطلب، قيل: هم يفترقون فمن أيها؟ فقيل: من بني عبد زيد قيل من أيها؟ قيل: بني السائب بن عبيد، قيل: من أيها؟ فقيل: من بني شافع، قال الشافعي: وبني شافع لا يفترقون، فتكون قرابته من ينسب إلى شافع وهو الأب الأدنى ولم يذكر غير ذلك. ولم يذكر في «التذكرة» غير هذا. وحكى عن الرافعي في الوصية لأقارب زيد ما صورته: يعتبر أقرب جدّ ينسب إليه الرجل وبعداً أصلاً وقبيلة في نفسه، فيرتقي في بني الأعمام إليه، ولا يعتبر من فوقه حتّى لو أوصى لأقارب حسني أو أوصى حسني لأقارب نفسه لم يدخل الحسينيون في الوصية. وقال في «جامع المقاصد» والحاصل أنّه لم يوجد الفرق في الوصية لأقارب العلويّ بين كونه حيّاً وميتاً إلّا هنا ... فالفرق الذي ذكره المصنّف لا وجه له أصلاً. وبقي شيء وهو أنّه إذا أوصى إلى أقارب العلويّ هل يعتبر في أقاربه من ينسب إلى علي عليه السلام أم يجب اتباع العرف؟ الذي يقتضيه النظر هو الثاني^١.

(١) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ١٦٦ - ١٦٧.

ولو أوصى لأقاربه دخل الوارث وغيره. ولو أوصى لأقارب
أقاربه دخل فيه الأب والابن (١)

[فيما لو أوصى لأقاربه]

قوله: «ولو أوصى لأقاربه دخل الوارث وغيره» قال في «التذكرة»: لو أوصى لأقارب زيد دخل فيه وارث زيد إجماعاً، ولو أوصى لأقارب نفسه فذلك عندنا، لصحة الوصية للوارث عندنا^١. وهو يؤذن من دعوى الإجماع عليه كما هو الظاهر منهم عند قوله: ولو أوصى لقربته إلى آخر كلامه كما تقدّم^٢. وغرضه الرد على الشافعية في أحد الوجهين، وهو أنه لا يدخل فيه الوارث بقريته الشرع، لأنّ الوارث لا يوصى له خاصة فلا يدخل في عموم اللفظ^٣.

قوله: «ولو أوصى لأقارب أقاربه دخل فيه الأب والابن» لأنّه لو أوصى الأقارب دخل الأبوان والولد إجماعاً كما في «التذكرة» وقال: كيف يكون الشخص من أقرب الأقارب ولا يكون من الأقارب^٤. قلت: ولا من أقارب الأقارب وقال: لو أوصى لأقاربه أو أقارب زيد دخل فيه الأصول والفروع عندنا^٥. وظاهره دعوى الإجماع عليه، فإذا دخل في أقاربه دخل في أقاربهم، إلى أقارب أقاربه. وفي «جامع المقاصد»: الحقّ أنّهما يعدّان أقارب والأقارب لغة وعرفاً. قلت: أمّا اللغة فكذلك وأمّا العرف فكان المتعارف في عرفنا الآن خلافه.

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية للقرباة ج ٢ ص ٤٧٥ س ٣٤.

(٢) تقدّم في ص ٤١٣.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية للقرباة ج ٢ ص ٤٧٥ س ٣٤.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية للأقارب ج ٢ ص ٤٧٥ س ٤٠.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الوصية للأقارب ج ٢ ص ٤٧٥ س ٣٨.

ولو أوصى لغير المنحصر كالعلويين صح ولا يعطى أقل من ثلاثة ولا يجب تتبع من غاب عن البلد، وهل يجوز التخصيص؟ إشكال. وكذا جواز التفضيل ٥

ويشهد له أن في وجه الشافعية أن الأبوين والأولاد لا يدخلون في الأقارب وتدخل الأحفاد والأجداد، لأن الوالد والولد لا يعرفان بالقرب في العرف، بل القريب من ينتهي إليه بواسطة، وهو مذهب أبي حنيفة. وقد تقدم في المطلب الثالث: أنه لو أوصى لأقرب الناس إليه أو أقرب أقاربه نزل على مراتب الإرث^١. وهو مقام آخر غير ما نحن فيه كما تبيننا على ذلك هناك.

[في الوصية لغير المحصورين]

قوله: «ولو أوصى لغير المنحصر كالعلويين صح ولا يعطى أقل من ثلاثة ولا يجب تتبع من غاب عن البلد، وهل يجوز التخصيص؟ إشكال، وكذا جواز التفضيل» قد طُفحت عبارات أصحابنا بجواز الوصية لغير المحصورين كالعلوية والهاشمية بل ظاهر «التذكرة»^٢ الإجماع عليه حيث نسبته إلى علمائنا، كما طُفحت بذلك عباراتهم في الوقف فيما إذا أوصى لقبيلة عظيمة. وقد حكينا^٣ ذلك في الوقف عن ثلاثة وعشرين كتاباً مع أن الحكم في

(١) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ١٦٩.

(٢) تقدم في ص ٤١٥.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية للواحد والجمع ج ٢ ص ٤٧٤ س ١٣.

(٤) تقدم في ص ٤٩ من كتاب الوقف.

الوقف أشدّ، لاشراطه بالقرب. وقد حكينا^١ هناك ستّة إجماعات من ظاهر وصريح. ومنع أبو حنيفة^٢ والشافعية في أحد وجهيها من الوصيّة لغير المحصور، لأنّ التعميم يقتضي الاستيعاب وأنّه ممتنع بخلاف الفقهاء، فإنّا عرفنا هناك عرفاً للشرع مخصّصاً فاتبعناه. وردّه في «التذكرة»^٣ وجامع المقاصد^٤؛ بأنّ ذلك العرف إنّما ثبت في الفقهاء وأصناف الزكاة ثمّ ألحق به العلماء ونحوهم بالاتفاق، فلم يلحقوا بهم العلويّة ومن في معناهم لتعذر الاستيعاب، لأنّ المناط تعذر الاستيعاب فيثبت الحكم حيث يثبت. وقد فرّعوا على ذلك أنّه لا يعطى أقلّ من ثلاثة نظراً إلى ظاهر لفظ الجمع. وبه صرح في «المبسوط»^٥ وغيره^٦ في المسألة كالعلويين وقرشي وبني تميم وغيرها كالفقهاء والعلماء وغيرهم. وقد حكينا ذلك في باب الوقف عن جملة من كتبهم.

وقد تقدّم^٧ في المطلب الثالث فيما إذا أوصى لجماعة من أقرب الناس إليه، أنّه لا بدّ من الصرف إلى ثلاثة لا أنقص فينبغي ملاحظته. فعلى هذا إن لم يوجد في البلد ثلاثة وجب الإكمال في غيره مراعاة للفظ الجمع، وهو يقتضي بأنّ الحكم ليس لبيان المصرف وإلاّ اكتفى بواحد كالزكاة، لكن إن كان على جهة الاشتراك وجب تتبّع من غاب على حسب الإمكان، إلّا أن تقول: عدم وجوبه تخفيف ورخصة؛ وقالوا فيما نحن فيه: أنّه لا يجب تتبّع من غاب عن البلد، وظاهر «جامع

(١) تقدّم في ص ٤٩ من كتاب الوقوف.

(٢) المبسوط للسرخسي: ج ٢٧ ص ١٥٨، والوجيز: ص ٢٢٥.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة للواحد والجمع ج ٢ ص ٤٧٤ س ١٥.

(٤) جامع المقاصد: في الوصيّة لغير المنحصر ج ١٠ ص ١٦٩.

(٥) المبسوط: في الموصى له ج ٤ ص ٢٢.

(٦) كما في تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٧٦.

(٧) تقدّم في ص ٤١٦.

المقاصد» الإجماع عليه حيث قال: قطعاً^١. وقد عبر بذلك جماعة^٢ في المسألتين أعني العلويين والفقراء وبعضهم^٣ عبّر فيهما بأنه لا يجب التعميم وقال مولانا أبو جعفر الجواد^{عليه السلام} في خبر علي بن محمد بن سليمان النوفلي في الوقف: وليس لك أن تتبع من كان غائباً^٤. وقد عمل به هناك الأصحاب، وحمل جماعة كثيرون منهم النهي فيه على رفع توهم الوجوب. وقد أسبغنا فيه الكلام هناك^٥ وقلنا: إنهم استدلّوا به أيضاً على ما إذا وقف على الفقراء أو العلوية، ونسبنا إلى الأصحاب أن المراد بلد الوقف، وحكي^٦ عن «اللمعة» التصريح ببلد الواقف.

وهل يجب استيعاب من حضر البلد؟ احتمالان ذكرهما جماعة أصحابهما العدم، لعدم ما يدلّ عليه، لأنّ الوصية للجهة، ومن ثمّ لم يشترط القبول. وفي «التذكرة» أن الاستيعاب أولى^٧، وفي «جامع المقاصد» أنّه أحوط^٨. قلت: وجوب الاستيعاب خيرة «الإيضاح»^٩ في الباب وباب الوقف وظاهر المصنّف وغيره^{١٠} ممّن قال: ولا يجب تتبّع من غاب عن البلد، إذ مفهومه أنّه يجب تتبّع من في البلد واستيعابه. وهو يقضي بأن الاستحقاق على جهة الاشتراك لا على جهة بيان المصرف.

-
- (١) جامع المقاصد: في الوصية لغير المنحصر ج ١٠ ص ١٦٩.
 (٢) منهم المحقّق في الشرائع: ج ٢ ص ٤٧٨، والعلامة في التذكرة: ج ٢ ص ٤٧٣، والإرشاد: ج ١ ص ٤٥٦، والشهيد الثاني في المسالك: ج ٦ ص ٢٦٣.
 (٣) وسائل الشيعة: ب ٨ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات ح ١ ج ١٣ ص ٣٠٨.
 (٤) تقدّم في ص ٤٩.
 (٥) تقدّم في ص ٥٠.
 (٦) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى لبنى فلان ج ٢ ص ٤٧٤ س ١٩.
 (٧) جامع المقاصد: في الوصية لغير المنحصر ج ١٠ ص ١٦٩.
 (٨) إيضاح الفوائد: في الموصى له ج ٢ ص ٥٢٠، وفي ص ٤٠٢ في لواحق الوقف.
 (٩) كجامع المقاصد: في الوصية لغير المنحصر ج ١٠ ص ١٦٩.

وقد استشكل المصنّف في جواز التخصيص وجواز التفضيل، ومنشأ الإشكال فيهما من أن ذلك هل هو على جهة بيان المصروف فيجوز التخصيص بثلاثة وتفضيل بعض على بعض في العطاء أو على جهة بيان الاشتراك فلا يجوز شيء منهما، فلا بدّ من الاستيعاب والتساوي كما هو قضية الاشتراك؟ وهذا الإشكال يقضي بأنّ المصنّف لم يلحظ مفهوم قوله: ولا يجب تتبع من غاب. ولا ما يلزم من قوله لا يعطى أقلّ من ثلاثة كما عرفت آنفاً. والأوّل وهو جواز التخصيص والتفضيل خيرة «جامع المقاصد»^(١) وكلّ ما قيل فيه: لا يجب التعميم ولا تجب التسوية «كالتذكرة»^(٢) والتحرير^(٣) والإرشاد^(٤) والدروس^(٥) والحواشي^(٦) وغيرها، إذ قد صرح بالأمرين في بعضها وبأحدهما في البعض الآخر. ووجهه أن الوصيّة للمتشرّين الذين يتعذّر استيعابهم، إنّما يتصوّر القول بصحّتها إذا أريد بهم كونهم مصرفاً، فلم يسقط وجوب التعميم للتعذّر بل التعذّر اقتضى عدم إرادة التعميم. ووجه الثاني وهو عدم جواز التخصيص والتفضيل أنّه يجب العمل بالوصيّة ما أمكن، وإنّما سقط وجوب التعميم للتعذّر، فيجب استيعاب ما أمكن، إذ لا يسقط الميسور بالمعسور.

وقال في «الإيضاح»: إنّ الوصيّة إمّا أن تكون بلفظ التعميم أو لا، ولا بحث في الثاني. وأمّا الأوّل فالمراد منه إمّا كلّ واحد، أو الكلّ المجموعي، وعلى التقديرين أمّا لو أوصى الثلاثة معيّنين، فإنّه تجب التسوية ولو أوصى لبني فلان

الحق

- (١) جامع المقاصد: في الوصية لغير المنحصر ج ١٠ ص ١٧٠.
- (٢) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى لبني فلان ج ٢ ص ٤٧٤ س ١٩.
- (٣) تحرير الأحكام: فيما لو أوصى لقبيلة ج ٣ ص ٣٧٥.
- (٤) إرشاد الأذهان: في أحكام الوصية ج ١ ص ٤٦٥.
- (٥) الدروس الشرعية: في الموصى له ج ٢ ص ٣٠٩.
- (٦) لم نعر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.

وهم منحصرون اختص بالذكور

القول

فيجب استيعاب ما أمكن، لسقوط الواجب بالعدر هنا، وكونه أقرب إلى الحقيقة^١. وفيه أن الحصر ممنوع، ولم لا يجوز الجميع على جهة المصرف وقرينته تعذر استيعابهم كما في الزكاة والوقف. وفي «شرح الإرشاد»^٢ لفخر الإسلام أيضاً في الوقف في مثله كلام قد جمع فيه بين كلماتهم، قال: هذا يشابه بيان المصرف من جهة الاقتصار ويشابه التشريك من جهة أنه لا يجوز الاقتصار مع المكنة. وتام الكلام^٣ في هذه المسألة في باب الوقف عند قوله: ولو وقف على قبيلة عظيمة، فإننا قد أسبقنا هناك. وقد تقدم لنا عند قوله^٤: وفي جواز تخصيص ثلاثة دون الزائد نظر، وفيما إذا أوصى لجماعة من أقرب الناس إليه كلام له نفع تام في المقام. قوله: «أما لو أوصى لثلاثة معينين فإنه يجب التسوية» كما هو ظاهر. وبه صرح في «التحرير»^٥ لأن الموصى لهم معينون ونسبتهم إلى الوصية واحدة فيستوون فيها، لأن الأصل عدم التفاضل بخلاف غير المنحصر.

القول [في الوصية لبني فلان]

قوله: «ولو أوصى لبني فلان وهم محصورون اختص بالذكور»

القول ولو كانوا منتشرين دخل فيهم الإناث

(١) إيضاح الفوائد: في الموصى له ج ٢ ص ٥٢٠.

(٢) شرح الإرشاد للنيلي: ص ٦٨ س ٢٤ (من مخطوطات مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).

(٣) تقدم في ص ٤٩.

(٤) تقدم في ص ٤١٦.

(٥) تحرير الأحكام: فيما لو أوصى لثلاثة معينين ج ٣ ص ٣٧٦.

كما هو ظاهر «جامع المقاصد»^(۱) وبه صرح في «التذكرة»^(۲) في أول البحث وقال بعد ذلك بأوراق: ولو أوصى لبني فلان، فالأقرب دخول الإناث. وبه قال محمد بن الحسن وأبو حنيفة أولاً لتناول الاسم الجميع^(۳) انتهى. ولعل المراد أن الاسم يتناول الجميع تبعاً لكثرة وقوعه في الاستعمال ولأن جميع خطابات التكليف بلفظ الذكور مع أنها شاملة للإناث إجماعاً. ووجه الأول أن لفظ «بني» حقيقة في الذكور كما أن لفظ بنات حقيقة في الإناث. وأما ما استندوا إليه فيجواب عنه بأن الدليل قد قام على ذلك ولا يلزم منه ثبوت الحكم في كل موضع، وستسمع وجه التقييد بكونهم محصورين.

قوله: «ولو كانوا منتشرين دخل فيهم الإناث» أي وإن لم يكونوا محصورين بل كانوا منتشرين دخل فيهم الإناث وفي «التذكرة»: الإجماع عليه. قال في «التذكرة»: هذا إذا كانوا محصورين، وأما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ فإنه يدخل فيه الذكور والإناث إجماعاً مع أنه قال فيها أيضاً في موضع آخر: ولو أوصى لبني تميم فالأقرب دخول البنات انتهى. وقال في «التحرير» وإن وضع للذكور وأمكن دخول الإناث مع الاجتماع كالمسلمين والعلوية فالأقرب دخول الإناث على إشكال^(۴). وهو أبلغ مما في «التذكرة» في المخالفة للقطع المستفاد من الإجماع.

ولو أوصى للأرامل فهو لمن مات عنهن أزواجهن أو بن عنهن

(۱) جامع المقاصد: في الموصى له ج ۱۰ ص ۱۷۰ - ۱۷۱.

(۲) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى لبني فلان ج ۲ ص ۴۷۴ س ۲۲.

(۳) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى لآباء فلان ج ۲ ص ۴۷۷ س ۳۴ - ۳۵.

(۴) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ۳ ص ۳۷۵.

[في الوصية للأرامل]

قوله: «ولو أوصى للأرامل فهو لمن مات عنهن أزواجهن أو بن عنهن بسبب» كما في «التحرير»^١ والدروس^٢ وفي «جامع المقاصد»^٣ أن الذي في كلام أهل اللغة أن الأرملة المحتاجة المسكينة، قلت؛ ظاهر «التذكرة»^٤ الإجماع على أنه لا فرق في استحقاق الأرملة بين أن تكون محتاجة مسكينة أم لا، ثم إن في «الصحيح»^٥ الأرمل الرجل الذي لا المرأة له والأرملة المرأة التي لا زوج لها وقد أرملت المرأة إذا مات عنها زوجها. قال الشاعر: هذي الأرامل قد قضيت حاجتها فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر انتهى. وفي «النهاية»^٦ قد تكرر ذكر الأرمل والأرملة في الحديث، فالأرمل الذي ماتت زوجته والأرملة التي مات زوجها سواء كانا غنيين أو فقيرين وقال قبل ذلك: إن الأرامل المساكين من رجال ونساء ويقال لكل واحد من الفريقين على انفراده أرامل وهو بالنساء أخص وأكثر استعمالاً، والواحد أرمل وأرملة انتهى. وكأنها يفرق بين الجمع والمفرد فتأمل. وقد حكاه برمته في «مجمع البحرين»^٧ نعم في «القاموس»^٨ رجل أرمل وامرأة

(١) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٧٥.

(٢) الدروس الشرعية: في عدم اشتراط تعيين الموصى له ج ٢ ص ٣٠٩.

(٣) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ١٧١.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية للقرابة ج ٢ ص ٤٧٨ س ٢٤.

(٥) الصحيح: مادة «رمل» ج ٤ ص ١٧١٣.

(٦) النهاية: مادة «رمل» ج ٢ ص ٢٦٦.

(٧) مجمع البحرين: مادة «رمل» ج ٥ ص ٣٨٥.

(٨) القاموس المحيط: مادة «رمل» ج ٣ ص ٣٨٧.

أرملة محتاجة مسكينة والأرمل العزب وهي - أي المرأة العزبة - أرملة ولا يقال للعزبة المؤسرة أرملة، ولعلّه يوافق ما حكاه في «جامع المقاصد» عن أهل اللغة، وكلام الفيومي^١ نصّ صريح في ذلك. وقد حكاه عن الأزهري وابن الأنباري وابن السكيت.

ولا ترجيح في «التذكرة»^٢ وقد حكى فيها عن العامة أقوالاً منها: أن الأرملة هي التي مات زوجها وهي فقيرة، ومنها: أن اسمها يقع على المحتاجة والمبتولة. وقال: إن بعضهم فرق بين الأرملة والأيم بأن الأرملة هي التي كان لها زوج سابقاً والأيم لا يشترط فيها تقدّم الزوج ويشتركان في اعتبار خلوّ الزوج في الحال. وحكى عن الفراء أنه لا يعتبر تقدّم الزوج في الأرامل. وقال: الأقوى أنه لا يشترط الفقر. وقد سمعت ما حكيناه عنه أنفاً من أن ظاهره الإجماع على ذلك. وقال في «التذكرة»^٣ أيضاً: في دخول من لا زوجة له من الرجال في لفظ الأرامل وجهان: لقول الشاعر: أرى الأرامل ... البيت المتقدّم وقال: إن المشهور عدم الدخول. وكذا قال في «الحواشي»^٤ وفي «المصباح»^٥ عن ابن الأنباري أنه قليل، لأنه لا يذهب زاده بفقد زوجته، لأنها لم تكن قيّمة عليه، وقد نصّ أنها المحتاجة وأن المؤسرة لا يقال لها أرملة.

هذا. والأيامى الخاليات من البعل كما في «التحرير»^٦ والدروس^٧ وفيهما

(١) المصباح المنير: مادة «رمل» ج ١ - ٢ ص ٢٣٩.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية للقرابة ج ٢ ص ٤٧٨ س ٢١.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية للقرابة ج ٢ ص ٤٧٨ س ٢١.

(٤) الحاشية النجارية: في الوصية ص ١٢٢ س ١١ (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٥) المصباح المنير: مادة «رمل» ج ١ - ٢ ص ٢٣٩.

(٦) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٧٦.

ولو أوصى للإخوة لم تدخل الأخوات. ولو أوصى للأيتام لم يدخل البالغ ولا من له أب. ولو أوصى لورثة فلان ومات من غير وارث بطلت، وفي الموالى إشكال.

أيضاً: أن العزّاب من لا أزواج لهم. وفي الأخير في المتسرّي نظر من إياء العرف ومن الحثّ على إزالة العزوبة بالتزويج وفي الأوّل أنّه مشترك بين الذكور والإناث والثيب والبكر.

قوله: «ولو أوصى للإخوة لم تدخل الأخوات» كما في «جامع المقاصد»^٨ لأنّ لفظ الإخوة لا يتناولهنّ إلّا مجازاً لكن التناول والشمول كثير الوقوع في الاستعمال، وقد عرفت أنّ جميع خطابات التكليف بلفظ الذكور مع أنّها شاملة للإناث إجماعاً، قال الله تعالى ﴿وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء﴾ فإن كان له إخوة.

قوله: «ولو أوصى للأيتام لم يدخل البالغ ولا من له أب» كما نصّ عليه أهل اللغة كما في «جامع المقاصد»^٩ وهو كذلك عرفاً وشرعاً ويستحقّ الوصيّة الغني والفقير عند علمائنا كما في «التذكرة»^{١٠}.

[في الوصيّة لورثة فلان]

قوله: «ولو أوصى لورثة فلان ومات من غير وارث بطلت وفي

(٧) الدروس الشرعية: في الموصى له ج ٢ ص ٣٠٩.

(٨) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ١٧١.

(٩) النساء: ١٧٦ و ١١١.

(١٠) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ١٧٢.

(١١) تذكرة الفقهاء: في الوصية للقراءة ج ٢ ص ٤٧٨ س ٢١.



الموالي إشكال» قال في «التذكرة»^١ ولو أوصى لورثة فلان صحّت ودخل فيه كل من يرثه من ذكر أو أنثى بنسب أو سبب بالسوية سواء تفاوتت الورثة في الميراث كابن وبنت أو اتفقوا كابنين أو بنتين، ولا يعتبر تفاوتهم في الإرث، وقالت الحنفية: الوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وليس بمعتمد، ولو لم يكن له وارث خاصّ صرف ماله إلى بيت المال، وبطلت الوصية عند الشافعية، وأمّا على مذهبنا فمقتضاه أنّه يكون للإمام، لأنّه وارث من لا وارث له فهو وارث خاصّ انتهى. وفي «جامع المقاصد»^٢ بعد حكايته عنه أنّه محتمل، قلت: لعلّه لعدم تناول الوارث له عرفاً. ثمّ استظهر دخوله أي الإمام، لأنّ الحقيقة الشرعية مقدّمة، ومراده أنّ الإمام وارث شرعاً. وفيه: إنّها إنّما تقدّم إذا صدرت من الشارع لا فيما إذا صدرت من أهل العرف كما هو واضح.

وقد استشكل المصنّف في دخول الموالي. وقد جعل منشأ الإشكال في «الإيضاح»^٣ من كونه وارثاً لغة وشرعاً ومن العرف، لأنّه إذا أطلق لفظ الوارث يسبق إلى الذهن عرفاً غيرهم فيكون مجازاً فلا يحمل عليهم عند الإطلاق، وليس لتصحيح التصرف الناقل قرينة توجب الحمل على المجاز ونحوه ما في «جامع المقاصد»^٤ وقد اختاراً فيهما الدخول واستند في الثاني إلى أنّ الحقيقة الشرعية مقدّمة، وقد عرفت ما فيه.

هذا والظاهر أنّه لا يستحقّ الوصية إلّا من كان وارثاً لفلان بالفعل قبل موت الموصي كما سيأتي التنبيه عليه عند قوله: ولو قال لورثته.

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية للقراءة ج ٢ ص ٤٧٧ س ٣٧.

(٢) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ١٧٢.

(٣) إيضاح الفوائد: في الموصى له ج ٢ ص ٥٢١.

(٤) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ١٧٣.

ولو قال: لعصبة زيد فمات الموصي وزيد حيّ أعطي عصبته، ولو قال: لورثته بطلت. (٢)

[في الوصية لعصبة فلان]

قوله: «ولو قال: لعصبة زيد فمات الموصي وزيد حيّ أعطي عصبته» كما في «جامع المقاصد»^(١) وهو قضية كلام «التذكرة» لأنه صححها لو قال لورثته حينئذٍ كما ستسمع، لأن لفظ العصبة لا يشترط في صدقه موت زيد بخلاف الورثة، لأنّ العصبة إمّا عصبته بنفسها وهي كلّ ذكر لا يدخل في نسبته إلى الميت أنثى وهم البنون وأبناؤهم وإن سفلوا والآباء وأباؤهم، وإمّا عصبة مع غيرها وهي الأخت للأب والأم أو للأب فإنّها تعصب البنت وترث معها عند العامة وأعمام البنت لأب ثمّ بنوهم ثمّ أعمام الأب ثمّ بنوهم وإن سفلوا، وإمّا عصبة بغيرها وهي ابن الابن فإنّه يعصب البنت ويرث معها والبنت عتته على اختلافاتهم وأكاذيبهم وهؤلاء جميعاً لا يشترط في صدقهم موت من هم عصبته فتصحّ الوصية لهم.

قوله: «ولو قال: لورثته بطلت» أي فمات الموصي وزيد حيّ، لأنّ الموصي له لا بدّ من وجوده وقت الوصية، وربّما تجدد وارث فلان بعدهما كما لو تجدد له ولد. وقال في «التذكرة»^(٢) ولو مات الموصي والذي أوصى لورثته أو لعقبه حيّ فللشافعية قولان: أشهرهما عندهم بطلان الوصية، لأنّ الإنسان لا يرثه ولا يعقبه أحد وهو حيّ، وقال بعضهم: تصحّ الوصية في لفظ العقب إن كان له أولاد، لأنّهم يسمّون عقب الشخص في حياته. قال: ومثل هذا يحتمل في لفظ الورثة،

(١) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ١٧٣.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية للقراءة ج ٢ ص ٤٧٧ س ٤١.

ولو أوصى للشيخ صرف إلى من جاوز الأربعين

فعلى هذا توقف إلى أن يموت فتبين من يرثه. والأقرب عندي الصحة، لأن الظاهر أن مراده من يرثه بعد موته فيصرف اللفظ إليه عرفاً انتهى. قلت: لكن الظاهر أن مراده من كان وارثاً لفلان بالفعل موجوداً قبل موت الموصي وربما تجدد له وارث بعدهما كما عرفت، نعم لو أراد من كان موجوداً وقت الوصية لم يكن ما ذكره بعيداً.

[في الوصية للشيخ]

قوله: «ولو أوصى للشيخ صرف إلى من جاوز الأربعين» كما في «مجمع البحرين»^(١) قد حكى ذلك عن أمير المؤمنين عليه السلام وقال في «التذكرة»^(٢) واختلفت الشافعية في الشيخ والفتيان والشبان فقال بعضهم: الشيخ هم الذين جازوا الأربعين، والفتيان والشبان الذين جازوا البلوغ إلى الثلاثين. ويفهم منه أن الكهول بين الثلاثين إلى الأربعين. ثم قال: والمعتمد الرجوع إلى اللغة والعرف. ولم يتعرض لمعنى الشيخ في «النهاية والصحاح» وكأنهما أحالاه على العرف. وفي «المصباح المنير»^(٣) أن الكهل من جاوز الثلاثين وخطه الشيب، ثم قال: وقيل: إنه ابن أربعين، وقيل: إنه ابن ثلاثين وفي «القاموس»^(٤) أن الشيخ من استبانت فيه السن وأنه يصدق على ابن خمسين أو إحدى وخمسين إلى آخر العمر أو إلى

(١) مجمع البحرين: مادة «شيب» ج ٢ ص ٤٣٦.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية للقراءة ج ٢ ص ٤٧٨ س ٣٣.

(٣) المصباح المنير: مادة «كهل» ج ١ - ٢ ص ٥٤٣.

(٤) القاموس المحيط: مادة «شيخ» ج ١ ص ٢٦٣.

وللشَّبَّانِ إلى من جاوز البلوغ إلى الثلاثين^(١) وللكهول لمن بلغ الأربعين^(٢)
وللغلمان والصبيان من لم يبلغ^(٣).

الثمانين. وفي جملة كلامه في الكهل أنه من جاوز الثلاثين أو أربعاً وثلاثين إلى إحدى وخمسين. والحاصل أنه إن تعيّن معنى اللفظ لغة وعرفاً فذاك وإن لم يتعيّن كذلك ولا علم قصد الموصي اتّجه البطلان.

قوله: «وللشَّبَّانِ إلى من جاوز البلوغ إلى الثلاثين» في «المصباح^١ والمجمع^٢» أن الشباب قبل الكهولة وفي الأخير أن في الحديث أن ابن ثلاثين سنة يستى شاباً ولا تعرّض لمعناه في «النهاية^٣ والصحاح^٤ والقاموس» وكأنهم أحالوه إلى العرف.

قوله: «وللكهول لمن بلغ الأربعين» قد سمعت ما في «المصباح^١ والقاموس» وفي «النهاية^٢ والصحاح^٤ والمجمع^٥» أنه من جاوز الثلاثين، وفي الثاني: وخطّه الشيب، وفي الأوّل والثالث إلى أربعين وفي الأوّل: وقيل: من ثلاث وثلاثين إلى تمام الخمسين.

قوله: «وللغلمان والصبيان من لم يبلغ» قال في «جامع المقاصد^٦» أمّا الغلمان والصبيان فلا بحث فيهم.

(١) المصباح المنير: مادة «شبّ» ج ١ - ٢ ص ٣٠٢.

(٢) مجمع البحرين: مادة «كحل» ج ٢ ص ٨٥.

(٣) النهاية: مادة «كهل» ج ٤ ص ٢١٣.

(٤) الصحاح: مادة «كهل» ج ٥ ص ١٨١٣.

(٥) مجمع البحرين: مادة «كهل» ج ٥ ص ٤٦٧.

(٦) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ١٧٣.

ولو أوصى لأعقل الناس صرف إلى الزهاد والعلماء.

[في الوصية لأعقل الناس]

قوله: «ولو أوصى لأعقل الناس صرف إلى الزهاد والعلماء» كما في «جامع المقاصد»^(١) ويمكن أن يكون عطف العلماء عطف تفسير كما في «الحواشي»^(٢). قلت: في الأخبار أن العالم الذي إذا نظرت إليه ذكرك الآخرة ومن كان على خلاف ذلك فالنظر إليه فتنة، ذكر ذلك مولانا الصادق عليه السلام^(٣) في تفسير قوله عليه السلام: النظر إلى وجه العالم عبادة، إذ معناه أنك تراه زاهداً ليس عليه لباس المترفين، كما أن النظر إلى داره عبادة، لأنك تراها غير غالية ولا مزخرفة كما أن النظر إلى وجه الفاطمي عبادة، لأنك ترى حقه في يد غيره فلا بد أن يكون العالم زاهداً، قال الشاعر: والعلم معناه العفاف تعقفاً والعلم من دون العفاف نفاق. وفي «التذكرة»^(٤) أنه يصرف لأجودهم تدبيراً في دينه ودنياه. ويمكن إرجاعه إلى ما هنا، لأنه لا ريب أن الزهد وحده لا يكفي من دون العلم، خلافاً للشافعي^(٥) فإنه اكتفى به وحده وقال: إنه أعقل الناس. فالعالم يعرف محال الزهد، وربما كان الزهد من دونه قاطعاً عن كثير من مقاصد الدين. وفي «الدروس»^(٦) أن الأعقل والأعلم والأزهد والأورع والأتقى وغيرها من صفات المبالغة الظاهر حملها على الإمام، ولو قال لأحمقهم تبع العرف

(١) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ١٧٣.

(٢) الحاشية النجارية: ص ١٢٢ س ١٥ (من مخطوطات مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٣) تنبيه الخواطر: ج ١ ص ٨٤، وعوالي اللآلي: ج ٤ ص ٧٣.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية للجيران... ج ٢ ص ٤٦٩ س ٢٨.

(٥) كفاية الأخبار: ج ٢ ص ٢٢.

(٦) الدروس الشرعية: في الموصى له ج ٢ ص ٣٠٩.

ولو علم عدم إرادته نزل على من يغلب على الظن إتصافه بذلك وفي كلام أمير المؤمنين عليه السلام ^١: «إنَّ أَعْقَلَ النَّاسِ هُوَ الْمُقْبِلُ عَلَى شَأْنِهِ الْعَارِفُ بِأَبْنَاءِ زَمَانِهِ الْعَامِلُ بِلِسَانِهِ وَجَنَانِهِ وَأَرْكَانِهِ».

[في الوصية لأحق الناس]

قوله: «ولو قال لأحقهم تبع العرف» قال في «التذكرة» ^٢: «إنَّ بعض أصحاب الشافعي قال: يصرف إلى عبدة الأوثان، وقال بعض أصحابه: إلى من يسب الصحابة. وقال صاحب التتمة من الشافعية يصرف إلى الإمامية المنتظرة للقائم عليه السلام».

وفيه: أنَّ الصحابة قد سب بعضهم بعضاً بل قتل بعضهم بعضاً وهو أعظم من السب بل قد سب عمر رسول الله وقال: «إنَّ الرجل ليهجرك» ^٣، وقال: «إنَّه شجرة تنبت في كباء». والسب النيل والنيل السب والقول فيه بما يكره والشتم السب. ويرد صاحب التتمة بأنَّ الحق والجهل إن كان لاعتقادهم الإمامة والعصمة فقد دلَّ العقل والنقل عليهما، وإن كان بسبب اعتقادهم طول عمره ففيه أنَّ ذلك أمر ممكن واقع، الخضر باق إلى الآن، وعاش آدم تسعمائة سنة وثلاثون سنة، وكذلك شيث

المطلب الثاني: في الأحكام المعنوية

(١) لم نعر على هذا الكلام كأمر المؤمنين عليه السلام حسبما تفحصناه لكن نقله المحقق الكركي في

جامع المقاصد: في الموصى ج ١٠ ص ١٧٤.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية للجيران ج ٢ ص ٤٦٩ س ٢٩.

(٣) كشف الغمة: ج ٢ ص ٤٧، وبحار الأنوار: ج ٣٠ ص ٥٣٥.

(٤) الفائق في غريب الحديث: ج ٣ ص ١٣٨.

عاش تسع مائة سنة واثنى عشرة سنة، وعاش نوح ألف سنة وثلاث مائة سنة، وفي رواية أخرى ألفين وثلاث مائة، بل ينبغي أن يصرف هذه الكلمة إلى من جوّز رؤية الله سبحانه وتعالى وجوّز أن يكون بين أيدينا جبال شاهقة من الأرض إلى السماء وهي امشرقة بألوان مختلفة ولا حاجب بيننا وبينها ونور الشمس قد سطع وأشرفت به وصاحب الحاشية السليمة لا يشاهدها وبينها وبينه أقلّ من شبر، وأن يسمع الأصمّ الذي لم يسمع شيئاً من أوّل عمره وهو على طرف قطر المشرق أدنى مشاورة بين اثنين لا يسمع ثالث عندهما وهما على طرف قطر المغرب، وأن يشاهد الأعمى على طرف قطر المشرق نملة بقدر رأس الأبرة أغشى على صخرة سوداء في طرف قطر المغرب. وقال في «جامع المقاصد»^(١) لا أرى لهذه الوصية مصرفاً أقرب من القائل بأن معاوية مأجور على حرب أمير المؤمنين عليه السلام وعلى سبه إياه وإهانة أهل البيت عليهم السلام وإيذائهم فإن هؤلاء كادوا يكونون أشدّ من عبدة الأوثان.

[في أحكام الوصية المعنوية]

قوله: «المطلب الثاني: في الأحكام المعنوية» قد تقدّم^(٢) لنا في المطلب الأوّل بيان الوجه في هذا العنوان فإنّه قد جعل عنوان الأوّل في الأحكام الراجعة إلى الألفاظ، لاشتماله على كثير منها كالحقيقة والمجاز والاشتراك والتواطى وهذا بخلافه، لأنّه قد تضمّن صحّة الوصية بالمنافع من الثلث كالأعيان

(١) جامع المقاصد: في الموصى له ج ١٠ ص ١٧٥.

(٢) تقدّم في ص ٤٧٤.

لو أوصى بخدمة عبده أو أجرة داره أو ثمرة بستانه صحّ من الثلث أيضاً ⑤

سواء عدّت مالاً أم لا. وعساك تقول: إنه لا بدّ من ملاحظة اللفظ (في المعاني خ) في المقامين، قلنا: هو كذلك لكنّ هناك فرقاً وهو أنّ البحث عن الحامل مثلاً من الأحكام اللفظية بمعنى أنّ البحث مقصور على ما وضع له اللفظ في الحامل لغة وعرفاً. وهو لا يتناول الحمل، وأمّا البحث عن الخدمة فليس من حيث وضع الخدمة للمنفعة المخصوصة بل من حيث إنّها كالأعيان تنفذ من الثلث. وأمّا صحّة الوصيّة بها فقد طفحت بها عباراتهم في تعريفها وفي أحكام الموصى به وانعقدت عليها إجماعاتهم ولم يحك الخلاف إلّا عن ابن أبي ليلى والشافعية في أحد قوليهما، لأنّها معدومة كما تقدّم ذلك كلّها. والغرض من هذا المطلب بيان صحّتها من الثلث.

[في الوصيّة بخدمة العبد]

قوله: «لو أوصى بخدمة عبده وأجرة داره أو ثمرة بستانه صحّ من الثلث أيضاً» أي كما تصحّ الأعيان من الثلث كما في «المبسوط»^١ وغيره^٢. قال في «التذكرة»^٣ إنّ الوصايا بأسرها إنّما تخرج من ثلث المال وأنّها متى زادت على الثلث اعتبر إجازة الورثة. ولا فرق في ذلك بين الأعيان والمنافع، فإذا أوصى بالمنفعة اعتبر خروجها من ثلث المال عند علمائنا أجمع، وقد يظهر أو

(١) المبسوط: فيما لو أوصى بخدمة عبده ج ٤ ص ١٤.

(٢) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ١٧٥.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٥ س ١٧ و ٢.

وهي تمليك لا عارية. ٧

يلوح دعوى الإجماع من «المبسوط» ثم حكى في «التذكرة» الخلاف عن مالك، قال: إذا لم تخرج من الثلث فللورثة الخيار بين تسليم خدمة العبد سنة وبين تسليم ثلث المال، وعن أصحاب الرأي وأبي ثور قالوا: إذا أوصى بخدمة سنة فإنَّ العبد يخدم الموصى له يوماً وللورثة يومين حتى يستكمل الموصى له سنة، فإذا أراد الورثة بيع العبد بيع على هذا انتهى. (وقد نقل) الإجماع من قبل ذلك على صحة الوصية بالمنافع، قال: تصح الوصية بالمنافع كخدمة عبده وغلة داره وسكنائها وثمره بستانه التي استحدث سواء أوصى بذلك في مدة معلومة أو بجميع الثمرة والمنفعة في الزمان كله عند علمائنا أجمع، وهو قول عامة أهل العلم، كما تقدّم^١ بيان ذلك كله.

ثم إنَّ في عدّ ثمره البستان من المنافع في «الكتاب والتذكرة»^٢ وكذا «الخلاف»^٣ والمبسوط^٤ والتحرير^٥ وغيرها^٦ مع أنَّها عين نوعاً من التسامح، وكان الأولى أن تقول وغير ذلك من المنافع كما في «التحرير» ليكون أشمل ولا فرق في ذلك بين أن تكون الثمرة والمنفعة موجودة أو لا كما في «التحرير» أيضاً، وقد سمعت إجماع «التذكرة» آنفاً.

قوله: «وهي تمليك لا عارية» بإجماع الإمامية كما في «الإيضاح»^٧

(١) تقدّم في ص ٤٤٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٥ س ٣.

(٣) الخلاف: في الوصية بخدمة عبده ج ٤ ص ١٤٣.

(٤) المبسوط: فيما لو أوصى بخدمة عبده ج ٤ ص ١٤.

(٥) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٧.

(٦) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٧٥.

(٧) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥٢٢.

فلو مات الموصى له ورث عنه وتصحّ إعارته وإجارته ولا يضمن العبد إذا تلف في يده بغير تفريط.

وجميع علمائنا كما في «جامع المقاصد»^١ وظاهر «التذكرة» كما ستسمع. وقد نصّ في «المبسوط»^٢ على أنّها تمليك. وعن أبي حنيفة^٣ أنّها إنما هي عارية لازمة لأملاك فيها فلا تورث عنه وليس له الإجارة.

هذا إذا أطلق الوصية أو قيدها بالتأييد. والمراد بالتأييد استيعاب الوصية منفعة العبد مدة حياته بإجماع الإمامية كما في «الإيضاح»^٤ وقد فرّع عليه أنّه يورث وأنّ له إيجارته وإعارتها. وكذا إذا أوصى بمنفعة مدة معينة. وحكي عن بعض الشافعية^٥ أنّها لا تنتقل إلى الموصى له إلا عند الإطلاق. هذا ولا فرق عندنا في ذلك بين كون الوصية بالمنفعة مؤبدة أو مطلقة أو موقّعة كما هو قضية كلامهم. وعليه نصّ في «جامع المقاصد»^٦ وقد سمعت ما في «التذكرة» آنفاً.

قوله: «فلو مات الموصى له ورث عنه وتصحّ إعارته وإجارته ولا يضمن العبد إذا تلف في يده بغير تفريط» قد تضمّن كلامه هذا أحكاماً أربع ظاهر «التذكرة»^٧ الإجماع عليها أجمع، قال: فلو مات الموصى له كانت المنافع موروثة عنه كسائر حقوقه وأمواله وله إجارة الأعيان والإعارة لها

(١) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥٢٢.

(٢) المبسوط: فيما لو أوصى بخدمة عبده ج ٤ ص ١٥.

(٣) نقله عنه العلامة في التذكرة: ج ٢ ص ٥٠٥ س ١١.

(٤) إيضاح الفوائد: فيما لو أوصى بخدمة عبده ج ٢ ص ٥٢٢.

(٥) روضة الطالبين: في الوصية ج ٥ ص ١٧١.

(٦) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٧٦.

(٧) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٥ س ١٠.

وإذا أوصى له بمنافعه ملك جميع اكتساب العبد من الاصطياد والاحتطاب والاحتشاش، ﴿٥﴾

والوصية بها. ولو مات العبد في يده لم يضمنه كما لا يضمن المستأجر عند علمائنا. وبه قال الشافعي. وليس عليه مؤنة الرد انتهى. وقد سمعت ما في «الإيضاح» ومعقد هذا الإجماع مقطوع به وإن قلّ المصرح به حتى أنّ الشيخ في المبسوط لم يصرّح به لكنّه معلوم من كلامه وتفاريعه كما ستعرف. وهذا يتفرّع على القول بأنّها تمليك، وعلى القول بأنّها عارية فلا إرث ولا تصحّ الإجارة ولا الإعارة، ولو تلف بغير تفريط وقلنا: إنّ العارية مضمونة يكون ضامناً.

قوله: «وإذا أوصى له بمنافعه ملك جميع اكتساب العبد من الاصطياد والاحتطاب والاحتشاش» وكذا أجره الصنعة والخدمة. وأمّا الثلاثة الأوّل فلأنّ الحيّزة حقّ للموصى له فيثبت له الملك بموجبها، وأمّا الأخير فلأنّها بدل منافعه. وهذا ممّا لا ريب فيه كما في «جامع المقاصد»^(١) قلت: ولا خلاف فيه من أحد في الاكتساب بالشائعة المعتادة، وأمّا الاكتساب بالنادرة كالملتقط والموهوب ونحوهما فللشافعية^(٢) فيه وجهان: أحدهما الدخول لدخوله تحت عموم الاكتساب، والثاني: المنع، لأنّها لا تقصد بالوصية لندورها، وليس بشيء، لأنّ العام الذي هو معقد الإجماع يتناول الأفراد النادرة فلا يقصد جريانه بالفعل بل بالقوّة.

(١) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٧٦.

(٢) مغني المحتاج: ج ٣ ص ٦٥.

فإن أعتق فأشكال

[فيما لو أعتق العبد الموصى بخدمته]

قوله: «فإن أعتق فأشكال» أقواه أن منفعة باقية للموصى له وتبقى الوصية بحالها كما لو أعتق العبد المستأجر كما في «جامع المقاصد»^١ وبه جزم في «المبسوط»^٢ والتذكرة^٣ والتحرير^٤ لأنه ملك جميع منافعه بالوصية وملكه مستمر إلى ما بعد العتق، لأنه قد ثبت استحقاقه جميع المنافع التي من جملتها رق المتنازع فيه والأصل بقاءه والعتق إنما يقتضي فك الرقبة دون المنافع، ولأنه لو لم يبق بحاله لزم تبديل الوصية بالعتق وهو باطل. وفي «الإيضاح»^٥ أن الأقوى عدم، لأن تملك المباحات تابع للنية خصوصاً على القول بالافتقار في تملكها إلى النية كما هو الأقوى، فإذا حازها بنية التملك مع حرية وجب أن يشبث الملك وعلى القول بالتملك بمجرد الحيازة فثبت الملك له أظهر. ثم إنه يبعد أن يكون الحر مستحق المنفعة أبد الدهر. وفي «الحواشي»^٦ أنه المنقول، وفيه أنه غير بعيد عدم تأثير نيته إذا لم يكن له ذلك والاستبعاد ليس محل اعتماد إذا لم يعضده الدليل فحصل الفرق بين الاستبعادين.

(١) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٧٦.

(٢) المبسوط: فيما لو أوصى بالمنافع ج ٤ ص ١٥.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٥.

(٤) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٧.

(٥) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥٢١.

(٦) لم نعر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.

وفي تملك ولد الجارية وعقرها إشكال ينشأ من بطلان الوصية بمنفعة البضع وكون الولد جزءاً من الأم يتبعها في الأحكام

[في تملك ولد الجارية الموصى بخدمتها]

قوله: «وفي تملك ولد الجارية وعقرها إشكال ينشأ من بطلان الوصية بمنفعة البضع وكون الولد جزءاً من الأم يتبعها في الأحكام» ومن كون ذلك كله من المنافع أراد بالوجه الأول أنه من المعلوم أن منافع البضع لا تصح الوصية بها، إذ ليست كسائر المنافع تملك بكل سبب صالح لنقل المنفعة وإنما تملك بالعقد أو بملك الرقبة أو بإباحة المالك فلا تندرج في الوصية بجميع المنافع فلا يستحق بدلها بالوصية، والولد إما جزء من الأم أو بمنزلة الجزء منها فلا تتعدى الوصية بالمنافع إليه. وفي «جامع المقاصد» أنه الأصح فيهما. وجزم في «التحرير^٢ والتلخيص^٣» بعدم ملكه الولد وأنه لملك الرقبة وقربه في العقر في «التحرير^٤» وبه جزم في «المبسوط^٥» وكذا «التلخيص^٦» ولا ترجيح فيه في «الإيضاح^٧». وسيأتي^٨ للمصنف إعادة الإشكال في العقر عند قوله: ولو وطئت للشبهة... إلى آخر.

(١) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٧٨.

(٢) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٩.

(٣) تلخيص المرام: في أحكام الوصية ص ١٥٩.

(٤) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٩.

(٥) المبسوط: فيما لو أوصى لرجل بخدمة أمته ج ٤ ص ١٦.

(٦) تلخيص المرام: في أحكام الوصية ص ١٥٩.

(٧) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥٢٢.

(٨) يأتي في ص ٥٠٨.

ومن كون ذلك كله من المنافع

والعقر ما وجب بوطنها أو بعقد النكاح عليها كالمهر إذا زوّجت أو مهر المثل أو العشر أو نصفه إذا وطئت وطئاً موجباً لمهر.

وقوى في «المبسوط»^١ أن تكون رقبة الولد لورثة الموصي كأُمّه والمنفعة للموصي له كأُمّه وفي «التذكرة»^٢ أنه أولى. وقد فهم الشارحان^٣ ذلك من قوله في الكتاب: وكون الولد جزءاً من الأُمّ يتبعها في الأحكام، بأن يكون مراده أن رقبة الولد لورثة الموصي ومنفعته للموصي له، فيكون أشار في هذا الوجه إلى أن العقر للموصي وفصل في الولد. وقد يفهم ذلك من عبارة «التحرير»^٤ وقد قال في «الإيضاح»^٥ إن هذه الكلمة، وهي كون الولد جزءاً من الأُمّ يتبعها في الأحكام، قول الفقهاء.

قوله: «ومن كون ذلك كله من المنافع» هذا المنشأ الثاني من الإشكال، لأنّ كلّاً من العقر والولد معدود من المنافع فيندرج في عمومها. وفي «الإيضاح»^٦ في الولد أنه اصطلاح الفقهاء، قال: اصطلاح الفقهاء على أن الولد كسب والده ولهذا كان للمكاتب الاستسعاء به عند إشرافه على العجز ولأنّه قد روي^٧ أن النبي ﷺ سُمّي ولد الرجل كسباً لأبيه. وفيه: إن اسم المنفعة لا يقع على الولد إلّا

(١) المبسوط: فيما لو أوصى بخدمة أُمته ج ٤ ص ١٦.
(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٧ س ٨.
(٣) إيضاح الفوائد: ج ٢ ص ٥٢٢، وجامع المقاصد: ج ١٠ ص ١٧٨.
(٤) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٩.
(٥) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥٢٢.
(٦) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥٢٢.
(٧) عوالي اللآلي: ج ٢ ص ١١٣، ومسند أحمد: ج ٢ ص ١٧٩.



وهل يملك الوطء؟ الأقرب المانع،

مجازاً. وأمّا العقر ففيه: إنك قد عرفت امتناع الوصية بالبضع فلا يتناوله العموم، لكن في «الحواشي»^١ أنه المنقول، ولا ترجيح في «الإيضاح». وقد تحصّل أن في الولد ثلاثة احتمالات: أحدها أنه للموصي، الثاني: أنه للموصى له، الثالث: أن الرقبة لورثة الموصي والمنفعة للموصى له، لكنّه لم يذكر في «المبسوط»^٢ إلا الآخرين ولم يذكر الأول كما أنه على ما فهموه من الكتاب لم يذكره أيضاً. نعم قد ذكرت الثلاثة في «التذكرة»^٣ وأن في العقر احتمالين ولم يذكره بالكلية في «المبسوط».

وليعلم أن الولد مملوك على كلّ حال سوائت به من زوج أو مملوك إجماعاً كما في «التذكرة»^٤.

قوله: «وهل يملك الوطء؟ الأقرب المانع» وفي «الإيضاح»^٥ أنه الأصحّ وكان الأولى. بهما الجزم بالمانع كما جزم به في «المبسوط»^٦ والتذكرة^٧ والتحرير^٨ وجامع المقاصد^٩ لأن الوطء لا يحلّ إلا بالطرق الثلاثة وهي منتفية هنا، وهو فرع على ملك المهر، وأمّا إذا قلنا بأنه لا يملك المهر فإنه لم يملك الوطء

-
- (١) لم نعر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.
 - (٢) المبسوط، فيما أوصى بمنافع أمته ج ٤ ص ١٦.
 - (٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٧ س ٦.
 - (٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٧ س ٦.
 - (٥) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥٢٣.
 - (٦) المبسوط، فيما لو أوصى بخدمة أمته ج ٤ ص ١٦.
 - (٧) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٧ س ٢١.
 - (٨) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٩.
 - (٩) جامع المقاصد: في أحكام الوصية به ج ١٠ ص ١٧٨.

ويمنع أيضاً الوارث منه، ٧

قطعاً كما في «الإيضاح»^١ ووجه غير الأقرب أنه من جملة المنافع. وإذا ملك الوطء بالتحليل فبالتمليك أولى. وقال في «الحواشي»^٢ إنه يشكل لو أوصى بتحليل جاريته أو تزويجها انتهى فتأمل.

قوله: «ويمنع أيضاً الوارث منه» كما جزم به في «المبسوط»^٣ والتذكرة^٤ وكذا «جامع المقاصد»^٥ واستشكل في «التحرير»^٦ في جواز وطئه لها وإن كان مالكا لها، لأنه فيه تفويتاً لبعض المنافع وتكريضاً للهلاك بالطلاق وتقصان المنفعة بالحبل.

ولو كانت ممن لا تحبل فوجهان أصحهما الغم، لأن الأصل في ذلك أن الملك غير تام وليس لكل منهما تزويجها على الانفراد على الأصح. وتأمل في «التحرير» في جوازه للمالك.

ولو اتفقا عليه جاز ووليها مالك رقبته. وقال بعض العامة^٧ إنها لو طلبته الجارية وجب تزويجها، لأن حقها مقدم عليهما كما لو طلبته من سيدها مالك رقبته فإنه يجبر عليه وليس ذلك مذهباً لأحد منا.

(١) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥٢٢.

(٢) الحاشية النجارية: في الوصية بخدمة الأمة ص ١٢٢ س ٢ (من مخطوطات مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٣) المبسوط: فيما لو أوصى بخدمة أمته ج ٤ ص ١٦.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٧ س ٢١.

(٥) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٧٨.

(٦) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٩.

(٧) كما في تذكرة: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٧ س ٢٢.

فإن وطئ أحدهما فهو شبهة لا حد عليه، وتصير أم ولد لو حملت من الوارث لا من الموصى له. (١)

قوله: «فإن وطئ أحدهما فهو شبهة لا حد عليه» أما الوارث فظاهر لأنه مالك الرقبة ولا تأمل فيه. وأما مالك المنفعة فكذلك إذا كان جاهلاً أو ظاناً الحل. وبه صرح في «المبسوط»^١ والتحرير^٢ وجامع المقاصد^٣ وهو قضية كلام «التذكرة»^٤ بل أطلق في الأولين كالكتاب بحيث يتناول العالم ويأتي في أواخر إطلاق مثل (ويأتي له إطلاق آخر نسخه) ولعله لقيام الشبهة، لأن المسألة موضع تردد بل صرح في «المبسوط»^٥ بأنه إذا وطئها وخالف الشرع فلا حد ولا مهر، لأن المهر له والولد لا حق به ويثبت به النسب ويكون حراً وتكون أم ولد عندنا. ثم قال: وعند قوم لا تكون أم ولد انتهى. وفي «التذكرة»^٦ إن وطئها مع علمه بالتحريم حد كالمتأجر والشريك. وفي «جامع المقاصد»^٧ أنه أقرب. وإذا وطئها الأجنبي لشبهة فحكمه واضح.

قوله: «وتصير أم ولد لو حملت من الوارث لا من الموصى له» كما صرح بالأول في «المبسوط»^٨ والتحرير^٩ وجامع المقاصد^{١٠} لأنه مالك

(١) المبسوط: فيما أوصى بخدمة أمته ج ٤ ص ١٦.

(٢) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٢٤٩.

(٣) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٧٨.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٧ س ٩.

(٥) المبسوط: فيما أوصى بخدمة أمته ج ٤ ص ١٦.

(٦) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٧ س ١٢.

(٧) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٧٨.

(٨) المبسوط: فيما لو أوصى بخدمة أمته ج ٤ ص ١٦.

(٩) نسخة التحرير القديمة والجديدة عنا مختلفة ففي القديمة (ج ١ ص ٢٩٦) جاءت العبارة

وإذا منعنا من تملك الولد فالأقرب سقوط الخدمة عنه

للرقبة، وبالثاني في «التحرير»^{١١}، وهو ظاهر «جامع المقاصد»^{١٢} وصرح في «المبسوط»^{١٣} بأنها تصير أم ولد إذا حملت من الموصى له، وظاهره الإجماع عليه كما سمعت، وهو الأشبه للشبهة.

قوله: «وإذا منعنا من تملك الولد فالأقرب سقوط الخدمة عنه» كما جزم به في «تلخيص»^{١٤} وفي «الإيضاح»^{١٥} أنه الصحيح وفي «جامع المقاصد»^{١٦} أنه الأصح. ومراده إننا إذا قلنا أن الولد المتجدد ليس ملكاً للموصى له فالأقرب سقوط الخدمة عنه بمعنى أنه لا يكون موصى بمنافعه، لأن منافعه غير داخلية في منافعها، لأنه ليس جزءاً منها ولا يشمل اسمها فيكون حكمه حكمها ولا من منافعها فيكون من جملة الموصى به فلا يقتضي للإلحاق، فينتفي وجه غير

→ تصير أم ولد وهي وإن جانت بحرف لا إلا أنه شطب عليه في الطبع وفي النسخة الجديدة المطبوعة (ج ٣ ص ٣٤٩) جانت العبارة لا تصير أم ولد. هذا والشارح وإن نقل عنه تصير إلا أن ظاهر العبارة في التحرير تقوي أن يكون هو الثاني لأنه قد حكم فيما أنت بولد من الشبهة بعدم جواز الوارث وطئها لشبهة وعدم كونها أم ولد بهذا الولد فلا بد أن يكون حكمه فيما إذا وطئها مالك الرقبة لشبهة كذلك ولأجل ذلك ذهب الشيخ في المبسوط إلى أنها تصير أم ولد لأجل الشبهة تمسكاً بأن الشبهة من أحد الأمور المعجزة للوطي الموجبة لإنتساب الولد المتولد منها فتأمل فعليه نسبة الشارح إليه أنه حكم بصيرورتها أم ولد لبس مطابقاً للواقع.

(١٠) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٧٩.

(١١) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٩.

(١٢) جامع المقاصد: في أحكام ج ١٠ ص ١٧٩.

(١٣) المبسوط: فيما أوصى بخدمة أمته ج ٤ ص ١٦.

(١٤) تلخيص المرام: في أحكام الوصية ص ١٥٩.

(١٥) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥٢٣.

(١٦) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٧٩.

ولو وطئت للشبهة فعلى الواطئ العقر للموصى له على إشكال. فإن أتت بولد فهو حرّ وعلى الواطئ قيمته. فإن قلنا: الموصى له يملك الولد فالقيمة له وإلا فللوارث. (١)

الأقرب، إذ لا وجه له إلا الإلحاق بأمه. وقوله فيما سلف: وكون الولد جزءاً من الأمّ يتبعها في الأحكام، لا ينافي ما قرّبه هنا، لأنه إنما ذكره في أحد منشأَي الإشكال وذلك لا يقضي باختياره له.

قوله: «ولو وطئت للشبهة فعلى الواطئ العقر للموصى له على إشكال» قد تقدّمت^١ هذه المسألة واستشكلها فيها في قوله: وفي تملك ولد الجارية وعقرها إشكال، فلو قال على الإشكال معرفاً له باللام لكان أولى، وقد قلنا هناك: إنه في «المبسوط» جزم بأن العقر للموصى له وأن في «التحرير والتلخيص وجامع المقاصد» أنه للورثة وأن لا ترجيح في «الإيضاح» وأن الإشكال ينشأ من أن منفعة البضع لا تملك بالوصيّة ومن أن العقر بدل بعض منافعها وقد ملك الموصى له جميعها.

قوله: «فإن أتت بولد فهو حرّ وعلى الواطئ قيمته، فإن قلنا: الموصى له يملك الولد فالقيمة له وإلا فللوارث» يريد أن القيمة تابعة لملك الرقبة، فإن قلت: إن الموصى له يملك الولد فالقيمة له، وبه جزم في «المبسوط»^٢ وإلا فلا فيكون لمالك الرقبة كما هو خيرة^٣ «التحرير» والتلخيص^٤ وجامع

(١) تقدّمت في ص ٥٠٦ برقم ٣ - ٩.

(٢) المبسوط: فيما لو أوصى بخدمة أمته ج ٤ ص ١٦.

(٣) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٩.

(٤) تلخيص المرام: في أحكام الوصية ص ١٥٩.

ولو ولدت من الموصى له فهو حرّ وعليه القيمة، وفي المستحقّ ما تقدّم. ﴿٥﴾

المقاصد^١ كما تقدّم. وقد تقدّم تفصيل «المبسوط والتذكرة» هناك فلا تغفل. ولا ريب أنّ إطلاقه القول بحرّية الولد مقيد بثبوت الشبهة وحرّية الواطن. قوله: «ولو ولدت من الموصى له فهو حرّ وعليه القيمة، وفي المستحقّ ما تقدّم» حكمه بحرّية الولد من دون تفصيل بين علمه بالحرمة وظنه الحلّ يوافق إطلاقه سابقاً وإطلاق «المبسوط والتحرير» كما سمعت آنفاً. وقد أورد^٢ على قوله: وعليه القيمة وفي المستحقّ ما تقدّم، بأنّ فيه تساهلاً، إذ الحكم بأنّها عليه يستلزم الجزم بأنّها لورثة الموصي وقوله: وفي المستحقّ ما تقدّم، يستلزم التردّد بأنّها له أو لورثة الموصي، والجمع بين الجزم والشكّ تناقض، فلو قال فهو حرّ وعليه القيمة للورثة أو لا شيء عليه زال التسامح. هذا هو المستفاد من «الإيضاح^٣ والحواشي^٤».

وبين المسامحة في «جامع المقاصد^٥» بأنّه ذكر تردّداً في مستحقّ الولد مع رقيّته وقيّمته مع حرّيته، وجزم هنا بوجوب القيمة على الموصى له إذا استولدها، ثمّ أشار في تعيين المستحقّ إلى ما سبق، والجزم والتردّد متنافيان، لأنّ وجوب القيمة عليه إنّما يتحقّق إذا كان المستحقّ غيره، إذ لا يعقل الوجوب عليه لنفسه انتهى. وهما متقاربان متلازمان.

(١) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٨٠.

(٢) أورده المحقّق الأعرجي في كنز الفوائد: في أحكام الوصايا ج ٢ ص ٢٣٤.

(٣) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥٢٤.

(٤) لم نعر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.

(٥) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٨٠.

وأجاب في «الإيضاح»^(١) بأن في العبارة المذكورة فوايد: الأولى: إن الولد لا يخلو إما أن يكون للموصي أو للموصى له، وعلى التقدير الثاني فانتقاله إليه من الموصى، وعلى كل تقدير فالأصل ملك الموصى والموصى له طار عليه فلا ترجح هنا أصالة البراءة، لأنها متفرعة على خلاف الأصل، فإذا تكافأت الأمارتان حكم عليه بالقيمة وإيقافها حتى يتبين المستحق للولد عنده بمرجح لإحدى الأمارتين، وحاصله على طوله أن القيمة تابعة للولد المتلقى من الموصي وفي مستحقه تردد، وقضية ذلك وجوبها على الواطئ حتى يتبين المستحق عند المجتهد فأرسل الأول بناء على الأصل، الثاني: أنه لو مات الواطئ لم يتمكن الورثة من التصرف في مقدار القيمة إلى أن يتبين المستحق، وحينئذ فلو كان مفلساً لم يقسم قدر القيمة بين الغرماء لذلك.

وفي «الحواشي»^(٢) وجامع المقاصد^(٣) أن فيما ذكره تكلفاً ظاهراً قلت: بل هو غير مستقيم، لأن التردد في المستحق يقضي بالتردد في وجوب القيمة على الموصى له كما هو واضح، وما ذكره من عدم تمكين الورثة والغرماء من قدر القيمة إلى الترجيح لا يستلزم الوجوب على الموصى له بل يكفي فيه التردد كما لا يخفى.

واحتمل في «الحواشي»^(٤) أن الضمير في «عليه» يعود إلى الولد وتكون «على» بمعنى الباء كما في قولهم ضربه على ظلمه أي بظلمه، فيصير معنى الكلام: والقيمة تجب بسبب الولد انتهى فتأمل.

(١) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥٢٤.

(٢) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.

(٣) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٨١.

(٤) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.

وهل له المسافرة بالعبد الموصى بخدمته؟ الأقرب ذلك، وليس للعبد التزويج إلا برضاها (٤)

قوله: «وهل له المسافرة بالعبد الموصى بخدمته الأقرب ذلك» كما في «التذكرة»^١ و«جامع المقاصد»^٢. وفي «الإيضاح»^٣ أنه أصح، وقربه في «التحرير»^٤ على إشكال ينشأ من أنه لو منع لانتقص انتفاعه وتبعض عليه، لأن من جملة منفعه الاستمتاع به والانتفاع منه في السفر، فلو منع منه لم يكن مستجعماً للجميع. ولا فرق في ذلك بين أن يكون منفعه موصى بها على التأييد أو التوقيت، ومن تعريضه للثلف وإبعاده عن ماله فلا يجوز السفر به كما لا يجوز لزواج الأمة السفر بها، وربما انتهت المدة الموقّعة في السفر في بعض الصور. ويضعف الأول بعدم ضرر احتمال الضرر، لأنه ينتقص بما لو صرح بالسفر والحضر فإنه يستحقه بصريح اللفظ فكذا بعمومه، والثاني بأن المنفعة هناك للسيد فلذلك يستقلّ بالسفر بها ومالك الرقبة هنا لا يستقلّ كزوجها هناك.

قوله: «وليس للعبد التزويج إلا برضاها» كما في «جامع المقاصد»^٥ والوجه في مالك الرقبة ظاهر، وأمّا الموصى له فلتفويت بعض المنافع عليه لاشتغاله بالزوجة والولد ولا سيما إذا كان مشغولاً بهما، فصحة النكاح قاضية غالباً بتفويت بعض المنافع.

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٧ س ٢٥.

(٢) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٨١.

(٣) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥٢٥.

(٤) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٨.

(٥) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٨١.

وإذا قتل الموصى بخدمته أبداً ووجب القصاص بطلت الوصية وكان المطالب بالقصاص الوارث ولو كان القتل موجبا للقيمة احتتم صرفها إلى الوارث لانتهاء الوصية بانتهاء العمر (١)

[فيما إذا قتل الموصى بخدمته]

قوله: «وإذا قتل الموصى بخدمته أبداً ووجب القصاص بطلت الوصية وكان المطالب بالقصاص الوارث» كما في «التذكرة»^١ وجامع المقاصد^٢ لانقطاع الوصية قطعاً وانتفائها بانتهاء العمر كما لو مات. وليس هناك ما يوجب البذل ليحتتم تعلق الوصية به، بل لو صالح المالك على مال لم يكن للموصى له فيه شيء، لأن الواجب في العمد كما هو المفروض أصالة إنما هو القصاص ولا حظ فيه لغير مالك الرقبة، فلا يكون بدله إلا له. ومنه يعلم أنه ليس للموصى له منعه من القصاص.

قوله: «ولو كان القتل موجبا للقيمة احتتم صرفها إلى الوارث لانتهاء الوصية بانتهاء العمر» قد اختلف العامة في المسألة على أربعة أقوال ذكر المصنف ثلاثة منها، واقتصر في «المبسوط»^٣ والتحرير^٤ والتلخيص^٥ على ذكر قولين، وهما الأول والثاني في عبارة الكتاب. وقد جعل المسألة في

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٧ س ٢٨.

(٢) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٨٢.

(٣) الروضة الطالبين: في الوصايا ج ٥ ص ١٧٥، والوجيز في فقه الشافعي: في الوصايا ص ٢٢٦.

(٤) المبسوط: فيما لو أوصى بخدمة عبده ج ٤ ص ١٥.

(٥) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٥٠.

(٦) تلخيص المرام: في أحكام الوصية ج ٣ ص ٣٥٠.

«الإيضاح»^(١) مبنية على أن المقتول لو لم يقتل لعاش قطعاً أم لا؟ ثم قال: إن الموصى له لا عوض له على الله سبحانه وتعالى على الأول لتناول الوصية وقت الحياة انتهى فتأمل على أنه ليس بناء واضحاً كما في «جامع المقاصد»^(٢) لأن استحقاق الموصى له إنما هو للمنافع الموجودة بالفعل دون المنافع التي لو لا العارض لكانت موجودة. وكيف كان فالقول الأول هو أن جميع القيمة تصرف إلى الوارث ولا حق للموصى له فيها، لأن حقه هو المنافع مدة حياة العبد فتنتهي الوصية بانتهاء عمره، فعند الموت لا يكون للموصى له حق لأن حقه إنما هو المنافع ولم يتلفها القاتل إنما تلف العين التي هي متعلقها والعين حق للوارث فيكون بدلها له.

وقال في «جامع المقاصد» بعد أنه أقرب الجميع لقائل أن يقول إن الوارث يستحق العين مسلوقة بالمنافع وحين القتل تكون منتفعة بها، فالزائد من القيمة لاحق للوارث فيه فيكون للموصى له. وقد يجاب بأن الموصى له إنما يستحق المنافع مدة حياة العبد، فلذلك استحق الوارث العين مسلوقة بالمنافع، أما عند الموت فقد انقطع حق الموصى له وانحصر الحق في الوارث، كالعين المستأجرة إذا أتلّفها متلف، فإن المستأجر لا حق له في البديل بل يرجع إلى مقابل الفائت من المنفعة من الأجرة، بخلاف ما لو استوفى المنفعة غاصب. ويمكن المناقشة فيه بأن حق الموصى له إنما ينقطع من العين إذا خرجت عن الانتفاع بها وذلك بعد الموت، وعند تقويمها هي منتفع بها فيكون حق الموصى له متعلقاً بها، كما لو اتفق الموصى له والوارث على بيع العين فإن مقابل كونها منتفعة بها حق للموصى له. ولو أوصى

(١) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥٢٥.
(٢) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٨٥.

وشرء عبد حكمه ذلك

بالمنافع مؤيدة لزيد وبالرقبة مسلوقة بالمنافع لعمره، فعرض القتل فإن القول باستحقاق عمره جميع القيمة المقابلة للعين المنتفع بها بعيد عن الصواب. وأيضاً فإن العين إنما قومت على القول بتقويمها عليه بالقيمة الدنيا فكيف يستحق القيمة العليا. وقد يجاب عن الأول بأن العين تخرج عن الانتفاع بها لصيرورتها مشرفة على الموت مقطوعاً بموتها، فينقطع حق الموصى له حينئذٍ ويغرم القاتل للوارث فتأمل. وعن الثاني بأن العين قد تقوم بقيمة دنيا لكونها في معرض تلف أو نقص منفعة ثم يزول ذلك فلا يرجع على من قومت عليه بالزائد كالعبد المريض والذي في طريق خطر هو مظنة التلف إذا احتيج إلى تقويمها في تلك الحالة فقومت بالقيمة الدنيا وانفصل الأمر ثم زال العارض بعد لحظة، وهنا كذلك، لأن الموصى به في وقت الموت كانت قيمته قليلة بسبب استحقاق الموصى له لمنافعه مدة حياته، ومدة الحياة غير معلومة فجاز أن تكون طويلة وأن يموت موتاً فلذلك قلت قيمته، فإذا اتفقت قلة حياته ومات قتلاً لم يتغير الحكم!

قوله: «وشرء عبد حكمه ذلك» هذا هو القول الثاني وقد قربه في «التذكرة»^(١) وهو خيرة أبي حنيفة، وهو أن تصرف القيمة إلى شرء عبد حكمه ذلك، وذلك لأن القيمة بدل الرقبة ومنافعها فتقوم مقامها، ولأن كل حق تعلق بالعين تعلق ببدلها إذا لم يبطل سبب استحقاق العين. وفرق بينها وبين الأمة المزوجة إذا قتلت فإنه لا حق للزوج في القيمة ولا للمستأجر في العين المستأجرة إذا تلفت، لأن سبب الاستحقاق يبطل بتلفها. ويجاب عن الأول بأن الوصية إنما هي بمنافع العين

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٧ س ٣٥.

وتقسيتها بينهما بأن تقوم المنفعة المؤبدّة والعين المسلوبة المنفعة
وتقسّط عليهما ٥

دون البذل، وكون القيمة بدلاً عن العين لا يقتضي تعلّق الوصيّة بها كما كانت متعلّقة
بالعين وعن الثاني بأنّ سبب الاستحقاق يبطل بتلفها، لأنّه بالموت تبطل حقّ
الموصى له كما بيّناه مراراً. فلا فارق بينها وبين الأمة المزوّجة.

قوله: «وتقسيتها بينهما بأن تقوم المنفعة المؤبدّة والعين
المسلوبة المنفعة وتقسّط عليهما» ويبيانه أن تقوم الرقبة بمنافعها وتقوم بلا
منفعة، لأنّه لا بدّ أن يكون لها حينئذ قيمة لما في عتقها من الثواب وطلب الولاء
وجزّه، فقدر التفاوت هو قيمة المنفعة، ممّا هو حصّة الرقبة فهو للوارث وما هو
حصّة المنفعة فهو للموصى له. ومأخذ هذا الوجه والوجه الأول واحد، وإنّما
يفترقان في أنّ القيمة تصرف إلى عبد آخر هناك وتقسّم بحالها هنا. ووجهه أنّه
بالجناية تلف حقّ كلّ منهما والواجب وهو قيمة العين منتفعاً بها في مقابل حقّ كلّ
منهما، ويردّ عليه أنّه بالموت انقطع حقّ الموصى له، لأنّ الوصيّة إنّما تعلّقت
بخصوص المنافع وذلك في حال الحياة خاصّة، وأنّ التالف بالموت هو العين دون
المنافع، إذ ليست موجودة غاية ما في الباب أن كونها منتفعاً بها ملحوظ، وحقّ
الموصى له إنّما هو استيفاء نفس المنفعة، ولهذا لم يثبت للمستأجر مطالبة الجاني
بعوض المنفعة المملوكة بالإجارة، ولم يثبت لمالك العين أكثر من قيمتها ولا يثبت
له عوض المنفعة.

وذكر في «التذكرة»^(١) رابعاً وهو أنّها للموصى له خاصّة، لأنّها بدون المنافع

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٧ س ٣٤.

ولو قطع طرفه احتمل في أرشه التقسيط واختصاص الوارث.

لا قيمة لها. وفي «جامع المقاصد»^١ أنه أبدها.

قوله: «ولو قطع طرفه احتمل في أرشه التقسيط واختصاص الوارث» في «الإيضاح»^٢ أن الأول هو الصحيح، وهو أن ينظر ما للموصى له من قيمته لو قتل ويأخذ من أرشه بقدره. وفي «جامع المقاصد»^٣ أن الثاني أقرب. وبه قطع بعض الشافعية واتفقوا جميعاً في ترجيحه أي ظناً وقطعاً، لأن العبد يبقى منتفعاً به ومقادير المنفعة لا تنضب، لأنها تختلف بالمرض والكبر وغيرهما، فكان حق الموصى له باقياً بحاله، حكى ذلك في «التذكرة»^٤ وقال فيها: إن الأقرب أن يشتري به عبداً تكون رقبته للوارث ومنفعته للموصى له.

والوجه في كل من الوجوه الثلاثة يعلم مما تقدم.

ويجيء هنا الاحتمال الرابع إذا كان المقتول موصى بخدمته على الأبد لا فيما إذا كان إلى أمد كسنة ونحوها، لبقاء العين حينئذ بعد الوصية متقومة. ولا بد من أن يلحظ في احتمال التقسيط فيما إذا كان مؤقتاً تقويمه منتفعاً به وتقويمه موصى بمنفعته إلى ذلك الأمد وصرف التفاوت إلى الموصى له والباقي إلى الوارث. فالتقييد بالأبد كما في الكتاب أولى من عدمه كما في «التذكرة».

ولو قتل قبل زمان الخدمة جاءت الأوجه الثلاثة أيضاً. ولو كان القاتل الوارث أو الموصى له فلا شيء على من تصرف إليه القيمة في صورة ما إذا قتله أجنبي.

(١) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٨٤.

(٢) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥٢٥.

(٣) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٨٥.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٧ س ٣٥.

ولو لم تنقص به المنفعة كالأنملة فللوارث. ولو جنى العبد قَدَمَ
حق المجني عليه على الموصى له فإن بيع بطل حقه وإن فداه
الوارث استمرَّ حقه. وكذا إن فداه الموصى له. (ح)

قوله: «ولو لم تنقص به المنفعة كالأنملة فللوارث» وجهه واضح،
عكس مثاله لأن الأنملة مما تنقص بها المنفعة قطعاً وربما نفرت المترفين كذا من
استخدامه خصوصاً في المحافل، فلو مثل بالجرح اليسير ونحوه لكان أولى،
والأمر سهل.

[فيما لو جنى العبد الموصى بخدمته]

قوله: «ولو جنى العبد قَدَمَ حق المجني عليه على الموصى له،
فإن بيع بطل حقه، وإن فداه الوارث استمرَّ حقه، وكذا إن فداه
الموصى له» لو جنى هذا العبد الموصى بخدمته بما يوجب القصاص واقتصر منه
فقد ضاع حق المالك والموصى له جميعاً، وإن أوجب المال تعلق برقبته مقدماً
على حق الموصى له، لأن حق المجني عليه مقدّم على المالك، فإن فداه بأجمعه
أحدهما فلا بحث، وإن امتنعا من فدائه بيع في الجناية وبطل حقهما، فإن كان بعضه
يفي بالأرث بيع البعض وكان البعض مع منفعته للمشتري ويبقى البعض الآخر من
رقبته للوارث ومنفعته للموصى له، ولو لم يمكن إلا بيع الجميع وزاد الثمن على
الأرث احتمل فيه الخلاف السابق، ولو افتدياً معاً استمرَّ الحقان، وكذا لو فداه
مالك الرقبة إلا أن يفتدي حصّته وهي الرقبة فقط، ويلزم من هذا أن يباع نصيب
الآخر. وفيه: أن بيع المنفعة وحدها لا يعقل وإن فدي الموصى له حصّته فقط بيعت
الرقبة منفردة على قول كما سيأتي.

وهل يجبر المجني عليه على القبول إشكال ينشأ من تعلق حق الموصي له بالعين ومن كونه أجنبياً عن الرقبة التي هي متعلق الجناية، وكذا المرتهن^(١)

قوله: «وهل يجبر المجني عليه على القبول إشكال ينشأ من تعلق حق الموصي له بالعين ومن كونه أجنبياً عن الرقبة التي هي متعلق الجناية» إذا كان المفتدى له الوارث فلا كلام في وجوب القبول على المجني عليه، لأن الخيار في جناية الخطأ إلى المولى، وأما إن فداء الموصي له فهل يجب على المجني عليه القبول ويجبره الحاكم عليه إن امتنع منه إشكال ينشأ من تعلق حق الموصي له بالعبد ولا يتم إلا بالفداء فيجب ويجبر كما هو الأصح كما في «الإيضاح^(٢)» وفيه: أنه لا يلزم من ثبوت تعلق حق الموصي له بالعين وجوب قبول الفداء على المجني عليه، وثبوت ذلك بالنسبة إلى الموصي بالنص فيقتصر على مورده، ومن كون الموصي له أجنبياً عن الرقبة التي هي محل الجناية، إذ لا ملك له فيها فلا يجب عليه ذلك ولا يجبر عليه، وهو الأقوى كما في «جامع المقاصد^(٣)» ولا ترجيح في «التذكرة^(٤)» كالكتاب. ولا بد أن يحمل كلامه فيه على كون الجناية خطأ ليطابق أوله آخره، لأن آخره: لا بد وأن يحمل على الخطأ، ويكون ترك ذكر العمد لوضوح الحال فيه.

قوله: «وكذا المرتهن» أي إذا جنى العبد المرهون خطأ فأراد المرتهن فداء وتصح الوصية بالمنفعة مؤبدة ومقيّدة ومطلقة فالأقرب تخيير

(١) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥٢٥.

(٢) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٨٧.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٧ س ٤٠.

ففي إجبار المجني عليه عليه الإشكال السابق. وقوى في «الإيضاح»^١ أن له ذلك وإن لم يكن مالكا للرقبة ولا للمنفعة جمعاً بين الحقيين. وكذلك العبد المستأجر إذا جنى فأراد المستأجر فداه.

[في الوصية بالخدمة مؤبدة وموقّة ومطلقة]

قوله: «وتصح الوصية بالخدمة مؤبدة وموقّة ومطلقة» لا شك في صحة الوصية بالمنفعة على كل واحدة من الحالات الثلاث مؤبدة وموقّة وكذا مطلقة كما في «جامع المقاصد»^٢ إذ لا مانع من الصحة. وهو ممّا لا خلاف فيه لأحد غير ابن أبي ليلى كما تقدّم، وإنما اختلفوا فيما ينزل الإطلاق عليه كما ستسمع.

قوله: «فالأقرب تخيير الوارث» لما حكم بصحتها مطلقة قال: فالأقرب تخيير الوارث أي في المطلقة مفرّعاً بالفاء ليشعر باتّصاله بالمطلقة فكانت أحسن من الواو. والظاهر أن مراده أنّه يتخيّر في تعيين القدر والزمان ممّا يصدق عليه الإطلاق ولو لحظة واحدة لصلاحيّة اللفظ لكل فرد وعدم معيّن آخر مع عدم الدليل على الزائد، فيكون الإطلاق محمولاً عنده على أقلّ ما تصدق عليه المنفعة ولو لحظة واحدة كما عرفت. وبه صرح في «التذكرة»^٣ و«جامع المقاصد»^٤.

(١) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥٢٥.

(٢) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٨٧.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٥ س ٩.

(٤) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٨٧.

ولو قيدها بالعام المقبل فمرض بطلت

وقال الشافعي^١؛ إنه يحمل على التأييد، وهو ليس ببعيد، لأنه المتبادر المفهوم من اللفظ وكأنه هو الظاهر من «الإيضاح»^٢ لأنه ذكر في بيان غير الأقرب أنه - أي الإطلاق - ينزل على ما يملكه من المنافع وأنها لو تعددت وتباينت فبالقرعة لأنه المتيقن، فيكون فهم من التخيير في العبارة التخيير في نوع المنفعة، فيكون المراد أن العبد لو كان ذا منافع وقال أوصيت لزيد بمنفعة هذا العبد كان الإطلاق متناولاً لكل واحدة منها على البدل ويتخير الوارث في تعيين النوع فينحصر بالكتابة مثلاً، ويكون المراد أن ذلك على التأييد، لأنه المتبادر فتدبر، لأن كلام الكتاب مسوق للوصية بجميع المنافع مؤبدة ومطلقة كما يظهر ذلك بملاحظة قوله فيما تقدم؛ وإذا أوصى له بمنافعه ملك جميع اكتساب العبد *مرکز تحقیق کتب وعلوم اسلامی*

قوله: «ولو قيدها بالعام المقبل فمرض بطلت» أي مرض العبد في جميعه فإنها تبطل كما هو واضح. وقد تبه عليه في «التذكرة»^٣ وصرح به في «جامع المقاصد»^٤ ويجوز أن يجعل ثمرة بستانه هذا العام فإن لم يشمر فلا شيء له، فإن قال: فإن لم يشمر فالعام المقبل صحّت. وكذا خدمة العبد العام فإن مرض فخدمته العام الآتي. ويصح أن يوصي له بخدمة عبده مدة حياة العبد ومدة حياة المالك ومدة حياة المخدم.

(١) نقل عنه العلامة في التذكرة: ج ٢ ص ٥٠٥ س ٨.

(٢) إيضاح الفوائد؛ في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥٢٦.

(٣) تذكرة الفقهاء؛ في الوصية المنافع ج ٢ ص ٥٠٥ س ٧.

(٤) جامع المقاصد؛ في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٨٨.

ولو قيدها بوقت مطلق كسنة من السنين تخير الوارث وتعتبر جميع قيمته في الحالين فيخرج التفاوت من الثلث، لأنه لا يتعين له سنة حتى تعتبر منفعتها. (١)

قوله: «ولو قيدها بوقت مطلق كسنة من السنين تخير الوارث» كما في «التذكرة»^١ وجامع المقاصد^٢ والمراد أن الوارث يتخير في تعيين ذلك المقيّد. وقوله من السنين يقضي بأنه لم يرد الفور والابتداء بأول السنين وأنه أراد أن للوارث الخيرة في التعيين فلا يرد عليه أن الوصية واجبة على الفور فلا يجوز تأخيرها عن أول وقت الإمكان.

قوله: «وتعتبر جميع قيمته في الحالين فيخرج التفاوت من الثلث، لأنه لا يتعين له سنة حتى تعتبر منفعتها» أي يعتبر في كيفية إخراج هذه الوصية الموقّعة التي تخير فيها الوارث من الثلث جميع قيمة العبد في حالة الوصية وعدمها، فتقوم العين منتفعاً بها ما عدا المدة الموصى بها وهو المراد بحالة الوصية وتقوم منتفعاً بها دائماً وهو حالة عدمها، فتخرج التفاوت بين القيمتين كما يأتي^٣ بيان ذلك كله في كلام المصنّف. وكأنّه أراد التنبيه على أنّه لا تجري في الموقّعة الوجوه الثلاثة الجارية في المؤبّدة كما سيأتي وإنما يجري فيها هذا الوجه لا غير. وقد كان في غنية عن ذلك بما يأتي له فيما بعد كما أنّه لا يصح أن يكون المعلّل بهذا التعليل - أعني قوله: لأنه لا يتعين له سنة إلى آخره - قوله: ويعتبر جميع قيمته في الحالين، فيتعين أن يكون تعليلاً لقوله: تخير

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية للنافع ج ٥٠٥ ص ٧.

(٢) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٨٨.

(٣) يأتي في ص ٥١٥.

ولا يملك الوارث بيعه إن كانت مؤبدة أو مجهولة.

الوارث، وما بينهما معترض، فيصير المعنى أنه ليس هناك سنة معينة موصى بها لتعين منفعتها للموصى له وإنما نسبتها إلى سائر السنين على حدّ سواء، فتكون من قبيل الوصية بالمتواطئ.

قوله: «ولا يملك الوارث بيعه إن كانت مؤبدة أو مجهولة» في «المبسوط»^١ أن جواز البيع أقوى. وبه جزم في «التذكرة»^٢ والتحرير^٣ والتلخيص^٤ وفي «الكفاية»^٥ لعلّه أقرب. وفي «جامع المقاصد»^٦ أنه قوى متين. ووجه المنع أنه لا منفعة فيه، لأن حق الغير قد استغرقها فكان كالحشار. ووجه الجواز أن الملك فيه كامل. قولك: أنه لا منفعة فيه، ممنوع، لأنه يستقرّب إلى الله تعالى بإعتاقه، وهو من أعظم المنافع، ويتوقع جبر ولأولاد إليه ويتوقع استحقاق الأرض بالجنابة عليه أو الحصة منه على اختلاف الوجهين. وقد يقضي ذلك بالفرق بين الرقيق والبهيمة ونحوها كالجمادات فيجوز في الأوّل دون الثاني لامتناع العتق فيه. وهو أحد وجوه الشافعية^٧. وكيف كان فجواز البيع أشبه بأصول المذهب ولا تخرج المنافع بالبيع عن استحقاق الموصى له بل يكون حقه باقياً ثابتاً.

(١) المبسوط: في الوصية بمنافع العبد ج ٤ ص ١٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٥ س ٦.

(٣) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٩.

(٤) تلخيص المرام: في أحكام الوصية ص ١٥٦.

(٥) كفاية الأحكام: في الوصية بخدمة العبد ج ٢ ص ٥٧.

(٦) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٨٩.

(٧) مغني المحتاج: في الوصايا ج ٣ ص ٦٦.

ولو كانت مؤقتة جاز بيعه. ^(١) وهل يجوز في المؤبدة بيعه من الموصى له فيه نظر ^(٢) ويملك عتقه مطلقاً ^(٣)

وأما عدم ملكه بيعه إذا كانت مجهولة فلجهالة وقت الانتفاع المقتضي لتجهل المبيع كما هو الظاهر.

قوله: «ولو كانت مؤقتة جاز بيعه» إجماعاً كما في «التذكرة» ^(٤) وقد يلوح منها أنه من الخاصة والعامة كما يصح بيع المستأجر، لأن المنفعة فيهما معينة بمدة مضبوطة فلا جهالة.

قوله: «وهل يجوز في المؤبدة بيعه من الموصى له فيه نظر» هذا أحد وجوه الشافعية ^(٥) وهو أنه يصح بيعه له، لأنه يجتمع له الرقبة والمنفعة وينتفع بذلك بخلاف غيره. وحينئذ فوجه الصحة أن المنفعة بالنسبة إليه ثابتة، لأنه يستند بذلك جواز بيعه وعتقه ويرتفع عنه توقع ضمان الرقبة لو تعدى فيها أو فرط وغير ذلك. ووجه المنع أن العين مسلوقة المنافع لا قيمة لها وما لا قيمة له لا يصح بيعه. وفي «جامع المقاصد» ^(٦) أنه لا ريب في شدة ضعفه.

قوله: «ويملك عتقه مطلقاً» أي يملك الوارث عتقه سواء كانت المنفعة مؤقتة أو مؤقتة مجهولة أو معلومة. وبه جزم في «المبسوط» ^(٧) والتذكرة ^(٨) والتحرير ^(٩)

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٦ س ٣٩.

(٢) نقل عنهم العلامة في التذكرة: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٦ س ٤٠.

(٣) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٩٠.

(٤) المبسوط: في جواز عتق الموصى بمنافعه ج ٤ ص ١٥.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٦ س ٣٠.

(٦) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٩.

ولا يخرج استحقاق الموصى له. ①

والتلخيص^١ وجامع المقاصد^٢ وكذا «الإرشاد^٣ والروض^٤» بل لا خلاف فيه إلا ما حكاه بعض^٥ العامة عن بعض، وهو حكاية مجهول عن مجهول، لأن رقبته خالصة له فلا مانع منه، والعمومات تتناول صحته.

قوله: «ولا يخرج استحقاق الموصى له» وبه صرح في «المبسوط^٦ والتذكرة^٧ والتحرير^٨ والتلخيص^٩» ومعناه أن الوصية باقية بحالها كما كانت من قبل، لأن حق الوارث هو الرقبة لا غير فلا يملك إسقاط حق الموصى له من المنافع. وقالوا: ليس للعتيق الرجوع على الوارث هنا بشيء، وهذه الكلمة للعامة^{١٠}. وقالوا: بخلاف ما لو أجر عبده مدة ثم أعتقه فإن العبد يرجع على معتقه ببذل المنفعة، لأن المعتق أخذ عوض المنفعة من المستأجر فأتلف عليه منفعته بعد العتق بفعل قبله فضمنها، وليس كذلك هنا فإنه لم تحصل المنفعة للورثة، لأنهم ملكوها مسلوقة بالمنفعة ولم تملك من جهتهم. وهو فرق جيد غير أنا مجمعون على

(١) تلخيص المرام: في أحكام الوصية ص ١٥٦.

(٢) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٩٠.

(٣) إرشاد الأذهان: في الموصى به ج ١ ص ٤٦٢.

(٤) لا يوجد لدينا الروض لكن يستفاد من ظاهر حاشيته على الإرشاد ضمن غاية المراد: ج ٢ ص ٤٩٥.

(٥) روضة الطالبين: في الوصايا ج ٥ ص ١٧٣.

(٦) المبسوط: في جواز عتق الموصى بمنفعة ج ٤ ص ١٥.

(٧) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٦ س ٣٢.

(٨) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٩.

(٩) تلخيص المرام: في أحكام الوصية ص ١٥٦.

(١٠) روضة الطالبين: ج ٣ ص ٤٧٧، والمغني لابن قدامة: ج ٦ ص ٥١٨.

وفي الإجزاء عن الكفارة إشكال.

أنَّ العبد لا يرجع بالعوض في الإجارة كما هو ظاهر «التذكرة^١» وعن بعض الشافعية^٢ أنَّ الوصية بالمنفعة تبطل بالإعتاق، إذ يبعد أن يكون الحرَّ مستحقَّ المنفعة أبد الدهر، وليس بشيء.

قوله: «وفي الإجزاء عن الكفارة إشكال» وكذا لا ترجيح في «التذكرة^٣ والإيضاح^٤» وفي «جامع المقاصد^٥» عدم الإجزاء أقرب إلى يقين البراءة وهو أصحَّ وجهي الشافعية^٦. قلت: لأنَّه عاجز عن الكسب لنفسه فأشبهه المقعد الزمن، ولأنَّ فائدة العتق تسلَّط العتق على منفعته وقطع سلطان الغير عنه في وقت ما ولم يحصل ذلك هنا فيكون كالرقِّ بعد العتق، ولأنَّ صحَّة عتق هذا مع الإجماع الذي حكاه جماعة^٧ على منع عتق العبد وشرط الخدمة دائماً عن الكفارة ممَّا لا يجتمعان، لأنَّ الواجب إمَّا إعتاق عين العبد من غير اعتبار غيرها أو إعتاق عبد كامل بمنفعته، فإن كان الأوَّل انتفى الثاني، وإن كان الثاني انتفى الأوَّل والثاني ثابت إجماعاً فينتفي الأوَّل. والوجه في ذلك أنَّ المعهود من الرقِّ والمتبادر منه عند الإطلاق هو العتق الذي يقتضي فكَّ الرقبة والمنافع، ولذلك انعقد

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٦ س ٣٤.

(٢) روضة الطالبين: في الوصايا ج ٥ ص ١٧٣.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٦ س ٣٤.

(٤) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥٢٦.

(٥) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٩١.

(٦) روضة الطالبين: في الوصايا ج ٥ ص ١٧٣.

(٧) كما في إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥٢٦، ونهاية المرام: في الوصايا ج ٢ ص

وفي صحّة كتابته إشكال ينشأ من امتناع الاكتساب عليه لنفسه
ومن إمكان أخذ المال من الصدقات وليس له الوصيّة بمنفعته
ولا إجارته وله أن يوصي برقبته (١)

الإجماع على ما سمعت. ووجه الإجزاء أنّه ملك له فأشبهه المريض العاجز،
والواجب في الكفارة إنّما هو إعتاق الرقبة، وهو حاصل هنا.

قوله: «وفي حصّة كتابته إشكال ينشأ من امتناع الاكتساب عليه
لنفسه ومن إمكان أخذ المال من الصدقات» وكذا لا ترجيح في
«التذكرة»^١ وفي «الإيضاح»^٢ وجامع المقاصد^٣ أنّ الأصحّ الصحّة، إذ الوجه الأوّل
لا ينهض مخصّصاً لعموم الكتاب والسنة وكأنّه لا إشكال في جواز تدبيره.

قوله: «وليس له الوصيّة بمنفعته ولا إجارته وله أن يوصي
برقبته» الظاهر أنّ الضمير راجع إلى الوارث، لأنّ جميع ما تقدّم من قوله:
ولا يملك الوارث بيعه إلى هنا متعلّق بالوارث. ثمّ إنّ تجاوز الوصيّة بمنفعته
للموصى له وله إجارته وليس له أن يوصي له برقبته، لأنّه لا حقّ له فيها وهذه
الثلاثة تشهد على أنّ المراد الوارث، لأنّ كلّاً منهما على عكس الآخر لكنّه يكون
من بيان الواضحات خصوصاً في الأولين، لأنّه لا حقّ له في المنفعة قطعاً فلا يملك
نقلها في حال من الأحوال بخلاف الرقبة، لأنّ الأكثر على أنّه ليس له بيعها فتصحّ
الوصيّة بها.

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٦ س ٣٦.

(٢) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٢٢٦.

(٣) جامع المقاصد: في أحكام الوصية ج ١٠ ص ١٩١.

وهذه المنافع تحسب من الثلث إجماعاً، لأنها تنقص قيمة العين وإن كنا لا نقضي الديون من المنافع المتجددة بعد الموت ولا تقع موروثه بل يملكها الوارث. (١)

هذا وقد يقال: إنه ليس للموصي له أن يؤجر العين لأنه ملكها بغير عوض فليس له أن يؤجرها كالعين المستعارة. وفيه: إنه قياس مع الفارق، لأن المنافع ليست مملوكة للمستعير إجماعاً.

قوله: «وهذه المنافع تحسب من الثلث إجماعاً، لأنها تنقص قيمة العين وإن كنا لا نقضي الديون من المنافع المتجددة بعد الموت ولا تقع موروثه بل يملكها الوارث» هذا الإجماع محكي أيضاً في «التذكرة»^٢ والإيضاح^٣ وجامع المقاصد^٤ وغيرها. وقضية عدم قضاء الديون من المنافع المتجددة وعدم حسابها من التركة أن لا تكون محسوبة من الثلث، لأنه لا يحسب منه إلا ما كان من جملة التركة، وأما نماؤها فهو للوارث. وتحريره أن المحسوب من الثلث ليس هو نفس المنافع المتجددة وإنما هو التفاوت بين القيمتين للعين منتفعاً بها ومسلوبة المنافع أو مجموع قيمة العين منتفعاً بها على ما سيأتي، وكلاهما مملوك للموصي معدود من التركة قطعاً. ولكن يبقى الكلام في مختار الشيخ كما ستعرف.

(١) كما في تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٨ س ٤ (نقلًا عن العامة).

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٥ س ١٨.

(٣) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥٢٧.

(٤) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ١٩٢.

(٥) الحدائق الناضرة: في الوصية بالمنافع ج ٢٢ ص ٤٨٥.

فإن كانت مؤبّدة احتتمل خروج قيمة العين بمنافعها من الثلث بسقوط قيمتها إذا كانت مسلوّبة المنفعة والحيلولة مؤبّدة فكأنّها الفاتئة، إذ عبد لا منفعة له وشجرة لا ثمرة لها لا قيمة لها غالباً، وتقويم الرقبة على الورثة والمنفعة على الموصى له فيقوم العبد بمنفعة فإذا قيل مائة قوّم مسلوب المنفعة فإذا قيل عشرة علم أنّ قيمة المنفعة تسعون. (٥)

قوله: «فإن كانت مؤبّدة احتتمل خروج قيمة العين بمنافعها من الثلث بسقوط قيمتها إذا كانت مسلوّبة المنفعة، والحيلولة مؤبّدة فكأنّها الفاتئة، إذ عبد لا منفعة له وشجرة لا ثمرة لها لا قيمة لها غالباً، وتقويم الرقبة على الورثة والمنفعة على الموصى له، فيقوم العبد بمنفعة فإذا قيل مائة قوّم مسلوب المنفعة فإذا قيل عشرة علم أنّ قيمة المنفعة تسعون» وقد اقتصر أيضاً على ذكر هذين الوجهين في «الإرشاد»^١ والإيضاح^٢ من دون ترجيح فيهما. وزيد ثالث في «المبسوط»^٣ والتذكرة^٤ وغاية المراد^٥ والروض^٦ والكفاية^٧ وهو أن تقوم المنفعة على

(١) إرشاد الأذهان: في الوصية المبهمة ج ١ ص ٤٦١ - ٤٦٢.

(٢) إيضاح الفوائد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥٢٧.

(٣) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٤.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٥ س ٢٨.

(٥) غاية المراد: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤٩٤ - ٤٩٥.

(٦) لا يوجد كتابه لدينا.

(٧) كفاية الأحكام: في الوصية ولواحقها ج ٢ ص ٥٧.

الموصى له ولا تقوم العين على الورثة كما يأتي^١ بيانه إن شاء الله. وقد قوّاه في «المبسوط»^٢ وفي «غاية المراد» أنه لعله أقرب^٣. وفي «جامع المقاصد» أن الثاني أعدل وأصح^٤. وقد جزم به في «التلخيص»^٥ واللمعتين^٦ والدروس^٧ وفي «الكفاية»^٨ أنه أوجه. وفي «الروض»^٩ عن شيخه أن عليه العمل ولا ترجيح في «التذكرة»^{١٠} والمختلف^{١١} والمفاتيح^{١٢} لشيء منها.

وكيف كان ففرضهم بيان طريق تقويم المنافع المؤبدة فلاحتمال الأول خيرة «جامع الشرائع»^{١٣} وهو أحد قولي الشافعي^{١٤}. وهو تقويم العين ومنافعها معاً وإخراج مجموع قيمتها من الثلث، كما هو الشأن فيما إذا باعه بضمن مؤجل فإن قيمته تعتبر من الثلث. ووجهه ما أشار إليه المصنف من أنه حال دائماً بين العين والوارث والحيلولة كالإتلاف، ولهذا ضمن القاصب بسببها، وأن فوائد الرقبة

مركز تحقيق التراث

(١) سيأتي في ص ٢٤٤ من النسخة الرحلية.

(٢) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٤.

(٣) غاية المراد في الوصية أحكام المعنوية ج ١٠ ص ١٩٣.

(٤) جامع المقاصد: الوصية في أحكام المعنوية ج ١٠ ص ١٩٣.

(٥) تلخيص العرام: في الوصية ص ١٥٦.

(٦) اللمعة الدمشقية: في متعلق الوصية ص ١٧٨، والروضة البهية: في متعلق الوصية ج ٥ ص ٤٠ - ٤١.

(٧) الدروس الشرعية: في الموصى به ج ٢ ص ٣٠١.

(٨) كفاية الأحكام: في أحكام الوصية ولواحقها ج ٢ ص ٥٧.

(٩) لا يوجد كتابه لدينا.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٥ س ٢١ - ٣٢.

(١١) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٥٢ - ٣٥٤.

(١٢) مفاتيح الشرائع: في صحة الوصية بالمنافع ج ٣ ص ٢٢٧.

(١٣) الجامع للشرائع: في الوصية ص ٥٠٠.

(١٤) كما في مغني المحتاج: في الوصايا ج ٣ ص ٦٦.

ومنافعها قد خرجت عن الوارث فكأنه فوت الرقبة بالكلية، وأنها لما كانت مسلوقة المنافع بالكلية بالوصية فقد خرجت عن التقويم أصلاً ففات على الورثة جميع القيمة، فكأن العين هي الفاتية، إذ العبد الذي لا منفعة فيه لا قيمة له غالباً. وكذلك الشجرة التي لا ثمرة لها. فوجب أن تقوم الرقبة بمنفعتيها جميعاً وتخرج من الثلث. وقد رجّحه جماعة من الشافعية بأن المنفعة أبداً هي التي أوصى بها والمنفعة أبداً لا يمكن تقويمها، لأنّ المراد بها منفعة مدّة العمر ومدّة العمر غير معلومة، وما لا يعلم ولا يضبط لا يمكن تقويمه، وإذا تعذر تقويم المنافع تعيّن تقويم الرقبة^١ انتهى. وهذا يقضي بامتناع الوجهين الآخرين. ومن لحظ كلام «الإيضاح» ظهر له أو لا حينئذ أنه غير ملتزم الأطراف فليلاحظ وليتأمل.

وأورد عليه بأنّ ذلك كلّ لا يخرج العين عن التقويم أصلاً والغاصب مؤاخذ باليد العادية ولذلك أُغرم للحيلولة والحيلولة هنا حق ليست بعدوان، فكانت كالحيلولة في العين المستأجرة.

الثاني اعتبار تفاوت قيمتها بمنافعها وقيمتها مسلوقة المنافع. ووجهه أنّ الرقبة باقية للورثة يقدر على إعتاقها وبيعها من الموصى له أو مطلقاً وهبتها والوصية بها. وكذلك الحال في البستان فإنّ الوارث يستحقّ حطبه وخشبه بانكسار غصن أو جذع فلا وجه لاحتسابها على الموصى له. فحينئذ يقوم العبد بمنفعته فإذا قيل قيمته مائة قوم مسلوب المنفعة فإذا قيل عشرة علم أنّ قيمة المنفعة تسعون. فحينئذ يعتبر أن يبقى مع الورثة بقدر التسعين مرتين ومن جملة الباقي للورثة الرقبة بعشرة. نعم لو لم يكن للموصى به نفع أصلاً قومت العين أجمع على الموصى له كما

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٥ س ٢٤.

في «الدروس^١ وجامع المقاصد^٢».

والوجه فيما قاله الشيخ أن قيمة الرقبة لا تحتسب على الوارث ولا الموصى له. أما الأول فللحيلولة بينه وبينها وسلب قيمتها لسلب منافعها وكأنها تالفة. وأما الثاني فلأنها ليست له؛ ووجهه في «غاية المراد» بأنه إذا كان العبد بغير منفعة لاقيمة له. فالقيمة إنما هي للمنفعة، فلا حاجة إلى تقويم العين على الموصى له وعلى الورثة^٣.

وقال في «السرائر^٤» إذا أوصى بغلة ضيعة له أو بستان أو ثمرة نخلة لإنسان على التأييد فإن ارتفاع الضيعة - أعني الثمرة والغلة - إن كان موجوداً في وقت موته ولم يخلف غير الضيعة المعينة فإن الضيعة تقوم ويعطى الموصى له بالغلة والثمرة بقدر ثلث جميع ما قوم، فإن كانت الثمرة بقدر الثلث فقد استوفى ما أوصى له به، فإن نقصت عن الثلث استوفى في المستقبل من الثمرة تمام الثلث ويعود ملك الأصول إلى الورثة بعد استيفاء ثلث ما كان في ملك الميت الذي ذكرنا أنه يقوم بعد الموت. وأما خدمة العبد فإن العبد أيضاً يقوم وقت الموت ويستخدمه الموصى له بخدمة مدة تكون إيجارها مقدار الثلث، فإذا استوفى الثلث عادت رقبة العبد إلى الورثة. هذا إذا لم يخلف الميت ثلثين كل ثلث بقدر قيمة الغلة أو الثمرة أو قيمة العبد. فإن كانت الثمرة أو الغلة معدومة فإن الجميع يقوم ويأخذ في المستقبل الموصى له بقدر الثلث مما يخرج من البستان أو النخلة إلى أن يستوفي قدر الثلث ويرجعان إلى الورثة بعد ذلك. ثم قال: إنه غامض رقيق. وقد فرض المسألة في

(١) الدروس الشرعية: في الموصى به ج ٢ ص ٣٠١.

(٢) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ١٩٣.

(٣) غاية المراد: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤٩٥.

(٤) السرائر: فيما يصح من الوصية وما لا يصح ج ٣ ص ٢٠٠.

ولو كانت موقّنة قوّمت مع المنفعة تلك المدّة وبدونها فينظر كم قيمتها.

العنوان في التأييد وكلامه في بيان ذلك نصّ في التوقيت فليلاحظ جيّداً وليتأمل فيه.

قوله: «ولو كانت موقّنة قوّمت مع المنفعة تلك المدّة وبدونها فينظر كم قيمتها» كما في «جامع الشرائع»^١ والتذكرة^٢ والتحرير^٣ والتلخيص^٤ والإرشاد^٥ والمختلف^٦ والدروس^٧ وجامع المقاصد^٨ والروض^٩ والروضة^{١٠} والكفاية^{١١} وهو المراد من كلام «المبسوط»^{١٢} جزمًا. ولعلّه ينزل عليه كلام «السرائر»^{١٣} ولهذا قال في «جامع المقاصد»^{١٤} «إنه مذهب الأصحاب مؤذناً بدعوى الإجماع عليه بل لا خلاف إلا ما حكى عن أبي علي، قال: فإن لم يكن

(١) الجامع للشرائع: في الوصية ص ٥٠٠.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٥ س ٣١.

(٣) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٧ - ٣٤٨.

(٤) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٦.

(٥) إرشاد الأذهان: في الوصية المبهمة ج ١ ص ٤٦١ - ٤٦٢.

(٦) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٥٥.

(٧) الدروس الشرعية: في الموصى به ج ٢ ص ٣٠١.

(٨) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ١٩٤.

(٩) لا يوجد كتابه لدينا.

(١٠) الروضة البهية: في متعلّق الوصية ج ٥ ص ٤٠ - ٤١.

(١١) كفاية الأحكام: في أحكام الوصية ولواحقها ج ٢ ص ٥٧.

(١٢) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٤.

(١٣) تقدّم في ص ٥١٦ رقم ٨.

(١٤) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ١٩٤.

للميت غير ذلك العبد وكانت الوصية بخدمته سنة خدم الورثة يومين والموصى له يوماً حتى يستكمل الموصى له سنة^١. قال الشيخ^٢: تقوم المنفعة وتقوم الرقبة على الورثة وتقوم المنفعة في المدة وتحسب من الثلث، لأن المنفعة يمكن تقويمها والعين مسلوقة المنفعة، لأن بعد انقضاء المدة تعود المنفعة انتهى ومرادهم جميعاً أن تقوم العين منتفعاً بها دائماً ومنتفعاً بها ما عدا المدة الموصى بها فيخرج التفاوت بين القيمتين. فإذا قيل قيمة العبد مثلاً بجميع منافعه مائة وخمسون وقد كان أوصى بمنفعته سنة، وقيل إن قيمته مسلوب المنافع خمسون فالتفاوت خمسون تخرج من الثلث بمعنى أنه يعتبر أن يكون في يد الوارث مائة فصاعداً منها قيمة رقبة العبد مسلوقة المنفعة. ولا يتأتى الأول والثالث في المؤيدة، لبقاء العين هنا منتفعاً بها بعد الوصية.

وللشافعية^٣ طرق؛ أحدها: أن الحكم هنا كما في الوصية المؤيدة. الثاني: إن اعتبرنا التفاوت ما بين القيمتين هناك فهنا أولى. قلت: وجه الأولوية واضح، لأن العين هنا ليست كالتالفة. الثالث: إن المعتبر من قيمته منفعته وهي أجرة المثل. واستبعده بعضهم، لأن المنافع تحدث بعد الموت فليس الموصى مفوتاً لها من ملكه. وقد يقال^٤ عليه: إذا لم تكن ملكاً له كيف تصح الوصية بها؟ ويجاب بأنها لما أضيفت إلى العين واحتاج الناس إلى ذلك رخص الشارع ذلك وجوزها.

وهذا - أعني قول بعض العامة أن المنافع تحدث بعد الموت إلى آخره - قد استدلل به في «الإيضاح» على ترجيح مذهب الأصحاب، قال: وإنما رجح المصنف

(١) الحاكي هو العلامة في مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٥٥.

(٢) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٥.

(٣) روضة الطالبين: في الوصايا ج ٥ ص ٢٦٢، ونقله العلامة في التذكرة: ج ٢ ص ٥٠٥ س ٣٢.

(٤) لم نعر عليه.

ولو اشتمل على منفعتين كالغزل والنساجة وأوصى بإحدهما
وأمكن هنا التقويم

الأول - وعنى ما ذكره في المتن - لوجهين: الأول: إن هذه الوصية تنقص قيمة العين قطعاً وما نقص بالوصية من العين التي تعلقت بها الوصية فإنه محسوب على الموصى له وإن لم يحصل له بخلاف نقص أحد مصراعي الباب إذا أوصى له بالآخر مع أنه لا يخلو من شك. الثاني: إن تلك المنافع متجددة بعد الموت إلى آخر ما مر. ثم قال: وهذا على قول من يبطل الإجارة بموت المؤجر، وأما على قول من يقول إن العين بعد الموت على حكم مال الميت ولوازم ملكه لاحقة بها قال بالثاني وأراد به ما ذكره بعض العامة من أن قيمة منفعتها أجرة المثل إن لم يعتبر نقص العين^١ انتهى. وقد تقدم^٢ في باب أن المعروف بين المتأخرين عدم بطلان الإجارة بموت المؤجر ومنهم المصنف في الكتاب وغيره. ووجه البناء أن المنافع إذا لم تكن ملكاً للموصي كانت إجارته فيما بعد الموت باطلة إن لم يجز الوارث. ولعله أراد بالعين في قوله إن العين بعد الموت على حكم مال الميت العين المؤجرة على تأمل في ذلك، إذ القائلون بالبطلان يستندون إلى الأخبار^٣ وإلى وجوه آخر من اعتبار. نعم إذا كان عليه ديون أو كان أوصى بوصايا كانت أعيان التركة على حكم ماله إلى أن تنفذ الوصايا وتقضى الديون لا مطلقاً فتأمل جيداً.

[فيما لو أوصى بإحدى المنفعتين]

(١) إيضاح الفوائد: الوصية في أحكام المعنوية ج ٢ ص ٥٢٧ - ٥٢٨.

(٢) تقدم في ج ٧ ص ٧٦ - ٨١.

(٣) وسائل الشيعة: ب ٢٥ من أبواب الإجارة ح ١ وذيله ج ١٣ ص ٢٦٨ - ٢٦٩.

والأقرب البناء على العادة في استيفاء إحدى المنفعتين

قوله: «ولو اشتمل على منفعتين كالغزل والنساجة وأوصى بإحدهما وأمكن هنا التقويم» بل يتعين هنا التقويم ولا يجيء هنا غيره من الاحتمالات السابقة، فتقوم العين بمنافعها كلها وتقوم مسلوقة المنفعة التي أوصى بها خاصة ويعتبر التفاوت بين القيمتين وجهاً واحداً كما في «جامع المقاصد»^١ لبقائها منتفعاً بها بدونها.

قوله: «والأقرب البناء على العادة في استيفاء إحدى المنفعتين»^٢ وفي «الإيضاح»^٣ وجامع المقاصد^٤ أنه الأصح، لأن الألفاظ إنما تحمل على المعهود عرفاً، لأن اللفظ ظاهر في ذلك والظاهر راجع وغيره مرجوح لا يجوز الحمل عليه. ومعناه إننا إذا أردنا تميز حق الموصى له عن حق الوارث رجعنا إلى العادة المستمرة لذلك العبد في المنفعتين إذا كان له عادة مستمرة بأن يصرف الليل لإحدهما والنهار للآخرى، كما لو كان وقاداً وخطاطاً يوقد للحمام ليلاً ويخطط نهاراً وأوصى له بمنفعة الخياطة مثلاً فإنه يؤمر بالخياطة له نهاراً لا ليلاً أو يصرف أسبوعاً لإحدهما والآخر للآخرى أو بعض اليوم لإحدهما والبعض الآخر للآخرى. وكذلك لو كان هناك عادة مستمرة عرفاً كما في المثال، وإن اختلفت عاداته وعادة العرف قدّمت عادة العبد إذا كان عالماً بعادة العبد لأنه الظاهر حينئذٍ من قصد الموصى، ويبقى الإشكال فيما عدا ذلك.

والمراد بغير الأقرب العمل على القرعة، لأنه مع وجود العادة لا إشكال مع

(١) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ١٩٤.

(٢) إيضاح الفوائد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ٢ ص ٥٢٨.

(٣) جامع المقاصد: الوصية في أحكام المعنوية ج ١٠ ص ١٩٥ - ١٩٦.

ولو انتفت وقصد الدوام وعدم استيعاب الأوقات فإشكال. ٨٠

احتمال خروج الزمان حينئذ أي حين العمل على القرعة كَلَّه لإحداهما وهو خلاف الفرض إذا لم يقصد استيعاب المنفعة الموصى بها للزمان كَلَّه.

قوله: «ولو انتفت وقصد الدوام وعدم استيعاب الأوقات فأشكال» أي لو انتفت العادة والحال أن الموصى بالوصية الدوام ولم يقصد بالوصية بالمنفعة المذكورة يوماً ولا شهراً وقد قصد عدم استيعاب الزمان ففي الحكم إشكال، لأنه يحتمل أن يكون العمل على القرعة، لأنها لكل أمر مشكل وأن يفرع إلى الصلح بعدم تمييز الحقيين وأن يقسم الزمان نصفين على المنفعتين، لأن لكل واحدة منهما حظاً من الزمان ولا مرجع فيستويان وإن تخير الوارث في تعيين الزمان، لأن الوصية مطلقة بالإضافة إلى الأوقات وليس هناك ما يدل على التعين فيكون التعين فيها إلى الوارث كما في كل مطلق، فلما قامت هذه الاحتمالات ولكل وجه مكافئ للآخر عند المصنف جاء الإشكال.

وفي «الإيضاح» أن الأصح القرعة^١. وفي «جامع المقاصد» أنه أضعفها، لأنها إنما هي في المتميز بنفسه المبهم عندنا ولا طريق إلى تعيينه^٢. قلت: قد أجراها الأصحاب في كل مشتبه كما يتناه غير مرة، فما ضعف به ضعف جداً. وقال: إن الأقرب قسمة الزمان، ويضعف احتمال الصلح بأنه إنما يكون مع التراضي وإنما الكلام مع عدمه. ويضعف التخيير بأن استواء النسبة إلى الزمان وعدم المرجح يقضيان بالتسوية وقسمة الزمان عليهما بالسوية، والتخيير إنما يكون مع انتفاء

(١) إيضاح الفوائد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ٢ ص ٥٢٨.

(٢) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ١٩٥ - ١٩٦.

ولو أوصى باللبن دون الصوف قوّمت خاصّة لبقاء العين منتفعاً بها

ما يقتضي التعيين^١. وقد عرفت أنّ التسوية قد عيّنت القسمة بالسوية. واحترز بقصد الدوام عمّا لو وقّت باليوم ونحوه فإنّه يجب صرف ذلك الزمان كلّها على الظاهر لأنّه المتبادر، وبعدم قصد استيعاب الزمان عمّا لو قصده فإنّ العين تصير بذلك مسلوقة المنافع ويندفع الإشكال.

قوله: «ولو أوصى باللبن دون الصوف قوّمت خاصّة لبقاء العين منتفعاً بها» كما صرح به في «التذكرة»^٢ والتحرير^٣ وجامع المقاصد^٤ كما هو الشأن فيما إذا أوصى بشجرة الشجرة. وهو نوع آخر من المنفعة غير مذكور فيما سلف، وهو في نفسه عين لكنهم يعدّونه منفعة لجريان العرف على ذلك، والقرض أنّ الوصية به دائماً لا تقضى بكون العين مسلوقة المنافع وأنّه إنّما تقوم المنفعة الموصى بها خاصّة، لأنّه لم يوص بجميع منفعتها. وكذا لو أوصى به وبالصوف معاً دائماً كما صرح به أيضاً في الكتب^٥ الثلاثة. ولا كلام لهم في صحّة الوصية بشجرة الشجرة وفيما إذا يبست الشجرة وكان الموصى به ثمرتها فإنّه لا يدخل حطبها وكان للوارث، وإنّما الكلام فيما إذا كان أوصى بمنفعتها فهل يدخل اليابس من سعتها وغصنها؟ إشكال.

(١) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ١٩٥-١٩٦.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٨ س ٥.

(٣) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٨.

(٤) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ١٩٦.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٨ س ٦، وتحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٨، وجامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ١٩٦.

وهل يحسب ما يبقى من القيمة للرقبة على الوارث من التركة؟
فيه إشكال ينشأ من الحيلولة المؤبّدة. 

قوله: «وهل يحسب ما يبقى من القيمة للرقبة على الورثة من التركة؟ فيه إشكال ينشأ من الحيلولة المؤبّدة» هذا هو الاحتمال الثالث الذي حكيناه عن «المبسوط»^(١) في طريق احتساب الموصى بمنفعته مؤبّداً فإنّ المصنّف لم يذكر فيما تقدّم إلا الاحتمالين وكان حقّه أن يذكره هناك، لأنّه محله فلما أفردّه هنا جعله مسألة برأسها وذكر إشكالا.

وحاصل ما هنا أنّه بناء على عدم احتساب الرقبة على الموصى له وإنّما يحسب عليه تفاوت ما بين القيمتين هل تحسب الرقبة على الوارث بحيث تكون قيمتها من جملة الثلثين الذين يجب بقاؤهما للوارث بعد إخراج الوصيّة أم لا يحسب على واحد منهما؟ فإنّ احتمال احتسابها على الموصى له قد سبق فيه إشكال ينشأ من الحيلولة المؤبّدة الجارية مجرى الإتلاف، ولذلك وجبت بها القيمة على الغاصب ومن بقاء الرقبة لهم وتمكّنهم من استيفاء المنافع المتعلّقة بها خاصّة كالعتق ونحوه. وقد ذكرنا الدليل من الجانبين وبيان احتسابها على الوارث وضعف مقابله فلا حاجة إلى إعادته كما ذكر كلّ في «جامع المقاصد»^(٢) فلا حاجة إلى بيانه بعبارات آخر. وقد يوجد في بعض النسخ: للتوفية على الوارث، ولا بأس به لكنّ المعنى ضعيف جدّاً يحتاج إلى كلّفة.

(١) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٤.

(٢) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ١٩٦ - ١٩٧.

ونفقة العبد والحيوان الموصى بخدمته وفطرته على الوارث في الموقّعة وفي المؤبّدة إشكال^(٥)

[في نفقة العبد والحيوان الموصى بخدمته]

قوله: «ونفقة العبد والحيوان للموصى بخدمته وفطرته على الوارث في الموقّعة» بلا خلاف في الحيوان والعبد في نفقته وفطرته كما في «جامع المقاصد»^(١) وإجماعاً في نفقتهما كما في «التذكرة»^(٢) وظاهره الإجماع أيضاً في الفطرة، لأنّه مالك الرقبة فكان كما لو آجر عبده، ولم يخرج بالوصيّة عن كونه منتفعاً به. ودعوى هذا الإجماع لمكان القطع بالحكم الحاصل من القواعد والضوابط ومّا يأتي في المؤبّد وإلا فالمصرّح به قليل جداً.

قوله: «وفي المؤبّد إشكال» وكذا لا ترجيح في «المبسوط»^(٣) وإنما ذكر فيه الأوجه الثلاثة التي هي أقوال للعامة كما ستسمع من دون ترجيح. وجزم في «التحرير» بأنّها على الوارث. وهو قضيّة إطلاق «الإرشاد»^(٤) والتلخيص^(٥) والروض^(٦) وفي «التذكرة» أنّه الوجه^(٧) وفي «جامع المقاصد» أنّه الأصح^(٨)، وبني في «الإيضاح» الحكم في المسألة عليه في نفقة الأجير الخاص^(٩)، والمشهور هناك

(١) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ١٩٦ - ١٩٧.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٦ س ١٧.

(٣) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٤.

(٤) إرشاد الأذهان: في الوصية المبهمة ج ١ ص ٤٦٢.

(٥) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٦ و ١٥٩.

(٦) لا يوجد كتابه لدينا.

(٧) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٦ س ١٨.

(٨) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ١٩٧.

(٩) إيضاح الفوائد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ٢ ص ٥٢٩.

أنها^١ على المستأجر لمكان رواية سليمان بن سالم^٢ المنجبر ضعفها بالشهرة.

وكيف كان فالإشكال ينشأ من قيام احتمالات ثلاثة:

الأول: كونها على الموصى له، لأنه مالك للمنفعة مؤبداً كالزوج فكانت النفقة عليه كالزوج، ولأن نفعه له فكان ضرره عليه كالمالك لهما جميعاً، لأن إيجاب النفقة على من لا نفع له مجرد ضرر، فيصير معنى الوصية أوصيت لك بنصف عبدي وأبقيت ضرره على الورثة، وإن أوصى بنفعه لإنسان وبرقبته لآخر كان معناه أوصيت لك بنفعه ولهذا بضرره، والشارع ينفية بقوله: «لا ضرر ولا ضرار»^٣ وجعله الخراج بالضمان ليكون ضرره على من له نفعه، بخلاف المستأجر فإن نفعه في الحقيقة للمؤجر.

الثاني: أنها على المالك، لأنه - كما تقدم^٤ في الموققة - مالك الرقبة وهي مناط النفقة والنفقة، لعموم^٥ النصوص الواردة بوجوب الإنفاق على العبد والحيوان ولا مخصص، فكانت النفقة عليه كالعبد المستأجر، والضرر لا اعتبار به في نظر الشرع كمن يملك عبداً عاجزاً عن الحركة والخدمة، على أنه يندفع بعقده فكان متمكناً في كل آن من إزالته. والإلحاق بالزوج قياس مع الفارق فإن الزوجة غير مملوكة والنفقة في مقابلة التمكين من الاستمتاع فدامت بدوامه لا في مقابلة باقي المنافع، والنفقة في المملوك تابعة للمالك فتدوم بدوامه وهذا هو الأصح.

(١) تقدم في ج ٧ ص ٩٦ من النسخة الرحلية.

(٢) وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب الإجارة ج ١ ص ١٣ ص ٢٥٠.

(٣) عوالي اللآلي: ج ١ ص ٢٢٠ ح ٩٣.

(٤) تقدم في ص ٥١٩ من النسخة الرحلية.

(٥) وسائل الشيعة: ب ١١ و ١٢ و ١٤ من أبواب النفقات ج ١٥ ص ٢٣٦ - ٢٤٠.

وبعد العتق على العبد. ولو أسقط الخدمة مطلقاً أو مؤقتة فللوارث (٥)

الثالث: أنها في كسب العبد فإن لم يف أنفق عليه من بيت المال، لأن الوارث لا نفع له به والموصى له المنتفع به غير مالك حتى يلزمه إحيائه، فلم يبق إلا أن يكون في كسبه. وهذا راجع إلى إيجابها على صاحب المنفعة، لأن كسبه من منفعه فإذا صرف في نفقته فقد صرف المنفعة الموصى بها إلى النفقة كما إذا صرف إليه شيئاً من ماله سواء. ونمنع عدم انتفاع الوارث به فإن إعتاقه نفع عظيم لاشتغاله على الثواب الكثير.

هذا وعلف الدابة كنفقة العبد، وأما عمارة الدار الموصى بمنافعها وسقي البستان الموصى بثمرته فلا تجب على واحد منهما بخلاف الحيوان لحرمة. قوله: «وبعد العتق على العبد» هذا من متفرقات الكتاب، ومراده أنه لو كان الموصى بخدمته عبداً ثم أعتقه الوارث فنفقته على نفسه، لأنه صار حراً ونفقة الحرّ على نفسه كسائر الأحرار. ويتصور ذلك بأن يحدث له مال من إرث أو هبة أو نذر أو نحو ذلك ممّا ليس من كسبه ومنفعه. وذلك لا ينافي كون جميع منفعه نادرها وغالبها للموصى له. وهذا الحكم متّجه على القول بكون النفقة حالة الرقبة على الوارث كما هو ظاهر، وأما على القولين الآخرين فلا يستّجه ذلك كما هو مقتضى أدلتها، إذ مقتضاها أنها كذلك مطلقاً فلتلحظ.

[فيما لو أسقط الموصى له الخدمة]

قوله: «ولو أسقط الخدمة مطلقاً أو مؤقتة فللوارث» كما في

«التذكرة»^١ والتحرير^٢ وجامع المقاصد^٣ والمراد أنه لو أسقط الموصي له حقه من الخدمة الموصى بها مؤبدة أو مؤقتة أو مطلقة حال رقية العبد سقط، لأنه حق واجب يسقط بالإسقاط والعفو وليس بعين، قال في «التحرير» لو وهب صاحب المنفعة منافع العبد وأسقطها عنه كان للورثة الانتفاع به ونحوه ما في «التذكرة» وظاهرهما أو صريحهما أن ذلك حال رقيقته، لكنه قال في «التحرير» وهل تلزم هذه الهبة؟ فيه نظر، وكأنه نظر إلى المعروف من معنى الهبة وأن المنافع ليست أعياناً مع أنها تتجدد شيئاً فشيئاً، وقد أطبقوا^٤ على أنه لا تصح هبة المعدوم كالثمرة المتجددة، لامتناع تملك ما ليس بمملوك، وفيه: أن الإبراء والإسقاط فرد من أفراد الهبة، وقد قالوا^٥: إن هبة ما في الذمة لمن هو عليه إبراء، ومناطق منافع العبد فيما نحن فيه إنما هو الذمة وإن تعلقت بالرقبة، كما هو الشأن فيما لو استأجره على وجه خاص ثم أبرء ذمته أو أسلفه في حنطة بشرط كونها من حنطة بلد ثم أبرء ذمته، ولهذا قال في «جامع المقاصد» ينبغي الجزم بالصحة^٦.

ويحتمل أن يكون المراد من العبارة أنه لو أسقطها بعد العتق فللوارث، ووجهه أن العتق لم يؤثر في المنافع وإنما أثر في الرقبة وبقيت المنافع مستثناة مملوكة،

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٦ س ٣٨.

(٢) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٩.

(٣) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ١٩٨.

(٤) منهم العلامة في تحرير الأحكام: في الهبة وماهيتها ج ٣ ص ٢٧٧، وابن سعيد في الجامع للشرائع: في الهبة و... ص ٣٦٥، والمحقق الثاني في جامع المقاصد: في الهبة ج ٩ ص ١٤٥.

(٥) منهم العلامة في تحرير الأحكام: في الهبة وماهيتها ج ٣ ص ٢٧٧، والبحراني في الحقائق الناضرة: في الهبة ج ٢٢ ص ٣٠٦-٣٠٧، والمحقق الثاني في جامع المقاصد: في الهبة ج ٩ ص ١٣٩.

(٦) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ١٩٨.

ولو أوصى لأحدهما بحبّ زرعه ولاخر بتبنيه صحّ والنفقة عليهما ^{عمره} فإن امتنع أحدهما احتمل إجباره إذ في تركه ضرر وإضاعة المال وعدمه إذ لا يجبر على الإنفاق على مال نفسه ولا مال غيره

فإذا أسقط حقّه منها رجعت إلى الوارث لكونها متلقاة عن مورّثه للموصى له، فإذا بطل حقّه منها عادت إلى الوارث.

ويحتمل ثبوتها للمعتق، لأنّها مملوكة للموصى له فإذا أبرء ذمّة المعتق منها كان ذلك هبة له فيكون هو المالك لها دون الوارث.

ثمّ إن قوله مطلقاً، يمكن أن يكون أراد به ما ذكرناه في تفسير العبارة فتكون شاملة للأقسام الثلاثة، ويمكن أن يكون أراد إسقاط الخدمة بأقسامها إمّا مطلقاً أي بحيث لم يدّع له فيها حقّاً أو موقّته أي أسقطها إلى أجل كما لو أسقط عنه خدمة سنة أو شهر إلّا أن تقول لو أراد ذلك لكان حقّه أن يقول مطلقاً أو موقّتماً.

[فيما لو أوصى لإثنين كانت النفقة عليهما]

قوله: «ولو أوصى لأحدهما بحبّ زرعه ولاخر بتبنيه صحّ والنفقة عليهما» كما نصّ عليه في «التذكرة»^١ والتحرير^٢ وجامع المقاصد^٣ وفي الأخير أنّه لا خفاء فيه كلّ. قلت: فالشأن في صحّة ذلك كما هو الشأن في صحّة الوصيّة بأحدهما. وأمّا أنّ النفقة عليهما فلاّن لكلّ واحد منهما تعلّقاً بالزرع فهما بمنزلة الشريكين. قوله: «فإن امتنع أحدهما احتمل إجباره، إذ في تركه ضرر

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٨ س ٩.

(٢) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٥٠.

(٣) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٠٠.

وإضاعة للمال، و عدمه إذ لا يجبر على الإنفاق على مال نفسه ولا مال غيره^١ كما ذكر ذلك كله في «التذكرة»^٢ من دون ترجيح ونحوه ما في «التحرير» حيث قال: فإن امتنع أحدهما أجبر على إشكال^٣. وحاصل الإشكال والنظر تعارض الإجماع والخبر فإنهم^٤ أجمعوا على عدم الإيجاب على الإنفاق على المالكين. وقال عليه السلام: لا ضرر ولا ضرار^٥. وفي «جامع المقاصد» أن الذي يقتضيه النظر أن يختاره الحاكم بين الأمور الممكنة من البيع والإنفاق ونحوهما، فإن امتنع من الجميع فعلى ما هو الأغبط له دفعاً للضرر، فإن ضاق الوقت عن ذلك وخشي هلاك الزرع أجبره على الإنفاق أو أنفق عليه، وعدم الإيجاب على الإنفاق على مال نفسه ولا على مال غيره مع عدم الشريك لا يقتضي العدم معه أي الشريك، على أنه إذا ترك فقد أخلّ بواجب وأقدم على محرم ويجب على الحاكم وغيره منعه من ذلك^٦.

قلت: بل الذي يقتضيه النظر أنه إذا كان غرضه من الامتناع إضرار شريكه من دون دفع ضرر عنه ولا جلب نفع له أصلاً كان يكون التبن حاصلاً له على كل حال فيمتنع هو من سقيه ويمنع الشريك منه فإنه لا ريب حينئذٍ في حرمة ويجبر على نفقته سواء كان ضرر شريكه يسيراً أو كثيراً، وبه يخص إجماعهم على أن الإنسان لا يجبر على الإنفاق على مال نفسه ولا مال غيره على أني لا أرى

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٨ س ٩.

(٢) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٥٠.

(٣) منهم العلامة في تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٨ س ١١، والشهيد في المسالك: في أحكام الوصية ج ٦ ص ١٩٧، والمحقق الثاني في جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٠١.

(٤) وسائل الشيعة: ب ١٢ من أبواب إحياء الموات ح ٣ و ٤ ج ١٧ ص ٣٤١.

(٥) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٠٠.

ولو أوصى لأحدهما بفصّ خاتم ولاخر به فليس لأحدهما الانتفاع بدون صاحبه. (٤)

تخصيص الإجماع بخبر الضرر والإضرار، لأنّه ورد في مقام آخر مع قوله ﷺ: الناس مسلطون على أموالهم^١ إلّا أن يصل إلى حدّ السفه والعبث فيجبر ويمنع من الامتناع فليتناوّل. وأمّا إذا كان له نفع في الامتناع ولشريكه ضرر يسير فإنّه يجوز له الامتناع. وأمّا إذا كان ضرر الشريك كثيراً لا يتحمّل عادة فإنّه غير جائز قطعاً. وعليه بنوا^٢ حرمة الاحتكار. وأمّا إذا كان ضرره يسيراً وضرر شريكه أو جاره كثيراً فالأولى له أن لا يفعله. وعليه^٣ بنوا كراهية الولاية من قبل الجائر لضرر يسير يلحقه في ماله بتركها. وأمّا إذا كان ضرره كثيراً لا يتحمّل عادة وضرر جاره كذلك فإنّه يجوز له دفع ضرره وإن تضرر شريكه أو جاره. وعليه^٤ بنوا جواز الولاية من قبل الجائر إذا خاف الضرر على نفسه وماله الذي يضرّ بحاله. قوله: «ولو أوصى لأحدهما بفصّ خاتم ولاخر به فليس لأحدهما الانتفاع بدون صاحبه» كما في «التحرير»^٥ وجامع المقاصد^٦ بل في الثاني أن الحكم ظاهر، لأنّه لا يجوز لأحدهما التصرف في مال الآخر.

(١) عوالي اللآلي: ج ١ ص ٢٢٢ ح ٩٩.

(٢) كما في النهاية: باب الإحتكار والنلقى ص ٣٧٤، غنية النزوع: ص ٢٣١، السرائر: ج ٢ ص ٢٣٨.

(٣) كما في تحرير الأحكام: فيما بكره التكبّب به ج ٢ ص ٢٧١، ومسالك الأفهام: فيما يكتسب به ج ٣ ص ١٣٩.

(٤) كما في تحرير الأحكام: فيما يكره التكبّب به ج ٢ ص ٢٧١، ومسالك الأفهام: في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ج ٣ ص ١١١.

(٥) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٥٠.

(٦) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٠١.

ولو طلب صاحب الفصّ قلعه أجبر عليه ولو احتاجت النخلة الموصى بشمرتها إلى السقي أو الدار الموصى بمنفعتها إلى العمارة لم يجبر أحدهما لو امتنع (١)

ولاريب أن انتفاع كلّ منهما بماله يقتضي التصرف بمال الآخر.

والضمير في «به» في قوله: ولآخر به، يعود إلى الخاتم.

قوله: «ولو طلب صاحب الفصّ قلعه أجبر عليه» وقال في «التحرير» وأيهما طلب قلع الفصّ أجبر الآخر الممتنع عليه^١. والأحسن منه أن يقال: وأيهما طلب تخليص ماله المتميّز أجبر الآخر عليه، إذ لا شركة هنا ولا عدوان من أحدهما. فلا فرق بين أن يكون طلب ذلك صاحب الفصّ أو صاحب الخاتم. ولو لم يمكن تخليص مال طالبه إلا مع الإضرار بمال الآخر بني الحال فيه على ما تقدّم^٢ في بيان أحكام الضرر.

قوله: «ولو احتاجت النخلة الموصى بشمرتها إلى السقي والدار الموصى بمنفعتها إلى العمارة لم يجبر أحدهما لو امتنع» لاريب في أنهما إذا تراضيا على السقي أو تبرّع به أحدهما ولا ضرر فلا بحث وليس للآخر منعه كما في «التذكرة»^٣ وبالثاني صرح في «المبسوط»^٤ غير أنه لم يقيد الأمرين في «التذكرة» ولا الثاني في «المبسوط» بعدم الضرر كما قيّدناه. ولعلّه مراد له فيهما في التذكرة نسخه أو في الثاني لهما في «التذكرة» وفي «التحرير» لو أراد

(١) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٥٠.

(٢) تقدّم في ص ٥٢١ من النسخة الرحلية، ج ٧ ص ٢٢ - ٢٣ أيضاً من النسخة الرحلية.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٨ س ٣.

(٤) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٥.

أحدهما السقي على وجه لا يضر الآخر لم يكن له منعه^١. ولا ريب في أنه لو أراد المالك عمارة الدار على وجه لا يضر بالموصى له في أنه ليس له منعه ولو أراد الموصى له العمارة مع عدم الضرر فوجهان، وفي «جامع المقاصد» أنه ليس ببعيد ثبوت ذلك له^٢.

ويبقى الكلام فيما إذا احتاجتا إلى السقي والعمارة وتنازعا فكل يقول للآخر عليك السقي والعمارة فإنه لا يجبر أحدهما على أحدهما، كما في الكتب الثلاثة^٣ و«جامع المقاصد»^٤ أما المالك فلائهما حينئذ لمصلحة الموصى له محضاً فلا يجبر المالك على أحدهما، إذ الموصى له لا يستحق عليه ذلك. وأما الموصى له فلائ ذلك ليس ملكاً له، ولا يجبر الإنسان على سقي نخلة غيره ولا على عمارة دار غيره، على أنه لا دليل يدل على ذلك هنا، إذ لا شركة ولا إضرار، والمفروض أنه لا ضرر عليه، فليس فيه إضاعة للمال، ولا كذلك فيما إذا أوصى لأحدهما بحب زرع وللآخر بتبنيه فإنه يقوم احتمال الإجماع لمكان الشريك والإضرار وإضاعة المال كما تقدم^٥، فتدبر لأنه قد يكون غرض أحدهما الإضرار بالآخر ولا ضرر عليه أصلاً، فتذكر ما مر وتأمل جيداً.

وضمير «أحدهما» في العبارة يعود إلى الوارث والموصى له لمكان السياق. بقي هنا أمران ينبغي التنبيه عليهما: الأول: لو انهدمت الدار الموصى بمنافعها

(١) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٨.

(٢) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٠٢.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٧ السطر الأخير، وص ٥٠٨ السطر الأول، والمبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٠، وتحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٨.

(٤) الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٠١ - ٢٠٢.

(٥) تقدم في ص ٥٢١ من النسخة الرحلية.

ولو أوصى بالرقبة لواحد وبالمنفعة لآخر قوّمت الرقبة على الأول والمنفعة على الثاني ①

فأعادها الوارث بآلتها فهل يعود حقّ الموصى له؟ للشافعية^١ وجهان، وفي «التذكرة» أن الوجه العود. الثاني: لو أراد الموصى له إعادتها بآلتها فهل له ذلك؟ للشافعية وجهان أيضاً وفي «التذكرة» أن الوجه أنّه له ذلك^٢.

قوله: «ولو أوصى بالرقبة لواحد وبالمنفعة للآخر قوّمت الرقبة على الأول والمنفعة على الثاني» كما ذكر كلّ في «المبسوط»^٣ وقد ذكر فيه هذا الفرع وفي «التذكرة»^٤ في فروع الاختلاف في تقويم العين الموصى بمنفعتها على التأييد فحقّه كما في «جامع المقاصد»^٥ أن يذكر هناك في عقبها.

وتحرير المقام أن يقال: إذا أوصى بالرقبة خاصة لواحد وبمنافعها كلّها لآخر أو بعضها لآخر، فإمّا أن تكون الوصية مؤبّدة أو موقّنة.

فإن كانت مؤبّدة في جميع المنافع بني ذلك على الأقوال الثلاثة: فالأول: تقويم العين بمنافعها وخروج مجموع القيمة عن الثلث، فبناء عليه ينظر فيما نحن فيه فيما سواها من التركة، فإن وفي الثلث بالوصيتين خرجنا منه وأعطينا للموصى له بالرقبة الرقبة وبالمنفعة المنفعة، وإلاّ يف بهما أعطيناها من كلّ منهما على قدر الثلث. والثاني: تقويم الرقبة على الورثة والمنفعة على الموصى له. وأمّا هنا بناء عليه فإنّا نحسب أيضاً كمال القيمة عليهما فتقوّم الرقبة على الموصى له بها

(١) روضة الطالبين: في الوصايا ج ٥ ص ٢٦٦.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٧ س ٢.

(٣) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٥.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٥ س ٢١ - ٣٣.

(٥) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٠٢.

ولو أوصى له من غلّة داره بدينار وغلّتها ديناران صحّ. فإن أراد الوارث بيع نصفها وترك النصف الذي أجرته دينار كان له منعه لجواز نقص الأجرة عن الدينار ولو لم يسخرج الدار من الثلث فللورثة بيع الزائد وعليهم ترك الثلث. فإن كانت غلّته ديناراً أو أقلّ فهي للموصى له وإن كانت أكثر فله دينار والباقي للورثة

والمنفعة على الموصى له بها، وإطلاق المصنّف الحكم بتقويم الرقبة على الموصى له بها إنّما يصحّ على هذا الوجه، وقد اختاره^١ في غير الكتاب، وأمّا فيه فلم يرجّح واحداً من الأقوال. والثالث: قول الشيخ إنّنا لا نحسب الرقبة على أحد. وبناء عليه لا نحسبها هنا على الموصى له بها ونصحّها من دون اعتبار الثلث. وعليه لا يتمّ الإطلاق المذكور في الكتاب كما عرفت. *تحقيق كميّات علوم ديني*
وإن كانت الوصيّة مؤقتة، فإن كانت الوصيّة بكلّ المنافع تلك المدة فالرقبة محسوبة من الثلث على الموصى له بها، والمحسوب من الثلث على الموصى له بالمنفعة هو التفاوت أعني المنفعة تلك المدة. وكذلك الحال فيما إذا كانت الوصيّة ببعض المنافع تلك المدة.

[فيما لو أوصى من غلّة داره بدينار]

قوله: «ولو أوصى له من غلّة داره بدينار وغلّتها ديناران صحّ، فإن أراد الوارث بيع نصفها وترك النصف الذي أجرته دينار كان له منعه لجواز نقص الأجرة عن الدينار، ولو لم يسخرج الدار من الثلث

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٥ س ٣٥.

فللوارث بيع الزائد وعليهم ترك الثلث. فإن كانت غلته ديناراً أو أقل فهي للموصى له، وإن كانت أكثر فله دينار والباقي للورثة، كما صرح بذلك كله في «التحرير»^١ حتى في المسامحة في قوله: وعليهم ترك الثلث وفي قوله: ولو لم تخرج الدار وفي قوله: فإن كانت غلته كما ستعرف.

وقد أوضح ذلك في «التذكرة» وقيد به ما لا بد منه، قال: لو أوصى لرجل بدينار كل شهر من غلة داره أو كسب عبده وجعله بعده لوارثه أو للفقراء والمساكين، والغلة والكسب عشرة مثلاً. فاعتبار هذه الوصية من الثلث كاعتبار الوصية بالمنافع مدة معلومة لبقاء المنافع لمالك الرقبة، فيكون الظاهر فيهما أن المعتبر قدر التفاوت بين القيمتين. ثم ننظر إن خرجت الوصية من الثلث قال بعضهم: ليس للورثة أن يبيعوا بعض الدار ويدعوا ما يحصل منه ديناراً لأن الأجرة تتفاوت وقد تراجع وتعود إلى دينار أو أقل. وحينئذ فيكون الجميع للموصى له^٢. قلت: هناك مانع آخر، وهو أن متعلق الوصية هو مجموع الدار كما أن متعلق إحدى المنفعتين الموصى بها جميع العبد، فلم يكن لهم إبطال تعلق حق الموصى له ببعض لما فيه من تبديل الوصية. وقال في «التذكرة» وهذا إذا أرادوا بيع بعضها على أن تكون الغلة للمشتري، فأما بيع مجرد الرقبة فعلى ما سبق من الخلاف في بيع الوارث الموصى بمنفعته، وإن لم تخرج من الثلث فما زاد على الثلث من الرقبة والغلة للوارث يتصرف فيه كيف يشاء^٣ انتهى.

فقد أردف ذلك - أعني فرض المسألة وصورتها - بجعله بعده لوارثه أو للفقراء حتى تصير الوصية بهذه المنفعة مؤبدة لتعتبر بجملتها من الثلث، وأشار إلى أنه

(١) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٥٠.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٦ س ٣.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالمنافع ج ٢ ص ٥٠٦ س ٦.

ولو أوصى بعرق مملوكه وعليه دين قدّم الدين، فإن فضل من التركة ما يسع ثلثه قيمة العبد عتق وإلا عتق ما يحتمله ويسعى في الباقي

لا تعتبر من الثلث جميع المنافع لبقاء بعض المنافع لمالك الرقبة. وصرّح فيها بما أشار إليه في الكتاب باعتبار خروج الوصية من الثلث، والمصنّف أشار إلى ذلك بقوله بعد ذلك: ولو لم يخرج... إلى آخره، لكنّه قال في «التذكرة» موضع ذلك ما إذا أرادوا بيع البعض على أن تكون الغلة للمشتري، وأما بيع مجرد الرقبة فعلى ما سبق من الخلاف. وفيه: أنّه ينبغي الجزم بالصحة هنا، لأنّ المانع من الصحة هناك لو تمّ وهو كون الرقبة مسلوقة بالمنافع فلا قيمة لها وهذا منتف هنا. وقد سلم في «التذكرة» من التسامح الذي في العبارة حيث قال: فإن لم تخرج الدار والمراد إذا لم تخرج الوصية من الثلث توسعاً واعتماداً على ظهور الحال كقوله: وعليهم ترك الثلث، فإنّ فيه تسامحاً أيضاً، إذ الثلث المعتبر هو تفاوت ما بين القيمتين والمتروك هو متعلّقه من الدار. والضمير في قوله: فإن كانت غلّته، يعود إلى الثلث المذكور توسعاً، وحقّه أن يعود إلى المتروك من الدار وهو متعلّق الثلث. ولا شكّ أنّ غلّته إن كانت ديناراً أو أقلّ فهي للموصى له وإن زادت فله دينار والباقي للورثة. وهذا كلّه بخلاف ما إذا كانت الوصية بعشر الغلّة كلّ سنة فإنّ التسعة الأعشار الباقية تخلص للوارث يتصرّف فيه كيف شاء، والفرق ظاهر.

[فيما أوصى بعرق مملوكه وعليه دين]

قوله: «ولو أوصى بعرق مملوكه وعليه دين قدّم الدين، فإن فضل من التركة ما يسع ثلثه قيمة العبد عتق وإلا عتق ما يحتمله ويسعى في الباقي» هذا مذهب ابن بابويه في «رسالته» والشيخ في «مبسوطه» حكاه

عنهما ابن إدريس في باب عتق «السراير»^١ واختاره هو فيه^٢ وفي باب الوصايا مع تأمل له فيه في باب الوصايا كما ستسمع^٣. وقد يلوح ذلك من «المقنع»^٤ وهو الذي استقرّ عليه رأيه في «الشرائع»^٥ وهو خيرة «التذكرة»^٦ والتحرير^٧ والتلخيص^٨ والإرشاد والمختلف^٩ والإيضاح^{١٠} واللمعة^{١١} وغاية المرام^{١٢} والمهذب للبارع^{١٣} والتنقيح^{١٤} وإيضاح النافع وجامع المقاصد^{١٥} والمسالك^{١٦} والروض^{١٧} والروضة^{١٨} والمفاتيح^{١٩} وهو الظاهر من «كشف الرموز»^{٢٠} والتبصرة^{٢١} وقد عبّر في

(١) السراير: في أحكام العتق ج ٣ ص ٥.

(٢) السراير: في أحكام العتق ج ٣ ص ٥، والوصية ص ١٩٩.

(٣) سيأتي في ص ٥٢٥ من النسخة الرحلية.

(٤) المقنع: في الوصايا ص ٤٨٥.

(٥) شرائع الإسلام: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٢٥٢. مكتبة المصطفى

(٦) تذكرة الفقهاء: الوصية بالعتق والحب ج ٢ ص ٤٩٠ س ٩.

(٧) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٦٧.

(٨) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٥.

(٩) إرشاد الأذهان: في الموصى له ج ١ ص ٤٥٨.

(١٠) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٧٢.

(١١) إيضاح الفوائد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ٢ ص ٥٣٠.

(١٢) الللمعة الدمشقية: في متعلق الوصية ص ١٧٨.

(١٣) غاية المرام: في الموصى له ج ٢ ص ٤٧٢.

(١٤) المهذب للبارع: في الموصى له ج ٣ ص ١٠٧.

(١٥) التنقيح الرائع: في الموصى له ج ٢ ص ٣٧٧.

(١٦) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٠٥.

(١٧) مسالك الأفهام: في شرائط الموصى له ج ٦ ص ٢٣٦.

(١٨) لا يوجد كتابه لدينا.

(١٩) الروضة البهية: في متعلق الوصية ج ٥ ص ٤١.

(٢٠) مفاتيح الشرائع: في حكم الوصية بالعتق ج ٣ ص ٢٢٨.

(٢١) كشف الرموز: في الموصى له ج ٢ ص ٧٣.

«التلخيص»^{٢٣} والمختلف^{٢٤} والتنقيح^{٢٥} بما لو أعتق بدل أوصى بناء على عدم الفرق في ذلك بين التنجيز والوصية كما صرح به جماعة، وهو الظاهر من آخرين كما ستسمع^{٢٦}. وفي «المسالك» أن المنجز كالوصية عند الأكثر^{٢٧}، وفي «الرياض» أنه المشهور^{٢٨}.

وقد جزم بالحكم المذكور في أكثر هذه الكتب، وفي القليل منها أنه أقوى كما في «غاية المراد»^{٢٩} والروضة^{٣٠} وأولى كما في «الإيضاح»^{٣١} والمسالك^{٣٢} وأصح كما في «جامع المقاصد»^{٣٣}.

وفي «المسالك»^{٣٤} والكفاية^{٣٥} أن أكثر المتأخرين ردّوا الرواية يعني صحيحة عبد الرحمن^{٣٦}. قلت: وهو كذلك كما عرفت. وأنكر في «الرياض»^{٣٧} وجود

مركز تحقيق مكتبة علوم اسلامی

- (٢٢) تبصرة المتعلمين: في الوصايا ص ١٢٦.
- (٢٣) تلخيص الغرام: في الوصية ص ١٥٥.
- (٢٤) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٧١ - ٣٧٢.
- (٢٥) التنقيح الرائع: في الموصى له ج ٢ ص ٣٧٥.
- (٢٦) سيأتي في ص ٥٢٥ من النسخة الرحلية.
- (٢٧) مسالك الأفهام: في شرائط الموصى له ج ٦ ص ٢٢٦.
- (٢٨) رياض المسائل: في الوصية للملوك ج ٩ ص ٤٦٣.
- (٢٩) غاية المراد: في الموصى له ج ٢ ص ٤٧٣.
- (٣٠) الروضة البهية: في متعلق الوصية ج ٥ ص ٤٣.
- (٣١) إيضاح الفوائد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ٢ ص ٥٣١.
- (٣٢) مسالك الأفهام: في شرائط الموصى له ج ٦ ص ٢٢٨.
- (٣٣) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٠٥.
- (٣٤) مسالك الأفهام: في شرائط الموصى له ج ٦ ص ٢٢٨.
- (٣٥) كفاية الأحكام: في الموصى له ج ٢ ص ٥١.
- (٣٦) وسائل الشيعة: ب ٣٩ من أبواب أحكام الوصايا ج ٥ ص ١٣ ص ٤٢٣.
- (٣٧) رياض المسائل: في الوصية للملوك ج ٩ ص ٤٦٢.

الشهرة وأنكر على «المسالك» ذلك وقال: إنه نسب الحكم إلى أكثر المتأخرين مع أنه لم يحك الشهرة غيره، فقد سمي ذلك شهرة، وقد عرفت أنه حكى ذلك في «الكفاية» على أن في الوجدان والعيان ما يغني عن الحكاية.

وما حكاه في «السرائر» عن «المبسوط» لم نجده في وصاياه، وإنما الموجود في وصاياه في موضعين^١؛ وإن كان الدين يحيط بنصف التركة فإنه يباع نصف العبد في الدين، والنصف الباقي يعتق منه ثلثه، والثلثان يكونان للورثة يحصل في العبد لصاحب الدين نصفه رقيقاً وللورثة ثلثه رقيقاً ويعتق منه السدس انتهى. وهذا يخالف جميع الأصحاب فإنه لم يحكم بأنه يستسعى كما هو ظاهر، وليس فيه تعرض لواحد من القولين أصلاً.

هذا وقد حكى «كاشف الرموز»^٢ عن «السرائر» خلاف ما استقرّ رظاؤه عليه فيها كما أنه تناقض كلام «السرائر» في باب الوصايا، قال: فإن عمل عامل بهذه الرواية - وأشار إلى رواية عبدالرحمن وما كان نحوها وستسمعها إن شاء الله - يلزمه أن يستسعى العبد سواء كانت قيمته ضعفي الدين أو أقل من ذلك، لأنه متى كانت قيمته أكثر من الدين بأي شيء كان فإن الميت الموصي قد استحق في الذي فضل عن الدين ثلثه فتمضي وصيته في ذلك الثلث ويعتق العبد ويستسعى في دين الغرماء وما فضل عن ثلث الباقي للورثة، ولي فيه نظر انتهى^٣. وأنت إذا تأملت كلامه وجدته يقول إن من يعمل بالرواية يلزمه أن يعدل عن الرواية إلى الأصل الذي ذكره.

وتحرير البحث أن هناك أصولاً محررة وقواعد مسلمة مقررة، وهو أن الدين

(١) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٢٢ و ٢٣.

(٢) كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٧٥.

(٣) السرائر: فيما يصح من الوصية وما لا يصح ج ٣ ص ١٩٩.

يقدم أولاً ثم تعتبر الوصية من ثلث ما يبقى من المال بعد الدين، وأن الوصية المتبرع بها إنما تنفذ من ثلث المال وأن المسنجزات المتبرع بها كالوصية في خروجها من الثلث عند جم غفير. فإذا سلمت هذه الأصول والقواعد قلنا: لا ريب أن العتق من جملة المتبرعات، وقضية هذه الأصول أنه إذا أوصى بعتق مملوكه تبرعاً أو أعتقه منجزاً وعليه دين أنه إن كان الدين يحيط بالتركة بطل العتق والوصية به، وإن فضل منها عنه شيء وإن قلّ صرف ثلث الفاضل في الوصايا فيعتق من العبد بحساب ما يبقى من الثلث ويسمى في باقي قيمته سواء كانت قيمته بقدر الدين مرتين أو أقل، لأن العتق تبرع فيخرج من الثلث، والمعتبر من الثلث ثلث ما يبقى من المال بعد الدين على تقديره كغيره من المتبرعات. وقد لاحظت هذه الأصول في هذه الكتب وعملوا فيها بها وأعرضوا عن الروايات المتضادة، إذ قد وردت روايات صحيحة في المتبرع بالعتق تخالف ذلك يقطع الفقيه المحدث المتتبع العارف المضطلع بصدورها عن المعصوم.

فمنها صحيحة عبد الرحمن - ونحن ننقلها على طولها على التمام لنقطع بأنها صادرة عن الإمام عليه السلام وقد رواها الشيخ^١ وثقة الإسلام^٢ بأربعة طرق ثلاثة صحاح وحسن - بإبراهيم قال سألتني أبو عبد الله عليه السلام هل يختلف ابن أبي ليلى وابن شبرمة؟ فقلت: بلغني أنه مات مولى لعيسى بن موسى فترك عليه ديناً كثيراً وترك ممالك يحيط دينه بأثمانهم فأعتقهم عند الموت فسألتهما عن ذلك؟ فقال ابن شبرمة: أرى أن يستسهم في قيمتهم فيدفعها إلى الغرماء فإنه قد أعتقهم عند موته وقال ابن أبي

(١) تهذيب الأحكام: ب ١ في العتق وأحكامه ح ٧٤ ج ٨ ص ٢٣٢، وج ٩ ب ١٨ في وصية الإنسان لعبده... ح ٤ ص ٢١٧، والاستبصار: ب ٥ في الرجل يعتق عبوه عند الموت... ح ٤ ج ٤ ص ٨.

(٢) الكافي: في الوصايا ح ١ ج ٧ ص ٢٦.

ليلي: أرى أن أبيعهم وأدفع أثمانهم إلى الغرماء فإنه ليس له أن يعتقهم عند موته وعليه دين يحيط بهم. وهذا أهل الحجاز اليوم يعتق الرجل عبده وعليه دين كثير فلا يجيزون عتقه فرفع ابن شبرمة يده إلى السماء وقال: سبحان الله يا ابن أبي ليلي متى قلت بهذا القول؟ والله ما قلته إلا طلب خلافي. فقال أبو عبد الله عليه السلام فمن رأي أيهما صدر؟ فقلت: بلغني أنه أخذ برأي ابن أبي ليلي وكان له في ذلك هوى فباعهم وقضى دينه. فقال: فمع أيهما من قبلكم؟ قلت: له مع ابن شبرمة، وقد رجع ابن أبي ليلي إلى رأي ابن شبرمة بعد ذلك. فقال: أمّا والله إن الحقّ لفي الذي قال ابن أبي ليلي وإن كان قد رجع عنه. فقلت له: هذا ينكر عندهم في القياس فقال: هات قايستي فقلت: أنا أقايسك. فقال: لتقولن بأشدّ 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: يبيع العبد فيأخذ الغرماء خمسمائة درهم ويأخذ الورثة مائة درهم. فقلت: أليس قد بقي من قيمة العبد مائة درهم عن دينه؟ فقال: بلى. قلت: أليس للرجل ثلثه يصنع به ما شاء؟ قال: بلى. قلت: أليس قد أوصى للعبد بالثلث من المائة حين أعتقه؟ فقال: إن العبد لا وصيّة له إنّما ماله لمواليه. قلت: فإن كانت قيمة العبد ستمائة درهم ودينه أربع مائة؟ فقال: كذلك يبيع العبد فيأخذ الغرماء أربع مائة درهم ويأخذ الورثة مائتين ولا يكون للعبد شيء. قلت: فإن كانت قيمة العبد ستمائة درهم ودينه ثلاثمائة درهم؟ فضحك فقال: من هاهنا أتى أصحابك جعلوا الأشياء شيئا واحداً ولم يعلموا أنّ السنّة إذا استوى مال الغرماء ومال الورثة لو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء لم يتّهم الرجل على وصيّته وأجيزت وصيته على وجهها. فالآن يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء ويكون ثلثه للورثة ويكون له السدس.

ومثلها صحيحة ابن أبي عمير عن جميل بن درّاج عن أبي عبد الله عليه السلام رواها

الصدوق^١ في رجل أعتق مملوكه عند موته وعليه دين، فقال: إن كان قيمته مثل الذي عليه ومثله فقد جاز عتقه وإلا لم يجز. وهو صريح في ما تضمنه صحيح عبد الرحمن. وروى^٢ مثلها بإسناده عن جميل ورواه الكليني^٣ عن علي بن إبراهيم، ورواه الشيخ^٤ بإسناده عن علي بن إبراهيم إلا أنه قال: عن جميل عن زرارة، وبإسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن أبي عمير، وفي الموثق سمعت أبا الحسن^٥ يقول في رجل أعتق مملوكاً وقد حضره الموت وأشهد له بذلك وقيمته ستمائة درهم وعليه دين ثلاثمائة درهم ولم يترك شيئاً غيره، قال: يعتق منه سدسه، لأنه إنما له ثلاثمائة درهم وله السدس من الجميع^٦. وفي «الصحيح» عن أبي عبدالله^٧ قال: إذا ملك المملوك سدسه استسعى وأجيز^٨. ومثله حسنة زرارة^٩.

وحاصل مفاد هذه الأخبار - كما ستستفهم في كلام المصنف وغيره - أنه يجب اعتبار قيمة العبد الذي أعتقه، فإن كانت بقدر الدين مرتين أعتق العبد وسمى في خمسة أسداس قيمته، لأن نصفه حينئذ ينصرف إلى الدين فيبطل فيه العتق، وهو ثلاثة أسداس ويبقى منه ثلاثة أسداس للمعتق منها سدس هو ثلث التركة بعد وفاء الدين وللورثة سدان وهما ثلثاها، وإن كانت قيمة العبد أقل من قدر الدين

(١) من لا يحضره الفقيه: في من أوصى وعليه دين ح ٥٥٢٨ ج ٤ ص ٢٢٤.

(٢) من لا يحضره الفقيه: في العتق وأحكامه ح ٣٤٥٢ ج ٣ ص ١١٨.

(٣) الكافي: في من أعتق وعليه دين ح ٢ ج ٧ ص ٢٧.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ١٨ في وصية الإنسان لعبده ... ح ٦ ج ٩ ص ٢١٨، والاستبصار: ب ٥ في الرجل يعتق عبده ... ح ١ ج ٤ ص ٧.

(٥) وسائل الشيعة: ب ٣٩ من أبواب أحكام الوصايا ح ٤ ج ١٣ ص ٤٢٣.

(٦) وسائل الشيعة: ب ٣٩ من أبواب أحكام الوصايا ح ١ ج ١٣ ص ٤٢٢.

(٧) وسائل الشيعة: ب ٣٩ من أبواب أحكام الوصايا ح ٢ ج ١٣ ص ٤٢٢.

مرتين بطل العتق فيه أجمع، وقد دلّ على الحكم الأخير ما عدا الموثق وما ذكر بعده.

وهذا المستفاد من هذه الأخبار خيرة «المقنعة» في الوصية والعتق، قال في الوصية: وإذا أوصى لإنسان بعتق مملوك له وكان عليه دين، فإن كانت قيمة العبد ضعفي الدين استسعى العبد في خمسة أسداس قيمته ثلاثة أسهم للدين وسهمان للورثة وسهم له، وإن كانت قيمته أقلّ من ذلك بطلت الوصية كذا في بعض نسخ «المقنعة» وفي بعض آخر: وإذا كان على الإنسان دين ولم يخلف إلا عبداً أو عبيداً فأعتقهم عند الموت نظر في قيمة العبد أو العبيد وما عليه من الدين، فإن كان أكثر من قيمة العبد بطل العتق وبيع العبد وتحاصن الغرماء بمنهم. وكذلك إن استوت القيمة والدين، فإن كانت قيمة العبد أكثر من الدين بالسدس أو الثلث ونحو ذلك يبيع العبد وبطل العتق، وإن كانت قيمة العبد ضعف الدين كان للغرماء النصف وللورثة الثلث وعتق منهم السدس، لأنّ لصاحبهم الثلث من تركته يصنع به ما شاء، فوصيته نافذة في ثلث ما يملكه وهو السدس، بهذا جاء الأثر عن آل محمد عليهم السلام.^١ ونحو ذلك ما في باب العتق^٢ منها فتارة جعل مورد النصّ الوصية وأخرى العتق. وكذا صنع الشيخ في «النهاية»^٣ فعبر في الوصية بأوصى وفي العتق بأعتق. ومثلها «المهذب»^٤ حيث عبر في «الباب بأوصى». ومثلها «الشيخ في التهذيب»^٥

(١) لم نثر على العبارة الأولى بعد النسخ الدقيق حتّى من الكامپتور.

(٢) المقنعة: في وصية الإنسان لعبده وعتقه ص ٦٧٦.

(٣) المقنعة: في العتق والتدبير والمكاتبة ص ٥٥٠.

(٤) النهاية: في الوصايا ص ٦١٠، وفي العتق ص ٥٤٥.

(٥) المهذب: فيما يصحّ من الوصايا وما لا يصحّ ج ٢ ص ١٠٨.

(٦) تهذيب الأحكام: ب ١٨ في وصية الإنسان لعبده وعتقه ... ج ٩ ص ٢١٦.

والاستبصار^١» حيث جمع فيهما بين الأخبار فاهماً منها الوصية. وكذلك المحقق في «نكت النهاية»^٢ في باب العتق. وقد مال إليه بلفظ الوصية في «الدروس»^٣ وفي «الكفاية»^٤ أنه متجه.

والحاصل أن هؤلاء لم يفرّقوا هنا بين الوصية والتنجز. وكذلك ابن إدريس^٥ جعل كلام الشيخ في «النهاية» في الوصية الوارد بأوصى والعتق الوارد بأعتق من سنخ واحد حيث نقل كلامه في الباين ولم يفرّق بينهما. والمحقق في وصايا «نكت النهاية»^٦ والنافع^٧ والشرائع^٨ والمصنّف في «تبصرة»^٩ وأبو العباس في «المهذب البارع»^{١٠} والمقتصر^{١١} وافقوا الشيخين والقاضي في خصوص المنجز أعني ما إذا أعتق في مرض الموت لا ما إذا أوصى، فإنهم وافقوا فيه ابن إدريس. وإليه مال في «اللمعة»^{١٢} والدروس^{١٣} والحواشي^{١٤} وإيضاح النافع» وكل ما شرط فيه لصحة العتق كون قيمته ضعف الدين مستندين إلى لفظ الرواية التي هي الأصل

(١) الاستبصار: ب ٥ في الرجل يعتق عبده عند الموت وعليه دين ج ٤ ص ٧.

(٢) النهاية ونكتها: في العتق وأحكامه ج ٣ ص ١٨.

(٣) الدروس الشرعية: فيما يعتبر في الموصى له ج ٢ ص ٣٠٧.

(٤) كفاية الأحكام: في الموصى له ج ٢ ص ٥٠ - ٥١.

(٥) السرائر: فيما يصح من الوصايا وما لا يصح ج ٣ ص ١٩٩.

(٦) النهاية ونكتها: فيما يصح من الوصايا وما لا يصح ج ٣ ص ١٤٩ - ١٥٠.

(٧) المختصر النافع: في الموصى له ص ١٦٤.

(٨) شرائع الإسلام: في الموصى له ج ٢ ص ٢٥٣ - ٢٥٤.

(٩) تبصرة المتعلمين: في الوصايا ص ١٢٦.

(١٠) المهذب البارع: في الوصايا ج ٣ ص ١٠٧ - ١٠٨.

(١١) المقتصر: في الوصايا ص ٢١٦.

(١٢) اللمعة الدمشقية: في متعلق الوصية ص ١٧٨.

(١٣) الدروس الشرعية: فيما يعتبر في الموصى له ج ٢ ص ٣٠٧.

(١٤) لم نعر عليه.

في الباب وهي واردة فيمن أعتق وهو يقتضي التنجيز. وفي «كشف الرموز»^١ أن ابن إدريس توهم أن الرواية وردت بلفظ الوصية ونحوه ما في «نكت النهاية»^٢ في باب الوصايا لا العتق.

قلت: قد أطلق لفظ الوصية في صحيحة عبد الرحمن على الإعتاق أربع مرّات في كلام المعصوم والراوي مقرراً له بل الظاهر منها اتحاد حكم الوصية والمنجز بل كادت تكون نصّة في ذلك، فيحتمل حمل الإعتاق فيها على الأعمّ من المنجز والمعلّق وعلى الأخصّ. وهو الوصية كما فهمه منها ابن إدريس في عتق «السرائر»^٣ ووصاياها. ولو فهم منها التنجيز لوجب عليه أن يحكم بمضى العتق في الحال، لأنّ المنجزات عنده من الأصل كما صرح به هو في وصايا «السرائر»^٤ بعد كلامه على الشيخ من دون فاصلة أصلاً.

وهو أي الحمل - على الوصية - هو الظاهر غاية الظهور من وصايا «المقنعة»^٥ والنهاية^٦ والمهذب^٧ وعتق «التهذيب»^٨ والاستبصار^٩ حيث جمع فيهما بين صحيحة الحلبي التي هي نصّ في الوصية كما ستسمع وبين صحيحة عبد الرحمن، فلا تصح إلى قوله في «الرياض» إنّ الطائفة متّفقة قديماً وحديثاً موافقاً ومخالفاً

(١) كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٧٤.

(٢) النهاية ونكتها: فيما يصحّ منها وما لا يصحّ ج ٣ ص ١٥٠.

(٣) السرائر: في أحكام العتق ج ٣ ص ١٤، وفي الوصايا ص ١٩٩.

(٤) السرائر: في أحكام العتق ج ٣ ص ١٤، وفي الوصايا ص ١٩٩.

(٥) المقنعة: في وصية الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته ص ٦٧٦.

(٦) النهاية: في الوصايا ص ٦١٠.

(٧) المهذب: فيما يصحّ من الوصايا وما لا يصحّ ج ٢ ص ١٠٨.

(٨) تهذيب الأحكام: ب ١ في العتق وأحكامه ذيل ج ٧٤ ص ٢٣٣.

(٩) الاستبصار: ب ٥ في الرجل يعتق عبده عند الموت ... ذيل ج ٥ ص ٩.

على عدم احتمالهم لهذا الاحتمال فيها - أي الصحيحة - وإن اختلفوا في فهم المعنى الحقيقي منها كما يفهم من الشهيد الثاني والأعم منه ومن الوصية كما هو ظاهر جماعة انتهى^١. وأنت قد عرفت الحال من دون شبهة ولا إشكال، لأن كلام ابن إدريس كأنه نص صريح في ذلك.

وكيف كان فإن جرينا في الرواية على ما فهمه منها الشيخان والقاضي وابن إدريس تكون نصاً في الوصية، وأما المنجز فالقائل بأنه من الأصل يقول لا دلالة فيها عليه كابن إدريس والقائل بأنه كالوصية يلحقه بها لاتحاد الطريق والمناط المنقح له الإجماع من القائلين بأنه من الثلث بل والعقل، وإن فهمنا منها ما فهمه منه المحقق في «الشرائع» حيث فصل وكذا «النافع» على ما فهم منه جماعة من أنها واردة في المنجز قلنا؛ شمولها للوصية بالأولية. فإنه إذا بطل العتق المنجز مع قصور قيمة العبد عن ضعف الدين مع قوة المنجز من وجهين؛ الأول؛ إنه تصرف صادر من صاحب المال في ماله، والثاني؛ إن الإجماعات محكمة على نفوذه من الأصل كما بيناه^٢ في باب الحجر، فبالأولى أن يبطل في الوصية التي هي الأضعف. وتلك الأصول يجب تخصيصها بالأخبار القطعية الصدور التي قد عمل بها قدماء الأصحاب في تلك الأعصار وأودعوه في كتب الفتاوى والأخبار قائلين بذلك جاء الأثر عن آل محمد عليهم السلام كما سمعته^٣ عن «المقنعة» إلى زمن ابن إدريس فردّها بناء على أصله الفاسد، وتبعه أكثر المتأخرين مستنديين إلى تلك الأصول وإلى صحيحة الحلبي المحمولة على التقيّة، لأنه مذهب العامة في تلك

(١) رياض المسائل؛ في الوصية للمملوك ج ٩ ص ٤٦٤.

(٢) تقدّم في ج ٥ ص ٢٩٧.

(٣) تقدّم في ص ٥٢٦ هامش ٩.

الأزمة كما ذكره العلامة المجلسي^١ وأفصحت به صحيحة عبدالرحمن، على أن الشيخ في «التهذيبين» وجماعة تأولوها بما ستسمع إن شاء الله، على أنها مضمرة في «التهذيبين» نعم هي مسندة في «الفقيه»^٢ رواها عن حماد عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام لكن طريقه إلى حماد عن الحلبي مجهول وإن كان طريقه إلى الحمادين صحيحاً، إذ يقال مثل ذلك في المقام فتأمل.

ومتن الخبر أنه قال في الرجل يقول: إن مت فعبدي حرّ وعلى الرجل دين، فقال: إن توفّي وعليه دين قد أحاط بضمن العبد استسمي العبد في قضاء دين مولاه وهو حرّ به إذا أوفاه، كذا في «الفقيه» في نسخة عتيقة معربة محشاة مصححة. وفي «التهذيبين»^٣ بعد قوله قد أحاط بضمن العبد: يبيع العبد وإن لم يكن أحاط بضمن العبد استسمي العبد في قضاء دين مولاه وهو حرّ إذا أوفاه. وقد تأوله الشيخ والجماعة^٤ بحمله على كون الدين نصف القيمة ليوافق الأخبار الصحيحة. ومع ذلك لم يتعرض فيه لحقّ الورثة مع أن لهم من قيمته إذا زادت عن الدين حقاً، وقد وسمعتها في «جامع المقاصد»^٥ بأنها حسنة. وهي صحيحة في «التهذيبين» جزماً غير أنها فيهما غير مسندة وقد رواها على وجه ليس في «الفقيه والتهذيبين» ولعله ظفر بها في باب آخر من أحد الكتب الثلاثة.

فهذه الرواية لا تعارض تلك الأخبار وإن اعتضدت بالأصول والشهرة

(١) نقله عنه في رياض المسائل: ج ٩ ص ٤٦٤.
 (٢) من لا يحضره الفقيه: في العتق وأحكامه ج ٣٤٥٦ ص ٣ ص ١١٩.
 (٣) تهذيب الأحكام: ب ١٨ في وصية الإنسان لعبده ... ج ٧ ص ٩ ص ٢١٨، والاستبصار: ب ٥ في الرجل يعتق عبده ... ج ٥ ص ٤ ص ٩.
 (٤) منهم صاحب الرياض المسائل: في الوصية للمملوك ج ٩ ص ٤٦٢ - ٤٦٤، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في شرائط الموصى له ج ٦ ص ٢٢٨.
 (٥) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٠٥ - ٢٠٦.

وقيل: إن كانت قيمته ضعف الدين عتق وسعى في خمسة أسداس قيمته ثلاثة للديان وسهمان للورثة، وإن كانت أقل بطلت. وكذا لو نجز عتقه في مرض الموت.

المتأخرة، لأننا ندعي أن تلك الأخبار مجمع عليها قبل ابن إدريس، وكم من قاعدة خصصناها بمثل هذه الأخبار أو بما هو دونها في القوة ولا مانع من أن يكون العتق مستثنى من تلك القواعد كما هو الشأن فيما إذا أوصى بعتق عبيده وليس له سواهم، فإنهم حكموا^١ بأنه يعتق ثلثهم بالقرعة، مع أن قواعد الوصايا أنها إذا وقعت دفعة قسّط عليها الثلث بالسوية، وأخبار تلك ليست بأقوى من أخبار المسألة. ولعلّه لذلك قال في «النافع»^٢ فيه وجه آخر ضعيف بأن يكون أراد بالوجه الآخر ما ذهب إليه المصنّف هنا والجماعة من أنه يستسمى فيما زاد مطلقاً كما هو الظاهر. ويحتمل أن يكون أراد به أن المنجزات تخرج من الأصل في الحال. وقد كنّا في باب الحجر^٣ قوينا أن المنجزات تخرج من الأصل. ويقوى عندي الآن من هذه الأخبار وفتاوى الأصحاب أنها من الثلث كالوصية عدا أمور أخر ذكرناها هناك.

قوله: «وقيل: إن كانت قيمته ضعف الدين عتق وسعى في خمسة أسداس قيمته ثلاثة للديان وسهمان للورثة، وإن كانت أقل بطلت. وكذا لو نجز عتقه في مرض الموت» قد تقدّم^٤ الكلام مسبقاً

(١) كما في شرائع الإسلام: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٢٥٢.

(٢) المختصر النافع: في الموصى له ص ١٦٤.

(٣) تقدّم في ج ٥ ص ٢٩٧ - ٣٠٠.

(٤) تقدّم في ص ٥٢٥ راجع.

ولو أوصى بعق ممالكه دخل ما يملكه منفرداً ومشتركاً فيعتق
النصيب ويقوم عليه من الثلث على إشكال

مشبعاً وقال جماعة: لا خلاف من القائلين بأن المنجزات كالوصية من الثلث في
أنه يستسمى إذا كانت قيمته ضعف الدين، وإنما الخلاف فيما إذا كانت أقل من
الضعف، فناس على أن الوصية تبطل، وناس أنها لا تبطل ويستسمى، وفصل
آخرون فقالوا: إن كان العتق منجزاً وكانت قيمته أقل بطلت، وإن كان وصية
استسمى فيما زاد كائناً ما كان بمعنى وإن كانت قيمته أقل من الضعف كما تقدم^١
بيانه.

قوله: «ولو أوصى بعق ممالكه دخل ما يملكه منفرداً ومشتركاً
فيعتق النصيب ويقوم عليه الباقي من الثلث على إشكال» وكذا
لا ترجيح في «التحرير»^٢ والإيضاح^٣ والكفاية^٤ وما زاد في «النافع»^٥
والتلخيص^٦ على قوله: دخل المنفرد والمشارك، فكأنهما أيضاً مترددان. وقال
الشيخ في «النهاية» أعتق من كان في ملكه وقوم من كان في الشركة وأعطى حقه
إن كان ثلثه يحتمل، فإن لم يحتمل أعتق منه بقدر ما يحتمله^٧. وتبعه القاضي على

(١) تقدم في ص ٥٢٦ - ٥٢٧.

(٢) تحرير الأحكام، في تصرفات المريض ج ٣ ص ٣٩١.

(٣) إيضاح الفوائد: في الموصى به ج ٢ ص ٥٣١.

(٤) كفاية الأحكام: في الموصى له ج ٢ ص ٤٧.

(٥) المختصر النافع: في الموصى له ص ١٦٤.

(٦) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٥.

(٧) النهاية: في الوصية المبهمة والوصية بالعتق والحبص ص ٦١٦ - ٦١٧.

ما حكى^١، ولعلّه في غير «المهذب» وابن سعيد في «الجامع»^٢ والمصنّف في «المختلف»^٣ وهو الظاهر من المحمّدين الثلاثة في «كتب الأخبار» كما ستعرف. ومال إليه أو قال به في «غاية المراد»^٤ وفي عتق «الدروس»^٥ أنّه أنسب لسبب السبب على الموت^٦، لأنّه أوجد سبب العتق بالوصيّة فكان معتقاً، ومن ثمّ كان له ولاؤه إلّا أن تقول: هذا سبب ناقص والسبب التامّ للسراية العتق مع اليسار واليسار هنا منتف، أو نقول: السبب العتق لا الوصيّة به.

وقد استدلّ عليه في «الإيضاح»^٦ وجامع المقاصد^٧ بعموم قوله ﷺ: من أعتق شقصاً من عبد عتق عليه كلّهُ^٨، كذا رواه في «الإيضاح» ورواه في «جامع المقاصد» سري عليه العتق في باقيهِ^٩، لكن لم أجد هذا المتن بطرفيه فيما حضرني من أخبار الباب، نعم هناك عمومات أخر واضحة.

والأولى الاستدلال عليه بما رواه المشايخ الثلاثة^{١٠} بطرق صحيحة إلى أحمد ابن زياد، وقد قال الأستاذ: إنهم قالوا إنّه ثقة فاضل، قال: وذكره الصدوق كذلك

(١) حكاه عنه العلامة في المختلف: في الوصايا ج ٦ ص ٣٨٦.

(٢) الجامع للشرائع: في الوصية ص ٤٩٦.

(٣) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٨٦.

(٤) غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٤٨٤.

(٥) الدروس الشرعية: في العتق ج ٢ ص ٢١٠.

(٦) إيضاح الفوائد: في الوصايا ج ٢ ص ٥٣١.

(٧) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٠٧.

(٨) عوالي اللآلي: في العتق ج ٢ ص ٢٩٨ ح ٣.

(٩) عوالي اللآلي: في العتق ج ٢ ص ٢٩٨ ح ٢ و ٣.

(١٠) الكافي: في من أوصى بعتق أو صدقة أو حج ج ١٧ ص ٧، ومن لا يحضره الفقيه: في

الوصية بالعتق ح ٥٤٩٧ ج ٤ ص ٢١٣، وتهذيب الأحكام: في وصية الإنسان لعبده ح ٢٢

ج ٩ ص ٢٢٢.

في كمال الدين زائداً عليه رحمة الله عليه. وقال أيضاً: قد أكثر هو من الرواية عنه. ومرّ في إبراهيم بن رجاء ذكره مترضياً عليه عن الشيخ في «الفهرست»^١، فلا تصغ إلى تضعيفه في «التذكرة»^٢ وغيرها^٣ بأنّ الشيخ قال: بأنّه واقفي مع أنّ الرواية هنا يحتمل أن تكون عن الرضا^٤، ومن البعيد جداً أن يقف عليه ويروي عنه، على أنّه قد روى عنه هنا من لا يروي إلّا عن ثقة كأحمد بن أبي نصر وأحمد بن عيسى، وإن قلنا بمقالة بعض^٥ متأخري المتأخريين بأنّه يكفي تقدّم صاحب إجماع ارتفع الإشكال والنزاع لكنّها مقالة رديئة جداً لم نجد لها أثراً في كلام العلماء كما نَبّهنا على ذلك مراراً في مواضع وهذا منها - عن أبي الحسن^٦ قال: سألته عن رجل تحضره الوفاة وله المماليك لخاصّة نفسه وله ممالك في شركة رجل آخر فيوصي في وصيّته ممالك أحرار، ما حال ممالك الذين في الشركة؟ فكتب: يقولون عليه إن كان ماله يحتمله فهم أحرار وليس فيه شيء إلّا أنّه كتابة وليس فيها إلّا احتمال التقيّة، وهي مخالفة للشافعي^٧. فكان الواجب أن يتّقيه لأنّه قائل بمقالة «المبسوط»^٨ ولم يتعرّض للفرع من العائمة أحد غيره. وما في «التنقيح»^٩ غير منقّح ولا صحيح من احتمال انصراف العتق إلى ما يخصّه، لأنّه إذا لم يحتمل الثلث جميع عبيده لم يعتق إلّا قدر الثلث، إذ السؤال فيها عن حال ممالك الذين في

(١) منهج المقال: ج ٢ ص ٨٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالعتق ج ٢ ص ٤٨٧ س ١٣.

(٣) كالمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٠٨.

(٤) معارج الأصول: فصل الثالث في الراوي ص ١٥١، ونهاية الأصول: في المرسل ج ٣ ص ٤٦١.

(٥) المغني لابن قدامة: في العتق ح ١٢ ص ٢٥٩، والمجموع: ج ١٦ ص ٧.

(٦) المبسوط: في الوصايا ح ٤ ص ٦٦.

(٧) التنقيح الرائع: في سريّة العتق وأسبابها ج ٣ ص ٤٥٠ - ٤٥٤.

الشركة، فقال: يقومون عليه، ومثله احتمال ورودها في العتق المنجز حال الحياة، لأنه يردّه قوله: فيوصي في وصيته ماليكي أحرار.

وفي «المبسوط»^١ والسرائر^٢ أنه لا يقوم عليه نصيب شريكه بل يعتق منهم وإن كان غنياً، لأن ملكه زال عين ملكه بالموت إلا القدر الذي استثناء. وهو خيرة «الشرائع»^٣ والتذكرة^٤ والإرشاد^٥ والتنقيح^٦ وإيضاح النافع والمسالك^٧ والروض^٨ لأن إعتاق بعض الرقيق إنما يسري إلى الباقي إذا كان المعتق مالكا للباقي أو كان مؤسراً وبالموت زال ملكه عن سائر أمواله، بخلاف ما لو أعتق البعض وهو حي مريض وقوله ﷺ: من أعتق شقصا، لا يتناول الميت أو لا يعدّ معتقاً وإن أسند الإعتاق عليه ولم يجيبوا عن ثبوت الولاء والخبر الصحيح على الظاهر الصريح المعمول به يأتي على ذلك كله. وفي «جامع المقاصد» أن في قول الشيخ قوة^٩. قلت: وينبغي أن يكون مذهباً للسيد بن طاووس^{١٠} في «الحسرى والبشرى» لأنه يذهب فيها إلى بطلان السراية بالكلية وإن كان المعتق حياً غنياً لضعف أخبارها عنده، وقد حكى الإجماع على خلافه.

(١) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٦٦.

(٢) السرائر: في أحكام العتق ج ٣ ص ١٩.

(٣) شرائع الإسلام: في السراية ج ٣ ص ١١١.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية في العتق ج ٢ ص ٤٨٧ س ٨.

(٥) إرشاد الأذهان: في السراية ج ٢ ص ٦٨.

(٦) التنقيح الرائع: في سراية العتق وأسبابها ج ٣ ص ٤٥١.

(٧) مسالك الأفهام: في سراية العتق ج ١٠ ص ٣٢٤ - ٣٢٥.

(٨) لا يوجد لدينا الروض بل يستفاد من حاشية الإرشاد (ضمن غاية المراد): في الوصايا ص ٤٨٤.

(٩) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٠٨.

(١٠) لا يوجد لدينا كتابه، وذكره عنه الشهيد في الدروس: في شروط السراية ج ٢ ص ٢١٠.

ولو أوصى بعق عبده ولا تركه غيرهم عتق ثلثهم بالقرعة

وأما دخول المختص والمشارك في ذلك فلا كلام فيه كما في «إيضاح النافع» وفي «المسالك»^١ أنه واضح، وفي «الرياض»^٢ لا خلاف فيه. وقد حكى فيه عن بعض الأجلّة - والظاهر أنه صاحب «الحدائق»^٣ - إنه قال: إن الحلّي والمتأخرين كافة على مخالفة الشيخ وأنهم اختاروا عدم السراية لمخالفتها الأصل، وقد سمعت^٤ إن ابن سعيد والشهيد قد وافقا الشيخ وأن جماعة لم يرجحوا وأن جماعة لم يتعرضوا له مع أنهم شارحون لكلام من تعرض له «مكاشف الرموز» وفخر الإسلام على «الإرشاد» وأبي العباس في كتابيه وغيرهم. وما زال هذا الشيخ الأخباري يستلف ويجازف فيما هو أعظم من هذا مع أن الأمر في هذا أيضاً ليس بسهل.

مركز تحقيق التراث - مكتبة جامعة القاهرة

[فيما لو أوصى بعق مماليكه ولا تركه غيرهم]

قوله: «ولو أوصى بعق عبده ولا تركه غيرهم عتق ثلثهم بالقرعة» كما في «المراسم»^٥ والمبسوط^٦ وجامع الشرائع^٧ والشرائع^٨ والنافع^٩

(١) مسالك الأفهام: في سرية العتق ج ١٠ ص ٢٢٦.

(٢) رياض المسائل: فيما يعتبر في متعلق الوصية ج ٩ ص ٥٢٣.

(٣) الحدائق الناضرة: في الوصايا ج ٢٢ ص ٤٤٦.

(٤) تقدّم في ص ٥٢٨ هامش ١٤ و ١٧.

(٥) المراسم: في أحكام الوصية ص ٢٠٤.

(٦) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٢٢.

(٧) الجامع للشرائع: في الوصية ص ٤٩٦.

(٨) شرائع الإسلام: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٢٥٢.

(٩) المختصر النافع: في أحكام الوصية ص ١٦٧.

والتذكرة^١ والتحرير^٢ والإرشاد^٣ والتلخيص^٤ والتبصرة^٥ وجامع المقاصد^٦ والمسالك^٧ والروض^٨ والكفاية^٩ والمفاتيح^{١٠} والروض^{١١} وفيه: إنه لا خلاف فيه^{١٢}، وكأنه لم يظفر بكلام المحقق في «نكت النهاية» فإنه ذهب إلى استحباب القرعة كما ستسمع^{١٣}. وفي «الكفاية» أنه المعروف بينهم^{١٤}.

ولا ريب أن ذلك إذا لم يجز الوارث كما صرح بذلك في أكثر هذه. وقد خلى بعضها عن التقييد بعدم تركه غيرهم كالمراسم ولا ريب أيضاً في أنه مراد لهم، كما أنه لا ريب في أن القرعة إنما هي بعد تعديلهم أثلاثاً بالقيمة (أو العدد خ) ولو توقف التعديل (أو العدد خ) على إدخال جزء من أحدهم أدخل كما ستعرف. وقد ذكر في «المقنع»^{١٥} والمقنعة^{١٦} والنهاية^{١٧} والسرائر^{١٨} واللمعة^{١٩} والروضة^{٢٠} بدل هذه

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالعتق ج ٢ ص ٤٨٧ عن ١٨.

(٢) تحرير الأحكام: في الموصي به ج ٣ ص ٣٥٢.

(٣) إرشاد الأذهان: في المبهمة من الوصايا ج ١ ص ٤٦٢.

(٤) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٥.

(٥) تبصرة المتعلمين: في الوصايا ص ١٢٩.

(٦) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٠٨.

(٧) مسالك الأفهام: في أحكام الوصية ج ٦ ص ٢١٠.

(٨) لا يوجد لدينا الروض لكن يستفاد من ظاهر حاشية على الإرشاد (ضمن غاية المراد): في الوصايا ص ٤٩٨.

(٩) كفاية الأحكام: في أحكام اللواحق الوصية ج ٢ ص ٦١.

(١٠) مفاتيح الشرائع: في حكم الوصية بالعتق ج ٣ ص ٢٢٨.

(١١) رياض المسائل: في مسائل الوصية بالعتق ج ٩ ص ٥٤٠.

(١٢) سيأتي في ص ٥٣١ هامش ١.

(١٣) كفاية الأحكام: في الأحكام اللواحق من الوصية ج ٢ ص ٦١.

(١٤) المقنع: في الوصايا ص ٤٨١.

(١٥) المنقعة: في وصية الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته ص ٦٧٦.

(١٦) النهاية: في الوصايا ص ٦١٥.

مسألة أخرى، وهي ما إذا أوصى بعق ثلث عبيده فإنهم قالوا يستخرج الثلث بالقرعة، قالوا: لأنه كما لو قال أعتقتكم أو أوصيت بعقكم بل في «التذكرة» أنه لو كان له ثلاثة عبيد متساوية القيمة ولا شيء له غيرهم فأعتق في مرض الموت ثلث كل واحد منهم فقال أثلاث هؤلاء أحرار أو ثلث كل واحد حر فإن الأصح من وجهي الشافعية أنه يقرع بينهم لتجتمع الحرية في واحد، فإن عتق المالك لا يتجزأ وإعتاقه بعض مملوكه كإعتاقه كله، فكأنه قال: أعتقت هؤلاء، ولو قال ذلك أقرعنا بينهم بسهم حر وسهمي رق^{٢٠} انتهى. والغرض بيان أن لافرق بين أن يوصي بعق عبيده أو بعقهم في مرض موته ولا تركة غيرهم وبين أن يوصي بعق ثلث عبيده أو بعقته في مرض موته بل ولا بين أن يوصي بعق ثلث كل واحد منهم ولا تركة غيرهم، فيكون الصدوق والمفيد والشيخ في «النهاية» وابن إدريس والشهيدان في «اللمعة والروضة» موافقين على القرعة في مسائلنا، لأن الجميع من سنخ واحد. وفي عتق «الكفاية» إذا أعتق ثلث عبيده استخرج الثلث بالقرعة، والظاهر أنه موضع وفاق. وتدل عليه رواية محمد بن مروان^{٢١}. ولا يختص الحكم بالثلث بل يجري في كل جزء مشاع. وفي حكمه ما لو أوصى بعق ثلث عبيده أو أوصى بعق الجميع ولم يكن سواهم^{٢٢} انتهى.

والحاصل أنه إذا أوصى بعقهم جميعاً أو أعتقهم جميعاً ولا تركة سواهم عتق ثلثهم بالقرعة وإن خالف قواعد الوصايا. وكذلك الحال لو قال: ثلث كل واحد

(١٧) السرائر: في الوصية بالعتق ج ٣ ص ٢١٢.

(١٨) اللعة الدمشقية: في متعلق الوصية ص ١٧٨.

(١٩) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٤٣.

(٢٠) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالعتق ج ٢ ص ٤٨٧ س ١٤.

(٢١) وسائل الشيعة: في أحكام الوصايا ج ١ ص ١٣ ص ٤٦٤.

(٢٢) كفاية الأحكام: في بعض الأحكام المتعلقة بالعتق ج ٢ ص ٤٤٦.

منكم حرّاً أو أثلاثكم أحرار ولم يكن له مال سواهم، وأنّه إذا أعتق ثلثهم أو أوصى بعتقه عتق ثلثهم بالقرعة سواء كان له مال سواهم أم لا. والوجه في الأوّل أنّ عتق بعض كلّ واحد يوجب الإضرار بالوارث حيث يوجب سعي كلّ واحد في باقيه فيلزم عتق جميعهم وأنّ الغرض من الإعتاق تخليص الشخص من الرقّ ليكمل حاله، وهذا الغرض لا يحصل مع التبويض لبقاء أحكام الرقّ. وقد روى العامة^١ عن عمرو بن أبي حصين: أنّ رجلاً أعتق ستّة ممالك مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم، فدعى بهم رسول الله ﷺ فجزّأهم أثلاثاً ثمّ أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرقّ أربعة. ولعلّه يلوح منه عدم وجوب التعديل، إذ من البعيد اتّفاق الستّة في القيمة. وفي صحيحة محدّد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يكون له المملوكون فيوصي بعق ثلثهم؟ قال: كان علي عليه السلام يسهم بينهم^٢ وروى محدّد بن مروان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إنّ أبي ترك ستّين مملوكاً فأقرعت بينهم فأخرجت عشرين فأعتقتهم^٣، فالظاهر أنّه عليه السلام أوصى بعق ثلثهم ولما كان عتقهم كلّهم حيث لا مال غيرهم يرجع إلى عتق ثلثهم وقد جاءت الأخبار في حال ذلك كأنّ الحكم في المسألتين واحداً والدليل واحد مع انعقاد الإجماع من المسلمين على ذلك بمعنى عدم تقسيط الثلث عليهم بالسويّة كما هو الشأن في الوصايا إذا وقعت دفعة والمعظم كما عرفت على القرعة.

وقال المحقّق في «نكت النهاية» الوجه عندي في القرعة الاستحباب، لأنّ للوارث أن يعيّن للعتق الثلث كما كان للمالك، والروايتان حكاية حال لا تقضيان

(١) سنن البيهقي: في الوصايا ج ٦ ص ٢٦٦.

(٢) وسائل الشيعة: ب ٦٥ من أبواب العتق ح ١ ج ١٦ ص ٦٥.

(٣) وسائل الشيعة: ب ٦٥ من أبواب العتق ح ٢ ج ١٦ ص ٦٥.

العموم ولا الوجوب^١. قلت: الصحيحة وقعت في جواب سؤال فتقتضي العموم وإن كانت حكاية حال مع مخالفته للإجماع المعلوم والمحكي عن ظاهر «الكفاية» كما سمعت^٢. وقد ذكر الشهيد في «الدروس» أن المروي عن النبي ﷺ وعن علي عليه السلام والصادق عليه السلام تجزئتهم؛ ثلاثة أجزاء، فحينئذ يقرع بكتابة أسماء العبيد فإن خرج على الحرية كفت الواحدة وإلا أخرج الرقعتين^٣. قلت: وبذلك صرح في «نكت النهاية»^٤.

وذلك بأن نفرض أن العبيد ستة وقيمة كل منهم مائة درهم، فتكتب ثلاث رقعات في كل رقعة اسم اثنين ونشوشها، ونقول لشخص آخر أخرج رقعة باسم المعتقين، فكل رقعة خرجت كان فيها من المكتوبين معتقا ويبقى أربعة مملوكين، أو نقول له: أخرج على المملوكين فيخرج رقعتين، ويجوز كتابة الحرية في رقعة والرقية في رقعتين وتخرج على أسمائهم. وهذا حكم الثلث وفي الربع مثلاً نظيره فإن تجزأ العبيد أربعة أجزاء ويخرج نحو ما ذكر، أو تكتب الحرية في واحدة والرقية في ثلاثة وتخرج على أسمائهم ولا يخفى أن جمع اثنين على حكم واحد يمنع من افتراقهما في الرقية والحرية، ومن الممكن خروج أحدهما رقاً والآخر حرّاً.

وهناك وجه ثالث وهو أن يكتب ست رقاع في الفرض المذكور بأسماء الستة وتخرج واحدة واحدة بالحرية والرقية إلى أن يستوفي المطلوب، أو يكتب في اثنتين حرية وفي أربع رقية ثم تخرج على واحد واحد إلى أن يستوفيه، لكن

(١) النهاية ونكتها: في العتق وأحكامه ج ٣ ص ٢٠.

(٢) تقدّم في ص ٥٣٠ رقم ١٧.

(٣) الدروس الشرعية: في العتق ج ٢ ص ١٩٨.

(٤) النهاية ونكتها: في العتق وأحكامه ج ٣ ص ٢٠.

المشهور بين الأصحاب كما في «الكفاية» هو ما سبق لوروده في الرواية^١. ويمكن الجمع بين هذا الوجه - أي الثالث - وما في الرواية بأن يقرع أولاً في استخراج صورة الجمع من الصور المختلفة الممكنة ثم يقرع على الوجه المذكور في الرواية. ولعله أحوط. ثم إن تساوت الأثلاث عدداً وقيمة مع إمكان التعديل أثلاثاً فالأمر واضح، سواء تساوت قيمة الجميع أو اختلفت كستة قيمة ثلاثة منهم ستمائة كل واحد مائتان وثلاثة ثلاثمائة كل واحد مائة فيضم الأعلى إلى الأدنى ويجعلان ثلثاً. ولو اختلف التعديل قيمة وعدداً مع إمكان الأمرين ففي ترجيح اعتبار القيمة أو العدد وجهان. وقد رجح المحقق في «نكت النهاية» القيمة، لأن المال المشترك إذا لم يمكن قسمته عدلاً بالقيمة كالثلث والشياب، وهنا للحرية نصيب وللرقية نصيب متشبه بالأجزاء، فيعدل في قسمته إلى القيمة تفصيلاً من حيف أحد الطرفين^٢. قلت: ولأن المقصود الذاتي من العبد المالية وفي «الكفاية» أن بعضهم رجح اعتبار العدد موافقة للمروى من فعل النبي ﷺ والإمام ﷺ لاستبعاد تساوي الستة قيمة. ولا يبعد اعتبار العدد فيما لو اعتق الثلث واعتبار القيمة فيما لو أوصى بعق الجميع ولم يكن له مال سواهم^٣. فتأمل. هذا وقد تقدم^٤ لنا أن القرعة إما كاشفة عما هو معين في نفس الأمر واشتبه أو مرجحة، وهي هنا مرجحة.

(١) كفاية الأحكام: في بعض الأحكام المتعلقة بالعتق ج ٢ ص ٤٤٧.

(٢) النهاية ونكتها: في العتق وأحكامه ج ٣ ص ٢٠.

(٣) كفاية الأحكام: في بعض الأحكام المتعلقة بالعتق ج ٢ ص ٤٤٨.

(٤) تقدم في ص ٤٨٠.

ولو رتب بدأ بالأوّل فالأوّل حتّى يستوفى الثلث ١

[فيما لو أوصى بأمر متعدّد]

قوله: «ولو رتب بدأ بالأوّل فالأوّل حتّى يستوفى الثلث» كما في «النهاية»^١ والمبسوط^٢ والسرائر^٣ وجامع الشرائع^٤ والشرائع^٥ والنافع^٦ والتذكرة^٧ والتحرير^٨ والإرشاد^٩ والتلخيص^{١٠} والتبصرة^{١١} وجامع المقاصد^{١٢} والروض^{١٣} والمسالك^{١٤} والمفاتيح^{١٥} والرياض^{١٦} مع التصريح بأنّه يبطل في الزائد. وفي «الرياض» أنّه لا خلاف فيه. وقد طفحت عباراتهم بأنّه إذا أوصى بأمر متعدّد ولم يكن فيها واجب بدأ بالأوّل فالأوّل حتّى يستوفى الثلث ويبطل الباقي إن

مركز تحقيق مكتبة علوم إسلامي

- (١) النهاية: في الوصايا ص ٦١٥.
- (٢) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٤٨.
- (٣) السرائر: في الوصية بالعتق ج ٣ ص ٢١٢.
- (٤) الجامع للشرائع: في الوصية ص ٤٩٦.
- (٥) شرائع الإسلام: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٢٥٢.
- (٦) المختصر النافع: في أحكام الوصية ص ١٦٧.
- (٧) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالعتق ج ٢ ص ٤٨٧ س ٢٨.
- (٨) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٥٢.
- (٩) إرشاد الأذهان: في المبهمة من الوصايا ج ١ ص ٤٦٢.
- (١٠) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٥.
- (١١) تبصرة المتعلّمين: في الوصايا ص ١٢٩.
- (١٢) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٠٩.
- (١٣) لا يوجد لدينا الروض، لكن يستفاد من ظاهر حاشيته على الإرشاد (ضمن غاية المراد): في الوصايا ص ٤٩٨.
- (١٤) مسالك الأفهام: في أحكام الوصية ج ٦ ص ٢١٠.
- (١٥) مفاتيح الشرائع في حكم الوصية بالعتق ج ٣ ص ٢٢٨.
- (١٦) رياض المسائل: في مسائل الوصية بالعتق ج ٩ ص ٥٤٠.

ولو أوصى بعق عدد معين من عبيده ولم يعينهم استخرج العدد بالقرعة إلى أن يستوفي الثلث،

لم يجز الوارث، وهو يشمل ما نحن فيه. والمراد بالأول ما قدمه في الذكر ولم يعقبه بما ينافيه سواء عطفه بأحد حروف العطف أم قطعه كأن قال أعتقوا سالماً أعتقوا غانماً. ولا فرق فيما نحن فيه بين أن يقع المرتب متصلاً في وقت واحد عرفي أو في زمانين متباعدين كعدوة وعشيّة وإن فرّق بعضهم في غيره للأصل ومارواه المشايخ الثلاثة في الصحيح إلى الحسن بن محبوب عن أبي جميلة عن حران عن أبي جعفر عليه السلام في رجل أوصى عند موته فقال أعتق فلاناً وفلاناً حتى ذكر خمسة، فنظر في ثلثه فلم يبلغ ثلثه أثمان قيمة المالك الخمسة الذين أمر بعقهم، فقال: يقوموا وينظروا إلى ثلثه فيعتق منهم أول من سمي ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع ثم الخامس، فإن عجز الثلث كان ذلك في الذين سماهم أخيراً، لأنه أعتق بعد مبلغ ما لا يملك فلا يجوز له ذلك^١، كذا في «المهذب^٢» والموجود في كتب الاستدلال^٣ فقال: ينظر إلى الذين سماهم وبدأ بعقهم فيقومون وينظر إلى ثلثه فيعتق منه أول شيء ذكره ثم الثاني والثالث ثم الرابع والخامس، فإن عجز الثلث كان في الذين سمي أخيراً، لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك. قوله: «ولو أوصى بعق عدد معين من عبيده ولم يعينهم ويحتمل تخير الورثة.

(١) وسائل الشيعة: ب ٦٦ في أحكام الوصايا ج ١ ص ١٣ ص ٤٥٧.

(٢) المهذب البارع: في الوصايا ج ٣ ص ١٢٧، والموجود فيه مثلما في الكتب الاستدلالية.

(٣) منهم الطباطبائي في رياض المسائل: في مسائل الوصية بالعق ج ٩ ص ٥٤٠، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في متعلق الوصية ج ٦ ص ١٦١، والبحراني في الحقائق الناضرة: في الوصايا ج ٢٢ ص ٤١٩، وص ٤٣٧.

الثلث

الكرامة

استخرج العدد بالقرعة إلى أن يستوفي الثلث^١ كما في «النهاية^٢
والسرائر^٣ والتلخيص^٤» وفي «الإيضاح^٥» أنها أصح وفي «المسالك^٦» أنها أعدل
وفي «جامع المقاصد^٧» أنها أحوط. ووجهها أن العتق حق للمعتق ولا ترجيح فيه
لبعضهم فوجب التوصل إليه بالقرعة، لأنه أمر مشكل.

قوله: «ويحتمل تخيير الورثة^٨» والقرعة على الاستحباب كما هو خيرة
«الشرائع^٩ والتحرير^{١٠} والإرشاد^{١١} والروض^{١٢}» وفي «جامع المقاصد^{١٣}
والمسالك^{١٤}» أنه أقوى، وفي «الروضة^{١٥}» أنه أقوى، وفي «الكفاية^{١٦}» أنه غير
بعيد، لأن المتبادر من اللفظ لأن كان متواطئاً للتخير والاكتفاء بأي عدد كان من
ولو أعتق ثلث عبده منجزاً عند الوفاة عتق أجمع إن خرجت قيمته

سفر

-
- (١) النهاية: في الوصايا ص ٦١٦.
(٢) السرائر: في الوصية بالعتق ج ٣ ص ٢١٢.
(٣) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٥.
(٤) إيضاح الفوائد: في الوصايا ج ٢ ص ٥٣٢.
(٥) مسالك الأفهام: في أحكام الوصية ج ٦ ص ٢١١.
(٦) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٠٩.
(٧) شرائع الإسلام: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٢٥٢.
(٨) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٥٢.
(٩) إرشاد الأذهان: في المبهمة من الوصايا ج ١ ص ٤٦٢.
(١٠) لا يوجد لدينا الروض، لكن يستفاد من ظاهر حاشيته على الإرشاد (ضمن غاية المراد ج ٢)
في الوصايا ص ٤٩٨.
(١١) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٠٩.
(١٢) مسالك الأفهام: في أحكام الوصية ج ٦ ص ٢١١.
(١٣) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٤٣ - ٤٤.
(١٤) كفاية الأحكام: في الأحكام واللواحق من الوصية ج ٢ ص ٦١.

من الثلث وإلا المحتمل. ولو أعتقه أجمع ولا شيء له سواء عتق
ثلثه، ولو أوصى بعتق رقبة مؤمنة وجب، (٥)

الجميع. قلت: لأنه لم يرد عدداً لا بعينه، لأنه لم يقل به أحد كما في
«الإيضاح»^(١) ولا عدداً في نفس الموصي لأنه تكليف ما لا يطاق، فلا بد أن يكون
أراد ما يعينه الوارث وهو المطلوب ولأنه قائم مقامه. وفي «الروضة» أن في
الفرق بينه وبين ما إذا أوصى بعتق ثلث عبيده نظراً^(٢). قلت: لعل وجه عدم الفرق أن
الإيهام مشترك فيهما والمعتق يملك حق عتقه هنا أيضاً والجزأ الشائع متواطئ
كالعدد. ووجه الفرق أن الثلث يحتاج إلى تعديل وتقويم ولا كذلك الثلاثة وبقي
شيء وهو أن المحقق^(٣) قال: وقيل يتخير، ولم نجد لأحد قبله وجداناً ولا حكاية.
قوله: «ولو أعتق ثلث عبده مشجراً عند الوفاة عتق أجمع إن
خرجت قيمته من الثلث وإلا المحتمل. ولو أعتقه أجمع ولا شيء له
سواء عتق ثلثه» هذا كله مبني على أن المنجز كالوصية في اعتباره من الثلث إذا
وقع في مرض الموت، وقد أسبغنا فيه الكلام^(٤) أكمل إسباغ في باب الحجر.
قوله: «ولو أوصى بعتق رقبة مؤمنة وجب» أي تحصيلها بحسب
الإمكان بلا ريب كما في «المسالك»^(٥) وبلا خلاف فيما أجد عملاً بالوصية الواجب
إنفاذها والمحرم تبديلها.

فإن تعذر قيل أعتق من لا يعرف بنصب

- (١) إيضاح الفوائد: في الموصى به ج ٢ ص ٥٣٢.
- (٢) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٤٣.
- (٣) شرائع الإسلام: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٢٥٢.
- (٤) تقدم في كتاب الحجر ج ٥ ص ٢٩٦ - ٣٠٠.
- (٥) مسالك الأفهام: في أحكام الوصية ج ٦ ص ٢١٢.

قوله: «فإن تعذر قيل أعتق من لا يعرف بنصب» كما هو خيرة
 «النهاية ونكتها»^١ وجامع الشرائع^٢ والشرائع^٣ والنافع^٤ والتحرير^٥ والإرشاد^٦
 وشرحه^٧ لولده و«التلخيص»^٨ و«اللمعة»^٩ وهو ظاهر القاضي كما ستعرف بل هو
 ظاهر «الفقيه»^{١٠} حيث روى فيه خبري علي بن حمزة و«الكليني»^{١١} حيث روى
 أحدهما. وقد يلوح ذلك من الشروح والحواشي حيث سكتوا «ككشف الرموز»^{١٢}
 وغاية المراد^{١٣} وكتابي أبي العباس^{١٤} وإيضاح النافع والتنقيح^{١٥} بل نسب في
 «الرياض» إلى ظاهر الأخير أنه لا خلاف فيه، قال: بل ظاهر «التنقيح» وصريح
 غيره عدم الخلاف فيه^{١٦}، مع أنه لم يتعرض له في «التنقيح» أصلاً وإنما تعرض

- (١) النهاية ونكتها: في الوصايا ج ٣ ص ١٦٢.
- (٢) الجام للشرائع: في الوصية ص ٤٩٧.
- (٣) شرائع الإسلام: في أحكام الوصية مسائل ج ٢ ص ٢٥٢.
- (٤) المختصر النافع: في أحكام الوصية ص ١٦٧.
- (٥) تحرير الأحكام: في الموصي به ج ٣ ص ٣٥٢.
- (٦) إرشاد الأذهان: في المبهمة من الوصايا ج ١ ص ٤٦٢ - ٤٦٣.
- (٧) شرح الإرشاد للنيلي: في المبهمة من الوصايا ص ٧٠ - ١٣ (مخطوط في مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).
- (٨) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٥.
- (٩) اللعة الدمشقية: في متعلق الوصية ص ١٧٩.
- (١٠) من لا يحضره الفقيه: في الوصية بالعتق ح ٥٥٠١ ج ٤ ص ٢١٤.
- (١١) الكافي: في الوصايا ج ١٠ ص ١٨.
- (١٢) كشف الرموز: في أحكام الوصايا ج ٢ ص ٩٠.
- (١٣) غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٤٩٨ - ٤٩٩.
- (١٤) المهذب البارع: في الوصايا ج ٣ ص ١٣٩، والمقتصر: في الوصايا ص ٢٢١.
- (١٥) التنقيح الرائع: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٤٢٠ - ٤٢١.
- (١٦) رياض المسائل: مسائل في الوصية بالعتق ج ٩ ص ٥٤١.

لذكر الناصبي، ولم نجد بعد فضل التتبع مرة بعد أخرى أحداً ادّعى الإجماع عليه، وكيف يكون ذلك؟ وستعرف كثرة المخالف. نعم قال في «الروضة»^١ إنه المشهور، وقال في «الرياض» إن الشهرة محكية في «الروضة» وغيرها^٢، ولم نجدها في غيرها، على أن التتبع يقضي بالتأمل في تحقق الشهرة إلا إذا لحظت ما استنهضناه على ذلك، لأنك قد عرفت المصرح به.

والقول بعدم الإجزاء وتوقع المكنة خيرة «السرائر»^٣ بلفظ الأظهر و«الإيضاح»^٤ جازماً به و«التذكرة»^٥ بلفظ جيد و«المختلف»^٦ بلفظ أقرب و«جامع المقاصد»^٧ بلفظ الأصح و«المسالك»^٨ والروضة^٩ والكفاية^{١٠} بلفظ الأقوى. وكأنه ظاهر «الدروس»^{١١} وعن القاضي^{١٢} أنه أحوط، وفي «الروض»^{١٣} ينبغي توقع المكنة وظاهر «الكتاب والتحرير»^{١٤} التوقف حيث قال فيهما: قيل حجة الشيخ ما رواه الكليني والصدوق في الصحيح عن علي بن حمزة الذي نقل الشيخ

-
- (١) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٤٩.
 - (٢) رياض المسائل: مسائل في الوصية بالعتق ج ٩ ص ٥٤١.
 - (٣) السرائر: في الوصية بالعتق ج ٣ ص ٢١٣.
 - (٤) إيضاح الفوائد: في الموصي به ج ٢ ص ٥٣٢.
 - (٥) تذكرة الفقهاء: في الوصية ج ٢ ص ٤٩٢ س ١٩.
 - (٦) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٨٥.
 - (٧) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢١٠.
 - (٨) مسالك الأفهام: في أحكام الوصية ج ٦ ص ٢١٢.
 - (٩) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٤٩.
 - (١٠) كفاية الأحكام: في الأحكام واللواحق من الوصية ج ٢ ص ٦١.
 - (١١) الدروس الشرعية: في الوصية ج ٢ ص ٣١٠.
 - (١٢) كما في مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٨٥.
 - (١٣) لا يوجد لدينا الروض.
 - (١٤) تحرير الأحكام: في الموصي به ج ٣ ص ٣٥٢.

ولو أعتق بظن الإيمان فظهر الخلاف أجزاً عن الموصي

في «العدة»^١ الإجماع على قبول روايته، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بثلاثين ديناراً يعتق بها رجل من أصحابنا فلم يوجد بذلك؟ قال: يشتري من الناس فيعتق. وقال في «الفتاوى» وروى علي بن حمزة عنه أيضاً أنه قال: فليشتروا من عرض الناس ما لم يكن ناصبياً^٢، فيقتد الأولي بذلك بل عدم النصب مستفاد من خارج، لأن الناصب كافر لا يجوز عتق الكافر إجماعاً. وقال ملا مراد في «شرحه»^٣ التعبير بالناس عن المخالفين شائع. وحكى في «الوسائل»^٤ عن «الفتاوى» أنه روى أنه يشتري من أفناء الناس فيعتق، وما حكينا هو الموجود فيه، والأمر سهل والكل بمعنى. وقد أسبغنا^٥ الكلام في كتاب الطهارة في معنى الناصبي وحكمه.

مركز تحقيق كتب علوم إسلامي

قوله: «ولو أعتق بظن الإيمان فظهر الخلاف أجزاً عن الموصي» قد اتفقت على ذلك الكتب المذكورة^٦ في المسألة ما وافق «النهاية» وما خالفها. وما توقف فيه عدا «الكفاية»^٧ فكأنه متأمل في ذلك. وقد قال في «الرياض»^٨ إنه

(١) عدة الأصول: في التعادل والتراجع ج ١ ص ٣٨١.

(٢) من لا يحضره الفقيه: الوصية بالعتق و... ح ٥٥٠١ و ٥٥٠٢ ج ٤ ص ٢١٤ و ٢١٥، والكافي: في الوصية بالعتق ج ٧ ص ١٨ ح ٩.

(٣) لا يوجد كتابه لدينا.

(٤) وسائل الشيعة: ب ٧٣ من أبواب أحكام الوصايا ذيل ح ١ ج ٣ ص ٤٦٢ إلا أنه حكى العبارة عن الشيخ لا عن الفقيه.

(٥) تقدم في ج ٢ ص ٤١ - ٤٥.

(٦) تقدم في ص ٥٣٢ هامش ٢٣ - ٣١، وص ٥٣٣ هامش ١ - ٢٦.

(٧) كفاية الأحكام: في الأحكام واللواحق من الوصية ج ٢ ص ٦١.

(٨) رياض المسائل: في مسائل الوصية بالعتق ج ٩ ص ٥٤٢.

ولو أوصى بعق رقبة بضمن فتعذر لم يجب الشراء بأزيد. ولو وجد بأدون أجزاء عند الضرورة فيعتق ويعطى الباقي (١)

لا خلاف فيه. وهو كذلك وإن لم يقف على ما وقفنا عليه من الكتب. ويدل عليه ما رواه المشايخ الثلاثة^١ في الحسن الذي هو كالصحيح عن عمار بن مروان - والظاهر أنه الكليني - قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام إن أبي حضره الموت ... إلى أن قال: وأوصى بنسمة مؤمنة عارفة، فلما أعتقناه بان لنا أنه لغير رشده، فقال: قد أجزاء عنه. وزاد في «الفتية» أنه قال: إنما مثل ذلك مثل رجل اشترى أضحية على أنها سمينة فوجدها مهزولة فقد أجزاء عنه. قيل^٢: ولأنه متعبد في ذلك بالظاهر لا بما في نفس الأمر، إذ لا يطلع عليه إلا الله سبحانه وتعالى فقد امتثل الأمر وهو يقتضي الإجزاء. وظنه إيمانها قد يكون حصل له من ظاهر حال العبد أو من السؤال أو ممن يعتد بخبره أو نحو ذلك.

[فيما لو أوصى بعق رقبة بضمن]

قوله: «ولو أوصى بعق رقبة بضمن فتعذر لم يجب الشراء بأزيد. ولو وجد بأدون أجزاء عند الضرورة فيعتق ويعطى الباقي» قد ذكر ذلك كله إلا التقييد بالضرورة في «السرائر^٣» رواية ساكتاً عليه وبه كله إلا القيد المذكور

(١) الكافي: في الوصايا ج ١٧ ص ٧ ص ٦٢، ومن لا يحضره الفقيه: في نوادر الوصايا ح ٥٥٥٢ ج ٤ ص ٢٣٢، وتهذيب الأحكام: ب ٢٠ من الزيادات في الوصايا ح ١٣ ج ٩ ص ٢٣٦.
(٢) كما في مسالك الأفهام: في أحكام الوصية ج ٦ ص ٢١٢.
(٣) السرائر: في الوصية بالعق ج ٣ ص ٢١٣.

حكم في «جامع الشرائع^١ والشرائع^٢ والنافع^٣ والتحرير^٤ والإرشاد^٥ والتلخيص^٦ والتبصرة^٧ والروض^٨ والكفاية^٩ وفيها وفي «المسالك^{١٠} والروضة^{١١}» أنه المشهور بل في الأخير ربّما قيل إنه إجماع لكنّي بعد تصفّح كتب الأصحاب جميعها لم أجد من حكاه إلّا أن يكون أشار إلى ما في «المبسوط» كما ستسمع. وقيّد بالضرورة كالكتاب في «الدروس^{١٢} واللمعة^{١٣} وجامع المقاصد^{١٤} والروضة^{١٥} والمسالك^{١٦}» وقال في الأخير: إن الأصحاب نزّلوا الرواية على تعذّر الشراء بالثمن المعين، فيكون كلام الكلّ منزلاً على القيد المذكور أعني التعذّر والضرورة. وقال في «المبسوط» قد روى أصحابنا أنه إذا أوصى بعق عبد بضمن معلوم فوجد



(١) الجامع للشرائع: في الوصية ص ٤٩٧. مركز تحقيقات علوم إسلامي

(٢) شرائع الإسلام: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٢٥٢.

(٣) المختصر النافع: في أحكام الوصية ص ١٦٧.

(٤) تحرير الأحكام: في الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٣٥٢.

(٥) إرشاد الأذهان: في المبهمة من الوصايا ج ١ ص ٤٦٣.

(٦) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٥.

(٧) تبصرة المتعلّمين: في الوصايا ص ١٢٩.

(٨) لا يوجد الدينار الروض، لكن يستفاد من ظاهر حاشيته على الإرشاد (غاية المراد ج ٢): في الوصايا ص ٤٩٨.

(٩) كفاية الأحكام: في الأحكام واللواحق من الوصية ج ٢ ص ٦١.

(١٠) مسالك الأفهام: في أحكام الوصية ج ٦ ص ٢١٣.

(١١) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٥٠.

(١٢) الدروس الشرعية: في الوصية ج ٢ ص ٣١٠.

(١٣) اللمعة الدمشقية: في متعلّق الوصية ص ١٧٩.

(١٤) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢١٠.

(١٥) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٥٠.

(١٦) مسالك الأفهام: في أحكام الوصية ج ٦ ص ٢١٤.

بأقلّ منه أعطي البقية ثمّ أعتق ويجزئ صغيرها وكبيرها شيخها وشابها بلا خلاف^١.
وحكى في «التذكرة» عن أبي حنيفة أنّه إذا تعذّر شراؤه بالثمن المعين بطلت
الوصيّة ونفى عنه البأس^٢.

هذا كلام الأصحاب على سبيل الإجمال، ولهم احتمالات وتفصيل وتنازيل
ستسمعها إن شاء الله.

وقد فرضت المسألة في كلام الأكثر فيما إذا أوصى بشراء عبد بثلثين معين وفي
كلام بعضهم «كالتذكرة^٣ والتحرير^٤» فيما إذا أوصى بشراء عبد زيد بثلثين معين
وتعذّر شراؤه إمّا لامتناع سيّده من بيعه أو من بيعه بذلك القدر أو لموته أو لقصور
الثلث عن القدر، والغرض أنّه لا فرق بين الفرضين.

وأما أنّه يجب الشراء بالثمن المعين إذا وجد وأمكن كما صرح به جماعة^٥
واقترضه كلام الكتاب وغيره فواضح كما تقدّم مثله آنفاً.

وأما إذا تعذّر لا يجب الشراء بالأزيد فواضح كما في «جامع المقاصد^٦»
والمسالك^٧ بل لا يجوز لحرمة تبديل الوصيّة. وبه صرّحت بعض^٨ الروايات

(١) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٢٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: فيما أوصى بالعتق ج ٢ ص ٤٩١ س ٢٣.

(٣) تذكرة الفقهاء: فيما أوصى بالعتق ج ٢ ص ٤٩١ س ١٦.

(٤) تحرير الأحكام: في الموصى له ج ٣ ص ٣٦٩.

(٥) منهم الشهيد في اللمعة: ص ١٧٩، والشهيد الثاني في الروضة البهية: في الوصايا ج ٥

ص ٥٠، السيّد الطباطبائي في رياض المسائل: مسائل في الوصية بالعتق ج ٩ ص ٥٤٢ -

٥٤٣، والحقّ في شرائع الإسلام: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٢٥٢.

(٦) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢١٠.

(٧) مسالك الأفهام: في أحكام الوصية ج ٦ ص ٢١٣.

(٨) وسائل الشيعة: ب ٣٢ في أحكام الوصايا ج ١ - ٢ ج ١٣ ص ٤١١.

أيضاً. وقد صرح في «جامع الشرائع»^١ والشرائع^٢ والنافع^٣ والتلخيص^٤ والإرشاد^٥ والتبصرة^٦ والروض^٧ وغيرها^٨ بأنه يتوقع المكنة، وهو واضح أيضاً.

وأما أنه إن وجدها بأقل اشتراها وأعتقها ودفع إليها الفاضل من الثمن المعين فهو الذي حكيت عليه الشهرة وأدعي عليه حكاية الإجماع، ونسب في «المبسوط»^٩ وكذا «السرائر»^{١٠} إلى رواية أصحابنا.

والأصل فيه ما رواه المشايخ الثلاثة^{١١} رضي الله تعالى عنهم بطرق صحيحة إلى سماعة الذي لم يثبت وقفه عند جماعة، وإلا فهو موثق، وهو حجة عندنا كالصحيح، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى أن يعتق عنه نسمة من ثلثه بخمسمائة درهم، فاشترى الوصي بأقل من خمسمائة درهم وفضلت فضلة فما ترى في الفضلة؟ فقال: تدفع إلى النسمة من قبل أن تعتق ثم تعتق عن الميت. ولعل الوجه في الدفع قبل العتق أنه يصير كأنه اشترى المجموع بخمسمائة درهم فإذا أعتق تبعته الدراهم، وإلا فمن المعلوم أنه لا يملك إلا بعد العتق، والأمر فيه سهل.

(١) الجامع للشرائع: في الوصية ص ٤٩٧.

(٢) شرائع الإسلام: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٢٥٢.

(٣) المختصر النافع: في أحكام الوصية ص ١٦٧.

(٤) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٥.

(٥) إرشاد الأذهان: في الوصايا المبهمة ج ١ ص ٤٦٣.

(٦) تبصرة المتعلمين: في الوصايا ص ١٢٩.

(٧) لا يوجد لدينا الروض، لكن يُستفاد من ظاهر حاشيته على الإرشاد (غاية المراد ج ٢): في الوصايا ص ٤٩٨.

(٨) كرياض المسائل: في مسائل الوصية بالعتق ج ٩ ص ٥٤٣.

(٩) تقدّم في الهامش ١٧.

(١٠) تقدّم في ص ٥٣٣ هامش ٣٢.

(١١) الكافي: في من أوصى بعتق ح ١٣ ج ٧ ص ١٩، ومن لا يحضره الفقيه: في الوصية بالعتق ح ٥٥٠٥ ج ٤ ص ٢١٥، وتهذيب الأحكام: ب ١٨ في وصية الإنسان لعبده ح ١٨ ج ٩ ص ٢٢١.

وظاهره من ترك الاستفصال كظاهر الأكثر أنه يصح ذلك وإن لم يتعذر الشراء بالثمن المعين. وقد سمعت ما في «المسالك» من تنزيل الأصحاب لها على ذلك. ولعله لأصالة حمل أفعال المسلمين على الصحة والجري على الوصية وعدم تبديلها، مضافاً إلى إمكان موافقته للاعتبار، إذ الشراء والعتق أقرب إلى الوصية ومراد الموصي فيتبع، لما ورد معتبراً من أن الميسور لا يسقط بالمعسور^١، وقوله ﷺ: واتوا منه ما استطعتم^٢.

ومنه يظهر الجواب عن وجه البطلان من أن الموصى به تعذر ولا دليل على وجوب غيره.

وأما دفع الفاضل إليها فلما روي^٣ من أنه إذا أوصى في أبواب البر معينة فنسي الوصي باباً منها صرف في وجوه البر، لخروج ذلك القدر بالوصية عن ملك الورثة، وقد تعذر صرفه فيما أوصى به فيصرف في البر، فكذا هنا يصرف في هذا النوع، لأنه نوع بر إلا أن تقول إن هذا لا يوجب الدفع إلى الرقبة بل غايته الجواز، وهو أعم من الوجوب الذي هو ظاهر جماعة وصريح آخرين. ويمكن أن يجاب بأن الدفع إليها أقرب إلى الوصية ومراد الموصي فتأمل.

وعلى هذا يكفي التعذر في الحال ولا يشترط اليأس من التمكن من شراء الموصى بها بالثمن المعين كما أطلقه الجماعة. ونفى في «المسالك»^٤ اليأس عن اشتراط اليأس مع التعذر تبعاً «لجامع المقاصد»^٥ فيوافق الرواية القواعد وتكون

(١) عوالي اللآلي: ج ٤ ص ٥٨ ح ٢٠٥.

(٢) سنن البيهقي: ج ٤ ص ٣٢٦، عوالي اللآلي: ج ٤ ص ٥٨ ح ٢٠٦.

(٣) وسائل الشيعة: ب ١١ في أحكام الوصايا ح ١ ج ١٣ ص ٤٥٣.

(٤) مسالك الأفهام: في أحكام الوصية ج ٦ ص ٢١٤.

(٥) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢١١.

ولو أوصى بجزء من ماله فالسُّبع، وقيل: العُشر، والسهم الثمن
والشيء السدس

شاهدة على ذلك ولا يضرّ حينئذٍ عدم حجيتها عنده.

وفي «الروضة» ما يفهم منه أنّه إن يش من الشراء بالأقلّ والمساوي أنّ
هناك احتمالات ثلاثة، قال: فإن لم يوجد إلّا بأزيد توقّع المكنة. فإن يش من
أحد الأمور - يعني الشراء بالأقلّ والمساوي - ففي وجوب شراء بعض رقبة فإن
تعذر صرف في وجوه البرّ، وبطلان الوصيّة ابتداء، أو مع تعذر بعض الرقبة أوجه
أوجهها الأول^١. وأراد بالأوّل أنّ الوصيّة لا تبطل مطلقاً بل يجب شراء الشقص،
فإن تعذر صرف في وجوه البرّ. وهذا اختاره في «جامع المقاصد»، وبالثاني أنّها
تبطل مطلقاً، وبالثالث أنّها تبطل مع تعذر الشقص ولا تبطل مع إمكانه ولم يذكر
الصرف إلى البرّ ابتداء. وفي «المسالك» خلاف ذلك، قال: لا يجب الشراء بالأزيد
فيتوقّع المكنة، فإن يش منه ففي بطلان الوصيّة أو صرفه إلى البرّ أو شراء شقص
به، فإن تعذر فأحد الأمرين - يعني البطلان والصرف في وجوه البرّ - أوجه
أجودها الأخير. وقد تبعه على ذلك كلّ في «الكفاية»^٢ وقضيتهما أنّ ذلك إن يش
بالشراء بالمساوي فقط إذ لم يتعرّضاً لليأس من الأقلّ مع مخالقات أخر لما في
«الروضة» فليتأمل جيّداً.

[فيما لو أوصى بجزء من ماله]

قوله: «ولو أوصى بجزء من ماله فالسُّبع وقيل العُشر، والسهم

(١) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٥٠.

(٢) كفاية الأحكام: في الأحكام واللواحق من الوصية ج ٢ ص ٦١.

الثمن والشيء السُدس» كما صرح بذلك كله - أعني الثلاثة - في «المقنعة»^١ والمراسم^٢ والنهاية^٣ والوسيلة^٤ والجامع^٥ والتذكرة^٦ والتحرير^٧ والإرشاد^٨ والتلخيص^٩ والتبصرة^{١٠} والروض^{١١} والتنقيح^{١٢} والمسالك^{١٣} على الظاهر من الآخرين، على أنه قد حكى الإجماع على أن الشيء السُدس في «الخلافا»^{١٤} والغنية^{١٥} والمسالك^{١٦} والمفاتيح^{١٧} وظاهر «التذكرة»^{١٨} وإيضاح النافع» حيث نسب في الأول إلى علمائنا وفي الثاني إلى قول الأصحاب. وقد نفى عنه الخلاف في «السرائر»^{١٩} والمهذب البارع^{٢٠} وكذا «الروضة»^{٢١} وكأنهم لم يظفروا بما في



- (١) المقنعة في الوصية المبهمة ص ٦٧٣.
- (٢) المراسم: في أحكام الوصية ص ٢٠٤.
- (٣) النهاية: في الوصايا ص ٦١٣.
- (٤) الوسيلة: في أحكام الوصية ص ٣٧٨.
- (٥) الجامع للشرائع: في الوصية ص ٤٩٥.
- (٦) تذكرة الفقهاء: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤٩٦ س ٢٥.
- (٧) تحرير الأحكام: في الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٣٥٣.
- (٨) إرشاد الأذهان: في المبهمة من الوصايا ج ١ ص ٤٦١.
- (٩) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٥.
- (١٠) تبصرة المتعلمين: في الوصايا على ص ١٢٨.
- (١١) لا يوجد لدينا الروض لكن يستفاد من ظاهر حاشيته على الإرشاد (غاية المراد ج ٢): في الوصايا ص ٤٨٦.
- (١٢) التنقيح الرائع: في المبهمة من الوصايا ج ٢ ص ٤٠٨ - ٤٠٩.
- (١٣) مسالك الأفهام: في الوصية المبهمة ج ٦ ص ١٧٦ - ١٨٠.
- (١٤) الخلافا: في الوصايا ج ٤ ص ١٣٩ - ١٤٠ مسأله ٧ و٩.
- (١٥) غنية النزوع: في الوصية ص ٣٠٨.
- (١٦) مسالك الأفهام: في الوصية المبهمة ج ٦ ص ١٨٠.
- (١٧) مفاتيح الشرائع: في حكم الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٢٢٦.
- (١٨) تذكرة الفقهاء: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤٩٦ س ٢٩.
- (١٩) السرائر: في أحكام الوصية ج ٣ ص ١٨٧.

«المقنع»^{٢٢} من أنه واحد من عشرة أولم يعثوا به لندرته.
وأما الأولان - أعني أن الجزء السبع والسهم الثمن - ففيهما خلاف. وممن
صرح بأن الجزء السبع زيادة على الكتب الأربعة عشر التي منها الكتاب كما
سمعت الشيخ في «الخلاف»^{٢٣} وأبو المكارم في «الغنية»^{٢٤} والمفيد في
«إرشاده»^{٢٥} والعياشي في «تفسيره»^{٢٦} لأنهما رويَا ذلك وأبو علي والقاضي فيما
حكى عنهم^{٢٧}. وكذا «كشف الرموز»^{٢٨} وإن استحسن جمع الشيخ. وفي
«الخلاف»^{٢٩} والغنية^{٣٠} الإجماع على ذلك وفي «كشف الرموز» أنه الأظهر بين
الأصحاب. ثم إنه نسب إلى الشيخين والأتباع وسار وابن إدريس وغيرهم^{٣١}.
وفي «السرائر» أنه الأظهر في الأقوال والأخبار^{٣٢}. وفي «المسالك»^{٣٣} أنه
مذهب الأكثر، وفي «المفاتيح»^{٣٤} أنه أشهر. والمخالف القائل بأن الجزء هو العشر

مركز تحقيق مكتبة علوم اسلامی

- (٢٠) المهذب البارع: في الوصايا ج ٣ ص ١٢٨ - ١٣٠.
(٢١) الروضة البهية: في متعلق الوصية ج ٥ ص ٣٤.
(٢٢) المقنع: في الوصايا ص ٤٧٨.
(٢٣) الخلاف: في الوصايا ج ٤ ص ١٣٩ مسألة ٧.
(٢٤) غنية النزوع: في الوصية ص ٣٠٨.
(٢٥) إرشاد المفيد: ص ١١٨.
(٢٦) تفسير العياشي: ج ٢ ص ٢٤٣ - ٢٤٤ ح ٢٠ - ٢١.
(٢٧) الحاكي العلامة في مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٤٨.
(٢٨) كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٨٥.
(٢٩) الخلاف: في الوصايا ج ٤ ص ١٣٩ مسألة ٧.
(٣٠) غنية النزوع: في الوصية ص ٣٠٨.
(٣١) كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٨٤.
(٣٢) السرائر: في أحكام الوصية ج ٣ ص ١٨٧.
(٣٣) مسالك الأفهام: في الوصية المبهمة ج ٦ ص ١٧٨.
(٣٤) مفاتيح الشرائع: في حكم الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٢٢٦.

الصدوقان^١ فيما حكى عن رسالة علي والشيخ في «التهذيبين»^٢ والمحقق في «النافع»^٣ وظاهر «الشرائع»^٤ والمصنف في «المختلف»^٥ وولده في «الإيضاح»^٦ والشهيدان في «الدروس»^٧ واللمعة^٨ والروضة^٩ والمحقق الثاني في «جامع المقاصد»^{١٠} وصاحب «إيضاح النافع» وظاهره أنه إجماع حيث قال قطعاً. وقد نفى عنه البعد في «الكفاية»^{١١} وفي «الشرائع»^{١٢} أنه أشهر الروايتين وفي «المختلف»^{١٣} أن الأخبار به كثيرة، وأخباره أيضاً مروية في معاني الأخبار^{١٤} والفقهاء الرضوي^{١٥} وتفسير العياشي على ما حكى^{١٦}. ولا ترجيح في



- (١) المقنع: في الوصايا ص ٤٧٨، والحاكي عن علي هو العلامة في مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٤٨ - ٣٤٩.
- (٢) تهذيب الأحكام: ب ١٦ في الوصية المبهمة ذيل ج ١٠ ص ٩، والاستبصار: ب ٧٩ في من أوصى بجزء من ماله ذيل ج ٨ ص ٤، ١٢٣.
- (٣) المختصر النافع: في الوصية المبهمة ص ١٦٦.
- (٤) شرائع الإسلام: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٢٤٨.
- (٥) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٤٨ - ٣٤٩.
- (٦) إيضاح الفوائد: في الموصى به ج ٢ ص ٥٣٣.
- (٧) الدروس الشرعية: في الوصية بالمجهول ج ٢ ص ٣١٢.
- (٨) اللمعة الدمشقية: في متعلق الوصية ص ١٧٧.
- (٩) الروضة البهية: في متعلق الوصية ج ٥ ص ٣٣.
- (١٠) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢١١.
- (١١) كفاية الأحكام: في الأحكام والواحق من الوصية ج ٢ ص ٥٤.
- (١٢) شرائع الإسلام: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٢٤٨.
- (١٣) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٥٠.
- (١٤) معاني الأخبار: في معنى الشيء والجزء من المال ص ٢١٧.
- (١٥) الفقه الرضوي: في الوصية للميت ص ٢٩٩.
- (١٦) الحاكي الطباطبائي في رياض المسائل: في الوصايا المبهمة ج ٩ ص ٥٢٥.

«المبسوط»^١ ولا في «المهذب البارع»^٢ والمقتصر^٣ والمفاتيح^٤ قال في «المبسوط» قال أصحابنا: الجزء جزء من سبعة، وقالوا: إنه جزء من عشرة. وفي «الخلاص» إجماع الفرقة على القولين على أنه جزء من سبعة وجزء من عشرة، قاله في مقابلة قول الشافعي ليس فيه شيء مقدّر^٥. هذا تمام كلامهم في الجزء. وأما السهم فمما قيل فيه إنه الثمن زيادة على الكتب الأربعة عشر «التهذيبان»^٦ والسرائر^٧ والشرائع^٨ والنافع^٩ والمختلف^{١٠} والدروس^{١١} واللمعة^{١٢} وإيضاح النافع وجامع المقاصد^{١٣} والروضة^{١٤} والكفاية^{١٥} وقد حكاه أبو العباس^{١٦} عن السيّد ولم



- (١) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٨.
- (٢) المهذب البارع: في الوصايا ج ٣ ص ١٢٨-١٣٠.
- (٣) المقتصر: في الوصايا ص ٢١٩.
- (٤) مفاتيح الشرائع: في حكم الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٢٢٦.
- (٥) الخلاص: في الوصايا ج ٤ ص ١٣٩ مسألة ٧.
- (٦) تهذيب الأحكام: ب ١٦ في الوصية المبهمة ج ٩ - ١٠ ص ٩ ص ٢١٠، والاستبصار: ب ٨٠ فيما أوصى بهم من ماله ج ١ - ٢ ص ٤ ص ١٣٣.
- (٧) السرائر: في أحكام الوصية ج ٣ ص ١٨٧.
- (٨) شرائع الإسلام: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٢٤٨.
- (٩) المختصر النافع: في الوصية المبهمة ص ١٦٦.
- (١٠) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٥٠.
- (١١) الدروس الشرعية: في الوصية المجهولة ج ٢ ص ٣١٢.
- (١٢) اللمعة الدمشقية: في متعلق الوصية ص ١٧٨.
- (١٣) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢١٣.
- (١٤) الروضة البهية: في متعلق الوصية ج ٥ ص ٣٤.
- (١٥) كفاية الأحكام: في الأحكام واللوائح ج ٢ ص ٥٤.
- (١٦) لم نجده في كتابيه (المهذب والمقتصر)، فراجع المهذب البارع: ج ٣ ص ١٣٠، والمقتصر: في الوصايا ص ٢١٩.

نجد له ولا حكاة غيره. وفي «التذكرة»^١ والمختلف^٢ وجامع المقاصد^٣ أنه مذهب الأكثر، وفي «المسالك»^٤ وملاذ الأخيار^٥ والكفاية^٦ أنه المشهور، وفي «الرياض»^٧ أن عليه عامة من تأخر، وظاهر «إيضاح النافع» الإجماع عليه وفي «السرائر»^٨ أنه المعمول عليه. وفي «النهاية»^٩ أنه أكثر في الرواية. و«المخالف» القائل بأنه واحد من ستة فهو المحكي^{١٠} عن «الفقه» المنسوب إلى مولانا الرضا^{١١} ووالد الصدوق وخيرة الصدوق في «المقنع»^{١٢} والشيخ في «المبسوط»^{١٣} والخلاف^{١٤} وأبو المكارم في «الغنية»^{١٥} وفي الآخرين الإجماع عليه. ولا ترجيح هنا في «كشف الرموز»^{١٥}. وجمع الشيخ^{١٦} بين أخبار المسألة فحمل أخبار العشر على الوجوب وأخبار السبع على استحباب إخراج ذلك للورثة. وقد استحسنه

مكتبة تكملة علوم

- (١) تذكرة الفقهاء: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤٩٦ س ٩.
- (٢) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٥١.
- (٣) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢١٣.
- (٤) مسالك الأفهام: في الوصية المبهمة ج ٦ ص ١٧٩.
- (٥) ملاذ الأخيار: في الوصية المبهمة ج ١٥ ص ١١٥.
- (٦) كفاية الأحكام: في الأحكام واللواحق ج ٢ ص ٥٤.
- (٧) رياض المسائل: في الوصايا المبهمة ج ٩ ص ٥٢٦.
- (٨) السرائر: في أحكام الوصية ج ٣ ص ١٨٧.
- (٩) النهاية: في الوصية المبهمة و... ص ٦١٣.
- (١٠) حكاة عنهما الطباطبائي في رياض المسائل: في الوصايا المبهمة ج ٩ ص ٥٢٦.
- (١١) المقنع: في الوصايا ص ٤٧٨.
- (١٢) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٨.
- (١٣) الخلاف: في الوصايا ج ٤ ص ١٤٠ مسألة ٩.
- (١٤) غنية النزوع: في الوصية ص ٣٠٨.
- (١٥) كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٨٥.
- (١٦) الاستبصار: ج ٤ ص ١٣٤، والتهذيب: ج ٩ ص ٢١٠.

«صاحب الرموز والمسالك»^١ وقال الشيخ: إنه قد قيل إنه - أي السهم - العشر^٢. وقد حكاه جماعة^٣ أيضاً استناداً إلى رواية قد قيل^٤: إنه لم يعمل بها أحد. وقد حملها الشيخ^٥ على وهم الراوي سمع ذلك في تفسير الجزء فرواه في تفسير السهم. واعترف جماعة^٦ بعدم معرفة قائله. والظاهر أن الشيخ الحاكي لهذا القول أراد بقائله الصدوق. فما في «الروض»^٧ من أنه لم ينقله إلا صاحب الروضة^٨، ليس في محله. وفي «الفقيه»^٩ وفقه الراوندي^{١٠} أن من أوصى بسهم من سهام الزكاة فهو واحد من ثمانية، ومن أوصى بسهم من سهام المواريث فهو واحد من ستة، وقد حاولنا بذلك الجمع بين الأخبار.

وقبل الخوض في الاستدلال لابد من بيان أمور: الأول: إن الوصية لابد فيها من القصد وهذه الأمور غير مقصودة، والوصية لابد فيها من القصد، فكيف حكم فيها بلزوم هذه المقادير؟ والظاهر أنهم أرادوا أن الموصي أوصى بذلك ولا قرينة ولا عرف يدل على مراده بل يعلم رجوع مثل ذلك إلى حكم الشرع، فكأنه أحال

(١) مسالك الأفهام: في الوصية المبهمة ج ٦ ص ١٧٩.

(٢) النهاية: في الوصية المبهمة ص ٦١٣ وفيه بلفظ «رؤي».

(٣) منهم الأبني في كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٨٦، وأبي العباس في المهدب البارع: في الوصايا ج ٣ ص ١٣١، والشهيد الثاني في الروضة البهية: في متعلق الوصية ج ٥ ص ٣٤.

(٤) لم نثر على قائله، نعم يستفاد بالمعنى من عبارة المختلف: ج ٦ ص ٣٥١، وجامع المقاصد: ج ١٠ ص ٢١٣.

(٥) تهذيب الأحكام: ب ١٦ في الوصية المبهمة ذيل ج ١١ ص ٩ ص ٢١١.

(٦) منهم صاحب رياض المسائل: في الوصايا المبهمة ج ٩ ص ٥٢٦، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في الوصايا المبهمة ج ٦ ص ١٨٠.

(٧) رياض المسائل: في الوصايا المبهمة ج ٩ ص ٥٢٦.

(٨) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٣٤.

(٩) من لا يحضره الفقيه: فيما أوصى بالشيء من المال ذيل ج ٥٤٧٥ ص ٤ ص ٢٠٥.

(١٠) فقه القرآن: في الوصية باب الزيادات ج ٢ ص ٣٢٣.

وصيته على عرف الشرع فلم يعين شيئاً غير ما يعينه الشرع. الثاني: إن هذا الخلاف إنما هو في الوصية، وأما في الإقرار فالتفسير إلى المقرّ والوارث. الثالث: إن الجزء لو أضيف إلى أي شيء كان حكمه كما ذكر كما إذا قال جزء ثلثي أو جزء هذه الدار.

حجة القائلين بأن الجزء هو السبع الأخبار المستفيضة، وفيها الصحيح وغيره، وهي مرويّة في «الكتب الأربعة»^١ وغيرها «كتفسير العياشي وإرشاد المفيد» فيما حكى^٢ عنهما و«الفقه الراوندي»^٣ ففي صحيحة البرنظي قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله؟ فقال: واحد من سبعة إن الله سبحانه يقول: ﴿لَهَا سَبْعَةُ أَبْوَابٍ لِكُلِّ بَابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَقْسُومٌ﴾^٤ ونحوه وغيره.

وحجة القائل بأنّه العشر الأخبار المستفيضة أيضاً المرويّة في «الكتب الأربعة»^٥ وغيرها أيضاً «كتفسير العياشي»^٦ ومعاني الأخبار^٧ والفقه الرضوي^٨

(١) من لا يحضره الفقيه: فيما أوصى بالشيء من المال والجزء والكثير ح ٥٤٧٧ ج ٤ ص ٢٠٥، وتهذيب الأحكام: ب ١٦ في الوصية المبهمة ح ٥ - ٨ ج ٩ ص ٢٠٩، والاستبصار: ب ٧٩ في من أوصى بجزء من ماله ح ٥ - ٨ ج ٤ ص ١٣٢ - ١٣٣، أمّا الكافي فلم نجد فيه.

(٢) تقدّم في ص ٥٣٥ هامش ٣٠.

(٣) فقه القرآن: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٣١٣.

(٤) وسائل الشيعة: ب ٥٤ من أبواب أحكام الوصايا ح ١٢ ج ١٣ ص ٤٤٧.

(٥) وسائل الشيعة: ب ٥٤ في أحكام من أوصى بجزء من ماله ح ١٣ ج ١٣ ص ٤٤٧.

(٦) الكافي: في من أوصى بجزء من ماله ح ١ - ٣ ج ٧ ص ٣٩ - ٤٠، ومن لا يحضره الفقيه: في من أوصى بالشيء ح ٥٤٧٦ ج ٤ ص ٢٠٥، وتهذيب الأحكام: ب ١٦ في الوصية المبهمة ح ١ - ٤ ج ٩ ص ٢٠٨ - ٢٠٩، والاستبصار: ب ٧٩ في من أوصى بجزء من ماله ح ١ - ٤ ج ٤ ص ١٣٢ - ١٣٣.

(٧) تفسير العياشي: ج ١ ص ١٤٤ ح ٤٧٤.

(٨) معاني الأخبار: في معنى الجزء من المال ... ح ١ - ٢ ص ٢١٧.

(٩) فقه الرضا عليه السلام: في الوصية للميت ص ٢٩٩.

والفقه الراوندي^١ « والاقتصار فيما خالف الأصل على المتفق رواية وفتوى، لأنّ الأصحاب متفقون على أنّه قدر معيّن شرعاً لا يعدو أحد هذين وإن لم يكن متعيّناً لغة وعرفاً، وإنّما اختلفوا في أحد هذين. فمن الأخبار الدالة عليه صحيح عبدالله ابن سنان في «الاستبصار» حيث رواه عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام ورواه في «التهذيب» عن عبدالله بن سنان عن عبدالرحمن بن سيابة عن أبي عبدالله عليه السلام، وقد وصفه جماعة كالصنف^٢ والشهيد^٣ بالصحة إمّا لأنهم إنّما لحظوا «الاستبصار» أو لأنّ عبدالرحمن بن سيابة ثقة، وقد ذكر الأستاذ^٤ قدّس الله روحه في «حاشيته» أشياء كثيرة تدلّ على وثاقته وقبول روايته. فالحديث إمّا حسن أو صحيح. قال: عبدالرحمن أو عبدالله: إنّ امرأة أوصت إلىّ وقالت: ثلثي تقضي به ديني وجزء منه لفلانة، فسألت ابن أبي ليلى؟ فقال: ما أرى لها شيئاً ما أدري ما الجزء، فسألت: أبا عبدالله عليه السلام عن ذلك؟ فقال: كذب ابن أبي ليلى لها عشر الثلث، إنّ الله تعالى أمر إبراهيم وقال: «اجعل على كلّ جبل منهن جزء» إذ كانت الجبال يومئذ عشرة، فالجزء هو العشر من الشيء^٥. وفي معناه رواية معاوية بن عمّار^٦. ومثله حسنة^٧ أبان ورواية أبي بصير^٨.

ويبقى الكلام في تساوي أجزاء المقسوم لجواز أن يجعل متفاوتاً على الجبال

(١) فقه الراوندي: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٣١٢.

(٢) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٤٩.

(٣) الدروس الشرعية: في الوصية بالمجهول ج ٢ ص ٣١٢.

(٤) منهج المقال: ١٩٢.

(٥) وسائل الشيعة: ب ٥٤ من أبواب أحكام الوصايا ج ٢ ص ١٣.

(٦) وسائل الشيعة: ب ٥٤ من أبواب أحكام الوصايا ج ٣ ص ١٣.

(٧) وسائل الشيعة: ب ٥٤ من أبواب أحكام الوصايا ج ٤ ص ١٣.

(٨) وسائل الشيعة: ب ٥٤ من أبواب أحكام الوصايا ج ١١ ص ١٣.

العشرة. ولعلهم عليه السلام إنما ذكروا ذلك تقريباً.

وقد روى الحسين بن خالد عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن رجل أوصى بجزء من ماله؟ فقال: أسبع ثلثه^١. وهذه أشار إليها المحقق في كتابيه^٢، وقد رموها^٣ بالضعف بالحسين والشذوذ وعدم العامل بها. وقال الأستاذ عليه السلام^٤: إن الحسين بن خالد يظهر فضله من روايته^٥ في التوحيد لكنه خالف الأمر حيث أمره الكاظم عليه السلام^٦ بعدم الخروج فخرج وأخذ كل شيء كان معه، ولعله لم يكن للوجوب كما هو الشأن في حماد وكيف كان فالأقوى القول بالسبع لصحة أخباره واعتضادها بالإجماعات والشهرات. وقد سمعت^٧ جمع الشيخ. وقد اعتمده صاحب «الفقه الراوندي»^٨ وقال في «الفقيه» كان أصحاب الأموال فيما مضى يجرؤون أموالهم، فمنهم من يجعل أجزاء ماله عشرة ومنهم من يجعلها سبعة. فعلى حسب رسم الرجل في ماله تمضي وصيته. ومثل هذا لا يوصى به إلا من يعلم اللغة ويفهم عنه. فأما جمهور الناس فلا تقع لهم الوصايا إلا بالمعلوم الذي لا يحتاج إلى

(١) وسائل الشيعة: ب ٥٤ من أبواب أحكام الوصايا ج ١٤ ص ١٣ ص ٤٤٧.

(٢) شرائع الإسلام: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٢٤٨، ومختصر النافع: في الوصية المبهمة ص ١٦٦.

(٣) كما في مسالك الأفهام: في الوصية المبهمة ج ٦ ص ١٧٩، ورياض المسائل: في الوصية المبهمة ج ٩ ص ٥٢٦.

(٤) منهج المقال: ص ١٥٥.

(٥) عيون أخبار الرضا عليه السلام: ج ١ ص ١١٩، وج ٢ ص ٢٣٠، ولا يخفى أن خبر المخالفة روه في المصادر عن الرضا عليه السلام لا عن الكاظم فراجع.

(٦) عيون أخبار الرضا عليه السلام: ج ١ ص ١١٩، وج ٢ ص ٢٣٠، ولا يخفى أن خبر المخالفة روه في المصادر عن الرضا عليه السلام لا عن الكاظم فراجع.

(٧) تقدم في ص ٥٣٦ بهامش ٢٨.

(٨) فقه القرآن: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٣١٣.

تفسير مبلّغه^١. وهو كما ترى. وقال مولانا مراد^٢ الظاهر أنّها دعوى من دون دليل يدلّ عليها.

وحجّة القائل بأنّ السهم الثمن الأصل والأخبار المعتبرة وفيها الصحيح وغيره معتزدة بالشهرة المعلومة والمنقولة والإجماعات الظاهرة من جماعة^٣. وليس للقائل بأنّه السدس إلّا ما رواه العامة^٤ عن ابن مسعود إنّ رجلاً أوصى لرجل بسهم من المال فأعطاه النبي ﷺ السدس، وما قيل^٥؛ إنّ ذلك في لغة العرب. ويوهن إجماعي^٦ «الخلافة والغنية» مخالفة جماعة ممّن تقدّم عليهما كالنفيد^٧ وأبي يعلى^٨ وأكثر^٩ من تأخّر عنهما.

ويدلّ على أنّ الشيء هو السدس من الأخبار قول علي بن الحسين عليه السلام في موثقة أبان وفي خبره الشيء في كتاب علي عليه السلام واحد من ستة^{١٠}. وقد استدلّ عليه في «المقنعة» بقوله تعالى: ﴿ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين... الآية﴾^{١١} فخلق الإنسان من ستة أشياء^{١٢}.

(١) من لا يحضره الفقيه: في الوصية بالشيء من المال ذيل ح ٥٤٧٧ ج ٤ ص ٢٠٥.

(٢) لم نعر على قول ملا مراد فيما بأيدينا من الكتب فراجع لعلك تجده.

(٣) تقدّم في ص ٥٣٦.

(٤) المجموع: في الوصايا ج ١٥ ص ٤٧٦.

(٥) بدائع الصنائع: في الوصايا ج ٧ ص ٣٥٦.

(٦) تقدّم في ص ٥٣٦ هامش ٢٥ - ٢٦.

(٧) المقنعة: في الوصية المبهمة ص ٦٧٤.

(٨) المراسم: في أحكام الوصية ص ٢٠٤.

(٩) تقدّم في ص ٥٣٦.

(١٠) وسائل الشيعة: ب ٥٦ في أحكام الوصايا ج ١ ص ١٣ ص ٤٥٠.

(١١) المؤمنون: ١٢.

(١٢) المقنعة: في الوصية المبهمة ص ٦٧٤.

وما عدا ذلك يرجع إلى تعيين الوارث فيقبل وإن قلّ

[في الرجوع إلى الوارث في تعيين مقدار موصى به]

قوله: «وما عدا ذلك يرجع إلى تعيين الوارث فيقبل وإن قلّ» إذا لم يعلم من الموصي إرادة قدر معيّن وكان الوارث من أهل التعيين وهو ممّا لا أجد فيه خلافاً ولا تردّداً وإن قلّ من تعرّض له كالشيخ في «المبسوط»^(١) وابن حمزة في «الوسيلة»^(٢) والمحقق في «الشرائع»^(٣) والمصنّف في «التحرير»^(٤) والإرشاد^(٥) والتلخيص^(٦) والشهيد^(٧) بل في «التحرير» أنّه لا خلاف في ذلك، وذلك لأنّ الحظّ والنصيب والقسط والقليل والجزيل واليسير لا تتقدّر بشيء شرعاً ولا لغة ولا عرفاً فيرجع فيها إلى ما يختاره الوارث، لأنّ كلّ ما يقع عليه اسم واحد من هذه فهو صالح لأن يكون متعلّق الوصية، وأمّا إذا علمت إرادة الموصي فلا ريب في إتباعها، كما أنّه إذا لم يعيّن الوارث أو لم يكن من أهل الاختيار حمل على أقلّ ما يصدق عليه الاسم.

(١) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٧.

(٢) الوسيلة: في أحكام الوصية ص ٣٧٨.

(٣) شرائع الإسلام: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٢٤٩.

(٤) تحرير الأحكام: في الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٣٥٤.

(٥) إرشاد الأذهان: في المبهمة من الوصايا ج ١ ص ٤٦١.

(٦) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٥ - ١٥٦.

(٧) الدروس الشرعية: في الوصية بالمجهول ج ٢ ص ٣١٢، ومسالك الأفهام: في الوصية المبهمة

ج ٦ ص ١٨٦.

كقوله: أعطوه حظاً من مالي أو نصيباً أو قسطاً أو قليلاً أو جزياً أو يسيراً أو عظيماً أو جليلاً أو خطيراً.

قوله: «كقوله أعطوه حظاً من مالي أو نصيباً أو قسطاً أو قليلاً أو جزياً أو يسيراً أو عظيماً أو جليلاً أو خطيراً» إذ لا فرق بين كلها في صلاحيتها لأن تكون متعلق الوصية لأنه كما عرفت لم يثبت فيها حد يرجع إليه، وبعض الناس يستعظم القليل وبعض لا يستعظم الكثير، وبه يندفع^١ الاعتراض بأنه لا يطابق العرف، وقد تقدّم^٢ في باب الإقرار ما له نفع تام في المقام فليحظ. ولكن هل يشترط في قبول تعيين الوارث كون ما يعينه ممّا يتموّل؟ الظاهر ذلك، لأنه هو المتبادر لعدم فائدة غيره إلا في فرض نادر مع عدم احتماله في بعضها كالعظيم والجليل والمال. وفي «جامع المقاصد» أن لم نجد في كلام الأصحاب تصريحاً بنفي ولا إثبات. وهو محتمل في نحو قسطاً ونصيباً، أمّا في نحو مالاً وعظيماً فعدم القبول أوجه انتهى^٣. قلت: قد وجهوا ذلك في باب الإقرار بأنه يحتمل أن يراد بالعظيم عظيم خطره بكفر مستحلّه ووزر غاصبه والخائن فيه وبهذا نصّ في أنّه ممّا يتموّل. ولو قال أعطوا زيدا قسطاً عظيماً وعمراً قسطاً يسيراً ففي اشتراط تميز الوارث بينهما في زيادة التعيين في الأوّل فيجب القبول احتمال ليس بعيداً من الصواب إلا أن تقول بأنه يلزم مثله عند الانفراد، لظهور الفرق عرفاً بين قوله يسيراً وقليلاً وقوله عظيماً وجليلاً فتأمل. ولو قال عظيم جداً كان كقوله عظيم كما صرح به في الإقرار جم غفير ولم يتردّد فيه غير المحقق.

(١) كما في جامع المقاصد في الإقرار ج ٩ ص ٢٥٣.

(٢) تقدّم في ص ٢٧٠.

(٣) جامع المقاصد في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢١٤.

ولو ادّعى الموصي له تعيين الموصي فالقول قول الوارث مع يمينه إن ادّعى علمه وإلا فلا يمين. ولو قال: أعطوه كثيراً فكذلك، ^(١)

قوله: «ولو ادّعى الموصي له تعيين الموصي فالقول قول الوارث مع يمينه إن ادّعى علمه» كما في «الشرائع»^١ والتذكرة^٢ والتحرير^٣ والإرشاد^٤ وجامع المقاصد^٥ والمسالك^٦ والروض^٧ فيحلف على نفي العلم.

قوله: «وإلا فلا يمين» لأن الاختلاف في فعل الغير فلا يحلف عليه. وبه صرح في «الشرائع»^٨ وجامع المقاصد^٩ والمسالك^{١٠}.

قوله: «ولو قال: أعطوه كثيراً فكذلك» أما أن الكثير يرجع إلى تعيين الوارث كغير ممتنع فهو خير «الشرائع»^١ والجامع^٢ والتذكرة^٣ والتلخيص^٤ والإرشاد^٥

مركز تحقيق مكتبة علوم اسلامی

- (١) شرائع الإسلام: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٢٤٩.
- (٢) تذكرة الفقهاء: في بيان أحكام الوصايا المتفرقة ج ٢ ص ٤٩٩ س ٤٢.
- (٣) تحرير الأحكام: في الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٣٥٤.
- (٤) إرشاد الأذهان: في الوصية المبهمة ج ١ ص ٤٦١.
- (٥) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢١٤.
- (٦) مسالك الأفهام: في الوصية المبهمة ج ٦ ص ١٨٩.
- (٧) لا يوجد كتابه لدينا ولكن يستفاد من ظاهر حاشية (غاية المراد): في الوصية المبهمة ص ٤٨٧.
- (٨) شرائع الإسلام: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٢٤٩.
- (٩) جامع المقاصد: في أحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢١٤.
- (١٠) مسالك الأفهام: في الوصية المبهمة ج ٦ ص ١٨٩.
- (١١) الشرائع: في أحكام الوصية ج ٣ ص ١٨٨.
- (١٢) الجامع الشرائع: في الوصية ص ٤٩٥.
- (١٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤٩٦ س ٤١.
- (١٤) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٥ - ١٥٦.
- (١٥) إرشاد الأذهان: في الوصية المبهمة ج ١ ص ٤٦١.

والإيضاح^١ وجامع المقاصد^٢ والمسالك^٣ واستحسنه في «الدروس^٤» ونفي عنه البعد في «الكفاية^٥» ونسبه في «الإيضاح^٦» إلى والده في كتبه. وستسمع ما في «التحرير» ولم يتعرض له في «التبصرة» قال في «السرائر» - وهو أول من خالف القدماء - يرجع فيه إلى الموصى والورثة وإلى العرف كما في كثير الجراد فيمن قتله وهو محرم وكثير الشعر^٧. ومما صرح فيه بأنه يكون ثمانين «المقنع^٨ والفقهاء^٩ بعنوان الفتوى» «الخلافاً^{١٠} وفقه الراوندي^{١١} والوسيلة^{١٢} والتحرير^{١٣}» وفي «الكفاية^{١٤}» أنه المشهور فتأمل. ولا ترجيح في «السرائر^{١٥}» وقد استدلل عليه في «الخلافاً^{١٦}» بما رواه أصحابنا في حدّ الكثير وأشار إلى أن دليله إجماع الفرقة أيضاً. وقد حكينا^{١٧} القول بأنه ثمانون في باب الإقرار عن «الخلافاً

(١) إيضاح الفوائد: في الموصى به ج ٢ ص ٥٣٣. مكتبة جامعة دمشق

(٢) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢١٥.

(٣) مسالك الأفهام: في الوصية المبهمة ج ٦ ص ١٨٨.

(٤) الدروس الشرعية: في الوصية بالمجهول ج ٢ ص ٣١٣.

(٥) كفاية الأحكام: في الأحكام واللواحق ج ٢ ص ٥٥.

(٦) إيضاح الفوائد: في الموصى به ج ٢ ص ٥٣٣ - ٥٣٤.

(٧) السرائر: في أحكام الوصية ج ٣ ص ١٨٨.

(٨) المقنع: في الوصايا ص ٤٧٨.

(٩) من لا يحضره الفقيه: في الوصية بالشيء من المال والسهم والجزء والكثير ج ٤ ص ٢٠٦.

(١٠) الخلافاً: في الوصايا ج ٤ ص ١٣٨ مسألة ٨.

(١١) فقه القرآن: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٣١٣.

(١٢) الوسيلة: في أحكام الوصية ص ٣٧٨.

(١٣) تحرير الأحكام: في الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٣٥٤.

(١٤) كفاية الأحكام: في الأحكام واللواحق ج ٢ ص ٥٥.

(١٥) شرائع الإسلام: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٢٤٩.

(١٦) الخلافاً: في الوصايا ج ٣ ص ١٣٩ مسألة ٨.

(١٧) تقدّم في ص ٢٧٠.

وقيل: يحمل على النذر

والمبسوط والغنية» وأبي علي والكيدري والقاضي وحكيما عن «الخلاف والغنية» الاستدلال عليه بإجماع الفرقة وعن الأولين أعني «الخلاف والمبسوط» - الاستدلال عليه بالرواية التي تضمنت أن الوصية بالمال الكثير وصية بثمانين، وهو الذي حكاه ابن إدريس والمصنف في «التذكرة» في باب الوصايا عن إقرار الخلاف ولم يلاحظ وصاياه، وحكيما هناك عن تسعة كتب أنه يرجع في تفسيره إلى المقر.

قوله: «وقيل يحمل على النذر» هذا ادعاء ابن إدريس على الشيخ، قال: قول شيخنا على الرواية التي تضمنت بأن الوصية بالمال الكثير يكون بثمانين، فيه تسامح وتجاوز، وإنما الرواية وردت فيمن نذر أن يتصدق بمال كثير، وما وردت بالوصية ولا أوردها أحد من أصحابنا في الوصايا... إلى آخر ما قال^١؛ وقد تبعه المحقق^٢ والمصنف^٣ وولده^٤ والشهيدان^٥ والمحقق الثاني^٦ في نسبة ذلك إلى الشيخ أعني حمل الوصايا على النذر.

وفيه: إن الشيخ في الكتابين في البابين لم يذكر شيئا مما ادعوه عليه، وقد ولو قال: أعطوه جزء جزء من مالي احتمل سبع السبع أو عشر العشر

(١) السرائر: في أحكام الوصية ج ٣ ص ١٨٨.

(٢) شرائع الإسلام: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٢٤٩.

(٣) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٥٢.

(٤) إيضاح الفوائد: في الموصى به ج ٢ ص ٥٣٤.

(٥) الدروس الشرعية: في الوصية بالمجهول ج ٢ ص ٣١٢، ومسالك الأفهام: في الوصية المبهمة ج ٦ ص ١٨٧.

(٦) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢١٥.

وما يعينه الوارث.

سمعت^١ كلامه فيهما لا تكرر فيهما، ورواية^٢ النذر مرسلة وردت في نذر المتوكل وجواب مولانا الجواد^٣ له. والشيخ ما ألم بها إلا أن يكون أشار إليها في كلامه في «الخلافة» وقد سمعته. وقال في «التذكرة» إن هذا جهل من ابن إدريس فإن الشيخ أعرف بالروايات وليس إذا لم يجدوها مسطورة في «تهذيبه وإستبصاره» تكون غير منقولة انتهى^٤ والتحقيق أن يقال: إن ما يحكيه الشيخ كالذي يروي، وقد رواها الشيخ ثلاث^٥ مرّات أقصاه أنها مرسلة، وقد عضدتها الإجماعات المنقولة في الباين وعمل جماعة كثيرون بها فيهما فلا بأس بالعمل بها.

قوله: «ولو قال: أعطوه جزء جزء من مالي احتمل سبع السبع وعشر العشر وما يعينه الوارث» الأخير هو الأصح كما في «الإيضاح»^٦ والأقوى كما في «جامع المقاصد»^٧ لانتفاء ما يقتضي التعيين وصلاحيّة اللفظ للقليل والكثير من دون تفاوت فيقبل تعيين الوارث ما يقع عليه الاسم. وأمّا الاحتمالان الأولان فقد اقتصر عليهما في «التنقيح»^٨ وظاهره انتفاء الثالث. ولو أوصى بأشياء فنسي الوصي شيئاً منها صرف قسطه في وجوه

(١) تقدّم في ج ٩ ص ٢٧٠، وص ٥٣٨ من الباب.

(٢) وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب النذر والعهد ج ١ ص ١٦ ص ١٨٦.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤٩٦ ص ٤٢.

(٤) الخلافة: في الإقرار ج ٣ ص ٣٥٩ مسألة ١، وج ٤ ص ١٣٩، والمبسوط: في الإقرار ج ٣ ص ٦.

(٥) إيضاح الفوائد: في الموصى به ج ٢ ص ٥٣٤.

(٦) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢١٦.

(٧) التنقيح الرائع: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤٠٧ - ٤٠٩.

البرّ

وظاهر إطلاق «المسالك» أنّه لا إشكال في ذلك، قال: ولا إشكال في حمل الجزء على معناه من العشر أو السبع لأيّ شيء نسب فإن نسب إلى المال فهو عشره أو سبعة، أو إلى الثلث أو النصف أو غيرهما فهو العشر أو السبع من ذلك الجزء المنسوب إليه انتهى^١. ووجه الأوّل يعرف من أدلة القول بأنّ الجزء هو السبع والثاني من أدلة القول بأنّه العشر. وفي «جامع المقاصد» أنّ فيهما ضعفاً، لأنّ ذلك غير مورد النصّ^٢. ولعلّه أراد أنّ مورده جزء من ماله وجزء من ثلثه. وكأنّه لم يلاحظ جميع أخبار الباب، فقد قال أبو عبد الله عليه السلام في آخر صحيحة عبد الله بن سنان أو حسنة عبد الرحمن: فالجزء هو العشر من الشيء^٣. وهو يتناول جزء الجزء. وقال الباقر والرضا عليهما السلام في خبري أبيان عليه السلام وعلي بن أسباط: الجزء واحد من عشرة، لكنّ ذلك إنّما هو في العشر خاصّة، فليتأمل.

قوله: «ولو أوصى بأشياء فنسي الوصي شيئاً منها صرف قسطه في وجوه البرّ» كما في «المقنع»^٤ والمقنعة^٥ والنهاية^٦ وجامع الشرائع^٧ والشرائع^٨

(١) مسالك الأفهام: في الوصية المبهمة ج ٦ ص ١٧٩.

(٢) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢١٦.

(٣) وسائل الشيعة: ب ٥٤ في حكم من أوصى بجزء من ماله ج ٢ ص ١٣ ص ٤٤٢.

(٤) وسائل الشيعة: ب ٥٤ في حكم من أوصى بجزء من ماله ج ٤ ص ١٣ ص ٤٤٣، وح ١٠ ص ٤٤٦.

(٥) المقنع: في الوصايا ص ٤٨٦.

(٦) المقنعة: في الوصية المبهمة ص ٦٧٤.

(٧) النهاية: في الوصية المبهمة و... ص ٦١٣.

(٨) الجامع الشرائع: في الوصية ص ٤٩٥ - ٤٩٦.

(٩) شرائع الإسلام: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٢٤٨.

والنافع والإرشاد والتبصرة والتلخيص والمختلف والإيضاح والدروس والمقتصر^٨ وجامع المقاصد^٩ وإيضاح النافع والرياض^{١٠} والمفاتيح^{١١} وفي «التذكرة»^{١٢} لا بأس به. وفي «الكفاية»^{١٣} لعلّه أقرب. وهو المحكي^{١٤} عن القاضي. والظاهر أنّه مذهب الصدوق في «الفتاوى»^{١٥} لأنّه رواه بل والكليني^{١٦} لأنّه رواه أيضاً والشيخ في «التهذيب»^{١٧}. وهو الأشهر كما في «الدروس»^{١٨} ومذهب الأكثر كما في

- (١) المختصر النافع: في الوصية المبهمة ص ١٦٦.
- (٢) إرشاد الأذهان: في الوصية المبهمة ج ١ ص ٤٦١.
- (٣) لم نجد في التبصرة ما يدلّ على حكمه بصرف المنسي في وجوه البرّ بل الموجود فيه ما يظهر منه خلافه قال في التبصرة: في الوصايا ص ١٢٨ ولو نسي الوصي وجهاً مرجع ميراثاً أنتهى وهذا بظاهره خلاف ما نسب إليه فيها ولم نلق في المقام أي في الوصية ما يدلّ على خلاف ذلك فراجع.
- (٤) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٦.
- (٥) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٧٩.
- (٦) إيضاح الفوائد: في الموصى به ج ٢ ص ٥٣٤.
- (٧) الدروس الشرعية: في الوصية بالمجهول ج ٢ ص ٣١٣.
- (٨) المقتصر: في الوصايا ص ٢١٩.
- (٩) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢١٦.
- (١٠) رياض المسائل: في الوصايا المبهمة ج ٩ ص ٥٢٧.
- (١١) مفاتيح الشرائع: في حكم ما لو نسي الوصي بعض ج ٣ ص ٢٣٠.
- (١٢) تذكرة الفقهاء: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤٩٧ س ٣٢.
- (١٣) كفاية الأحكام: في الأحكام واللواحق ج ٢ ص ٥٥.
- (١٤) نقله عنه العلامة في مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٧٩.
- (١٥) من لا يحضره الفقيه: في الرجل يوصي بوصية فينساها... ح ٥٥١٣ ج ٤ ص ٢١٨.
- (١٦) الكافي: في النوادر من الوصايا ج ٧ ص ٥٨.
- (١٧) تهذيب الأحكام: ب ١٦ في الوصية المبهمة ح ٢١ ج ٩ ص ٢١٤.
- (١٨) الدروس الشرعية: في الوصية بالمجهول ج ٢ ص ٣١٣.

«الكفاية»^١ والمشهور كما في «إيضاح النافع والمسالك»^٢ والمفاتيح^٣ وعليه الفتوى كما في «التنقيح»^٤ وبلا خلاف إلا من الحلّي تبعاً للطوسي في بعض فتاويه كما في «الرياض»^٥ وكأنّه لم يظفر بما سيأتي لرواية محمد بن الريان^٦، قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن إنسان أوصى بوصية فلم يحفظ الوصي إلا باباً واحداً كيف يصنع بالباقي؟ فوقّع عليه: الأبواب الباقية اجعلها في البرّ، وهو منجبر بالشهرة معلومة ومنقولة معتضد بما يظهر من «التنقيح»^٧ من أنّه إجماع متأيد بالأشياء والنظائر، فقد ورد في المنذور للكعبة أنّه يصرف إلى زوّارها^٨، وفي من أوصى أن يحجّ عنه بمال لا يفي به أنّه يصرف في البرّ ويتصدق به^٩، وكذلك في الوقف إذا جهل الموقوف عليه^{١٠}، ونحو^{١١} ذلك، ولأنّ المال قد خرج عن الوارث بالوصية النافذة أولاً، لأنّه المفروض، فعوده إلى ملك الوارث يحتاج إلى دليل، وجهالة مصرفه تصيّره بمنزلة المال المجهول المستحقّ فيصرف في وجوه البرّ، ولأنّه لو رجع إلى الوارث بالإرث لزم تبديل الوصية المنهي عنه، بخلاف البرّ لأنّه عمل بمقتضاها، ومن ثمّ أخرج عن الوارث غايته جهالة المصرف فيصرف فيما يصرف

-
- (١) كفاية الأحكام: في الأحكام واللواحق ج ٢ ص ٥٥.
 (٢) مسالك الأفهام: في الوصية المبهمة ج ٦ ص ١٨٠.
 (٣) مفاتيح الشرائع: في حكم ما لو نسي الوصي ... ج ٣ ص ٢٣٠.
 (٤) التنقيح الرائع: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤١٠.
 (٥) رياض المسائل: في الوصايا المبهمة ج ٩ ص ٥٢٧.
 (٦) وسائل الشيعة: ب ٦١ من أبواب أحكام الوصايا ح ١ ج ١٣ ص ٤٥٣.
 (٧) التنقيح الرائع: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤١٠.
 (٨) وسائل الشيعة: ب ٢١ من أبواب مقدمات الطواف ح ٩ ج ٩ ص ٣٥٥.
 (٩) وسائل الشيعة: ب ٣٧ من أبواب الوصايا ح ٢ ج ١٣ ص ٤١٩.
 (١٠) وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب الوقوف والصدقات ح ١ ج ١٣ ص ٣٠٣.
 (١١) وسائل الشيعة: ب ٣٠ من أبواب الوصايا ح ٢ ج ١٣ ص ٤٠٩.

١٧ وقيل: يصير ميراثاً.

فيه المال المجهول، ولأن الموصي ربما أراد بوصيته القربة المخصصة، فإذا فات الخصوص بالنسيان بقي العموم فيكون أقرب إلى مراد الموصي، وأخصية الأخيرة من المدعى لعدم تماميتها إلا فيما إذا ظهر من الموصي قصد القربة لا مطلقاً غير ضائر مع تأيدها بالأشياء والنظائر وبما تقدم، بل قد نقول كما في «التنقيح»^١ إن الغالب قصد القربة.

ولا فرق عندهم بين نسيان الباب والأبواب كما تبّه عليه في «الدروس»^٢ ونسيان الأبواب هو المفروض في المحكي^٣ عن الحائرات وقال القاضي في «المهذب»^٤ إذا نسي جميع أبواب الوصية بطلت.

قوله: «وقيل: يصير ميراثاً» هذا القول هو الظاهر من ابن إدريس في «السرائر» حيث قال: الأولى أن تعود ميراثاً^٥. وقد نسبوا^٦ ذلك إليه على البتّ. وحكاه فيها عن الشيخ في «الحائريات». وفي «كشف الرموز»^٧ أنه أشبه لضعف الرواية وبطلان الوصية بامتناع القيام بها. وقد منعوا^٨ عليهم الملازمة، لأنه لا يلزم

(١) التنقيح الرائع: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤١٠.

(٢) الدروس الشرعية: في الوصية بالمجهول ج ٢ ص ٣١٣.

(٣) حكاه عنه العجلي في السرائر: في الوصية المبهمة ج ٣ ص ٢٠٨.

(٤) المهذب: في الإيصاء للحاضر والغائب ج ٢ ص ١١٨.

(٥) السرائر: في الوصية المبهمة ج ٣ ص ٢٠٩.

(٦) منهم العلامة في مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٧٩، والسيوري في التنقيح الرائع: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤١٠، والسبزواري في كفاية الأحكام: في الأحكام واللواحق ج ٢ ص ٥٥.

(٧) كشف الرموز: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٨٦.

(٨) منهم العلامة في مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٨٠، والمحقق الثاني في جامع

ولو أوصى بسيف معيّن دخلت الحلية والجفن إن كان في غمده على
إشكال

من امتناع القيام بها بخصوصها البطلان ولم لا تصرف في الأقرب إلى مراد
الموصي، لأن الحقيقة إذا تعذرت وجب المصير إلى أقرب المجازات خصوصاً
وقد انتقطع حق الوارث في ذلك القدر. وقالوا: إنه اجتهد في مقابلة النص،
ولا ترجيح في «التحرير»^١ وغاية المراد^٢ والمهذب البارع^٣ لكن الثالث غير
موضوع على الترجيح.

[فيما لو أوصى بسيف معيّن]

قوله: «ولو أوصى بسيف معيّن دخلت الحلية والجفن إن كان في
غمده على إشكال» الوصف بالتعيين إنما وجد في «الشرائع»^٤ والكتاب
والكفاية^٥ وهو مراد الباقيين بل كاد يكون صريح «النهاية»^٦ التي هي أول ما
تعرض له فيه وغيرها^٧ حيث قيل فيها - أي النهاية - كما في الرواية بسيف وكان

→ المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢١٧، وفخر الإسلام في إيضاح الفوائد: في
الموصى به ج ٢ ص ٥٣٤.

(١) تحرير الأحكام: في الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٣٦١.

(٢) غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٤٨٧ - ٤٨٨.

(٣) المهذب البارع: في الوصايا ج ٣ ص ١٣٢.

(٤) شرائع الإسلام: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٢٤٨.

(٥) كفاية الأحكام: في الأحكام واللوحق ج ٢ ص ٥٥.

(٦) النهاية: في الوصية المبهمة ص ٦١٣.

(٧) كالمعجاني في السرائر: في الوصية ج ٣ ص ٢٠٩.

في جفن وعليه حلية. ونحوها غيرها وهو تعيين أو في معناه. وفي «الإيضاح»^١.
أن البحث إنما هو في المشار إليه.

والوجه في ذلك أنه لو أطلق وقال أعطوه سيفاً أو صندوقاً أو سفينة فإنه لا يتناول إلا الظرف عملاً بمدلول أخبار الباب^٢ حيث وردت في المعين في الثلاثة ولدلالة العرف عليه، وهو يتم في غير السيف، أما فيه بالنسبة إلى الجفن خاصة بل والحلية فإنه لا يتم، ومن الغريب أنهم وصفوا السيف بالمعين الذي لا يتم فيه وأطلقوا في الصندوق والسفينة فليلاحظ.

وكيف كان فما صرح فيه بدخول الحلية والجفن في السيف «النهاية»^٣ والسرائر^٤ والجامع^٥ ونكت النهاية^٦ والشرائع^٧ والنافع^٨ وكشف الزموز^٩ والتذكرة^{١٠} والتحرير^{١١}

(١) إيضاح الفوائد: في الموصي به ج ٢ ص ٥٣٥. مركز تحقيق علوم إسلامي
(٢) في العبارة تعقيد وأجمال فإن مراد الشارح هو أنه لو أوصى بسيف أو صندوق أو سفينة معينة مشخصة يشار إليها على حسبه تعبير الإيضاح فيشمل هذه الوصية ما على السيف وما في السفينة والصندوق بخلاف ما لو أوصى بأحد هذه الأشياء بنحو الإطلاق من غير أن يكون معيناً في الخارج فإنه لا تشمل ما على السيف وما في السفينة وما فيهما في العين هو مدلول أخبار الباب أي باب ٥٧ وباب ٥٨ وباب ٥٩ من أحكام الوصايا في الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥١ - ٤٥٢ حيث أن موردها الأشياء التي هي فرضت معينتها في الخارج فلا بد أن يحكم في هذه الأخبار بشمولها لما عليها وما فيها وأما فيما إذا أطلق فلا تشمل الأخبار المذكورة ما عليه وما فيهما وذلك أولاً لو رודה في المعين لأنه مقتضى الإطلاق ثم أن الشارح أورد على القول بالشمول في مورد الإطلاق بالتفصيل في السيف فتشمل ما عليه وفي الصندوق والسفينة فلا تشمل ما فيهما وذلك لدلالة العرف واستفادة هذه الأمور من عبارة الشارح لعله يحتاج إلى نوع من التأمل.

(٣) النهاية: في الوصية المبهمة و... ص ٦١٣.

(٤) السرائر: في الوصية ج ٣ ص ٢٠٩.

(٥) الجامع للشرائع: في الوصية ج ٣ ص ٢٠٩.

(٦) النهاية ونكتها: في الوصية المبهمة و... ج ٣ ص ١٥٥.

(٧) شرائع الإسلام: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٢٤٨.

والدروس^٢ وإيضاح النافع جامع المقاصد^٣ والروضة^٤ والكفاية^٥ والمفاتيح^٦ وهو المحكي^٧ عن أبي علي واللازم للمفيد والتقي كما ستعرف^٨. وفي «المسالك»^٩ أنه قوي، وفي «الكفاية»^{١٠} أنه أشهر، وفي «جامع المقاصد»^{١١} أنه مذهب الأكثر، وفي «النافع»^{١٢} وكشف الرموز^{١٣} والتنقيح^{١٤} وإيضاح النافع^{١٥} أنه المشهور، وفي «كشف الرموز»^{١٦} أيضاً ما رأيت أحداً أقدم على منعها أي الرواية الواردة في السيف. وفي «التحرير» نسبته إلى فتوى الأصحاب^{١٧}. وفي «المهذب البارع» كل الأصحاب مطبقون على العمل بها^{١٨}، وفي «المقتصر» أن عليها عمل الأصحاب^{١٩}.

- (٨) المختصر النافع: في الوصية المبهمة ص ١٦٦.
(٩) كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٨٧.
(١٠) تذكرة الفقهاء: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤٩٧ س ١٨ - ١٩.
(١١) تحرير الأحكام: في الوصية المبهمة ج ٣ ص ٣٦١.
(١٢) (١) الدروس الشرعية: في الوصية بالمجهول ج ٢ ص ٣١٣.
(١٣) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢١٨.
(١٤) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٤٧.
(١٥) كفاية الأحكام: في الأحكام واللواحق ج ٢ ص ٥٥.
(١٦) مفاتيح الشرائع: في حكم الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٢٢٧.
(١٧) حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٨٣.
(١٨) سيأتي في ص ٥٤١ هامش ٢٥ و ٢٧.
(١٩) مسالك الأفهام: في الوصية المبهمة ج ٦ ص ١٨٢.
(٢٠) كفاية الأحكام: في الأحكام واللواحق ج ٢ ص ٥٥.
(٢١) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢١٨.
(٢٢) المختصر النافع: في الوصية المبهمة ص ١٦٦.
(٢٣) كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٨٧.
(٢٤) التنقيح الرائع: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤١٢.
(٢٥) كشف الرموز: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٨٧.
(٢٦) تحرير الأحكام: في الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٣٦١.
(٢٧) المهذب البارع: في الوصايا ج ٣ ص ١٣٤.

وفي «إيضاح النافع» عمل القوم، وستسمع ما في «التذكرة» فيما يأتي^{٢٩}. وفي «النافع»^{٣٠} وإيضاحه والتنقيح^{٣١} أن الشهرة تجبر ضعف الخبر، ومما اقتصر فيه على دخول الحلية «الوسيلة»^{٣٢} والإرشاد^{٣٣} وعلى دخول الجفن «التلخيص»^{٣٤} واللمعة^{٣٥} وقد خالف المصنف في «المختلف»^{٣٦} وولده في «الإيضاح»^{٣٧} وأبو العباس في «المقتصر»^{٣٨} فإنهم قالوا بعدم دخول شيء منهما. وحكاة في «المقتصر»^{٣٩} عن ابن إدريس، والموجود في «السرائر» ما أسمعناكه^{٤٠}.

وقال في «النهاية» هذا إذا كان عدلاً مأموناً، وإن لم يكن عدلاً وكان متهماً لم تنفذ الوصية في أكثر من ثلثه^{٤١}. وفي «المهذب البارع» بعد حكاية اشتراط العدالة عن النهاية أن باقي الأصحاب على عدم اشتراطها^{٤٢}، وهو كذلك. وفي

مركز تحقيق تكملة علوم رسول

(٢٨) المقتصر: في الوصايا ص ٢٢٠.

(٢٩) سيأتي في هامش ٣٢.

(٣٠) المختصر النافع: في الوصية المبهمة ص ١٦٦.

(٣١) التنقيح الرائع: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤١٢.

(٣٢) الوسيلة: في أحكام الوصية ص ٣٧٧.

(٣٣) إرشاد الأذهان: في الوصية المبهمة ج ١ ص ٤٦١.

(٣٤) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٦.

(٣٥) اللمعة الدمشقية: في متعلق الوصية ص ١٧٩.

(٣٦) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٨٢.

(٣٧) إيضاح الفوائد: في الموصي به ج ٢ ص ٥٣٥.

(٣٨) المقتصر: في الوصايا ص ٢١٩.

(٣٩) المقتصر: في الوصايا ص ٢١٩.

(٤٠) تقدّم في ص ٥٤٠ هامش ٢٠.

(٤١) النهاية: في الوصية المبهمة ص ٦١٤.

(٤٢) المهذب البارع: في الوصايا ج ٣ ص ١٣٤.

(١٤)

«الدروس^١» كأنه يراه إقراراً. قلت: إنما يعتبرها بعضهم فيه على بعض الوجوه على ما فيه. ولعلّه إليه أشار في «الشرائع^٢» بقوله: وفيه قول آخر بعيد إن لم يخصّه بالآخر.

والأصل في ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة^٣ كلّ بإسناده عن البرنطي عن أبي جميلة عن الرضا^٤ قال: سألته عن رجل أوصى لرجل بسيف وكان في جفن وعليه حلية، فقال له الورثة: إنما لك النصل وليس لك السيف؟ فقال: لا بل له. السيف بما فيه له. وروى الصدوق^٥ بإسناده عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن البرنطي عن أبي جميلة المفضل بن صالح قال: كتبت إلى أبي الحسن^٦ أسأله عن رجل أوصى لرجل بسيف، فقال الورثة: إنما لك الحديد وليس لك الحلية ليس لك غير الحديد؟ فكتب إلى السيف له وحليته. ورواه الكليني^٧ عن محمد بن يحيى ولم ينتبه أكثر الأصحاب لهذا الاختلاف في الرواية من أنه تارة قال: سألت وأخرى قال: كتبت، مضافاً إلى اختلاف آخر، ثم إن العرف يشهد بذلك.

ثم عد إلى العبارة فقوله: على إشكال يحتمل أن يكون مراده فيحتمل على إشكال في دخولهما أو في دخول الجفن أو في اشتراط كون السيف في غمده أو في دخول الحلية، لكنّ هذا بعيد عن العبارة لكنّ المكاتبة تشهد له فتأمل، والرواية

(١) الدروس الشرعية: في الوصية بالمجهول ج ٢ ص ٣١٣.

(٢) شرائع الإسلام: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٢٤٨.

(٣) الكافي: في الوصايا ج ١ ص ٤٤، ومن لا يحضره الفقيه: في الرجل يوصي بسيف ح ٥٥٠٩ ج ٤ ص ٢١٧، وتهذيب الأحكام: ب ١٦ في الوصية المبهمة ح ١٤ ج ٩ ص ٢١١.

(٤) لم نعثر عليه في كتب الصدوق فراجع وسائل الشيعة: ب ٥٧ من أبواب أحكام الوصايا ح ٢ ج ١٣ ص ٤٥٢.

(٥) الكافي: في الوصايا ج ٣ ص ٤٤.

ولو أوصى له بسفينة أو صندوق أو جراب قيل دخل المظروف

الأولى تشهد للأول وهو المتبادر ومنشؤه من عدم دخولهما في مسمى السيف لغة وأن مال الغير يحتاج إلى سبب ناقل قطعي أو ما جرى مجراه ولا يكفي فيه الظن كطهارة الثوب ونحوها، ومن قضاء العرف والرواية. وهل يلحق الخنجر والسكين ذات القراب والحلية بالسيف؟ احتمالان أظهرهما اللحق للعرف وأطراد العلة.

[فيما لو أوصى بسفينة أو صندوق أو جراب]

قوله: «ولو أوصى له بسفينة أو صندوق أو جراب قيل: دخل المظروف» القائل بدخول المظروف في الثلاثة المفيد في «المقنعة»^(١) والشيخ في «النهاية»^(٢) والتقي في «الكافي»^(٣) وابن إدريس في «السرائر»^(٤) وسبطه في «الجامع»^(٥) والمحقق في «الشرائع»^(٦) والنكت^(٧) والمصنف في «التذكرة»^(٨) والتلخيص^(٩) والتحرير^(١٠) وهو قضية أبي علي^(١١) والقاضي^(١٢) وابن حمزة في «الوسيلة»^(١٣) وزاد المفيد

(١) المقنعة: في الوصية المبهمة ص ٦٧٤.

(٢) النهاية: في الوصية المبهمة ص ٦١٤.

(٣) الكافي في الفقه: في الوصية ص ٣٦٥.

(٤) السرائر: في الوصية المبهمة ج ٣ ص ٢٠٩.

(٥) الجامع للشرائع: في الوصية ص ٤٩٦.

(٦) شرائع الإسلام: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٢٤٨.

(٧) النهاية ونكتها: في الوصية المبهمة ج ٣ ص ١٥٥.

(٨) تذكرة الفقهاء: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤٩٧ س ٢٢.

(٩) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٦.

(١٠) تحرير الأحكام: في الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٣٦١.

الوعاء والتقي والمصنّف في «التذكرة والتحرير» الكيس. وعبر في «الشرائع» تارة بالجواب وأخرى بالوعاء. وقيد المفيد^{١٤} وأبو الصلاح^{١٥} الصندوق بكونه مقفلاً والجواب بكونه مشدوداً، وقيد الأول الوعاء بكونه مختوماً والثاني الكيس بذلك. وظاهر جماعة^{١٦} وصريح آخرين^{١٧} أنه لا فرق بين المقفل وغيره. وكذا الحال في غيره.

ومما اقتصر فيه على الدخول في السفينة والصندوق «المقنع»^{١٨} واللمعة^{١٩} ومما اقتصر فيه على الدخول في الصندوق «النافع»^{٢٠} وإيضاحه والدروس^{٢١} وفي «المسالك» في شرح عبارة «الشرائع» أن القول بدخول جميع ما ذكر مشهور بين المتقدمين والمتأخرين^{٢٢}. وقد عرفت ما ذكر في «الشرائع» وفي «المهذب

مركز تحقيق مكتبة علوم اسلامی

(١١ و ١٢) حكى عنهما العلامة في مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٨٣.

(١٣) الوسيلة: في أحكام الوصية ص ٣٧٧.

(١٤) المقنعة: في الوصية المبهمه ص ٦٧٤.

(١٥) الكافي في الفقه: في الوصية ص ٣٦٥.

(١٦) منهم المحقق الثاني في جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢١٩، وانظر التنقيح

الرائع: في الوصية المبهمه ج ٢ ص ٤١٢ - ٤١٤، وكفاية الأحكام ولواحق الوصية ج ٢ ص ٥٥.

(١٧) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في الوصية المبهمه ج ٦ ص ١٨٣، والطباطبائي في

رياض المسائل: في الوصية المبهمه ج ٩ ص ٥٣٠، والبحراني في الحقائق الناضرة: في

الوصايا ج ٢٢ ص ٤٧١.

(١٨) المقنع: في الوصايا ص ٤٨٣.

(١٩) اللمعة الدمشقية: في متعلق الوصية ص ١٧٩.

(٢٠) المختصر النافع: في الوصية المبهمه ص ١٦٦.

(٢١) الدروس الشرعية: في الوصية بالمجهول ج ٢ ص ٣١٣.

(٢٢) مسالك الأفهام: في الوصية المبهمه ج ٦ ص ١٨٢.

البارع^١ والكفاية^٢ أنّ الدخول في الجميع هو المشهور، ونحوه «المفاتيح»^٣ وفي «المقتصر»^٤ أنّ عمل الأصحاب على رواية أبي جميلة، ونحوه «التنقيح»^٥ ونسب في «التذكرة»^٦ إلى علمائنا الدخول في الصندوق والسفينة والجراب والكرسي، ونسبه في «الروضة»^٧ في الصندوق والسفينة إلى الأكثر.

ومّا قيل فيه بعدم الدخول في الجميع «المختلف»^٨ والإيضاح^٩ والمقتصر^{١٠} والروض^{١١} والمفاتيح^{١٢} ومّا اختير فيه عدم الدخول في السفينة خاصّة «الدروس»^{١٣} وجامع المقاصد^{١٤} والكفاية^{١٥} وهو ظاهر «النافع»^{١٦} وتنقيحه^{١٧} وإيضاحه^{١٨} ومن

- (١) المهذب البارع: في الوصايا ج ٣ ص ١٣٥.
(٢) كفاية الأحكام: في الأحكام وللواحق من الوصية ج ٢ ص ٥٥.
(٣) مفاتيح الشرائع: في حكم الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٢٢٧.
(٤) المقتصر: في الوصايا ص ٢٢٠.
(٥) التنقيح الرائع: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤١٢.
(٦) تذكرة الفقهاء: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤٩٧ ص ٢٣.
(٧) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٤٧ - ٤٨.
(٨) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٨٢.
(٩) إيضاح الفوائد: في الموصى به ج ٢ ص ٥٣٥.
(١٠) المقتصر: في الوصايا ص ٢٢٠.
(١١) لا يوجد لدينا كتابه ولكن يستفاد من ظاهر حاشية على الإرشاد (غاية المراد ج ٢): في الوصايا ص ٤٩٠.

- (١٢) مفاتيح الشرائع: في حكم الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٢٢٧.
(١٣) الدروس الشرعية: في الوصية بالمجهول ج ٢ ص ٣١٣.
(١٤) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢١٩.
(١٥) الموجود في الكفاية في المقام مختلف مع هذا الذي نسبته إليه الشارح فإن عبارته فيها كذلك: لو أوصى بسيف مُعين دخل الجفن والحلية في الوصية على الأشهر الأقوى بشهادة العرف ويؤيده رواية البنزطي في الصحيح عن أبي جميلة الضعيف ولو أوصى بصندوق وفيه ثياب أو سفينة وفيها متاع أو جراب وفيه قماش فإن الوعاء وما فيه داخل في الوصية على المشهور ويدلّ على حكم الصندوق رواية البنزطي في الصحيح عن أبي جميلة الضعيف وعلى

الغريب أنه قال في «الكفاية»^{١٦٦} هنا: إنَّ عدم الدخول في الجميع هو المشهور. وقال السفينة: إنَّه الأشهر مع كثرة المخالف هنا وقلَّته هناك. وقد اشترط الشيخ في «النهاية»^{١٦٧} والقاضي^{١٦٨} العدالة هنا أيضاً.

وقد استدلَّ المحقِّق في «نكت النهاية» بالعرف على الدخول في السفينة والصندوق والجراب، وقال: إنَّ العرف قاض بأنَّ الإنسان يعبَّر عن الصندوق وما فيه بالصندوق وكذلك السفينة، ولهذا يقال: صندوق مال وسفينة غلَّة وجراب زعفران انتهى^{١٦٩}، فتأمل.



→ السفينة رواية عقبة بن خالد وفي المسائل إشكال لاختلاف العرف والقرائن في ذلك والوجه الرجوع إليها انتهى، الكفاية: ج ٢ ص ٥٥-٥٦. وعبارته كما تراها أولاً صريحة في أن دخول المظروف وهو الثياب والمتاع والقماش داخل في الظرف ونسبه أيضاً إلى المشهور مع أن الشارح نسب عدم الدخول إليه فيها إلى المشهور. وثانياً أن الإشكال المحكي عنه فيها إنما هو بالنسبة إلى جميع الأحكام المذكورة أي حكمه بدخول الجفن والحلية وحكمه بدخول الثياب والمتاع والقماش في المذكورات. وثالثاً أنه أدعى الأشهرية في دخول الجفن والحلية ومع أن الشارح أدعى الأشهرية فيها على السفينة خاصة ومع ذلك أستشهد في الكفاية على عدم الدخول بشهادة العرف مع أنه استشكل في هذه المسألة وما بعدها باختلاف العرف في الموارد المذكورة. ثم أن صاحب الكفاية استدلَّ بخبري أبي جميلة وعقبة على الدخول مع استشكله فيها باختلاف العرف أو بحكمه فيها بخلافه وهذا بخلافه وهذا لعلَّه أجتهد في مقابلة النص وكيف كان فالاختلاف الفاحش بين المحكي عنه وما في كفايته، ومع ذلك وود التهافت في عبارة الكفاية نفسها غير خفي على الناظر.

(١٦٦) المختصر النافع: في الوصية المبهمة ص ١٦٦.

(١٦٧) التنقيح الرائع: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤١٢.

(١٦٨) النهاية: في الوصية المبهمة ... ص ٦١٤.

(١٦٩) حكى عنه في المهدب البار: في الوصايا ج ٣ ص ١٣٣.

(٢١١) النهاية ونكتها: في الوصية المبهمة ج ٣ ص ١٥٦.

ويدلّ على الدخول في الصندوق ما رواه الكليني^١ والشيخ^٢ بإسنادهما عن علي بن عقبة عن أبيه قال: سألت أبا عبد الله^{عليه السلام} عن رجل أوصى لرجل بصندوق وكان في الصندوق مال، فقال: الورثة إنما لك الصندوق وليس لك ما فيه؟ فقال: الصندوق بما فيه له وقد روى الشيخ^٣ والصديق^٤ عن أبي جميلة عن الرضا^{عليه السلام}. ويدلّ على الدخول في السفينة ما رواه المشايخ الثلاثة عن محمد بن عبد الله ابن هلال عن عقبة بن خالد عن أبي عبد الله قال: سألت عن رجل قال هذه السفينة لفلان ولم يسمّ ما فيها وفيها طعام، أعطيتها الرجل وما فيها؟ قال: هي للذي أوصى له بها إلا أن يكون صاحبها استثنى ما فيها كما في «الفقيه»^٥ إلا أن يكون صاحبها متّهماً كما في «التهذيب»^٦ وقد اتفقا معاً على قوله وليس للورثة شيء. وقد جمع الجميع في «الكافي» إذ فيه: قال: هي للذي أوصى له بها إلا أنه قال: إلا أن يكون صاحبها متّهماً وليس للورثة شيء^٧ وأن فيه دلالة واضحة على ما نحن فيه على روايتي الفقيه والكليني، لأنّ قوله^{عليه السلام}: إلا أن يكون صاحبها استثنى ما فيها يقضي بأنّ الضمير المنفصل في قوله: هي للذي أوصى له بها راجع إلى السفينة وما فيها كما هو واضح. ووجه الدلالة على رواية «التهذيب» أنّه لو لم يكن راجعاً إلى السفينة وما فيها لكان الجواب غير مطابق للسؤال إلا أن تقول أراد بإرجاعه إلى السفينة خاصّة التنبيه على انحصار الموصى به فيها على أبلغ وجه فكأنه قال:

(١) الكافي: في الوصايا ج ٤ ص ٧ ص ٤٤.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ١٦ في الوصية المبهمة ج ١٧ ص ٩ ص ٢١٢.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ١٦ في الوصية المبهمة ج ١٤ ص ٩ ص ٢١١.

(٤) من لا يحضره الفقيه: في الرجل يوصي لرجل بسيف ج ٥٥٠٩ ص ٤ ص ٢١٧.

(٥) من لا يحضره الفقيه: في الرجل يوصي ... ج ٥٥١٠ ص ٤ ص ٢١٧.

(٦) تهذيب الأحكام: ب ١٦ في الوصية المبهمة ج ١٥ ص ٩ ص ٢١٢.

(٧) الكافي: في الوصايا ج ٢ ص ٧ ص ٤٤.

ولو أوصى بإخراج بعض ولده من التركة لم يصح

لا يعطى ما فيها، فتأمل. وكان المحقق في «النافع»^١ وشرّاحه^٢ إنما لحظوا التهذيب فقط، قال في «النافع» استناداً إلى فحوى رواية.

[فيما لو أوصى بإخراج بعض ولده من التركة]

قوله: «ولو أوصى بإخراج بعض ولده من التركة لم يصح» كما عليه الأكثر كما في «الكفاية»^٣ وفي «الإيضاح» أن المشهور البطان ثم إنه نسبته أيضاً إلى الأصحاب^٤، وفي «المختلف»^٥ أن المشهور أنه لا تنفذ وصيته، وفي «المسالك» أن الأكثر أنه يقع باطلاً^٦، وفي «المقتصر» أن الذي عليه الأصحاب أنه لا يجوز إخراج الولد من الإرث وإن أوصى^٧، وفي «إيضاح النافع» أن ذلك لا يجوز جزمًا، وهو في معنى الإجماع، وفي «المهذب البارع» أنه المشهور بين علمائنا^٨ وأنه قاله الشيخ في «النهاية» والموجود في «النهاية»^٩ والسرائر^{١٠} أنه لو

(١) المختصر النافع: في الوصية المبهمة ص ١٦٦.

(٢) منهم أبي العباس في المهذب البارع: في الوصايا ج ٣ ص ١٣٥، والمقتصر: في الوصايا ص ٢١٩، والتنقيح الرائع: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤١٢، والأبهي في كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٨٧، والطباطبائي في رياض المسائل: في الوصايا المبهمة ج ٩ ص ٥٢٩.

(٣) كفاية الأحكام: في الأحكام واللوّاحق من الوصية ج ٢ ص ٥٦.

(٤) إيضاح الفوائد: في الموصى به ج ٢ ص ٥٣٥.

(٥) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٧٥.

(٦) مسالك الأفهام: في الوصية المبهمة ج ٦ ص ١٨٤.

(٧) المقتصر: في الوصايا ص ٢٢٠.

(٨) المهذب البارع: في الوصايا ج ٣ ص ١٣٧.

(٩) النهاية: في الوصية وما يصح منها وما لا يصح ص ٦١١.

أوصى بإخراج بعض ورثته لم يلتفت إلى وصيته وقوله ونحوه ما في «الإرشاد»^{١١} من التعبير بالورثة بدل الولد. وفي «غاية المراد» أن الأصحاب فرضوا المسألة في الوارث ولو كان الفرض في الولد لكان حسناً^{١٢}، وقد وجدنا الأكثر على التعبير بالولد منهم الصدوقان^{١٣} وغيرهم^{١٤} عدا من عرفت ممن عثر بالورثة وهم ثلاثة. واختلف عباراتهم في التعبير عن الحكم «فالكتاب والشرائع»^{١٥} والتحرير^{١٦} والتبصرة^{١٧} على التعبير لم يصح وفي «الإرشاد»^{١٨} والإيضاح^{١٩} والرياض^{٢٠} وغيرها^{٢١} التعبير بالبطالان وفي «النافع»^{٢٢} وشرحه التعبير بأنه لا يجوز إخراج الولد من الإرث^{٢٣}. وقد سمعت ما في «النهاية والسرائر» من أنه لا يلتفت إليه. وسمعت



(١٠) السرائر: فيما يصح من الوصية وما لا يصح ج ٣ ص ٢٠٠.

(١١) إرشاد الأذهان: في الوصية ج ١ ص ١٦١.

(١٢) غاية المراد: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤٩٣.

(١٣) لم نعثر على نقل التعبير بالولد عن غير الصدوق في الكتب التي بأيدينا من كتب الأخبار والاستدلال وهو مع ذلك إنما استدلل على عدم صحة إخراج الولد بخبر وصي علي بن السري الذي رواه في الفقيه: ج ٤ ص ٢١٩ ح ٥٥١٥، وفي الوسائل: ج ١٣ ص ٤٧٦ ح ٢، فراجع جامع المقاصد: ج ١٠ ص ٢١٩ - ٢٢٠، والمختلف: ج ٦ ص ٣٧٥، والمهذب البارع: ج ٣ ص ١٣٦، وغاية المراد: ج ٢ ص ٤٩١ - ٤٩٢، والرياض: ج ٩ ص ٥٣١ وغيرها.

(١٤) كالمحقق في المختصر النافع: في الوصية المبهمة ص ١٦٦.

(١٥) شرائع الإسلام: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٢٤٨.

(١٦) تحرير الأحكام: في الوصية المبهمة ج ٣ ص ٣٦١.

(١٧) تبصرة المتعلمين: في الوصايا ص ١٢٩.

(١٨) إرشاد الأذهان: في الوصية المبهمة ج ١ ص ٤٦١.

(١٩) إيضاح الفوائد: في الموصي به ج ٢ ص ٥٣٦.

(٢٠) رياض المسائل: في الحيف من الوصية ج ٩ ص ٥٣١.

(٢١) كالمحقق الثاني في جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٢٠.

(٢٢) المختصر النافع: في الوصية المبهمة ص ١٦٦.

(٢٣) المهذب البارع: في الوصايا ج ٣ ص ١٣٦.

الشهرات المحكيّة على تلك العبارات وما يظهر من الإجماعات. وكيف كان فالبطالان بمعنى عدم صحّة إخراج الولد والوارث من الإرث وعدم نفوذها كذلك وعدم جوازها ممّا تسالم عليه المتأخرون ولم يختلفوا فيه حتّى المصنّف في «المختلف»، ولا خلاف إلّا من الصدوقين والشيخ في «التهذيبين» ففي «الفقيه»^(١) بعد إيراد خبر وصيّ علي بن السري: متى أوصى الرجل بإخراج ابنه من الميراث ولم يحدث هذا الحديث لم يجز للوصي إنفاذ وصيّته في ذلك. ومفهومه أنّه لو أحدثه جاز. وأمّا والده فقد قال في «الدروس» قال الصدوق إن كان الولد المخرج قد أصاب أم ولد أبيه صحّ إخراجها لواقعة علي بن السري وولده جعفر^(٢). وقال الشيخ في كتابيه^(٣): هذا الحكم مقصور على هذه القضية لا يتعدّى بها إلى غيرها. وأمّا البطلان بمعنى إلغاء اللفظ وبطلان الوصيّة من رأس فالمخالف فيه المصنّف في «المختلف»^(٤) أيضاً كالصدوقين والشيخ وإن اختلفوا فيما خالفوا فيه كما ستعرف. وكيف كان فالوجه في البطلان بالمعنى الأوّل أنّها وصيّة مخالفة للكتاب والسنة. وفي الصحيح عن رجل كان له ابن يدّعيه ثمّ أخرجه عن الميراث وأنا وصيّيه فكيف أصنع؟ فقال عليه السلام: لزّمه الولد لإقراره بالمشهد لا يدفعه الوصي عن شيء قد علمه^(٥) فتأمل. وفي الخبر أنّ الحيف في الوصيّة من الكبائر^(٦)، وفي الخبر

(١) من لا يحضره الفقيه: في إخراج الرجل ابنه من الميراث ح ٥٥١٥ ج ٤ ص ٢٢.

(٢) الدروس الشرعية: في شرائط الموصي ج ٢ ص ٣٠٠.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ٢٠ في الزيادات ذيل ح ١٠ ج ٩ ص ٢٣٥، والاستبصار: ب ٨٦ في أن من كان له ولد ذيل ح ٢ ج ٤ ص ١٤٠.

(٤) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٧٦.

(٥) وسائل الشيعة: ب ٩٠ في أحكام الوصايا ح ١ ج ١٣ ص ٤٧٦.

(٦) وسائل الشيعة: ب ٤٦ من أبواب جهاد النفس ح ٢٣ ج ١١ ص ٢٥٨.

وهل يكون وصيته لباقي الورثة بالجميع أو يلغو لفظه؟ إشكال

ما أبالي أضرت بورثتي أو سرفتهم بالفاء لا بالقاف كما في «السرائر»^١ لكن الموجود في النسخ^٢ القاف. ويأتي إن شاء الله الوجه في البطلان بالمعنى الثاني. وحنة الصدوقين والشيخ في الكتابين خبر وصي علي بن السري وإيصاؤه بإخراج ولده جعفر من الإرث، لأنه وقع على أم ولد له، والخبر في محل الإشكال والراوي له مجهول الاسم والحال.

قوله: «وهل يكون وصيته لباقي الورثة بالجميع أو يلغو لفظه؟ إشكال» ونحوه ما في «التحرير»^٣ من عدم الترجيح. وقد جزم في «الدروس»^٤ أنه يلغوا، وفي «الشرائع»^٥ أنه الوجه وفي «الإيضاح»^٦ وجامع المقاصد^٧ والمسالك^٨ أنه الأقوى، وفي «التنقيح»^٩ أنه الأولى. وهو قضية كلام الباقيين، لأن إخراجهم أعم من الوصية لباقي الوراث والعام غير مستلزم للخاص، ولأن القصد معتبر في الوصية وهنا لا قصد^٩. وقال في «المختلف» إن المعتمد أن الثلث يكون لغيره من الوراث، لأن إخراجهم من تركته يستلزم تخصيص باقي الورثة بها

(١) السرائر: في الوصايا ج ٣ ص ١٨٣.

(٢) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب أحكام الوصايا ج ١٣ ص ٣٥٦ ح ١.

(٣) تحرير الأحكام: في الوصايا المهمة ج ٣ ص ٣٦١.

(٤) الدروس الشرعية: في شرائط الموصي ج ٢ ص ٣٠٠.

(٥) شرائع الإسلام: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٢٤٧ - ٢٤٩.

(٦) إيضاح الفوائد: في الموصي به ج ٢ ص ٥٣٦.

(٧) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢١٩ - ٢٢١.

(٨) مسالك الأفهام: في الوصية المبهمة ج ٦ ص ١٨٥.

(٩) التنقيح الرائع: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤١٥.

فيمضي من الثلث^١ انتهى. ومعناه أنه يحرم من الثلث ويشارك في الباقي إن كان هناك مساو له ويختص به إن لم يكن له مساو. وعلى هذا لو أجاز نفذت في الجميع. وهذا القول قد استظهره في «الكفاية»^٢ في تفصيل ذكره. وهذا أول من نبه عليه المحقق في «الشرائع»^٣ حيث احتمله. وضعف^٤ بأن الحمل على الوصية خلاف مدلول اللفظ، لأن إخراجها من الإرث لا يقتضي كونه أوصى بنصيبه لباقي الورثة وإن لزم منه رجوع الحصة إليهم بالأخرة، لأن ذلك ليس بالوصية بل لاستحقاقهم التركة حيث لا وارث، وربما لم يكن حال الوصية عالما بالوارث كما لو لم يكن له إلا ذلك الولد ولا يعلم من يرثه ولم يخطر على باله. فالحكم بذلك عدول باللفظ إلى ما لا يدل عليه ولو بالالتزام، لأن نفوذ الوصية وإخراج الولد لا يستلزم بنفسه أنه أوصى بنصيبه لباقي الورثة بل بضميمة شيء آخر، ومن المعلوم أن شرط دلالة الالتزام اللزوم البين بحيث يلزم من تصور الملزوم تصور اللازم أو مع الوسط، وهو منتف، إذ قد لا يكون غرضه إلا الانتقام من الولد ولم يخطر بباله الوارث أصلاً كما عرفت. ولا ترجيح في «غاية المراد»^٥.

ومعنى الإشكال أن الحكم هنا مشكل، لأنه يحتمل الحمل على كونه وصية لباقي الورثة بجميع التركة لما ذكره في «المختلف»^٦ من الاستلزام ولأنه يحتمل إلغاؤه من رأس أي إبطال الوصية لما عرفت من منع التلازم.

(١) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٧٦.

(٢) كفاية الأحكام: في الأحكام واللواحق من الوصية ج ٢ ص ٥٦.

(٣) شرائع الإسلام: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٢٤٨ - ٢٤٩.

(٤) مسالك الأفهام: في الوصية المبهمة ج ٦ ص ١٨٤.

(٥) غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٤٩١ - ٤٩٣.

(٦) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٣٧٦.

ولو قال حجّوا عني بألف وأجرة المثل أقلّ فالزيادة وصيّة للنائب فإن كان معيّناً صحّ وكذا إن كان مطلقاً ولو امتنع المعيّن في الندب احتمل البطلان. (١)

[فيما لو قال حجّوا عني بقدر معيّن]

قوله: «ولو قال حجّوا عني بألف وأجرة المثل أقلّ فالزيادة وصيّة للنائب، فإن كان معيّناً صحّ، وكذا إذا كان مطلقاً» إذا قال حجّوا عني حجة واحدة بقدر معيّن وكان فيه زيادة على أجرة المثل كان الزائد للنائب، فإن كان قد عيّن النائب صرف إليه وإلا تخير الوارث أو الوصي في دفع ذلك القدر المعيّن إلى من شاء. فالمطلق كالمعّين في الصحة ودفع الزيادة إليه. فالبارة لا تخلو عن طول، فالأولى أن يقول سواء كان معيّناً أو لا، ولا فرق في ذلك بين كون الحجة الموصى بها واجبة أو مستحبة، ففرضه المسألة في «جامع المقاصد» في الحجّ الواجب ممّا يؤهم خلاف المراد.

قوله: «ولو امتنع المعيّن في الندب احتمل البطلان» لا ريب في أنّه إذا امتنع المعيّن في الواجب أنّه يسقط التعيين ويستتاب غيره بأقلّ ما يكون ويصرف الباقي إلى الورثة. وأمّا إذا امتنع في التطوع فقد احتمل المصنّف هنا وفي «التذكرة»^٢ البطلان، لأن الموصى له قد تعذّر وغيره لم تتعلّق به الوصيّة واستشجار غيره، لأنّه قد أوصى بأمرين: الحجّ وكونه من المعيّن، ولا يلزم من امتناع المعيّن تعذّر الموصى به، وبطلان المركّب لا يستلزم بطلان جزء بعينه ولا يسقط الميسور

(١) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٢١.

(٢) تذكرة الفقهاء: فيما لو قال حجّوا عني ج ٢ ص ٤٩٤ س ٣٨.

ولو قال: اشتروا عشرة أفقرة بمائة وتصدقوا بها فوجدوا عشرة أجود أنواعها بثمانين فالعشرون للورثة لا للبائع.

بالمعسور، ثم إنه أقرب إلى مراد الموصي. وفي «جامع المقاصد»^(١) أن فيه قوة وفي «الإيضاح»^(٢) أن أصح. وقال في «التحرير» في بطلان الوصية نظر أحوطه إقامة نائب غير المعين^(٣).

وحكي عن الشهيد أنه فصل بما حاصله: إنه إما أن يعلم قصد الحج بالذات وكونه من المعين بالعرض أو بالعكس أو قصدهما معاً أو يسخفى. ففي الأول والأخير يستأجر غيره تحصيلاً للمقصود بالذات قطعاً أو ظناً غالباً، وفي الثاني تبطل الوصية، وفي الثالث الوجهان. وأنت تعلم أنه إن علم إنما أراد الحج من المعين ينفي الجزم بالبطلان ولا أثر للذات ولا للعرض هنا، وإن لم يعلم ذلك فقد تعلق غرضه بأمرين الحج وكونه من المعين فلا يلزم من فوات الثاني جواز ترك الأول وحينئذ فالمتجه أنه مع عدم قبوله أن يستأجر غيره، لأن تعذر مثل هذه الوصية لا يقتضي البطلان واستتجار غيره أقرب إلى مراد الموصي. ولا فرق بين أن يوصي بالحج وإيقاع زيد إياه وبين أن يوصي بأن يحج زيد عنه.

[فيما لو قال اشتروا عشرة أفقرة بمائة]

قوله: «ولو قال: اشتروا عشرة أفقرة بمائة وتصدقوا بها فوجد عشرة أجود أنواعها بثمانين فالعشرون للورثة لا للبائع» هذا مما

(١) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٢٢.

(٢) إيضاح الفوائد: في الموصى به ج ٢ ص ٥٣٧.

(٣) تحرير الأحكام: في الموصى به ج ٣ ص ٣٤٤.

لا ريب فيه إذا علم من قصده الصدقة بقدر المعين لحصول الغرض حينئذٍ من الوصية، فيكون الزائد حقاً للوارث. وكذلك الحال إذا علم أنه إنما قصد بالتعليق بالثمن المعين جودة الطعام. وأما إذا علم من قصده نفع البائع بالثمن الزائد لعلمه وعمله كما إذا كان البائع معيَّناً فإن الزائد يكون له، إذ لا بحث مع العلم بالقصد، وإنما الإشكال فيما إذا جهل الحال، فعن^١ الشهيد أنه قال: فيه وجهان.

وفي «جامع المقاصد» أنه يحتمل التصديق بالزائد لصيرورته متعلق الوصية فلا يعود إلى الوارث، لأن ذلك القدر الزائد من المال في حكم الموصى به بالصدقة، لأنه عوضه فلا يعود إلى الورثة بحال، ووجوب توقع شراء القدر المعين بالثمن المعين بانتظار ارتفاع السوق، لأن فيه تنفيذاً للوصية، ولأنه بعد ارتفاع قيمته أعزّ وجوداً، فيكون ارتفاع الفقراء به أكثر^٢. قلت: لكن فيه تأخيراً للإخراج إذا وجب التعجيل للشرط أو قلنا بأن الإطلاق يقتضيه، وتغريراً بالمال وتعريضه للضياع، ويحتمل أنه إن كان قد عيّن البائع أنه يجب الشراء منه بذلك القدر وإن لم يبلغه قيمة السوق لاحتمال إرادة نفعه بالزائد خصوصاً إذا كان ذا مزية من علم وصلاح، ويحتمل البطلان وفي «جامع المقاصد» أنه أبعداها. وقال: ليس القول بالتصدق بالزائد أو توقع الشراء بالقدر المعين بذلك البعيد، ولو كان البائع معيَّناً وهو ممتن وقع الحث على الصدقة عليه، فوجوب الشراء بجميع الثمن منه قريب^٣.

(١) حكى عنه المحقق في جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٢٢ - ٢٢٣.

(٢) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٢٣.

(٣) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٢٣.

ولو أوصى بثلثه للفقراء وله أموال متفرقة جاز صرف كل ما في بلد إلى فقرائه. ولو صرف الجميع في فقراء بلد الموصي أو غيره أجزأ ويدفع إلى الموجودين في البلد ولا يجب تتبع الغائب

[فيما لو أوصى بثلث أمواله للفقراء]

قوله: «ولو أوصى بثلثه للفقراء وله أموال متفرقة جاز صرف كل ما في بلد إلى فقرائه. ولو صرف الجميع في فقراء بلد الموصي أو غيره أجزأ. ويدفع إلى الموجودين في البلد ولا يجب تتبع الغائب» قد تقدم^١ الكلام في نحو ذلك في أواخر البحث الثاني في الموصي له عند قوله: لو أوصى لغير المنحصر كالعلويين. وقد أسبغنا الكلام في ذلك أكمل إسباغ في باب الوقف^٢ عند قوله: ولو وقف على قبيلة عظيمة.

وقد صرح بجواز الأمرين - أعني جواز صرف كل ما في بلد إلى فقرائه وجواز صرف الجميع في فقراء بلد الموصي - في «الشرائع»^٣ واللمعة^٤ وجامع المقاصد^٥ والمسالك^٦ والروضة^٧ والكفاية^٨ أما الأول فواضح فإنه فيه سلامة من خطر النقل مع أنه الأفضل. وفي حكمه احتسابه على غائب مع قبض وكيله.

(١) تقدم في ص ٤٩٩.

(٢) تقدم في ص ٤٩.

(٣) شرائع الإسلام: في اللواحق من الأوصياء ج ٢ ص ٢٥٩.

(٤) اللمعة الدمشقية: في أحكام الوصية ص ١٧٩.

(٥) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٢٣.

(٦) مسالك الأفهام: في مسائل الوصية ج ٦ ص ٢٩٢ - ٢٩٣.

(٧) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٦٠ - ٦١.

(٨) كفاية الأحكام: في الأحكام واللواحق من الوصية ج ٢ ص ٦٣.

وأما الثاني فلحصول الغرض من الوصية وهو صرفه إلى الفقراء.
وعن الشهيد^١ أنه استشكل جواز ذلك في بعض الصور فقال: إن نقل المال من البلاد المتفرقة إلى بلد الإخراج كان فيه تغريراً في المال وتأخيراً للإخراج، وإن أخرج قدر الثلث من بعض الأموال ففيه خروج عن الوصية، إذ مقتضاها الإشاعة، هذا محصل كلامه. ونظر في الأخير في «جامع المقاصد» بأن مقتضاه وجوب الإخراج من جميع التركة حتى لا يجوز الأخذ من بعضها بقدر الثلث، وإذا لم يجز، لم يجزئ، لأنه غير متعلق الوصية، بخلاف ما لو تعدى بالنقل ثم أخرج الوصية. ثم قال: والظاهر أنه لا يتعين الإخراج من جميع أعيان التركة إلا أن يتعلق غرض الموصي بذلك أو تتفاوت به مصلحة الفقراء. ولو نقل المال إلى بلد آخر لغرض صحيح ككثرة الصلحاء وشدة الفقراء ووجود من يرجع إليه في أمور الدين فالظاهر أنه لا حرج^٢. قلت: لكنه لا يسقط عنه الضمان كما هو الشأن في نقل الأخماس والزكوات. ثم إن تأخير إخراج الوصية مع القدرة عليه غير جائز إلا أن يفرض عدم وجوبه إما لعدم المستحق في ذلك الوقت أو نحو ذلك، نعم ينبغي جوازه لغرض صحيح كما ذكر، ولعله غرضه أن بعض أفراد النقل لا تغير فيه فلا ضمان فليتأمل. وقد تقدم^٣ أنه لا يعطى أقل من ثلاثة وأنه إن لم يوجد في البلد ثلاثة وجب في غيره مراعاة للفظ الجمع، وهو يقضي بأن الحكم لبيان المصرف وإلا لاكتفى بواحد كالزكاة فيكون لبيان الاشتراك، لكنه يرد عليه أنه يجب عليه تتبع من غاب وما قالوا به بل حكى الإجماع على عدمه إلا أن تقول عدم وجوبه تخفيف ورخصة، لكن لا يجب هنا أن يكون المدفوع إليه في كل بلد ثلاثة بل

(١) كفاية الأحكام: في الأحكام واللواحق من الوصية ج ٢ ص ٦٣.

(٢) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٢٣ - ٢٢٤.

(٣) تقدم في ص ٤٩٩.

ولو قال: أعتقوا رقاباً وجب ثلاثة إلا أن يقصر الثلث فيعتق من
يحتمله ولو كان واحداً. (٥)

يجب أن لا يقصر المجموع عن ثلاثة.
وليعلم أنه لا فرق بين بلد الموصي وغيره وإن قلّ من صرح به كصاحب
«الروضة»^١.

[فيما لو قال أعتقوا رقاباً]

قوله: «ولو قال: أعتقوا رقاباً وجب ثلاثة إلا أن يقصر الثلث
فيعتق من يحتمله ولو كان واحداً» كما نصّ على ذلك كلّ في «جامع
المقاصد»^٢ والمسالك^٣ وقد نفى عن عتق الواحد البعد في «الكفاية»^٤ وهو قضيّة
كلام «الشرائع» حيث اقتصر على قوله: إلا أن يقصر الثلث^٥. ونصّ في «المبسوط»
على وجوب عتق الثلاثة^٦، وفي «المسالك»^٧ أنه لا إشكال فيه مراعاة لصيغة
الجمع. وأمّا أنه إذا قصر عن الثلاثة اقتصر على ما يسهه الثلث فلاّنه لا يسقط
الميسور بالمعسور^٧.

ولو قصر فالأقرب عتق شقص إن وجد

- (١) الروضة البهية: في الوصايا ج ٥ ص ٦٠ - ٦١.
- (٢) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٢٤.
- (٣) مسالك الأفهام: في مسائل الوصية ج ٦ ص ٢٩٣.
- (٤) كفاية الأحكام: في الأحكام واللواحق من الوصية ج ٢ ص ٦٤.
- (٥) شرائع الإسلام: في اللواحق من الأوصياء ج ٢ ص ٢٦٠.
- (٦) المبسوط: فيما إذا أوصى بثلاث ماله في عتق الرقاب ج ٤ ص ٢٢.
- (٧) مسالك الأفهام: في مسائل الوصية ج ٦ ص ٢٩٤.

وفي «جامع المقاصد^١ والمسالك^٢» ما حاصله: أنه لا يرد أن الموصى به مستمى الجمع وقد تعذر فينبغي أن تبطل الوصية أو يتوقع تنفيذها إن رجي ذلك، لأن معنى الجمع واحد وواحد وواحد وإنما اختصروه بلفظ الجمع فلا يسقط البعض بالعجز عن البعض كما لو أوصى بعق الثلاثة مفصلاً بهذا اللفظ. فلو قصر الثلث إلا عن واحد ولم يجز الوارث أعتق الواحد، فليتأمل جيداً.

قوله: «ولو قصر فالأقرب عتق شقص إن وجد» ولم يجز كما في «الإيضاح^٣ والمسالك^٤». وفي «جامع المقاصد^٥» أنه قريب، لأن وجوب عتق الجزء الثابت كوجوب عتق الكل، لأنه يستلزمه لتقدم الجزء في الموجودين الذهني والخارجي فلا يكون متوقفاً على الكل، فإذا تعذر الثاني لم يسقط الأول، ولأن الحقيقة إعتاق الكل ومع تعذر الحقيقة يصار إلى أقرب المجازات إليها، ولعموم: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»^٦ ووجه العدم أن لفظ الرقبة لا تدل على البعض إلا تضمنناً، والدلالة التضمنية تابعة للمطابقة، وإذا فات المتبوع انتفى التابع، وأجيب بأن عتق الرقبة لعمومها لا يتحقق إلا بعق جميع أجزائها، فكل جزء مقصود عتقه ومأمور به بالذات لا بالتبعية فيجب حيث يمكن. وفي «الكفاية» أن «وإلا صرف إلى الورثة أو يتصدق به على إشكال

(١) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٢٤.

(٢) مسالك الأفهام: في مسائل الوصية ج ٦ ص ٢٩٤.

(٣) إيضاح الفوائد: في الموصى به ج ٢ ص ٥٣٧.

(٤) مسالك الأفهام: في مسائل الوصية ج ٦ ص ٢٩٤.

(٥) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٢٥.

(٦) جامع المقاصد: في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٢٥.

(٧) عوالي اللآلي: ج ٤ ص ٥٨ ح ٢٠٦.

في وجوب إعتاق الشقص نظراً^١.

قوله: «وإلا صرف إلى الورثة أو يتصدق به على إشكال» أي وإلا يوجد بمعنى أنه كان مأيوساً منه عادة ففي تعيين أحد الأمرين إشكال من تعذر المصروف وهو العتق وغيره تبديل، وحرمان الورثة من القدر المذكور إنما كان للصرف في الوجه المعين، فإذا تعذر بطل أصل حرمانهم ووجب استحقاقهم ذلك بالإرث، ولعل هذه الملازمة في محل المنع، وفي «الإيضاح»^٢ أنه أصح، ومن أن أقرب شيء إلى مراد الموصي صرفه في وجوه البر، لأن المعلوم من قصده التقرب بالعتق وأقرب المجازات متعين عند إرادة الحقيقة. ثم إن عوده إلى الورثة بعد الحكم بخروجه عنهم يحتاج إلى دليل. وكأنه مال إليه أو قال به في «جامع المقاصد»^٣ وفي «المسالك»^٤ أنه أقوى على تقدير إمكان الإعتاق أولاً وإن عوده إلى الورثة أقوى إن تعذر العتق أولاً مع احتمال صرفه في البر مطلقاً. ولا ترجيح في «الكفاية»^٥.

وليعلم أنه لو رجا حصول الموصى به أتجه وجوب الصبر إلى حصوله.

(١) كفاية الأحكام؛ في الأحكام واللواحق من الوصية ج ٢ ص ٦٤.

(٢) إيضاح الفوائد؛ في الموصى به ج ٢ ص ٥٣٨.

(٣) جامع المقاصد؛ في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٢٥ - ٢٢٦.

(٤) مسالك الأفهام؛ في مسائل الوصية ج ٦ ص ٢٩٤ - ٢٩٥.

(٥) كفاية الأحكام؛ فيما لو قال اعتقوا رقاباً ج ٢ ص ٦٤.

وكذا الإشكال لو أوصى بشيء في وجه فتعذر صرفه فيه. ولو أوصى له بعبد ولاحر بتمام الثلث صح. (٢)

قوله: «فكذا الإشكال لو أوصى بشيء فتعذر صرفه فيه» من تعذر الوصية والمحدور من تبديلها لازم، ومن أنه أخرجه عن الورثة وجهل مستحقه فيصرف في البر. وفي «الإيضاح»: أن الأصح البطلان^١. وينبغي أن يقال: إذا كانت الوصية لمحض جهة القرية فينبغي عدم البطلان بتعذر المصرف، لانقطاع حق الورثة عنها، وإن لم يكن الغرض من الوصية القرية بطل، لتعذر المصرف وانتفاء ما يشبهه.



[فيما لو أوصى لأحد بعبد ولاحر بتمام الثلث]

قوله: «ولو أوصى له بعبد ولاحر بتمام الثلث صح» أي الوصيان كما صرح به في «المبسوط»^٢ والشرائع^٣ والتذكرة^٤ والتلخيص^٥ والدروس^٦ وجامع المقاصد^٧ والمسالك^٨ والكفاية^٩ لوجود المقتضي وانتفاء المانع، والمراد أنها تعتبر قيمة العبد وتضم إلى الثلث قال في «التذكرة»: لو أوصى لزيد بعبد ولعمرو

(١) إيضاح الفوائد: فيما لو قال: اعتقوا رقاباً ج ٢ ص ٥٣٨.

(٢) المبسوط: فيما أوصى أرجل بعبد له بعينه ج ٤ ص ٢٧.

(٣) شرائع الإسلام: في لواحق الوصية ج ٢ ص ٢٦٠.

(٤) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى لزيد بعبد ج ٢ ص ٥٠٢ س ١١.

(٥) تلخيص المرام: فيما لو أوصى بعبد ص ١٥٨.

(٦) الدروس الشرعية: فيما أوصى له بعبد ج ٢ ص ٣١٤.

(٧) جامع المقاصد: فيما لو أوصى لزيد بعد ج ١٠ ص ٢٢٦ - ٢٢٧.

(٨) مسالك الأفهام: فيما لو أوصى لواحد بعبد ج ٦ ص ٢٩٥.

(٩) كفاية الأحكام: فيما لو أوصى لواحد بعبد ج ٢ ص ٦٤.

ولو ذهب من المال شيء فالنقص على الثاني. ولو حدث عيب في العبد قبل تسليمه إلى الموصى له فللثاني تكملة الثلث بعد وضع قيمة العبد صحيحاً (١)

بما بقي من ثلث ماله قوم العبد يوم موت الموصي، لأنه حال نفوذ الوصية، ونظر إلى المال في تلك الحال، فإن خرج العبد من الثلث دفع إلى زيد، فإن بقي من الثلث شيء دفع إلى عمرو، وإن لم يبق شيء بطلت الوصية لعمرو، إذ لا متعلق لها حينئذٍ.

قوله: «ولو ذهب من المال شيء فالنقص على الثاني» كما في «جامع المقاصد»^٢ والمسالك^٣ ومعناه أنه إذا فرض حدوث نقص في التركة قبل قبض الوارث فالنقص على الموصى له الثاني، لأن الوصية له بتكملة الثلث بعد الوصية الأولى، فلا بد من اعتبار إخراج الأولى أولاً فيدخل على الثاني.

قوله: «ولو حدث عيب في العبد قبل تسليمه إلى الموصى له فللثاني تكملة الثلث بعد وضع قيمة العبد صحيحاً» كما في «المبسوط»^٤ والشرائع^٥ والتلخيص^٦ وجامع المقاصد^٧ والكفاية^٨ وكذا «الدروس»^٩، وفي

(١) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى لزيد بعبد ج ٢ ص ٥٠٢ س ١٠.

(٢) جامع المقاصد: فيما لو أوصى لزيد بعبد ج ١٠ ص ٢٢٧.

(٣) مسالك الأفهام: فيما لو أوصى لواحد بعبد ج ٦ ص ٢٩٥.

(٤) المبسوط: فيما لو أوصى لرجل بعبد له بعينه ج ٤ ص ٢٧.

(٥) شرائع الإسلام: في لواحق الوصية ج ٢ ص ٢٦٠.

(٦) تلخيص المرام: فيما لو أوصى بعبد ص ١٥٨.

(٧) جامع المقاصد: فيما لو أوصى لزيد بعبد ج ١٠ ص ٢٢٧.

(٨) كفاية الأحكام: فيما لو أوصى لواحد بعبد ج ٢ ص ٦٤.

(٩) الدروس الشرعية: فيما لو أوصى له بعبد ج ٢ ص ٣١٤.

«الكفاية» أنه الأشهر، ولعلّه أشار إلى ما في «المسالك» كما يأتي وإلا فلا مخالف، لكنّ المصنّف قيّد حدوث العيب في العبد قبل تسليمه. وبه صرّح في «الشرائع» ونبه عليه في «المبسوط» وستعرف الوجه فيه.

وقد وجهوا الحكم في أصل المسألة بأنّ الموصي قصد عطية التكملة والعبد صحيح، فإذا تجدد العيب كان ذلك نقصاً في العين، فلا بدّ من اعتبار الناقص مع الباقي فلو فرض أنّ قيمة العبد صحيحاً مائة وباقي التركة خمسمائة، فأصل الثلث مائتان والوصية للثاني بمائة، فإذا تجدد نقص العبد خمسين مثلاً رجعت التركة إلى خمسمائة وخمسين، وثلاث مائة وثلاثة وثمانون وثلث، فإذا وضعت منه قيمة العبد صحيحاً بقي ثلاثة وثمانون وثلث للموصي له. واستشكل ذلك في «المسالك»: بأنّ مقتضى الوصية الثانية أن يكون بيد الورثة ضعف ما بيد الموصي له الثاني بعد إسقاط الأوّل، وهنا ليس كذلك، لأنّ الباقي من المال بعد قيمة العبد خمسمائة، فيجب أن يكون نقص العبد محسوباً من التركة بالنسبة إلى الأوّل فهو كالباقي. فالمتّجه أن يكون للثاني مائة، والواصل إلى الورثة الشلثان وزيادة^١ انتهى. وفيه: أنّ الجماعة قد عملوا بالوصية والقواعد المرعية وذلك يقضي بعدم الالتفات إلى ما اقتضته الوصية الثانية فتأمل جيّداً.

وقد عرفت أنّ المصنّف والمحقّق قيّدا حدوث العيب في العبد بكونه قبل تسليمه إلى الموصي له، وفي «جامع المقاصد» أنّ هذا القيد لا محصل، له لأنّ الحكم المذكور ثابت سواء كان قبل التسليم أو بعده فإن قيل: إنّما قيّد به باعتبار النقص برخص السوق، فإنّه لو حصل بعد تسليم العبد إلى الموصي له لكان المعتبر قيمته عند التسليم ولم يلتفت إلى ما يتجدّد بعد ذلك. قلنا: فالواجب حينئذٍ أن يقيّد

(١) مسالك الأفهام: فيما لو أوصى لواحد بعبد ج ٦ ص ٢٩٦.

بكون ذلك قبل موت الموصي، إذ لو كان بعده لم يؤثر، لأنّ القبول كاشف عن دخوله في ملك الموصي له حين الموت، فلا أثر لما يتجدّد من نقص السوق بعد الموت^١ انتهى. ومعناه أنّه نقص دخل على ملك الموصي له الأوّل فلا يحتسب على غيره.

وأنت خير بأنّه يأتي مثله في حدوث العيب على القول بالكشف، فيسقط هذا الفرع على هذا القول، مع أنّه هو الذي استقر عليه رأيه في الكتاب، فلا بدّ من اعتبار قبليّة التسليم، لأنّه إذا تسلّمه وقبله واستقرّ ملكه عليه لا معنى لاحتساب نقصانه على غيره كما هو واضح، ولا كذلك إذا حدث به عيب ونقص بعد الموت يوم، مثلاً حيث كانت قيمته مائة، والحال أنّه لم يتسلّمه ولم يصل إليه ولم يدخل في ضمانه وبقي عند الوصي في التركة وأن ملكه بالقبول الكاشف، فإنّه يقال عرفاً: إنّ ما وصل إليه العبد صحيحاً ولا أخذه تاماً، فيتّجه حينئذٍ احتساب النقص على الموصي له الثاني. فظهر الفرق بين الأمرين وقد عرفت ظهور الأوّل. وأمّا الرخص فليس كذلك، فإنّه إذا كانت قيمته مائة حين موت الموصي ثمّ إنّ رخص بعد يوم أو يومين قبل تسليمه إلى الموصي له، فإنّه لا يحتسب نقص السوق على الموصي له الثاني، لأنّ العين هنا قائمة بحالها لا نقص فيها. والثلث إنّما يعتبر عند انتقال التركة عن الموصي وهو حالة الوفاة، بخلاف نقص المعيب فإنّه نقص محسوس له حصّة، ولهذا ضمنه الغاصب وثبت أرشه للمشتري على البائع دون رخص السوق فما ذكر في السؤال في جامع المقاصد غير تامّ في بيان اعتبار النقص بالرخص على مذاق المصنّف ومختار، لكن ظاهر «الدروس»^٢ بل صريحه أنّه لا فرق بين

(١) جامع المقاصد: فيما لو أوصى لزيد بعبد ج ١٠ ص ٢٢٧.

(٢) الدروس الشرعية: فيما لو أوصى له بعبد ج ٢ ص ٣١٤.

لأنه قصد عطية التكملة والعبد صحيح بخلاف رخصه. ولو مات العبد قبل الموصي بطلت وصيته وأعطى الآخر ما زاد على قيمة العبد الصحيح (١)

الرخص والعيب والموت، ولعله كذلك، بل هو الظاهر.

قوله: «لأنه قصد عطية التكملة والعبد صحيح» هذا التوجيه قد تقدم^١ الكلام فيه.

قوله: «بخلاف رخصه» أي بخلاف ما لو حدث نقص في قيمة العبد باعتبار السوق، فلو كان مقدار النقص خمسين كما سبق اعتبرت قيمة التركة عند الوفاة ولا ينقص بسببه شيء على الثاني بل يعطى تمام الثلث حينئذ مائة وثلاثة وثلاثون كما في «جامع المقاصد»^٢ والمسالك^٣ والكفاية^٤ وقد عرفت الفرق عند المصنف وعرفت ما في «الدروس».

قوله: «ولو مات العبد قبل الموصي بطلت وصيته، وأعطى الآخر ما زاد على قيمة العبد الصحيح» كما في «المبسوط»^٥ والشرائع^٦ والتذكرة^٧ والتلخيص^٨ والدروس^٩ وجامع المقاصد^{١٠} والمسالك^{١١} والكفاية^{١٢} أما بطلان

(١) تقدم في ص ٥٤٧.

(٢) جامع المقاصد: فيما لو أوصى لزيد بعبد ج ١٠ ص ٢٢٧.

(٣) مسالك الأفهام: فيما لو أوصى لواحد بعبد ج ٦ ص ٢٩٦.

(٤) كفاية الأحكام: فيما لو أوصى لواحد بعبد ج ٢ ص ٦٤.

(٥) المبسوط: فيما لو أوصى لرجل بعبد ج ٤ ص ٢٧.

(٦) شرائع الإسلام: في لواحق الوصية ج ٢ ص ٢٦٠.

(٧) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى لزيد بعبد ج ٢ ص ٥٠٢ س ١٢.

(٨) تلخيص المرام: فيما لو أوصى بعبد ص ١٥٨.

(٩) الدروس الشرعية: فيما لو أوصى له بعبد ج ٢ ص ٣١٤.

ولو كانت قيمته بقدر الثلث بطلت الثانية.

الوصية فلفوات متعلقها. وأما إعطاء الآخر ما زاد على قيمة العبد فلأنها وصية أخرى لا يسقط بموت العبد، فله تكملة الثلث. فلو كانت قيمته مائة و باقي المال خمس مائة أعطي الثاني مائة. وقال في «الدروس»: إنه يشكل بأن الثلث الآن أنقص من الأول^{١٣} انتهى.

ومتى تعتبر قيمته؟ قال في «التذكرة»: إن جميع أمواله تقوم حال موته - أي الموصي - بدون العبد ثم يقوم العبد لو كان حياً ويحط من ثمنها قيمته وتدفع إلى الموصي له الثاني^{١٤}. فظاهره أنه يقوم العبد لو كان حياً وقت الموت، لأنه وقت انتقال التركة. فإن قيل: ينبغي أن يقوم مقدّر الحياة عند قبض الوارث التركة، لأنّ المعتبر أقلّ الأمرين من وقت الموت إلى القبض. قلنا: إنّ المعتبر أقلّ الأمرين لإمكان عروض التلف أو النقص وذلك منتف بالنسبة إلى التالف مع أنّ هذا أيضاً ممكن لأصالة براءة ذمته من إيجاب الزائد، وإمكان حدوث النقص.

قوله: «ولو كانت قيمته بقدر الثلث بطلت الثانية» كما في «المبسوط»^{١٥} والشرائع^{١٦} والتذكرة^{١٧} وجامع المقاصد^{١٨} والمسالك^{١٩} لانتفاء متعلقها، إذ

- (١٠) جامع المقاصد: فيما لو أوصى لزيد بعبد ج ١٠ ص ٢٢٨.
 (١١) مسالك الأفهام: فيما لو أوصى لواحد بعبد ج ٦ ص ٢٩٦.
 (١٢) كفاية الأحكام: فيما لو أوصى لواحد بعبد ج ٢ ص ٦٤.
 (١٣) الدروس الشرعية: فيما لو أوصى له بعبد ج ٢ ص ٣١٤.
 (١٤) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى لزيد بعبد ج ٢ ص ٥٠٢ س ١٤.
 (١٥) المبسوط: فيما لو أوصى لرجل بعبد ج ٤ ص ٢٧.
 (١٦) شرائع الإسلام: في لواحق الوصية ج ٢ ص ٢٦٠.
 (١٧) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى لزيد بعبد ج ٥٠٢٢ س ١٢.
 (١٨) جامع المقاصد: فيما لو أوصى لزيد بعبد ... ج ١٠ ص ٢٢٧.

ولو قبل المريض الوصية بأبيه عتق عليه من أصل المال، لأننا نعتبر من الثلث ما يخرج من ملكه وهنا لم يخرج. بل بالقبول ملكه وانعتق تبعاً لملكه، ﴿٥﴾

لا وجود له.

[فيما لو قبل المريض الوصية بأبيه]

قوله: «ولو قبل المريض الوصية بأبيه عتق عليه من أصل المال، لأننا نعتبر من الثلث ما يخرج من ملكه، وهنا لم يخرج بل بالقبول ملكه وانعتق تبعاً لملكه» عتقه من أصل المال هو الذي قواه في «المبسوط»^{٢٠} ووافقه عليه الجماعة^{٢١} ~~عند المصنف في~~ «التحرير»^{٢٢} وفي «الشرائع»^{٢٣} الإجماع عليه. وقد احتج عليه الشيخ والمحقق بما ذكره المصنف من أن المعتبر من الثلث إلى آخره. ومعناه أنه إنما يعتبر من الثلث ما يخرج المريض عن ملكه باختياره كما لو باشر عتقه، وهنا لم يخرج المريض كذلك وإنما أخرجه الله سبحانه وتعالى بغير اختياره فالقوات من قبل الله سبحانه لا من قبله. وفيه: أن هذا التوجيه يجري فيما إذا اشتراه بعوض حرفاً فحرفاً، فلا بد أن يزداد في التوجيه أنه هنا لم يخرج شيئاً عن ملكه بعوض حصل به فوات مال على الورثة، لأن

(١٩) مسالك الأفهام: فيما لو أوصى لواحد بعبد ج ٦ ص ٢٩٥.

(٢٠) المبسوط: فيما لو أوصى لرجل بأبيه ج ٤ ص ٣٧.

(٢١) منهم المحقق في الشرائع: ج ٢ ص ٢٦٠، والكركي في جامع: ج ١٠ ص ٢٢٩، والشهيد الثاني في مسالك: ج ٦ ص ٢٩٨.

(٢٢) تحرير الأحكام: في تصرفات المريض ج ٣ ص ٤٠٢.

(٢٣) شرائع الإسلام: في لواحق الوصية ج ٢ ص ٢٦٠.

وكذا لو ملكه بالإرث،

المعتبر في صحة العتق أمران: عدم العوض، وكون العتق قهرياً، فمتى انتفى أحدهما اعتبر من الثلث. وكأنه لا ترجيح في «التذكرة» إذ قد قال: إن قلنا إنه لو ورثه أعتق عليه من الثلث فهنا أولى، وإن قلنا في الميراث إنه يعتق من رأس المال فهنا وجهان. وقد قال فيما إذا ملكه بالإرث: إن للشافعية فيه وجهين^١. ولم يرجح. قوله: «وكذا لو ملكه بالإرث» أي عتق عليه من رأس المال، لأنه لم يقصد تملكاً ولا إزالة ملك، ولم يبذل في مقابلته ما لا حتى تتضرر به الورثة. وبه صرح في «جامع المقاصد»^٢ والمسالك^٣ ولا ترجيح في «التذكرة»^٤ فيما وجدناه فيما عندنا من نسخها. وحكى عنها في «المسالك»^٥ أنه قال فيها إنه أقرب.

أما لو ملكه بالشراء فإنه يعتق من الثلث على الأقوى كما قد جزم به في «التذكرة»^٦ وفي «الإيضاح»^٧ وجامع المقاصد^٨ والمسالك^٩ أنه أصح، لأنه لما اشترى ما لا يبقى كان مضيئاً للثمن على الورثة كما إذا اشترى بماله ما يقطع بتلفه ووجه غير الأقوى أنه اشترى ما لا متقوماً بثمن مثله والعتق أمر قهري. وفيه: أنه بذل الثمن في مقابلة ما قطع بفواته وزوال ماليته، وفيه من التضييع ما لا يخفى.

(١) تذكرة الفقهاء: في من يعتق عليه لو ملكه في مرض موته ج ٢ ص ٤٨٩ س ٣٠-٣٢.

(٢) جامع المقاصد: فيما لو قبل المريض الوصية بمن يعتق عليه ج ١٠ ص ٢٢٩.

(٣) مسالك الأفهام: مسائل في الوصية ج ٦ ص ٢٩٩.

(٤) تذكرة الفقهاء: في من يعتق عليه لو ملكه في مرض موته ج ٢ ص ٤٨٩ س ٣٠-٣٢.

(٥) مسالك الأفهام: مسائل في الوصية ج ٦ ص ٢٩٩.

(٦) تذكرة الفقهاء: لو اشترى من يعتق عليه في مرض موته ج ٢ ص ٤٨٩ س ٣٩.

(٧) إيضاح الفوائد: في الموصى به ج ٢ ص ٥٣٩.

(٨) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٣٠.

(٩) مسالك الأفهام: مسائل في الوصية ج ٦ ص ٣٠٠.

أما لو ملكه بالشرء فإنه يعتق من الثلث على الأقوى. والأقرب في الاتّهاب أنه كالإرث^(١) لأنه عتق مستحق ولا عوض في مقابلته،^(٢)

قوله: «والأقرب في الاتّهاب أنه كالإرث» كما في «الإيضاح»^١ وجامع المقاصد^٢ والمسالك^٣ وقرنه في «التذكرة»^٤ مع الوصية وظاهره عدم الترجيح. ومراده كما صرح به من وافقه أن الاتّهاب من دون عوض، لأنه لم يتصرّف بشيء من الأموال التي تعلق حقّ الورثة بها.

وقد بين في «الإيضاح» الوجه في جزمه في الوصية بأنه يعتق من الأصل وعدمه هنا بل قال الأقرب، أنه أراد التنبيه على قول من قال إن الهبة مع الإطلاق تستلزم العوض المالي، فإنّ العتق عنده يعضى من الثلث، قال: والتنبيه على هذا القول قال فالأقرب، وجزم في الوصية بالصحة لعدم استلزامها الثواب المذكور^٥ انتهى. وهو كما ترى لا يكاد يفهم ولا يتم وإنما غرضه الردّ على أبي حنيفة وبعض الشافعية حيث قالوا: إنه من الثلث، كما لو وهبه من لا يعتق عليه فقبل وأعتقه وجعلوا قصده إلى تملك من يعتق عليه كابتداء العتق في المرض.

قوله: «لأنه عتق مستحق ولا عوض في مقابلته» هذا معنى ما قلناه من أنه لم يتصرّف بشيء وهذا كله على القول بأنّ منجزات المريض من الثلث^٦ كما هو المشهور بين المتأخّرين.

(١) إيضاح الفوائد: في الموصى به ج ٢ ص ٥٣٩.

(٢) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٩٧.

(٣) مسالك الأفهام: مسائل في الوصية ج ٦ ص ٢٩٧.

(٤) تذكرة الفقهاء: لو ملك من يعتق عليه ج ٢ ص ٤٨٩ س ٣٢.

(٥) إيضاح الفوائد: في الموصى به ج ٢ ص ٥٣٩.

(٦) كما في الإيضاح: ج ٢ ص ٥٩٣، وجامع المقاصد: ج ١٠ ص ٩٤، والمسالك: ج ٦ ص ٣٠٥.

فحينئذ لو اشترى ابنه (أباه خ) وهو يساوي ألفاً بخمسمائة فالزائد محاباة حكمه حكم الموهوب. ⑤

قوله: «فحينئذ فلو اشترى ابنه (أباه خ) وهو يساوي ألفاً بخمسمائة فالزائد محاباة حكمه حكم الموهوب» أي فيجيء فيه الوجهان في أنه هل يعتبر من الثلث أو الأصل؟ فإن قلنا: إنه من الثلث فجميع الألف من الثلث، وإن قلنا: إنه من الأصل فالخمسمائة من الثلث. وبيانه: أنه إذا اشترى ابنه (أباه خ) مثلاً بخمسمائة وهو يساوي ألفاً فالزائد على الخمسمائة محاباة في معنى الهبة، لأن ذلك في قوة عقدين بيع وهبة، إذ المحاباة في البيع بمعنى الهبة فيكون في حكم الموهوب. فلو كانت التركة كلها ستمائة فعلى ما يأتي من مختار المصنف من أن بطلان البيع في جزء من أحد العوضين وهو الثلاث مائة يقتضي بطلانه في مقابله من العوض الآخر كما هو الأصح، لأن المجموع في مقابلة المجموع، كنسبة الكل إلى الكل، ويمتنع الصحة في أحد العوضين والبطلان في العوض الآخر. وليست المحاباة هبة حقيقة، وإنما هي في معنى الهبة، يبطل في ثلاثة أخماس العبد التي قوبلت بثلاث مائة التي زادت على ثلث التركة، والتي هي ثلاثة أخماس الثمن مائة، ويصح في خمسه بمأتين، فيعتق منه الخمسان، ويكون التصرف في ثلث التركة يعني المائتين، ويحصل مع الورثة الثلاث مائة التي بطل فيها البيع، ومائة من التركة، وذلك ضعفاً ما أخرجه من ماله. وعلى قول الشيخ والجماعة من أن البيع إنما يبطل في القدر الزائد عن الثلث خاصة دون ما قابله، يصح البيع هنا في نصف العبد وخمسه خاصة بمائتين اللتين هما ثلث التركة: أما صحته في النصف، فلا أنه في قوة الموهوب، وأما صحته في الخمس بمأتين فلا أنهما ثلثا التركة، ولأن ما صح البيع

ولو أوصى بالحجّ تطوّعاً فهي من الثلث. ولو كان واجباً فهو كالدين لا حاجة فيه إلى الوصيّة، لكن لو قال: حجّوا عني من ثلثي كانت فائدته زحمة الوصايا بالمضاربة، ولا يقدر الوصايا في الثلث. (٢)

فيه فهو تالف بالعتق، فيصحّ البيع في سبعة أعشار العبد بمائتين من الثمن، وينعتق ذلك ويبطل في ثلاثة أعشار، فيرجع إلى الورثة ثلاث مائة من الثمن، وهي مع المائة الباقية ثلثا التركة، وذلك قدر ما أنفقه المريض مرّتين.

[فيما لو أوصى بالحجّ]

قوله: «ولو أوصى بالحجّ تطوّعاً فهي من الثلث. ولو كان واجباً فهو كالدين لا حاجة فيه إلى الوصيّة» كما تقدّم^١ بيان ذلك كلّ عند قوله: ولو أوصى بواجب وغيره، ولعلّه أعاده تمهيداً لما ذكره بعده.

قوله: «لكن لو قال: حجّوا عني من ثلثي، كانت فائدته زحمة الوصايا بالمضاربة، ولا يقدر على الوصايا في الثلث» الزحمة^٢ مصدر لزحم زحماً، والهاء للتأنيث. ومعناه: أنّه لا حاجة في وجوب إخراج الحجّ الواجب إلى الوصيّة به، فالوصيّة بالنسبة إلى ذلك وجودها كعدمها، لكنّها فائدة على بعض الوجوه، وهو ما إذا أوصى بوصايا وأوصى معها بكون الحجّ الواجب من ثلثه، فإن فائدة هذه الوصيّة زحم الوصايا بالمضاربة، وهي مفاعلة من الضرب. والمراد بها هنا تقسيط الثلث على الحجّ والوصايا بالنسبة، وصرف ما يصيب كلّ واحد من الثلث إليه، وأنّه لا يقدر الحج على الوصايا في الثلث. وفي

(١) تقدّم في ص ٤٦٠.

(٢) مجمع البحرين: ج ٦ ص ٧٨ مادة «زحم».

«جامع المقاصد»: أنه الذي يقتضيه الدليل، لعموم المنع من تبديل الوصية ووجوب التقديم في الحج إنما يراد به في أصل المال^١ إلى آخر ما قال. ويرد ذلك كله الخبر الصحيح الصريح في ذلك عن معاوية بن عمار قال ... فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقلت له: إن امرأة من أهلي ماتت وأوصت إلي بثلاث ماله، وأمرت أن يعتق عنها ويتصدق ويحج عنها، فنظرت فيه فلم يبلغ، فقال: ابدأ بالحج فإنه فريضة من فرائض الله سبحانه وتعالى وتجعل ما بقي طائفة في العتق وطائفة في الصدقة^٢. فإنه صريح في تقديم الحج على غيره في الثلث كما هو خيرة «المبسوط»^٣ والسرائر^٤ والتذكرة^٥ والدروس^٦ وجامع المقاصد^٧ والمسالك^٨ وفي «المبسوط والسرائر»: أنه الذي تدل عليه روايات أصحابنا ونحوه ما في «الدروس» حيث استدلل عليه بالنص وفتوى الجماعة بل هو ذهب إليه في «جامع المقاصد» فيما تقدم^٩ كما بيّنا ذلك كله هناك عند قوله: ولو أوصى بالواجب وغيره بدأ بالواجب إلى آخره. وأسبغنا^{١٠} الكلام فيه وبيّنا أنه في «جامع المقاصد» لم يظفر بالنص وأن قضية العلة التعدي.

-
- (١) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٣٣.
 - (٢) وسائل الشيعة: ب ٦٥ من أبواب أحكام الوصايا ج ١ ص ١٣ ص ٤٥٥.
 - (٣) المبسوط: فيما أوصى بحج ووصايا أخرى من ثلثه ج ٤ ص ٢٤.
 - (٤) السرائر: فيما لو أوصى بوصايا والحج من ثلثه ج ٣ ص ١٨٦.
 - (٥) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالحج الواجب ج ٢ ص ٤٩٢ ص ٤٣.
 - (٦) الدروس الشرعية: فيما لو أوصى بالحج ووصايا أخرى من ثلثه ج ٢ ص ٣١٤.
 - (٧) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٣٢.
 - (٨) مسالك الأفهام: في الوصية بالواجب وغيره ج ٦ ص ١٥٩.
 - (٩) تقدم في ص ٤٦٠.
 - (١٠) تقدم في ص ٤٦٤.

ثم إن لم يتم الحج بما حصل من المضاربة كمل من رأس المال فيدخلها الدور، فإذا كانت التركة ثلاثين وكل من أجرة المثل والوصية عشرة أخرج من الأصل شيء هو تنمة الأجرة يبقى ثلاثون إلا شيئاً، فثلثها عشرة إلا ثلث شيء، فللموصى له خمسة إلا سدس شيء، وكذا الحج فإذا ضم إليه الشيء صار للحج خمسة وخمسة أسداس شيء تعدل عشرة، فالشيء ستة، فللموصى له أربعة. ⑤

قوله: «ثم إن لم يتم الحج بما حصل من المضاربة كمل من رأس المال، فيدخلها الدور، فإذا كانت التركة ثلاثين وكل من أجرة المثل والوصية عشرة، أخرج من الأصل شيء هو تنمة الأجرة يبقى ثلاثون إلا شيئاً ثلثها عشرة إلا ثلث شيء، فللموصى له خمسة إلا سدس شيء، وكذا الحج، فإذا ضم إليه الشيء صار للحج خمسة وخمسة أسداس شيء تعدل عشرة، فالشيء ستة، فللموصى له أربعة».

بيان الدور: أن حصة الحج تكمل من رأس المال، فإذا أخذنا شيئاً من رأس المال نقص الثلث، وإذا نقص الثلث نقصت حصة الحج فيلزم الدور، لأننا لا نعرف حينئذ حصة الحج ما لم نعرف الثلث، ولا نعرف الثلث ما لم نعرف المأخوذ من رأس المال ولا نعرف ذلك حتى نعرف حصة الحج، وذلك هو الدور.

بيانه إذا فرضنا أن التركة ثلاثون وكل من أجرة المثل والوصية عشرة، نقول: إننا نخرج من الأصل شيئاً لأجل تكميل أجرة الحج تبقى التركة ثلاثين إلا شيئاً نأخذ ثلثه، وهو عشرة إلا ثلث شيء، نقسمه بين الحج والوصية بالسوية، فتصيب الحج خمسة إلا سدس شيء، فضم الشيء المأخوذ للحج إليه يصير خمسة وخمسة أسداس شيء، وهو كمال الأجرة، وذلك لأننا جبرنا خمسة الأسداس

المطلب الثالث: في الأحكام المتعلقة بالحساب

وفيه بحثان:

الأول: فيما خلا عن الاستثناء.

وفيه مقامان:

الأول: إذا كان الموصى له واحداً إذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته وأطلق، فإن تساوا فله مثل نصيب أحدهم يزداد على الفريضة ^{عنه} ويجعل كواحد منهم زاد فيهم، وإن تفاضلوا فله مثل نصيب أقلهم ميراثاً يزداد على فريضتهم.

بسدس شيء، فبقي من الشيء خمسة أسداسه، وهو مع الخطة خمسة وخمسة أسداس، ومجموع ذلك يعدل أجرة المثل للحج وهو عشرة، فيسقط الخمسة من الخمسة وخمسة أسداس بخمسة من العشرة فيبقى من العشرة خمسة ومن الخمسة وخمسة أسداس خمسة أسداس فصارت خمسة أسداس شيء في مقابلة خمسة، بمعنى تعدل خمسة فإذا كانت خمسة أسداس الشيء خمسة كان الشيء ستة بديهته، فعرفنا أن الشيء المأخوذ لتكميل أجرة الحج ستة، فالتركة التي تأخذ ثلثها أربعة وعشرون وثلثها ثمانية، للموصى له أربعة، وللأجرة أربعة فنضّمها إلى الستة المأخوذة لتكميل الحج تبلغ عشرة هي تمام أجرة الحج.

[فيما إذا أوصى لموصى له بمثل أحد ورثته]

قوله: «المطلب الثالث: في الأحكام المتعلقة بالحساب. وفيه بحثان: الأول: فيما خلا عن الاستثناء، وفيه مقامان: الأول: إذا كان الموصى له واحداً إذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته وأطلق، فإن تساوا

فله مثل نصيب أحدهم يزاد على الفريضة ويجعل كواحد منهم زاد فيهم، وإن تفاضلوا فله مثل نصيب أقلهم ميراثاً يزاد على فريضتهم». أما أنهم إن تساووا كان له مثل نصيب أحدهم وإن تفاضلوا فله نصيب أقلهم ميراثاً فهو المعروف من مذهب الأصحاب كما في «المسالك^١ والكفاية^٢» وفي «التذكرة^٣ وجامع المقاصد^٤» أنه الذي عليه علماؤنا. وفي موضع آخر من «التذكرة^٥» أنه حيث يصرّح بالمثل يصحّ إجماعاً وفيه تنبيه على الخلاف إلا فيما إذا لم يصرّح بالمثل. وقد ذكر ذلك في «المبسوط^٦ والجامع^٧ والشرائع^٨ والتذكرة^٩ والإرشاد^{١٠} والتبصرة^{١١} والتلخيص^{١٢} والدروس^{١٣} واللمعة^{١٤}» وفي «جامع المقاصد^{١٥} والمسالك^{١٦} والرياض^{١٧} والروضة^{١٨} والكفاية^{١٩} والتحرير^{٢٠}» لكن بعضها قد

- (١) مسالك الأفهام: في لواحق الوصية ج ٦ ص ٢٧٩.
- (٢) كفاية الأحكام: في أحكام ولواحق الوصية ج ٢ ص ٦٢.
- (٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالنصيب ج ٢ ص ٤٩٧ س ٣٩.
- (٤) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المتعلقة بالحساب ج ١٠ ص ٢٣٥.
- (٥) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالنصيب ج ٢ ص ٤٩٧ س ٣٤.
- (٦) المبسوط: فيما لو أوصى لأجنبي بمثل نصيب ابنه ج ٤ ص ٤ - ٥.
- (٧) الجامع للشرائع: في الوصية لأجنبي بمثل نصيب ولده ص ٥٠٠.
- (٨) شرائع الإسلام: في لواحق الوصية ج ٢ ص ٢٥٨.
- (٩) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالنصيب ج ٢ ص ٤٩٧ س ٣٩.
- (١٠) إرشاد الأذهان: في أحكام الوصية ج ١ ص ٤٦٤.
- (١١) تبصرة المتعلمين: فيما لو أوصى بمثل نصيب ابنه ص ١٢٨.
- (١٢) تلخيص المرام: فيما لو أوصى بمثل نصيب ابنه ص ١٥٨.
- (١٣) الدروس الشرعية: فيما لو أوصى بمثل نصيب ابنه ج ٢ ص ٣١٥.
- (١٤) اللمعة الدمشقية: فيما لو أوصى بمثل نصيب ابنه ص ١٧٩.
- (١٥) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المتعلقة بالحساب ج ١٠ ص ٢٣٥.
- (١٦) مسالك الأفهام: في لواحق الوصية ج ٦ ص ٢٧٩.
- (١٧) لم نعثر عليه في الرياض.

ذكر فيه ذلك كله صريحاً كالكتاب وبعضها أفصح بذلك في عنوان التمثيل، غير أنه في الأخير حكى بعد ذلك عن مالك أنه إذا قال: أعطوه مثل نصيب ابني وله ابن واحد لا غير أعطي الجميع، وقال: إنه ليس ببيد من الصواب، والأقرب ما قلناه^{٢١} انتهى. واقتصر في «الخلافة»: على ذكر الشق الأول واستدل عليه بأنه مجمع عليه^{٢٢}. حجة الأصحاب على الأمرين معاً أن ذلك هو المتيقن والزائد مشكوك فيه. واستند في «الدروس» في الأول إلى أنه هو الظاهر وغيره خلاف الظاهر^{٢٣}. وقد سمعت ما في «الخلافة» مضافاً إلى ما يأتي في الجواب عن حجة مالك ومن وافقه. وقد قال جماعة^{٢٤}: إن الضابط أنه يجعل كأحد الوراث ويزاد في عددهم ولا فرق بين أن يوصي له بمثل نصيب معين وغيره، ثم إن زاد نصيبه على الثلث توقف الزائد عليه على الإجازة.

وذهب جماعة^{٢٥} من العامة منهم مالك إلى أنه إذا أوصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فالوصية بجميع المال، وإن كان له ابنان فالوصية بالنصف، وإن كانوا ثلاثة فله الثلث، لأن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال فكذلك الموصى له، فيأخذ الجميع إن كان له ابن واحد.

-
- (١٨) الروضة البهية: الوصية في الأحكام ج ٥ ص ٥٦.
 (١٩) كفاية الأحكام: في أحكام ولواحق الوصية ج ٢ ص ٦٢.
 (٢٠) تحرير الأحكام: في الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٣٥٤.
 (٢١) تحرير الأحكام: في الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٣٥٤.
 (٢٢) الخلافة: في الوصية لأجنبي بنصيب ابنه ج ٤ ص ١٣٦.
 (٢٣) الدروس الشرعية: فيما لو أوصى بمثل نصيب ابنه ج ٢ ص ٣١٥.
 (٢٤) منهم المحقق الكركي في جامع المقاصد: ج ١٠ ص ٢٣٥، والشهيد الثاني في المسالك: ج ٦ ص ٢٨٠، والسبزواري في الكفاية: ج ٢ ص ٦٢.
 (٢٥) كما نقله في المسالك: ج ٦ ص ٢٨٠، المغني لابن قدامة: ج ٦ ص ٤٤٩، حلية العلماء: ج ٦ ص ١٠٤.

وإن أوصى بمثل نصيب واحد معين فله مثل نصيبه مزاداً على الفريضة،

وأجيب^١ بأن التماثل يقتضي شيئين، والوارث لا يستحق شيئاً إلا بعد الوصية النافذة، فلا نصيب له إلا بعد الوصية، فيجب أن يكون مال الموصى له مماثلاً لنصيب الوارث بعد الوصية، وعلى ما ذكره من أن الوصية مع الواحد بالجميع لا يكون هناك نصيب للوارث مماثلاً لنصيب الموصى له، وهو خلاف مدلول الصيغة، فيكون تبديلاً للوصية. قلت: ولأنه جعل للموصى له نصيباً وللابن نصيباً وجعل نصيب الابن أصلاً وحمل عليه الموصى له فلا يسقط، كما إذا قال لفلان في هذه الدار مثل ما لفلان فإنهما يشتركان. وفي «الخلاص»^٢: أنه يلزم أن يكون للموصى له أكثر مما يكون للابن إذا كان له ابنان، فإن مالكا يقول: إن للابنين النصف وللموصى له النصف. وكيف كان فالضابط عند مالك أنه يعتبر نصيب الموصى له بنصيبه لو لم تكن وصية. وعندنا أنه يعتبر بعد الوصية، فتقام فريضة الميراث ويزاد عليها بمثل نصيب الموصى له بنصيبه، وإليه أشار المصنف بقوله: فله مثل نصيب أحدهم مزاداً على الفريضة أولاً ثم تزيد قدر نصيب الموصى بمثل نصيبه على أصل الفريضة للموصى له.

هذا ولو أوصى بمثل نصيب أقلهم ميراثاً فهو تأكيد. كما صرح به في «التذكرة»^٣ لو أوصى بمثل نصيب أعظمهم أعطي ذلك كما في «المبسوط»^٤ والتذكرة^٥.
قوله: «وإذا أوصى بمثل نصيب واحد معين فله مثل نصيبه مزاداً

(١) جامع المقاصد: ج ١٠ ص ٢٣٥، ومسالك الأنهام: ج ٦ ص ٢٨٠.

(٢) الخلاف: في الوصية لأجنبي بنصيب ابنه ج ٤ ص ١٣٧.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالنصيب ج ٢ ص ٤٩٨ س ١٣.

(٤) المبسوط: فيما لو أوصى لأجنبي بمثل نصيب ابنه ج ٤ ص ٦ - ٧.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالنصيب ج ٢ ص ٤٩٨ س ١٤.

٩٧

فإن زاد على الثلث ولم يجز الورثة أعطي الثلث. فلو كان له ابن أو بنت فأوصى بمثل نصيبه فإن أجاز فله نصف التركة، وإن ردّ فله الثلث، وسواء كان الموصى له أحد الورثة أو أجنبيًا، ولو كان له ابنان فأوصى له بمثل نصيب أحدهما فله الثلث، ولو كانوا ثلاثة فله الربع، ولو كانوا أربعة فله الخمس، وهكذا. وطريقه أن تصحّ مسألة الفريضة وتزيد عليها مثل نصيب من أضيف الوصية إلى نصيبه. فلو كان له ابن وبنت وأوصى له بمثل نصيب الابن فله سهمان من خمسة إن أجازا. ولو قال مثل نصيب البنت فله الرابع.

على الفريضة قد عرفت أن لا فرق عندنا بين أن يوصى له بمثل نصيب واحد معين أو بمثل نصيب واحد منهم من غير تعيين إذ الكلام فيهما واحد. قوله: «فإن زاد على الثلث ولم يجز الورثة أعطي الثلث، فلو كان له ابن أو بنت فأوصى بمثل نصيبه فإن أجاز فله نصف التركة وإن ردّ فله الثلث» كما تقدّم بيانه. ولا فرق في ذلك بين ما إذا أوصى له بمثل نصيب واحد بدون تعيين ومع التعيين، لأنّ العبارة شاملة لهما، كما أنّ الحكم كذلك. قوله: «وسواء كان للموصى له أحد الورثة أو أجنبيًا» لأنّ الوصية للوارث جائزة عندنا، خلافاً لجمهور العامة^١، فيصحّ أن يوصى لوارث بمثل نصيب أحد ورثته الآخرين مع التعيين وبدونه كما يصحّ للأجنبي. قوله: «ولو كان له ابنان فأوصى له بمثل نصيب أحدهما فله الثلث، ولو كانوا ثلاثة فله الربع، ولو كانوا أربعة فله الخمس، وهكذا».

(١) روضة الطالبين: في الوصية للوارث ج ٥ ص ١٠٣، والآم: في الوصية ج ٤ ص ١١٤.

ولو كان له ثلاثة بنين وثلاث بنات فأوصى له بمثل سهم بنت أو أحد ورثائه فله العشر ولو قال: مثل نصيب ابن فله سهمان من أحد عشر. (٥)

وطريقه أن تصحح مسألة الفريضة وتزيد عليها مثل نصيب من أضيفت الوصية إلى نصيبه. فلو كان له ابن وبنت وأوصى بمثل نصيب الابن فله سهمان من خمسة إن أجازا، ولو قال: مثل نصيب البنت فله الرابع، قد تقدم بيان ذلك. وأما أن المسألة من خمسة فيما إذا أوصى له بمثل نصيب الابن، فلأن الموصى له بمنزلة ابن آخر، وسهام الابنين مع البنت خمسة. وأما أنه له الربع إذا أوصى له بمثل نصيب البنت، فلأنه يكون بمنزلة بنت، وسهام البنتين مع الابن أربعة كما هو واضح. وإن ردة الوارث فيما إذا أوصى بمثل نصيب الابن، فالفريضة من تسعة، لأن الموصى له حينئذ إنما يأخذ الثلث، فتكون المسألة من ثلاثة للموصى له واحد، ويبقى اثنان لا ينقسمان على الابن والبنت فتتكسر في مخرج الثلث فتضرب ثلاثة في ثلاثة فالحاصل تسعة.

وليعلم أن المصنف قد ذكر هنا مسائل، وذكر فيها صوراً مختلفة باختلاف عدد الوارث وكونهم ذكوراً وإناثاً وبالتفريق، وكون الموصى به مثل نصيب الذكر أو مثل نصيب الأنثى، وذكر طريق ذلك واعتبر الإجازة حيث كان متعلق الوصية زائداً على الثلث دون ما سواه.

قوله: «ولو كان له ثلاثة بنين وثلاث بنات وأوصى له بمثل سهم بنت أو أحد ورثائه فله العشر. ولو قال: مثل ابني فله سهمان من أحد عشر» أما الأول فلأن الفريضة من تسعة لكل ابن سهمان ولكل بنت سهم وللوصى له سهم فله العشر. وأما الثاني فلأنه يكون للموصى له سهمان، فتصير

ولو قال: مثل نصيب بنتي وله مع البنت زوجة فأجازتا فله سبعة من خمسة عشر، وكذا للبنت وللزوجة سهم واحد. ولو قال: مثل نصيب الزوجة فله التسع. ولو كن الزوجات أربعاً فله سهم من ثلاثة وثلاثين. وكذا لو كان مع الزوجات ابن (٦)

أحد عشر. فمراده بأحد وراثته من عدا الابن كالزوجة والأبوين، لكنه يكون له حينئذٍ أزيد من العشر فتأمل.

قوله: «ولو قال: مثل نصيب بنتي وله مع البنت زوجة فأجازتا فله سبعة من خمسة عشر، وكذا للبنت وللزوجة سهم واحد» لأن أصل الفريضة ثمانية: للزوجة سهم وللبنات سبعة، ويضاف إليها أخرى سبعة فتصير الفريضة من خمسة عشر، للزوجة منها سهم، وللبنات سبعة. وهذا ذكره في «المبسوط» وقال: تصح من ستة عشر^١. ولعله سهو من قلم الناسخ أو الشيخ، لاستلزامه إدخال النقص على البنت.

قوله: «ولو قال: مثل نصيب الزوجة فله التسع» كما عرفت ممّا تقدّم. وقال الشيخ: يصح من ثمانية سهم للزوجة وللموصى له وستة للبنت^٢. وهو غلط من قلم الشيخ، لاستلزامه خروج الوصية من نصيب البنت.

قوله: «ولو كانت الزوجات أربعاً فله سهم من ثلاثة وثلاثين، وكذا لو كان مع الزوجات ابن» لأن أصل الفريضة ثمانية للزوجات الأربع منها واحد ينكسر في مخرج الربع، فتضرب أربعة في ثمانية فالمرتفع اثنان وثلاثون. وللموصى له في المسألة الأولى سهم كإحداهن، فتصير ثلاثة وثلاثين وهذا ذكره

(١) المبسوط: فيما لو خلف بنتاً وزوجة وأوصى بمثل نصيب بنته ج ٤ ص ٦.

(٢) المبسوط: فيما لو خلف بنتاً وزوجة وأوصى بمثل نصيب بنته ج ٤ ص ٦.

ولو أوصى له بمثل نصيبه فأجاز الورثة ففريضة الورثة من اثنين وثلاثين يضيف إليها ثمانية وعشرين هي سهام الموصى له فتصير ستين ^(١) ولو أوصى لأجنبي بنصيب ولده احتمل البطلان والصرف إلى المثل ^(٢)

في «المبسوط»^١ وقال: تصح من اثنين وثلاثين، وهو يستلزم دخول النقص على البنت أيضاً، وقد ردّ في «الشرائع»^٢ بكمال الأدب حيث أشار إلى أنّه خلاف الأشبه، وليس ذلك منه لتردد. وكذا الحال في المسألة الثانية لو كان مع الزوجات ابن من دون تفاوت.

قوله: «ولو أوصى له بمثل نصيبه فأجاز الورثة، ففريضة الورثة من اثنين وثلاثين، ونضيف إليها ثمانية وعشرين، وهي سهام الموصى له فتصير ستين» أي لو كان له أربع زوجات وابن وأوصى له حينئذ بمثل نصيب الابن فأصل الفريضة من اثنين وثلاثين للزوجات أربع فيبقى ثمانية وعشرون، فتزيد عليها مثلها للموصى له فتصير ستين.

[فيما لو أوصى لأجنبي بمثل نصيب ولده]

قوله: «ولو أوصى لأجنبي بمثل نصيب ولده احتمل البطلان، والصرف إلى المثل» قد ذكر هذين الاحتمالين في «التحرير»^٣ والإرشاد^٤

(١) المبسوط: فيما لو خلف أربع زوجات وأوصى لأجنبي بمثل نصيب بنته ج ٤ ص ٦.

(٢) شرائع الإسلام: الوصية في اللواحق ج ٢ ص ٢٥٩.

(٣) تحرير الأحكام: في الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٣٥٥.

(٤) إرشاد الأذهان: الوصية في الأحكام ج ١ ص ٤٦٥.

والروض^١ من دون ترجيح أيضاً. وكذا لا ترجيح في «جامع المقاصد^٢ والكفاية^٣» بينهما وبين الصرف إلى الجميع، لأنهما قد ذكرا ذلك احتمالاً ثالثاً والبطلان خيرة «الخلاف^٤ والمبسوط^٥ والجامع^٦ والتذكرة^٧ والمختلف^٨ والإيضاح^٩ وشرح الإرشاد^{١٠}» للفخر. والصحة بالمثل صريح «التلخيص^{١١}» وفي «الشرائع^{١٢}» أنه يكون كما لو أوصى بمثله. وفي «الدروس^{١٣}» أنه يحمل على المثل. فالصحة خيرة هذه الكتب الثلاثة. وفي «الدروس» أن بعض الأصحاب أطلق الصحة والحمل على المثل^{١٤}، فقد جعلوا معنى الصحة الحمل على المثل. وقال في «التحرير» في بيان احتمال الصحة. وتحتمل الصحة فتكون بمثل النصيب.

لم يصرح أحد منا بالصحة والصرف إلى الجميع، وإنما احتمله في «جامع المقاصد» قال: وهنا احتمال ثالث وهو الحكم بالصحة على أن الوصية بجميع

مركز تحقيق مكتبة العلوم الشرعية

- (١) حاشية الإرشاد (غاية المراد): فيما لو أوصى بنصيب ولده ج ٢ ص ٥٠٧.
- (٢) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المتعلقة بالحساب ج ١٠ ص ٢٣٩.
- (٣) كفاية الأحكام: الوصية في الأحكام واللوأحق ج ٢ ص ٦٣.
- (٤) الخلاف: فيما لو أوصى لأجنبي بمثل نصيب ابنه ج ٤ ص ١٣٧ مسألة ٤.
- (٥) المبسوط: في الوصية لأجنبي بمثل نصيب ابنه ج ٤ ص ٧.
- (٦) الجامع للشرائع: في الوصية لأجنبي بنصيب ابنه ص ٤٩٩.
- (٧) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالنصيب ج ٢ ص ٤٩٧ س ٣٤.
- (٨) مختلف الشيعة: فيما لو أوصى لأجنبي بمثل نصيب ابنه ج ٦ ص ٣٤٧.
- (٩) إيضاح الفوائد: الوصية فيما يتعلق بالحساب ج ٢ ص ٥٤١.
- (١٠) حاشية الإرشاد: الوصية ص ٧١ السطر الأول (من مخطوطات مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).

- (١١) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٨.
- (١٢) شرائع الإسلام: الوصية في اللوأحق ج ٢ ص ٢٥٩.
- (١٣) الدروس الشرعية: فيما لو أوصى بمثل نصيب ابنه لأجنبي ج ٢ ص ٣١٦.
- (١٤) الدروس الشرعية: فيما لو أوصى بمثل نصيب ابنه ... ج ٢ ص ٣١٦.

المال إذا كان الابن واحداً والنصف لو كان اثنين. وقال: ولم أجد من تعرّض بهذا الاحتمال، فإنما المصنّف في «المختلف» ذكر في استدلاله على الاحتمال الثاني أنّ هذه الوصيّة وصيّة بجميع المال في الحقيقة، وهذا إن تمّ إنّما يلزم ما ذكرناه في الاحتمال الثالث دون الثاني^١ انتهى.

وفي «المسالك»: أنّ هذا عجيب منه، فإنّ هذا الاحتمال لم يذكر الأكثر غيره فضلاً عن أن لا يكون مذكوراً. قال في «المختلف» احتج الآخرون بأنّ اللفظ يحمل على مجازة عند تعذّر حمله على الحقيقة، ولأنّه وصيّة بجميع المال في الحقيقة، ولو أوصى له بجميع ماله لم تكن الوصية باطلة وهذا صريح في أنّه فهم من القائل بالصحة والحمل على المثل إرادة الجميع فكيف لا يكون مذكوراً لأحد. وقال في «التذكرة»: إن قصد العين بطلت، وحكي عن جماعة من العامة صحة الوصيّة، لأنّ ذلك وصيّة بجميع المال انتهى ثم حكي عن «المبسوط» أنّه حكي عن قوم القول بالصحة ويكون له كلّ المال، ثم قال: وعلى هذا فيكون مراد من أطلق الصحة وحمله على المثل صحة الوصيّة في الجميع، لأنّ ذلك هو الموجود في عبارات أصحابنا. وأمّا حمله على النصف كما لو أوصى بلفظ المثل فلم يذكره أحد من أصحابنا بخصوصه وإنما هو محتمل من إطلاقاتهم. نعم في كلام الإيضاح ما يؤذن بفهمه إرادة النصف من القائل بالصحة، حيث قال: فعلى الصحة لا فرق بين زيادة المثل وحذفها. فقله: أوصيت بنصيبه، مثل أوصيت بمثل نصيبه، وإنّما فرّق القائل بالبطان، فهذه العبارة كالصريحة في إرادة المثل حقيقة، كما لو كان مذكوراً وهو يقتضي الوصيّة بمشاركة الابن انتهى كلامه في «المسالك»^٢ مع

(١) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المتعلقة بالحساب ج ١٠ ص ٢٣٩ - ٢٤٠.

(٢) مسالك الأفهام: مسائل في الوصية ج ٦ ص ٢٨٨ - ٢٨٩.

اختصار في بعضه.

ونحن نقول: قد صرح في «التذكرة» في موضع آخر في مسألة ما إذا أوصى له بمثل نصيب وارث مقدر أنه لا فرق في المسألة بين حذف المثل وذكره^١. ثم إن عبارة «غاية المراد» أوضح من عبارة «الإيضاح» في المشاركة وإرادة المثل حقيقة حيث قال في رد القول بالبطلان: إن الوصية مع الصحة ليست بعين النصيب حتى يلزم المحال بل بمثله^٢. وقد سمعت أنه في «التذكرة»: جعل موضوع المسألة الوصية بالعين وكذا في غيرها. وقال في «غاية المراد» في حجة القول بالصحة: إنه وصية بجميع المال أو بعضه فكان صحيحاً^٣. ومثلها أو أوضح منها عبارة «شرح الإرشاد»^٤ لولد المصنف. وأوضح منها عبارة شرحه^٥ الآخر، قال: لفظ النصيب له معنى حقيقي وهو حصّة الولد، ومعنى مجازي وهو مثل النصيب وهو مجاز الحذف ولا يمكن حمله على الحقيقي، لأنه يلزم أن يوصي بمستحق ولده فيحمل على معناه المجازي بأن يريد منه مثل نصيب ولده صوتاً لكلام المسلم عن الهذر. وقد أسمعناك كلام من قال بالصحة أو احتملها من أصحابنا وأنهم صرحوا بإرادة المثل ولا معنى للمثل إلا المشاركة كما إذا صرح وقال: بمثل نصيب ولدي.

ولا أرى قوله فيما قرره وحرّره قبل الذي حكيناه آنفاً: إن المثل يراد به مجموع التركة لا مشاركة الموصى له للولد، إلا مخالفاً لطريقة العقلاء، إذ لا باعث لهم عن التعبير بالجميع بلفظ يراد منه النصف عندهم، وما هو إلا كالأكل من خلف

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالنصيب ج ٢ ص ٤٩٨ س ٢٥ - ٢٨.

(٢) غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٥٠٧.

(٣) غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٥٠٧.

(٤) شرح الإرشاد: ص ٧٠ س ٣٢ (من مخطوطات مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).

(٥) إيضاح الفوائد: كتاب الوصايا ج ٢ ص ٥٤١.

الأذن اليسرى. ولهذا ترى من احتمال إرادة الجميع من العامة لم يذكر لفظ المثل أصلاً كما ستسمع، لأن احتمال إرادة الجميع إنما هو في كلام العامة لا في كلام أصحابنا كما أفصحت به عبارة «الخلاف والمبسوط والتذكرة» كما سمعت، والذي أوقعه في الشبهة كلام «المختلف» الذي اشتبه به قبله المحقق الثاني كما سمعت حكايتهما له. ولو أجادا التأمل لوجداه ممّا لا دلالة فيه على ما أراده بل فيه دلالة على العدم وإلا لكان متناقضاً، لأنّه استدلّ فيه^١ للقائل بالصحة بدليلين: الأول: أنّ اللفظ يحمل على مجازة عند تعذر حمله على الحقيقة وهذا يقضي جزمًا بإرادة المثل والمشاركة، والثاني: أنّه وصيّة بجميع المال في الحقيقة إلى آخره. وهو نصّ في إرادة الحقيقة وعدم المشاركة لو أبقينا على ظاهره كما فهماه منه.

فلا بدّ أن يكون مراد المستدلّ أنّه لا وجه للحكم بالبطلان في الفرض المذكور لا على تقدير الحقيقة ولا على تقدير المجاز، أمّا الأول فلاّ أنّه في الحقيقة وصيّة بجميع المال وهي غير باطلة. وأمّا الثاني فلاّ أنّ اللفظ يحمل على مجازة عند تعذر الحقيقة، إذ ليس لكم في منع الحقيقة إلاّ أنّه وصيّة بمال الغير، فتحمله على المجاز على تقدير تسليم أنّه وصيّة بمال الغير، لأنّ جماعة كثيرين من العامة لا يسلمون ذلك كما ستعرف، وجماعة منهم يسلمون ذلك ويقولون: بالبطلان، وقد وافقهم على ذلك الشيخ وجماعة كما عرفت، لأنّ البطلان عند الحمل على الحقيقة لا يصحّ أن يكون قرينة على المجاز، لأنّه حكم شرعي لا يقضي بخروج اللفظ باعتباره عن حقيقته. ومن ثمّ لو أوصى للموالي وله موال من أعلى ومن أسفل لم نحملها على المجاز، بل نحكم بالبطلان على المشهور بين الأصوليين ويفرقون بينه وبين ما إذا أوصى بجميع ماله بأنّ الثاني لم يصفه إلى أحد وأنّ التركة مملوكة للموصي

(١) مختلف الشيعة: فيما لو أوصى لأجنبي بمثل نصيب إنبه.

حال الوصية، ولا كذلك إذا نسب إلى ولده وأضافه إليه، وجماعة منّا يسلمون ذلك ويحملونه على المجاز، ويدعون أنّ القرينة حالية، لأنّ الظاهر من حال العاقل أن لا يوصي بمال الغير، ولا يعني بالقرينة الحالية إلا ما جرى هذا المجرى، كما هو الشأن فيما إذا أوصى لأولاده ولا أولاد له، وإنّما له أولاد أولاد، فإنّا نحملها على المجاز، وهو أولاد الأولاد كما تقدّم مسبقاً. وأمّا الجماعة الذين لا يسلمون ذلك فهم: مالك، وأهل البصرة، وداود، وزفر، وابن أبي ليلى، فإنّهم لا يسلمون أنّه وصية بمال الغير، ولا يفرّقون بينه وبين ما إذا أوصى بجميع ماله، ويقولون: بالصحة في جميع التركة، ولم أجد أحداً من أصحابنا صرح بموافقتهم واحتمل ذلك صريحاً قبل صاحب «جامع المقاصد» وصاحب «المسالك» وصاحب «الكفاية» وكأنّه ميل إليه في الأوّل وقيل به في الثاني، ثمّ إنّّه صرح في الأوّل في آخر كلامه بالتوقف^١.

ثمّ إنّّه قد يلوح من «الإيضاح» أنّه لا خلاف في عدم الفرق بين زيادة لفظة المثل وحذفها من القائل بالصحة حيث قال: لا فرق... إلى أن قال كما سمعت فيما سلف: وإنّما فرّق القائل بالبطلان^٢، إذ معناه لم يفرّق أحد أصلاً إلا القائل بالبطلان. وقد قال في «جامع المقاصد» في شرح قوله: ولو أوصى بجزء من حصّة وارث معيّن خاصّة... إلى آخره: إنّ تصحيح المصنّف الوصية بجزء من حصّة وارث إنّما يستقيم لو صحّحنا الوصية بنصيب الوارث، وحكمنا بكونها وصية بنصيبه لو لا الوصية، وليس به قائل^٣. فقد نفى القائل بذلك. ومنه يفهم أنّ تردّد المصنّف هنا ينافي جزمه بالصحة فيما لو أوصى بجزء من حصّة وارث معيّن إذ

(١) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المتعلقة بالحساب ج ١٠ ص ٢٥٣.

(٢) إيضاح الفوائد: كتاب الوصايا ج ٢ ص ٥٤١.

(٣) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المتعلقة بالحساب ج ١٠ ص ٢٤٠.

ولو أوصى بمثل نصيب ابنه وكان قاتلاً أو كافراً بطلت على رأي

لاتفاوت بين الوصية بكل النصيب وبجزء منه.

واعلم أنه قال في «الدروس»: لو أوصى بنصيب وارث فإن قصد عزله من الإرث فالأقرب البطلان، وإلا حمل على المثل^١ انتهى. وهذا قد يرشد إلى أنه قد حمل قول الشيخ في الكتابين ومن وافقه بالبطلان على العزل وإن بعد جداً. ولم يذكر فيهما شيئاً مما استدلوا له به. وإنما استدل فيهما: بأن قوله نصيب ابني كقوله ما يستحق إني، وما يستحقه ابنه لا يجوز أن يستحقه غيره.

هذه تحرير كلام الأصحاب وأدلتهم في الباب. وقد أطال جماعة في الاستدلال لكل من الأقوال في غير ما كذا طائل يعتد به.

مركز تحقيق مكتبة العلوم

[فيما لو أوصى بمثل نصيب ابنه وكان قاتلاً]

قوله: «ولو أوصى بمثل نصيب ابنه وكان قاتلاً أو كافراً بطلت على رأي» هو خيرة «المبسوط»^٢ والشرائع^٣ والتذكرة^٤ والتحرير^٥ والتلخيص^٦ والإرشاد^٧ لأنه لا نصيب له فيكون بمنزلة أوصيت له بمثل نصيب من لا شيء له. ولو أوصى بمثل نصيب ابنه ولا ابن له بطلت.

(١) الدروس الشرعية: فيما لو أوصى بنصيب وارث ج ٢ ص ٣١٦.

(٢) المبسوط: فيما لو أوصى بنصيب ابنه القاتل ج ٤ ص ٧.

(٣) شرائع الإسلام: في لواحق الوصية ج ٢ ص ٢٥٩.

(٤) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى بمثل نصيب من لا نصيب له ج ٢ ص ٤٩٩ س ١١ - ١٢.

(٥) تحرير الأحكام: فيما لو أوصى بمثل نصيب من لا نصيب له ج ٣ ص ٣٥٦.

(٦) تلخيص المرام: فيما لو أوصى بمثل نصيب القاتل ص ١٥٨.

(٧) إرشاد الأذهان: فيما لو أوصى بمثل نصيب القاتل ج ١ ص ٤٦٥.

وفي «الشرائع»^١ قولاً بالصحة ولم نجد لأحد من الخاصة والعامة، إذ لم يذكر في «المبسوط والتذكرة» غير القول بالبطلان جازمين به. ولعل وجهه صون كلام العاقل عن الهذر فيقدر بمثل نصيبه لو لم يكن قاتلاً.

ولا ترجيح في «الدروس»^٢ وفصل في «المختلف»^٣ والإيضاح^٤ وشرح الإرشاد^٥ والروض^٦ بأنه إن كان عارفاً بأنه قاتل وأنه لا يرث بطلت، وإن جهل أحدهما صحّت. وفي «جامع المقاصد»: أن فيه قوّة^٧، وفي «المسالك»: أنه حسن^٨. قلت: الظاهر أن هذا التفصيل مراد القاتل بالبطلان في الشقّ الأوّل خصوصاً إذا كان ابنه كافراً أو عبداً، ومن المعلوم أنه لو قصد الموصي مماثلة نصيبه لو كان وارثاً كانت صحيحة. وقال في «الدروس»: لو أوصى بنصيب من لا نصيب له حمل على مثله. ولو أوصى بمثل نصيبه قال في «المبسوط» يبطل ثم حكى تفصيل المختلف^٩، فتأمل.

قوله: «ولو أوصى له بمثل نصيب ابنه ولا ابن له بطلت» كما علم ولو أوصى بمثل نصيب وارث مقدّر أعطي ما لو كان موجوداً أخذه.

(١) شرائع الإسلام: في لواحق الوصية ج ٢ ص ٢٥٩.

(٢) الدروس الشرعية: فيما لو أوصى بنصيب من لا نصيب له ج ٢ ص ٣١٧.

(٣) مختلف الشيعة: فيما لو أوصى بمثل نصيب ابنه القاتل ج ٦ ص ٣٤٧.

(٤) إيضاح الفوائد: فيما لو أوصى بمثل نصيب ابنه القاتل ج ٢ ص ٥٤٢.

(٥) شرح الإرشاد: فيما لو أوصى بمثل نصيب القاتل ص ٧١ س ٣ (من مخطوطات مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).

(٦) حاشية الإرشاد (غاية المراد): فيما لو أوصى بمثل نصيب القاتل ج ٢ ص ٥٠٨.

(٧) جامع المقاصد: فيما لو أوصى بمثل نصيب ابنه القاتل ج ١٠ ص ٢٤١.

(٨) مسالك الأفهام: فيما لو أوصى بمثل نصيب ابنه القاتل ج ٦ ص ٢٩٠.

(٩) الدروس الشرعية: في الوصية بمثل نصيب ابنه القاتل ج ٢ ص ٣١٧.

ولو خلف ابنين وأوصى بمثل نصيب ثالث لو كان فله الربع ولو كانوا ثلاثة فله الخمس. ويحتمل أن يكون له الثلث مع الاثنين والربع مع الثلاثة (١)

مما تقدّم. وبه صرح في «التذكرة»^١ إذا لم يقصد تقدير ابن له كما يأتي له في المسألة التي بعد هذه، نعم لو كان له ابن ولم يعلم بموته صحّت.

[فيما لو أوصى بمثل نصيب وارث مقدّر]

قوله: «ولو أوصى بمثل نصيب وارث مقدّر أعطي ما لو كان موجوداً أخذه. ولو خلف ابنين وأوصى بمثل نصيب ثالث لو كان فله الربع، ولو كانوا ثلاثة فله الخمس. ويحتمل أن يكون له الثلث مع الاثنين والربع مع الثلاثة» يريد أنه لو أوصى بمثل نصيب وارث مقدّر الوجود أعطي الموصى له ما لو كان الوارث المقدّر الوجود موجوداً أخذه الموصى له. فالضمير المستتر راجع إلى الموصى له، والبارز إلى ما وحاصله أنه ينظر ما للموصى له مع وجوده فيكون له مع عدمه. وبذلك صرح في «التذكرة»^٢ والتحرير^٣ والإرشاد^٤ والإيضاح^٥ والروض^٦ لأنّ المماثلة نسبة فيستدعي منتسبين، وقد أوصى له بمثل نصيبه على تقدير وجوده، فيقدّر موجوداً ذا نصيب

(١) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى بمثل نصيب وارث مقدّر ج ٢ ص ٤٩٨ س ٣٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: فيما لو أوصى بمثل نصيب وارث مقدّر ج ٢ ص ٤٩٨ س ٢٥.

(٣) تحرير الأحكام: فيما لو أوصى بمثل نصيب وارث مقدّر ج ٣ ص ٣٥٦.

(٤) إرشاد الأذهان: فيما لو أوصى بمثل نصيب مقدّر ج ١ ص ٤٦٥.

(٥) إيضاح الفوائد: فيما لو أوصى بمثل نصيب وارث مقدّر ج ٢ ص ٤٥٢.

(٦) لا يوجد لدينا كتابه.

ليدفع إلى الموصى له مماثلًا له.

وهل يفرّق بين حذف لفظ المثل وعدمه؟ قال في «الإيضاح»: اتفق الكلّ على صحّة هذه الوصيّة سواء ذكر لفظ المثل أو حذفها^١. وقد عرفت الحال فيما إذا ذكرها. وقد احتمل بعض الشافعيّة فيما إذا ذكرها وأوصى له بنصيب ثالث أن يكون له الثلث، كما أشار إليه المصنّف بقوله ويحتمل أن يكون... إلى آخره، مستنداً إلى أنّه أقام الموصى له مقام الابن المقدّر، وذلك الابن المقدّر لو لا الوصيّة له الثلث على تقدير وجوده، فلهذا الموصى له الثلث، وإنّما كان له الثلث فيما إذا كان له ثلاثة بنين للعول بسبب الازدحام، فإنّ الابن يستحقّ الثلث والموصى له الثلث، ولا يمكن إبطال أحد النصيين فيعول بالمثل، وكلّ ما عال بالمثل فالمزيد مثل المزيد عليه، والثلث إذا زاد على الثلاثة صار ربعا، وإنّما جاء العول من وجود الابن الثالث المستحقّ وامتناع إبطال أحدهما وهذا ليس موجوداً في المعدوم وهو الابن المقدّر. وفيه: أنّه لم يجعله بمنزلته، وإنّما أوصى له بمثل نصيبه لو كان موجوداً فلا يستحقّ نفس نصيبه.

وأما إذا حذفت لفظة مثل كما إذا قال: أعطوه نصيب ابن ثالث لو كان موجوداً، فإنّه يعطى في المثال نصيب ابن ثالث إجماعاً كما في «الإيضاح»^٢ وكذا «جامع المقاصد»^٣ حيث قال: قطعاً.

فعلى الأوّل لو خلف ابنين وأوصى بمثل نصيب ثالث لو كان، استحقّ الموصى له الربع، ولو خلف ثلاثة كان له الخمس، وهكذا، ولو كان له ابن فأوصى بمثل نصيب ولو قال مثل نصيب بنت ولو كانت وله ثلاثة بنين فالثلث. ولو أوصى

٩٢

(١) إيضاح الفوائد: فيما لو أوصى بمثل نصيب وارث مقدّر ج ٢ ص ٥٤٢.
(٢) إيضاح الفوائد: الوصية فيما يتعلّق بالحساب ج ٢ ص ٥٤٣.
(٣) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المتعلقة بالحساب ج ١٠ ص ٢٤٢.

بمثل نصيب ابنه وله ابن وبنت فإن أجازا فالفريضة من خمسة، وإن ردّا فمن تسعة. ٤

نصيب ابن ثان لو كان فله الثلث، وعلى قول بعض الشافعية يكون له في هذا المثال النصف.

قوله: «ولو قال: مثل نصيب بنت وله ثلاث بنين فالثلث» لأننا إذا قدرناها موجودة كان لها سهم من سبعة فللموصى له سهم ثامن مزيدياً على السبعة. وهذا على الاحتمال الأول، وأما على الاحتمال الثاني فله السبع.

[فيما لو أجاز بعض الورثة ورد بعض الآخر]

قوله: «ولو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن وبنت فإن أجازا فالفريضة من خمسة، وإن ردّا فمن تسعة» هذا تقدّم الكلام فيه عند قوله: ولو كان له ابن وبنت وأوصى بمثل نصيب الابن إلى آخره. وأعاده ليرتب عليه ما بعده.

ولو أجاز أحدهما ورد الآخر ضربت مسألة الإجازة في مسألة الردّ تبلغ خمسة وأربعين، فمن أجاز ضربت نصيبه من مسألة الإجازة في مسألة الردّ، ومن ردّ ضربت نصيبه من مسألة الردّ في مسألة الإجازة، فإن أجاز الابن فله ثمانية عشر حاصلة من ضرب اثنين في تسعة وللبنت عشرة حاصلة من ضرب اثنين في خمسة وتبقى سبعة عشر للموصى له. ولو أجازت البنت فلها تسعة حاصلة من ضرب واحد في تسعة وللابن عشرون حصلت من ضرب أربعة في خمسة، وللموصى له ستة عشر. وهذا ضابط في كلّ ما يرد في إجازة البعض ورد الآخرين. ﴿٢٠﴾

قوله: «ولو أجاز أحدهما ورد الآخر ضربت مسألة الإجازة في مسألة الردّ تبلغ خمسة وأربعين، فمن أجاز ضربت نصيبه من مسألة الإجازة في مسألة الردّ، ومن ردّ ضربت نصيبه من مسألة الردّ في مسألة الإجازة، فإن أجاز الابن فله ثمانية عشر حاصلة من ضرب اثنين في تسعة، وللبنت عشرة حاصلة من ضرب اثنين في خمسة، وتبقى سبعة عشر للموصى له، ولو أجازت البنت فلها تسعة حاصلة من ضرب واحد في تسعة، وللابن عشرون حصلت من ضرب أربعة في خمسة، وللموصى له ستة عشر. وهذا ضابط في كلّ ما يرد من إجازة البعض ورد الآخرين.»

إيضاح ذلك: إنّ مضروب مسألة الردّ وهي تسعة في مسألة الإجازة، وهي خمسة وأربعين فعلى تقدير إجازتهما يكون للموصى له خمسها ثمانية عشر، وعلى تقدير عدم إجازتهما يكون له ثلثها خمسة عشر، فالزائد على الثلث

ولو أوصى بجزء معلوم فإن انقسم الباقي على الورثة صحّت المسألتان من مسألة الوصيّة وإن انكسر فاضرب إحدى المسألتين في الأخرى إن لم يكن بينهما وفق، (٢)

الذي يحتاج إلى الإجازة ثلاثة، ثلثها واحد وهو نصيب البنت، وثلثاها اثنان نصيب الابن، فمع إجازتها للموصى له ستة عشر ولها تسعة مضروب الواحد في مسألة الرد، وله عشرون مضروب الأربعة في مسألة الإجازة، ومع إجازته للموصى له سبعة عشر وله ثمانية عشر مضروب الاثنين في التسعة، ولها عشرة مضروب الاثنين في الخمسة.



[فيما لو أوصى بجزء معلوم]

قوله: «ولو أوصى بجزء معلوم، فإن انقسم الباقي على الورثة صحّت المسألتان من مسألة الوصيّة» كما لو أوصى بثلث تركته وله ابنان أو بالربع وله ثلاثة أو بالخمس وله أربعة فإنّ المسألتان تصحّان من مسألة الوصيّة، فإنّك إن أخذت الثلث في الأولى ومخرجه ثلاثة بقي إثنان لكلّ من الاثنين واحد، وفي الثانية تأخذ الربع ومخرجه أربعة ويبقى ثلاثة لكلّ ابن من الثلاثة واحد، وعلى هذا.

قوله: «وإن انكسر فاضرب إحدى المسألتين في الأخرى إن لم يكن بينهما وفق» قلت: يعني إذا انكسر الباقي على الورثة ولم يكن بينه وبين مسألتهم وفق بل كانا متباينين، وذلك كأن يوصي بثلث تركته وله ابن وبنت، فإنّ الباقي بعد الثلث إثنان، لا تنقسم على الورثة ومسألتهم، فإنّها ثلاثة وبينهما تباين، فتضرب إحدى المسألتين في الأخرى تبلغ تسعة، ومنها تصحّ للإبن أربعة

وإلا ضربت جزءاً من الوفق من فريضة الورثة في فريضة الوصية. وإن شئت صححت فريضة الورثة ثم انظر إلى جزء الوصية من أصله وانظر نسبته إلى ما بقي وزد على سهام الورثة مثل تلك النسبة فما بلغ صحت منه المسألتان. (٤)

وللبنت إثنان، وللموصى له ثلاثة.

قوله: «وإلا ضربت جزءاً من الوفق من فريضة الورثة في فريضة الوصية» أي وإلا تكن كذلك بأن كان بين الباقي من فريضة الوصية وبين فريضة الورثة وفق ضربت جزء الوفق من فريضة الورثة في فريضة الوصية فما ارتفع فهو الفريضة لكلّ فهنا صورتان: إحداهما أن يكون بينهما وفق بالمعنى الأخص، كما لو أوصى بالسبع وله ابن وبنتان، فإن فريضة الوصية سبعة، والباقي وهو ستة لا تنقسم على الورثة، فإنهم أربعة، وبينها وبين فريضة الورثة وهو أربعة توافق بالنصف، فنضرب اثنين وهو جزء الوفق من فريضة الورثة في فريضة الوصية تبلغ أربعة عشر للموصى له إثنان، وللبن ستة، ولكل بنت ثلاثة. الثانية أن يكون بينهما وفق بالمعنى الأعم بأن يكونا متداخلين، كما إذا أوصى بالربع وله ابنان وبنتان، فإن فريضتهما هي ستة وإن كان بينهما وبين الثلاثة تداخل، إلا أنهما مع ذلك متوافقان بالثلث، فنضرب اثنين هما ثلث فريضة الورثة في أربعة تبلغ ثمانية، وربعا إثنان للموصى له، ولكل ابن سهران، ولكل بنت سهم.

قوله: «وإن شئت صححت فريضة الورثة: ثم انظر إلى جزء الوصية من أصله، وانظر إلى نسبته إلى ما بقي، وزد على سهام الورثة مثل تلك النسبة، فما بلغ صححت منه المسألتان» معناه أن هنا طريقاً لإخراج الوصية بالجزء المعلوم، وهو أن تصحح مسألة الورثة بحيث تنقسم

فلو أوصى بثلاث ماله وله ابنان وبنتان ففريضة الوصية ثلاثة سهم للموصى له ويبقى اثنان للورثة توافق الفريضة في النصف تضرب جزء الوفق من فريضتهم وهو ثلاثة في فريضة الوصية تبلغ تسعة، للموصى له ثلاثة. (٧)

على جميعهم، وينظر إلى مخرج الجزء الذي هو الوصية فيخرج الجزء منه، وهو المراد بقوله: ثم انظر إلى جزء الوصية من أصله، وأراد بأصله هو مخرجه، ثم أنسب الجزء المخرج إلى ما بقي بعده، فتأخذ بمثل هذه النسبة من فريضة الورثة ويزيده عليها، فما يبلغ صحت منه مسألتنا. فإذا أوصى بالربع وله ابنان وبنتان ففريضة الورثة من ستة، ومخرج الجزء أربعة، والباقي ثلاثة، فإذا نسبته إليها كان ثلثاً فزد على الستة التي هي فريضة الورثة ثلثها وهو اثنان تبلغ ثمانية، للموصى له اثنان، وكذا لكل ابن، ولكل بنت سهم.

قوله: «فلو أوصى بثلاث ماله وله ابنان وبنتان، ففريضة الوصية ثلاثة أسهم للموصى له، وبقي اثنان للورثة توافق الفريضة في النصف، فاضرب جزء الوفق من فريضتهم التي هي ستة وهو ثلاثة في فريضة الوصية تبلغ تسعة، للموصى له ثلاثة» هذا مثال للعمل بالطريق الأول حيث يكون ما بقي للورثة من فريضة الوصية موافقاً لفريضتهم.

وإن شئت صحّحت الفريضة أولاً من ستّة ثمّ تنظر إلى جزء الوصيّة وهو ثلث يخرج من ثلاثة فتأخذ جزء الوصيّة وهو واحد وتنسبه إلى ما بقي وهو سهمان فإذا هو مثل نصفه وتزيد على فريضة الورثة وهو ستّة مثل نصفه تصير تسعة ولو كان له ثلاث أخوات من الأبوين وجدّ من الأم، فعلى الأول تأخذ جزء الوصيّة وهو الثلث يبقى سهمان لا تنقسم على الورثة لأنها من تسعة فتضرب تسعة في ثلاثة تبلغ سبعة وعشرين ومنها تصحّ المسألتان، للموصى له تسعة وللأخوات اثنا عشر وستة للجدّ، وعلى الثاني يزيد على التسعة مثل نصفها، لأنها نسبة جزء الوصيّة ممّا يبقى من مسألة الوصيّة وليس للتسعة نصف فتضربه في مخرج النصف تصير ثمانية عشر فيزيد عليه مثل نصفه يصير سبعة وعشرين. وهكذا الحكم لو أوصى بمثل نصيب ابنين أو أكثر أو ابن وبنت أو ابن وزوجة وغيرها.

قوله: «وإن شئت صحّحت الفريضة أولاً من ستّة، ثمّ ينظر إلى جزء من الوصيّة وهو ثلث يخرج من ثلاثة فتأخذ جزء الوصيّة وهو واحد وتنسبه إلى ما بقي وهو سهمان فإذا هو مثل نصفه وتزيد على فريضة الورثة وهو ستّة مثل نصفه تصير تسعة» هذا بيان للعمل بالطريق الثاني في المثال المذكور.

ولو أوصى بجزء من حصّة وارث معيّن فهنا احتمالات:
 الأوّل: وحدة الوصيّة، الثاني: تعدّدها مرتّباً مقدّماً للوارث الآخر،
 الثالث: تقديم الأجنبي، الرابع: عدم الترتيب، فتخرج الثلث وتقسّم
 الباقي على الورثة ويقسّط الثلث على النسب المحتملة بحسب
 الوصيّة فلو أوصى له بنصف حصّة ابن وله آخر، فإن أجاز الابن
 تقاسما النسب بالسويّة وللآخر النصف، وإلاّ دفع ثلث حصّته على
 الأوّل والثاني وعلى الثالث يدفع إلى الأجنبي الربع وإلى الآخر
 نصف السدس وعلى الرابع يحتمل هنا التقسيط أخماساً، لأنّ وصيّة
 الأجنبي بالربع وهي ثلاثة من اثني عشر ووصيّة الابن بتكملة
 النصف وهي سهران والتسوية لأنّ ما يحصل للمزاحم بعد الوصيّة
 يحصل مثله بالميراث للآخر وما زاد وصيّة وهما متساويان

[فيما لو أوصى بجزء من حصّة وارث معيّن]

قوله: «ولو أوصى بجزء من حصّة وارث معيّن فهنا احتمالات:
 الأوّل: وحدة الوصيّة، الثاني: تعدّدها مرتّباً مقدّماً للوارث الآخر،
 الثالث: تقديم الأجنبي، الرابع: عدم الترتيب، فيخرج الثلث ويقسّم
 الباقي على الورثة، ويقسّط الثلث على النسب المحتملة بحسب
 الوصيّة. فلو أوصى له بنصف حصّة ابن وله آخر، فإن أجاز الابن
 تقاسما النصف بالسويّة وللآخر النصف، وإلاّ دفع ثلث حصّته على
 الأوّل والثاني وعلى الثالث يدفع إلى الأجنبي الربع، وإلى الآخر
 نصف السدس، وعلى الرابع يحتمل هنا التقسيط أخماساً، لأنّ وصيّة
 الأجنبي بالربع وهي ثلاثة من اثني عشر، ووصيّة الابن بتكملة

النصف وهي سهمان والتسوية، لأن ما يحصل للمزاحم بعد الوصية يحصل مثل بالميراث للآخر وما زاد وصية وهما متساويان».

التمديد
مؤخر

قد ذكر المصنف هنا ثلاث مسائل، ألحقها بالكتاب إلحاقاً بحكي ذلك ولده في «الإيضاح»^(١) وقال: إن المصنف استخرج الأوليين على ساحل بحر القلزم في سنة اثنتي عشرة وسبعمائة في صحبة خدا بنده محمد رحمه الله، وإن المسألة الثالثة وقعت في مازندران وسئل والدي عنها حيث وصلنا في خدمة السلطان غياث الدين خدا بنده إلى بلدة جرجان سنة اثنتي عشرة وسبعمائة. والقلزم بلد بين مصر ومكة قرب جبل الطور، وإليه يضاف بحر القلزم لأنه على طرفه أو لأنه يبتلع من ركه.

وبيانه: أنه لو أوصى بجزء من حصّة وارث معيّن خاصّة، ففي تحقيق مقتضى لفظه احتمالات.

الأول: كون الوصية متحدة، ووجهه أن الذي دلّ عليه لفظ الموصي كون الجزء المقدّر للأجنبي ولم يتعرّض لما سوى ذلك فيتّبع مقتضى اللفظ، وأن الوصية تمنع الإرث فعدمها شرط أو جزء، وقد تحقّق في الوصية في أحد الوارثين دون الآخر، ولم يتعرّض لشيء آخر زيادة على ذلك، فكانت وصية واحدة لأجنبي.

الثاني: تعدّد الوصية، لأنّ تفاوتهما في الاستحقاق مع اشتراكهما في سبب الإرث وهي البنوة لا بدّ له من سبب، وليس هو إلا الوصية، فيكون وصية بالزائد كما هو وصية للأجنبي، ثم إن قوله: أعطوه نصف نصيب، حصر الوصية للأجنبي في حصّة أحدهما، وهو يدلّ بالالتزام على أن نصيب الآخر الأصلي لا ينقص، بل يعطى نصيبه تاماً، وإلا لم يتحقّق الحصر وفيه: أن حصر الوصية في نصيب أحدهما

(١) إيضاح الفوائد: الوصية فيما يتعلّق بالحساب ج ٢ ص ٥٤٧.

لا يدلّ على أزيد من أنّ الآخر لا وصيّة من نصيبه، وهذا لا يدلّ ولا يشعر بأنّه أوصى له بالزائد.

وعلى هذا التقدير - أي تعدّد الوصيّة - يحتمل وجوهاً؛ الأوّل: الترتيب بين الوصيّين وتقديم الوارث، أمّا التقديم فلأنّ الوصيّة اقتضت أن يأخذ نصيبه كلّاً ولا يزاحمه الموصى له، وذلك يقتضي الترتيب والتقديم على تقدير التعدّد، إذ لا يراد بالتقديم هنا إلّا ذلك، الوجه الثاني: الترتيب مع تقديم الأجنبي لدلالة اللفظ على وصيّة الأجنبي بالمنطوق وللوارث بالالتزام، لأنّها استفيدت من الوصيّة للأجنبي فهي تابعة لها متأخّرة عنها. الوجه الثالث: عدم الترتيب بين الوصيّين وعدم التقديم لأحدهما على الأخرى لثبوتهما معاً في زمان واحد، بلفظ واحد من دون تقديم ولا تأخير، وتبعيّة إحداهما للأخرى لا تقتضي تقديمها في الزمان؛ ولو سلّم فلكلّ منهما سبب يقتضي التقديم فيسافطان، وفيه: أنّا إن لم نقل بتعدّد الوصيّة، فصريح اللفظ يقتضي عدم المزاحمة للوارث.

إذا تقرّر ذلك، فلا يخلو إمّا أن يجيز الوارث الموصي بجزء من حصّته أم لا. فإن أجاز وقعت الوصيّة للموصى له، وإن لم يجز فعلى احتمال اتّحاد الوصيّة يبطل فيما زاد على ثلث نصيب الوارث، ويدفع إلى الموصى له ثلث النصف، وعلى التعدّد والزيادة على الثلث يبطل فيما زاد عليه، ويؤخذ الثلث ثمّ يقسم الباقي على الورثة ويقسّم الثلث على النسب المحتملة بحسب حال الوصيّة، فعلى تقديم الوارث يوفّر عليه نصيبه، وعلى تقديم الأجنبي توفّر عليه الوصيّة له، وعلى عدم التقديم يحتمل عدم التسوية والتقسيط بالنسبة.

هذا وفي «جامع المقاصد»: أنّ في بعض أحكامه نظراً، فإنّ توفير الوصيّة على الأجنبي مع عدم إجازة وارث الموصي بالجزء من نصيبه بحيث يدفع إليه من نصيب الآخر تبديل للوصية وذلك باطل. ومنه يظهر بطلان تقديم الأجنبي، لأنّه

خلاف صريح الوصية، وكذلك يلزم من التسوية والتقسيط على الاحتمال الرابع. ثم عُد إلى العبارة فقوله: ثم يخرج الثلث ليس تفريعاً على جميع الاحتمالات، لبطلانه على تقدير اتحاد الوصية، لأن الجزء الموصى به دون الثلث، فحكمه بإخراج الثلث قرينة على التقييد، لكن قوله: ويقسّط ليس تفريعاً على الجميع ولا على الأخير خاصة، لصحة تفريعه على غيره عدا الأول. ثم إنه قد تقدّم لنا أن تصحيحه الوصية هنا مع أنها وصية بجزء من حصّة وارث وتردّده فيما سبق فيما لو أوصى بنصيب وارث وكونها وصية بالمثل ممّا لا يجتمعان، إذ هما من سنخ. وبيان الحال في المثال: أنه لو أوصى لأجنبي بنصف حصّة ابن له وله ابن آخر فالحكم مع إجازة الابن ظاهر فإن الموصى له والابن يتقاسمان النصف بالسوية فيصحّ من أربعة.

وأما مع عدم الإجازة فعلى الاحتمال الأول - وهو كون الوصية واحدة - يدفع إلى الموصى له ثلث حصّة ذلك الابن - وهو سدس الأصل - فتصحّ من ستة وتبطل الوصية في الزائد، لأن الوصية كما لا تنفذ إلّا في ثلث جميع التركة فكذا لا تنفذ إلّا في ثلث أبعاضها. وكذا على تعدّد الوصية وتقديم الوارث يدفع إلى الموصى له السدس، ويوفّر على الابن الآخر النصف فتصحّ الوصية له بالسدس، وتبطل الوصية بالزائد - وهو نصف سدس الأجنبي - لأن الوصية له بربع أي ثلاثة من إثني عشر الأصل.

وأما على الاحتمال الثالث وهو تعدّد الوصية وتقديم الأجنبي فيدفع إلى الأجنبي الربع كلّاً وإلى الابن الآخر نصف السدس بالوصية، فيكون بطلان الوصية فيما زاد على الثلث - وهو نصف سدس - إمّا هو بالنسبة إليه، لأن ذلك مقتضى تقديم الأجنبي، ويقتسم الابنان الثلثين بالإرث، فتصحّ من اثني عشر، لأنها مخرج نصف السدس، للموصى له الربع ثلاثة، وللمزاحم أربعة، وللموفّر أربعة

بالإرث وسهم وهو نصف سدس بالوصية.

وأما على الاحتمال الرابع - وهو تعدد الوصية وعدم الترتيب - يقسم الثلثان بين الابنين بالإرث، وفي كيفية قسمة الثلث الذي نفذت فيه الوصية بين الابن الموقر والأجنبي احتمالان ذكرهما المصنف وذكر وجه كل منهما أحدهما؛ التقسيط أخماساً، وذلك لأن وصية الأجنبي بالربع، لأنها نصف نصيب الابن ووصية الابن بتكملة النصف وذلك سدس، لاستحقاقه الثلث بالإرث، والمخرج المشترك للربع والسدس هو اثنا عشر ومجموعهما خمسة منها، فيجب أن يقسط الثلث عليهما لنصيب كل واحد بنسبة استحقاقه، ويدخل عليه النقص بالنسبة. وهكذا شأن الحقوق إذا اجتمعت وضاق عليها متعلقاتها، سواء الوصايا وغيرها. وتصح من خمسة عشر، لأن مخرج الثلث ثلاثة نظرياً في خمسة تبلغ ذلك. الثاني: التسوية، لأن ما يحصل للمزاحم من الإرث بعد الوصية يجب أن يحصل للآخر مثله بالإرث، لما سبق من استوائهما في السبب، وما زاد على ذلك فهو وصية بين الموقر والموصى له الأجنبي فيتساويان فيه، لأن كل ما يأخذه الموصى له من نصيب المزاحم فللموقر مثله بالوصية. وفيه منع، بل ذلك محل النزاع فإن تم هذا الوجه صححت من ستة، لوجوب انقسام الثلث قسمين، والحق أن هذا الاحتمال الأخير بعيد جداً، بل لا وجه له وإن حكى الشارح عن المصنف تحسينه، بل على احتمال تعدد الوصية لا يتجه إلا الاحتمال الرابع، وعلى الرابع لا يتجه إلا التقسيط أخماساً^(١).

(١) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المتعلقة بالحساب ج ١٠ ص ٢٥٢ - ٢٥٤.

ولو أوصى بالربع من حصّة الابن دون البنت فعلى الثلاثة الأول كما تقدّم وعلى الرابع يقسّم الثلث من تسعة على ثلاثة عشرة بين البنت والموصى له، فتضرب أحدهما في الآخر يبلغ مائة وسبعة عشرأ يعطى البنت سهماً من تسعة بالوصيّة والموصى له سهمين (٥)

قوله: «ولو أوصى بالربع من حصّة الابن دون البنت فعلى الثلاثة الأول كما تقدّم وعلى الرابع يقسّم الثلث من تسعة على ثلاثة عشرة بين البنت والموصى له، فتضرب أحدهما في الآخر تبلغ مائة وسبعة عشرأ يعطى البنت سهماً من تسعة بالوصيّة والموصى له سهمين» هذه هي المسألة الثانية، وصورتها أن يخلف إبناً وبنتاً ويوصي للأجنبي بالربع - أي ربع الأصل - إذ لو كان بربع حصّة الابن لم يتوقف على الإجازة، ولم تأت هذه الاحتمالات، بل حكم بنفوذ الوصيّة على كلّ حال. وحينئذٍ ففي اتّحاد الوصيّة وتعدّدها مع احتمال الترتيب وعدمه ما سبق وقد ظهرت الأدلّة وبأن ما هو الأصحّ منها. فإن أجاز الإبن فلا بحث، وإن ردّ فعلى الاحتمالات الثلاثة الأول في المسألة السابقة فالحكم هنا كالحكم هناك. فعلى اتّحاد الوصيّة للموصى له الأجنبي ثلث نصيب الإبن والباقي له وللبنث ثلث الأصل، والفريضة من تسعة، إذ لا بدّ من مال له ثلث وثلثه ثلث. وكذا على تعدّدها وتقديم الوارث الآخر - أعني البنت - لأنّ الوصيّة المطابقة بربع الأصل والالتزاميّة بتكملة الثلث وهي ثلاثة أرباع السدس، لأنّ لها بالإرث نصف ما للإبن، ومجموع ذلك ثلث وربع سدس، فتبطل فيما زاد على الثلث، ويؤخذ من الثلث تكملة نصيبها، وهو ثلث الباقي وهو اثنان من تسعة فيكملان بواحد، فيكمل لها ثلث الأصل، ويبقى من الثلث سهمان من تسعة هما ثلث الثلثين اللّذين هما نصيب الابن يدفعهما إلى الموصى له الأجنبي.

والفرق بين الإجازة وعدمها هنا زيادة حقها في الوصية ونقصه في الميراث وبالعكس.

وعلى تعددها وتقديم الأجنبي يدفع إلى الأجنبي من الثلث ربع الأصل، يبقى نصف سدس يضم إلى ما أصابها بالإرث - وهو ثلث الثلثين - تسعان وثلاثة أرباع تسع، ومخرج ذلك ستة وثلاثون فيكون لها أحد عشر وللموصى له سبعة، والباقي للإبن وهو ستة عشر.

وأما على الرابع - وهو التعدد وعدم الترتيب - ففي تقسيم الثلث على الموصى له الأجنبي والبنت احتمالان: أحدها التقسيط بالنسبة، فيقسم على ثلاثة عشر، لأن المقسوم عليه مجموع الوصيتين أعني وصية الأجنبي بالربع والبنت بتكملة الثلث وهو تسع، إذ هو مبني على التعدد، ومجموع ذلك ثلاثة وربع تسع، فإذا بسطت من جنس الكسر كان ثلاثة عشر، ولا وفق بينها وبين الثلث - وهو ثلاثة - فتضرب ثلاثة عشر في تسعة تبلغ مائة وسبعة عشر، للبنت بالإرث ستة وعشرون، واثنان عشر بالوصية، وهي مضروب أربعة من ثلاثة عشر في ثلاثة وللإبن اثنان وخمسون، وللموصى له الأجنبي سبعة وعشرون. الثاني: أن تعطى البنت سهماً من تسعة بالوصية، وللموصى له سهمين، ويقسم الباقي بين البنت والإبن أثلاثاً. ووجهه أنه اشتراكهما في أصل الوصية والتسرية غير ممكنة، لأن وصيتهما بتكملة الثلث وهو التفاوت وما بين التسعين وثلاثة وهو تسع، وذلك لأن لهما بالإرث من الثلث سهمين - هما تسعان - فيدفع إليهما بالوصية سهم آخر وللإبن بالإرث ضعف إرثها أربعة أسهم، وللموصى له ما بقي سهمان وهما تسعان.

قوله: «والفرق بين الإجازة وعدمها هنا زيادة حقها ونقصه في الميراث وبالعكس» هذا جواب عن سؤال مقدّر تقريره: إذا كان للبنت مع

ولو أوصى بمساواة البنت مع الابن احتمل الوحدة فالوصية بالسدس والتعدد فبالربع وتظهر الفائدة فيما لو أوصى لآخر بتكملة الثلث ①

الإجازة الثلث وكذا مع عدمها على تقدير تعدد الوصية وعدم الترتيب، فأي فائدة للإجازة؟ فأجاب بأن الفائدة زيادة سهمها من الوصية ونقصه من الميراث على تقدير الإجازة وعكسه مع عدمها.

وبيانه أن الوصية مع الإجازة ثلث ونصف سدس - وهي خمسة من إثني عشر - والباقي بينهما وبين الابن بالإرث أثلاثاً، فيكون لها بالإرث سبعة من ستة وثلاثين وبالوصية خمسة، وللإبن أربعة عشر، ويدون الإجازة ثلث فقط فلها ثلث الثلاثين بالإرث وتسع بالوصية، وللإبن ثلثا الثلاثين بالإرث وللموصى له تسعان، فتزيد وصيتها في الأولى ربع تسع وينقص ذلك من إرثها وبالعكس في الثاني. وفي «جامع المقاصد»: أنه هكذا قرّر السؤال وليس بجيد، إذ لا يجب أن يكون للإجازة فائدة بالنسبة إلى البنت، إذ يكفي أن يكون لها فائدة في الجملة، وفائدتها بالنسبة إلى الموصى له ظاهرة على الاحتمالين المذكورين مطلقاً. والصواب أن يقال: إن قول المصنف: والفرق ... إلى آخره، جواب لاستعلام السائل حيث يقول هل يفرّق بالنسبة إلى الثلث بين ما إذا أجاز الابن وبين ما إذا لم يجز على هذا الاحتمال الأخير على تقدير الاحتمال الرابع؟ فيجيب بأن بينهما فرقاً وهو ما ذكر^١.

قوله: «ولو أوصى بمساواة البنت مع الابن احتمل الوحدة فالوصية بالسدس، والتعدد فبالربع وتظهر الفائدة فيما إذا أوصى

(١) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المتعلقة بالحساب ج ١٠ ص ٢٥٧.

توضيح

لآخر بتكملة الثلث» هذه هي المسألة الثالثة، وصورتها أن يوصي بمساواة البنت لابن في الميراث فإن احتمال اتحاد الوصية وتعددتها يطردان هنا دون باقي الاحتمالات. أما الاتحاد فلأن هذه الوصية بمنزلة أعطوا البنت ممّا يخص الابن مقدار السدس لتساوي به الابن، وأما احتمال التعدد فوجهه أنه يلزم من هذه الوصية وصية أخرى، وذلك لأن ما يصيب البنت بالإرث يجب أن يكون بمقدار نصف ما يصيب الابن، فإذا كان للإبن نصف كان للبنت ربع، ويكون استحقاقها للربع الآخر بالوصية سدس بالوصية المطابقة، ونصف سدس بالالتزام وقد عرفت ضعف احتمال التعدد فيما سبق، فإن الاستواء في الإرث مع الاستواء في السبب والتفاوت على الوجه المخصوص مع التفاوت فيه يمنع وجوبه مطلقاً، بل إنما يجب مع انتفاء المعارض، وقد وجد هنا، وهو الوصية للبنت من نصيب الابن.

مركز تحقيق مكتبة علوم اسلامی

وقول المصنّف: وتظهر الفائدة، إشارة إلى جواب سؤال مقدّر تقديره أنه أيّ فائدة في البحث عن كون هذه الوصية واحدة أو متعدّدة، فإنّ المستحقّ لذلك هو البنت فلا يختلف استحقاقها بالاتحاد وعدمه؟ فأجاب بأنّ الفائدة تظهر لو أوصى لآخر بتكملة الثلث فعلى الاتحاد تكون الوصية بالتكملة السدس وعلى التعدد نصف سدس، وتظهر أيضاً في أمر آخر وهو تفاوت نصيبها بالإرث والوصية، فعلى الاتحاد نصيب الإرث أكثر، وعلى التعدد الأمر بالعكس. وإنما ترك المصنّف التنبيه على هذه الفائدة لقرب العهد بها، فإنّه قد ذكرها في المسألة السابقة، فالتنبيه لها يكفي فيه أدنى ملاحظة.

ولو أوصى بنصف حصّة الابن بعد الوصيّة دخله الدور فللابن شيء وللموصى له نصف شيء وللبنت نصفهما، فالفريضة تسعة والشيء أربعة. ولو أوصى بضعف نصيب ابنه أعطي مثله مرّتين

[فيما لو أوصى بضعف نصيب ابنه]

قوله: «ولو أوصى بضعف نصيب ابنه أعطي مثله مرّتين» كما هو خيرة «الخلافة»^١ والمبسوط^٢ والشرائع^٣ والتذكرة^٤ والتلخيص^٥ والإرشاد^٦ والمختلف^٧ والإيضاح^٨ وشرح الإرشاد^٩ لولد المصنّف و«الدروس»^{١٠} واللمعة^{١١} وجامع المقاصد^{١٢} والروضة^{١٣} وكذا «المسالك»^{١٤} وظاهر الأوّلين الإجماع عليه حيث قال فيهما: عندنا. وحكاه في الأوّل أيضاً عن جميع الفقهاء وأهل العلم.

مركز تحقيق مكتبة التراث الإسلامي

- (١) الخلافة: فيما لو أوصى بضعف نصيب ابنه ج ٤ ص ١٣٨.
- (٢) المبسوط: فيما لو أوصى بضعف نصيب ابنه ج ٤ ص ٧.
- (٣) شرائع الإسلام: في لواحق الوصية ج ٢ ص ٢٥٩.
- (٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالضعف ج ٢ ص ٤٩٩ س ٢٥.
- (٥) تلخيص المرام: في الوصايا ص ١٥٨.
- (٦) إرشاد الأذهان: لو أوصى بضعف نصيبه ج ١ ص ٤٦٥.
- (٧) مختلف الشيعة: فيما لو أوصى بضعف نصيب ابنه ج ٦ ص ٣٤٨.
- (٨) إيضاح الفوائد: فيما لو أوصى بضعف نصيب ابنه ج ٢ ص ٥٤٨ - ٥٤٩.
- (٩) ظاهر كلامه التردّد راجع شرح الإرشاد: في الوصية بالضعف ص ٧١ س ٥ (من مخطوطات مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).
- (١٠) الدروس الشرعية: في الوصية بالضعف ج ٢ ص ٣١٦.
- (١١) اللمعة الدمشقية: في أحكام الوصية ص ١٧٩.
- (١٢) جامع المقاصد: فيما لو أوصى بضعف نصيب ابنه ج ١٠ ص ٢٦٠.
- (١٣) الروضة البهية: فيما لو أوصى بضعف نصيب ابنه ج ٥ ص ٦٠.
- (١٤) مسالك الأفهام: في فيما لو أوصى بضعف نصيب ابنه ج ٦ ص ٢٩١.

وفي «المصباح» عن الأزهرى - وهو ممن يذهب إلى أن الضعف المثل كما ستسمع - أنه قال في الوصية أعطوه ضعف نصيب ولدي، أعطي مثليه، ولو قال: ضعفيه أعطي ثلاثة أمثاله حتى لو حصل للإبن مائة أعطي مائتين في الأول وثلاثمائة في الضعفين. وعلى هذا جرى عرف الناس واصطلاحهم، لأن الوصية تحمل على العرف، لا على دقائق اللغة^١ انتهى. وقد أقره عليه صاحب «المصباح»^٢ وغيره^٣. وبه جزم صاحب «مجمع البحرين»^٤ وستسمع مختاره في الضعف، وفي «التذكرة»: أنه مشهور بين الفقهاء^٥، وزاد في «الروضة» وأهل اللغة^٦. وفي «المسالك» تارة: أنه المشهور، وتارة أخرى أنه الأشهر^٧. وفي «الإيضاح»: أنه قول كثير من أهل اللغة وأكثر الفقهاء^٨. وعن الشافعي أنه المتعارف في اللغة^٩. وهو خيرة ابن الأثير في «نهايته»^{١٠} وهو المحكي^{١١} عن الفراء والخليل وعبيدة ومعمّر ابن المنثى. وفي «جامع المقاصد»: أنه يشهد لهذا القول ما قاله الزمخشري ففي «الأساس» وقد استدلوا عليه بقوله تعالى: «إِذَا لَأَذْنُكَ ضَعْفَ الْحَيَاةِ وَضَعْفَ

(١) المصباح المنير: ص ٣٦١ مادة «ضعف».

(٢) المصباح المنير: ص ٣٦٢ مادة «ضعف».

(٣) كما في النهاية لابن الأثير: ج ٣ ص ٨٩ مادة «ضعف».

(٤) مجمع البحرين: ج ٥ ص ٨٦ مادة «ضعف».

(٥) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالضعف ج ٢ ص ٤٩٩ س ٣٣.

(٦) الروضة البهية: فيما لو أوصى بضعف نصيب ابنه ج ٥ ص ٦٠.

(٧) مسالك الأفهام: فيما لو أوصى بضعف نصيب ابنه ج ٦ ص ٢٩١.

(٨) إيضاح الفوائد: الوصية فيما يتعلق بالحساب ج ٢ ص ٥٤٨.

(٩) نقله عنه العلامة في التذكرة: ج ٢ ص ٤٩٩ س ٢٥.

(١٠) النهاية: ج ٣ ص ٨٩ مادة «ضعف».

(١١) الحاكي عن الفراء هو الأزهرى في تهذيبه: ج ١ ص ٤٨٠، وأما الحاكي عن الخليل ومعمّر بن

المنثى فهو الشهيد في غاية المراد: ج ٢ ص ٥٠٨.

وقيل: مثل واحد. ①

الممات لهم جزاء الضعف فأولئك هم المضعفون^١ فتأمل.
قوله: «وقيل: مثل واحد» لم أجد هذا القول لأحد من فقهاء أصحابنا ولا من فقهاء العامة عدا ما حكى^٢ عن مالك، وقد سمعت ما حكاه في «الخلافة» عن جميع الفقهاء وأهل العلم، نعم لا ترجيح في «التحرير»^٣ وهو مذهب صاحب «الصحيح»^٤ والمصباح^٥ والقاموس^٦ ومجمع البحرين^٧ والمحكي عن أبي عبيد بن سلام والخليل أيضاً^٨ والأزهري. قال الأزهري: أقل الضعف محصور في الواحد، وأكثره غير محصور^٩. وقد سمعت ما حكيناه عنه آنفاً، فالحاصل من كلامه أنه في اللغة يطلق على الواحد وفي الوصية لا يستعمل إلا في المثليين، وقد استدلوا^{١٠} على هذا القول بقوله تعالى: «يضاعف لها العذاب ضعفين»^{١١} بدليل قوله تعالى: «نؤتها أجرها مرتين» ولا يجوز أن يزداد ضعف العذاب على ضعف الأجر قطعاً. ونحن نقول: لا يرتاب أهل العرف في أن الضعف غير المثل، يقولون: هذا مثله

(١) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المتعلقة بالحساب ج ١٠ ص ٢٦٠.

(٢) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المتعلقة بالحساب ج ١٠ ص ٢٥٩.

(٣) تحرير الأحكام: في الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٣٥٥.

(٤) الصحيح: ج ٤ ص ١٣٩٠ مادة «ضعف».

(٥) المصباح المنير: ج ١ - ٢ ص ٣٦١ مادة «ضعف».

(٦) القاموس المحيط: ج ٣ ص ١٦٥ مادة «ضعف».

(٧) مجمع البحرين: ج ٥ ص ٨٦ مادة «ضعف».

(٨) حكاه عنهم الشهيد في غاية المراد: ج ٢ ص ٥٠٨ - ٥٠٩.

(٩) تهذيب اللغة: ج ١ ص ٤٨٢ مادة «ضعف».

(١٠) كما في الإيضاح: ج ٢ ص ٥٤٨، وجامع المقاصد: ج ١٠ ص ٢٦٠، والمسالك: ج ٦ ص ٢٩٠.

(١١) الأحزاب: ٣١.

ولو قال: ضعفاه فهو ثلاثة أمثاله. ⑦

وليس ضعفه، ولا يفهمون من إطلاق قول القائل: لزيد ضعف ما لعمر و للذكر ضعف الأنثى إلا الزيادة على المثل.

وفي «شرح الإرشاد^١ والروض^٢» أن في الضعف ثلاثة أقوال: الأول: أن الضعف المثل، والثاني: أن الأصل مع مثله، والثالث أنه المثلان، قالوا: وتظهر الفائدة إذا قال ضعفه، فإن قلنا بالأول كان الضعفان مثليين، وإن قلنا بالثاني كانا ثلاثة أمثال، وإن قلنا بالثالث كان أربعة أمثال. وهو كما ترى إذ لا أرى هذه الفائدة تتم في الثاني إذ الضعف عند صاحب هذا القول المجموع من المماثل والزايد، لانفس الزائد، وإلا فلا فرق بينه وبين الأول كما يأتي عند الكلام على الأول ضعف الضعف.

قوله: «ولو قال ضعفاه فهو ثلاثة أمثاله» كما هو مذهب عامة الفقهاء إلا أبا ثور كما في «الخلاص^٣ والمبسوط^٤» ومذهب الفقهاء كما في «غاية المراد^٥» وهو المشهور على الظاهر من «التذكرة^٦» وهو الذي استقرّ عليه رأيه في «الشرائع» بلفظ لا يشبه^٧ وخيرة^٨ التذكرة^٩ والتحرير والإرشاد^{١٠} والتلخيص^{١١} والإيضاح^{١٢}

(١) شرح الإرشاد: في الوصية ص ٧١ س ٥.

(٢) لم نعثر عليه.

(٣) الخلاص: ج ٤ ص ١٣٩ مسألة ٦.

(٤) المبسوط: في الوصية ج ٤ ص ٧.

(٥) غاية المراد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥٠٩.

(٦) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالضعف ج ٢ ص ٤٩٩ س ٢٩.

(٧) شرائع الإسلام: في لواحق الوصية ج ٢ ص ٢٥٩.

(٨) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالضعف ج ٢ ص ٤٩٩ س ٢٩ - ٣١.

(٩) تحرير الأحكام: في الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٣٥٥.

والدروس^{١٣} واللمعة^{١٤} والروضة^{١٥} والصحاح^{١٦} والمصباح^{١٧} والجمهرة^{١٨} والقاموس^{١٩} وأبي عبيد القاسم وأبي عبيدة معمر والخليل^{٢٠}. وقد سمعت^{٢١} أن الأزهري قد نسب فيما حكى إلى عرف الناس واصطلاحهم وأقره عليه جماعة. وقد استندوا إلى أن الأصل عدم الزيادة، وعلى تقدير الشك بينه وبين الأربعة أمثال لاختلاف أهل اللغة يؤخذ بالمتيقن وإلى أن ضعف الشيء ضمّ مثله إليه فإذا قال ضعفيه فكأنه ضمّ مثليه إليه.

وفيه: أنه إنما يتم على القول الذي لم يذهب أحد من الفقهاء إليه من أن الضعف المثل، وقد عرفت الحال في القول الثاني في الضعف أعني القول بأنه ضمّ مثله إليه ثم إنه يجب إذا كان الضعف ضمّ مثل الشيء إليه أن يكون نصيب الابن داخلاً في الوصية والمفروض أنه نصيب الابن فلا يعقل دخوله كما هو واضح فيما إذا قال أعطوه ضعفي نصيب ابني. ولعل الأصل في ذلك أن ذلك هو المتعارف بين الناس كما سمعته عن الأزهري وغيره وأن الأربعة أمثال متروك في كلام العرب

(١٠) إرشاد الأذهان: في أحكام الوصية ج ١ ص ٤٦٥.

(١١) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٨.

(١٢) إيضاح الفوائد: الوصية فيما يتعلق بالحساب ج ٢ ص ٥٤٩.

(١٣) الدروس الشرعية: فيما لو أوصى بضعفي نصيب ابنه ج ٢ ص ٣١٦.

(١٤) اللمعة الدمشقية: في الوصية ص ١٧٩.

(١٥) الروضة البهية: في الوصية بضعفي نصيب الابن ج ٥ ص ٦٠.

(١٦) الصحاح: فصل الضاد ج ٤ ص ١٣٩٠ مادة «ضعف».

(١٧) المصباح المنير: كتاب الضاد ج ١ - ٢ ص ٣٦١ مادة «ضعف».

(١٨) جمهرة اللغة: باب الضاد والعين ج ٣ ص ٩٣ مادة «ضعف».

(١٩) القاموس المحيط: فصل الضاد ج ٣ ص ١٦٥ مادة «ضعف».

(٢٠) نقله عنهم الشهيد في غاية المراد: ج ٢ ص ٥٠٨.

(٢١) تقدّم في ص ٥٦٤ هامش ١٥.

ويحتمل أربعة أمثاله^(١) ولو قال: ثلاثة أضعافه أعطي أربعة أمثاله ولو قال: بخمسة أعطي ستة، وهكذا^(٢)

كما نصّ بعضهم عليه، والقائلون بهذا القول أنّ ثلاثة أضعافه أربعة أمثاله وكلّما زاد ضعفاً زاد مرّة.

قوله: «ويحتمل أربعة أمثاله» هذا خيرة «الخلاف^(١) والمبسوط^(٢) وشرح الإرشاد^(٣) لولده و«جامع المقاصد^(٤) وتعليق الإرشاد^(٥) والمسالك^(٦) وكذا «الروض^(٧)» ولا ترجيح في «التحرير^(٨)» قلت: هذا القول قضية كون الضعف مثليين لكنهم أعرضوا عنه لكونه متروكاً في كلام العرف. وقد سمعت ما في «شرح الإرشاد والروض» من الفائدة التي رتبها على الأقوال الثلاثة.

قوله: «ولو قال ثلاثة أضعافه أعطي أربعة أمثاله. ولو قال: بخمسة أعطي ستة وهكذا» كما هو خيرة «التذكرة^(٩)» بناء على أنّ الضعف هو ضمّ مثل الشيء إليه والضعفان ضمّ مثليه إليه والثلاثة ضمّ ثلاثة أمثاله وهكذا. وقد عرفت الحال فيه. وأمّا على القول بأنّه المثلان فتلاثة أضعاف الشيء ستة أمثاله ولو قال: ضعّفوا لفلان ضعف نصيب ولدي فهو أربعة أمثاله. وكذا إذا

(١) الخلاف: ج ٤ ص ١٣٩ مسألة ٦.

(٢) المبسوط: في الوصية ج ٤ ص ٧.

(٣) شرائع الإسلام: في الوصية ص ٧١ س ٧.

(٤) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المتعلقة بالحساب ج ١٠ ص ٣٦١.

(٥) حياة المحقّق الكركي (حاشية الإرشاد): في الوصية ج ٩ ص ٤٩٤.

(٦) مسالك الأفهام: مسائل في الوصية ج ٦ ص ٢٩٢.

(٧) لا يوجد لدينا كتابه.

(٨) تحرير الأحكام: في الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٣٥٦.

(٩) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالضعف ج ٢ ص ٤٩٩ س ٣٠.

قال: أعطوه ضعف الضعف. (٤)

إليه إلا أن استعمال هذا اللفظ بهذا المعنى غير شائع كما في «جامع المقاصد»^١ وعن «المختلف»^٢ أنه منزور في كلام العرب ولم أجده فيه.

قوله: «ولو قال ضعّفوا لفلان ضعف نصيب ولدي فهو أربعة أمثاله» بناء على أن الضعف مثلان، فيكون المراد بتضعيفه دفع قدره مرتين، وذلك أربعة أمثال، فيكون الموصى به هو ضعف ضعف النصيب، والمضاف إليه أولاً وثانياً خارج. وقد يكون بناء على أن تضعيف الضعف هو ضمّ مثله، إليه وقد تقدّم^٣ أن ضعف الشيء هو مع مثله فيكون تضعيف الضعف إعطاءه أربعة أمثال النصيب. وقد سمعت ما فيه من الإشكال آنفاً من أنه يقتضي بأن يكون نصيب الابن داخلاً في الوصية. وستسمع تمام الكلام في ذلك.

قوله: «وكذا لو قال: أعطوه ضعف الضعف» أي فهو أربعة أمثاله كما هو خيرة «المبسوط»^٤ وجامع المقاصد^٥ والمسالك^٦ وكذا «غاية المراد»^٧ وعليه

(١) جامع المقاصد: الوصية في أحكام المتعلقة بالحساب ج ١٠ ص ٢٦١.

(٢) الذي نسبته الشارح إلى المختلف فنحن أيضاً لم نجده فيه، سنعم نسبه في جامع المقاصد إلى التحرير وهو كذلك إلا أن الموجود في التحرير هو قوله: أنه مردول في استعمال العرب انتهى. والفرق بين الاصطلاحين هو أن معنى الأول هو أنه نادر الاستعمال بحيث لا يعتنى به،

والثاني بمعنى أنه استعمال خارج عن الأدب والاحترام بل هو استعمال يستعمله الأوباش ومن لا يعتنى بما قال أو قيل فيه فراجع. المختلف: ج ٦ ص ٣٤٨، وجامع المقاصد: ج ١٠ ص ٢٦١، والتحرير: ج ٣ ص ٣٥٦.

(٣) تقدّم في ص ٥٦٥ من النسخة الرحلية.

(٤) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٦.

(٥) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المتعلقة بالحساب ج ١٠ ص ٢٦٢.

(٦) مسالك الأفهام: مسائل في الوصية ج ٦ ص ٢٩٢.

(٧) غاية المراد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥٠٩.

ويحتمل ثلاثة أمثاله. ولو أوصى له بمثل أحد بنيه الثلاثة وينقص منه نصيب الزوجة فصَحَّ الفريضة تجدها من أربعة وعشرين، للزوجة الثمن ثلاثة ولكل ابن سبعة أنقص سهم الزوجة من نصيب ابن تبقى أربعة وهي الوصية، فزدها على أربعة وعشرين، للموصى له أربعة وللمرأة ثمن الباقي ولكل ابن سبعة. فإن أوصى لآخر برع ما يبقى من ثلث ماله بعد الأولى فخذ ثلث المال وانقص منه الوصية الأولى وهي أربعة أنصباء كما تقدّم، يبقى ثلث مال إلا أربعة أنصباء، فهذا باقي ثلث المال ادفع ربه إلى الثاني - وهو نصف سدس مال الأنصبيات يبقى من الثلث ربع مال إلا ثلاثة أنصباء، زده على ثلثي المال يكون خمسة أسداس مال ونصف سدس مال إلا ثلاثة أنصباء تعدل أنصباء الورثة، وهي أربعة وعشرون نصيباً، فإذا جبرت صار خمسة أسداس مال ونصف سدس مال يعدل سبعة وعشرين نصيباً، فكمّل المال بأن تضرب جميع ما معك في مخرج الكسر وهو اثنا عشر، فيكون مال يعدل ثلاثمائة وأربعة وعشرين سهماً، ومنها تصحّ والنصيب أحد عشر.

الفقهاء على الظاهر كما في الأخير. وهو قضية كلام كل من جعل الضعف مثليين من الفقهاء^١ وأهل اللغة^٢.

قوله: «ويحتمل ثلاثة أمثاله» كما هو خيرة «الشرائع»^٣ والتذكرة^٤

(١) منهم الشيخ في الخلاف، في الوصايا ج ٤ ص ١٣٩ مسألة ٦، والعلامة في تذكرة الفقهاء: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤٩٩ س ٢٧، والشهيد في غاية المراد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥١٠.

(٢) كما في الصحاح: ج ٤ ص ١٣٩٠ مادة «ضعف»، والنهاية لابن الأثير: ج ٣ ص ٨٩ مادة «ضعف»، وجمهرة اللغة: ج ٣ ص ٩٣ مادة «ضَعَفَ».

(٣) شرائع الإسلام: في مسائل في الوصية ج ٢ ص ٢٥٩.

المقام الثاني: في المتعدد

ويصح مرتباً ومشاركاً كما لو قال: ثلث لفلان وفلان ويقتضي

والإرشاد^٥ وكذا «الروض»^٦ ولعل هذا منهم بناء على أن الضعف ضم الشيء إلى مثله، فالضعف الأول مثلان والثاني ضم مثل آخر إليهما فيكون ثلاثة أمثاله. وفيه: أن الضعف عند صاحب هذا القول هو المجموع من المماثل والزائد لا نفس الزائد وإلا لكان هو القول بالمثل. ثم إن تم فإنما يتم لو قال ضعفا النصيب، أما ضعف الضعف فإنه مثلاً للضعف الذي قد اعترفت به بأنه مثلان فيكون أربعة وتكون الوصية بالمضاف لا بالمضاف إليه وإلا لكان ستة، وفي «غاية المراد» أن هذا القول شيء ذكره نجم الدين، وهو يخالف لمذهب الشيخ في «الكتابين»^٧ وفي «المسالك» أنه ضعيف جداً لمخالفته التفسيرين السابقين للضعف، لأن من جعله المثل فالضعف عنده مثلان ومن جعله مثليين فالضعف عنده أربعة أمثال^٨.

[فيما لو كان الموصى له متعدداً]

قوله: «المقام الثاني: في المتعدد، ويصح مرتباً ومشاركاً كما لو قال: ثلثي لفلان وفلان، ويقتضي التسوية ما لم يفضل» قد تقدم^٩ له في

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوصية المبهمة ج ٢ ص ٤٩٩ س ٢٩.

(٥) إرشاد الأذهان: في أحكام الوصية ج ١ ص ٤٦٥.

(٦) لا يوجد كتابه لدينا ويستفاد من ظاهر حاشية الإرشاد (ضمن غاية المراد): في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥٠٨.

(٧) غاية المراد: في أحكام الوصية ج ٢ ص ٥٠٩.

(٨) مسالك الأفهام: مسائل في الوصية ج ٦ ص ٢٩٢.

(٩) تقدم في ص ٥٥٢ من النسخة الرحلية.

التسوية ما لم يفضل ^١أولو قال: ثلثي لفلان، فإن مات قبلي فهو لفلان صح. وكذا إن ردّ فهو لفلان ^٢أولو قال: ثلثي لفلان فإن قدم الغائب فهو له، فقدم قبل موت الموصي فهو للمقادم سواء عاد إلى الغيبة أو لا لوجود شرط الانتقال إليه فلا ينتقل عنه بعده. ^٣

المطلب الثالث أن المقام الأول ما إذا كان الموصي له واحداً كما إذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته، وهذا هو المقام الثاني، وهو ما إذا كان الموصي له متعدداً، المثال ممّا تعدّد فيه الموصي له على سبيل الاشتراك واتّحدت الوصية وقد حكم بالتسوية ما لم يفضل لاستواء نسبة السبب إلى كل واحد من أفراد المتعدّد. فالضمير في «يصح» يعود إلى المتعدّد وفي قوله «يقتضي» إلى التشريك المدلول عليه بالسياق.

قوله: «ولو قال: ثلثي لفلان فإن مات قبلي فهو لفلان صح، وكذا إن ردّ فهو لفلان» قد تقدّم ^١في أول الباب أن الوصية تصحّ مطلقة ومقيّدة وأن عباراتهم بذلك طافحة وإنّا لا نجد في ذلك خلافاً وأن المقيّدة مختصة بمحلّ القيد فلا بدّ من وجوده وحضوره فلا وصية بدونه.

قوله: «ولو قال: ثلثي لفلان فإن قدم الغائب فهو له، فقدم قبل موت الموصي فهو للمقادم سواء عاد إلى الغيبة أم لا لوجود شرط الانتقال إليه فلا ينتقل عنه بعده» كما نصّ عليه في «المبسوط ^٢» لتحقيق سبب الانتقال وهو الوصية وشرطه وهو القدوم، لأنّه إن كان الشرط مطلقاً القدوم فواضح، وإن كان هو القدوم في حياة الموصي فقد تحقّق في الفرض المذكور، وبه

(١) تقدّم في ص ٣٧٨ من النسخة الرحلية.

(٢) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٢.

ولو مات الموصي قبل قدومه فهو للأول سواء قدم أو لا. ويحتمل تخصيص القادم بالعين ما لم يضاف^(١)

جزم في «الإيضاح»^١ وجامع المقاصد^٢. وأما أنه لا فرق بين عوده إلى الغيبة وعدمه فلا أنه إذا ملك امتنع انتقاله عنه كما قاله المصنف، ولم يعهد إلا في الوقف. قوله: «ولو مات الموصي قبل قدومه فهو للأول سواء قدم أم لا» كما هو خيرة «المبسوط»^٣ لأنه لما مات الموصي وجد سبب ملك الموصى له الأول وهو الوصية والقبول، وإطلاق قول الموصي منزل على قدومه حال حياته، لأنه شرط لتصرفه أي الموصي فيحمل على أيام حياته فلا أنه المتبادر، إذ يبعد أن يكون المراد قدومه ولو بعد موته كما لو قال إن دخل عهدي الدار فلله على عتقه فإنه يحمل على دخوله أيام حياته، ولأن الموصى به بعد الوفاة لا بد وأن يكون مملوكاً للموصى له إذا قبل، وليس الثاني بموصى له حينئذٍ، لانتفاء الشرط، لأن الشرط يجب تقديمه على زمان الملك وهو ما بعد الموت فتعين أن يكون هو الأول.

قوله: «ويحتمل تخصيص القادم بالعين ما لم يضاف» أي القدوم إلى مدة معينة وحياة أحدهما أو غيرهما كأن يقول: فإن قدم الغائب في مدة شهر أو حال حياتي أو حياته أو حياة زيد فهو له فإنه لا بحث حينئذٍ، وإنما يجيء الإشكال ويقوم الاحتمال فيما إذا أطلق، لأنه يحتمل حينئذٍ أن يكون في حياة الموصي ويحتمل زمان حياة القادم، وحينئذٍ فوجه هذا الاحتمال أن القدوم فعل

(١) إيضاح الفوائد: الوصية في الأحكام المتعلقة بالحساب ج ٢ ص ٥٥٠.

(٢) جامع المقاصد: في أحكام الوصية للمتعدد ج ١٠ ص ٢٦٨.

(٣) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ١٢.

ولو أوصى له بثلث وآخر ربع ولثالث بخمس ولرابع بمثل وصية أحدهم فله الخمس. (١)

القادم فلا يتعلق بغيره ولم يعلقه هو هنا لفظاً بحياة الموصي ولا دلالة للفظ عليه بشيء من الدلالات كما لا يدلّ على ضده، فالشرط في كلام الموصي هو القدوم بدون تقييد، والاستبعاد لا أثر له مع وجود الدليل، ثمّ إنه يستبعد أيضاً حرمانه من الوصية لو قدم عند الموت، وفرق بين ما نحن فيه والمثال، لأنّ الشرط في المثال دخول عبده وبعد الموت ليس عبده، وحكم الموصي به عند الموت هنا حكم الوصية قبل القبول، والشرط يجب تقدّمه على مشروطه وهو الملك دون زمانه، وكيف كان فالاحتمال الأوّل أقوى وأولى، لأنّ القدوم بمنزلة القبول، وعلى القول بأنّ القبول كاشف يكون القدوم بمنزلة كاشف حصوله كاشفاً عن حصول الملك عند الموت حال عدمه أي عدم الشرط الذي هو القدوم فيلزم أن لا يكون شرطاً وقد فرض اشتراطه، والجواب بأنّ اشتراطه أعمّ من أن يكون في حصول الملك أو في انكشاف حصوله للقادم وانتفاءه عن الأوّل ليس بشيء، لأنّ المتبادر من قوله: «فإن قدم الغائب فهو له» أنّ المشروط بالقدوم هو حصول أصل الملك لا انكشافه كما هو واضح.

قوله: «ولو أوصى له بثلث وآخر ربع ولثالث بخمس ولرابع بمثل وصية أحدهم فله الخمس» كما تبيّن عليه في «المبسوط»^(١) وصرّح به في «التحرير»^(٢) وجامع المقاصد^(٣) وذلك لأنّ الإطلاق يجب تنزيله على أقلّ

(١) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٧.

(٢) تحرير الأحكام: في الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٣٥٦.

(٣) جامع المقاصد: في أحكام الوصية للمتعدّد ج ١٠ ص ٢٦٩.

ولو قال: فلان شريكهم فله خمس ما لكل واحد. ولو أوصى لواحد بمائة ولاخر بدار ولاخر بعبد ثم قال: فلان شريكهم فله نصف ما لكل واحد، لأنه هنا يشارك كل واحد منهم منفرداً والشركة تقتضي التسوية، وفي الأول الجميع مشتركون، (١)

المحتملات، لأنه المتيقن والزائد مشكوك فيه.

قوله: «ولو قال: فلان شريكهم فله خمس ما لكل واحد» كما في «التحرير^١ وجامع المقاصد» لأنه شرك بينه وبين الكل من حيث هو كل، وذلك لأن الكل مشتركون في شيء واحد بأجزاء مشاعة وإن اختلفت الحصص، وحيث كان شريكاً للمجموع من حيث المجموعية وإطلاق الشريك منزل على أقل الحصص وجب أن يكون له خمس ما للمجموع، وقال في «جامع المقاصد» ولقائل أن قوله فلان شريكهم أعم من أن يكون شريكاً للمجموع أو لكل واحد واشتراك الكل في شيء واحد لا يقتضي إرادة الأول^٢ انتهى. فتأمل لأن إرادة الأول أولى، لأنه أقل الأمرين لأنه المتيقن.

قوله: «ولو أوصى لواحد بمائة ولاخر بدار ولاخر بعبد ثم قال: فلان شريكهم فله نصف ما لكل واحد، لأنه هنا يشارك كل واحد منفرداً والشركة يقتضي التسوية، وفي الأول الجميع مشتركون» نسب ذلك في «التحرير^٣» إلى القيل ولم يرتضه في «جامع المقاصد» على أن المصنف سيعترف بضعف هذا الفرق.

(١) تحرير الأحكام: في الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٣٥٦.

(٢) جامع المقاصد: في أحكام الوصية للمتعدد ج ١٠ ص ٢٦٩ - ٢٧٠.

(٣) تحرير الأحكام: الوصايا المبهمة ج ٣ ص ٣٥٦.



ولو قيل: له الربع في الجميع كان أولى

وكيف كان فقد فرّق المصنّف بين ما إذا كان الموصى به لمتعدّدين لجزء شيء واحد وبين ما إذا كان الموصى به متعدّداً لكلّ واحد شيء على انفراده، فحكم بأنّ التشريك بين الأخير وبين الموصى له في الأوّل يقتضي التشريك بينه وبين المجموع فلحظ في نصيبه ضميمته إلى المجموع في الشركة وفي الثاني يقتضي التشريك بينه وبين كلّ واحد لانفراد الموصى به لكلّ واحد عن الباقيين فيكون له نصف ما لكلّ واحد، إذ الأصل في الشركة بين اثنين عدم التفضيل، فإطلاق الشركة وكونها بينه وبين كلّ واحد يقتضي الاستواء بينه وبين كلّ واحد.

وقد نظر فيه في «جامع المقاصد» بأنّ اشتراك الموصى لهم في شيء واحد بشيء معيّن لا دلالة له على كون الشركة بينه وبين المجموع أو بين كلّ واحد بشيء من الدلالات فلا يتمّ الفرق^(١).

قوله: «ولو قيل: له الربع في الجميع لكان أولى» أي لو قيل للموصى له الأخير في المثال الأخير ربع ما لكلّ واحد من الجميع لكان أولى، لأنّ اللفظ يحتمل الشركة بينه وبين المجموع وبينه وبين كلّ واحد ولا ترجيح فيجب الحمل على أقلّ الأمرين، لأنّه المتيقّن والزائد مشكوك فيه ومجرّد احتمال الاحتمال الثاني لا يكفي في الحمل عليه. وهذا يقضي بضعف الفرق الذي ذكره بين المسألتين فالأصحّ كما في «جامع المقاصد^(٢)» أنّه يستحقّ الربع هنا كالخمس في الأولى. وجعل وجه الأوليّة في «الإيضاح» بعد أن بيّن الفرق بما ذكره والده أنّه

(١) جامع المقاصد: في أحكام الوصية للمتعدّد ج ١٠ ص ٢٧٠ - ٢٧١.

(٢) جامع المقاصد: في أحكام الوصية للمتعدّد ج ١٠ ص ٢٧١.

الفصل الثالث: في تصرفات المريض

وهي قسمان: منجزة ومعلقة بالموت، أمّا المؤجلة فكالوصية بالإجماع في إخراجها من الثلث. (٢)

جعله مشاركاً لمجموع الثلاثة فجعلهم وإياه مجموعاً واحداً ولفظه يدلّ عليه^١ انتهى. وفيه: إنّ اللفظ في المسألتين واحد ولا دلالة فيه على أحد الأمرين.

[في تصرفات المريض]

قوله: «الفصل الثالث: في تصرفات المريض، وهي قسمان: منجزة ومعلقة» قد طفحت جملة من عباراتهم بهذا ونحوه، ففي «المبسوط»^٢ مؤخّرة ومنجزة، وفي «الشرائع»^٣ مؤجلة ومنجزة. والمراد المؤجلة في عبارة الكتاب كما يأتي وغيره المعلقة بالموت وبالمنجزة الحاضرة من الإنجاز والتنجز معاً.

قوله: «أمّا المؤجلة فكالوصية بالإجماع في إخراجها من الثلث» ومثل ذلك ما في «الشرائع»^٤ من دون تفاوت أصلاً، وقد استدلّ عليه أيضاً بالإجماع. وهذا الإجماع يستفاد من مطاوي كلماتهم ومن كلامهم في تعريف الوصية، لأنّ الأمور المعلقة بالموت وهي المؤجلة بين قائل بأنّها وصية كما أوردوها على تعريفها بأنّه ينتقض بها في عكسه وبين قائل بإلحاقها بها في الإخراج عن الثلث.

(١) إيضاح الفوائد: الوصية في الأحكام المتعلقة بالحساب ج ٢ ص ٥٥١.

(٢) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٤٣.

(٣) شرائع الإسلام: الوصية في تصرفات المريض ج ٢ ص ٢٦٠.

(٤) شرائع الإسلام: الوصية في تصرفات المريض ج ٣ ص ٣٨٥.

فالمؤجلة غير الوصية هي التدبير بناء على أنه عتق بصفة والنذر المقيّد بالموت ونحو ذلك. وقد جعل التدبير في «التحرير»^١ والإرشاد^٢ وصية كالوصية بالمال. قال في «التحرير» والمؤجلة ما علق بالموت كالوصية بالمال والتدبير تخرج من الثلث بالإجماع انتهى ولكن صريح عبارة «الكتاب» وكذا «الشرائع»^٣ أنها غيرها حيث جعلت المؤجلة فيها كالوصية في الحكم، والمغايرة تظهر في التدبير فإنه عتق بصفة وليس وصية بعتق العبد على أحد الرايين وفي النذر فإنه لا يسمى وصية لكن في إلحاقه بالوصية خلاف مشهور، إذ قد قال جماعة^٤؛ إنه من الأصل فلا تصح دعوى الإجماع على كون حكمه حكم الوصية وقضية ما أورده على تعريف الوصية بأنها تمليك عين أو منفعة بعد الموت من أنه يتخلف كثير من الأفراد المعلقة على الموت فإنها وصية وليست تمليكا أنها ليست غيرها كالوصية بالعتق وبوقف المسجد فإنهما فك ملك لا تمليك والوقف على جهة عامة والوصية بإبراء الدين وبالمضاربة وبالمساقاة ونحو ذلك ولو أطلق المصنّف والمحقق على الجميع اسم الوصية وذكر أن حكمها الخروج من الثلث كما هو قضية كلام التحرير لسلمة التكليف ولم يبق إلا التدبير فهو إن كان وصية تناولته العبارة وإلا فيكتفى بذكر حكمه في محله.

ثم إنه يرد على ما يستفاد من التشبيه من المغايرة أن الفرض بيان حال تصرفات المريض التي أعظم أقسامها الوصية. وقضية العبارة على ما يستفاد من

(١) تحرير الأحكام؛ الوصية في تصرفات المريض ج ٣ ص ٣٨٥.

(٢) إرشاد الأذهان؛ في أحكام العتق ج ٢ ص ٧٤.

(٣) شرائع الإسلام؛ الوصية في تصرفات المريض ج ٢ ص ٢٦٠.

(٤) منهم المفيد في المقنعة؛ في الوصية والهبة في المريض ص ٦٧١، والشيخ في النهاية؛ في الإقرار في المرض والهبة فيه وغير ذلك ص ٦١٨، وابن إدريس في السرائر؛ في الإقرار في المريض والهبة فيه وغير ذلك ج ٣ ص ٢١٧.

وكذا تصرفات الصحيح المقترنة بالموت. ٥

التشبيه أن الفرض بيان حكم المؤجلة التي هي غير الوصية. قولك أنه حينئذ يستفاد حكم الوصية بالأولية، لأن كان حكم المؤجلة حكم الوصية فيستفاد الحكمان معاً فيه؛ أنه يرد عليه مضافاً إلى ما عرفت من لزوم كون تصرفات المريض المعلقة بالموت مغايرة للوصية أن الوصية لا تعدّ من تصرفات المريض، مع أن العنوان يأبى ذلك، لأنه جعل فيه تصرفات المريض قسمين منجزة ومعلقة بالموت ومن جعلتها وأعظم أقسامها الوصية فكيف لا تعدّ الوصية من تصرفات المريض.

وليعلم أن معقد الإجماع في العبارة أن مساواة المؤجلة للوصية في الخروج من الثلث ثابت بالإجماع كما هو واضح، وليس بمعقده أن الوصية تخرج من الثلث بالإجماع حتى يرد عليه أن ابن بابويه^١ يقول بأن الوصية تخرج من الأصل وإن كان يستفاد منه ذلك، على أنه شاذ نادر مخالف لجميع المسلمين.

قوله: «وكذا تصرفات الصحيح المقترنة بالموت» لما كان العنوان في تصرفات المريض وقد ذكر أن المؤجلة من المريض كوصيته تخرج من الثلث قال: إن المؤجلة المقترنة بما بعد الموت من الصحيح مثلها في أنها تخرج من الثلث. وبذلك صرح في «الشرائع»^٢ والتحرير^٣ والإرشاد^٤ والروض^٥ وجامع

(١) من لا يحضره الفقيه؛ في أن الإنسان أحق بماله ... ح ٥٤٦٨ ج ٤ ص ٢٠٢، مختلف الشيعة؛ في الوصايا ج ٦ ص ٣٩٣.

(٢) شرائع الإسلام؛ الوصية في تصرفات المريض ج ٢ ص ٢٤٥ و ٢٦٠.

(٣) تحرير الأحكام؛ الوصية في تصرفات المريض ج ٣ ص ٣٨٥.

(٤) إرشاد الأذهان؛ الوصية في تصرفات المريض ج ١ ص ٤٦٥.

(٥) لا يوجد كتابه لدينا ويستفاد من حاشية الإرشاد (ضمن غاية المراد)؛ الوصية في تصرفات

وأما المعجّلة للمريض فإن كانت تبرّعاً فالأقرب أنّها من الثلث إن مات في مرضه (١)

المقاصد^١ والمسالك^٢ وصريح الآخرين كما هو ظاهر الأولين و الكتاب الإجماع عليه لكن فيما عدا الكتاب والإرشاد المقترنة بما بعد الموت «كالشرائع والتحرير» والمؤجلة بالموت «كجامع المقاصد» وأما عبارات الكتاب والإرشاد فظاهرهما غير مراد، لأنّ المقترن بالموت ما يوافق وجوده وجوده بل المراد المؤجلة بالموت أو المقيّدة به.



[في منجزات المريض]

قوله: «وأما المعجّلة للمريض وإن كانت تبرّعاً فالأقرب أنّها من الثلث إن مات في مرضه» هذا قد تقدّم^٣ الكلام في باب الحجر مشبعاً أكمل إشباع في القولين جامعاً لجميع الفتاوى والشهيات والإجماعات والأخبار الواردة في الطرفين. ولا بدّ من التعرّض لذلك في المقام على أكمل إيجاز واختصار.

فنقول: إنّ القول بأنّها من الثلث عليه المتأخرون كما في «غاية المراد^٤ والمسالك^٥ ومجمع البرهان^٦» وعليه الفتوى كما في «التنقيح^٧» وهو الأظهر في

➔ المريض ج ٢ ص ٥١٥.

(١) جامع المقاصد: الوصية في تصرفات المريض ج ١١ ص ٩٤.

(٢) مسالك الأفهام: الوصية في تصرفات المريض ج ٦ ص ٣٠٤.

(٣) تقدّم في ص ج ٥ ص ٢٩٦ - ٣٠٩.

(٤) غاية المراد: في أسباب الحجر ج ٢ ص ٢٠٠.

(٥) مسالك الأفهام: في موجبات الحجر ج ٤ ص ١٥٦، وج ٦ ص ٣٠٥.

فتاوى أصحابنا كما في «إيضاح النافع» والمشهور كما في «المهذب البارع»^٨. وفي «المسالك» نسبته إلى الأكثر وسائر المتأخرين^٩. وفي «جامع المقاصد»^{١٠} أن النصوص به متواترة، وفي موضع^{١١} آخر أنه قد دلت عليه صحاح الأخبار. قلت: قد أطبق المحقق^{١٢} ومن تأخر عنه^{١٣} على ذلك إلا من ستعرف، ولكنه لم يرجح هو والمصنف والشهيدان أحداً من القولين في عدة مواضع نهبنا عليها في باب الحجر^{١٤}. وكذا الشيخ في موضعين من «المبسوط»^{١٥} والراوندي في «فقه القرآن»^{١٦} ولم يذهب إليه أحد من القدماء فيما أجد. نعم قد حكاه المصنف في «المختلف»^{١٧} والشهيد في «غاية المراد»^{١٨} عن الصدوق وأبي علي والشيخ في «المبسوط» وظاهر كلام «الخلاف»، وتبعهما^{١٩} من تأخر عنهما في الحكاية عن

- (٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أسباب الحجر ج ٩ ص ٢١٤.
- (٧) التنقيح الرائع: الوصية في تصرفات المريض ج ٢ ص ٤٢٥.
- (٨) المهذب البارع: في أسباب الحجر ج ٢ ص ٥١٦.
- (٩) مسالك الأفهام: الوصية في تصرفات المريض ج ٦ ص ٣٠٥.
- (١٠) جامع المقاصد: الوصية في الأحكام المعنوية ج ١٠ ص ٢٠٦.
- (١١) جامع المقاصد: في أسباب الحجر ج ٥ ص ٢١٤.
- (١٢) شرائع الإسلام: في الحجر ج ٢ ص ١٠٢.
- (١٣) كالمحقق الثاني في جامع المقاصد: الوصية في تصرفات المريض ج ١١ ص ٩٤، والشهيد في غاية المراد: في الوصايا ج ٢ ص ٥٢٤.
- (١٤) تقدّم في ج ١٥ ص ٢٩٧ من النسخة الرحلية.
- (١٥) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٤٤.
- (١٦) فقه القرآن: في الحجر ج ٢ ص ٧١.
- (١٧) مختلف الشيعة: في الوصايا ج ٦ ص ٤١٣.
- (١٨) غاية المراد: في أسباب الحجر ج ٢ ص ٢٠٠.
- (١٩) منهم فخر المحققين في إيضاح الفوائد: الوصية في الأحكام المتعلقة بالحساب ج ٢ ص ٥٩٣، والمحقق الكركي في جامع المقاصد: الوصية في تصرفات المريض ج ١١ ص ٩٤، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: الوصية في تصرفات المريض ج ٦ ص ٣٠٥.

هولاء. وستسمع كلام هولاء وما نحكيه عنهم. نعم صرّح به في موضع من «المبسوط»^١ وفي عتق «الغنية»^٢ أن العتق إن كان تبرّعاً فهو من الثلث، وقد يظهر منه الإجماع على ذلك وذلك ليس كذلك لما ستسمعه عن «الغنية» ولأنّ هذا في الوصية، لأنّه قد وقع إطلاق الإعتاق على الإيصاء به في الأخبار وكلام الأصحاب كما ستسمع وقد قال مثل ذلك في «الخلافة»^٣ وصرّح بأنّه في الوصية فتأمل.

والقول بأنّ المنجزات من الأصل خيرة «الكافي» للكليني كما حكوه^٤ عنه أيضاً لمكان العنوان واقتصاره على أخبار هذا القول خاصّة و«الفقيه»^٥ والمقنعة^٦ والانتصار^٧ والتهذيب^٨ والاستبصار^٩ والمراسم^{١٠} لما صرّح به في الإقرار و«النهاية»^{١١} و«الخلافة»^{١٢} في مواضع منه منها باب الهبة والشفعة والوصايا^{١٣} و«المبسوط»^{١٤} في موضع منه و«المهذب»^{١٥} صرّح به فيما إذا أعتق في الحال

(١) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٤٤.

(٢) غنية النزوع: في العتق ص ٣٨٩.

(٣) تقدّم هذا في ج ٥ ص ٢٩٧ من النسخة الرحلية بهامش ٨.

(٤) حكاه عنه الطباطبائي في رياض المسائل: الوصية في تصرفات المريض ج ٩ ص ٥٤٥.

(٥) من لا يحضره الفقيه: في أنّ الإنسان أحقّ بماله مادام حيّ ٥٤٦٥ ج ٤ ص ٢٠١.

(٦) المقنعة: في الوصية والهبة في المرض ص ٦٧١.

(٧) الانتصار في الهبة في مرض الموت ص ٤٦٥.

(٨) تهذيب الأحكام: ب ٥ في الإقرار في المرض ذيل ح ٦٦٣ ج ٩ ص ١٦١.

(٩) الاستبصار: ب ٦٨ في الإقرار في حال المرض ذيل ح ٤٣٢ ج ٤ ص ١١٢.

(١٠) المراسم: في الإقرار ص ٢٠١.

(١١) النهاية: في الإقرار في المرض والهبة فيه وغير ذلك ص ٦٢٠.

(١٢) الخلافة: في الهبة ج ٣ ص ٥٧٣ مسألة ٢١، وفي الشفعة ج ٣ ص ٤٥٥ مسألة ٤٠.

(١٣) الخلافة: في الوصايا ج ٤ ص ١٤٣ مسألة ١٢.

(١٤) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٤٣.

و«الغنية»^{١٦} في موضعين منها و«السرائر»^{١٧} في ثلاثة مواضع و«جامع الشرائع»^{١٨} في باب الوقف و«كشف الرموز»^{١٩} ومجمع البرهان^{٢٠} في باب الحجر و«الكفاية»^{٢١} والوسائل^{٢٢} والهداية^{٢٣} والوافي^{٢٤} والرياض^{٢٥} وهو ظاهر «نكت النهاية»^{٢٦} أو صريحها، وفي «المقنع»^{٢٧} ما يظهر منه ذلك في عتق الغلام لكنه روى^{٢٨} مرسلًا ما يوافق القول الأول. وفي «كشف الرموز» أنه مذهب الأكثر^{٢٩}، وفي موضع من «السرائر»^{٣٠} الأظهر في المذهب، وفي آخر أنه الصحيح من المذهب، وفي موضع آخر^{٣١} وهو باب الوصية أن عليه الفتوى مؤذناً بدعوى الإجماع عليه. ونحوه^{٣٢} في



(١٥) المهذب: فيما صح من الوصايا وما لا يصح ج ٢ ص ١٠٦.
(١٦) غنية النزوع: في الهبة ص ٣٠١، وفي العتق ص ٣٨٩.
(١٧) السرائر: في أحكام العتق ج ٣ ص ١٥، وأحكام الهبة ص ١٧٦، وأحكام تصرفات المريض ص ٢١٧.

- (١٨) الجامع للشرائع: في الوقف ص ٣٧٣.
(١٩) كشف الرموز: في الحجر ج ١ ص ٥٥٤، وفي الوصايا ج ٢ ص ٩١.
(٢٠) مجمع الفائدة والبرهان: أسباب الحجر ج ٩ ص ٢١٤.
(٢١) كفاية الأحكام: في الوصية في تصرفات المريض ج ٢ ص ٧٢-٧٣.
(٢٢) وسائل الشيعة: ب ١٧ من أبواب الوصايا ج ١٣ ص ٣٨٥.
(٢٣) هداية الأئمة: في الإقرار من الموصى ج ٧ ص ٣٠.
(٢٤) الوافي: ب ١٠ في الوصايا ج ٢٤ ص ٦٣.
(٢٥) رياض المسائل: الوصية في تصرفات المريض ج ٩ ص ٥٤٧.
(٢٦) النهاية ونكتها: الوصايا في الإقرار في لمرض ج ٣ ص ١٧٦-١٧٧.
(٢٧) المقنع: في الوصايا ص ٤٨١-٤٨٢.
(٢٨) وسائل الشيعة: ب ١٧ من أبواب الوصايا ج ١٦ ص ٣٨٤-٣٨٥.
(٢٩) كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٩٢.
(٣٠) السرائر: في أحكام العتق ج ٣ ص ١٥.
(٣١) السرائر: في الوصية بالعتق ج ٣ ص ٢١٣.
(٣٢) السرائر: في المهور ج ٢ ص ٥٩١.

ذلك ما في باب المهور. والإجماع صريح «الانتصار^١ والغنية^٢» ونسب الخلاف في الأول إلى باقي الفقهاء.

وتدلّ عليه الأخبار الكثيرة، إذ عقد له في «الوافي^٣» باباً سرد فيه أحد عشر خبراً ويزاد في «الوسائل^٤» خبري العلل وقرب الإسناد، وفيها الموثق، في «التهذيب»: الميّت أحقّ بماله ما دام فيه الروح يبين به، فإن قال بعدي فليس له إلاّ الثلث^٥. وروي في «الفقيه^٦» وبعض نسخ «الكافي^٧» «فإن تعدّى» بدل «بعدي» وفي بعض نسخ «الكافي^٨» قلت له: الميّت أحقّ بماله ما دام فيه الروح يبين به. قال: نعم فإن أوصى به فليس له إلاّ الثلث. ونحوه المرسل^٩ والحسن بإبراهيم، وفي خبر أبي بصير^{١٠}: لصاحب المال أن يعمل به ما شاء إن شاء وهبه وإن شاء تصدّق به وإن شاء تركه إلى أن يأتيه الموت فإن أوصى به فليس له إلاّ الثلث... إلى غير ذلك من أخبار الباب. ويدلّ غير أخبار هذا الباب وهي أخبار العتق ففي صحيحة محمد بن مسلم في «الفقيه^{١١}» والتهذيب^{١٢} «عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن

(١) الانتصار: في الهبة في مرض الموت ص ٤٦٥.

(٢) غنية النزوع: في الهبة ص ٣٠١.

(٣) الوافي: ب ١٠ في الوصية ج ٢٤ ص ٦٤.

(٤) وسائل الشيعة: ب ١٧ من أبواب الوصايا ج ٣ ص ٣٨٥ - ٣٨١.

(٥) تهذيب الأحكام: ب ١٠ في الرجوع في الوصية ح ٧٥٦ ج ٩ ص ١٨٨.

(٦) من لا يحضره الفقيه: فيما يجب من ردّ الوصية ح ٥٤٢٦ ج ٤ ص ١٨٦.

(٧) الكافي: في الوصايا ح ٧ ج ٧ ص ٨.

(٨) الكافي: في الوصايا ح ٩ ج ٧ ص ٨.

(٩) الكافي: في الوصايا ح ٩ ج ٧ ص ٨.

(١٠) الكافي: في الوصايا ح ١٠ ج ٧ ص ٨.

(١١) من لا يحضره الفقيه: في الوصية بالعتق ح ٥٤٩٤ ج ٤ ص ٢١٢.

(١٢) تهذيب الأحكام: ب ١١ في الوصية بالثلث ح ٧٨٠ ج ٩ ص ١٩٤.

رجل حضره الموت فأعتق غلامه وأوصى بوصية وكان أكثر من الثلث؟ قال: يمضى عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقي. ونحوه حسنته في رجل أوصى بأكثر من الثلث وأعتق مملوكه في مرضه، فقال: إن كان أكثر من الثلث ردة إلى الثلث وجاز العتق^١. وهاتان واضحتا السند والدلالة، ولعل الثانية أوضح بحيث لا مجال للمناقشة فيها. فلا تلفت إلى ما قاله الشهيدان^٢ والمحقق الثاني^٣ والكاشاني^٤ من أن الأخبار به غير صحيحة. ولعل هذا هو الذي جرّأهم وغيرهم على مخالفة قدماء الأصحاب العالمين بسيرة الشيعة واستمرار طريقتها ومنهم خرجت الأخبار وبهم عرفنا السيرة والآثار، مضافاً إلى الإجماعات والفتاوى ممن لا يعمل إلا بالقطعيّات. والشهرة في المتقدمين المتقدمة في مثل المقام على الشهرة في المتأخرين مضافاً إلى الأصل بثلاثة معان والاستصحاب وأصالة صحة العقود وأدلة تسلط الناس على أموالهم مع إطباق العامة على القول بأنها من الثلث كما في «الانتصار»^٥ والمبسوط^٦ والسرائر^٧ وكذا «الغنية»^٨ والتذكرة^٩ والرشد في خلافهم. فالأخبار المخالفة وإن صبح بعضها تحمل على التقيّة أو على الوصية كما في

(١) وسائل الشيعة: ب ٦٧ من أبواب الوصايا ج ٤ ص ١٣ ص ٤٥٩.

(٢) غاية المراد: الوصية في تصرفات المريض ج ٢ ص ٥٢٤، ومساالك الأفهام، الوصية في تصرفات المريض ج ٦ ص ٣٠٦-٣٠٨.

(٣) جامع المقاصد: الوصية في تصرفات المريض ج ١١ ص ٩٥.

(٤) مفاتيح الشرائع: في حكم الوصية بالثلث ج ٣ ص ٢٢٥.

(٥) الانتصار: في الهبة في مرض الموت ص ٤٦٥.

(٦) المبسوط: في العتق ج ٦ ص ٥٧.

(٧) السرائر: في أحكام العتق ج ٣ ص ١٥.

(٨) غنية النزوع: في الهبة ص ٢٠١.

(٩) تذكرة الفقهاء: في الوصية بالعتق ج ٢ ص ٤٨٨ ص ٢٣.

«الوسائل^١ وفهرستها^٢ والهداية^٣». وقال الشهيدان^٤ وغيرهما^٥: إنَّ صحيحة علي ابن يقطين^٦: سأل أبا الحسن عليه السلام ما للرجل عند موته؟ قال: الثلث والثلث كثير وصحيحة يعقوب بن شعيب^٧ وصحيحة أبي بصير^٨ وهما نحوها، ورواية عبدالله بن سنان^٩: للرجل عند موته ثلث ماله وإن لم يوص فليس على الورثة إرضائه، قابلة للحمل على الوصية. قلت: وفي الأخير ظهور أو إشعار بذلك، على أنه والأول قبالان للحمل على التقيّة لمكان وزارة الرجلين. هذا حال الصحاح.

وأما خبر علي بن عتبة^{١٠} في رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك، قال عليه السلام: ما يعتق منه إلا ثلثه، فيمكن حمله على التقيّة أو الوصية، لأنَّ حضور الموت قرينة منعه عن الوصية به. ويجوز نسبة العتق إليه بسبب الوصية به وقد وقع إطلاق الإعتاق على الإيصاء في الأخبار وكلام الأصحاب «كالخلاف^{١١} والغنية^{١٢}» وغيرهما^{١٣}. ومثله خبر الحسن بن جهم^{١٤}.

-
- (١) وسائل الشيعة: ب ١٧ من أبواب الوصايا ج ١٣ ص ٣٨٥.
 (٢) فهرست الوسائل: ج ١٣ ص ٣٠.
 (٣) هداية الأئمة: ب ٥ في الإقرار من الموصى والوارث ج ٧ ص ٢٩.
 (٤) غاية المراد: الوصية في تصرفات المريض ج ٢ ص ٥٢٢، ومسالك الأفهام: الوصية في تصرفات المريض ج ٦ ص ٣٠٦.
 (٥) كالمحقق الأبي في كشف الرموز: في الوصايا ج ٢ ص ٩١.
 (٦) وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب الوصايا ج ٨ ص ٣٦٣.
 (٧) وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب الوصايا ذيل ج ٢ ص ٣٦٢.
 (٨) وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب الوصايا ج ٢ ص ٣٦٢.
 (٩) وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب الوصايا ج ٧ ص ٣٦٣.
 (١٠) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب الوصايا ج ٤ ص ٣٦٥.
 (١١) الخلاف: في العتق ج ٦ ص ٣٦٤ مسألة ٣.
 (١٢) غنية النزوع: في العتق ص ٣٨٩.
 (١٣) كالجامع للشرائع: في العتق ص ٤٠٣.

وفي خبر أبي بصير^{١٥}؛ إن أعتق رجل خادماً ثم أوصى بوصية أخرى ألغيت الوصية وأعتقت الخادم من ثلثه إلا أن يفضل من الثلث ما يبلغ الوصية. فقول الراوي؛ ثم أوصى بوصية أخرى، أصدق شاهد على أنه أوصى بالعتق، فقد أطلق فيه الإعتاق على الإيصاء به كما في صحيحة عبد الرحمن^{١٦} الطويلة. وجعل ذلك قرينة صارفة عن التنجيز الذي هو معنى حقيقي للإعتاق إلى الأعم منه ومن الوصية ليس بأولى عن جعلها صارفة إلى المجاز الأخص وهو الإيصاء خاصة، والأصل والظواهر ترجع الثاني. وأما خبر أبي ولاد^{١٧} فلا يقول به أحد، وكيف كان فأخبار الثلث قابلة للحمل على التقيّة أو الوصية أو على الاستحباب وأنّ الأولى ترك المال للورثة مع عدم ورود خبر صحيح صريح في كون المنجزات كالوصية، ثم إن القائلين بالثلث وافقوا في المقر إذا كان مأموناً فقال: إنه ينفذ إقراره من الأصل.

وأما ما استدّلوا من الاعتبار من أنّ العطية المؤخّرة عن الموت لا تنفذ إلا من الثلث فكذا المتقدمة مراعاة لجانب الورثة وأنه لو لم تكن المنجزات من الثلث لاختلف حكمه حصر الوصية في الثلث، لأنّه يلتجئ كل من يريد الزيادة في الوصية على الثلث إلى العطايا المنجزة فتختل الحكمة، فيجاء عن الأوّل بأنّه مبني على العلة المستنبطة مع أنّه قياس مع الفارق، لأنّ الإنسان ما دامت فيه الروح يحرص على المال ويخاف الفقر ولا كذلك الوصية، وبه يجاب عن الثاني،

(١٤) وسائل الشيعة: ب ٣٩ من أبواب الوصايا ج ٤ ص ١٣ ص ٤٢٣.

(١٥) تهذيب الأحكام: ب ١٨ في وصية الإنسان لعبده ج ٨٦٠ ص ٩ ص ٢١٩، وسائل الشيعة: ب

١١ من أبواب الوصايا ج ٦ ص ١٣ ص ٣٦٥.

(١٦) وسائل الشيعة: ب ٣٩ من أبواب الوصايا ج ٥ ص ١٣ ص ٤٢٣.

(١٧) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب الوصايا ج ١١ ص ١٣ ص ٣٦٧.

لأنَّ الخوف من البرء يمنع عن الزيادة بخلاف ما بعد الموت فلا اختلال، وهذا حاصل بالوجدان. ثمَّ على تقدير كون العلة منصوطة في الدليل الأوَّل فهو منقوض بالصحيح الَّذي هو غير مريض مع انسحاب الدليل فيه وهو الرقة والشفقة على الورثة فينبغي أن يحجر عليه.

قولك: إنَّ المال حال المرض في قوَّة ملك الورثة في الحال بخلاف الصحيح فغير صحيح بالوجدان، وكم من مريض عاش أكثر من صحيح، على أنَّه ربَّما كان في حال الطاعون أو المراماة التي يغلب معها الظنُّ بالتلف أبلغ من المرض. واستوضح ذلك في الوصية فإنَّ الشارع لم يفرِّق فيها بين الصحيح والمريض فمنعهما إلَّا من الثلث. ولما كانت منجزات الصحيح من الأصل ولا حجر فلتكن كذلك في المريض. ولعلَّ هذا أنسب بالحكمة، إذ ليس يبعد أن يكون الوجه في الفرق بين الوصية والتنجز ما أشرنا إليه آنفاً من سهولة إخراج المال بعد الموت على النفس حيث يصير للغير فيمنع من التحرِّي عليه مع حفظه له وشحِّه عليه لَمَّا كان ماله. وهذه الحكمة ليست حاصلة في الحيِّ صحيحاً كان أو مريضاً، لأنَّ البرء ممكن وأنَّ الإنسان لا ينقطع رجاؤه من الحياة إلَّا حالة الاحتضار، فلا يزال حريصاً على المال، فيكون كتصرُّف الصحيح بماله لا مال غيره.

ثمَّ إنَّه لا مدار على الاعتبار بل المدار على الأخبار، وعلى ما استمرت عليه سيرة الشيعة في الأعصار والأمصار وقد أخبرنا قداماؤنا وأساطين سلفنا أنَّ سيرتنا قد استقامت واستمرت على الإخراج من الأصل وأنَّ سيرة مخالفينا على الإخراج من الثلث.

ويشهد لهم أنَّ هناك أصليين لا شبهة فيهما وهما شهرة وضابطة، أمَّا الأوَّل

فالمشهور بينهم كما سيأتي^١ أنه لا يشترط في حصول المرض أن يكون مخوفاً، وأما الثاني فالضابط عندهم في المنجزات أنها ما استلزمت تفويت مال على الوارث بغير عوض، فيجب بناء على هذين الأصلين على كل من مرض أن يأخذ طوماً رأياً يكتب فيه جميع ما يتصدق به طلباً للعافية وما يصانع به الطبيب وما يتحف به العابرين من بلد آخر من كسوة أو طعام كما هو متعارف في بعض البلدان، ويجب بناء على هذين أن يستثنوا مهر المنكوحة بالعقد الصحيح إذا دخل بها كما هو ظاهر «المبسوط»^٢ وصريح المصنف^٣ وقد تردّد فيه المحقق^٤، ويستثنوا ما إذا زوجت المريضة نفسها بدون مهر المثل فإنها يرثها فتكون قد فوتت بعض المال بدون عوض مقابل، وما إذا تسرى لشهوة نفسه أو ظناً منه بأنه ينفعه لمرضه فاشتري الجارية بأضعاف قيمتها كما يتب عليه في «المبسوط»^٥ وغيره^٦، وما إذا باعه بثمان المثل فإنه يجيء على قولهم احتمال كون ذلك من الثلث لتعلق غرض الورثة بأعيان الأموال ككتب العلم ونحوها، وهو اختيار المصنف لكنه قال: إذا أوصى ببيعه كان من الثلث، وفي الفرق نظر، إذ الأعيان إن اعتبرت كانت من الثلث فيها وإلا فمن الأصل. وأما إذا أعاد ماله فإنه قد فوت عليهم أجرته إلى غير ذلك ممّا ذكرناه في باب الحجر^٧. ولذلك ونحوها جعل في «غاية المراد» في المسألة قولاً ثالثاً وهو كون المنجزات من الثلث إلا في مواضع.

(١) سيأتي في ص ٥٧٤ من النسخة الرحلية.

(٢) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٣٨.

(٣) قواعد الأحكام: في الوصايا ج ٢ ص ٥٣١.

(٤) شرائع الإسلام: الوصية في تصرفات المريض ج ٢ ص ٢٦٢.

(٥) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٤٤.

(٦) كتذكرة الفقهاء: في الوصية في تنفيذ التصرفات ج ٢ ص ٥١٧ س ٣٧.

(٧) تقدّم في ج ٥ ص ٢٩٩ من النسخة الرحلية الذي يصير حسب تجزئتنا الجلد السادس عشر.

دع عنك ذلك كله لكنهم ما بالهم قد اختلفوا في الإقرار على أقوال مع أنه قال في «المهذب البارع»^١ إن كل من قال إن المنجزات من الأصل يلزمه القول بأن الإقرار من الأصل وكل من قال إنها من الثلث يلزمه القول بأنه من الثلث، لكننا تأملنا في باب^٢ الإقرار في هذا التلازم وأوضحنا الحال فيه. وكيف كان فالأكثر منهم أنه من الأصل. وعساك تقول: إنما قادهم إلى ذلك ضرورة الجمع بين الأخبار، لأننا نقول: ليس في أخبار هذه المسألة ما يدل على أنه مع التهمة يكون من الثلث، نعم في خبر المرأة^٣ التي استودعت الرجل المال ما يشعر بذلك إلا أن تقول قد اتفقت كلمتهم على أن المقر له لا يحرم واتفقت على إعطائه من الثلث مع التهمة وإن اختلفت في الزيادة عليه على أقوال،^٤ وخيئنا فيمكن الاستدلال عليه بمفاهيم أخبار الإقرار كصحيحة منصور^٥ والموثقة^٥. وعلى كل حال فقد وافقوا أصحاب القول الثاني فيما إذا كان مأموماً.

وبعد ذلك كله قد نقول في ترجيح القول الآخر: إن إطباق المتأخرين على خلاف المتقدمين مع اختلاف أقوال المتقدمين أقوالهم وفتاواهم فيكون المخالف منهم للمتأخرين أقل قليل، ولو كان الأمر كما ذكرناه لما خفي على المتأخرين، لأنه ليس من الأحكام النادرة الوقوع، مضافاً إلى ضعف أكثر أخباره مع أنها عامة وأخبار هذا القول خاصة والخاص مقدم، مضافاً إلى مفاهيم أخبار الإقرار في مرض الموت وأنه من الثلث إن كان متهماً، إذ لو لم يكن محجوراً عليه لما احتاج

(١) إيضاح الفوائد: في الوصايا ج ٣ ص ١٤٢.

(٢) تقدم في ص ٢٣٣ المجلد التاسع من النسخة الرحلية.

(٣) وسائل الشيعة: ب ١٦ من أبواب الوصايا ج ٢ ص ١٣ ص ٣٧٧.

(٤) وسائل الشيعة: ب ١٦ من أبواب الوصايا ج ١ ص ١٣ ص ٣٧٦.

(٥) وسائل الشيعة: ب ١٦ من أبواب الوصايا ج ٨ ص ١٣ ص ٣٧٨.

إلى الاتهام مضافاً إلى موافقة الاعتبار. هذا أقصى ما يمكن أن يقال في ترجيح هذا القول.

وأنت خير بآئه قد يدعى بأن المتأخرين على أنحاء، فمنهم من ظن أن أخبار القول بالأصل غير صحيحة كما صرح به جماعة كما عرفت^١، ولم تكن الأخبار مسطورة عندهم كما هي الآن مسطورة في «الوافي»^٢ والوسائل^٣، ومنهم من غفل عن أن العامة مطبقون على أنها من الثلث كما حكاه عنهم جماعة كما عرفت^٤ حتى حملوا أخبار الثلث على كثرتها وصحتها على التقيّة، ومنهم من غفل عن أن الاعتناق يطلق على الإيصاء في الأخبار وكلام الأصحاب كما عرفت^٥، سلّمنا أن ذلك كله لم يكن لكنّا إن شككنا فما كنّا لنشك في أن المريض يتصدّق طلباً للعافية ويستأجر من يدعو له عند سيّد الشهداء عليه وآله يهدي ويعير ويشترى ويستحف ويمهر ويتسرّى بالقيمة العالية ظناً منه بأن ذلك يدفع مرضه إلى غير ذلك، ولم نجد أحداً من العلماء والصلحاء لمّا نزل به المرض أخذ طوماراً يكتب فيه جميع ذلك. فكانت السيرة مستمرة والطريقة مستقيمة على أن ذلك من الأصل مع موافقة الأصل وقواعد الشريعة، مضافاً إلى الأخبار الصحيحة الصريحة المخالفة لجميع العامة الغير القابلة للتأويل المعتزدة بالشهرة المنقولة والمعلومة من المتقدمين المتعاضدة بالإجماعات والعمومات الموافقة للاعتبار كما يتّناه، مضافاً إلى ما يلزم ذلك القول من استثناء تلك الأمور مع التأييد بآئها لو لم تكن صحيحة لما لزم

(١) تقدّم في ص ٥٧٠ من النسخة الرحلية.

(٢) تقدّم في ص ٥٧١ من النسخة الرحلية.

(٣) تقدّم في ص ٥٧١ من النسخة الرحلية.

(٤) تقدّم في ص ٥٧١ من النسخة الرحلية.

(٥) تقدّم في ص ٥٧٠ من النسخة الرحلية.

(٧) وإن برأ لزمت إجماعاً،

بالبرء والالتجاء إلى القول بأن البرء كاشف عن الصحة واللزوم وأن الموت كاشف عن البطلان فرع وجود دليل على ذلك حتى يخرج به عن ذلك ويجعله كالفضولي.

وبعد ذلك كله فالمسألة لا تخلو عن شوب الإشكال فلا أقل من التوقف والاحتياط، فإن كان في الورثة يتيم جعلناها من الثلث وإن كانت ليتيم جعلناها من الأصل، لأن الفقيه إذا كان متوقفاً من جهة الفقاهة والاجتهاد فلا بد أن يكون مختيراً في العمل والفتوى مع أولوية جانب الاحتياط وليس ذلك يضر به لازم. قوله: «وإن برأ لزمت إجماعاً» كما في «الشرائع»^١ والتذكرة^٢ والإرشاد^٣ والتلخيص^٤ والمسالك^٥ وبلا خلاف كما في «جامع المقاصد»^٦ والتنقيح^٧ بل العامة مطبقون على ذلك أيضاً، لأنهم مطبقون على أن منجزاته من الثلث كما عرفت^٨. ويشترطون هم والقائلون متاً بذلك شرطين: أحدهما متفق عليه والآخر مختلف فيه، فالمتفق عليه أن يتصل مرضه بالموت فلو برأ بينهما نفذ الجميع من الأصل، والمختلف فيه أن يكون مخوفاً عند جماعة^٩ بل به يفرق بينهما وبين الوصية.

(١) شرائع الإسلام: الوصية في تصرفات المريض ج ٢ ص ٢٦١.

(٢) تذكرة الفقهاء: الوصية في تنفيذ التصرفات ج ٢ ص ٥١٨ س ١٣.

(٣) إرشاد الأذهان: الوصية في تصرفات المريض ج ١٢ ص ٤٦٥.

(٤) تلخيص المرام: في الوصية ص ١٥٨.

(٥) مسالك الأفهام: الوصية في تصرفات المريض ج ٦ ص ٣١٠.

(٦) لم نعر عليه.

(٧) تقدّم في ص ٥٧١ من المجلد التاسع من النسخة الرحلية.

(٨) منهم الشيخ في المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٤٤، والعلامة في تذكرة الفقهاء: في المرض المقتضي للحجب ج ٢ ص ٥٢٢ س ١٩، والمحقق الثاني في جامع المقاصد: الوصية في

فهنا بحثان:

الأول في بيان مرض الموت، الأقرب عندي أن كل تصرف وقع في مرض اتفق الموت معه سواء كان مخوفاً أو لا فإنه يخرج من الثلث إن كان تبرعاً وإلا فمن الأصل. وقيل: إن كان مخوفاً فكذلك وإلا فمن الأصل كالصحيح

[في بيان مرض الموت]

قوله: «فهنا بحثان: الأول في بيان مرض الموت، الأقرب عندي أن كل تصرف وقع في مرض اتفق الموت معه سواء كان مخوفاً أو لا فإنه يخرج من الثلث إن كان تبرعاً وإلا فمن الأصل، وقيل: إن كان مخوفاً فكذلك وإلا فمن الأصل كالصحيح»

كما اختار المصنف وجماعة كثيرون كما عرفت أن منجزات المريض من الثلث إذا كانت تبرعاً احتاجوا إلى بيان المرض الذي يثبت معه هذا الحكم، لأن المرض عندهم على أقسام ذكرت في «المبسوط»^١ والتذكرة^٢ والكتاب^٣ وغيرها^٤. مرض يتعلق به حكم الصحة كالرمد والصداع والحمى الخفية وهو غير مخوف ومنجزاته من الأصل قولاً واحداً على الظاهر، ومرض لا حكم لكلامه فيه وهو ما إذا احتضر، ومرض لكلامه حكم وهو ما لا يصل معه إلى الاحتضار ولكنه

→ تصرفات المريض ج ١١ ص ٩٦.

(١) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٤٣.

(٢) تذكرة الفقهاء: في المرض المقتضي للحجب ج ٢ ص ٥٢٢ - ٥٢٤ س ١٨.

(٣) قواعد الأحكام: الوصايا في تصرفات المريض ج ٢ ص ٥٣٠.

(٤) كمسالك الأفهام: الوصية في تصرفات المريض ج ٦ ص ٣١٢.

يكون مخوفاً يخاف معه الموت وهو محلّ الخلاف. وقد اختلف في تحققه فالشيخ في «المبسوط»^١ على ما يفهم من تفاصيله على أنّ المرض المانع ممّا زاد على الثلث هو المخوف وهو ما يقع معه الموت قطعاً أو غالباً دون غيره وإن اتفق معه الموت. ونحوه ما في «الوسيلة»^٢ من أنّه المخوف، وكذا «التذكرة»^٣ في موضع منها، وفي «جامع المقاصد» أنّه أظهر^٤. وقال في «الشرائع»^٥ لو قيل بتعلق الحكم بالمرض الذي يتفق به الموت سواء كان مخوفاً في العادة أم لم يكن لكان حسناً. وقد سمعت ما في «الكتاب»، وفي «التذكرة» كلّ مرض متّصل بالموت سواء كان مخوفاً أو لا. وكلامه فيهما يشمل ما إذا كان الموت بسبب ذلك المرض أو بغيره. وفي «المسالك» لعلّه أجود^٦ ممّا في «الشرائع»^٧ وقال في «الإيضاح»^٨: «إنّ العلة هي المرض مطلقاً. ونحوه ممّا في «الإرشاد»^٩ وغاية المراد^{١٠} والدروس^{١١} والتنقيح^{١٢} والمسالك^{١٣} وقد عرفت ما في الأخير. وكيف كان فقد اتفقت هذه

(١) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٤٤.

(٢) الوسيلة: في أحكام الوصية ص ٣٧٢.

(٣) تذكرة الفقهاء: في المرض المتقضي للحجب ج ٢ ص ٥٢٤ س ٥.

(٤) جامع المقاصد: الوصية في تصرّفات المريض ج ١١ ص ٩٧.

(٥) شرائع الإسلام: الوصية في تصرّفات المريض ج ٢ ص ٢٦١.

(٦) مسالك الأفهام: الوصية في تصرّفات المريض ج ٦ ص ٣١٥.

(٧) لم نعثر عليه.

(٨) إيضاح الفوائد: الوصية في تصرّفات المريض ج ٢ ص ٥٩٤.

(٩) إرشاد الأذهان: الوصية في تصرّفات المريض ج ١ ص ٤٦٥.

(١٠) غاية المراد: الوصية في تصرّفات المريض ج ٢ ص ٥٢٤.

(١١) الدروس الشرعية: الوصية في متّجزات المريض المغونة للمال ج ٢ ص ٣٠٣.

(١٢) التنقيح الرائع: الوصية في تصرّفات المريض ج ٢ ص ٤٢٢.

(١٣) مسالك الأفهام: الوصية في تصرّفات المريض ج ٦ ص ٣١٥.

الكتب على مخالفة «المبسوط» وفي «الكفاية»^١ أن في الكلّ نظر.
احتجّوا للشيخ^٢ بعد الأصل والاستصحاب وعموم الناس مسلّطون على أموالهم^٣ بالأخبار المشعّرة بذلك أو الظاهرة فيه كقول علي بن يقطين في الصحيح^٤: ما للرجل عند موته، وليس المراد عند نزول الموت به بالفعل قطعاً فتعيّن حملته على ظهور أماراته، لأنّه أقرب المجازات. فالمراد ظهور ذلك بالمرض، لإشعار قوله ﷺ «المريض محجور عليه»^٥ بذلك وللإجماع على عدم الحجر بغير المرض.

وفيه: أن الأصل والاستصحاب والعموم يحكم فيها عموم قوله ﷺ: المريض محجور عليه إلّا في ثلث ماله^٦ فإنّ الأصحّ في المفرد المعرّف أن يكون للعموم، سلّمنا وما كان ليكون لكنّه لا بدّ وأن يقيد في المقام الذي هو من قبيل ضرب القاعدة وإعطاء القانون كقوله: إذا بلغ الماء قدر كذا^٧، خلق الله الماء^٨، مفتاح الصلاة التكبير^٩، ونحو ذلك مما هو كثير، إذ لو لم تحمل هذه على العموم لخلا عن

-
- (١) كفاية الأحكام: الوصى في تصرّفات المريض ج ٢ ص ٧٥.
 - (٢) منهم المحقّق في جامع المقاصد: الوصية في تصرّفات المريض ج ١١ ص ٩٦، والشهيد الثاني في مسائل الأفهام: الوصية في الوصية تصرّفات المريض ج ٦ ص ٣١٣، والطباطبائي في رياض المسائل: الوصية في تصرّفات المريض ج ٩ ص ٥٤٤ - ٥٤٥.
 - (٣) عوالي اللآلي: ج ١ ص ٢٢٢ ح ٩٩.
 - (٤) وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب الوصايا ح ٨ ج ١٣ ص ٣٦٣.
 - (٥) إيضاح الفوائد: في الإقرار ج ٢ ص ٤٢٨.
 - (٦) وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب الحجر ج ١٣ ص ١٤٤ فيها مضمون الرواية راجع.
 - (٧) وسائل الشيعة: ب ٩ من أبواب الماء المطلق ح ١ و ٢ ج ١ ص ١١٧.
 - (٨) وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب الماء المطلق ح ٩ ج ١ ص ١٠١.
 - (٩) وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب تكبيرة الإحرام ح ٧ ج ٤ ص ٧١٤.

الفائدة. ثم إنَّ تعليق الحكم على الوصف يفيد العموم فلا تصنع إلى ما في «جامع^١» من منع العموم هنا. وأمَّا الصحيح فيجوز أن يراد بحضور الموت المستفاد من قوله فيه: «عند موته» وقوع الموت وحصوله في المرض كما وصفوه بالحضور في المخوف بل هذا أولى، لأنَّ المخوف قد لا يتفق الموت معه، والحاصل إنَّا نقول: إنَّ الموجود في الصحيح عند موته، ومعناه إذا وقع به الموت وهو أعمّ من المخوف وغيره.

وكيف كان فالمسألة لا تخلو من شائبة الإشكال، لأنَّ الحقيقة اللغوية غير مرادة قطعاً، وكذا العرفية.

أما الأول فللإجماع على الظاهر على أنَّ تصرّف من به وجع الضرس أو وجع العين ومن حمّ ساعة واتفق معه الموت بقتل قاتل أو تردّد من علو أو أكل سبع من الأصل لا من الثلث، فلا يرد ذلك نقضاً على عبارة الكتاب وما كان نحوها كما أورده صاحب «جامع المقاصد^٢».

وبيانه أنَّ الحقيقة اللغوية غير مرادة، لأنَّ منهم^٣ من قال: إنَّ المرض فتور في الأعضاء وفتور في القلب وفتور في البصر، ومنهم من قال: إنَّه كلّ ما خرج به الإنسان عن الصحة من علّة أو نفاق أو تقصير في أمر، ومنهم من قال: إنَّه حالة خارجة عن الطبع، ومنهم من قال: إنَّه علّة في البدن نقيض الصحة.

وأما الثاني فلأنَّ من حمّ أو زكم يومين أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة وهو يأكل الطعام ويمشي في الأسواق بحيث لا يصدق عليه عرفاً أنّه مريض ثمَّ اتفق أنّه

(١) جامع المقاصد: الوصية في تصرّفات المريض ج ١١ ص ٩٦.

(٢) جامع المقاصد: الوصية في تصرّفات المريض ج ١١ ص ٩٧.

(٣) القاموس المحيط: ج ٢ ص ٣٤٤ مادة «المَرَضُ»، مجمع البحرين: ج ٤ ص ٢٣٠ مادة

«مرض»، المصباح المنير: ج ٢ ص ٥٦٨ مادة «مَرَضٌ».

مات أو قتله قاتل يكون تصرفه من الثلث كما أفصحت به عبارة الكتاب وغيرها. قال في «المبسوط» نظرت فإن كان حمى يوم أو يومين لا يكون مخوفاً حتى إذا مات منها في يوم أو يومين تعتبر وصاياه من رأس المال، وإن زاد على يومين أو ثلاثة فيكون ذلك مخوفاً^١. ومثله ما في «التذكرة» لكنه قال فيها أيضاً: لو كان المرض غير مخوف واتصل به الموت كوجع الضرس ونحوه فالتبرع نافذ، والموت محمول على الفجأة وإن كان غيره كحمى يوم أو يومين تبيّن باتصال الموت به كونه مخوفاً^٢. ثم إن هذا التفصيل يلائم مذهب الشيخ، وهو في «التذكرة» على خلافه. ثم إنه في الأخير إبطالاً لتصرف المالك بمجرد الاحتمال انتهى^٣. فتأمل جيداً. وأما الأمور المخوفة ممّا ليس بمرض كالتحام الحرب وحالة الطلق وركوب البحر حال تموجه فالمشهور كما في «المسالك^٤ والكفاية^٥» أنه لا ينسحب حكم المرض فيها وخالف أبو علي انتهى. وتأمم الكلام عند تعرض المصنف له. وليعلم أنه إذا أشكل حال المرض في أنه مخوف أم لا رجع إلى أهل الخبرة. ولا بدّ من التعدّد والعدالة كما في «المبسوط^٦ والتذكرة^٧ وغاية المراد^٨ وجامع المقاصد^٩ وكذا «التحرير^{١٠}» فلا يقبل قول رجل وامرأتين ولا شاهد ويمين،

(١) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٤٤.

(٢) تذكرة الفقهاء: الوصية في المرض المقتضي للحجب ج ٢ ص ٥٢٤ س ٥.

(٣) هذه العبارة من المحقق الثاني في جامع المقاصد: الوصية في تصرفات المريض ج ١١ ص ٩٨.

(٤) مسالك الأفهام: الوصية في تصرفات الوصية ج ٦ ص ٣١٥.

(٥) كفاية الأحكام: الوصية في تصرفات المريض ج ٢ ص ٧٥.

(٦) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٤٥.

(٧) تذكرة الفقهاء: في الوصية في المرض المقتضي لعجب ج ٢ ص ٥٢٣ س ١٥.

(٨) غاية المراد: الوصية في التصرفات مريض ج ٢ ص ٥٢٥.

(٩) جامع المقاصد: الوصية في تصرفات المريض ج ١١ ص ٩٧.

ولابدّ من الإشارة إلى المرض المخوف، فنقول: قد يحصل في الأمراض تفاوت وله طرفان وواسطة، أمّا الطرف الذي يقارن الموت فهو أن يكون قد حصل معه يقين التلف كقطع الحلقوم والمرىء وشقّ الجوف وإخراج الحشوة ففي اعتبار نطقه إشكال ينشأ من عدم استقرار حياته فلا يجب بقتله حينئذٍ دية كاملة ولا قصاص في النفس بل حكمه حكم الميّت. ﴿٥﴾

ويحتمل قبول قول النساء منفردات في المرأة التي لا يطلع عليها الرجال، وفي «التذكرة»^(١٠) أن الأقرب في الشاهدين العلم بالطب، وفيها: أنه لو حصل الظنّ القوي من قول غير أهل الخبرة لكونه من أهل التجربة المستمرة ففي الحكم إشكال. قلت: قد يقال^(١١): إن استمرار التجربة يقضي بكونه من أهل الخبرة. قوله: «ولابدّ من الإشارة إلى المرض المخوف، فنقول: قد يحصل في الأمراض تفاوت وله طرفان وواسطة، أمّا الطرف الذي يقارن الموت فهو أن يكون قد حصل معه يقين التلف كقطع الحلقوم والمرىء وشقّ الجوف وإخراج الحشوة ففي اعتبار نطقه إشكال ينشأ من عدم استقرار حياته فلا يجب في قتله حينئذٍ دية كاملة ولا قصاص في النفس بل حكمه حكم الميّت» ولهذا لا يصحّ إسلامه حينئذٍ إذا كان كافراً ولا توبته إن كان فاسقاً، وهو خيرة «المبسوط»^(١٢) على الظاهر

(١٠) تذكرة الفقهاء: الوصية في تصرفات المريض ج ٣ ص ٤٠٨.

(١١) تذكرة الفقهاء: الوصية في المرض المقتضي للحجب ج ٢ ص ٥٢٣ س ٢٢.

(١٢) لم نعر عليه.

(١٣) المبسوط: في صفة قتل العمد وجراح العمد ج ٧ ص ١٩.

و«التذكرة»^١ وينشأ من أن المفروض بقاء عقله ورشده وعمومات الكتاب والسنة الدالة على اعتبار نطق البالغ الرشيد يتناوله ولا مخصص، ولا يلزم من إلحاقه بالأموات في بعض الحالات إلحاقه بها في جميعها. وفي «جامع المقاصد» أنه أقوى، وقال: وهو الذي رجّحه في «التذكرة»^٢ والموجود فيها بعد توجيه الوجه الأول مانصّه: ويحتمل قوياً أن يقال إن كان عقله ثابتاً صحّت وصيته، فإن علياً عليه السلام أوصى وأمر ونهى بعد ضرب ابن ملجم لعنه الله وحكم بصحة قوله^٣ انتهى.

ولا أرى عنوانهم وفرضهم يوافق أمثلتهم وأدلتهم فإن المفروض في العنوان أن غير مستقرّ الحياة، ومثله بمن شقّ جوفه واستدلّوا^٤ بوصية أمير المؤمنين عليه السلام وهو كان بعد الضرب مستقرّ الحياة، لأنه بقي يومين. وقد قالوا^٥ في باب القصاص من دون تردد ولا خلاف: إنه لو جنى عليه فصيّره في حكم المذبوح وذبحه آخر لكن حياته مستقرّة فالأول جراح والثاني قاتل سواء كانت جناية الأول ممّا يقضى معها بالموت غالباً كشقّ الجوف أو لا، لأن الثاني قطع سرية جراحة الأول. ولم ينسبوا^٦ الخلاف إلّا إلى مالك.

ومعنى استقرار حياته أن لا يموت في أثناء ذبح الثاني ولا بتناوله بل بعده ولو

(١) تذكرة الفقهاء: الوصية في المرض المقتضي للحجب ج ٢ ص ٥٢٢ س ٢٢.

(٢) جامع المقاصد: الوصية في تصرفات المريض ج ١١ ص ١٠٠.

(٣) تذكرة الفقهاء: الوصية في المرض المقتضي للحجب ج ٢ ص ٥٢٢ س ٢٤.

(٤) كالعلامة في التذكرة: ج ٢ ص ٥٢٢ س ٢٤.

(٥) منهم الشيخ في المبسوط: في صفة قتل العمد وجراح العمد ج ٧ ص ٢٠، والمحقق في شرائع الإسلام: في قصاص النفس ج ٤ ص ٢٠١، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في قصاص النفس ج ١٥ ص ٩٢.

(٦) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في قصاص النفس ج ١٥ ص ٩٤، والفاضل الهندي في كشف اللثام: في قصاص النفس ج ١١ ص ٢٩.

لحظة كأن يغمض عينيه أو يفتحها، وربما قيل^١: بأن يعيش يومين أو ثلاثة، وعدم استقرارها عكس ذلك. وقالوا^٢: ولو كانت حياته غير مستقرة عند ذبح الثاني، فعلى الأول القود وعلى الثاني دية الميت فقد مثلوا لمستقر الحياة بمن شق جوفه، ثم إن غير مستقر الحياة حركته حركة مذبح كما قالوه قد شخص بصره وبلغت روحه الحنجرة كما فسره بذلك في «التذكرة»^٣ ولعل من بلغ هذا الحال لا أثر لكلامه من دون إشكال وما أبعد عن التبرعات والعطايا والمحابة بل هذا ينعقد لسانه ولا يعي شيئاً جنانه، ومن لم يبلغ هذه الحال كآية الله الكبرى ﷺ فإن نطقه معتبر من دون إشكال.

وأيضاً وللعمامة في تفسير المرض المخوف أقوال: الأول: أنه ما يمنع من الذهاب والإياب وما لا يمنع من التردد فليس بمخوف. وهو قول أصحاب الرأي^٤: الثاني: أنه ما يستعد الإنسان بسببه لما بعد الموت بأن يعد أسباب التجهيز وما ينفعه بعد الموت. الثالث: أنه الذي نجوز له القعود في صلاة الفرض ولا أراها توافق لغة ولا عرفاً.

ثم عد إلى العبارة فقوله: «قد يحصل فيه» أن الأولى ترك «قد» على أنه لا يعجبني قوله «في الأمراض تفاوت وله طرفان» فلو قال: الأمراض متفاوتة وللتفاوت طرفان لكان أسلم وأسجم. كذا وقوله «أما الطرف الذي يقارن الموت»

(١) كما في مجمع الفائدة والبرهان: في اجتماع علل القتل ج ١٣ ص ٣٩٨.
(٢) منهم المحقق في شرائع الإسلام: في قصاص النفس ج ٤ ص ٢٠١، والعلامة في قواعد الأحكام: في قصاص النفس ج ٢٣ ص ٥٨٨، ومسالك الأفهام: في قصاص النفس ج ١٥ ص ٩٢.

(٣) تذكرة الفقهاء: الوصية في المرض المقتضي للحجب ج ٢ ص ٥٢٢ س ٢١.
(٤) حكاه عنهم العلامة في تذكرة الفقهاء: الوصية في المرض المقتضي للحجب ج ٢ ص ٥٢٤ س ٩.

الطرف الثاني: مقابله

وهو ما له حكم الصحة كوجع العين والضررس وحتى يوم
والفالج والسلّ المستمرّ لتطاول زمانهما فهذا ليس بمخوف.

فيه أنّه قد تقدّم له ذكر، فلو قال: أمّا أحد الطرفين فهو الذي يقارن الموت لكان
أحسن وأتقن. وقال في «جامع المقاصد» إنّ في قوله «وهو أن يكون قد حصل معه
يقين التلف» توسّعاً، لأنّ الطرف الواحد هو نفس المرض لا كونه قد حصل معه
يقين التلف. قال: ومثله قوله «كقطع الحلقوم» فإنّ حقّ العبارة كحال من قطع
حلقومه ومريئه^١، ولم يتّضح لنا هذا التوسّع كما أنّه لا يصحّ ما قال من أنّه لا بدّ من
تقدير الحال، لأنّ نفس المرض هو القطع لا الحال.

مركز تحقيقات كميّات علوم إسلاميّة

(١) جامع المقاصد: الوصية في تصرّفات المريض ج ١١ ص ٩٩.

وأما الواسطة فكلّ مرض لا يقين معه بالتلف ولا يستبعد معه كالحمّى المطبقة لا كحمّى الربع والغبّ إلا أن ينضمّ إليهما برسام أو رعاف دائم أو ذات الجنب أو وجع صدر أو رئة أو قولنج وكالإنسهاال المفرط أو المستصحب الزحير والدم وكغلبة الدم إمّا على جميع البدن فينتفخ البدن به مع الحمّى وهو الطاعون، لأنّه من شدّة الحرارة فيطفئ الحرارة الغريزيّة أو على بعض البدن فينتفخ به ذلك العضو ^{عمره} وكغلبة البلغم وهو ابتداء الفالج فإنّه مخوف في الابتداء، لأنّه يعقل اللسان ويسقط القوّة فإن صار فالجاً تطاول وكغلبة المرّة الصفراويّة وكالجرح الواصل إلى جوف الدماغ أو البدن، أمّا غير الواصل إليه كالحاصل في اليد والساق والفخذ فإن حصل منه انتفاخ وألم وضربان أو تأكل ومدة فمخوف ^{عمره} وإلا فلا.

قوله: «الطرف الثاني: مقابله وهو ما له حكم الصّحة كوجع العين والضرس والحمّى يوم والفالج والسلّ المستمرّ لتطاول زمانهما فهذا ليس بمخوف. وأما الواسطة فكلّ مرض لا يقين معه بالتلف ولا يستبعد معه كالحمّى المطبقة لا كحمّى الربع والغبّ إلا أن ينضمّ إليها برسام أو رعاف دائم أو ذات جنب أو وجع صدر أو رئة أو قولنج وكالإنسهاال المفرط والمستصحب الزحير والدم وكغلبة الدم إمّا على جميع البدن فينتفخ البدن به مع الحمّى وهو الطاعون، لأنّه من شدّة الحرارة فيطفئ الحرارة الغريزيّة أو على بعض البدن فينتفخ به ذا العضو وكغلبة البلغم وهو ابتداء فالج فإنّه مخوف في الابتداء، لأنّه يعقد اللسان ويسقط القوّة فإن صار فالجاً تطاول

أما ما يندر بالموت ولا يمَسُّ البدن فلا يعدُّ في المرض والتبرّعات معه ماضية من الأصل (٢)

وكغلبة المرّة الصفراوية وكالجرح الواصل إلى جوف الدماغ أو البدن، أما غير الواصل كالحاصل في اليد والساق والفخذ فإن حصل معه انتفاخ وألم وضربان وتأكّل ومدة فمخوف وإلا فلا تحقيق هذه الأمور ليس من وظيفة الفقيه وإنما تعلم بقوانين الطبّ والتجربة، وليس للفقيه في ذلك مدخل.

قوله: «أما ما يندر بالموت ولا يمَسُّ البدن فلا يعدُّ في المرض والتبرّعات معه ماضية من الأصل» كما هو خيرة «الشرائع»^١ والتذكرة^٢ والتحرير^٣ والإرشاد^٤ وغاية المراد^٥ والروض^٦ والتنقيح^٧ والمسالك^٨ وفي الأخيرين أنّه المشهور، وفي «غاية المراد»^٩ أنّه لا خلاف في أنّه لا يمنع من الزائد على الثلث وكأنّه لم يلتفت إلى خلاف أبي علي^{١٠}. ثمّ أنّه ظاهر «المبسوط»^{١١} أو

- (١) شرائع الإسلام: الوصية في تصرّفات المريض ج ٢ ص ٢٦١.
- (٢) تذكرة الفقهاء: الوصية في المرض المقتضي للحجب ج ٢ ص ٥٢٣ س ٢٤.
- (٣) تحرير الأحكام: الوصية في تصرّفات المريض ج ٣ ص ٤٠٩.
- (٤) إرشاد الأذهان: الوصية في تصرّفات المريض ج ١ ص ٤٦٥.
- (٥) غاية المراد: الوصية في تصرّفات المريض ج ٢ ص ٥٢٥.
- (٦) لا يوجد كتابه لدينا.
- (٧) التنقيح الرائع: الوصية في تصرّفات المريض ج ٢ ص ٤٢٣.
- (٨) مسالك الأفهام: الوصية في تصرّفات المريض ج ٦ ص ٣١٥.
- (٩) غاية المراد: الوصية في تصرّفات المريض ج ٢ ص ٥٢٦.
- (١٠) حكاه عنه الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: الوصية في تصرّفات المريض ج ٦ ص ٣١٦.
- (١١) المبسوط: في الوصايا ج ٤ ص ٤٤ - ٤٥.

كحال المراماة وكالأسير إذا وقع في يد المشركين وكركوب البحر وقت التموج وكإقامة الحجّة عليه بما يسوجب القتل وكظهور الطاعون والوباء في بلدة^(١) وكالحمل قبل ضرب الطلق وبعده، أمّا لو مات الولد معها فإنّه مخوف. وهذا التفصيل عندي لا اعتبار به ^(٢)

صريحه أنّ حال هذه حال المرض ولكنّه لم ينسبه أحد إليه لكنّه حكى في «التذكرة»^(١) عن أكثر العامة وبعض علمائنا، ولعلّه عنى الشيخ وأبا علي أو عناهما. وكيف كان فالوجه فيما عليه الجماعة بعد ما سمعته عن غاية المراد أنّ الحكم منوط بوصف المرض فلا يكفي وجود الحكم بدونه كما لا تكفي المشقة في القصر بدون قطع المسافة.

قوله: «كحال المراماة وكالأسير إذا وقع في يد المشركين وكركوب البحر وقت التموج وكإقامة الحجّة عليه بما يسوجب القتل وكظهور الطاعون والوباء في بلدة» للعامة في بيان المخوف من هذه وغير المخوف تفاصيل وأقاويل ذكرت في «التذكرة»^(٢).

قوله: «وكالحمل قبل ضرب الطلق وبعده، أمّا لو مات الولد معها فإنّه مخوف. وهذا التفصيل عندي لا اعتبار به» قد أطلق في «الشرائع»^(٣) والتحرير^(٤) والإرشاد^(٥) والتنقيح^(٦) والروض^(٧) والمسالك^(٨) وغاية المراد^(٩) إنّ طلق

(١) تذكرة الفقهاء: الوصية في المرض المقتضي للحجب ج ٢ ص ٥٢٣ س ٢٦.

(٢) تذكرة الفقهاء: الوصية في المرض المقتضي للحجب ج ٢ ص ٥٢٣ س ٤٠.

(٣) شرائع الإسلام: الوصية في تصرفات المريض ج ٢ ص ٢٦١.

(٤) تحرير الأحكام: الوصية في تصرفات المريض ج ٣ ص ٤٠٩.

(٥) إرشاد الأذهان: الوصية في تصرفات المريض ج ١ ص ٤٦٦.

(٦) التنقيح الرائع: الوصية في تصرفات المريض ج ٢ ص ٤٢٢.

المرأة كالتحام الحرب وركوب البحر عند تموجّه، وظاهرها أنّه مخوف إذا ضربها الطلق سواء كان قبل الولادة ومعها وبعدها عدا الأخير فإنّه قال: مع موت الولد، وقال في «المبسوط» إذا ضرب الحامل الطلق فلها ثلاثة أحوال: حال قبل الطلق، وحال بعد الطلق فما قبل لا يكون مخوفاً، وما يكون حال الطلق يكون مخوفاً وقال بعضهم: لا يكون مخوفاً، وما يكون بعده فإن لم يكن معه دم ولا ألم فلا يكون مخوفاً، وإن كان معه دم وألم يكون مخوفاً انتهى. ولا يخفى ما في قوله: إذا ضرب الحامل الطلق مع قوله قبل الطلق. وفي «جامع المقاصد» أنّ كلام الشيخ لا يخلو من وجه. ويلوح من عبارة الكتاب موافقة الشيخ. وقال في «التذكرة» الحمل ليس بمخوف حين يضربها الطلق. وبه قال الشافعي وما زاد على ذلك ثمّ نقل كلام الشيخ وأقاويل من دون ترجيح.

مركز تحقيقات مكتبة نور علوم اسلامی

(٧) لا يوجد كتابه لدينا.

(٨) مسالك الأفهام: الوصية في تصرفات المريض ج ٦ ص ٣١٥.

(٩) غاية المراد: الوصية في تصرفات المريض ج ٢ ص ٥٢٥.



مرکز تحقیقات کتب و علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کتب و علوم اسلامی