



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



عليه  
صلى  
عليه  
وآله  
وسلم

WWW. **Ghaemiyeh** .com  
WWW. **Ghaemiyeh** .org  
WWW. **Ghaemiyeh** .net  
WWW. **Ghaemiyeh** .ir

# البرقعة الصالحة

بمكالم الحشرة الطاهرة

تأليف

عبد الباق الفتية المؤيد الشيخ يوسف بن عبد القادر  
المرزوقى

المجلد ٢٢

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# الحدائق الناضرة فى احكام العتره الطاهره

كاتب:

يوسف بحراني

نشرت فى الطباعة:

مجهول ( بي جا ، بي نا )

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

## الفهرس

٥	الفهرس
٢٦	الحدائق الناضره فى احكام العتره الطاهره المجلد ٢٢
٢٦	اشاره
٢٦	اشاره
٢٨	كتاب الوكاله
٢٨	اشاره
٢٩	المطلب الأول فى العقد و ما يلحق به:
٢٩	اشاره
٢٩	الأولى [فى كفايه كل ما يدل على الرضا بالاستتابه]:
٣٧	الثانيه [اشتراط التنجيز فى الوكاله]
٤٠	الثالثه [فى افتقار التوكيل فى شراء عبد إلى وصفه و عدمه]:
٤١	الرابعه [كون الوكاله من العقود الجائزه]:
٤١	اشاره
٤٢	[المقام] الأول:فى عزل الوكيل نفسه
٤٥	المقام الثانى فى عزل الموكل له:
٤٩	الخامسه [موارد بطلان الوكاله]:
٤٩	اشاره
٤٩	منها [عزل الوكيل نفسه]
٤٩	منها التعليق بالشرط أو الصفه
٤٩	منها موت كل من الوكيل أو الموكل
٥٠	منها الجنون و الإغماء من كل منهما
٥١	منها الحجر على الموكل فيما يمنع الحجر من التصرف فيه
٥١	منها تلف ما تعلقت به الوكاله
٥٢	منها ما لو فعل الموكل ما تعلقت به الوكاله

٥٤	السادسه [فيما يقتضيه إطلاق الوكاله] :
٥٦	السابعه [في اقتضاء إطلاق الوكاله بالبيع بيع الوكيل على ولده الكبير أو زوجته] :
٥٧	الثامنه [في اقتضاء إطلاق الوكاله تسليم المبيع] :
٦٠	التاسعه [في عدم جواز رد الوكيل المبيع بالعيب] :
٦١	المطلب الثاني فيما تصح النيابة فيه و ما لا تصح:
٦١	اشاره
٦١	الأول [في اشتراط كون الموكل مالكا لما تعلق به الوكاله] :
٦٣	الثاني [في اشتراط كون الفعل الموكل فيه قابلا للنيابه] :
٦٩	الثالث [في اعتبار العلم بما فيه التوكيل و حد تصرف الإنسان في ماله] :
٧٤	المطلب الثالث في الموكل:
٧٤	اشاره
٧٤	الاولى [في اشتراط التكليف في الموكل و عدم الحجر عليه] :
٧٧	الثانيه [حكم توكيل الوكيل] :
٧٧	اشاره
٧٨	تنبيهات:
٧٨	الأول [أقسام التوكيل] :
٧٨	اشاره
٧٨	الأول: أن يوكل الموكل وكيله في التوكيل
٧٨	الثاني: أن يكون العمل مما لا يرتفع الوكيل عن مثله
٧٨	الثالث ما عدا هذين القسمين
٨٠	الثاني [في بيان أقسام إذن الموكل للوكيل في التوكيل] :
٨١	الثالث [في عدم اعتبار الأمانه في وكيل الوكيل] :
٨٣	الثالثه [عدم جواز التوكيل فيما لا يجوز له مباشرته] :
٨٤	الرابعه [في القول بكراهه تولى ذوى المرواه المنازعه] :
٨٥	المطلب الرابع في الوكيل:
٨٥	اشاره

- ٨٥ ..... الاولى [فى اشتراط ما يشترط فى الموكل فى الوكيل أيضا] : .....
- ٨٦ ..... الثانيه [حكم وكاله المرأه فى طلاق نفسها] : .....
- ٨٨ ..... الثالثه [فى بطلان وكاله الذمى على المسلم] : .....
- ٨٩ ..... الرابعه [فى عدم اشتراط العداله فى الوكيل] : .....
- ٩١ ..... الخامسه [فى عدم جواز مخالفه الوكيل لما عينه الموكل] : .....
- ٩٤ ..... السادسه [فى حكم صور بطلان الشراء للموكل من جهه مخالفه الوكيل لما عينه] : .....
- ٩٦ ..... السابعه [فى وكاله اثنين على جهه الاجتماع] : .....
- ٩٧ ..... الثامنه [فى عدم بطلان وكاله الزوجه أو العبد بالطلاق أو الإعتاق] : .....
- ٩٩ ..... التاسعه [فى صور التوكيل فى قبض حق من شخص مات قبل القبض] : .....
- ١٠١ ..... المطلب الخامس فيما تثبت به الوكاله: .....
- ١٠١ ..... اشاره .....
- ١٠١ ..... الأولى [فيما تثبت به الوكاله] : .....
- ١٠٤ ..... الثانيه [فى عدم ثبوت الوكاله بالاستفاضه] : .....
- ١٠٧ ..... الثالثه [فى صور ادعاء الوكاله عن غائب فى قبض ماله] : .....
- ١٠٧ ..... اشاره .....
- ١٠٨ ..... الأولى:أن يقيم الوكيل البينه على دعوى الوكاله .....
- ١٠٨ ..... الثانيه:أن ينكر الغريم الوكاله و لا بينه .....
- ١٠٨ ..... الثالثه:أن يصدق الغريم مدعى الوكاله،و الحق الموكل فيه عين فى يده .....
- ١٠٨ ..... الرابعه:الصوره بحالها و يكون الحق ديناً .....
- ١١٠ ..... المطلب السادس فى اللواحق: .....
- ١١٠ ..... اشاره .....
- ١١٠ ..... الاولى [فى كون الوكيل أميناً] : .....
- ١١٤ ..... الثانيه [فى وجوب تسليم الوكيل ما فى يده إلى الموكل مع المطالبه و عدم العذر] : .....
- ١١٤ ..... اشاره .....
- ١١٤ ..... الأول [وجوب الدفع مع الطلب و إمكان الدفع] : .....
- ١١٨ ..... الثانى [حق الامتناع حتى يشهد له صاحب الحق بالقبض] : .....

- الثالث [فى سماع دعوى تلف المال قبل الامتناع و عدمه] : ..... ١٢٠
- الثالثة [فى حكم دفع الموكل عينا إلى وكيله و أمره بالإيداع عند زيد] : ..... ١٢٢
- الرابعة [فى بيان مواضع لزوم الضمان و عدمه] : ..... ١٢٣
- اشاره ..... ١٢٣
- الأول:هل يخرج من الضمان بمجرد البيع قبل التسليم أم لا؟ ..... ١٢٤
- الثانى إذا باع ما فرط فيه و قبض الثمن فى صورته الجواز ..... ١٢٤
- الثالث:لو تعدى فى هذا الثمن بعد قبضه ..... ١٢٤
- الرابع:..... ١٢٤
- الخامسه [فى جواز بيع الوكيل من نفسه فى صورته الإذن] : ..... ١٢٥
- المطلب السابع فى التنازع:..... ١٢٩
- اشاره ..... ١٢٩
- الأولى:فى الاختلاف فى الوكالة و لو أحققها ..... ١٢٩
- اشاره ..... ١٢٩
- الاختلاف فى أصل الوكالة ..... ١٢٩
- الاختلاف فى التلف ..... ١٣٠
- الاختلاف فى الرد ..... ١٣٠
- ما إذا ادعى الوكيل التصرف فيما وكل فيه ..... ١٣٢
- ما لو اختلفا فى قدر الثمن المشتري به ..... ١٣٣
- ما لو ادعى الوكيل أنه قبض الثمن و تلف فى يده،فأنكر الموكل القبض ..... ١٣٣
- تذنيب [فى قبول قول الوصى فى الإنفاق] : ..... ١٣٤
- تذنيب آخر:..... ١٣٥
- الثانية [فى إنكار الموكل التوكيل فى تزويج امرأه له] : ..... ١٣٦
- الثالثة:لو ادعى الوكيل الاذن فى البيع بثمان معين فأنكر المالك الاذن فى ذلك القدر ..... ١٣٩
- اشاره ..... ١٣٩
- الأولى:أن تكون العين باقيه،و لم يصدق المشتري الوكيل ..... ١٣٩
- الثانية:الصورة بحالها و لكن صدق المشتري الوكيل ..... ١٣٩



- الثالثة: تلف العين مع التصديق ..... ١٤٠
- الرابعة: الصورة بحالها مع عدم التصديق ..... ١٤١
- الخامسة: رجوع الموكل على الوكيل مع التلف ..... ١٤١
- المسئلة الرابعة [فى القول بثبوت الخيار للبائع إذا اشترى الوكيل لموكله] : ..... ١٤١
- الخامسه [فى استحقاق المطالبه] : ..... ١٤٣
- السادسه [فى قبول شهاده الوكيل لموكله] : ..... ١٤٣
- السابعه [فى اختلافهما فى قبض الثمن قبل تسليم المبيع أو بعده] : ..... ١٤٤
- اشاره ..... ١٤٤
- الأول: ..... ١٤٤
- الثانى: ..... ١٤٧
- الثالث ..... ١٤٧
- كتاب الوقوف و الصدقات و ما يتبعها من الحبس و السكنى و الهبات ..... ١٥٠
- اشاره ..... ١٥٠
- المقصد الأول فى الوقف: ..... ١٥٠
- اشاره ..... ١٥٠
- [المطلب] الأول فى العقد و ما يلحق به ..... ١٥٤
- اشاره ..... ١٥٤
- [الموضع] الأول [فى تعريف الوقف] ..... ١٥٤
- اشاره ..... ١٥٤
- [فروع] ..... ١٥٤
- اشاره ..... ١٥٤
- الأول: لو نوى الوقف فيما يفتقر إلى القرينه ..... ١٥٤
- الثانى [الفرق بين الإضافه إلى جهه عامه و جهه خاصه] : ..... ١٥٧
- الثالث [وقوع الوقف بألفاظ أخرى مع نيته] : ..... ١٥٧
- الرابع [فى تسميه الوقف بالصدقه فى الصدر الأول] : ..... ١٥٧
- الموضع الثانى [فى عدم اشتراط القبول فى الوقف] : ..... ١٥٩

- المطلب الثاني في شرائط الوقف: ..... ١٦٣
- اشاره ..... ١٦٣
- المسأله الأولى [في اشتراط الدوام في الوقف] : ..... ١٦٣
- اشاره ..... ١٦٣
- الأول-فيما لو قرنه بمده معينه ..... ١٦٣
- الثاني:لو وقف على من ينقرض غالبا و لم يذكر المصرف بعده ..... ١٦٥
- الثالث [في صحه الوقف المنقطع الآخر] : ..... ١٦٨
- المسئله الثانيه [اشتراط التنجيز في صحه الوقف] : ..... ١٧١
- المسئله الثالثه [اشتراط القبض في صحه الوقف] : ..... ١٧٢
- اشاره ..... ١٧٢
- الأول [قبض الولى لمن هو ولى عليه كقبضه] : ..... ١٧٥
- الثاني [عدم الفرق بين أنواع الولى] : ..... ١٧٦
- الثالث [في اقتضاء الاحتياط كون القبض بإذن الواقف] : ..... ١٧٦
- الرابع:هل يكتفى بالقبض السابق و ان كان على غير وجه شرعى ..... ١٧٧
- الخامس [عدم اشتراط الفوريه في القبض] : ..... ١٧٨
- السادس [في أن المراد بالقبض قبض البطن الأول] : ..... ١٧٨
- السابع [لزوم نصب قيم للقبض فيما لو كان الوقف على الفقراء أو الفقهاء] : ..... ١٧٨
- الثامن [كيفية تحقق القبض في وقف المسجد و المقبره] : ..... ١٧٩
- التاسع [في عدم جواز الرجوع في الوقف بعد القبض و اعتبار قصد التقرب فيه] : ..... ١٨٠
- المسئله الرابعه [اشتراط إخراج المال في صحه الوقف و حكم الوقف المنقطع الأول] : ..... ١٨٤
- اشاره ..... ١٨٤
- تنبيهات: ..... ١٨٧
- الأول [فيما يترتب عليه على تقدير القول بالصحه] ..... ١٨٧
- الثاني [لو وقف على نفسه و غيره] : ..... ١٨٨
- الثالث [في بطلان الوقف باشتراط قضاء ديونه أو أداء مؤنته] : ..... ١٨٩
- الرابع [في حكم أخذ الواقف من الوقف] : ..... ١٩٢

- الخامس [فى شرط الواقف عند الوقف عوده إليه عند الحاجه] : ..... ١٩٣
- المسئله الخامسه:فى جملة من الشروط زياده على ما تقدم: ..... ١٩٨
- اشاره ..... ١٩٨
- ما لو شرط إدخال من يريد مع الموقوف عليهم ..... ١٩٨
- ما لو شرط إخراج من يريد ..... ١٩٩
- ما لو شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيوجد ..... ١٩٩
- ما لو وقف على أولاده الأصغر ..... ٢٠١
- المطلب الثالث فى شرائط الموقوف: ..... ٢٠٦
- اشاره ..... ٢٠٦
- الأول:أن يكون عينا ..... ٢٠٦
- الثانى:أن تكون مملوكه ..... ٢٠٧
- الثالث:أن يصح الانتفاع بها مع بقائها ..... ٢٠٨
- الرابع:أنه لا بد من إقباضها ..... ٢٠٩
- الخامس:هل يجوز وقف الدنانير و الدراهم أم لا؟ ..... ٢٠٩
- إلحاق [حكم وقف المشاع] : ..... ٢٠٩
- المطلب الرابع فى شرائط الواقف [البلوغ و العقل،و جواز التصرف]: ..... ٢١١
- اشاره ..... ٢١١
- أحدهما-فى وقف من بلغ عشرا ..... ٢١١
- ثانيهما [فى جواز جعل الواقف النظر فى الوقف لنفسه و لغيره] ..... ٢١٣
- اشاره ..... ٢١٣
- الأول [هل يعتبر العدالة فى الواقف لو جعل نفسه متوليا؟] ..... ٢١٥
- الثانى [فى عدم وجوب قبول الغير النظر فى الوقف] ..... ٢١٦
- الثالث [أقسام الناظر] ..... ٢١٦
- اشاره ..... ٢١٦
- أحدهما-أن يكون مشروطا فى العقد ..... ٢١٦
- ثانيهما-ما لم يكن كذلك ..... ٢١٦

- ٢١٧ ..... الرابع-لو شرط للناظر شيئاً من الريع -----
- ٢١٧ ..... الخامس [فى بيان وظيفه الناظر] -----
- ٢٢٠ ..... المطلوب الخامس فى شرائط الموقوف عليه: -----
- ٢٢٠ ..... اشاره -----
- ٢٢٠ ..... [المسأله] الأولى [إعلان الوقف على المعدوم] : -----
- ٢٢٠ ..... اشاره -----
- ٢٢١ ..... تنبيه [حكم الوقف على المساجد] : -----
- ٢٢٢ ..... المسئله الثانيه [الخلاف فى الوقف على الكافر] : -----
- ٢٢٢ ..... اشاره -----
- ٢٢٦ ..... إلحاق [حكم وقف الكافر على مثله] -----
- ٢٢٦ ..... المسئله الثالثه [فى حكم الوقف على البيع و الكنائس] : -----
- ٢٢٨ ..... المسئله الرابعه [فى شمول وصف الموقوف عليه أو نسبته لكل من تناوله الإطلاق] : -----
- ٢٢٨ ..... اشاره -----
- ٢٢٨ ..... منها-ما لو وقف على الفقراء -----
- ٢٣١ ..... و منها ما لو وقف على المسلمين -----
- ٢٣٣ ..... و منها الوقف على المؤمنين -----
- ٢٣٨ ..... و منها الوقف على الشيعه -----
- ٢٤٠ ..... و منها الوقف على الإماميه -----
- ٢٤١ ..... و منها الوقف على الزيديه -----
- ٢٤١ ..... و منها الوقف على الجيران -----
- ٢٤١ ..... اشاره -----
- ٢٤٤ ..... [تنبيهات] -----
- ٢٤٤ ..... اشاره -----
- ٢٤٤ ..... الأولى -----
- ٢٤٥ ..... الثانيه -----
- ٢٤٥ ..... الثالثه-لو باع الدار التى يسكنها -----

- ٢٤٥ ..... الرابعه-لو غاب عن الدار بسفر
- ٢٤٦ ..... الخامسه [لو كان له داران يتردد إليهما في السكنى]
- ٢٤٦ ..... السادسه [كيفية القسمة]
- ٢٤٦ ..... و منها ما لو وقف على قومه
- ٢٤٧ ..... و منها ما لو وقف على عشيرته
- ٢٤٨ ..... المسئله الخامسه [في شمول الوقف على ولده لأولاد البنات] :
- ٢٥٠ ..... المسئله السادسه [في الوقف على مصلحه فاتفق بطلان رسمها] :
- ٢٥٣ ..... [تنبيهات]
- ٢٥٣ ..... اشاره
- ٢٥٣ ..... أحدها:لو وقف على بنى تميم
- ٢٥٤ ..... و ثانيها [جواز الوقف على الذمى]
- ٢٥٤ ..... و ثالثها [بطلان الوقف لو لم يذكر المصرف]
- ٢٥٥ ..... و رابعها [في اقتضاء عدم التفضيل بين الأولاد التساوى]
- ٢٥٥ ..... المطلب السادس في اللواحق:
- ٢٥٥ ..... اشاره
- ٢٥٥ ..... [المسأله] الأولى [هل الوقف ينتقل عن ملك الواقف أم لا؟]
- ٢٥٥ ..... اشاره
- ٢٥٥ ..... الأول-أنه هل ينتقل الموقوف بالوقف عن ملك الواقف أم لا؟
- ٢٥٨ ..... الثاني-أنه على تقدير الانتقال [إلى من ينتقل؟]
- ٢٦٠ ..... فروع:
- ٢٦٠ ..... الأول [كيفية إثبات الوقف] :
- ٢٦١ ..... الثاني [عدم صحه إعتاق العبد الموقوف عليه] :
- ٢٦٢ ..... الثالث [في وقف أحد الشريكين حصته من العبد و إعتاق الآخر] :
- ٢٦٣ ..... الرابع [في بيان من يجب عليه نفقه العبد الموقوف] :
- ٢٦٥ ..... المسئله الثانيه [في جنايه العبد الموقوف على غيره] :
- ٢٦٥ ..... اشاره

- الأول-أن يجنى عمدا ..... ٢٦٥
- الثاني-أن تكون الجنايه خطأ ..... ٢٦٧
- الثالث [فى الجنايه على العبد الموقوف] ..... ٢٦٨
- اشاره ..... ٢٦٨
- [تنبيهات] ..... ٢٧٠
- اشاره ..... ٢٧٠
- الاولى [الخلاف فى الديه خاصه أم يعم الأرش؟] : ..... ٢٧٠
- الثانيه:أنه على تقدير شراء عبد أو بعض عبد يكون وقفا،فمن الذى يتولى ذلك؟ ..... ٢٧٠
- الثالثه:انه هل يصير وقفا بمجرد الشراء أم يفتقر إلى الصيغه؟ ..... ٢٧١
- الرابعه [لو لم تف القيمه بعبد كامل] : ..... ٢٧١
- الخامسه [وجوب كون البدل من جنس الموقوف] : ..... ٢٧١
- السادسه:هل للموقوف عليهم العفو عن القصاص أو عن الأرش أو الديه؟ ..... ٢٧١
- السابعه [ما لو عفى بعضهم] : ..... ٢٧٢
- المسئله الثالثه [فى انصراف الوقف على سبيل الله إلى ما يكون وصله إلى الثواب] : ..... ٢٧٢
- المسئله الرابعه:إذا وقف على مواليه ..... ٢٧٣
- المسئله الخامسه:فى الوقف على الأولاد ..... ٢٧٥
- اشاره ..... ٢٧٥
- أحدها-الوقف على أولاد الأولاد ..... ٢٧٥
- الثانيه-ما لو قال:على من انتسب إلى ..... ٢٧٦
- الثالثه-ما لو وقف على أولاده ..... ٢٨١
- الرابعه-ما لو قال:على أولادى و أولاد أولادى ..... ٢٨٤
- الخامسه-لو قال:على أولادى فإن انقرضوا و انقرض أولادى فعلى الفقراء ..... ٢٨٤
- تتمه [فى وجوب اتباع الشروط المذكوره فى الوقف] ..... ٢٨٦
- السابعه [فى جواز بيع الوقف على تقدير وقوع الخلف بين الموقوف عليهم] ..... ٢٨٨
- الثامنه [حكم ما لو أجز البطن الأول مده،ثم انقرضوا فى أثناءها] ..... ٢٨٩
- اشاره ..... ٢٨٩

- الأول- فى بطلان الإجاره و عدمه بموت البطن الأول ..... ٢٩٠
- الثانى [رجوع المستأجر على تركه الأولين] ..... ٢٩١
- التاسعه- فى جملة من أحكام الأمه الموقوفه ..... ٢٩١
- اشاره ..... ٢٩١
- [حرمة وطئ الأمه الموقوفه على الموقوفه عليه] ..... ٢٩١
- اشاره ..... ٢٩١
- أحدهما أنه هل تصير بالاستيلاء أم ولد، أم لا؟ ..... ٢٩٢
- ثانيهما [هل تؤخذ القيمه من تركته للبطن المتأخره بعد موته، و انعتاقها بموته؟] ..... ٢٩٣
- أنه يجوز تزويجها ..... ٢٩٣
- [حكم ما لو أتت بولد، و كان من مملوك أو زنا] ..... ٢٩٣
- [حرمة وطئها على الواقف] ..... ٢٩٣
- المقصد الثانى فى الصدقه: ..... ٢٩٥
- اشاره ..... ٢٩٥
- تنبيهات: ..... ٣٠٢
- الأول [فى عدم جواز الرجوع فيما تصدق به الإنسان لوجه الله] ..... ٣٠٢
- الثانى [تحريم الصدقه على بنى هاشم] : ..... ٣٠٦
- الثالث [فى جواز الصدقه على الذمى] : ..... ٣٠٧
- الرابع [فى استفاضه الأخبار بالحث على التصدق] : ..... ٣١٠
- الخامس [فى أفضلية الصدقه سرا] : ..... ٣١٢
- المقصد الثالث فى الحبس و السكنى و الرقى و العمرى: ..... ٣١٤
- اشاره ..... ٣١٤
- الأول [هل يكتفى بمجرد التراضى أم يحتاج إلى العقد؟] : ..... ٣١٩
- الثانى [فى اللزوم بالقبض و عدمه] : ..... ٣٢٠
- الثالث [حكم السكنى بعد موت الساكن] : ..... ٣٢٠
- الرابع [فى انتقال الحق إلى الورثه مده حياه المالك لو قرن السكنى بعمره] : ..... ٣٢٢
- الخامس [فى حكم الاقتران بعمر الأجنبى] : ..... ٣٢٤

- السادس [فى حكم إطلاق السكنى و العمرى و الرقى] : ..... ٣٢٥
- السابع [فى عدم بطلان السكنى و العمرى و الرقى بالبيع] : ..... ٣٢٨
- الثامن [فى الفروع المترتبة على عدم البطلان] : ..... ٣٣٠
- التاسع [حكم جعل الإنسان خدمه عبده لغيره مده ثم هو حر بعد ذلك] : ..... ٣٣٢
- العاشر [فى حبس الفرس أو البعير فى سبيل الله] : ..... ٣٣٤
- المقصد الرابع فى الهبة: ..... ٣٣٥
- اشاره ..... ٣٣٥
- [المقام] الأول: فى معنى الهبة و عقدها، و الأخبار الواردة فيها ..... ٣٣٥
- اشاره ..... ٣٣٥
- [الموضع] الأول- لو أراد هبه ما فى الذمه ..... ٣٥١
- اشاره ..... ٣٥١
- أحدهما فى هبه غير من عليه الحق ..... ٣٥١
- و ثانيهما- فى هبه من عليه الحق ..... ٣٥٢
- [الموضع] الثانى [فى اشتراط القبض فى الهبة فى الجملة] : ..... ٣٥٤
- اشاره ..... ٣٥٤
- تنبهات: ..... ٣٥٩
- الأول: لو مات المتهب بعد العقد و قبل القبض ..... ٣٥٩
- الثانى [عدم قبول الإنكار بعد الإقرار بالهبة و الإقباض] : ..... ٣٦٠
- الثالث [فى اشتراط إذن الواهب فى صحة القبض] : ..... ٣٦٠
- الرابع [حكم ما لو وهبه فى يد الموهوب] : ..... ٣٦٠
- الخامس [فىمن يتولى القبض فى الهبة للصغير] : ..... ٣٦١
- السادس [فى كيفية القبض فى هبه المشاع] : ..... ٣٦٣
- السابع: لو وهب اثنين شيئاً ..... ٣٦٥
- الموضع الثالث [فى جواز تفضيل بعض الأولاد] : ..... ٣٦٦
- الموضع الرابع [جواز الرجوع فى الهبة] : ..... ٣٧٢
- اشاره ..... ٣٧٢



- ٣٧٤ ..... [الصور المستثناه من جواز الرجوع]
- ٣٧٤ ..... الأولى-فيما لو كانت الهبه لذى الرحم
- ٣٧٥ ..... الثانيه-فيما لو تلف بعد القبض
- ٣٧٦ ..... الثالثه-فيما لو عوض عنها
- ٣٧٩ ..... الرابعه-فيما لو كانت لأحد الزوجين
- ٣٨١ ..... الخامسه-فيما لو ضم إليها قصد القربه
- ٣٨١ ..... السادسه-التصرف [و الأقوال فيه]
- ٣٩١ ..... المقام الثانى فى جملة من أحكامها زياده على ما سبق:
- ٣٩١ ..... اشاره
- ٣٩١ ..... [المسأله] الأولى:إذا وهب و أقبض ثم باع الهبه من آخر
- ٣٩١ ..... اشاره
- ٣٩٢ ..... تتميم [فى صحه البيع مع الجهل بفساده]
- ٣٩٧ ..... المسئله الثانيه [حكم ما لو تراخى القبض عن العقد ثم أقبض]:
- ٣٩٨ ..... المسئله الثالثه [فى قبول قول منكر الإقباض و إن أقر بالهبه]:
- ٣٩٩ ..... المسئله الرابعه [حكم ما لو رجع الواهب فى الهبه]
- ٤٠٠ ..... كتاب السبق و الرمايه
- ٤٠٠ ..... اشاره
- ٤٠١ ..... [الأخبار فى المقام]
- ٤٠٨ ..... [المورد] الأول [فى لزوم عقد السبق و الرمايه و جوازه]:
- ٤١١ ..... المورد الثانى [النص فى السبق و الرمايه]:
- ٤١١ ..... اشاره
- ٤١١ ..... أحدها [فى وجوب الاقتصار على مورد النص فى السبق و الرمايه]
- ٤١٢ ..... و ثانيها [اتحاد السهام و النشاب]
- ٤١٣ ..... و ثالثها [فى مصاديق ما دل عليه النص]
- ٤١٤ ..... و رابعها [فى حكم المسابقه بغير المنصوص من دون عوض]
- ٤١٦ ..... المورد الثالث:فى أسماء خيل الحلبيه و أسماء السهام و ما يتبع ذلك و يلحق به

٤١٦	اشاره
٤١٦	الأول [وجه التسميه]
٤١٨	الثاني [فى بيان الاصطلاحات فى أسماء السهام]
٤١٩	الثالث [فى بيان أوصاف السهم عند الإصابه للغرض]
٤١٩	اشاره
٤٢٠	أحدها-الحابى
٤٢٠	و ثانيها-الخاصر
٤٢٠	و ثالثها-الخازق
٤٢١	و رابعها-الخارق
٤٢٢	و خامسها-الخارم
٤٢٣	الرابع [فى تفسير الغرض و الهدف]
٤٢٥	كتاب الوصايا
٤٢٥	اشاره
٤٢٥	[فى الأخبار الوارده فى الحث على الوصيه]
٤٢٥	اشاره
٤٢٩	[فوائد فى هذه الأخبار]
٤٢٩	اشاره
٤٣٠	الأول
٤٣١	الثاني
٤٣١	الثالث
٤٣١	الرابع
٤٣٣	الخامس
٤٣٤	السادس
٤٣٥	المقصد الأول فى الوصيه:
٤٣٥	اشاره
٤٣٧	المسئله الثانيه [فى وقت انتقال الموصى به إلى ملك الموصى له] :

- المسئله الثالثه [فى عدم الفرق بين وقوع القبول قبل موت الموصى أو بعده] : ٤٤٢
- المسئله الرابعه [فى حكم وقوع الرد بعد الموت و القبول و قبل القبض] : ٤٤٣
- المسئله الخامسه [فى انتقال حق قبول الوصيه إلى ورثه الموصى له لو مات] : ٤٤٧
- المسئله السادسه [فى كيفيه انتقال الوصيه إلى الورثه] : ٤٥١
- المسئله السابعه [فى عدم لزوم الوصيه ما دام الموصى حيا] : ٤٥٤
- اشاره ٤٥٤
- [فى كيفيه الرجوع فى الوصيه] ٤٥٨
- اشاره ٤٥٨
- أحدها-القول الصريح ٤٥٨
- ثانيها-بيع العين التى أوصى بها ٤٥٨
- ثالثها-فعل ما يدل على اراده الرجوع ٤٦٠
- رابعها-الفعل المبطل للاسم الذى هو متعلق الوصيه ٤٦٠
- المقصد الثانى فى الموصى: ٤٦١
- اشاره ٤٦١
- [المقام الأول [فى بيان شرائط الموصى] : ٤٦١
- المقام الثانى [فى عدم نفوذ وصيه من جرح نفسه بما فيه هلاكه] : ٤٦٨
- المقام الثالث [حكم الوصيه بالولاية] : ٤٧١
- المقصد الثالث فى الموصى به: ٤٧٢
- اشاره ٤٧٢
- [المسأله الأولى [ما يعتبر فى الموصى به] : ٤٧٢
- المسئله الثالثه [فى الوصيه بالمضاربه بتركته] : ٤٧٩
- اشاره ٤٧٩
- تنبيهات: ٤٨٣
- الأول [فى حكم إجازة بعض الورثه فى الوصيه بالزائد] : ٤٨٣
- الثانى [فى لزوم إجازة الوارث فى حال حياه الموصى و بعد موته] : ٤٨٤
- الثالث [فى كون إجازة الوارث بعد موت الموصى تنفيذا للوصيه] : ٤٨٥

- الرابع [فى تعيين وقت تقدير الثلث] : ..... ٤٨٧
- الخامس [فى دخول ديه الخطأ و أرش الجنايه فى الوصيه] : ..... ٤٨٧
- المسئله الرابعه [فى خروج الواجب المالى من أصل التركه و إن لم يوص] ..... ٤٩١
- المسئله الخامسه [فى دخول النقصان على الأخير فى صورته تعدد الوصيه] : ..... ٤٩٥
- اشاره ..... ٤٩٥
- تذنيبان: ..... ٥٠١
- الأول-لو اشتبه السابق ..... ٥٠١
- الثانى: لو أوصى بشيء واحد لاثنتين ..... ٥٠١
- المسئله السادسه [فى الوصيه بعق مماليكه و من جملتهم من هو مشترك] : ..... ٥٠١
- اشاره ..... ٥٠١
- إلحاق يشتمل على جملة من الفروع: ..... ٥٠٤
- الأول [فى إجازة الوارث الوصيه بالنصف ثم دعواه قله المال] : ..... ٥٠٤
- الثانى [دعوى الورثه أن الوصيه أزيد مما ظنوا] : ..... ٥٠٤
- الثالث [فى الوصيه بثلث ماله مشاعا] : ..... ٥٠٦
- الرابع [لو أوصى بثلث عبده فتبين أنه ليس له من العبد إلا ثلثه] : ..... ٥٠٧
- الخامس [فى انصراف الوصيه بما يقع اسمه على المحلل و المحرم إلى المحلل] : ..... ٥٠٧
- السادس [فى صحه الوصيه بالكلاب المملوكه] : ..... ٥٠٩
- تتميم: ..... ٥١١
- اشاره ..... ٥١١
- فمنها الوصيه بالجزء من ماله ..... ٥١١
- و منها الوصيه بالسهم ..... ٥١٩
- و منها ما لو أوصى بشيء ..... ٥٢٢
- و منها ما لو أوصى بكثير ..... ٥٢٢
- و منها ما لو أوصى بوجه من الوصايا فنسى الوصى بعضها ..... ٥٢٤
- و منها ما لو أوصى بسيف معين و هو فى جفن ..... ٥٢٦
- و منها ما لو أوصى فى سبيل الله ..... ٥٣١

- و منها ما لو أوصى بإخراج بعض ولده من ميراثه ..... ٥٣٦
- تنبيهات: ..... ٥٣٨
- الأول [فى الرجوع فى تفسير الوصيه بلفظ مجمل إلى الوارث] : ..... ٥٣٨
- الثانى [ادعاء الموصى له أن الموصى أراد قدرا مخصوصا] : ..... ٥٣٩
- الثالث [فى ثبوت الرخصه فى الوصيه بالثلث من دون كراهه] : ..... ٥٣٩
- المقصد الرابع فى أحكام الوصيه: ..... ٥٤٣
- اشاره ..... ٥٤٣
- [المسأله] الاولى [فى عدم اشتراط كون الموصى به موجودا بالفعل حين الوصيه] : ..... ٥٤٣
- اشاره ..... ٥٤٣
- تنبيه: ..... ٥٤٥
- المسئله الثانيه [فى تقويم المنافع الموصى بها] ..... ٥٤٥
- اشاره ..... ٥٤٥
- تذنيب: ..... ٥٤٨
- اشاره ..... ٥٤٨
- الاولى [فيمن يجب عليه نفيه العبد الموصى بمنافعها مؤبده] : ..... ٥٤٨
- الثانيه [التصرف فى المنفعه و الرقبه] : ..... ٥٥٠
- المسئله الثالثه [فى الوصيه بقوس و له قسى مختلفه] : ..... ٥٥١
- اشاره ..... ٥٥١
- تنبيهات: ..... ٥٥٣
- الأول [الخيار للورثه فى تعيين المشتركات أو المتواطئات] : ..... ٥٥٣
- الثانى: لو قال: أعطوه قوسى بالإضافة إلى نفسه، و ليس له إلا قوس واحده ..... ٥٥٣
- الثالث: لو أوصى برأس من مماليكه ..... ٥٥٣
- المسئله الرابعه [فى قبول شهاده عدول أهل الذمه فى الوصيه فى السفر إذا لم يوجد مسلم] : ..... ٥٥٤
- اشاره ..... ٥٥٤
- [فوائد] ..... ٥٥٩
- اشاره ..... ٥٥٩

- الأولى [اشتراط القبول بالسفر] ----- ٥٥٩
- الثانيه-اشتراط الحلف ----- ٥٥٩
- الثالثه [فى أن قبول شهاده الذمى فى المال خاصه] ----- ٥٥٩
- الرابعه [كيفية العداله فى الذميين] ----- ٥٦٠
- الخامسه [حكم شهاده المجوس] ----- ٥٦٠
- السادسه [تعارض المسلمان الفاسقان و الذميان العدلان] ----- ٥٦٠
- [تنبيهات] ----- ٥٦٠
- اشاره ----- ٥٦٠
- الأول [فى ثبوت الوصيه بالمال بشاهد و يمين] : ----- ٥٦٠
- الثانى [فى عدم قبول شهاده النساء منفردات فى الوصيه بالولاية] : ----- ٥٦٥
- الثالث [فى قبول شهاده عبديه على حمل أمته منه و كراهه استرقاق الحمل لهما] ----- ٥٦٦
- الرابع [فى شهاده الوصى فيما هو وصى فيه] : ----- ٥٦٧
- المسئله الخامسه:فى الوصيه بالعتق ----- ٥٧٠
- اشاره ----- ٥٧٠
- منها-من أوصى بعتق عبيده و ليس له سواهم ----- ٥٧٠
- و منها-ما لو أوصى بعتق عدد مخصوص من عبيده ----- ٥٧١
- و منها-ما لو أعتق مملوكه عند الوفاه منجزا و ليس له غيره ----- ٥٧١
- و منها-ما لو أوصى بعتق رقبه مؤمنه ----- ٥٧٢
- و منها أنه لو أوصى بعتق رقبه بثمن معين فلم يجدها بذلك الثمن ----- ٥٧٤
- و منها أنه لو أعتق رقبه بظن أنها مؤمنه،ثم بانته بخلاف ذلك ----- ٥٧٧
- المقصد الخامس فى الموصى له: ----- ٥٧٧
- اشاره ----- ٥٧٧
- الاولى [فى اشتراط وجود الموصى إليه حال الوصيه] : ----- ٥٧٧
- الثانيه [فى صحه الوصيه للوارث و الأجنبى] : ----- ٥٧٩
- الثالثه [فى بيان الأقوال فى الوصيه للذمى و الحربى] : ----- ٥٨٢
- الرابعه [فى الوصيه لمملوك الأجنبى و مديره] : ----- ٥٩١

- ٥٩١ ..... اشارة
- ٥٩٣ ..... تنبيهان:
- ٥٩٣ ..... الأول [رأى الشيخ فى المسأله] :
- ٥٩٥ ..... الثانى [فى وصيه الإنسان لمكاتبه] :
- ٥٩٦ ..... الخامسه [فى وصيه الإنسان لمملوكه] :
- ٥٩٦ ..... اشارة
- ٥٩٨ ..... الأول [الفرق بين ما إذا كانت الوصيه بجزء مشاع و بينما إذا كانت بعين]
- ٥٩٩ ..... الثانى [فى رد تفصيل الشيخين فى وصيه الإنسان لمملوكه]
- ٦٠٠ ..... السادسه [فى وصيه الإنسان بعق مملوكه و عليه دين] :
- ٦٠٠ ..... اشارة
- ٦٠٥ ..... الأول [فى نقل الأقوال فى الوصيه بالعق و عليه دين] :
- ٦٠٧ ..... الثانى [فى نقل الأقوال فى العتق المنجز و عليه دين] :
- ٦٠٩ ..... السابعه [فى الوصيه لأم ولده] :
- ٦١٢ ..... الثامنه [فى اقتضاء إطلاق الوصيه التسويه] :
- ٦١٤ ..... التاسعه [فى وصيه الإنسان لذوى قرابته و أهل بيته] :
- ٦١٨ ..... العاشره [فى صحه الوصيه للحمل الموجود و إن لم تحله الحياه] :
- ٦٢٠ ..... الحاديه عشر [فى انتقال الوصيه إلى ورثه الموصى له إن مات قبل الوصى] :
- ٦٢٥ ..... الثانيه عشر [الوصايه للأقرب] :
- ٦٢٥ ..... المقصد السادس فى الوصايه:
- ٦٢٥ ..... اشارة
- ٦٢٥ ..... الأولى [اشتراط الكمال و العدالة فى الوصى] :
- ٦٢٩ ..... الثانيه [فى بيان مواضع اشتراط الحره و الإسلام فى الوصى] :
- ٦٢٩ ..... اشارة
- ٦٣٣ ..... إلحاق [فى وقت اعتبار هذه الصفات]
- ٦٣٣ ..... الثالثه [فى حكم الوصايه إلى اثنين] :
- ٦٣٣ ..... اشارة

- الأول [فى تشاح الوصيين فى صوره وجوب الاجتماع] : ..... ٦٣٧
- الثانى [فى وجوب ضم الحاكم إلى أحد الوصيين لو تعذر الآخر] : ..... ٦٣٩
- الثالث [حكم ما لو مات أحد الوصيين أو فسق] : ..... ٦٤٠
- الرابعه [فى جواز رد الوصيه ما دام الموصى حيا] : ..... ٦٤١
- اشاره - ..... ٦٤١
- إلحاق [فى وجوب قبول الابن وصيه الأب إذا دعاه إلى قبوله] - ..... ٦٤٦
- إلحاق آخر [هل يكفى فى جواز الرد مجرد بلوغ الخبر و ان لم يوجد وصى غيره؟] ..... ٦٤٧
- الخامسه [فى كون الوصى أميناً] : ..... ٦٤٨
- السادسه [فى عدم جواز أخذ الوصى ماله على الميت من تحت يده إلا بالبينه] : ..... ٦٥٠
- اشاره - ..... ٦٥٠
- تذنيب [حكم ما لو كان الدين لغير الوصى، و هو عالم به] ..... ٦٥٣
- السابعه [فى جواز إيضاء الوصى لو أذن له الموصى] : ..... ٦٥٤
- الثامنه [فى ثبوت النظر للحاكم و النقه فى أموال الميت و أطفاله إن لم يكن له وصى] : ..... ٦٥٦
- التاسعه: لو أوصى بالنظر فى مال ولده إلى أجنبى و له أب ..... ٦٦١
- العاشره [فى نقل الأقوال فى وقت اعتبار الشروط فى صحه الوصايه] : ..... ٦٦٢
- المقصد السابع فى اللواحق: ..... ٦٦٥
- اشاره - ..... ٦٦٥
- [المسأله] الاولى [فى حكم منجزات المريض] : ..... ٦٦٥
- اشاره ..... ٦٦٥
- تذنيب: ..... ٦٨١
- المسئله الثانيه [حكم إقرار الإنسان فى مرض موته] : ..... ٦٨٢
- اشاره ..... ٦٨٢
- تذنيب [فى الإشاره إلى الروايات الوارده فى المقام] ..... ٦٨٨
- المسئله الثالثه [فى صحه الوصيه بجميع المال إذا لم يكن له وارث] : ..... ٦٩٣
- المسئله الرابعه [عدم ضمان الوصى مقدار الدين مع العزل و عدم التفريط] : ..... ٦٩٧
- المسئله الخامسه [فى حكم انتقال من ينعق على المريض إليه] ..... ٦٩٩



٦٩٩ ..... اشارة

٦٩٩ ..... الأولى-أن يملكه بغير عوض و يكون الملك اختياريا

٧٠١ ..... الثانيه-الصوره بحالها و لكن ملكه بغير اختيار

٧٠١ ..... الثالثه-أن يملكه بعوض موروث اختيارا

٧٠٢ ..... الرابعه-أن يملكه بعوض موروث ملكا قهريا بغير اختياره

٧٠٢ ..... الخامسه-أن يملكه بعوض غير موروث

٧٠٢ ..... السادسه-أن يملكه كذلك بغير اختياره،بل بإلزام الشارع

٧٠٢ ..... المسئله السادسه [فى صحه الوصيه بالإشاره و الكتابه] :

٧٠٧ ..... ختام به الإتمام:

٧٢٥ ..... تعريف مركز

## الحدائق الناضرة في احكام العتره الطاهره المجلد ٢٢

### اشاره

سرشناسه : بحرانی، يوسف بن احمد، ق ١١٨٦ - ١١٠٧

عنوان و نام پديدآور : الحدائق الناضرة في احكام العتره الطاهره / تاليف يوسف البحراني

مشخصات نشر : قم.

وضعيت فهرست نویسی : فهرست نویسی قبلی

یادداشت : فهرست نویسی براساس جلد هجدهم

یادداشت : کتابنامه

شماره کتابشناسی ملی : ٥٥٦٠٩

ص : ١

### اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، و صلى الله على محمد و آله الطاهرين.

ص : ١



قال في التذكرة: الوكاله عقد شرع للاستتابه فى التصرف، و هى جائزه بالكتاب، و السنه، و الإجماع، أما الكتاب «فقوله سبحانه (١) إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسْكِينِ وَ الْعَامِلِينَ عَلَيْهَا» فجوز العمل، و ذلك بحكم النيبه عن الشخص، و قوله تعالى (٢) «فَابْعَثُوا أَحِدَكُمْ بِرِزْقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ، فَلْيَنْظُرُوا فِيهَا أَوْ كَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَ لِيَتَلَطَّفَ» و هذه وكاله، و قوله تعالى (٣) «اذْهَبُوا بِقَمِيصَتِي هَذَا فَالْقُوهُ عَلَى وَجْهِ أَبِي يَأْتِ بَصِيرًا»، فهذه وكاله و أما السنه فما رواه العامه ثم نقل جمله من أخبارهم، و منها حديث عروه البارقى (٤) فى شراء الشاه، و حديث وكالته (صلى الله عليه و آله) عمرو بن أميه الضيمرى (٥) فى قبول نكاح أم حبيبه بنت أبى سفيان، و وكل أبى رافع (٦) فى قبول نكاح ميمونه، ثم نقل حديثا من طرق الخاصه، و أحال على الأحاديث الآتية فى الكتاب، الى أن قال: وقد اجتمعت الأمه فى جميع الأمصار و الأعصار على جواز الوكاله، و لأن اشتداد

ص: ٣

١-١) سورة التوبه-الايه ٦٠.

٢-٢) سورة الكهف-الايه ١٩.

٣-٣) سورة يوسف-الايه ٩٣.

٤-٤) المستدرک ج ٢ ص ٤٦٢ الباب ١٨ ح ١.

٥-٥) المستدرک ج ٢ ص ٥١٠ الباب ٢٠ ح ٣.

٦-٦) المستدرک ج ٢ ص ٥١٠ الباب ٢٠ ح ٣.

الحاجه الى الوكاله ظاهره، إذ لا يمكن لكل أحد مباشره ما يحتاج اليه من الأفعال فدعت الضروره إلى الاستنابه، انتهى كلامه.

و الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مطالب سبعة:

## المطلب الأول فى العقد و ما يلحق به:

### اشاره

و تحقيق الكلام فى ذلك يقع فى مسائل

### الأولى [فى كفايه كل ما يدل على الرضا بالاستنابه]:

قال فى التذكرة عقيب الكلام المتقدم: الوكاله عقد يتعلق به حكم كل واحد من المتعاقدين، فافتقر إلى الإيجاب و القبول، كالبيع و الأصل فيه عصمه مال المسلم، و منع غيره من التصرف فيه إلا بإذنه، فلا بد من جهه الموكل من لفظ دال على الرضا بتصرف الغير له، و هو كل لفظ يدل على الاذن، مثل أن يقول و كلتك فى كذا و فوضت إليك، و استنتبتك فيه، و ما أشبهه، و لو قال: و كلتني فى كذا فقال: نعم، و أشار بما يدل على التصديق كفى فى الإيجاب، و لو قال: بع و أعتق و نحوهما حصل الاذن، و هذا لا يكاد يسمى إيجاباً بل هو أمر و اذن، و انما الإيجاب قوله و كلتك و استنتبتك و فوضت إليك و ما أشبهه و قوله أذنت لك فى فعله ليس صريحاً فى الإيجاب، بل اذن فى الفعل، الى أن قال: و لا بد من القبول لفظاً، و هو كل ما يدل على الرضا بالفعل أو قولاً، و يجوز القبول بقوله قبلت، و ما أشبهه من الألفاظ الداله عليه، و كل فعل يدل على القبول، نحو أن يأمره بالبيع فيبيع أو بالشراء فيشتري، لأن الذين و كلهم النبى (صلى الله عليه و آله و سلم) لم ينقل عنهم سوى امتثال أمره، و لأنه اذن فى التصرف، فجاز القبول فيه بالفعل، كأكل الطعام انتهى.

أقول: قد تقدم فى غير موضع ما يدل على سعه الدائره فى العقود و أن المعتبر فيها هو كل ما يدل على الرضا من الطرفين بذلك المعقود عليه، بقى الكلام فى قوله «ان قوله بع و أعتق لا يسمى إيجاباً، و انما هو أمر و اذن، و كذا فى قوله أذنت لك فى فعله، ليس صريحاً فى الإيجاب.

ففيه أنه قد صرح أولاً- بأن الإيجاب عبارته عن كل لفظ يدل على الرضا بتصرف الغير له، وهو كل لفظ يدل على الأذن، وقال: أخيراً في تعليل صحه القبول الفعلي، ولأنه اذن في التصرف، فجاز القبول فيه بالفعل، وتقدم في كلامه السابق عد الآيه، وهي قوله عز وجل (١) «أذْهَبُوا بِقَمِيصِي» وقوله تعالى (٢) «فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ» عن باب الوكاله، وقال: أيضاً بعد هذا الكلام الذى نقلناه وقد وكل النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عروه البارقي (٣) فى شراء شاه بلفظ الشراء، يعنى اشترى، وهو مثل لفظ بع الذى منع منه هنا، وقال: قال الله تعالى مخبراً عن أهل الكهف، ثم ذكر الآيه ثم قال: دل على الاذن فجرى مجرى قوله وكتلك، ومقتضى ذلك كون المثالين المذكورين، وقوله أذنت لك كذلك.

و بالجمله فإن المستفاد من كلامهم هو سعه الدائره، فى هذا العقد زياده على غيره من العقود من حيث أنه من العقود الجائزه، فلا يختص بألفاظ مخصوصه، بل يكفى كل ما دل على الرضا بالاستتابه.

قال فى المسالك: لما كان عقد الوكاله من العقود الجائزه صح بكل لفظ يدل على الاستتابه و ان لم يكن على نهج الألفاظ المعتمره فى العقود، وينبه عليه قول النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) لعروه البارقي «اشتر لنا شاه» وقوله تعالى حكاية عن أهل الكهف (٤) «فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ» و منه بع، و اشترى، و أعتق، و أذنت لك فى كذا، و نعم، عقيب الاستفهام التقريرى، كو كلتنى فى كذا، لأنها نائبه مناب وكتلك، و كذا الإشاره الداله على المراد الواقعه جواباً، فإنها و ان لم تفد جواباً صريحاً و لم يحصل النطق به، إلا أنه بمنزلته فى الدلاله، فيكفى فيه التوسع فى مثل هذا العقد، انتهى و هو جيد.

ص: ٥

١- ١) سورة يوسف- الايه ٩٣.

٢- ٢) سورة الكهف- الايه ١٩.

٣- ٣) المستدرک ج ٢ ص ٤٦٢ الباب ١٨ ح ١.

٤- ٤) سورة الكهف- الايه ١٩.

ثم ان ظاهر كلامهم هنا الاتفاق على الاكتفاء بالقبول الفعلى، و ان اختلفوا فيه فى غيره من العقود سيما العقود اللازمه كما تقدم ذكره فى جمله من العقود، و ذلك بأن يوكله فى البيع أو الشراء، فيبيع أو يشتري من غير لفظ يدل على القبول، قالوا: و الوجه فى ذلك أن المقصود عن الوكالة الاستنابه، و الاذن فى التصرف، و هو اباحه و رفع حجر، فأشبهه إباحه الطعام، و وضعه بين يدى الآكل، فإنه لا يفتقر الى القبول اللفظى.

بقى الكلام فى أن ظاهر ما قدمنا نقله عنه من قوله «و كل فعل يدل على القبول» الى آخره يدل على أن القبول الفعلى هو فعل ما تعلق به الوكالة، و هو الذى صرح به غيره من الأصحاب أيضا الا أنه قال بعد هذا الكلام و القبول يطلق على معنيين: أحدهما الرضا و الرغبة فيما فوض اليه، و نقيضه الرد، و الثانى اللفظ الدال عليه على النحو المعترف فى البيع، و سائر المعاملات، و يعتبر فى الوكالة القبول بالمعنى الأول، حتى لو رد و قال: لا أقبل أو لا أفعل، بطلت الوكالة و لو ندم و أراد أن يفعل أو يرجع، بل لا بد من استيناف اذن جديد مع علم الموكل، لأن الوكالة جائزه من الطرفين، يرتفع فى الالتزام بالفسخ انتهى.

و ظاهر هذا الكلام أنه لا يكفى مجرد الفعل لما تعلق به الوكالة، بل لا بد من اقترانه بالرضا و الرغبة و وقوعه قبل أن يرد، و مقتضى الكلام الأول هو صحة الوكالة متى فعل ما و كل به لأن بذلك يحصل القبول، و ينضم إلى الإيجاب المتقدم و ان رد أولا، و قال: لا أقبل، و الفسخ إنما يكون بعد تمام العقد بالقبول، و ما لم يفعل أو يقبل باللفظ فلا معنى للفسخ، لعدم حصول العقد.

و يؤيد ما ذكرناه عموم أدله الوكالة مثل

قوله عليه السلام (1)

«الوكالة ثابتة حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول». على أن انعزاله بعزله نفسه بعد تمام

ص: ٦

---

(١- ١) التهذيب ج ٦ ص ٢١٣ ح ١، الفقيه ج ٣ ص ٤٧ ح ٣٣٨١، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٥ ح ١.

العقد مع عدم عزل الموكل له محل منع، كما سيأتي التنبيه عليه ان شاء الله تعالى في محله.

ثم ان ظاهر ما ذكره من الاكتفاء في الإيجاب بما يدل على الوكالة، و لو بالإشارة هو الاكتفاء بالكتابة أيضا، قال في المسالك: و ما ذكره المصنف و الجماعه من الاكتفاء في الإيجاب بالإشارة اختيارا يقتضى الاكتفاء بالكتابة أيضا، لا اشتراكهما في الدلاله مع أمن التزوير انتهى.

أقول: و الذى وقفت عليه من أخبارهم عليهم السلام فى المقام ما رواه

الصدوق عن داود بن الحصين عن عمر بن حنظله (١) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

سألته عن رجل قال لآخر اخطب لى فلانه، فما فعلت من شىء مما قاوت من صداق أو ضمنت من شىء أو شرطت فذلك لى رضا و هو لازم لى و لم يشهد على ذلك، فذهب فخطب له، و بذل الصداق. الحديث و ما رواه

عن حماد عن الحلبي (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام

أنه قال فى رجل يحمل المتاع لأهل السوق و قد قوموا عليه قيمه فيقولون بع فما ازددت فلك.

إلى أنه قال

فى امرأه و لت أمرها رجلا- فقالت: زوجنى فلانا. الحديث، و فيه أنه بعد أن قاوت الزوج على المهر زوجها من نفسه فأبطل عليه السلام التزويج،

و موثقه سماعه (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام

فى الرجل يحمل المتاع لأهل السوق، و قد قوموا عليه قيمه فيقولون: بع فما ازددت فلك، فقال لا بأس بذلك.

و فى صحيحه زراره (٤) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل يعطى المتاع فيقول ما ازددت على كذا فهو لك فقال: لا بأس.»

و فى صحيحه محمد بن مسلم (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام

«انه قال فى رجل

ص: ٧

١- ١) الفقيه ج ٣ ص ٤٩ ح ٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٨ ح ١.

٢- ٢) الفقيه ج ٣ ص ٥٠ ح ٦، التهذيب ج ٦ ص ٢١٦ ح ٧، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٠ ح ١.



- ٣-٣) الفقيه ج ٣ ص ١٤٥ ح ٢٩، الكافي ج ٥ ص ١٩٥ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٥٤ ح ٣٣. الوسائل ج ١٢ ص ٣٨١ ح ٣.
- ٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٥٤ ح ٣٢. الوسائل ج ١٢ ص ٣٨١ ح ٢.
- ٥-٥) التهذيب ج ٧ ص ٥٤ ح ٣١. الوسائل ج ١٢ ص ٣٨١ ح ١.

قال لرجل: بع ثوبا بعشره دراهم فما فضل فهو لك، قال: ليس به بأس».

و العقود فى هذه الأخبار كلها كما ترى من قبيل ما تقدم من قوله بع و أعتق و اشترى، و نحو ذلك مما يدل على الإذن و الاستنابه، و ليس فى شىء منها ما يتضمن القبول لفظا و انما تضمنت المبادره إلى امتثال ما أمر به، لكنه فى الحديث الثانى حيث خالف مقتضى الأمر و زوجها من نفسه أبطل عليه السلام الترويح.

و نحو ذلك فى

صحيحه هشام (١) عن أبى عبد الله عليه السلام:

إذا قال لك الرجل اشترى لى فلا تعطه من عندك، الحديث.

و قوله

فى موثقه إسحاق بن عمار (٢) عنه عليه السلام قال:

«سألته عن الرجل يبعث الى الرجل فيقول: ابتع لى ثوبا فيطلب له فى السوق الحديث.

و فى الثانىيه منهما دلالة على ثبوت الوكالة من الغائب بالمكاتبه أو الإرسال على لسان شخص آخر كما تقدم ذكره.

و فى روايه هشام بن سالم (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام

فى رجل و كل آخر على وكالة فى إمضاء أمر من الأمور و أشهد له بذلك شاهدين فقام الوكيل فخرج لإمضاء الأمر»،  
الحديث.

و هو ظاهر فى الاكتفاء بالقبول الفعلى و إطلاق هذه الأخبار ظاهر فيما هو المشهور من حصول القبول الفعلى بالإتيان بما تعلقت به الوكالة، خلافا لما تقدم نقله عن التذكرة من اشتراط الرضا و الرغبة.

و فى روايه العلاء بن سيباه (٤) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه و كلت رجلا أن يزوجه من رجل، فقبل الوكالة و أشهدت له بذلك، فذهب الوكيل فزوجه» الحديث.

ص: ٨:

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ٦ ح ١٩، الوسائل ج ١٢ ص ٢٨٨ ح ١.

٢- ٢) الوسائل ج ١٢ ص ٢٨٩ ح ٢.

- ٣-٣) التهذيب ج ٦ ص ٢١٣ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٦ ح ١.
- ٤-٤) التهذيب ج ٦ ص ٢١٤ ح ٥، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٦ ح ٢.

و هذا الخبر مما يدل على القبول لكنه أعم من أن يكون بلفظ قبلت و نحوه، أو بمجرد إظهار الرضا،

و فى صحيحه أبى ولاد الحناط (١) قال:

«سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل أمر رجلا أن يزوجه امرأه بالمدينه، و سما هاله، و الذى أمره بالعراق فخرج المأمور فزوجها إياه» الحديث.

و روايه الحذاء (٢)

«عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل أمر رجلا أن يزوجه امرأه من البصره من بنى تميم، فزوجه امرأه من أهل الكوفه من بنى تميم، قال:

خالف أمره». الحديث.

و فى هذين الخبرين دلالة على ما دلت عليه الأخبار المتقدمه من قوله:

«زوجنى أو اخطب لى» و القبول فيهما إنما وقع بالإتيان بما أمر به، لكنه فى الثانى أبطل الوكاله من حيث المخالفه.

و فى روايه محمد بن عيسى (٣)

«أنه بعث إليه أبو الحسن الرضا عليه السلام بثلاثمائة دينار الى رحم امرأه كانت له، و أمره أن يطلقها عنه و يمتعها بهذا المال». و فيها دلالة على ما قدمنا ذكره من ثبوت الوكاله عن الغائب بالكتابه أو الإرسال على لسان شخص، الى غير ذلك من الأخبار التى يقف عليها المتتبع، و لا يخفى على من تتبع الروايات الخاصه و العامه أن ما اشتملت عليه من عقود الوكاله ليس فيها أزيد من الأوامر بما يريد الموكل مما يدل على الاذن له فى التصرف، و ليس فيها لفظ «و كلك» و لا نحوه من تلك الألفاظ، و كذا فى جانب القبول ليس فيها أزيد من الرضا بذلك، و المبادره الى فعل ما و كل فيه، و كأنهم إنما أخذوا هذا اللفظ و اشتقوه من لفظ الوكاله فعبروا به، و عبروا بالقبول من حيث الدلالة على الرضا الذى هو الأصل فى صحه العقد، فسرى الوهم الى ترجيح الفرع على الأصل.

ص: ٩

١-١ (١) الفقيه ج ٣ ص ٢٧١ ح ٧٥.

٢-٢ (٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٨٣ ح ١٥٢، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٤ ح ٤٤.

٣-٣ (٣) التهذيب ج ٨ ص ٤٠ ح ٤٠، و هذه الروايات فى الوسائل ج ١٤ ص ٢٣٠ ح ١ و ص ٢٢٨ ح ١ و ج ١٠ ص ٤١٠ فى تعليقه

ح ٦.

أقول: ويستفاد من موثقه إسحاق بن عمار، وصحيحه أبي ولاد عدم فوريه القبول في عقد الوكالة، والظاهر أنه اتفقي عندهم، كما يفهم من التذكرة حيث أسنده إلى أصحابنا، وجوز تراضيه إلى سنه، ومما ذكر يعلم ضعف مناقشه المسالك للمصنف حيث ان المصنف استدل على جواز تأخير القبول، بأن الغائب له أن يوكل، والقبول متأخر، وأورد عليه أن جواز توكيل الغائب فرع جواز التراخي في القبول، إذ لو قلنا بفوريته لم يصح.

و فيه ان المصنف إنما استدل بتوكيل الغائب بناء على النص الدال على ذلك كما ذكرناه، ومتى ثبت ذلك بالنص في الغائب ثبت في غيره بتفسيح المناط، إذ لا خصوصيه للغائب بذلك، مع تأيد ذلك بإطلاق جملة من أخبار الوكالة أيضا والله سبحانه العالم.

### الثانيه [اشتراط التنجيز في الوكالة]

لا خلاف بين الأصحاب في اشتراط التنجيز في الوكالة، فلو علقها على شرط يمكن وقوعه و عدم وقوعه، مثل «ان قدم زيد» أو على صفة و هي ما لو كان وجوده في المستقبل محققا كطلوع الشمس، و مجيء رأس الشهر بطلت.

قال في التذكرة: لا يصح عقد الوكالة معلقا بشرط، أو وصف، فان علقنا عليهما بطلت، مثل أن يقول: «إن قدم زيد» أو «إن جاء رأس الشهر و كلتك» عند علمائنا، و هو أظهر وجهي الشافعيه، انتهى.

والظاهر أن مرجع ذلك الى أنه لا يجوز توقيف حصول الوكالة على شيء من هذين الأمرين، سواء كان مقرونا بأداء الشرط مقدما أو مؤخرا، مثل «إن كان كذا فأنت و كيل» أو «أنت و كيل إن كان كذا» أو غير مقرون بها مثل «و كلتك بشرط مجيء زيد» هذا.

والظاهر أنه لا خلاف أيضا في أنه لو تنجزت الوكالة و شرط تأخير التصرف كأن يقول «و كلتك في كذا» و لا تتصرف إلا بعد شهر، فإنه يجوز، و نقل الإجماع عليه في التذكرة أيضا، و كذا الظاهر أنه لا نزاع عندهم في جواز التوقيت، مثل أن

يقول: وكتك شهر، و أنه لا يكون بعد تمامه وكيلا، و أنت خبير بأنه لا فرق عند التأمل بعين التحقيق بين التعليق على الصفه، و هو قولنا: وكتك ان جاء رأس الشهر، أو ان طلعت الشمس، و بين التنجيز الذى ذكره مع شرط التأخير كأن يقول وكتك، و لا تصرف إلا بعد شهر، فانا لا نعرف لهذا التنجيز هنا معنى، و لا ثمره مع هذا الشرط، و المسئله من أصلها عاريه من النص.

و حينئذ فالظاهر أن الفارق إنما هو الإجماع المدعى فى التذكرة فى كل من الموضوعين، و أما ما ذكره فى المسالك حيث قال بعد ذكر المسئله الثانيه: و هى ما لو نجز الوكاله، و شرط تأخير التصرف جاز، و الوجه أن منعه من التصرف فى الوقت المعين شرط زائد على أصل الوكاله المنجزه، و هى قابله للشروط السابغه، و هذا و ان كان فى معنى التعليق الا أن العقود لما كانت متلقاه من الشارع نيطة بهذه الضوابط، و بطلت فيما خرج عنها، و ان أفاد فائدتها، انتهى.

ففيه أنه أى نص دل هنا على ما ذكره من بطلان العقد بالتعليق على الشرط، أو الصفه المذكورين فى كلامهم، و أى نص دل على اشتراط التنجيز الذى ذكره.

و بالجملة فإنه لا مستند لكل من المسئلتين، و لا للفرق بينهما إلا الإجماع المدعى، و الى ما ذكرنا يميل كلام المحقق الأردبيلي قال: ثم اعلم أن الأصل و عموم أدله التوكيل - و كونه جائزا، و مبناه على المساهله، دون الضيق، و ما تقدم فى عبارته التذكرة من أنه اذن و أمر و أنه مثل الاذن فى أكل الطعام و لا شك فى جواز تعليقه مثل ان جئت فأنت مأذون فى الأكل و نحوه مع عدم مانع ظاهر - يدل على جواز التعليق، و يؤيده جواز التعليق فى العقود الجائزه مثل القراض، بل هو و كاله بجعل، و العاريه و غيرها، انتهى.

و بالجملة فمقتضى إطلاق روايات الوكاله و عمومها هو الصحه مطلقا و تخصيصها يتوقف على الدليل، و ليس إلا الإجماع، فمن ثبت عنده حجيه الإجماع و أنه

دليل شرعى فله أن يخصص به عموم تلك الأخبار، و إلا- فالعمل على ما دلت عليه تلك العمومات، بقى الكلام فى أنه متى حكمنا بطلان العقد بتعلقه على الشرط، فهل يجوز له التصرف بعد حصول الشرط، أم لا؟ قرب فى التذكرة الجواز، و جعله فى القواعد احتمالا.

قال فى التذكرة: قد بينا بطلان الوكالة المعلقة، فلو تصرف الوكيل بعد حصول الشرط فالأقرب صحه التصرف، لأن الإذن حاصل لم يزل بفساد العقد، و صار كما لو شرط فى الوكالة عوضا مجهولا- فقال: بع كذا على أن لك العشر من ثمنه، فإنه يفسد الوكالة، و لكن ان باع يصح الشرط، ثم اعترض على نفسه بعدم ظهور فائده للفساد، فقال: ان قيل لا فائده حينئذ للفساد على تقدير صحه التصرف التى هى ثمره صحه عقد الوكالة، فإذا وجدت مع القول بالفساد فلا ثمره فى القول بالبطلان، بل لا معنى للبطلان حينئذ، إذ البطلان فى المعاملات عدم ترتب الأثر، و قد قيل: هنا بالترتيب مع الفساد، ثم أجب بأنه تحصل الفائده فى سقوط الجعل المسمى فى عقد الوكالة ان كان، و الرجوع الى أجره المثل كما فى المضاربه الفاسده، فإنه تبطل الحصه المسماه، و يرجع الى أجره المثل، و كذا الشرط الفاسد فى النكاح يفسد الصداق، و يوجب مهر المثل، و ان لم يؤثر فى النكاح، انتهى ملخصا.

و اعترضه فى المسالك بأن الوكالة ليست أمرا زائدا على الإذن، و الجعل المشروط ليس جزء منها، و انما هو شرط زائد عليها لصحتها بدونها، بخلاف المضاربه فإن اشتراط الحصه شرط فى صحتها، و لأنه لو تم ذلك لزم الحكم بصحة التصرف مع فسادها بوجه آخر، كقول الوكيل نفسه مع علم الموكل به و سكوته، فإن الإذن حاصل منه، فلا يرتفع بفسخ الوكيل، و لأن العقد حينئذ فاسد قطعاً، و لا- معنى للفساد إلا ما لا يترتب عليه أثره، و لأن الإذن المطلق انما وجد فى ضمن الوجه المخصوص، إذ لا وجود للكلى إلا- فى ضمن جزئياته، و لم يوجد منها إلا- هذا الجزئى فإذا ارتفع ارتفع الكلى، ثم قال: و للتوقف فى هذا الحكم مجال، انتهى.

أقول: ويزيده تأييدا أن مقتضى كلام العلامة المذكور أن ثمره ما ذكره انما تظهر في صورته ما إذا كان العقد مشتملا على جعل وإلا فمع عدم اشتماله على ذلك فإنه لا يظهر للحكم بالبطلان فائده، ولا أثر يترتب عليه، وحينئذ لا يكون ما ذكره كليا، ويتم ما أورده على نفسه، وعلى هذا يجب القول بصحة العقد حينئذ، وليس ذلك إلا من حيث بطلان اشتراط التنجيز الذي جعلوه شرطا في صحته الوكالة، ولأنه إذا حكم بفساد الوكالة من حيث كون عدم التعليق شرطا في صحتها، فمع التعليق المذكور يجب الحكم بالبطلان، لفوات شرط الصحة، فكيف يصح التصرف حينئذ الذي هو ثمره الصحة، ويحكم باستحقاق الأجره، وكيف تظهر الفائده فيما ذكره، مع أنه يرجع الى القول بعدم اشتراط التنجيز، وعدم البطلان مع التعليق، بل تصح فيها إذا لم يكن جعل، بل معه أيضا، وإنما يبطل الجعل خاصه، على أن ما ادعاه من الصحة-استنادا الى الاذن وأنه لم يزل بفساد العقد- قد عرفت ما فيه من كلام المسالك، وتوضيحه أن الاذن إنما علم على تقدير الشرط الذي اشتملت عليه عبارته العقد، والحال أنه قد حكم ببطلانها، وليس هنا ما يدل على الاذن غيرها، ولزوم الأجره على هذا أيضا ممنوع، كما تقدمت الإشارة إليه، لأنه إنما تلزم لو فعل ما وكل فيه على ما أمر، والحال أن ذلك الأمر قد بطل.

و بالجمله فإن الحكم بالصحة لا يتجه ولا يتم إلا بناء على عدم اشتراط التنجيز، وهو ليس ببعيد، كما عرفت من أنه لا دليل على هذا الشرط غير الإجماع المدعى، مع ما عرفت من المجازفه في أمثال هذه الإجماعات، والله العالم.

### **الثالثه [في افتقار التوكيل في شراء عبد إلى وصفه و عدمه]:**

اختلف الأصحاب في ما لو وكله في شراء عبد هل يفتقر الى وصفه لينتفى الغرر أم لا؟ وبالأول قال في المبسوط و جماعه منهم الشرائع، قال في المبسوط:

إذا وكله في شراء عبد وجب وصفه، ولو أطلق لم يصح لما فيه من الغرر، ونحو عبارته الشرائع، وقيل: بالعدم، وهو اختيار المسالك و المختلف و غيرهما، و حجه



الأولين ما عرفت من الغرر، لأن العبد المطلق متوغل في الإيهام، وصادق على أصناف مختلفه، فلا بد من وصفه ببعض الأوصاف المزيهه للجهاهه، و لو فى الجمله ككونه تركيا أو زنجيا و لا يجب استقصاء الأوصاف الرافعه للجهاهه بالكلية.

و أجاب الآخرون بأن الغرر يندفع بمراعات الوكيل المصلحه فى شرائه، فإن الإطلاق محمول شرعا على الاستتابه فى شراء عبد يكون شرائه مشتملا على مصلحه للموكل، و يتخير الوكيل حيث توجد المصلحه فى متعدد كذا ذكره فى المسالك، و فى المختلف أجاب بأن الإطلاق ينصرف الى شراء الصحيح بثمن المثل.

و ظنى أن شيئا من هذين الجوابين لا يفى بالمطلوب، أما الأول: فلأن مراعاة مصلحه الموكل فرع العلم بغرضه و مطلوبه من شراء ذلك العبد، و المفروض أعم من ذلك، و أما الثانى فإن دفع الغرر لا ينحصر فى ما ذكره، و قد ذكروا فى كتاب البيع و لا سيما فى السلم من توقف صحه البيع على الوصف الرافع للغرر ما هو ظاهر فى تأييد ما قلناه.

و بالجمله فالاحتياط يقتضى الوقوف على ما ذهب اليه الشيخ و من تبعه، و الله سبحانه العالم.

#### الرابعه [كون الوكاله من العقود الجائزه]:

##### اشاره

الظاهر أنه لا خلاف فى أن الوكاله من العقود الجائزه من الطرفين فيجوز لكل منها العزل و الفسخ قال فى التذكرة: العقود أربعه أضرب: الأول:

عقد لازم من الطرفين لا يفسخ بفسخ أحد المتعاقدين، و هو البيع، و الإجاره، و الصلح، و الخلع، و النكاح.

الثانى: عقد جائز من الطرفين و هو الوكاله، و الشركه، و المضاربه، و الجعاله، فلكل منهما فسخ العقد فى هذه.

الثالث: عقد لازم من أحد الطرفين جائز من الآخر كالرهن، فإنه لازم من طرف الراهن، جائز من طرف المرتهن، و الكتابه عند الشيخ جائزه من طرف العبد، لأن له أن يعجز نفسه، و لازمه من جهه المولى.

الرابع:المختلف فيه،و هي السبق و الرمايه ان قلنا إنهما اجاره،كان لازما،و ان قلنا إنهما جعله،كان جائزا،و لا نعلم خلافا من أحد من العلماء فى أن الوكاله عقد جائز من الطرفين،لأنه عقد على تصرف مستقبل،ليس من شرطه تقدير عمل،و لا زمان،فكان جائزا كالجعله،فان فسخها الوكيل انفسخت،و بطل تصرفه،و ان فسخها الموكل فكذلك،الى أن قال:و لا خلاف فى أن العزل يبطل الوكاله،انتهى.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الكلام هنا يقع فى مقامين

### [المقام الأول:فى عزل الوكيل نفسه

،و قد عرفت أنه لا-خلاف فيه،قالوا:و لا فرق فى بطلان الوكاله بعزله نفسه، بين اعلام الموكل و عدمه،بخلاف عزل الموكل له لما سيأتى-ان شاء الله تعالى- فى المقام الثانى،و مقتضى ذلك أنه لا ينفذ تصرفه بعد عزله نفسه،و قبل علم المالك،لأن مناط صحه التصرف هو العقد،و المفروض أنه صار باطلا بعزله نفسه،الا أنه قد صرح جملة منهم بأنه يحتمل توقف انعزاله على علم الموكل، و حينئذ فيجوز له التصرف قبل بلوغه،عملا بالاذن العام الذى تضمنه الوكاله، بل يحتمل ذلك مع بلوغه أيضا،لأصالة بقاء الاذن،و مجرد علمه بالرد لا يدل على بطلانه من قبل الاذن،قالوا:و لو اكتفينا فى قبول الوكيل بفعله مقتضاها كيف كان،قوى هذا الاحتمال جدا لأنها حينئذ تصير مجرد اذن و اباحه، و يجوز مع ذلك إطلاق العقد عليها،بحيث أن قبولها بالقول يصح،و يترتب عليه أثر فى الجملة،و بهذا الاحتمال قطع فى القواعد مع جهل الموكل بالرد.

أقول:قد عرفت مما قدمناه من الأخبار أنه ليس فيها ما يدل على ما ذكره من القبول اللفظى الذى أدخلوا به الوكاله فى باب العقود،و إنما دلت تصريحها فى بعض و تلويحها فى آخر على القبول بالإتيان بالفعل المأمور به،و ان أدخلوها بذلك فى باب الاذن و الإباحه دون باب العقود،كما أنه لا دلالة فى شىء منها على ما اعتبروه من صيغ الإيجاب التى ذكروها،و عدوا بها الوكاله

من باب العقود كلفظ وكتتك و نحوه، وإنما اشتملت على مجرد الاذن و الأمر الذى هو عندهم أيضا من باب الإباحه.

و بذلك يظهر لك أن الأظهر و الأقوى بالنظر الى مراجعه الأخبار و العمل بما دلت عليه هو أنه بعزله نفسه-علم المالك أو لم يعلم-لا تبطل الوكالة، لبقاء الاذن المفهوم من تلك الأوامر التى اشتملت عليها الأخبار ما لم يعزله المالك، و يصرح بعزله.

و بالجمله فإننى لم أقف على دليل من النصوص يدل على البطلان بعزله نفسه، غير ما يدعونه من الإجماع، و مقتضى النصوص المذكوره و عموم أدله الوكالة هو البقاء على مقتضاها، حتى يثبت المخرج من ذلك، و المانع منه، و ليس الأعزل الموكل و نحوه مما سيأتى، و أما عزله نفسه و كونه مبطلا- لها فلم أقف فيه على نص، و مجرد كونها من العقود الجائزه لا يوجب ما ذكره من بطلانها بعزله نفسه، و انه فسخ لها، بل غايه ما يوجب أنه لا يلزمه شرعا و لا يجب القيام بذلك، كما هو مقتضى العقود اللازمه، بل ان شاء فعل و ان شاء لم يفعل، و عدم مشيه الفعل فى وقت عزله نفسه و رده لها، لا يوجب منعه من الرجوع متى أراد، الا أن يعزله الموكل.

قال فى المسالك- فى بيان تطبيق ما قدمنا نقله عنهم من الاحتمال الدال على جواز التصرف على ما ذكره فى أصل المسئله، من بطلان الوكالة و عدم جواز التصرف ما لفظه:- و يمكن الجمع بين كونها عقدا جائزا تبطل بالرد، و عدم بطلان التصرف بالرد، بأن يحكم ببطلان الوكالة الخاصه و ما يترتب عليها من الجعل لو كان، و بقاء الاذن العام.

أقول: لا- يخفى ما فيه من التكلف البعيد، بل التحمل الغير السديد، أما أولا فبما أشرنا إليه آنفا من أنه لا منافاه بين كونها عقدا جائزا و بين كونها صحيحه مع الرد، و عزله نفسه، لأن جوازها ليس الا بمعنى عدم وجوب القيام

بها، و عدم ترتب المؤاخذة على تركها، و هذا لا ينافى جواز الرجوع إليها بعد تركها و الاعراض عنها.

و ثانيا ان ما ذكره من الحكم ببطلان الوكاله الخاصه و بقاء الاذن العام مردود بما قدمنا نقله عنه فى المسئله الثانيه فى مقام الرد على كلام التذكره، من قوله ان الوكاله ليست أمرا زائدا على الاذن، و هذا هو الذى عضدته الأخبار المتقدمه، فإنه ليس فيها أزيد من الأوامر الداله على طلب تلك الأشياء المذكوره من قوله اشتر، و بع، و اخطب، و طلق، و نحو ذلك الراجع جميعه الى الاذن فى مباشره هذه الأمور، و هذه صيغ الوكاله التى اضطرب فيها كلامهم، و قبولها إنما هو عباره عن امتثال تلك الأوامر و المسارعه إلى الإتيان بها، و ليس فى شىء منها لفظ و كلت و قبلت و لا نحوهما، و لكنهم لعدم مراجعه الأخبار فى هذه الأبواب و الجرى على أبحاث العامه تلبس عليهم كثير من الأحكام.

و بالجمله فإن كلامهم فى هاتين المسئلتين لا يخلو من تناقض و اضطراب، و لا سيما شيخنا العلامة، فإنه أطلق القول بالبطلان فى المسئلتين فى التحرير و الإرشاد، و هو ظاهر الشرائع أيضا، و جزم فى القواعد بصحة التصرف هنا، و جعله احتمالا فى مسئله بطلان الوكاله بالتعليق على الشرط، و عكس فى التذكره كما قدمنا نقله عنه فى تلك المسئله، فاستقرب بقاء الإذن الضمنى و جعل بقاءه هنا احتمالا فصار فى المسئله ثلاثه أقوال.

و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسئله الاولى التوقف، كما مر فى عبارته و ربما ظهر منه هنا الترجيح لما ذهب إليه فى القواعد، حيث قال هنا و يمكن بناء هذا الحكم على ما تقدم من أن بطلان الوكاله هل يقتضى بطلان الاذن العام أو لا؟ و قد مر تحقيقه لاشتراكهما فى بطلان الوكاله هناك، لعدم التنجيز، و هنا لعدم القبول، الا- أن الحكم هنا لا- يخلو عن رجحان على ذلك، من حيث أن الاذن صحيح جامع للشرائط، بخلاف السابق فإنه معلق، و فى صحته ما قد

عرفت، و من ثم جزم فى القواعد ببقاء صحته هنا و جعل الصحه هناك احتمالا انتهى.

أقول: و أنت إذا تأملت فيما حققناه فى المسئلتين بعين التحقيق، و أطرحت ما ادعوه من هذه الإجماعات و رجعت الى الأخبار التى هى السبيل الواضح إلى الأحكام الشرعيه و الطريق، ظهر لك المخرج من هذا الاشكال، و النجاه من هذا المضيق، و الله سبحانه العالم.

### المقام الثانى فى عزل الموكل له:

و قد اختلف الأصحاب فى انعزال الوكيل بعزل الموكل له، فذهب جمع منهم الشيخ فى النهايه و أبو الصلاح، و ابن البراج، و ابن حمزه، و ابن إدريس إلى أنه لا- ينعزل إلا- بإعلامه بالعزل مشافهه، أو اخبار ثقه، و مع عدم إمكان الإعلام فيكفى الإشهاد على ذلك، فالانعزال دائر بين الاعلام و الاشهاد مع عدم إمكانه، و بدون ذلك لا ينعزل و المشهور بين المتأخرين و هو قول الخلاف أنه لا ينعزل إلا بالإعلام، و قيل: انه ينعزل بمجرد العزل، و ان لم يعلمه و لم يشهد على ذلك، و هو قول القواعد.

و الذى وقفت عليه من الأخبار فى المسئله ما رواه

فى الفقيه و التهذيب عن العلاء بن سيبه (١) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه و كلت رجلا بأن يزوجه من رجل، فقبل الوكاله و أشهدت له بذلك، فذهب الوكيل فزوجه، ثم إنها أنكرت ذلك الوكيل، و زعمت أنها عزلته عن الوكاله، فأقامت شاهدين أنها عزلته، فقال: ما يقول من قبلكم فى ذلك؟ قلت: يقولون: ينظر فى ذلك، فان كانت عزلته قبل أن يزوج فالوكاله باطله، و التزويج باطل، و ان عزلته و قد زوجها فالتزويج ثابت على ما زوج الوكيل و على ما اتفق معها من الوكاله إذا لم يتعد شيئا مما أمرت به و اشترطت عليه فى الوكاله، قال: ثم قال: يعزلون الوكيل عن وكالتها و لا تعلمه بالعزل، فقلت: نعم: يزعمون أنها: لو و كلت

ص: ١٨

رجلا- و أشهدت في الملاء و قالت في الملاء اشهدوا أنى قد عزلته بطلت وكالته، بلا أن تعلم العزل، و ينقضون جميع ما فعل الوكيل في النكاح خاصه. و في غيره لا- يبطلون الوكاله، الا- أن يعلم الوكيل بالعزل، و يقولون: المال منه عوض لصاحبه و الفرج ليس منه عوض إذا وقع منه ولد، فقال عليه السلام سبحان الله ما أجور هذا الحكم و أفسده، ان النكاح أحرى و أحرى أن يحتاط فيه، و هو فرج و منه يكون الولد، ان عليا عليه السلام أتته امرأه مستعديه على أخيها، فقالت: يا أمير المؤمنين و كلت أخى هذا بأن يزوجنى رجلا فأشهدت له ثم عزلته من ساعته تلك فذهب و زوجنى ولى بينه أنى قد عزلته قبل أن يزوجنى، فأقامت البينه، و قال الأخ:

يا أمير المؤمنين عليه السلام انها و كلتنى و لم تعلمنى أنها عزلتنى عن الوكاله حتى زوجتها كما أمرتنى به، فقال لها ما تقولين؟ فقالت: قد أعلمته يا أمير المؤمنين فقال لها: أ لك بينه بذلك؟ فقالت: هؤلاء شهود يشهدون بأنى قد عزلته فقال أمير المؤمنين عليه السلام لهم ما تقولون؟ قالوا: نشهد أنها قد قالت اشهدوا أنى قد عزلت أخى فلانا عن الوكاله بترويجى فلانا و انى مالكة لامرى من قبل أن يزوجنى فلانا فقال: أشهدتكم على ذلك بعلم منه و محضر، قالوا: لا، قال فتشهدون أنها أعلمته العزل كما أعلمته الوكاله؟ قالوا: لا، قال: أرى الوكاله ثابتة، و النكاح واقعا أين الزوج فجاء فقال خذ بيدها بارك الله لك فيها، فقالت: يا أمير المؤمنين أحلفه أنى لم أعلمه العزل و أنه لم يعلم بعزلى إياه قبل النكاح قال: و تحلف؟ قال:

نعم يا أمير المؤمنين فحلف و أثبت و كالته و أجاز النكاح.

و ما رواه

فى الفقيه عن ابن أبى عمير عن هشام بن سالم (1) و طريقه الى ابن أبى عمير صحيح، عن أبى عبد الله عليه السلام

فى رجل و كل آخر على وكاله فى أمر من الأمور و أشهد له بذلك شاهدين، فقام الوكيل فخرج لإمضاء الأمر فقال: اشهدوا أنى قد عزلت فلانا عن الوكاله، فقال: ان كان الوكيل أمضى الأمر الذى و كل

ص: ١٩

عليه قبل العزل عن الوكالة فإن الأمر واقع ماض على ما أمضاه الوكيل، كره الموكل أم رضى، قلت: فإن الوكيل أمضى الأمر قبل أن يعلم بالعزل أو يبلغه أنه قد عزل عن الوكالة فالأمر على ما أمضاه؟ قال: نعم، قلت: فإن بلغه العزل قبل أن يمضى الأمر، ثم ذهب حتى أمضاه لم يكن ذلك بشيء؟ قال: نعم، إن الوكيل إذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبداً والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقه يبلغه، أو يشافه بالعزل عن الوكالة». ورواه الشيخ في التهذيب بسند فيه العبيدي (١).

و ما رواه

في الفقيه عن ابن مسكان عن أبي هلال الرازي (٢) قال:

قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل وكل رجلاً بطلاق امرأته إذا حاضت، وطهرت، وخرج الرجل فبدا له فأشهد أنه قد أبطل ما كان أمره به، وأنه بدا له في ذلك، قال: فليعلم أهله وليعلم الوكيل.

و ما رواه

في الفقيه والتهذيب عن جابر بن يزيد و معاوية بن وهب (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

من وكل رجلاً على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول، فيها». و طريقه في الفقيه إلى معاوية بن وهب صحيح، فتكون الرواية فيه صحيحة.

و أنت خير بما في هذه الأخبار من الدلالة الصريحة على القول المشهور بين المتأخرين، وقد اشتملت روايه العلاء بن سيباه على ما يؤذن بطلان ما ذهب إليه في القواعد، لقوله عليه السلام في الرد على العامة يعزلون الوكيل عن الوكالة ولا تعلمه بالعزل الى آخره، وكذا بطلان قول النهاية و من تبعه من الاكتفاء بمجرد الاشهاد مع عدم إمكان الاعلام، كما يفهم من حكم أمير المؤمنين عليه السلام في قضيه المرأه المذكوره و نحوها صحيحه هشام بن سالم (٤).

ص: ٢٠٠

١- (١) التهذيب ج ٦ ص ٢١٣ ح ٢.

٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٤٨ ح ٢، التهذيب ج ٦ ص ٢١٤ ح ٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٨ باب ٣.

٣- (٣) الفقيه ج ٣ ص ٤٧ ح ١، التهذيب ج ٦ ص ٢١٣ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٥ باب ١.

٤- (٤) الفقيه ج ٣ ص ٤٩ ح ٥، التهذيب ج ٦ ص ٢١٣ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٦ ح ١.

بقى هنا شيء و هو أن ظاهر عباره الخلاف وجود الروايه بالانعزال بمجرد العزل، كما ذهب إليه فى القواعد، حيث قال: إذا عزل الموكل وكيله من الوكاله فى غيبه عن الوكيل، لأصحابنا فيه روايتان إحديهما أنه ينعزل فى الحال، و ان لم يعلم الوكيل و كل تصرف يتصرف فيه الوكيل بعد ذلك يكون باطلا، و هو أحد قولى الشافعى، والثانيه أنه لا ينعزل حتى يعلم الوكيل ذلك، و كل ما يتصرف فيه يكون واقعا موقعه الى آخره.

و أنت خير بأن هذه الروايه لم تصل إلينا و لم ينقلها أحد غيره و بذلك اعترف فى المختلف أيضا حيث قال: و لم نظفر بالروايه الأخرى التى نقلها فى الخلاف، ثم انه قال فى المختلف: و الظاهر عدم عزل الوكيل الا أن يعلم العزل لهذه الروايات، و لأنه لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر، لأنه قد يتصرف تصرفات تقع باطله، و ربما باع الجاربه فيطؤها المشتري، و الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري و يجب ضمانه بتصرف المشتري و الوكيل.

ثم قال: و القول الآخر ليس بردى، لأن الوكاله من العقود الجائزه، فللموكل الفسخ و ان لم يعلمه الوكيل، و الا كانت لازمه حينئذ هذا خلف، و لأن العزل رفع عقد، لا- يفتقر الى رضا صاحبه، فلا- يفتقر الى علمه كالطلاق، و العتق، و قول النهايه لا بأس به، لأنه توسط بين الأقوال، انتهى.

و نسج على منواله المحقق اردبيلى بالنسبه إلى تعليل هذين القولين، سيما قول القواعد، و أطال المناقشه و الطعن فى أسانيد الاخبار حتى أنه فى آخر البحث قال: و المسئله من المشكلات، لما علمت مما تقدم.

و أنت خير بان كل ذلك اجتهاد فى مقابله النصوص، و جراه تامه على أهل الخصوص، سيما فى الروايات المذكوره ما هو صحيح السند باصطلاحهم مع صراحه الدلاله بما لا يحوم حوله الشك، و الاشكال، و لكنهم جرت عادتهم بالركون الى هذه التعليقات العقلية، و ترجيحها على الأدله النقلية، و يتفرع



على الخلاف المذكور صحه تصرف الوكيل بعد العزل، وقبل الاعلام ببناء على القول المختار، وعلى القولين الأخيرين من الانعزال بمجرد العزل أو بمجرد الاشهاد يبطل جميع ما فعله بعد الأمرين المذكورين، وهو الظاهر، والله سبحانه العالم.

## الخامسه [موارد بطلان الوكالة] :

### اشاره

قد صرح الأصحاب بأن الوكالة تبطل بأمر

### منها [عزل الوكيل نفسه]

ما تقدم من عزل الوكيل نفسه على ما قالوه، وعزل الموكل كما عرفت، و

### منها التعليق بالشرط أو الصفه

و قد عرفت الكلام فيه، إلا أن في عد هذا الفرد نوع تسامح.

و

### منها موت كل من الوكيل أو الموكل

، أما موت الوكيل فظاهر، و أما موت الموكل فلأن ما وكل فيه ينتقل الى غيره، فلا يجوز التصرف فيه إلا بإذن من انتقل اليه، ولأن العقد كان جائزا منوطا باذنه، ورضاءهما غير متحققين بعد الموت.

و بالجمله فإنه لا خلاف و لا إشكال في البطلان في الصورة المذكوره و قد صرحوا بأنه لو مات الموكل فان تصرف الوكيل بعد الموت باطل، و ان لم يعلم الموت، لأن ذلك هو الأصل و إنما خرجت مسأله العزل بالنص.

و عندى فيه توقف، لعدم إيرادهم نصا على ما ادعوه من البطلان، سيما مع ما عرفت من خروج النصوص بعدم انعزال الوكيل قبل بلوغ العزل له الجارى ذلك على خلاف قواعدهم، حتى اضطربوا فى التفصى عنها، فمنهم من قال بها، و ألغى تلك القواعد، و منهم من ألغاهها و قدم تلك القواعد، فمن المحتمل قريبا أن يكون الحكم هنا كذلك أيضا، و ما ادعوه من الأصل هنا لا أعرف له أصلا، و كأنهم أرادوا بالأصل أصل العدم.

و فيه أن الأصل بمعنى الاستصحاب لثبوت الوكالة حتى يقوم الدليل على الإبطال فى الصورة المذكوره قائم و مرجع هذا الاستصحاب الى عموم الدليل، حتى يثبت الرفع له، و يعضده الأمر بالوفاء بالعقود، و بالجمله فالحكم لعدم النص لا يخلو عن اشكال.

نعم يمكن أن يستدل لما ذكره بما رواه

في الكافي عن ابن بكير (١) في الموثق عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام

في رجل أرسل يخطب عليه امرأه و هو غائب، فأنكحوا الغائب و فرضوا الصداق، ثم جاء خبره بعد أنه توفي بعد ما سيق الصداق، فقال: ان كان أملك بعد ما توفي فليس لها صداق، و لا ميراث، و ان كان أملك قبل أن يتوفى فلها نصف الصداق، و هي وارثه، و عليها العده».

فإنها ظاهره في أنه و كل في حال الغيبه من يخطب له و يعقد عنه و يسوق المهر ثم مات، و قد حكم عليه السلام بصحة العقد متى وقع قبل الموت، و بطلانه متى كان بعده، و حينئذ فيتم ما ذكره من الحكم المذكور، و ان لم يتنبه أحد منهم لهذا الخبر الذي ذكرناه، بل إنما بنوا الحكم على قواعدهم المتداوله بينهم ثم انهم نبهوا على أنه و ان بطلت الوكالة في الصورة المذكوره، لكن ما بيده يكون أمانه لأن الأمانه لا تبطل بالموت كما تبطل الوكالة الا أنه يجب المسارعه و ردها على الوارث فإن آخر لا لعذر ضمن، كما تقدم في الوديعة، و لو تلف بغير تفريط فلا ضمان.

و

### منها الجنون و الإغماء من كل منهما

و الظاهر أن المستند فيه هو الإجماع كما في المسالك، فقال: هذا موضع وفاق، و لأنه من أحكام العقود الجائزه، و كان مبناه على الخروج عن أهليه التصرف و قد صرحوا أيضا بأنه لا فرق بين أن يكون مطبقا أو أدوارا و لا في الإغماء بين طوله و قصره، و لا فرق بين أن يعلم الموكل بعروض المبطل و عدمه.

ثم انهم صرحوا أيضا بأنه يجيء في هذه المسئله ما تقدم في مسئله ما تقدم في مسئله بطلان الوكالة بالرد و بالتعليق، من جواز التصرف و عدمه، فإنه بعد زوال الجنون أو الإغماء الذين بهما بطلت الوكالة، هل يجوز لهما التصرف بالاذن العام فكل من قال بالجواز ثمه، فإن الحال فيه هنا كذلك.

و قد عرفت مما حققناه في تلك المسئلتين، أن الحق هو جواز التصرف بل

ص: ٢٣

عدم بطلان الوكالة بشيء من ذينك الأمرين و ان ادعوا الإجماع عليه فكذلك هنا لأننا لم نقف لهم على دليل يدل على ابطالها بما ذكره، سوى ما ادعى من الإجماع و حينئذ فيجوز التصرف فيما و كل فيه، و لا يحتاج إلى تجديد عقد من الموكل بعد زوال ذلك عنه لو كان هو المصاب بأحد الأمرين، بل يكفي استصحاب حكم العقد السابق، أما عندنا فلعدم ثبوت الإبطال بذلك كما عرفت، و أما عندهم فلاستصحاب الاذن العام، لأنه و ان بطل عقد الوكالة الا أن الاذن باق.

و يؤيد جواز التصرف هنا و ان امتنع بوجود أحد هذين الأمرين جملة من النظائر، كما صرحوا به من دخول الصيد الغائب في ملك المحرم، بعد زوال الإحرام، و أن من و كل محلا فصار محرما لم يحتج الى تجديد الوكالة بعد تحلله عن الإحرام، و نحو ذلك مما يقف عليه المتبع، و في جميع ذلك تأييد لما ذكرناه من عدم بطلان الوكالة هنا.

و

### **منها الحجر على الموكل فيما يمنع الحجر من التصرف فيه**

فإنه إذا منع ذلك الموكل منع و كيله بطريق أولى، و لان الحجر موجب لزوال أهليه التصرف المالى، قالوا: و في حكم الحجر طرو الرق على الموكل بأن كان كافرا فاسترق، و لو كان هو الوكيل صار بمنزله توكيل عبد الغير، و سيأتى الكلام فيه إنشاء الله تعالى، و يأتى الكلام فى التصرف بعد زوال الحجر كما تقدم.

و لا تبطل بالنوم و ان طال لبقاء أهليه التصرف، و من ثم أنه لا تثبت الولاية عليه، و قيد فى اللمعة النوم المتناول بأن لا يؤدى الى الإغماء، و فيه كما أشار إليه الشارح خروج عن موضع فرض المسئلة، لأن الإبطال انما هو بالإغماء، لا بالنوم.

و

### **منها تلف ما تعلق به الوكالة**

كتلف العبد الموكل ببيعه و موت المرأة الموكل بتزويجها أو طلاقها، و تلف الدينار الموكل بأن يشرى به شيئا، قالوا:

و فى حكم التلف انتقاله عن ملكه كما لو أعتق العبد الموكل فى بيعه، أو باع

### منها ما لو فعل الموكل ما تعلق به الوكاله

كأن يوكله فى بيع عبد ثم يبيعه هو، و ثبوت البطلان ظاهر، إذ لا شك فى ثبوت ذلك له قبل الوكاله، و الوكاله غير مانعه منه، و لا منافيه له، سيما مع ثبوت كونها جائزه، و معلوم أنه بعد فعله لم يبق ما و كل فيه، فلا تبقى الوكاله، لعدم بقاء محلها فهو بمنزله تلف ما و كل فيه، كما فى سابق هذا الموضوع.

و بالجمله فالأمر فى ذلك أظهر من أن يحتاج إلى مزيد بيان، و فى حكمه فعل الموكل ما ينافى الوكاله، قال فى المسالك و فى كون وطئ الزوجه الموكل فى طلاقها و السريه الموكل فى بيعها منافيا وجهان: من دلالة الوطئ على الرغبه ظاهرا و لهذا دل فعله على الرجوع فى المطلقه رجعيه فرفعه للوكاله أولى، و من ثبوت الوكاله و منافاه الوطئ لها غير معلوم، و ثبوت الفرق بين الطلاق و الوكاله، فإن الطلاق يقتضى قطع علاقته النكاح فينافيه الوطئ، بخلاف التوكيل فإنه لا ينافيه انتفاع الموكل بالملك الذى من جملة الوطئ بوجه نعم فعل مقتضى الوكاله ينافيه، و الأولويه ممنوعه، و هذا أقوى و أولى بعدم البطلان فعل المقدمات.

و فى القواعد فرق بين الزوجه و السريه فقطع فى الزوجه بالبطلان، و فى السريه بخلافه، و فى التذكرة توقف فى حكم الوطئ و المقدمات معا انتهى، و نحوه كلام المحقق الثانى فى شرح القواعد.

و التحقيق أن يقال: ان الوطئ و المقدمات التى هى عبارته عن التقييل و المباشرة دون الفرج و نحو ذلك الدال بظاهره على الرغبه ان وقع مقرونا بالندامه على التوكيل و قصد العزل، فإنه لا إشكال فى كونه عزلا، و أنه تبطل الوكاله بذلك، و ان وقع مقرونا بعدم ذلك، فالظاهر بقاء الوكاله و عدم العزل، و ان وقع مشتبهاً فإنه ينبغى استفسار ذلك من الموكل، و يقبل قوله فى ذلك، و ان لم يمكن مراجعته

و استعلام الحال منه فإن الأقرب عدم العزل و بقاء الوكالة، لأن ما فعله من هذه الأشياء أعم من قصد الإمساك و العزل عن الوكالة و الرغبة فيها، و من عدم ذلك، فالأصل ثبوت الوكالة و بقائها حتى يعلم الرافع لها.

و يشير اليه ما تقدم في الأخبار المتقدمه من قوله عليه السلام في بعضها «الوكالة ثابتة أبدا حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها» و في آخر «الوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقه يبلغه، أو يشافه العزل» الدال جميع ذلك على أنه بعد ثبوت الوكالة، فإنه يجب البقاء عليها الا- مع العلم بالرافع لها، و لهذا لو كان المبلغ للعزل غير ثقه لا يترتب على خبره العلم لم يوجب العزل، فكذا هنا بمجرد وقوع هذه الأشياء على وجه لا يعلم به اراده العزل لا توجب عزلا، و يمكن إرجاع كلام الفاضلين المذكورين الى ما حققناه هنا، فان ظاهر اعتراضهما على الوجه الأول- بأن منافاه الوطى لها غير معلوم- أنه لو كانت المنافاه معلومه لكان ذلك عزلا- و حينئذ فإذا كان مقرونا بالمنافى من قصد الإمساك و قصد العزل عن الوكالة فلا- ريب في كونه عزلا عندهما، و أما ما نقله عن التذكرة من أنه توقف في حكم الوطى و المقدمات فالذى يظهر لى أن التوقف انما هو في المقدمات.

و أما حكم الوطى فالظاهر أنه الأقرب عنده، و ان عبر عنه بلفظ الاحتمال حيث قال في عد عبارات العزل و الفسخ فإذا و كله في طلاق زوجته ثم وطئها احتمال بطلان الوكالة، لدلاله وطئه لها على رغبته و اختياره إمساكها، و كذا لو وطئها بعد طلاقها رجعيًا، كان ذلك ارتجاعا لها، فإذا اقتضى الوطى رجعتها بعد طلاقها، فلأن يقتضى استبقاؤها على زوجيتها و منع طلاقها أولى، و ان باشرها دون الفرج أو قبلها أو فعل ما يحرم على غير الزوج فهل يفسخ الوكالة في الطلاق؟ إشكال، ينشأ من حصول الرجعه به، و عدمه انتهى.

و التقريب فيما ذكرناه أنه ذكر الدليل على بطلان الوكالة بالوطء و لم يتعرض لرده، بل جمده عليه بل جعله أولى من الرجعه، فكيف ينسب له التوقف

مع الحكم بذلك عنده في الرجعه، و عدم التوقف فيها و هو قد حكم بالأولويه من الرجعه.

نعم التوقف في المقدمات ظاهر حيث صرح بالإشكال في ذلك، و جعل الإشكال في الإبطال بها تابعا للإشكال بحصول الرجعه بذلك، و الله سبحانه العالم.

### السادسه [فيما يقتضيه إطلاق الوكاله]:

قالوا: إطلاق الوكاله يقتضى الاتباع بثمان المثل بنقد البلد حالا، و ان يتناع الصحيح دون المعيب، و لو خالف وقف على الإجازة.

أقول: الظاهر أن الوجه في اقتضاء الإطلاق هذه الأمور هو أن المتبادر من الإطلاق ذلك بحسب العرف و العاده، لأن المرجع في مثل ذلك اليه كما صرحوا به في غير موضع، و ادعى في التذكرة الإجماع هنا على ذلك، إلا أنه في التذكرة قيد إطلاق الوكاله في البيع بثمان المثل، بما إذا لم يكن هناك باذل بأزيد، و إلا فلا يجوز، بل لا يصح البيع حينئذ، فإنه تجب رعايه المصلحه على الوكيل و صحه فعله موقوفه عليها، قال في الكتاب المذكور: كما لا يجوز للوكيل أن ينقص عن ثمن المثل، لا يجوز أن يقتصر عليه، و هناك طالب بالزيادة، بل يجب بيعه على باذل الزيادة، لأنه منصوب لمصلحه الموكل، و ليس من مصلحته بيعه بالأقل مع وجود الأ-كثر، انتهى، و صرح أيضا بأنه لو باع بخيار ثم وجد باذلا يزيد في الثمن في زمن الخيار وجب عليه الفسخ، تحصيلًا لمصلحه المالك في ذلك و الترام البيع مناف لها فلا يملكه.

و زاد المحقق الأردبيلي أيضا أنه يمكن ذلك فيما لو عين الموكل الثمن أيضا، قال: فان تعيينه إنما هو لظن عدم الزيادة عليه، و هو المفهوم عرفا إذ المتعارف و الغالب أن شخصا لم يبيع بأنقص مع وجود الزائد، و الأمور محموله على الغالب و العرف، مع أن ذلك أيضا منوط بالمصلحه، و لا مصلحه في البيع بالناقص مع وجود الزائد، انتهى و هو غير بعيد، و استثنى بعضهم أيضا من ثمن المثل النقصان اليسير الذي يتسامح الناس فيه، و لا يناقشون فيه كدرهم أو درهمن في ألف درهم،

و لا بأس به نظرا الى ما قدمنا ذكره من دوران هذه الأحكام مدار العرف و العاده.

و أما نقد البلد فان كان واحدا فى تلك البلد، لا تعدد فيه فمعلوم انصراف الإطلاق إليه فى البيع و الوكاله، و مع التعدد فإنه ينصرف الى الغالب، فان استوت تحرى ما هو الأنفع للموكل، و إلا تخير.

و أما كونه حالا فإنه هو الغالب فى العاده، فيجب حمل الإطلاق عليه.

و اما اقتضاء الإطلاق الصحيح دون المعيب، فادعى عليه فى التذكرة الإجماع، قال: لأن الإطلاق فى الشراء يقتضى سلامه المبيع، حتى أن للمشتري الرد لو خرج معيبا، ثم نقل عن أبى حنيفة جواز شراء المعيب، و انه كالمضارب ثم رده بالفرق بين المضارب و الوكيل، و أن المضارب إنما يشتري للربح، و قد يكون فى المعيب، بخلاف الوكيل فإنه قد يكون للغنيه و الانتفاع، و العيب قد يمنع بعض المقصود، و إنما يقتضى و يدخر السليم، الى آخر كلامه رحمه الله عليه.

ثم أنه لو خالف الوكيل و شرى المعيب، فان كان عالما كان فضوليا على القول بصحة الفضولى، و باطلا على القول الآخر، و هو المختار كما تقدم فى البيع، و مثله يأتى فيما لو اشترى بزيادة على ثمن المثل عالما، فإنه للمخالفة يكون موقوفا أو باطلا، و كذا الحكم عندهم فيما لو اشتراه جاهلا بالمعيب.

و إن كان باطنا قالوا: يقع عن الموكل، لأنه إنما يلزمه الشراء الصحيح بحسب الظاهر، و لا يخاطب بالسلامه فى الباطن، لأنه يعجز عنه، و لا يمكنه الوصول إليه إذ هو عيب لا يجوز التكليف به، فيقع البيع للموكل، كما لو شرى بنفسه جاهلا بالمعيب.

بقى الكلام فى خيار العيب بعد العلم به، و الرد به أو الإمساك، و الظاهر أنه للموكل دون الوكيل و به صرح فى التذكرة، و ظاهره الإجماع عليه، قال:

و حيث قلنا يقع عن الموكل و كان الوكيل جاهلا- بالمعيب فللموكل الرد إذا اطلع عليه، لأنه المالك، و هل يملك الوكيل الرد بالمعيب، أما عندنا فلا، لأنه

إنما و كله فى الشراء، و هو مغاير للرد، فلا يملكه، انتهى.

و منه يظهر أنه لو كانت الوكالة مطلقه أو كان وكيلا- فى الشراء و الرد، فان للوكيل الرد، و هو ظاهر، إلا أنه سيأتى فى كلامهم أيضا ما يؤذن بأن للوكيل الرد بالعيب.

ثم ان ظاهرهم فيما لو اشترى جاهلا- بالغبن، بأن شرى بما يزيد على ثمن المثل جاهلا، فإنه لا يقع للموكل، كما فى العيب، بل يكون حكمه حكم العالم، كما تقدم، قالوا: و الفرق بين الجهل بالعيب، و الجهل بالغبن أن العيب قد يخفى فهو فى شرائه معذور، و الوكالة شامله له، لأن التكليف بالصحيح إنما هو بالنظر الى الظاهر، لا الباطن كما عرفت آنفا.

و بالجملة فهو لا يزيد على شرائه لنفسه، بخلاف الجهل بالغبن فان الغبن لا يخفى، و نقص قيمه أمر ظاهر، مستند الى تقصيره فى تحرير قيمه، فلا يكون داخلا تحت الوكالة.

و فيه أن ما ذكره لا- يطرد كليا لأنه و ان تم ذلك فى بعض الأفراد الا أن الأمر فى بعضها على خلاف ذلك، فان من العيب ما يكون ظاهرا لا- خفاء فيه كالعور و العرج، و من الغبن ما هو خفى بل أخفى على كثير من أهل الخبرة، كما فى كثير من العيوب، كما فى الجواهر و نحوها، و على هذا فينبغى أن يجعل الضابط فيهما واحدا بأن يقال ان كلا من العيب و الغبن ان كان مما يخفى غالبا، فإنه يقع الشراء من الموكل مع الجهل بهما، و إلا- وقف على الإجازة، كما ذكره، و بطل على المختار، و الله سبحانه العالم.

### **السابعه [فى اقتضاء إطلاق الوكالة بالبيع بيع الوكيل على ولده الكبير أو زوجته]:**

الظاهر أنه لا- خلاف فى أن إطلاق الوكالة بالبيع يقتضى بيع الوكيل على ولده الكبير و زوجته، كما فى غيرهما، و لم ينقل فيه الخلاف الا عن بعض العامة، محتجا بمظنه التهمه، و أما على الولد الصغير فعن الشيخ القول بالمنع: للزوم اتحاد الموجب و القابل، و لأنه تجب عليه رعايه المصلحه من



الجانبين و المماكسه مهما أمكن،و ذلك غير ممكن هنا.

أقول:و يلزم ذلك كل من قال بعدم جواز شراء الوكيل بنفسه،قال فى التذكرة:إذا منعنا من شراء الوكيل لنفسه لم يجر أيضا أن يشتري لولده الصغير،و لا لمن يلى عليه لوصيه،لأنه يكون يباع من نفسه،و به قال الشافعى، و عندى فيه نظر،أقربه الجواز فى ذلك كله،انتهى.

أقول:و يؤيد الصحه أيضا عموم أدله البيع و أدله الوكاله،و المنع من بطلان الاتحاد،و قد جوز الشيخ ذلك فى الأب و الجد بالنسبه إلى الصغير،و هو ظاهر فى عدم مانعيه الاتحاد،و فى عدم اشتراط المماكسه.

و أما البيع على نفسه أو الشراء لنفسه،فقد تقدم الكلام فيه فى الموضوع الخامس من المسئله الخامسه من المقام الأول فى البيع (١)و يأتى الكلام فى ذلك إنشاء الله تعالى فى المطلب السادس،و الله سبحانه العالم.

### الثامنه [فى اقتضاء إطلاق الوكاله تسليم المبيع] :

قال فى الشرائع:إطلاق الوكاله فى البيع يقتضى تسليم المبيع، لأنه من واجباته،و علله الشارح فى المسالك بأنه إنما كان من واجباته،لأن البيع يقتضى إزاله ملك البائع عن المبيع،و دخوله فى ملك المشتري،فيجب على مدخل الملك التسليم،لأنه من حقوقه.

و قال فى الإرشاد:و وكيل البيع لا يملك تسليم المبيع قبل توفيه الثمن، و وجهه الشارح الأردبيلى بأن تسليم المبيع ليس بداخل فى مفهوم البيع،و لا- يشترط فى ذلك،فلا يكون وكيله مالكا له،إذ ما وكله إلا فى البيع،و أما إذا دفع الثمن إلى الموكل أو وكيله الجائز له قبضه،أو أبرأه من الثمن فلا يجوز منعه،لأنه صار ملكا خالصا للمشتري،بحيث لا يجوز للموكل منعه،فيجب عليه التسليم كالوكيل،و ان لم يكن وكيلا فى التسليم صريحا،انتهى.

و ظاهر عباره القواعد مثل الشرائع،و الظاهر أنه يجب تقيدهما بما ذكره

ص :٣٠

هنا من دفع الثمن أولاً، بناء على قاعدتهم من عدم الوجوب الا بالتقايض، و كذا تقييد عبارته المسالك المذكوره، فإنه و ان دخل فى ملك المشتري بمجرد عقد البيع كما ذكره، الا أن ملكه له لا يستلزم وجوب تسليمه له قبل قبض الثمن منه، حيثما صرحوا به فيما لو باع مال نفسه، كما تقدم فى البيع، و لهذا انه فى المسالك استدرك ذلك، فقال فى تتمه العبارة المتقدمه: لكن لا يسلمه حتى يقبض الثمن هو، أو من يكون له قبضه.

قال فى التذكرة: إذا وكله فى البيع يملك تسليم المبيع إلى المشتري ان كان فى يده، و هو قول أكثر الشافعية، لأن البيع يقتضى إزالة الملك، فيجب التسليم، و لأن تسليم المبيع إلى المشتري من تمامه و حقوقه، و هذا عين ما علله فى المسالك، ثم قال فى المسئلة التى بعدها: إذا وكله فى البيع لم يملك قبض الثمن على ما تقدم، و يملك تسليم العين إلى المشتري، لكن لا يسلم قبل أن يقبض الموكل أو من نصبه الثمن، فإن سلمه قبل قبضه كان ضامناً، و قد قيد فى هذه المسئلة ما أطلقه فى المسئلة التى قبلها.

و بالجمله فإن رعايه قواعدهم فى المسئلة توجب ذلك، و لهذا انه فى المسالك استدرك بالتقييد بذلك، هذا بالنسبة إلى تسليم المبيع.

و أما قبضه الثمن فقد صرحوا بأن إطلاق الوكالة فى البيع لا يقتضى قبض الثمن، لأنه قد لا يؤمن على القبض و الوكالة انما وقعت فى البيع، و قبض الثمن أمر زائد على ذلك، إلا أن يكون هناك قرينه تدل عليه، فيكون الاعتماد فى ذلك عليها، كما لو أمره بالبيع فى سوق بعيدة أو بلد آخر بحيث أنه يضيع الثمن بترك قبضه، و لا يمكن للموكل قبضه، ففى مثل ذلك يجوز، بل يجب قبضه حتى أنه لو تركه و لم يقبضه كان ضامناً، لأن الظاهر من حال الموكل أنه انما أمره بالبيع للانتفاع بالثمن، و لا يرضى بتضييعه، و لهذا يعد من فعل ذلك مفرطاً هذا فى الوكيل فى البيع.

و أما الوكيل فى الشراء فى أنهم قد صرحوا بأن إطلاق الوكالة فى الشراء يقتضى الاذن فى تسليم الثمن، و لا يقتضى الاذن فى تسليم المبيع، قال فى التذكرة:

الوكيل بالشراء إذا اشترى ما وكل فيه ملك تسليم ثمنه، لأنه من تتمته و حقوقه، فهو كتسليم المبيع فى الحكم، و الحكم فى قبض المبيع كالحكم فى قبض الثمن فى البيع، الوجه عندنا أنه لا يملكه، كما قلناه فى البيع لا يملك الوكيل فيه قبض الثمن، انتهى، و على هذا النهج كلام الشرائع و الإرشاد و غيرهما.

أقول: و ينبغى تقييد إطلاقهم هنا عدم ملكه تسليم المبيع، لعدم دخوله تحت إطلاق الوكالة بما قيد به عدم قبض الثمن فى صورته الوكالة فى البيع، من أنه لو دلت القرائن على فوات المبيع و ذهابه لو لم يتسلمه لكان الواجب عليه قبضه، فضلا عن أن يكون جائزا لعين ما ذكره ثمة، كما لو وكله فى شراء عين من مكان بعيد يتعذر على الموكل قبضها، بحيث لو لم يقبضها ذهبت و فاتت، فإنه يجب عليه قبضها، و أنه يضمن بترك ذلك لعين ما تقدم، و ينبغى أيضا تقييد إطلاقهم ملك تسليم الثمن هنا بما تقدم فى الوكالة فى البيع من تقييد ملكه لتسليم المبيع، بما إذا قبض الموكل أو من يقوم مقامه الثمن لعين ما تقدم من الدليل فى تلك الصورة، و لعله الى ذلك يشير قوله فى التذكرة:

فهو كتسليم المبيع، فان قياسه على تسليم المبيع و جعله مثله و على نهجه مع أنه كما عرفت قد صرح ثمة بأنه لا يسلم المبيع حتى يقبض الموكل أو من نصبه الثمن، بمقتضى ما قلناه هنا من أنه لا يسلم الثمن إلا بعد قبض المبيع، فمعنى قولهم أنه مأذون فى دفع الثمن يعنى بعد تسليم المبيع.

و بالجملة فالظاهر عدم الفرق بين الوكيل البائع و الوكيل المشتري، فى أنه ليس لهما دفع ما بيدها و إقباضه إلا بعد وصول عوضه الى الموكل أو من نصبه لقبضه، حيثما تقدم فى كلامهم فى البيع فى غير موضع من اشتراط التقابض و نحوه و الله سبحانه العالم.

## التاسعة [في عدم جواز رد الوكيل المبيع بالعيب]:

قد صرح جمع من الأصحاب منهم الفضلان في الشرائع و الإرشاد بأن للوكيل الرد بالعيب مع حضور الموكل و غيبته، و عله في الشرائع قال:

لأنه من مصلحة العقد.

أقول: قد تقدم في عبارته التذكرة في المسئلة السادسة ما يؤذن بدعوى الإجماع على أن الوكيل لا يملك الرد بالعيب، لأنه إنما وكله في الشراء و هو مغاير للرد فلا يملكه، و علل في المسالك كلام المصنف هنا بأن الموكل قد أقامه مقام نفسه في هذا العقد، و الرد بالعيب من لوازمه لأن التوكيل لما لم ينزل إلا على شراء الصحيح، فإذا ظهر العيب كان له الرد و شراء الصحيح، ثم اعترضه فقال: و يشكل الأول بأنه إنما أقامه مقام نفسه في العقد، لا في اللوازم، إذ من جملتها القبض، و الإقاله و غيرهما، و ليس له مباشرتهما إجماعاً، و الثاني بأن مقتضاه و قوف العقد على الإجازة كما مر لا ثبوت الرد، إلى أن قال: و الأجود عدم جواز الرد مطلقاً، وفاقاً للتذكرة، لأن الوكالة في الشراء إنما اقتضت إدخال المبيع في ملكه، و الرد يقابله و يضاده، فلا يدخل فيها، انتهى و هو جيد.

و كيف كان فإنه متى رضى به الموكل أو منعه عن الرد فإنه ليس له الرد، أما على ما اخترناه فإنك قد عرفت أن الوكيل ليس له الرد، و إنما الخيار للموكل بين الرد و الإمساك.

و أما على ما ذكره هنا من أن للوكيل الرد فلا أنه بمنعه عن الرد قد انعزل عن الوكالة في ذلك، كما ذكره في المسالك بناء على ذلك، حيث قال -بعد قول المصنف و لو منعه الموكل لم تكن له مخالفته- ما لفظه: لا شبهه في بطلان رده بالنهي المذكور، لأنه إبطال للوكالة فيما تضمنه، و عزل له فيه، و إذا جاز عزله عن الوكالة فمن بعض مقتضياتها أولى و في حكمه إظهار الرضا بالعيب، فإنه في معنى النهي عن الرد و أراد بذلك الفرق بين الوكيل، و عامل المضاربه، حيث انه قد سلف أن ليس للمالك منعه من الرد بالعيب، و ان رضى به مع كون العامل في معنى الوكيل، و الفارق انحصار الحق هنا في الموكل، و اشتراكهما في العامل.

قال فى التذكرة: البحث الرابع فيما فيه التوكيل و النظر فى شرائطه، و هى ثلاثه

**الأول [فى اشتراط كون الموكل مالكا لما تعلق به الوكاله]:**

أن يكون مملوكا للموكل، الثانى: أن يكون قابلا للنيابه، الثالث: أن يكون ما به التوكيل معلوما و لو إجمالا، انتهى.

و الكلام فى هذا المطلب يقع فى موارد: الأول: قال فى التذكرة: يشترط فيما يتعلق الوكاله به أن يكون مملوكا للموكل، فلو و كل غيره بطلاق زوجه سينكحها أو بشراء عبد سيملكه، أو إعتاق رقبه يشتره، أو قضاء دين يستدينه، أو تزويج امرأه إذا انقضت عدتها أو طلقها زوجها، و ما أشبه ذلك، لم يصح، لأن الموكل لا يتمكن من فعل ذلك بنفسه، فلا تنتظم فيه اقامه غيره، و هو أصح وجهى الشافعيه.

الثانى: انه صحيح، و يكتفى بحصول الملك عند التصرف، و أنه المقصود من التوكيل، و قال بعض الشافعيه: الخلاف عائد الى أن الاعتبار بحال التوكيل أم حال التصرف، انتهى.

أقول: ينبغى أن يعلم أن المراد بكون متعلق الوكاله مملوكا للموكل بمعنى كونه مما يمكن الموكل التصرف فيه، و مباشرته بنفسه عقلا و شرعا، و مثل هذه الأمور المعدوده لما لم يمكنه مباشرتها بشىء من الوجهين المذكورين انتفت الوكاله فيها، و أولى منها الأمور المستحيله عقلا أو شرعا، فلا يجوز التوكيل فى الغصب و السرقة و القتل و نحوه، و أحكامها انما تلزم المباشر لها، و هل يعتبر الإمكان المذكور من حين التوكيل الى حين التصرف، ظاهر جمع منهم ذلك على ما نقله فى الكفايه، و هو ظاهر عباره التذكرة المتقدمه.

و قال المحقق الثانى فى شرح القواعد على ما نقله بعض الأفاضل فمن شرط صحه الوكاله أن يكون التصرف مملوكا للموكل فى وقت صدور عقد التوكيل و الظاهر أن ذلك متفق عليه عندنا، و للشافعيه خلاف فى ذلك.

أقول: ومنه يعلم أن الاكتفاء بحصول الملك وقت التصرف مختص بالعامه كما تقدم نقله عن بعض الشافعيه، وقد تلخص من ذلك أنه متى كان شرط الوكاله ذلك امتنع التوكيل في هذه الأفراد المعدوده، إلا أنه قد أورد المحقق الأردبيلي هنا عليهم اشكالا، وهو أنهم قد حكموا بجواز التوكيل للطلاق في طهر المواقعه و في حال الحيض، و أنهم يجوزون التوكيل في تزويج امرأه و طلاقها قبل التزويج و كذا في شراء عبد و عتقه من غير نزاع، ثم نقل عن التذكره التصريح بذلك، ثم قال: و أيضا يجوزون الطلقات الثلاث مع رجعتين بينهما، و معلوم جواز عقد القراض، و هو مستلزم للبيوع المتعدده الوارده على المال مره بعد أخرى، و ليس بموجود حال العقد.

و بالجمله لا شك في جواز التوكيل في أمر لا يكون بالفعل للموكل فعله بل بعد فعل آخر كما مثلناه، و جميع ذلك مع قولهم بهذا الشرط مشكل، إلى أن قال: فهذا الشرط غير متحقق اعتباره لي، سواء قلنا وقت التوكيل فقط، أو يستمر إلى وقت الفعل انتهى.

أقول: من المحتمل قريبا حصول الفرق بين ما قدمنا ذكره عن التذكره من الأمثله التي يمتنع التوكيل فيها لعدم الشرط المذكور، و بين ما ذكره من الأمثله بأن يقال: بالفرق بين ما وقع فيه التوكيل مستقلا كالأمثله التي منعوا عن الصحه فيها، و بين ما وقع التوكيل فيه تبعا لما يجوز التوكيل فيه اتفاقا كالأمثله التي أوردناها، فيبطل في الأول، و يصح في الثاني، و يشير إلى ذلك، جمعه في التذكره بين الكلام الذي اعترض به عليه، و بين ما قدمنا نقله عنه في صدر المسئله في موضع واحد، فإنه قال: على أثر ما قدمناه في صدر المسئله ما صورته:

و لو و كله في شراء عبد و عتقه أو في تزويج امرأه و طلاقها، أو في استدانه دين و قضاءه صح ذلك كله، لأن ذلك مملوك للموكل، انتهى.

و حينئذ فلو لم يكن الفرق حاصلًا بما ذكرنا بل كان الجميع من باب

واحد كما ذكره، لحصل التدافع بين كلاميه، فكيف يصرح في محل واحد في بعض الأمثله بأنه لا يصح التوكيل، لأنه لا يملك التصرف، و يقول في نظيره أنه يصح، لأن ذلك مملوك للموكل.

و بالجمله فإن الفرق بين وقوع الشيء أصاله و تبعاً غير عزيز في الأحكام، و قد تقدم في الضمان الى ما لا يصلح بيعه منفرداً ما هو ظاهر في ذلك، و منه أيضاً عدم جواز الوقف على من لم يوجد أصاله، و صحه الوقف عليه تبعاً فلو وقف على من سيولد له بطل اتفاقاً، و على من ولد و من سيولد صح اتفاقاً.

نعم يبقى الكلام في الدليل الدال على هذا الشرط، و لا أعلم لهم دليلاً زياده على ما يفهم من الاتفاق الذي ادعاه المحقق الشيخ على، و فيه ما عرفت في غير مقام مما تقدم فالمسئله غير خاليه من الاشكال، كما في غيرها من مسائلهم الجاربه على هذا المنوال.

### **الثاني [في اشتراط كون الفعل الموكل فيه قابلاً للنيابه]:**

قد عرفت أن من الشروط قبول الفعل الموكل فيه للنيابه، و الأصحاب قد جعلوا لذلك ضابطاً، فقالوا: ان كلما تعلق قصد الشارع بإيقاعه من المكلف مباشره فإنه لا يقبل التوكيل، و لا تصح فيه النيابه، فكما جعل ذريعه إلى غرض لا يختص بالمباشره تصح النيابه فيه.

قال في التذكرة، الضابط فيما تصح فيه النيابه و ما لا يصح أن نقول: كلما يتعلق غرض الشارع بإيقاعه من المكلف مباشره لم تصح فيه الوكاله، و أما ما لا يتعلق غرض الشارع بحصوله من مكلف معين، بل غرضه حصوله مطلقاً، فإنه تصح فيه الوكاله و ذلك لان التوكيل تفويض و انابه، فلا يصح فيما لا تدخله النيابه، انتهى.

و عدوا من الأول الطهاره، و ان جازت النيابه في غسل الأعضاء عند الضروره، الا أن ذلك ليس و كاله، و الصلاه الواجبه ما دام حياً، و كذا الصوم و الاعتكاف و الحج الواجب مع القدره، و الايمان و النذور و الغصب و القسم بين الزوجات لانه

يتضمن استمتاعاً، و الظهار و اللعان و قضاء العده و الجنايه، و الالتقاط و الاحتطاب و الاحتشاش، و اقامه الشهاده إلا على وجه الشهاده على الشهاده.

و عدوا من الثانى البيع، و قبض الثمن، و الرهن و الصلح، و الحواله و الضمان و الشركه و العاريه، و اختلفوا فى جمله من الأفراد كما سيأتى التنبيه عليها إنشاء الله تعالى.

أقول: لا- يخفى ان الظاهر أن بناء هذا الضابط إنما هو على التقريب فى جمله من هذه المعدودات، و الا فإنه لا نص على هذا الضابط، و لا دليل عليه من الأخبار.

أما العبادات فالتقريب فيها أنه لما كان المقصود منها الانقياد و الخضوع و الخشوع لله سبحانه، و تهذيب النفس الأماره و تذليلها كان مستلزماً للمباشرة، و فعل المكلف بنفسه ليترتب عليه الأغراض المذكوره، و لا ينافى ذلك الاستنابه فى غسل أعضاء الطهاره مع العجز فى الطهاره المائيه، أو الترايبه فإنه لا يسمى و كاله، و لذلك تجوز الاستنابه فيه، لمن لا يصح توكيله كالمجنون و الصغير و النيه فى ذلك من المكلف إذ لا- عجز فيها إلا مع زوال التكليف بالكليه، و أما تطهير الثوب و البدن من النجاسه فليس فى حد ذاته من العبادات، ليمتنع التوكيل فيه، و ان ألحق بها من حيث استحباب النيه، و لهذا يحكم فيه بالطهاره بحصول الغسل كيف اتفق و ان كان لا من قصد و لا نيه بالكليه.

نعم قد استثنى من العبادات هنا مواضع: منها الصلاه الواجبه كركعتى الطواف حيث تجوز الاستنابه فى الحج الواجب مع العذر، و منها الحج فى الصوره المذكوره، و منها الحج المندوب و ركعتا الطواف فيه، و الطواف المندوب حيث يناب فيه و صلاه الزياده، و أما غيرها من النوافل و الصوم المندوب ففى جواز التوكيل فيه اشكال، و إطلاق جمع من الأصحاب المنع من الاستنابه فى العبادات يشملهما، و ان قيد الإطلاق فى غيرهما لقيام الدليل عليه، و يبقى ما عداه على



المنع، ومنها عتق العبد عن كفاره وجبت عليه، ومنها أداء الزكاه الواجبه و الخمس فإنه يجوز التوكيل فيها بغير اشكال، وكذا الزكوات المستحبه.

و أما الالتقاط و الاحتطاب و الاحتشاش فالكلام فيها مبني على ما تقدم تحقيقه في الشركه في المسئله الثانيه من الفصل الثالث اللواحق من الكتاب المذكور، و من ذلك يعلم أن هذه الأشياء مما قد اختلف فيه كلامهم.

و هنا مواضع قد وقع الخلاف في جواز التوكيل فيها، منها الإقرار بأن يقول و كلتك لتقرعني لفلان بكذا و كذا، فذهب الشيخ الى جواز التوكيل فيه، و هو أحد قولى الشافعيه، لأنه قول يلزم به الحق فأشبهه الشراء و سائر التصرفات. و تردد في التذكرة، و من ذهب الى المنع علله بأن الإقرار إخبار بحق عليه، و لا يلزم الغير إلا على وجه الشهاده، و لا يليق التوكيل بالإنشاءات.

و منها أيضا التوكيل في إثبات الحدود التي هي حق الله سبحانه، و أما ما يتعلق بالآدميين فقد جوزوا الوكاله فيه، و وجه المنع من التوكيل فيها أنه مبني على التخفيف، و

لقوله (صلى الله عليه و آله و سلم) (١)

«ادروا الحدود بالشبهات».

و التوكيل يؤدي الى إثباتها، و القول بذلك مذهب الفاضلين، في غير التذكرة، و أما في التذكرة فإنه قال: و يجوز التوكيل في إثبات حدود الله سبحانه، و به قال بعض العامه، ثم نقل خبرا من أخبار العامه يدل على أنه (صلى الله عليه و آله و سلم) و كل في إثبات الحد و استيفائه، ثم قال: و لأن الحاكم إذا استتاب نائبا في عمل فإنه يدخل في تلك النيابة الحدود و إثباتها فإذا دخلت في التوكيل بالعموم فبالترخيص أولى، ثم نقل عن الشافعي المنع من التوكيل في إثباتها، محتجا بما تقدم ثم رده بأن للوكيل أن يدرء بالشبهه، و إلى هذا القول قال في المسالك محتجا بما ذكره العلامة هنا، و أجاب عن دليل المانع بما أجاب به هنا أيضا.

ص: ٣٨

و منها الجهاد قال فى المبسوط: و أما الجهاد فلا- تصح النيابة فيه على حال، لأن كل من حضر الصف توجه فرض القتال إليه، وكيلا كان أو موكلًا، و قد روى أنه تدخله النيابة، قال فى المختلف بعد نقل ذلك عنه: و المعتمد دخول النيابة فيه، و لذا يصح الاستيجار عليه، و هذا اختيار ابن البراج، انتهى.

أقول: ما نقله الشيخ من وجود الروايه بالنيابه لا تحضرني الآن، فان ثبت فلا معدل عن القول بها، و به يزول الاشكال، و يضعف ما ذهب إليه، و ما استدل به العلامة قوى أيضا ان ثبت صحه الاستيجار عليه، كما ادعاه.

و منها و كاله الرجل لزوجته فى طلاق نفسها منه، قال فى المبسوط:

و أما المرء فإنها تتوكل لزوجها فى طلاق نفسها عند الفقهاء و فيه خلاف بين أصحابنا، و الأظهر أنه لا يصلح، و تبعه ابن إدريس قال فى المختلف: و الوجه عندى الجواز، لنا أنه فعل تدخله النيابة صدر من أهله فى محله، فكان واقعا، عملا بالأصل، و لا يخفى أن ما استدل به، لا يخرج عن المصادر، و أنه عين المدعى، و اما التمسك بأصالة الصحه فهو أيضا لا يخلو من الاشكال.

و منها توكيل الكافر فى تزويج المسلمه، منع عنه فى المبسوط، و جوزه ابن إدريس، و اختار فى المختلف ما ذهب إليه الشيخ، و استدل عليه بأنه نوع سلطنه، و ثبوت ولايه و سبيل على المسلم، فلا يصح لقوله تعالى (١) «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» .

أقول: لا يخفى ما فى هذا الاستدلال من الوهن، ثم قال: احتج بالأصل و الجواب المنع من التمسك به مع قيام منافيه.

و منها من و كل غيره فى طلاق زوجته و هو حاضر، فذهب الشيخ و جماعه منهم ابن البراج و أبو الصلاح الى عدم جواز ذلك، و ذهب ابن إدريس و من تأخر عنه الى الجواز، و سيأتى تحقيق المسئله فى محلها ان شاء الله تعالى.

ص: ٣٩

و منها أن يتوكل المسلم للذمى على المسلم، و ظاهر الخلاف المنع منه، و كذا فى النهايه، و هو ظاهر الشيخ المفيد أيضا، و منع أبو الصلاح من ذلك، و صرح ابن إدريس و العلامه فى المختلف بالجواز، قال فى المختلف: لنا الأصل الدال على الجواز السالم عن المعارضه بإثبات السبيل للكافر على المسلم.

و منها توكيل الحاضر فى الخصومه من غير أن يلزمه الحضور، رضى خصمه بذلك أم لا، و المشهور الجواز، و ذهب ابن الجنيدي إلى أنه مع حضوره لا يجوز إلا أن يرضى الخصم بمخاصمه و كيل خصمه.

و منها أيضا قبض الزكاه و الخمس، فهل يجوز للفقير و السيد التوكيل فى قبض ذلك له ممن عليه ذلك، قولان: الجواز و هو قول المبسوط، و المختلف و التذكره، و المنع و هو قول ابن إدريس، و ابن البراج، إما إخراجهما فلا خلاف نصا و فتوى فى ذلك.

قال ابن إدريس: قال بعض أصحابنا يجوز من أهل السهمين التوكيل فى قبضها، و قال ابن البراج: لا يجوز، و هو الذى يقوى فى نفسى، لأنه لا دلالة عليه، فمن ادعى ذلك فقد أثبت حكما شرعيا يحتاج فى إثباته إلى دليل شرعى و لا دلالة، و أيضا فالذمه مرتنه بالزكاه، و لا خلاف بين الأمة ان دفعها الى مستحقها يبرء الذمه بيقين، و ليس كذلك إذا سلمه الى الوكيل، لأن الوكيل ليس هو من الأصناف الثمانية بغير خلاف، لأن الزكاه و الخمس لا يستحقهما واحد بعينه، و لا يملكهما إلا بعد قبضه لهما، فتعين له ملكهما، و الوكيل لا يستحق إلا ما تعين ملكه للموكل، و استحق المطالبه به، و كل واحد من أهل الزكاه و الخمس لا يستحق المطالبه بالمال، لأن الإنسان مخير فى وضعه فيه، أو فى غيره، فلا يجبر على تسليمه إليه، انتهى.

و استدل فى المختلف على ما ذهب إليه من الجواز، فقال لنا: أنه عمل مباح يقبل النيابة، فصحت الوكالة فيه، أما إباحته فلا شك فيه، و أما قبوله

النيابه فظاهر، و لهذا وضع الشارع نصيبا للعامل، و لا خلاف أنه يجب دفع الزكاه الى الامام و العامل، و يبرأ ذمه الدافع، و ان تلف لأنهما كالوكيلين لأهل السهمين، و أى استبعاد فى أن يقول الفقير: و كلتك فى قبض ما يدفعه المالك الى عن زكاته، و لا يستلزم ذلك استحقاق المطالبه، بل إذا اختار المالك الدفع الى ذلك الفقير جاز الدفع الى وكيله، انتهى.

أقول: و المسئله لا يخلو عن شوب الاشكال، و ان كان قول ابن إدريس هو الأقرب الى جاده الاعتدال، أما ما ذكره العلامه من أنه عمل مباح يقبل النيابة، فإنه مصادره ظاهره، لأن هذا هو عين المدعى، إذ الخصم ينكر ذلك.

و ما ذكره من الدفع الى الامام بيده أو يد عامله، ففيه أنه ليس كون الامام هنا وكيلا عن المستحقين بأولى من كونه وكيلا عن المالك، و يكون نائبا منابه فى تفريقه على المستحقين، و لهذا ان بعض الأصحاب صرح بكونه وكيلا عن المالك.

و كيف كان فهو مستثنى بالنصوص الداله على ذلك، حتى قيل: بوجوب الدفع اليه، و ان كان المشهور الاستحباب و نائبه عليه السلام فى معناه.

و إنما يبقى الكلام فيما عداه، و مما يتفرع على ذلك أنه لو تلف المال فى يد الوكيل بتفريط أو غير تفريط فمقتضى كلام القائل بالجواز براءه ذمه المالك، و هو مشكل، لأنه مأخوذ عليه بظواهر النصوص فى براءه ذمه الدافع الى المستحق، و المتبادر منه كما هو الشائع المتعارف هو الدفع اليه بيده، و الحال أنه لم يدفع اليه بيده، و كون الدفع الى وكيله دفعا اليه، يتوقف على قيام الدليل على صحه الوكاله فى هذه المسئله.

و مما يتفرع على ذلك أيضا أنه لو تصرف الوكيل فى المال المدفوع اليه صح ذلك و مضى، لأن المستحق الذى و كله لا يستحق المطالبه به، لأنه لا يصير ملكا له الا بعد قبضه، فلا يستحق المطالبه به، و الدافع قد برئت ذمته كما هو المفروض

على هذا القول، وهذا عين السفسطه، و دعوى كون قبض الوكيل فى حكم قبض الموكل، يتوقف على صحه التوكيل بالدليل فى الصوره المذكوره، و يمكن أن يستدل لما ذكره العلامه بعموم أدله الوكاله، و ليس هنا ما يصلح للمنع الا عدم تعيين الدفع الى ذلك الموكل، و جواز العدول عنه الى غيره، وهذا لا- يصلح للمانع، إذ يكفى بناء على تسليمه أن يكون ذلك حقاً له فى الجملة، و هو هنا كذلك، و يمكن أن يؤيد ذلك بما صرحوا به من جواز الدفع إلى أطفال المؤمنين، و أنه يدفع إلى وليهم ان كان، أو عدل يقوم بإنفاقه عليهم، و بالجملة فإن المسئله لعدم الدليل الواضح باقيه فى قالب الاشكال، و الله سبحانه العالم.

### الثالث [فى اعتبار العلم بما فيه التوكيل و حد تصرف الإنسان فى ماله]:

قد عرفت أن من جملة الشروط العلم بما فيه التوكيل، و لو إجمالاً قال فى التذكرة: لا يشترط فى متعلق الوكاله و هو ما و كل فيه أن يكون معلوماً من كل وجه، فإن الوكاله إنما جوزت لعموم الحاجه، و ذلك يقتضى المسامحه فيها، و لكن يجب أن يكون مبيناً من بعض الوجوه، حتى لا- يعظم الغرر، و لا- فرق فى ذلك بين الوكاله العامه و الخاصه، فأما الوكاله العامه بأن يقول و كلتك فى كل قليل و كثير، فان لم يصف إلى نفسه فالأقوى البطلان، لأنه لفظ مبهم بالغايه، و لو ذكر الإضافه إلى نفسه- قال: و كلتك فى كل أمر هو لى أو فى كل أمورى أو فى كل ما يتعلق بى، أو فى جميع حقوقى، أو فى كل قليل و كثير من أمورى، أو فوضت إليك جميع الأشياء التى تتعلق بى، أو أنت و كيل مطلقاً تصرف فى مالى كيف شئت، أو فصل الأمور المتعلقة به التى تجرى فيها النيابة، و فصلها فقال: و كلتك ببيع أملاكى و تطليق زوجاتى و إعتاق عبيدى أو لم يفصل على ما تقدم أو قال: و كلتك فى كل أمر هو لى مما يناب فيه، و لم يفصل أجناس التصرفات أو قال: أقمتك مقام نفسى فى كل شىء- فالوجه عندى الصحه فى الجميع، و به قال ابن أبى ليلى، و قال الشيخ: لا- تصح الوكاله العامه، و هو قول العامه، إلا ابن أبى ليلى لما فيه من الغرر العظيم، و الخطر الكثير، لأنه

يلزمه فيه هبه ماله، و تطليق نسائه، و إعتاق رقيقه، و أن يزوجه نساء كثيره، و تلزمه المهور الكثيره، و الأثمان العظيمه فيلزم الغرر العظيم.

و الجواب أنا نضبط جواز تصرف الوكيل بالمصلحه، و كلما لا مصلحه فيه لم ينفذ تصرف الوكيل، كما لو و كله في بيع شيء و أطلق، فإنه لا يبيع الا نقدا بثمان المثل من نقد البلد، فكذا في الوكالة العامه، انتهى.

أقول: ما نقل عن الشيخ هنا هو مذهبه في الخلاف، و أما في النهايه فإنه قد وافق الأصحاب، و القول بالصحه منقول أيضا عن الشيخ المفيد، و سلار، و ابن البراج، و ابن إدريس، و هو المشهور بين المتأخرين، الا- أن ظاهر الشرائع الميل إلى ما ذكره في الخلاف، حيث قال: و لو و كل على كل قليل و كثير لا يصح لما يتطرق من الضرر، و قيل: يجوز، و يندفع الخبال باعتبار المصلحه، و هو بعيد عن موضع الفرض، نعم لو و كل على ما يملك صح، لأنه يناط بالمصلحه.

قال في المسالك: و الجواز مذهب الأكثر، لاندفاع الغرر و الضرر بمراعاة المصلحه في فعل الوكيل مطلقا، و المصنف رد هذا القيد بأنه بعيد عن موضع الفرض، فان الفرض كونه و كيلا- في كل شيء فيدخل فيه عتق عبيده، و تطليق نسائه، و هبه أملاكه، و نحو ذلك مما يوجب الضرر، و التقييد خروج عن الكليه.

و جوابه أن القيد معتبر و ان لم يصرح بهذا العموم، حتى لو خصص بفرد واحد تقييد بالمصلحه، فكيف بمثل هذا العام المنتشر، و فرق المصنف بين هذا العام و بين ما خصصه بوجه، كقوله و كلتك على ما أملك و نحوه، لاندفاع.

معظم الغرر، نظرا إلى أن رعايه المصلحه في الأمور المنتشره أمر خفى جدا، فإذا خصص متعلقها سهلت، و هو غير واضح، لأن رعايه المصلحه تضبط الأمرين، و انتشار الأمور لا يمنع من ذلك، فان مرجع المصلحه إلى نظر الوكيل، فما علم فيه المصلحه يفعلها، و ما اشتبه عليه يمتنع فعله، و لأنه لو فصل ذلك العام المنتشر فقال: و كلتك في عتق عبيدى، و تطليق زوجاتي و بيع أملاكى صح،

لأن كل واحد منضبط برعايه المصلحه على ما اعترفوا به، و ذلك مشترك بين الأمرين، فالأقوى الجواز مطلقا، انتهى.

أقول: لا يخفى أن العموم المستفاد من هذه الأمثله التي ذكرها في التذكرة مما ينافى اعتبار المصلحه، كما أن تقييد هذا العموم مناف أيضا، فإن ظاهر هذا العموم أن للوكيل إخراج من جميع ما يملكه من أموال عينيه و حقوق شرعيه و إثبات ما عليه ربما لا يمكنه الخروج عن عهده، و جميع ذلك خلاف المصلحه عرفا و عادة، كما أنه لو فصل كان كذلك، فكلام المحقق لا يخلو عن قرب، إلا أن يقال:

انه قد رضى بذلك، فهو في حكم ما لو فعل ذلك بنفسه،

«و الناس مسلطون على أموالهم». فيصح بناء على ذلك، و لا ثمره هنا للتقييد بالمصلحه، لأنه من الظاهر المعلوم عدم المصلحه، لو فعل ذلك تفصيلا، مع قولهم بالجواز، فكذا في صورته الإجمال الذي هو بمعناه.

و بالجمله فالأمر دائر بين احتمال عدم الصحه من لزوم الضرر، و بين احتمال الصحه بناء على رضاه بذلك، لمعوميه ذلك عنده، كما أنه لو فعله بنفسه كان كذلك، و أما التقييد بالمصلحه و عدمها فلا مدخل له هنا.

نعم لقائل أن يقول: ان ما ادعيتومه من أن للإنسان أن يفعل بنفسه و ماله ما شاء ممنوع، فإنه متى تجاوز في التصرف إلى حد يوجب الإسراف و إدخال الضرر على نفسه، كان ممنوعا بالآيات و الروايات الداله على تحريم الإسراف، و وجوب دفع الضرر عن النفس و المال (١)، و حينئذ فيرجع الأمر إلى اعتبار المصلحه في تصرفه بنفسه أو وكيله، و على هذا فيمكن القول ببطان الوكاله في صورته العموم على وجه المذكور، لإدخاله الضرر على نفسه، لأن مقتضى هذا العموم الضرر كما عرفت، كما أنه لو فصل هذا العموم كان ضررا بينا، فتبطل الوكاله في الموضعين، و يمكن أن يقال: بالصحه نظرا إلى أنه و ان كان مقتضى العموم ذلك، إلا أن تقييد تصرف الوكيل بالمصلحه يزيل ذلك.

ص: ٤٤

---

(١-١) الكافي ج ٤ ص ٥٢ عده روايات باب فضل القصد، الوسائل ج ١٥ ص ٢٦١ ب ٢٧.

و مما يمكن أن يستدل به على جواز تصرف الإنسان في ماله كيف شاء و ان أوجب الضرر

صحيحه محمد بن يحيى الخثعمي (1) قال:

«كنا عند أبي عبد الله عليه السلام جماعه إذ دخل عليه رجل من موالى أبي جعفر عليه السلام فسلم عليه ثم جلس و بكى، ثم قال له: جعلت فداك إني كنت أعطيت الله تعالى عهدا ان عافاني الله من شيء كنت أخافه على نفسي أن أتصدق بجميع ما أملك و ان الله تعالى عافاني منه، و قد حولت عيالي من منزلي إلى قبه من خراب الأنصار و قد حملت كل ما أملك، فأنا بائع داري و جميع ما أملك فأتصدق به؟ فقال: أبو عبد الله عليه السلام انطلق و قوم منزلك و جميع متاعك و ما تملك بقيمه عادله و اعرف ذلك ثم اعمد إلى صحيفه بيضاء فاكتب فيها جمله ما قومت ثم انظر الى أوثق الناس في نفسك فادفع إليه الصحيفه و أوصيه و مره ان حدث بك حدث الموت أن يبيع منزلك و جميع ما تملك فيتصدق به عنك، ثم ارجع الى منزلك و قم في مالك على ما كنت فيه فكل أنت و عيالك مثل ما كنت تأكل ثم انظر بكل شيء تصدق به فيما تستقبل من صدقه أو صلته قرابه أو في وجوه البر فاكتب ذلك كله و أحصه، فإذا كان رأس السنه فانطلق الى الرجل الذي أوصيت إليه فمره أن يخرج إليك الصحيفه، ثم اكتب فيها جمله ما تصدقت و أخرجت من صلته قرابه أو بر في تلك السنه، ثم افعل ذلك في كل سنه، حتى تفي لله بجميع ما نذرت فيه و يبقى لك منزلك ان شاء الله تعالى قال: فقال الرجل: فرجت عنى يا بن رسول الله جعلنى الله فداك».

و فيه أنه قد استفاضت الأخبار المعصوميه و عضدتها الآيات القرانيه بتحريم الإسراف.

كقول أبي عبد الله عليه السلام في روايه حماد اللحام (2) المرويه في الكافي و تفسير العياشى

لو أن رجلا أنفق ما في يديه في سبيل من سبيل الله ما كان أحسن و لا وفق أليس الله تبارك و تعالى يقول «وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ» و أحسنوا

ص: ٤٥

١-١) الكافي ج ٧ ص ٤٥٨ ح ٢٣، الوسائل ج ١٦ ص ٢٣٦ ح ١.

٢-٢) الكافي ج ٤ ص ٥٣ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٢٥٨ ح ٧.



ان الله يحب المحسنين» يعنى المقتصدین.

و فى روايه هشام ابن المثنى (١) عن أبى عبد الله عليه السلام الوارده فى تفسير قوله تعالى

«وَأَتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ وَلَا تُشِرُّوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُشْرِفِينَ» ، فقال: كان فلان بن فلان الأنصارى سماه و كان له حرث، فكان إذا أخذ يتصدق به يبقى هو و عياله بغير شىء، فجعل الله تعالى ذلك سرفاً.

و فى صحيحه الوليد بن صبيح (٢) قال:

«كنت عند أبى عبد الله عليه السلام فجاءه سائل فأعطاه ثم جاء آخر فأعطاه، ثم جاء آخر فقال يسع الله تعالى عليك ثم قال:

لو أن رجلاً كان له مال يبلغ ثلاثين أو أربعين ألف درهم ثم شاء أن لا يبقى منها إلا - وضعها فى حق لفعل فيبقى لا - مال له، فيكون من الثلاثه الذين يرد دعاؤهم قلت من هم؟ قال: أحدهم رجل كان له مال فأنفقه فى غير وجهه، ثم قال: يا رب ارزقنى فيقال له: «ألم أرزقك».

و من ذلك خبر الصوفيه (٣) المروى فى الكافى الى غير ذلك من الأخبار الصريحه فى تحريم ذلك و من المقرر أن صحه نذر شىء فرع مشروعته، فلو لم يكن مشروعاً لم ينقذ نذره، و منه يعلم أن الروايه المذكوره وارده على خلاف القواعد الشرعيه، بل ربما يقال: أن دلالة هذه الروايه على ما ندعيه من بطلان النذر أقرب، لأنه لو كان النذر صحيحاً لأمره عليه السلام بالتصدق بأمواله حسبما نذره لأنه هو الواجب بالنذر، و لما جاز نقلها إلى الذمه بالقيمه ثم التصديق بها تدريجاً على وجه يندفع به الضرر الموجب لبطلان النذر لو لم يكن كذلك، و لهذا ان الأصحاب قصرُوا العمل بالروايه على موردها لمخالفتها لمقتضى القواعد الشرعيه كما عرفت و الله سبحانه العالم.

ص: ٤٦

١- ١) الكافى ج ٤ ص ٥٥ ح ٥، الوسائل ج ٦ ص ٣٢٣ ح ٣.

٢- ٢) الفقيه ج ٢ ص ٣٩ ح ٢٠ الكافى ج ٤ ص ١٦ ح ١ و فيه ألم أجعل لك سيلاً الى طلب الرزق.

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ٦٥ ح ١. و هما فى الوسائل ج ٦ ص ٣٢٢ ح ١ و ص ٣٠٢ ح ٨.

وفيه مسائل

### الاولى [فى اشتراط التكليف فى الموكل و عدم الحجر عليه]:

يشترط فيه التكليف بالبلوغ و العقل و عدم الحجر عليه بالنسبه الى ما حجر عليه التصرف فيه، و جمله من الأصحاب انما عبروا هنا بأنه يشترط أن يملك مباشره ذلك التصرف بملك أو ولايه.

قال فى التذكرة: يشترط فى الموكل أن يملك مباشره ذلك التصرف، و يتمكن من المباشره لما و كل فيه، اما بحق الملك لنفسه، و بحق الولايه عن غيره، فلا- يصح للصبي - لا- المجنون و لا- النائم، و لا- المغمى عليه و لا- الساهى و لا- الغافل - أن يوكلوا، سواء كان الصبي مميزا أم لا، و سواء كانت الوكاله فى المعروف أم لا، و على الروايه المقتضيه لجواز تصرف المميز أو من بلغ خمسہ أشبار فى المعروف و وصيته فى المعروف ينبغى القول بجواز توكيله، و كذا كل من يعتوره الجنون حال جنونه، و لو و كل حال إفاقته صحت الوكاله، لكن لو طرء الجنون بطلت الوكاله، انتهى.

أقول: لا- ريب أنه وردت الروايات الكثيره (١) الظاهره فى جواز تصرف الصبي المميز بالعتق و الوصيه و الصدقه بالمعروف من غير معارض، و بها قال جمله من الأصحاب، و بذلك تثبت له جواز التوكيل، و ان كان خلاف المشهور بينهم لإعراض أكثرهم من العمل بتلك الروايات، و لهذا أحال ذلك هنا على تقدير ثبوت الروايه، و من ثم أيضا قال فى المسالك بعد ذكر عباره المصنف المرادفه لهذه عباره و الأقوى المنع.

و أما ما ذكره من بطلان وكاله المجنون لو و كل حال الإفاقه، و طرء الجنون، و مثله لو طرء الإغماء و الحجر عما و كل فيه، فالظاهر أن دليله أنه لا يصح التصرف من نفسه، لو كان كذلك فمن و كيله بطريق أولى، و قد مر أن من

ص: ٤٧

شرائط صحة التوكيل تملكه فعل ما وكل فيه، ولا شك أنه ليس بما لك له في تلك الأحوال.

و فيه أنه ان أريد بطلان الوكاله بطرو هذه الأمور و استمرارها بحيث لا تحصل له الإفاهه من الجنون و لا من الإغماء و لا دفع الحجر فهو جيد، و ان أريد البطلان و لو مع زوال تلك الأمور كما هو الظاهر من كلامهم، فإنه يمكن تطرق المناقشه إليه، بأنه من الجائز أن اشتراط تملك الموكل لما وكل فيه انما هو باعتبار الابتداء، بمعنى أنه لا يجوز له التوكيل الا فيما يملك التصرف فيه، كما تقدم ذكره، لا- باعتبار الاستداه، فلو حصلت الوكاله في حال كونه مالكا للتصرف بحيث يصح وقوع ذلك الفعل منه، فالوكاله صحيحه اتفاقا، و بطلانها بمجرد عروض أحد هذه الأشياء يحتاج الى دليل، و لا دليل على شرطيه هذا الشرط في الاستداه، و لانتقاض ذلك بالنائم مع الاتفاق على عدم البطلان بالنوم، و لعل دليلهم إنما هو الإجماع، الا أنه لم يدعه أحد منهم فيما أعلم.

و بالجمله فإن أصاله صحة الوكاله ثابتة، و البطلان يحتاج الى دليل، و الدليل الذي أوردوه قاصر، كما عرفت.

و الظاهر أن المراد بمن له حق الولايه هو الأب و الجد و الوصى و الحاكم الشرعى، أما الأب و الجد فظاهر، و أما الوصى إذا كان وصيا على الأطفال فإن له ولايه كولايه الأبوين، و كذلك الوصى في إخراج الحقوق اليه ذلك، فان معنى وصيته اليه بذلك جعله كنفسه.

قال في التذكرة: للوصى أن يوكل، و ان لم يفوض إليه الموصى، ذلك بالنصوصيه، لأنه يتصرف بالولايه كالأب و الجد، لكن لو منعه الموصى من التوكيل و جب أن يتولى بنفسه، و ليس له أن يوكل حينئذ لقوله تعالى (١) «فَمَنْ يَدَّلْهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ» الآية و يجوز للحاكم أن يوكل عن السفهاء و المجانين

ص: ٤٨

و الصبيان من يتولى الحكومه عنهم،و يستوفى حقوقهم،و يبيع عنهم،و يشتري لهم،و لا نعلم فيه خلافا،انتهى.

و أما العبد على القول بملكه فإنه ليس له التوكيل على الأشهر الأظهر إلا بإذن الموصى،لأنه و ان ملك الا أنه محجور عليه،كما تقدم تحقيقه فى كتاب البيع و فى كتاب الحجر.

نعم استثنى من ذلك الطلاق،فإنه بيد من أخذ بالساق،فله التوكيل فيه و لو أحلنا ملكه كما هو أحد القولين،فوقوع التوكيل منه إنما يكون فى حق مولاه، فيتوقف على الاذن،لأنه لا يجوز له التصرف مباشرة بدون الاذن،و لا يملك التصرف.

و قد عرفت أن التوكيل فى أمر فرع صحه تملك التصرف فيه،و مثله سائر أفراد المحجور عليهم،فإنه يجوز لهم التوكيل،فيما لا يتعلق به الحجر،قال فى التذكرة:و للمحجور عليه بالفلس أو السفه أو الرق أن يوكلوا فيما لهم الاستقلال حيث شاءوا من التصرفات،فيصح من العبد أن يوكل فيما يملكه من دون إذن سيده،كالطلاق و الخلع،و طلب القصاص،و المفلس له التوكيل فى الطلاق و الخلع و طلب القصاص،و المعامله بغير عين المال،و التصرف فى نفسه،فإنه يملك ذلك، و أما ماله فلا يملك التصرف فيه،و أما مالا يستقل أحدهم بالتصرف فيه فيجوز فيه مع إذن الولى و المولى،انتهى.

و ما يشعر به كلامه من جواز توكيل السفهيه مع إذن المولى قد تأمل فيه بعض المحققين،قال:فإنه بمنزله المجنون و الصبى،و قد منع منهما و ما اعتبر بإيقاعه بحضور الولى أيضا و برضاه لعدم الاعتداد بعبارة.

أقول:قد مر فى كتاب الحجر نقل الخلاف فيما لو أذن الولى للسفيه فى البيع فليل:بالمنع و هو مذهب المبسوط و ابن البراج،و قيل:بالصحه،و نقله العلامة فى المختلف عن بعض علمائنا و اختار،فينبغى أن يكون الكلام هنا كذلك،

الا أن الأقرب هو الصحة في الموضوعين، و الفرق بينه و بين الصبي و المجنون ظاهر، فان عبارتيهما مسلوبه الصحة، لعدم التكليف الذي هو مناط ذلك بخلاف السفیه.

فان الحجر عليه إنما هو من حيث خوف الإفساد و التبذير، و عدم الإصلاح في تصرفاته، و هذا مأمون بالإذن له فلا مانع حينئذ من الصحة، و لو و كله إنسان في شراء نفسه من مولاه فالمشهور الصحة، قالوا: و المراد وكالته باذن مولاه لتوقف تصرفاته على الاذن منه، الا- ما استثنى و الظاهر أنه يكفي في الاذن المذكور إيجاب السيد للبيع مخاطبا به العبد، و ان كان ظاهر كلام جملته منهم الاذن الخاص في ذلك، و ربما قيل: بالمنع لاشتراط مغايره المشتري للمبيع، و المشتري و المبيع هنا واحد، و هو العبد، و رد بأن المغايره الاعتباريه كافيته، و ربما قيل.

بلزوم كون السيد موجبا قابلا.

و فيه أيضا ما تقدم، قال في المبسوط: إذا و كل رجل عبدا في شراء نفسه من سيده قيل: فيه وجهان: أحدهما يصح، كما لو و كله في شراء عبد آخر باذن سيده، و الثاني لا يصح، لأن يد العبد كيد السيد و إيجابه و قبوله بإذنه بمنزله إيجاب سيده و قبوله، فإذا كان كذلك و أوجب له سيده و قبله كان السيد هو الموجب القابل للبيع، و ذلك لا يصح، فكذلك ههنا، ثم قال: و الأول أقوى.

و قال ابن البراج: الأقوى عندي أنه لا يصح الا أن يأذن له سيده في ذلك، فان لم يأذن له فيه لم يصح، قال في المختلف بعد نقل القولين المذكورين:

و الحق ما قويه الشيخ، لأن بيع مولاه رضا منه بالتوكيل، انتهى.

أقول: و من كلامه يفهم أن من أطلق من الأصحاب كالشيخ و المحقق و العلامة فإن مرادهم الاكتفاء بالإيجاب، و ما يدل عليه من الرضا بذلك عن الاذن الصريح، و ظاهر كلام ابن البراج تقدم الإذن أولا قبل العقد، و هو ظاهر شراح كلام المحقق و العلامة، و الحق ما ذكره في المختلف، و الله سبحانه العالم.

**الثانيه [حكم توكيل الوكيل] :**

**اشاره**

قالوا: ليس للوكيل أن يوكل إلا بإذن من الموكل، لأن الوكيل

ص : ٥٠

لا يملك مباشرة ما وكل فيه بنفسه قبل الوكاله، و من شرط صحة التوكيل تملك الموكل للتصرف بنفسه و لا ولايه له، فلا بد من الاذن حينئذ، الا- أن يدل اللفظ بإطلاقه أو عمومه على ذلك، كقوله اصنع ما شئت، و نحوه من الأمثله المتقدمه فى كلامه فى التذكره، و ان لم يحصل ذلك صريحا و لا ضمنا، لكن دلت القرائن على ترفع الوكيل عن مثل ذلك الفعل لشرفه و علو منزلته، و عدم لياقه مباشره ذلك الفعل به أو عجزه عنه فكذلك أيضا، لكن يجب علم الموكل بذلك.

## تنبيهات:

### الأول [أقسام التوكيل] :

#### إشاره

قال فى التذكره: التوكيل على ثلاثه أقسام

#### الأول: أن يوكل الموكل وكيله فى التوكيل

، فيجوز أن يوكل إجماعا، و الثانى: أن ينهائ عن التوكيل، فليس له أن يوكل، الثالث: أطلق الوكاله، و أقسامه ثلاثه: أحدها أن يكون العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله، كالأعمال الدنيه فى حق أشرف الناس المرتفعين عن مثلها فى العاده، كما لو وكله فى البيع و الشراء، و الوكيل أمين لا يتبدل بالتصرف فى الأسواق، أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه، فله التوكيل فيه، لأن تفويض مثل هذا التصرف إلى مثل هذا الشخص لا يقصد منه إلا الاستنابه، و هو قول علمائنا أجمع و أكثر الشافعيه.

#### الثانى: أن يكون العمل مما لا يرتفع الوكيل عن مثله

الا- أنه عمل كثير منتشر لا يقدر الوكيل على فعل جميعه، فيباشره بنفسه، و لا يمكنه الإتيان بالكل، فعندنا يجوز له التوكيل، و لا نعلم فيه مخالفا، و له أن يوكل فيما يزيد على قدر الإمكان قطعا، و فى قدر الإمكان اشكال أقربه ذلك، لأن الوكاله اقتضت جواز التوكيل فيه، فجازت فى جميعه كما لو أذن له فى التوكيل فيه بلفظ، و للشافعيه ثلاث طرق، ثم ساق الكلام الى أن قال

#### الثالث ما عدا هذين القسمين

، و هو ما أمكنه فعله بنفسه، و لا يرتفع عنه، و قد قلنا أنه لا يجوز له أن يوكل فيه الا بإذن الموكل، إلى أن قال: إذا و كله بتصرف و قال: افعل ما شئت لم يقتض ذلك

الاذن فى التوكيل، لأن التوكيل يقتضى تصرفا يتولاه بنفسه، و قوله اصنع ما شئت لا يقتضى التوكيل، بل يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه، و هو أصح قولى الشافعيه، و الثانى أن له التوكيل و به قال أحمد، و اختاره الشيخ فى الخلاف، لأنه أطلق الإذن بلفظ يقتضى العموم فى جميع ما شاء فيدخل فى عمومه التوكيل و هو ممنوع، انتهى.

أقول: و النصوص هنا غير موجوده، الا أن ما ذكره جيد بناء على الجرى على مقتضى تعليلاتهم فى أمثال هذه المقامات، الا فيما ذكره من قوله و فى قدر الإمكان اشكال أقربه ذلك، فان الظاهر أن ما قربه بعيد، قوله «لأن الوكاله اقتضت جواز التوكيل فيه» إلى آخره ممنوع، بل إنما اقتضت جواز التوكيل فيما يعجز عنه من حيث العجز، لا اعترافه أخيرا بأن التوكيل يقتضى تصرفا يتولاه بنفسه، و هو هنا بالنسبه إلى محل الاشكال عنده ممكن، لأن المفروض أنه ممكن لا يتعلق به عجز، فلا يجوز التوكيل فيه، بل يجب عليه مباشرته بنفسه، كما هو مقتضى الوكاله باعترافه.

و الى ما أشرنا أشار فى المسالك أيضا، فقال بعد ذكر جواز التوكيل فيما يرتفع عنه التوكيل أولا ثم الجواز فيما يعجز عنه ما لفظه: و يقتصر فى التوكيل فى الأخير على ما يعجز عنه، لأن توكيله خلاف الأصل، فيقتصر فيه على موضع الحاجه، و هو جيد، و كذا قوله: ان قوله افعل ما شئت لا يقتضى الاذن فى التوكيل، فان الظاهر هنا انما هو ما نقله عن الشيخ من الجواز حسبما قدمنا نقله عنهم.

و من جمله من صرح بذلك شيخنا فى المسالك فقال: فان أذن له فى التوكيل صريحا فلا اشكال، و كذا لو دل اللفظ بإطلاقه أو عمومه على ذلك، كاصنع ما شئت أو مفوضا و نحوه، و بما أوردناه عليه فى هذين الموضوعين اعترف فى القواعد، فقال: و لا يصح توكيل الصبى الى أن قال: و لا الوكيل إلا بإذن

موكله صريحا أو فحوى، مثل اصنع ما شئت، و الأقرب أن ارتفاع الوكيل عن المباشرة و اتساعه و كثرته بحيث يعجز عن المباشرة اذن فى التوكيل معنى فحينئذ الأقرب أنه يوكل فيما زاد على ما يتمكن منه لا الجميع انتهى.

و بيان ذلك هنا أن إطلاق التوكيل يقتضى تصرفا يتولاه بنفسه، كما صرح به، فلا بد لزياده هذا القيد و نحوه من فائده تترتب عليه، و الا- لكان لغوا من القول و لا- ريب أن من جمله ما يشاء توكيل الغير إذا شاء، و لو حمل هذا اللفظ على ما دل عليه أصل الوكاله من غير أن يكون له فائده تترتب عليه لكان اللانزم ما قلناه، و لا شك أنه هو المتبادر من اللفظ، الا أن يكون ثمه قرائن حاله توجب الخروج عن ذلك.

ثم ان ما ذكره من جواز التوكيل فى صورته الترفع و العجز ينبغى تقييده بما أشرنا إليه آنفا من علم الموكل بذلك، لأنه لو لم يعلم الموكل بشيء من هذين العذرين المانعين من القيام بما و كل فيه لم يجز لذلك الوكيل توكيل غيره، لانتفاء القرينه من جانب الموكل التى هى مناط الإذن، لأن معرفه الموكل بكونه يرتفع أو يعجز فى قوه الإذن له بالتوكيل، كما عرفت من عباره القواعد المذكوره، و أنه انما و كله، و الحال كذلك إلا مع رضاه و اذنه بالتوكيل، بخلاف ما لو لم يعلم بذلك، و هو ظاهر.

### **الثانى [فى بيان أقسام إذن الموكل للوكيل فى التوكيل]:**

قال فى التذكرة، إذا أذن له أن يوكل فأقسامه ثلاثة: الأول:

أن يقول له: و كل عن نفسك، ففعل كان الثانى و كيلا- للوكيل، ينزل بعزل الأول إياه، لأنه نائبه و هو قول الشافعى، ثم ذكر الخلاف فى ذلك من العامه و أقوالهم الى أن قال: و الثانى: لو قال: و كل عنى فوكل عن الموكل، فالثانى و كيل للموكل و ليس لأحدهما عزل الآخر، و لا ينزل أحدهما بموت الآخر، و لا جنونه و انما ينزل أحدهما بعزل الموكل، فأيهما عزله انزل.

الثالث: لو قال: و كلتك بكذا و أذنت لك فى توكيل من شئت، أو فى أن توكل و كيلا و لم يقل عنى و لا عن نفسك، بل أطلق فللشافعيه وجهان: أحدهما



أنه كالصوره الأولى، وهى أن يكون وكيلاً عن الوكيل، لأن المقصود من الاذن فى التوكيل تسهيل الأمر على الوكيل، وأصحهما عندهم أنه كالصوره الثانيه يكون وكيلاً للموكل، فان التوكيل تصرف يتولاه باذن الموكل، فيقع عنه إذا جوزنا للوكيل أن يوكل فى صورته سكوت الموكل عنه، فينبغى ان يوكله عن موكله، ولو وكل عن نفسه، فللشافعيه وجهان، انتهى.

أقول: ظاهر كلامه هو التوقف فى القسم الثالث حيث لم يذكر فتواه فى ذلك، وإنما اقتصر على نقل الوجهين من كلام الشافعيه، وذكر تعليلاتهم، ويحتمل أن يكون عدم رده لما ادعوه من الأصحيه و لا رد دليلها مؤذناً باختياره ذلك، و رجحه بعض محققى متأخرى المتأخرين، قال: لأن صاحب المال إذا أذن بتوكيل من يوكل فى بيع ماله أنه يوكله عن نفسه، ولأنه ثبت بذلك توكيله و بإذنه فى فعل الثانى ذلك الموكل فيه فعزله و منعه من ذلك يحتاج إلى دليل، و الأصل عدمه و الاستصحاب يفيد، انتهى.

أقول: والمراد من قوله يوكل فى صورته سكوت الموكل يعنى مع فهم الجواز من القرائن كما تقدم لا مطلقاً، فإنه لا قائل به.

### الثالث [فى عدم اعتبار الأمانه فى وكيل الوكيل]:

قال فى التذكرة أيضاً: كل وكيل جاز له التوكيل فليس له ان يوكل الا أميناً لأنه لا نظر للموكل فى توكيل من ليس بأمين فيفيد جواز التوكيد فيما فيه الخطر و الضرر كما أن الاذن فى البيع يقتضى الإذن بضمن المثل، الا أن يعين له الموكل فيجوز سواء كان أميناً أو لا، اقتصاراً على ما نص عليه المالک، ولأن المالک قطع نظره بتعيينه، ولو وكل أميناً فصار خائناً فعليه عزله، لأن تركه يتصرف فى المال مع خيانتته تضييع و تفريط على المالک، و للشافعيه وجهان: فى أن يحل له عزله، انتهى.

أقول: الظاهر من كلامهم من غير خلاف يعرف هو عدم اشتراط العداله فى الوكيل، و غايه ما ذكروه فى شروطه هو البلوغ و العقل، و الإسلام ان كان

الغريم مسلماً، بل صرح في الشرائع بجواز كونه فاسقاً أو كافراً أو مرتداً، و الظاهر أنه لا فرق في ذلك بين الوكيل عن المالك، و الوكيل عن وكيله، لأن الحكم في الوكيل لا يزيد على الحكم في المالك فكل من جاز للمالك توكيله، جاز لوكيله كذلك، لأنه قائم مقام المالك و في حكمه، إلا أن يقوم دليل على الفرق بينهما، و لا أعرف لذلك دليلاً، و الأصل العدم في الموضوعين، و ما ذكره هنا من التعليل بقوله لأنه لا- نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين إنما يتم لو قلنا: باشتراط الوثاقه و الأمانه فيمن يوكله الموكل.

و قد عرفت أنه غير شرط و لم يصرح به أحد منهم بل إنما صرحوا بخلافه، و كيف يتم ما ذكره من أنه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين بمعنى أنه ليس يرضى بذلك و لا- يجيزه، و الحال أنه يوكل الفاسق المقطوع بكونه غير أمين كما عرفت، فلو كان نظر الموكل مقصوراً على الأمين، و ان ذلك من شروط الوكالة لا تمتنع توكيله الفاسق، و كيف يراعى هذا النظر في وكيل وكيله، و لا يراعى في وكيله هو.

و بالجمله فإنه إذا صحت وكالته للفاسق و الكافر. المعلوم عدم أمانتهم، و الجائز وقوع الخطر و الضرر بوكالتهم، فلم لا يجوز فيمن يوكله الوكيل و الخطر و الضرر في الموضوعين متدارك بفسخ الموكل الوكالة، و قياسه ذلك على الاذن في البيع المقتضى لثمن المثل قياس مع الفارق، فإن البيع لما كان الغالب فيه هو البيع بثمن المثل حمل عليه الإطلاق، لما عرفت في غير موضع مما تقدم أن الإطلاق إنما يحمل على الأفراد الغالبه الشائعه، بخلاف التوكيل، لما عرفت من أن للموكل توكيل الفاسق و الكافر و المرتد و نحوهم ممن لا- أمانه لهم، فإطلاق توكيل الوكيل لغيره إنما ينصرف إلى ذلك، لا إلى خلافه و عكسه من اشتراط الأمانه فيه، و بما صرح به هنا صرح في القواعد أيضاً، فقال: وكل موضع للوكيل أن يوكل فيه فليس له أن يوكل الا أمينا الا أن يعين الموكل

غيره، على أن ما ذكره من التعليل بقوله لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين لا يخرج عن المصادر، لأن هذا عين المدعى كما هو الظاهر.

و بالجمله فإنه لا يظهر لى وجه صحه لما ذكره، و لعله لسوء فهمى القاصر و ضعف بصيرتى الحاسر، و بذلك يظهر أن ما أطال به المحقق الأردبيلي هنا الكلام بعد نقل العبارة المذكوره من أن المراد بالأمانه العداله بالمعنى المشهور بين الأصحاب أو مجرد اطمينان النفس به فى عدم الخيانه لا أعرف له وجهها لأن هذا البحث فرع صحه هذا الشرط، و قد عرفت ما فيه و انه لا وجه له، و لا دليل عليه الا أن يقال بذلك فى الوكيل: و لا قائل بذلك بل القول إنما هو بخلافه كما عرفت، و الله سبحانه العالم.

### الثالثه [عدم جواز التوكيل فيما لا يجوز له مباشرته]:

لا يجوز للموكل أن يوكل فيما لا يجوز له مباشرته كما تقدم فى صدر هذا المطلب و من فروع ذلك أنه لا يجوز للمسلم أن يوكل ذميا فى شراء خمر أو خنزير، لأنه لا- يجوز شراءه، و إن جاز ذلك للذمى، و منها أنه لا يجوز للمحرم أن يوكل فى عقد النكاح و لا- ابتياع الصيد، و لا- يجوز له أيضا أن يتوكل فيما ليس للمحرم فعله كابتياع الصيد و إمساكه و عقد النكاح، و هذا الحكم قد ذكره الأصحاب فى أحكام الموكل فعبروا بالعبارة الأولى و نحوها، و فى أحكام الوكيل فعبروا بالعبارة الثانية و نحوها، و الوجه فى ذلك ظاهر، فإنه كما يشترط فى الموكل أن لا يوكل إلا فيما يجوز له مباشرته، كذلك يشترط فى الوكيل أن لا يكون و كيلا إلا فيما يكون قادرا على الإتيان به بنفسه، و حيثئذ فكما لا يجوز للمحرم أن يوكل فى العقد فكذلك لا يجوز له أن يتوكل فيه، و قد تقدم الكلام فى ذلك فى الحج، إذا عرفت ذلك فاعلم أنه لا إشكال فى تحريم إيقاع العقد فيهما فى حال الإحرام، و كذا التوكيل فيه.

و انما الكلام فيما لو وقع التوكيل فى حال الإحرام لإيقاع العقد بعد الإحلال، فإن ظاهر إطلاقهم هنا هو البطلان، مع أن الذى صرح به جملة منهم

فى كتاب الحج هو الجواز، تمسكا بالأصل السالم عن المعارضه.

و كذا الكلام فى أنه هل يخص التحريم بما إذا كان العقد للموكل، أو أعم من ذلك؟ اشكال، و ان كان المتبادر من كلامهم الأول.

قال فى المسالك: و هل التحريم مشروط بكون العقد للموكل كما هو ظاهر الكلام و النص، أو هو أعم من ذلك حتى يحرم على الأب و الجد، و شبههما التوكيل حال الإحرام فى إيقاع عقد المولى عليه، و كذا الوكيل الذى يسوغ له التوكيل كل محتمل، و طريق الاحتياط واضح، انتهى و الله سبحانه العالم.

#### الرابعه [فى القول بكراهه نولى ذوى المروات المنازعه]:

قالوا: يستحب أن يكون الوكيل تام البصيره فيما و كل فيه عارفا باللغه التى يحاور بها، و عن ابن البراج ان ذلك واجب، و كذا عن ظاهر أبى الصلاح، ثم ردوا ذلك بأنه ضعيف، قالوا: و يكره لذوى المروات بان يتولوا المنازعه بأنفسهم، و المراد بأهل المروات يعنى أهل الشرف و الخطر و المناصب الجليله الذين لا يليق بهم الامتهان.

و نقل الأصحاب فى كتب الفروع أنه

روى (١)

«أن عليا عليه السلام و كل عقيلًا- فى خصومه، و قال، ان للخصومه قحما ان الشيطان ليحضرها و أنى لأكره أن أحضرها». و فى الصحاح القحمة بالضم المهلكه، و المراد بأن للخصومه قحما أى انه تقحم بصاحبها الى ما لا يريد.

أقول: لم أقف على هذا الخبر فيما حضرني من كتب أخبارنا بل الموجود فيها إنما هو ما يدل على خلافه

«من تحاكم على عليه السلام (٢) مع من رأى درع طلحه أخذت غلولا- عنده، فقال عليه السلام درع طلحه أخذت غلولا- يوم البصره، فأنكر من هى بيده، فدعاه المنكر إلى المحاكمه إلى شريح القاضى فحاكمه اليه». و القضيه

ص: ٥٧

١- (١) المستدرک ج ٢ ص ٥١١، النهايه لابن الأثير ج ٤ ص ١٩، لسان العرب ج ١٢ ص ٤٦٣ و فيه و كل عبد الله بن جعفر.

٢- (٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٧٣ ح ١٥٢، الوسائل ج ١٨ ص ١٩٤ ح ٦.

«و تحاكم النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) (١) مع صاحب الناقه إلى رجل من قریش، ثم الى على عليه السلام. و الروايه بها متعدده،

و تحاكم على بن الحسين عليهما السلام (٢) الى قاضى المدينه مع زوجته الشيبانيه لما طلقها و ادعت عليه المهر».

و هذه كلها كما ترى ظاهره فى عدم الكراهه، إذ لا ريب فى أنهم عليهم السلام سادات أرباب الشرف، بل لا شرف فوق شرفهم.

نعم ما ذكروه باعتبار العرف الذى عليه الناس الآن مما لا شك فيه، و من الطرائف المناسبه للمقام أنه ادعى رجل من عامه الناس على رجل من أهل الشرف فى بلادنا البحرين، و كان من عادته ذلك الرجل الشريف لعلو مقامه أن يجلس بجانب الحاكم، فلما ادعى عليه ذلك، قال له الحاكم: قم و اجلس إلى جنب خصمك ما دامت الخصومه، فإن هذا هو مقتضى الشرع، فإذا فرغت الخصومه عد الى مكانك، فقال الرجل: انى لا أبيع مقامى هذا بأضعاف ما يدعيه هذا المدعى و أنى أشهدكم أنى قد سلمت اليه دعواه، و لا أقوم من مجلسى هذا، و هو غايه فى المحافظه على شرف النفس و عزتها، و عدم امتهانها و مذلتها و الله سبحانه العالم.

## المطلب الرابع فى الوكيل:

### اشاره

و فيه أيضا مسائل

### الاولى [فى اشتراط ما يشترط فى الموكل فى الوكيل أيضا]:

كلما يشترط فى الموكل من البلوغ و العقل، و نحوهما، و ضابطه ما تقدم من التمكن من التصرف يشترط فى الوكيل أيضا، قال فى الشرائع: الوكيل يعتبر فيه البلوغ و كمال العقل، و لو كان فاسقا أو كافرا أو مرتدا، و لو ارتد المسلم لم تبطل وكالته، لأن الارتداد لا يمنع الوكالة ابتداء، فكذا استدأمه.

و قال فى التذكرة: كما يشترط فى الموكل التمكن من مباشره التصرف فى الموكل فيه بنفسه، يشترط فى الوكيل التمكن من مباشرته بنفسه، و ذلك بأن يكون صحيح العباره فيه فلا يصح للصبى و لا للمجنون أن يكونا وكيلين فى

ص: ٥٨:

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٦٠ ح ١، الوسائل ج ١٨ ص ٢٠٠ ح ١.

٢- (٢) الكافى ج ٧ ص ٤٣٥ ح ٥، الوسائل ج ١٦ ص ١٤٢ ح ١.

التصرفات، سواء كان مميزا الى آخر ما قدمنا نقله عنه في سابق هذا المطلب من الأفراد المعدوده ثمه، و على هذا النهج كلام غيرهما.

و هو كما ترى ظاهر بل صريح فيما قدمنا ذكره من عدم اشتراط الوكيل و عدم اشتراط كونه أمينا كما ذكره العلامة فيما قدمنا نقله عنه في وكيل الوكيل و كان ذكر المرتد في عبارته الشرائع-بعد ذكر الكافر الشامل له، لدفع توهم بطلان تصرفاته بعد الرده، فإن البطلان مخصوص بما كان من أمواله، فإنه يمنع منها دون مال الغير الذى و كل فيه، فإنه لا يدخل فى ذلك و لا يمنع من تصرفه فيه بحسب الوكاله.

و ما ذكره فى التذكرة من الشرط المذكور، بمنزله الضابط الكلى للوكيل، و لكنه يحتاج أيضا الى قيد زائد على ما ذكره، كما نبه عليه المحقق فى عبارته الشرائع بقوله: و كلما له أن يليه بنفسه و تصح النيابة فيه صحح أن يكون فيه و كيلا، و الأول احتراز عما لا يصح أن يليه بنفسه و لا- يتمكن من مباشرته بنفسه، كتوكيل المحرم فى عقد النكاح إيجابا و قبولا، و توكله فى حفظ الصيد و شرائه، إذ ليس للمحرم أن يلي ذلك بنفسه كما تقدم ذكره.

و منه الصبى و المجنون كما ذكره فى التذكرة فإنهما لا- يليان ذلك، و منه الكافر لا يجوز له تزويج المسلمه فى جميع هذه المواضع التى لا يملك فيها التصرف لنفسه لا يجوز له أن يكون و كيلا فيها، الا أن ظاهر ابن إدريس الجواز فى الأخير.

و الثانى احتراز عما لا- تصح النيابة فيه و ان صحح أن يليه بنفسه، كالعبادات و نحوها مما تقدم ذكره مما يليه الإنسان بنفسه من صلاه و صوم و نحوهما، فإنه لا تصح النيابة فيها، لكونها مطلوبة من المكلف مباشرة، و يدخل فى هذا الضابط المحجور عليه لسفه أو فلس من جهه، و يخرج من جهه، فمن جهه ما حجر عليه التصرف فيه يخرج، و من جهه ما خرج عن موضع الحجر مما له التصرف فيه يدخل، لأنهما يليان لأنفسهما بعض الأفعال، فتصح و كالتما فيها.

### **التانيه [حكم وكاله المرأه فى طلاق نفسها] :**

يجوز، للمرئنه أن تتولى طلاق غيرها بلا خلاف و لا إشكال، لأن

الطلاق مما يقبل النيابة، ولا فرق بين نيابه الذكر والأنثى، أما نيابتها في طلاق نفسها فمحل خلاف، وقد تقدمت اشاره اليه في المورد الثاني من المطلب الثاني.

و كذا يجوز وكالتها في عقد النكاح عندنا، ولم ينقل فيه الخلاف الا- عن الشافعي، حيث منع من توكيلها فيه إيجابا و قبولا كالمحرم، قال في التذكرة:

يجوز للمرأة أن يتوكل في عقد النكاح إيجابا و قبولا عندنا، الى آخره و قال فيها أيضا: بجواز توكيلها في رجعه نفسها، و توكيل امرأه أخرى.

أقول: أما الحكم الأول مما ذكره فظاهر، و أما الثاني فلا يخلو من توقف لأن أصله صحه الطلاق ثابتته الى أن يحصل الراجع لها بيقين، و لم يثبت من الشارع زوالها بتوكيلها في الرجعه، و الظاهر أن الكلام هنا كالكلام في توكيلها في طلاق نفسها و سيأتي تحقيق الحال فيه في موضعه إنشاء الله.

و يجوز وكاله العبد باذن مولاه لانه لا مانع من ذلك الا كون منفعه مملوكه للمولى، و حينئذ فإذا حصل الاذن زال المانع، و ظاهر إطلاق كلام أكثر الأصحاب هو توقف ذلك على الاذن، أعم من يكون ما و كل فيه مما يمنع شيئا من حقوق المالك أولا، بأن يوكله في إيجاب عقد أو قبوله في حال خلوه عن أمر المولى له بشيء أو في حال اشتغاله بأمره حيث لا- منافاه بين القيام بالأمرين.

و يدل على ذلك ما تقدم من أن منفعه بأسرها مملوكه لسيده، فلا يجوز التصرف في شيء منها قليلا أو كثيرا إلا باذنه و ذهب في التذكرة إلى جواز توكيله بغير إذنه، إذا لم يمنع شيئا من حقوقه، و اليه يميل كلام جملة ممن تأخر عنه، كالمسالك و المحقق الأردبيلي في شرح الإرشاد، نظرا إلى شهادته الحال، و انتفاء الضرر.

و أما وكالته في شراء نفسه، فقد تقدم الكلام فيها، و في حكمها وكالته في عتق نفسه، بأن يوكله مولاه في عتق نفسه، و وجه المنع هنا من حيث أنه يعتبر مغايره المعتق اسم الفاعل، للمعتق اسم المفعول، و الجواب الاكتفاء بالمغايره

الاعتباريه، كما تقدم نظيره.

أقول: وينبغي أن يعد من هذا القبيل أيضا ما لو وكله سيده في بيع نفسه على الغير، فان الكلام في هذا الموضوع كالكلام في الموضوعين المذكورين صحه و بطلانا و الله سبحانه العالم.

### الثالثه [في بطلان وكاله الذمي على المسلم]:

قال في التذكرة: مدار الوكاله بالنسبه إلى الإسلام و الكفر على ثمان مسائل، تبطل منها وكاله الذمي على المسلم، و هو صورتان، توكل الذمي للمسلم أو للكافر على المسلم عند علمائنا أجمع لقوله تعالى (١) «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» و يكره أن يتوكل المسلم للذمي عند علمائنا أجمع.

أقول: أما ما ذكره من الصور الثمان هنا فإنه باعتبار أن الموكل اما مسلم، أو كافر، و على التقديرين فالوكيل اما مسلم، أو كافر، و على التقادير الأربعة فالموكل عليه اما مسلم، أو كافر، فهذه ثمان صور المسئله، و ظاهره دعوى الإجماع على البطلان في صورتين منها، و هو كون الكافر وكيلا على المسلم، سواء كان الموكل مسلما أو كافرا و في الشرائع نسب هذا القول إلى الشهره، فقال بعد ذكره: على المشهور، و ربما كان فيه إيذان بالطعن في دليله.

و أما الاستدلال بالآيه المذكوره فهو و ان اشتهر بينهم في أمثال هذه المواضع، إلا أنك قد عرفت ما فيه في ما تقدم في غير موضع، من ورود النص (٢) عن الرضا عليه السلام بأن ذلك إنما هو من جهه الحجه و الدليل، و قد تقدم تحقيق ذلك بما لا مزيد عليه في المسئله السادسة من المقام الثاني في المتعاقدين من الفصل الأول في البيع في كتاب التجاره (٣).

و ظاهره الجواز فيما عدا ذلك من غير كراهه، إلا- في صورته واحده من الست الباقية، و هي أن يتوكل المسلم للذمي على المسلم، و ادعى الإجماع على

ص: ٦١

١-١) سورة النساء-الايه ١٤١.

٢-٢) عيون أخبار الرضا ج ٢ ص ٢٠٣ ح ٥.

٣-٣) ج ١٨ ص ٤٢٥.



الكراهه، مع أنه في النهاية على ما نقل عنه، قال: بعدم الجواز، ونقله في المختلف أيضا عن الخلاف و النهاية و أبي الصلاح، و هو ظاهر الشيخ المفيد أيضا، و قد تقدم ذكر ذلك في المورد الثاني من المطلب الثاني، و الظاهر أنه لذلك تردد في الشرائع، و ان استوجه بعد ذلك الجواز على الكراهه.

ثم أنه لا يخفى أن أكثر الأصحاب إنما عبروا بالذمي و لا يظهر له وجه، مع أنه متى ثبت ذلك في الذمي ثبت في غيره بطريق أولى، و الله سبحانه العالم.

#### الرابعه [في عدم اشتراط العدالة في الوكيل] :

قد عرفت مما قدمنا نقله عن الشرائع في المسئلة الأولى جواز أن يكون الوكيل فاسقا أو كافرا أو مرتدا، و قال في المسالك في مسئلة عدم اشتراط عداله الولي و لا الوكيل في عقد النكاح ما لفظه: و كذا الوكيل في عقد النكاح، لا يشترط أن يكون عدلا بل يصح توكيل الفاسق فيه إيجابا و قبولا- لقبوله النيابة و أصاله عدم اشتراط العدالة، إذ لا يتضمن ذلك استثمانا على أمر خفي كالمال، خلافا لبعض الشافعية، حيث اشترط العدالة فيهما.

و أما اشتراط عداله الولي في ولاية المال ففيه خلاف بين أصحابنا، و في التذكرة قطع بأن الفاسق لا ولاية له، حتى لو كان عدلا ففسق انتزع المال منه، و استشكل في القواعد في باب الوصايا، انتهى.

أقول: ما نقله عن التذكرة لم أقف عليه في كتاب الوكالة بعد التتبع لأبحاث الكتاب المذكور، و الذي وقفت عليه إنما هو خلاف ما نقله، حيث قال في الكتاب المذكور: لو فسق الوكيل لم ينزل عن الوكالة إجماعا، لأنه من أهل التصرف إلا أن تكون الوكالة مما ينافي الفسق، كالأيجاب في عقد النكاح عند العامة، فإنه ينزل عندهم، بمجرد فسقه، أو فسق موكله لخروجه عن أهليه التصرف فيه عندهم، و عندنا لا ينزل بالفسق، إذ لا يشترط العدالة في ولي النكاح، و أما في القبول و ان فسق الموكل لم ينزل و كيله بفسقه، لأنه لا ينافي في جواز قبوله، و هل ينزل الوكيل بفسق نفسه، فيه للعامة وجهان: و لو كان و كيلا

فيما يشترط فيه الأمانة كوكيل ولى اليتيم و ولى الوقف على المساكين، و نحوه انعزل بفسقه، و فسق موكله لخروجهما بذلك عن أهليه التصرف، و ان كان وكيلا لوكيل من يتصرف فى مال نفسه انعزل بفسقه، لأنه ليس للوكيل أن يوكل فاسقا، و لا ينعزل بفسق موكله، لأنه و كيل لرب المال، و لا ينافيه الفسق، انتهى.

أقول: و أنت خبير بما فيه من الصراحة فى صحه كون الوكيل فاسقا، و ظاهره دعوى الإجماع عليه، لأن عدم انعزاله بالفسق إنما هو من حيث عدم منافاه الفسق، لصحه الوكاله كما هو المذكور فى آخر عبارته، و أن المدار فى الوكيل و صحه كونه وكيلا إنما هو على أهليه التصرف، كما قدمنا نقله عنه فى المسئله الأولى، و ان هذا هو الضابط فى صحه الوكاله، و كأن الوجه فيه أن المالك إذا رضى بذلك و سلم اليه ماله و أمره بالتصرف فيه على الوجه الذى أمره

«و الناس مسلطون على أموالهم». و لا مانع من الصحه، و لهذا استثنى من ذلك و كيل ولى اليتيم، و و كيل ولى الوقف الذين قد علم من الشارع أن ولايه موكليهما على ذينك الأمرين إنما هو لأجل المحافظه على ذلك، و مراعاة المصلحه، فلا بد من أن يكون عدلا، إذ لا وثوق بغيره، بخلاف مال الإنسان نفسه، فإنه مخير فى دفعه الى من شاء كيف شاء.

و أما عده من ذلك و كيل الوكيل، فقد تقدم الكلام فيه، و تطرق المناقشه اليه، و يظهر من ابن إدريس فى السرائر أيضا دعوى الإجماع على عدم اعتبار عداله الوكيل كما سمعت من كلام العلامة هنا، حيث قال فى مسئله وكاله الكافر فى التزويج: و الذى يقوى فى نفسى أنه لا يمنع من وكاله الكافر مانع فى التزويج المذكور، لأننا لا نعتبر العداله فى الوكيل، بغير خلاف، لأنه لا مانع منه من كتاب و لا إجماع و لا سنه متواتره، انتهى.

و يؤيد ذلك أيضا ما تقدم فى المسئله الثالثه فى بيان مدار الوكاله، و ما

ذكره بالنسبه إلى المرتد من أنه لا تبطل وكاله المسلم برده، لأن الرده غير مانعه من صحه الوكاله ابتداء، فكذا الاستدامه، كما صرح به فى التذكره و غيره من غير نقل خلاف الا- من بعض العامه، و بما ذكرنا يظهر ما فى دعوى شيخنا المتقدم ذكره أن المسئله فى وكاله المال خلافه، و أن بعضهم ذهب الى اشتراط العداله فيها، و مما يؤيد ما قلناه أيضا ظاهر قوله سبحانه (1) «وَمَنْ أَهْيَلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنُهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ» و بالجمله فإنه يجب القطع بعدم اشتراط العداله فى الوكيل فى كلامهم، و الأصل العدم حتى يقوم الدليل على خلافه، و الله سبحانه العالم.

#### الخامسه [فى عدم جواز مخالفه الوكيل لما عينه الموكل]:

قال فى التذكره: يجب على الوكيل اعتماد ما عين الموكل و قرره معه، و لا يجوز له المخالفه فى شىء مما رسمه له، فيصح تصرف الوكيل فيما وافق الموكل، و يبطل فيما يخالفه مع صحه الوكاله، و الموافقه و المخالفه قد يعرفان بالنظر الى اللفظ تاره، و بالقرائن التى تنضم إليه أخرى، و أن القرينه قد تقوى فينزل عليها إطلاق اللفظ.

أقول: هذا من جمله الضوابط فى الوكاله أيضا، و مرجعه إلى أنه لا يجوز له المخالفه عما رسمه الموكل، الا أن تدل القرائن على إرادته، و رضى الموكل به أو تشهد العاده بذلك، و لكن لا بد من اطرادها بما دلت عليه، فإنه يكون حينئذ فى حكم المعين، و المرسوم من جهه الموكل.

و يتفرع على ذلك فروع: منها- ما لو أذن له فى البيع نسيه فباع نقدا أو عين له ثمنا فباع بأزيد منه، فإنه داخل فى المأذون فيه بطريق أولى، لأنه قد زاد خيرا، و العرف و العاده يشهدان بذلك، إلا أنه يجب تقييده بما إذا لم يعلم له غرض فى التعيين بذلك و إلا لم يجز التعدى عما رسمه، و ان لم يصرح بالنهى، لأن الأغراض تختلف فى ذلك و المصالح لا تنضبط، و لو صرح له بالمنع فأولى بعدم الجواز.

ص: ٦٤

قال فى التذكرة لو أمره بالبيع بمأه، ونهاه عن البيع بالأزيد لم يكن له البيع بالأزيد قطعاً، لاحتمال تعلق غرضه بذلك، فلا يجوز له التخطى، ومنها ما لو أمره بالبيع فى سوق معين، بثمن معين، فباع فى غيرها بذلك الثمن، أو أطلق و لكن باع بثمن المثل الذى ينصرف إليه الإطلاق صح أيضاً: بناء على أن الغرض تحصيل الثمن الا أنه يجب تقييده بما قدمنا ذكره، من عدم العلم بالغرض من ذلك التعيين، فلو علم الغرض منه كما لو كان الراغبون بذلك السوق أكثر، أو النقد فيها أجود، أو المتعاملون فيها أسمح، أو نحو ذلك لم يجوز له التخطى، و عن التذكرة، أنه اشترط هنا العلم بعدم الغرض، و عليه فلا يصح فى صورته الجهل، و لا يجوز التخطى.

و كيف كان فإنه مع صحه البيع فى غير ما عين، فالظاهر من كلام بعضهم أنه لا يجوز النقل له الى غير ذلك المكان الذى عدل اليه، و الظاهر أنه لخروجه عن الاذن يكون ضامناً بالنقل اليه، و يكون ضامناً للثمن بعد البيع أيضاً لعين ما ذكر، و إنما تظهر الفائدة فى الحكم بصحة البيع خاصة.

و قال فى التذكرة بعد ذكر مسأله البيع فى السوق -و عدم تعرضه فيها للضمان و عدمه-: و لو قال بعه فى بلد كذا احتمال أن يكون كقوله بعه فى السوق الفلانى، حتى لو باعه فى بلد آخر جاء فيه التفصيل، ان كان له غرض صحيح فى التخصيص لم يجوز التعدى، و إلا جاز، لكن يضمن هنا الوكيل بالنقل إلى غير البلد للعين، و كذا الثمن يكون مضموناً فى يده، بل لو أطلق التوكيل فى بلد يبيعه فى ذلك البلد فلو نقله صار ضامناً، انتهى.

و عندى فى كل من هذين الكلامين إشكال، أما الأول و هو الضمان مع النقل إلى تلك البلد الأخرى، فلانه لا يجمع ما ذكره من أنه يصح البيع، لأن الغرض تحصيل الثمن الا أن يعلم غرضه فى التعيين، فان مقتضى هذا الكلام جواز المخالفه و النقل، و ان هذا الغرض مع عدم المانع المذكور قرينه على جواز المخالفه فى

تعيين السوق، فكأنه بالنظر إلى هذا الغرض و عدم المانع قال له بع بهذا الثمن ان شئت، فإذا حكم بجواز المخالفه كيف يتعقبه الضمان.

و بالجمله فإن المانع من جواز النقل إنما هو العلم بالغرض من التعيين، و أما مع عدمه فيجوز كما هو ظاهر عباره التذكرة المذكوره، و عليه فلا يتم القول بالضمان، لأنه مأذون في ذلك بمفهوم الكلام المتقدم.

و أما الثانى و هو ما ذكره فى التذكرة فإن ظاهره كما عرفت أنه مع عدم العلم بالغرض الصحيح فى التخصيص يجوز التعدى، ثم انه فرق بين الاذن بالبيع فى السوق و فى البلد، فأوجب الضمان فى الثانى دون الأول، و لا أعرف له وجهاً ظاهراً، و بيان ذلك أنه ذكر مسئلة البيع فى السوق أولاً، و لم يتعرض للضمان بالمخالفه، ثم ذكر مسئلة البيع فى البلد كما نقلناه عنه، و قال: لكن يضمن هنا، و هو ظاهر فيما قلناه من تخصيصه الضمان بهذه الصورة، دون تلك، و فيه ما ذكرناه.

و بالجمله فإنه ان فهم الاذن فى المخالفه من الكلام المذكور فى كل من هذين الموضوعين فإنه تجوز المخالفه، و لا يتعقب ذلك ضمان، و ان لم يفهم لم يجز النقل و تعقبه الضمان، لأنه تصرف فى مال الغير بغير اذن، و فى صحه البيع أيضاً إشكال.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهر كلام كثير منهم الفرق بين السوق و غيرها مما يعينه الموكل، و تخصيص جواز المخالفه بالسوق خاصه، إلا مع العلم بالغرض مع التعيين، و أما غيرها فلا، و هو مشكل لعدم ظهور الفرق.

قال فى التذكرة: يجب على الوكيل تتبع تخصيصات الموكل، و لا يجوز.

له العدول عنها، و لا- التجاوز إلا- فى صوره السوق على ما يأتى، بل يجب النظر الى تقييدات الموكل فى الوكاله، و يشترط على الوكيل رعايه المفهوم منها بحسب العرف الى آخره، و يشير الى ما ذكرناه أيضاً ما صرح به المحقق الأردبيلى (رحمه الله عليه)، ثم ان الأصحاب ذكروا هنا جمله من الفروع فى مطولات كتبهم و مرجعها الى ما عرفت فى الضابط المتقدم، و الله سبحانه العالم.

## السادسه [فى حكم صور بطلان الشراء للموكل من جهه مخالفه الوكيل لما عينه] :

قد صرحوا: بأن كل موضع يبطل الشراء للموكل إما للمخالفه كما أشير إليه فى سابق هذه المسئله، أو لإنكار الموكل التوكيل، فإن كان سمي الموكل فى العقد لم يقع العقد عن الموكل لعدم الوكاله، أو للمخالفه، و لا- عن الوكيل، لأن المذكور فى العقد غيره، كما هو المفروض، و ان لم يكن سماه وقع عن الوكيل بحسب الظاهر، و أما فى نفس الأمر فإن كان قصده و نواه لنفسه فهو له، و إن نواه للموكل لم يقع له أيضا لما تقدم، و المخرج عن ذلك إما بالمصالحه، أو بأن يقول الموكل إن كان لى فقد بعته من الوكيل.

أقول: و ان أردت زياده توضيح لهذا المقال فاعلم أن ذلك يقع فى موضعين أحدهما أن يكون بطلان الشراء مستندا إلى المخالفه لأمر الموكل، و لا ريب أنه مع تسميه الموكل فى العقد، و الحال أنه قد خالفه فيما وكله فيه فإنه لا يقع عنه و إن سماه بل يكون فضوليا يتوقف صحته على الإجازة بناء على المشهور فى عقد الفضولى، و لا يقع عن الوكيل أيضا لأن المسمى فى العقد غيره، و أما مع عدم ذكر الموكل فى العقد فإنه يقع بحسب الظاهر عن الوكيل، حيث أن الخطاب معه، و على هذا فللبائع أن يأخذ منه الثمن، و يلحقه جميع الأحكام المترتبة على البيع بناء على ذلك الظاهر، فإن الأحكام إنما تبنى عليه دون نفس الأمر، و لكن يجب تقييد الحكم بكون الشراء للوكيل كما ذكرنا بأن لا- يكون قد شرى بعين مال الموكل، و إلا فإنه يقع فضوليا عن الموكل، موقوفا على إجازته، فإن لم يجز بطل، لأنه يصير كظهور استحقاق أحد العوضين المعينين فى العقد، و إن جازه صح.

و كذا يجب الحكم بالبطلان فى هذه الصوره إذا علم البائع أن الثمن ملك الموكل، أو قامت به البيئه، و يجب على البائع رد الثمن حينئذ، و ان لم يعلم البائع بذلك، و لا- بينه ثبت البيع ظاهرا كما تقدم، و وجب على الوكيل دفع عوض ذلك الثمن للموكل، و انما كان الواجب هو العوض، لتعذر استرجاع عين الثمن، فإن البيع صحيح بحسب الظاهر كما ذكرنا، و اعترافه بالتفريط بسبب

المخالفة، و للموكل إخلاف البائع لو ادعى عليه العلم بأن الثمن له و إلا فلا.

و ثانيهما أن يكون بطلان الشراء لإنكار الموكل التوكيل، و لا- يخلو إما أن يكون الاشتراء بعين مال الموكل بناء على دعواه الوكالة، أو في الذمه، و على الأول يكون الشراء فضوليا، سواء ذكر الموكل لفظا أو قصده نيه أو لا فيهما فان أجازة الموكل صح على المشهور في عقد الفضولي، و ان لم يجزه و الحال أنه ذكره لفظا أو كان للموكل بينه بأن العين له أو كان البائع عالما بذلك، فلا يخلو إما أن يكون الوكيل صادقا في دعوى الوكالة، فإنه يكون العقد صحيحا بحسب الواقع، فاسدا بحسب الظاهر، و ان كان الوكيل كاذبا بحسب الواقع بطل الشراء بالعين في الواقع و الظاهر.

و على الثاني و هو الشراء في الذمه فإن ذكر الموكل لفظا أو نيه وقع الشراء له باطنا ان كان صادقا في دعوى الوكالة، و بطل بحسب الظاهر من حيث إنكار الموكل الوكالة، و ان لم يذكره بالكلية لا لفظا و لا نيه فالشراء للوكيل ظاهرا و باطنا، و ان كان الوكيل مبطلا في دعوى الوكالة و ذكر الموكل بطل البيع مطلقا، إذ لا يصح عن الموكل و ان سماه، لأنه مبطل في دعوى الوكالة، و لا عن نفسه لأن المسمى في العقد غيره، و ان لم يذكره وقع الشراء للوكيل.

قالوا: و طريق التخلص في مواضع الاشتباه باحتمال كونه لأيهما أن يقول الموكل: إن كان لي فقد بعته من الوكيل: و لا يضر التعليق هنا على الشرط في صحه هذا البيع، لأن الشرط المبطل إنما هو ما أوجب توقف العقد على أمر يمكن حصوله، و عدم حصوله، و الأمر المعلق عليه هنا واقع، بعلم المكلف حاله فلا يضر جعله شرطا.

و كذا القول في كل شرط علم وجوده كقول البائع ان كان اليوم الجمعة فقد بعتك كذا مع علمه بكون ذلك اليوم الجمعة، و لو امتنع الموكل عن البيع جاز للموكل أن يستوفي عوض ما أداه إلى البائع عن موكله من المبيع، و يرد

عليه ما يفضل ان كان فى المبيع زياده على ما استوفاه، و يرجع اليه بما يزيد له ان نقص المبيع مما استوفاه، و الرجوع عليه هنا بطريق المقاصه بمعنى أنه إن ظفر بمال الموكل و أمكنه وضع يده عليه، و كما يحصل التخلص بما ذكر يحصل أيضا بالمصالحه، و يحصل أيضا بإبراء الذمه من الثمن أو يقول، وهبتك إياه هذا ملخص ما ذكره فى المقام، و الله سبحانه العالم.

### السابعه [فى وكاله اثنين على جهة الاجتماع] :

قالوا: لو وكل اثنين و شرط الاجتماع أو أطلق لم يكن لأحدهما الانفراد، و لا القسمة، و لو مات أحدهما بطلت، و ليس للحاكم أن يضم اليه، و لو شرط الانفراد جاز.

أقول: لا ريب فى أنه إذا صرح بالانفراد فان كل واحد منهما و كيل على حده، و إذا صرح بالاجتماع لم يكن لأحدهما الانفراد، و المراد باجتماعهما صدور الأمر الموكل فيه عن رأيهما و اتفاقهما على ذلك، فان كان عقدا فينبغى أن يأذن أحدهما للآخر فى إيقاع العقد أو يتفقا على ثالث، فيوقع الصيغه، إذ الظاهر جواز الاذن هنا فى مثله كما رجحه بعض المحققين، و قيده آخرون باقتضاء الوكاله جواز التوكيل، و الا فلا، و بالجمله فإن قصد الموكل أن يكون العاقد واحدا لا إيقاع كل منهما الصيغه.

و ظاهره فى المسالك أيضا جواز إيقاع كل منهما الصيغه، و استشكله بعض المحققين بأنه يلزم أن يكون العقد الصحيح غير مؤثر للمطلوب المترتب عليه، بل يكون موقوفا على عقد آخر غير معهود فى الشرع، و فى صدق تعريف العقد الصحيح عليه تأمل و تكلف، انتهى.

و أما مع الإطلاع فإن وجدت قرينه تدل على الافراد أو الاجتماع و جب العمل بمقتضاها، و الا فإن ظاهر الأصحاب هو الحكم بالاجتماع، و على هذا فشرط الاجتماع على الخصوص انما يفيد مجرد التأكيد، لأن مقتضى الإطلاع هو الاجتماع كما عرفت، و الوجه فى اقتضاء الإطلاع الاجتماع أن قوله و كلكما



موجها الخطاب إليهما معا يقتضى كونهما وكيلين، والأصل فى كل منهما على حده عدم الوكالة. و عدم جواز التصرف إلا بإذن الموكل، و الاذن انما حصل لهما معا و المعية يقتضى الاجتماع، و لو مات أحدهما بطلت الوكالة من أصلها، كما إذا ماتا معا، لأن توكيلهما على وجه الاجتماع يؤذن بعدم رضاه برأى أحدهما، و تصرفه منفردا، و ليس للحاكم ضم آخر اليه، و تنفيذ الوكالة ان كان الموكل غائبا، بخلاف الوصاية، فإنه متى مات أحد الوصيين المجتمعين فان للحاكم نصب آخر يشاركه فى تنفيذ الوصايا، و الفرق بين الموضوعين أنه لا- ولايه للحاكم هنا على الموكل، بخلاف الوصى فإن النظر فى حق الميت و اليتيم اليه، فإذا مات أحد الوصيين صار وجود الآخر كعدمه، فان الوصى لم يرض برأيه منفردا و حيث كان الحاكم له النظر فى أمور الميت و اليتيم كان عليه أن ينصب شريكا للوصى فى تنفيذ الوصايا.

و مما ذكرنا يعلم بطريق أولى أنه لو غاب أحد الوكيلين المشروط اجتماعهما فليس للحاكم نصب آخر عوضه، و بذلك صرح فى التذكرة أيضا، و علله بأن الموكل رشيد جائز التصرف، ليس للحاكم عليه ولايه، و أنت خير، بأن هذا التعليل إنما يجرى فى حضور الموكل، لا فى غيبته، و احتمال جواز ضم الحاكم فى صورته الموت و الغيبة قائم، سيما فى مقام تطرق الضرر على الموكل ببطلان الوكالة، و بقاء أموره و ما وكل فيه فى معرض التلف، و تطرق الضرر، و الله سبحانه العالم.

#### **الثامنة [فى عدم بطلان وكالة الزوج أو العبد بالطلاق أو الإعتاق] :**

قالوا: لو وكل زوجته أو عبده ثم طلق الزوجه و أعتق العبد لم تبطل الوكالة، أما لو أذن لعبده فى التصرف فى ماله ثم أعتقه بطل الإذن، لأنه ليس على حد الوكالة، بل هو اذن تابع للملك.

أقول: الوجه فى الحكم الأول هو عدم مدخليته للزوجيه و المملوكيه فى صحه الوكالة، فلا- منافاه بين الطلاق أو العتق و بينها، فيستصحب حكمها فى الحالين

المذكورين، و يأتي مثل ذلك في العبد لو باعه بعد أن وكله، و قلنا بصحة وكالته فيما إذا لم يمنع شيئاً من حقوق المولى كما هو أحد القولين المتقدمين في المسئلة الثانيه من مسائل هذا المطلب، فتستصحب صحة الوكاله قبل البيع الى دخوله في ملك المشتري في هذه الصوره.

نعم لو منع ذلك شيئاً من حقوق المولى أو قلنا بالتوقف على الاذن مطلقاً كما هو المشهور اشترط في صحتها اذن المشتري و رضاه بذلك.

و أما الوجه في الحكم الثاني فقد عرفته من قوله لأن الإذن ليس على حد الوكاله، بل هو اذن تابع للملك، و الظاهر أن مرجع ذلك الى الفرق بين الأذن و الوكاله، و العبد هنا انما تصرف بالاذن من حيث وجوب الخدمه عليه لسيدته، فهو مأذون من حيث أنه خادم فممنشأ التصرف انما هو ذلك، لا الوكاله فإن الوكاله أمر مستقل.

و بالجمله فإن النظر هنا يرجع الى قصد الموكل لا الى مجرد وقوع اللفظ بالإذن، فإن كان قصده فيه الوكاله المستقله كغيره من الوكلاء الأحرار كان ذلك و كاله، انما هو من حيث وجوب الخدمه عليه كسائر الخدمات التي يؤمر بها، فليس ذلك و كاله، بل اذن، و يترتب على كل منهما ما يلحقه من الأحكام و من جمله ما يترتب على الأذن هنا هو بطلانه بعد البيع و العتق، لانه تابع للملك، و قد زال بكل من السببين المذكورين، قال في المسالك بعد قول المصنف في الاذن بنحو ما ذكرنا من أنه ليس على حد الوكاله ما لفظه: قد عرفت في أول الوكاله أن صيغتها لا تنحصر في لفظ، بل تصح بكل ما دل على الأذن في التصرف، و حينئذ فيشكل الفرق بين توكيل العبد، و الاذن له في التصرف حيث لا تبطل الوكاله بعته، و يبطل الإذن الا أن يستفاد ذلك من القرائن الخارجه الداله على أن مراده من الأذن انما هو ما دام في رقه، و مراده من الوكاله كونه مأذوناً مطلقاً، و حينئذ فلا فرق بين كون الإذن بصيغه الوكاله و غيرها، مع احتمال الفرق، فيزول

مع الاذن المجرد، لا- مع التوكيل بلفظها، حملا- لكل معنى على لفظه: و يضعف بما مر، فإن الوكالة ليست أمرا مغايرا للإذن، بل تتأدى بكل ما دل عليها، و لا فرق بين الصيغتين، انتهى.

أقول: لا ريب في صحة ما ذكره من أن الوكالة ليست إلا مجرد الأذن للوكيل فيما وكل عليه على النحو المتقدم، و يترتب أحكام الوكالة على ذلك، كما تقدم تحقيقه، إلا أن الكلام هنا بالنسبة إلى أوامر السيد لعبده، فإنها لما كانت انما تقع غالبا على جهه الاستخدام المطلوب منه، فالإذن المفهوم من هذه الأوامر ليس على حد الأذن المفهوم من تلك الأوامر الواردة في الأخبار، مثل قول شخص لآخر بع لى هذا أو اشتر لى كذا و نحو ذلك، فان المفهوم من الأخبار أن ذلك الاذن هنا وكاله شرعيه، يترتب عليه ما يترتب على الوكالة من الأحكام، بخلاف أوامر السيد على عبده، من حيث أن الغالب أن تلك الأوامر انما تقع على جهه الاستخدام، لأنها وكاله شرعيه فى كل مقام، و الفرق بين الأمرين أظهر من أن يخفى على ذوى الأفهام، فحمل بعض أوامر السيد لعبده على الوكالة يحتاج إلى قرينه ظاهره فى قصد الوكالة ليرتب عليها ما يترتب على الوكالة، و الا فهى أعم من ذلك كما لا يخفى، و الله سبحانه العالم.

### التاسعه [فى صور التوكيل فى قبض حق من شخص مات قبل القبض]:

قالوا لو قال: و كلتك على قبض حقى من فلان لم تكن له مطالبه الورثه بعد موته و قبل قبضه الحق، و لو قال له: و كلتك على قبض حقى الذى على فلان كان له ذلك، و الفرق بين الصيغتين أن الجار و المجرور فى الصوره الأولى و هو قوله من فلان متعلق بلفظ قبض، ففيه تعيين للمقبوض منه، و هو المديون، و لا يتعدى الى الوارث، فإنه غير المديون.

نعم يتعدى الى وكيل المديون، فيجوز القبض، لأن يده كيده، و هو نائب عنه و الفرق بينه و بين الوارث، ان الملك لم ينتقل الى الوارث بحق النيابة عن المورث و انما انتقل اليه بالملك أصاله بخلاف الوكيل، فان يده عليه انما هى بطريق النيابة.

و أما فى الصورة الثانىة فإن جملة الصلة و الموصول فىها وقعت صفة للحق، و لى فىه تعىن للمقبوض منه بوجه، بل الاذن معلق بقبض الحق الذى فى ذمه زىد مثلاً، فالوكىل ىتبع الحق حىثما كان، و أىنما كان، قال فى التذكرة: لو وكله فى قبض دىنه من فلان فمات نظر فى لفظ الموكل، فان قال: اقبض حقى من فلان بطلت الوكالة، و لم ىكن له القبض من وارثه، لأنه لم يؤمر بذلك، و انما و كله فى قبض مبدأه من المديون، و قد مات و ان قال: اقبض حقى الذى على فلان أو الذى فى قبل فلان فله مطالبه وارثه، و القبض منه، لأن قبضه من الوارث قبض للحق الذى على مورثه، فإذا قبض من الوارث لم ىكن قبضا من فلان، لا ىقال: لو قال اقبض حقى من زىد فوكل زىد إنسانا فى الدفع الىه كان له القبض منه فكذا ىنبغى أن ىقبض من الوارث لأن الوارث نائب الموروث، كما أن الوكىل نائب الموكل، لأننا نقول: الوكىل إذا دفع عنه ىأذنه جرى مجرى تسليمه، لأنه أقامه مقام نفسه، و لى كذلك هنا، فان الحق انتقل إلى الورثه، فاستحقت المطالبه عليهم لا بطريق النيابة عن الوارث، و لهذا لو حلف ان لا ىفعل شىئا حىث ىفعل و كىله، و لا ىحنت بفعل وارثه، انتهى.

فان قىل: وصف الحق بكونه من فلان ىشعر بحصر القبض فىه، لأن الصفة إذا زالت بموته لم ىكن الحق المتعلق بالوارث موصوفا بكونه فى ذمه فلان، و لا ىكون هو الموكل فىه.

فالجواب أن الوصف انما ىفید الاحتراز به عن دىن آخر له فى ذمه شخص آخر، و لا اشعار فىه بتخصىص القبض، و مع فرض أنه لا- ىكون له دىن آخر على غیره فالصفه هنا لمجرد التوضىح، فىكون كما لو قال: بع عبدى النائم، أو الأكل أو ما شاكلهما من الأوصاف، فإن له بىعه و إن انتبه أو ترك الأكل، كذا حققه فى المسالك، و الله سبحانه العالم.

الأولى [فيما ثبت به الوكالة] :

قالوا لا- يحكم بالوكالة بدعوى الوكيل و لا- موافقه الغريم ما لم يقم بذلك بينه و هى شاهدان، و لا تثبت بشهادة النساء و لا بشاهد و امرأتين، و لا بشاهد و يمين.

أقول: و تثبت أيضا بإقرار الموكل على نفسه، و يظهر من التذكرة أن المستند في عدم ثبوتها بشهادة النساء و شهادة رجل و امرأتين أو شاهد و يمين- هو الإجماع، قال: و تثبت الوكالة بإقرار الموكل على نفسه أنه و كله، و بشهادة عدلين ذكرين، و لا تثبت بشهادة رجل و امرأتين، و لا بشهادة رجل و يمين عند علمائنا أجمع.

و ظاهر كلام المحقق هنا حيث نسب الحكم بذلك إلى قول مشهور التوقف، فان مرمى هذه العبارة ذلك، و قال في المسالك بعد نقل عبارة المصنف المشعره بما ذكرنا هذا هو المذهب، و لا نعلم فيه مخالفا، و لأن متعلق الشاهد و اليمين و الشاهد و المرأتين الحقوق الماليه، و الغرض من الوكالة الولايه على التصرف، و المال قد يترتب عليها، و لكنه غير مقصود بالذات ههنا و يشكل الحكم فيما لو اشتملت الدعوى على الجهتين، كما لو ادعى شخص على آخر و كاله بجعل، و أقام شاهدا و امرأتين أو شاهدا و حلف معه، و الظاهر أنه يثبت المال، لا الوكالة، و لا يقدر في ذلك تبعض الشهاده، و مثله ما لو أقام ذلك بالسرقة، فإنه يثبت المال لا- القطع، و لان المقصود بالذات هنا هو المال لا الولايه نعم لو كان ذلك قبل العمل اتجه عدم الثبوت، لأن إنكار الوكالة أبطلها، و المال لم يثبت بعد، و يمكن أن يكون نسبه المصنف القول إلى الشهره حينئذ المشعر بتوقفه فيه، لأجل ذلك، فيكون التوقف في عموم الحكم لا في أصله، انتهى.

و يمكن تطرق النظر و الاشكال إلى بعض مواضع هذا المقال، منها ما استظهره

من ثبوت المال دون الوكالة فيما لو ادعى الوكيل الجعالة عليها و أقام شاهدا و حلف معه، أو ضم إليه امرأتين، فإن فيه أنه لا ريب أن الجعالة فرع على الوكالة، تابعه لها كما هو المدعى، فكيف يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل، و التابع مع عدم وجود المتبوع، بل هذا مما تنكره بديه العقول.

و منها قوله في السرقة أنه يثبت بذلك المال لا القطع، يعنى لو أقام شاهدا و امرأتين أو شاهدا مع اليمين على أن زيدا سرق يثبت المال المسروق، و لم يثبت القطع على السارق، مع أن هذين أعنى ثبوت المال و القطع معلولا عله واحده، و هى السرقة فإن ثبتت ثبتتا، و إلا فلا، فكيف يثبت بالبينه المذكوره أحدهما دون الآخر.

و بذلك يظهر بقاء الإشكال الذى ذكره لما عرفت من ضعف ما استظهره فإنه لا ينطبق على القواعد و الأصول بل هو مما تنكره بديه العقول.

و منها جملة عبارته المصنف المشعره بتوقفه على هذه الصورة الخاصه، و هى إنكار الموكل الوكالة قبل عمل الوكيل، فإنه بعيد غايه البعد، أما أولا فلأنها صورته نادره، لا يحسن أن يحمل عليها الإطلاق، و اما ثانيا، فإنه متى كان الإنكار فى الصورة المذكوره من مبطلات الوكالة، فلا- معنى لفرض المسئله بإقامه الشهاده و اليمين معه، أو ضم المرأتين، فإنه إقامه بينه على أمر قد حصل بطلانه، بل لا يحسن فرضه، و التمثل به بالكلية كما لا يخفى على ذوى الذوق السليم.

و كيف كان فإنه لا مندوحة عن الحمل على ذلك و ان بعد، لاتفاق الأصحاب المعتضد بالأخبار الداله على اختصاص الثبوت بهذين الأمرين بالمال، و الوكالة ليست مالا، و إنما هى ولاية كما عرفت.

بقى الكلام هنا فى شيئين أحدهما ما قدمنا نقله عنهم من قولهم أنه لا يحكم بالوكالة بدعوى الوكيل و لا بموافقته الغريم ما لم يقم بينه، ينبغى تخصيصه بحصول المنازع فى الوكالة، بأن ينكرها الموكل، و الا فإن الظاهر أنه لو ادعاها و لا منازع له فإنه يصح تصرفه، و الشراء منه، لأن هذا أحد أفراد القاعده الكليه، و هى من ادعى

و لا منازع له فإنه يسمع دعواه، و على هذا عمل كافة الناس فى ارسالهم الوكلاء بأموالهم إلى البلدان البعيدة التى يتعذر فيها إقامه البينه على الوكاله، و يبيعون و يشتري الناس منهم من غير نكير و لا توقف. و كان الأئمة عليهم السلام يفعلون كذلك يرسلون الوكلاء للتجاره لهم فى مصر و نحوها فلو لم يقبل دعوى الوكيل الوكاله فى ذلك لزم الحرج الشديد، و الضيق، و يؤيده قبول قول المرأه فى الخروج من العده، و موت الزوج (١) و أنها حلت نفسها بتزويج محلل، ثم طلاقه لها، و خير الكيس (٢)، الذى بين أولئك الجالسين فقال أحدهم لمن هذا الكيس الدراهم أو الدينانير؟ فقال: أحدهم هو لى فقال عليه السلام هو له و بالجمله فالظاهر أن الحكم المذكور لا اشكال فيه، و لا شبهه تعتريه، و قد أشبعنا الكلام فى تحقيق هذه القاعده فى كتاب الزكاه فى مسئله ما لو ادعى الفقير الفقر هل يسمع دعواه أم لا؟ ثم ان ظاهر كلامهم أنه فى صورته التوقف بالإثبات على الشاهدين، لا بد من ضم حكم الحاكم بذلك فى باب الوكاله و غيرها، الا ما استثنى من رؤيه الهلال، فإنه يكفى فيه مجرد السماع عن الشاهدين، كما هو ظاهر جملة من أخبار تلك المسئله، و قد تقدم تحقيقه فى كتاب الصيام.

قال فى التذكرة: و لو قال يعنى الوكيل الذى شهد عدلان على و كالتة ما أعلم صدق الشاهدين لم تثبت و كالتة، لقدحه فى شهادتهما على اشكال، أقربه ذلك، ان طعن فى الشهود، و الا- فلا- لأن الاعتبار بالسماع عند الحاكم، و جهله بالعداله مع علم الحاكم بها بنفسه أو بالتزكيه لا يضر فى ثبوت حقه، انتهى.

و ربما أشعر هذا الكلام بأنه مع معرفته عدالتهما، فإنه لا يحتاج إلى ضم حكم الحاكم، و كيف كان فهذا الفرض المذكور إنما يكون فى غير صورته النزاع بإنكار الموكل الوكاله و ادعاء الوكيل لها، و قد عرفت أنه لا تتوقف الوكاله

ص: ٧٦

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤٦٢ باب أنها مصدقه على نفسها ح ١ و ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٦ ح ١.

٢- (٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٩٢ ح ١٧، الوسائل ج ١٨ ص ٢٠٠ ح ١.

هنا على البينه بل يقبل مجرد دعوى الوكيل لها من غير راد لدعواه، ولا منازع.

و ثانيهما أن الظاهر من كلامهم عدم ثبوتها بالاستفاضه حيث خصوا الثبوت بالإقرار و العدلين، و يحتمل أن يكون الحصر إضافيا بالنسبه إلى رجل و امرأتين أو رجل و يمين، و نحوهما من شهاده النساء، و شهاده رجل وحده، فلا ينحصر فى الأمرين المذكورين و يؤيده أنهم جمعوا بين العدلين، و الاستفاضه فى مواضع.

و الظاهر عدم الفرق بين هذه المواضع، إلا أن الظاهر الوقوف على ما ثبت بالدليل، فإن الأحكام الشرعيه صحه و بطلانا و جوازا و تحريما يدور مدار الأدله الشرعيه، و قد ثبت هنا ثبوته بالإقرار، للأدله الداله على (١)

«أن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز». و العدلين للروايات الداله على الثبوت بهما فى جميع أبواب الدعاوى فغيرهما يتوقف على الدليل.

و ما ربما يتوهم من كون الاستفاضه ربما كانت أقوى من الشاهدين مدفوع بأن العمل بالشاهدين ليس من حيث افاده الظن، و حصول الظن بهما، كما قيل فإذا حصل ما هو أقوى منه ثبت به بطريق الأولويه بل إنما ذلك من حيث كونه تعبدا محضا فإنه كثيرا ما يحصل الظن الأقوى منهما بغيرهما من الأسباب، و مع ذلك فلا يجوز الحكم به، و لهذا ان بعض الأصحاب جعل شهاده الشاهدين إنما هى من قبيل الأسباب الموجهه للحكم على الحاكم الشرعى لا من حيث افاده الظن، و الله سبحانه العالم.

### الثانيه [فى عدم ثبوت الوكاله بالاستفاضه]:

المشهور فى عبارات الأصحاب و كذا غيرهم أن شاهدى الوكاله إذا اختلفا فى تاريخ ما شهدا به لم تثبت الوكاله، و كذا لو اختلفا فى اللغه عربيه و فارسيه، و كذا فى العبارة بأن يقول: أحدهما بلفظ و كلتكم، و يقول الآخر:

بلفظ استنتبتك، بل لا بد من اتفاقهما فى كل من هذه الأمور المذكوره، أما لو كانت

ص: ٧٧

---

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٥ ح ٧٩ و ٨٠، الكافي ج ٧ ص ٢١٩ باب ما يجب على من أقر على نفسه بحد و من لا يجب عليه الحد، الوسائل ج ١٦ ص ١٣٣ ح ٢ الباب ٣ من أبواب الإقرار.



الشهادة على الإقرار بها فإنها لا يضر ذلك.

قال فى التذكرة: من شرط قبول الشهادة اتفاق الشاهدين على الفعل الواحد، فلو شهد أحدهما أنه وكله يوم الجمعة، و شهد الآخر أنه وكله يوم السبت لم تثبت البينه، لأن التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت، فلم تكمل شهادتهما على فعل واحد، و لو شهد أحدهما أنه أقر بتوكيله يوم الجمعة و شهد أنه أقر يوم السبت، تثبت الشهادة، لأن الإقرارين اخبار عن عقد واحد، و يشق جمع الشهود على إقرار واحد ليقر عندهم فى حاله واحده، فجوز له الإقرار عند كل واحد وحده رخصه للمقر، و كذا لو شهد أحدهما أنه أقر عنده بالوكالة بالعربية، و شهد الآخر أنه أقر بها بالعجمية تثبت الوكالة، و لو شهد أحدهما أنه وكله بالعربية، و شهد الآخر أنه وكله بالعجمية لم تثبت، لأن الإنشاء هنا متعدد و لم يشهد بأحدهما شاهدان، و كذا لو شهد أحدهما أنه قال: و كلتك، و شهد الآخر أنه قال: أذنت لك فى التصرف، أو قال: جعلتك و كيلا أو شهد أنه قال جعلتك جريا أى و كيلا لم يتم الشهادة، لاختلاف اللفظ، و لو شهد أحدهما أنه وكله، و شهد الآخر أنه أذن له فى التصرف، تثبت الشهادة لأنهما لم يحكيا لفظ الموكل، و انما عبرا عنه بلفظهما و اختلف لفظهما لا يؤثر إذا اتفق معناه، انتهى و على هذا النهج كلامه فى سائر كتبه و غيره.

الا- أن ظاهر كلام الشرائع هو صحة الشهادة فى صورته الاختلاف فى الوكالة كما فى الإقرار و ظاهره عدم الفرق بين الوكالة و الإقرار فى صحة الشهادة حيث قال: و لو شهد أحدهما بالوكالة فى تاريخ، و الآخر فى تاريخ آخر، قبلت شهادتهما نظرا إلى العبارة فى الإشهاد، إذ جمع الشهود لذلك فى الموضع الواحد قد يعسر، و كذا لو شهد أحدهما أنه وكله بالعجمية، و الآخر بالعربية، لأن ذلك يكون إشارة إلى المعنى الواحد، و لو اختلفا فى لفظ العقد بأن يشهد أحدهما أن الموكل قال: و كلتك، و يشهد الآخر أنه قال: استنتبتك لم تقبل، لأنها شهادة على عقدين

إذ صيغه كل واحد منهما مخالفه للأخرى، وفيه تردد، إذ مرجعه إلى أنهما شهدا في وقتين، أما لو عدلا من حكاية لفظ الموكل و اقتصرنا على إيراد المعنى جاز، و ان اختلفت عبارتهما، انتهى.

أقول: الظاهر أن القول الأول هو الأنسب بالقواعد و الأصول، و الأقرب عند التأمل في هذه النقول، لما تقدم في كلام التذكرة، و توضيحه أن الصيغه الواقعة في أحد اليومين غير الواقعة في اليوم الآخر، و كل واحد من الصيغتين المذكورتين لم يرق عليها شاهدان، بل شاهد واحد، و قول المحقق هنا في تعليل ما ادعاه من الصحة، نظرا إلى العادة في الإشهاد إلى آخره لا معنى له، إلا أن يحمل الإشهاد في اليوم الثاني على الإقرار، لا على التوكيل، و هو خارج عن محل البحث و المدعى، لأن الصيغه متى حصلت في اليوم الأول فقد تم العقد بها، و ما تأخر إنما يكون إقرارا و اعترافا بها، و المدعى إنما هو الشهادة على الوكالة و انها هل تثبت مع اختلاف التاريخ أم لا؟- الإقرار، فيكون كلامه خروجا عن محل البحث ان حمل على إرادة الإقرار، و الا فهو لا معنى له بالكليه لما عرفت، و الفرق بين الشهادة على التوكيل و الشهادة على الإقرار في أنه تصح الشهادة في الثاني مع الاختلاف في التاريخ و نحوه مما تقدم، دون الأول، أن الوكالة إنشاء لا خارج له يقصد مطابقتها، و الإقرار له خارج نفس أمرى يقصد بالأخبار مطابقتها، و لا يلزم من تعدد الخبر تعدد الخارج، فإن الإنسان يفعل فعلا، و يخبر بذلك الفعل مرارا متعددة في أوقات متعددة بألفاظ مختلفه أو متحده، و الأمر الخارج لا دخل له في ذلك، و لا يتعلق به تعدد، و لا اختلاف بتعدد الاخبار و اختلافه. بخلاف الوكالة التي هي إنشاء لا واقع له يقصد مطابقتها، فان تعدد زمانه و مكانه و اختلاف صيغته توجب اختلافه، و مع هذا الاختلاف فإنه لم يرق البينه الشرعيه، و هي العدلان على فرد من هذه الأفراد المختلفه، بل إنما قام بها شاهد واحد، كما هو المفروض، و من أجل ذلك يثبت الإقرار مع الاختلاف دون الوكالة.

و أما قول المحقق الأردبيلي انتصارا لما ذكره المحقق هنا حيث قال بعد كلام في المقام: أيضا لم نجد لهم دليلا على عدم اعتبار اتحاد الشاهد للقبول على كل عقد من العقل و النقل، بل نجده مجرد الدعوى، فلم لا يجوز الاكتفاء بشاهد واحد في كل عقد إذا كان مما يقبل التعدد، ولا يضره، فإنه من الجائز أن يقول عند شاهد عدل يوم الجمعة و كلتك، و في يوم السبت عند آخر (وكيل كردم شما را)، لغرض من الأغراض مثل الاشهاد كما في الإقرار الى آخره، ففيه أنه لا-ريب أنه بالتوكيل في يوم الجمعة قد حصلت الوكالة الشرعية المترتب عليها أحكامها المقرره، و هذا التوكيل الثاني في يوم السبت ان قصد به التوكيل، و الإنشاء كما هو المفهوم من كلامه فهو لا يخرج عن اللغو في القول، لما عرفت من ثبوت التوكيل و حصوله، و ترتب أحكام التوكيل عليه بلا خلاف، و ان أريد الإقرار و الاعتراف تم ما ذكره و لكنه خلاف ما أراده، و بذلك يظهر لك ما في قوله، فلم لا يجوز الاكتفاء بشاهد واحد في كل عقد إذا كان مما يقبل التعدد، فاني لا أعرف لقبول عقد الوكالة هنا التعدد دون غيره من العقود وجهها، فإنه ان ثبت الوكالة بما يترتب عليها بالعقد الأول، فلا معنى لهذا التعدد، و الا فلا تورد، بل الثاني في الحقيقة إنما يرجع الى الإقرار و الاعتراف كما هو ظاهر لمن تأمل بعين الإنصاف.

أقول: و مما يمكن أن يؤيد به القول المشهور ما هو المفهوم من جملة من قضايا أمير المؤمنين عليه السلام في تفريق الشهود متى حصلت الريبه في شهادتهم من الأخذ بالمشخصات الزمانية و المكانية و القوليه و نحو ذلك، و انه متى اختلفت الشهود في ذلك أبطل شهادتهم و نقل عليه السلام مثله عن داود و دانيال عليهما السلام و الأخبار المشار إليها مشهوره (1)، و الله سبحانه العالم.

### الثالثه [في صور ادعاء الوكالة عن غائب في قبض ماله] :

#### أشاره

لو ادعى الوكالة عن غائب في قبض ماله، و كان لذلك الغائب مال عند أحد فإن كان ثمة بينه على الوكالة و جب تسليم ذلك اليه، و ان لم تكن

ص : ٨٠

بينه فلا يخلو اما أن ينكر الغريم الوكاله،أو يصدقه،و على الثانى فاما أن يكون الحق عينا أو دينا فهنا صور أربع،

### **الأولى: أن يقيم الوكيل البيئه على دعوى الوكاله**

و قد عرفت أنه لا إشكال فى وجوب الدفع إليه،فى هذه الصوره دينا كان أو عينا.

### **الثانيه: أن ينكر الغريم الوكاله و لا بينه**

فإنه لا يكلف بالدفع اليه لعدم البيئه و عدم تصديقه،و قيل: لا يمين أيضا على الغريم،و من عنده المال هنا،لأن اليمين عندهم إنما يتوجه على من لو صدق يلزم بمقتضى تصديقه،كذا قيل،و فيه نظر سيأتى إنشاء الله ذكره،فلو دفع بناء على الظاهر مع كونه غير مكلف بالدفع ثم حضر الموكل و أنكر الوكاله فالقول قوله مع يمينه،فإذا حلف على نفى الوكاله رجع على الدافع و يرجع الدافع على مدعى الوكاله،لأنه إنما دفع اليه بناء على الظاهر، فإذا تبين خلافه و قد غرم للمالك رجع بذلك عليه بلا إشكال.

### **الثالثه: أن يصدق الغريم مدعى الوكاله،و الحق الموكل فيه عين فى يده**

، و الحكم أنه لا يؤمر بالتسليم اليه لجواز كذبهما معا،و هذا الإقرار إنما تعلق بحق المالك فلا يسمع،لأن له أن يكذبهما معا،لكن لو دفع و الحال هذه جاز بناء على علمه بصحة الوكاله و تصديقه له فيها و لأنه لا- منازع غيرهما الآن و يبقى الموكل على حجته،فإذا حضر و صدق الوكيل برئت ذمه الدافع،و ان كذبه فالقول قوله مع يمينه،فان كانت العين موجوده أخذها،و له مطالبه من شاء منهما بالرد،لترتب أيديهما عليها و ان تعذر ردها لتلف أو غيره،تخير فى الرجوع على من شاء منهما،لما عرفت من ترتب الأيدى عليها،فان رجع على الوكيل لم يرجع على الغريم مطلقا لاعترافه ببرائته بدفعها اليه،و ان رجع على الغريم لم يرجع على الوكيل ان تلفت فى يديه بغير تفريط لأنه عنده أمين حيث صدقه فى دعوى الوكاله،و إلا رجع عليه و منه يظهر أنه لا رجوع للغرم منهما على الآخر لو تلفت بغير تفريط منهما،لما عرفت،و لأنه مظلوم بزعمه،و المظلوم لا يرجع الا على ظالمه.

### **الرابعه:الصوره بحالها و يكون الحق دينا**

،و هل الحكم هنا كما تقدم فى

تقدم فى سابق هذه الصورة أو أنه يجب الدفع اليه؟ وجهان: للأول منهما أن تسليمه إنما يكون عن الموكل، و لا يثبت إقرار الغريم عليه استحقاق غيره لقبض حقه، و لأن التسليم لا- يؤمر به إلا- إذا كان مبرءاً للذمه، و من ثم يجوز لمن عليه الحق الامتناع من تسليمه لمالكه حتى يشهد عليه و ليس هنا كذلك، لأن الغائب يبقى على حجته، و له مطالبه الغريم بالحق لو أنكر الوكاله، و للثانى ان هذا التصديق انما اقتضى وجوب التسليم من مال المقر نفسه، لا من مال الموكل، و إنكار الغائب لا يؤثر فى ذلك، فلا مانع من نفوذه، و لعموم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز.

أقول: و من أجل ذلك تردد فى الشرائع، و فى التذكرة ذكر الوجه الثانى احتمالاً، و لم يتعرض لذكر الوجه الأول، فقال: و ان كان دينا احتمال وجوب الدفع اليه، لا اعترافه بأنه مستحق للمطالبه، و الفرق بين الدين و العين ظاهر، فان المدفوع فى الدين ليس عين مال الموكل، و أما العين فإنه عين مال الغير، و لم يثبت عند الحاكم أنه وكيل، فلم يكن له أمره بالدفع، انتهى.

و ظاهر المسالك هنا اختيار الوجه الثانى حيث أجاب عن أدله الوجه الأول بعد ذكر ما نقلناه من أدله الوجه الثانى المتضمنه للجواب أيضاً عن بعض تلك الأدله، فقال: و توقف وجوب التسليم على كونه مبرءاً مطلقاً ممنوع، و البراءه هنا بزعمه حاصله، و الاحتجاج بجواز الامتناع للإشهاد إنما يقتضيه على المدفوع اليه، و هو ممكن بالنسبه إلى مدعى الوكاله، فوجوب الدفع هنا أوجه، انتهى.

ثم إنه لو حضر المالك و أنكر الوكاله فالقول قوله بيمينه، و يطالب الغريم و ان كان ما دفعه الغريم إلى الوكيل موجوداً بعينه، لأن ذلك ليس مال المالك كما تقدمت الإشارة اليه، و إنما هو من مال الدافع، لأن الدين لا يتعين إلا بتعيين مستحقه، أو من يقوم مقامه و الحال أن هذا القابض ليس أحدهما نعم للغريم الرجوع على الوكيل بما دفعه مع بقاء العين أو تلفها بتفريط لا بدونه، لأنه من حيث تصديقه له على الوكاله فهو أمين عنده، و الأمين لا يضمن

بدون تفريط، و يأتي بناء على الوجه الثاني من وجهي هذه الصورة أن الغريم لو لم يصدق المدعى كما تقدم في الصورة الثانية، و كان الحق دينا أنه لو ادعى عليه الوكيل العلم بالوكاله، فله عليه اليمين بعدم العلم، لأنه لو أقر لزمه التسليم، و هي قاعده كليه عندهم.

قال المحقق: و كل موضع يلزم الغريم التسليم لو أقر يلزمه اليمين إذا أنكر، فإطلاق عدم اليمين كما تقدم عن جمله منهم ثمه ليس في محله، بل إنما يتم في العين حيث أنه لا يلزم بدفعها بمجرد التصديق كما تقدم، و الله سبحانه العالم.

## المطلب السادس في الواحق:

### اشاره

و فيه مسائل

## الاولى [في كون الوكيل أميناً]:

المشهور في كلام الأصحاب بل ادعى عليه الإجماع أن الوكيل أمين لا يضمن الا مع التعدي أو التفريط، و قال في شرح القواعد: أنه يلوح من كلامهم أنه لا خلاف في ذلك بين علماء الإسلام.

أقول: ان أريد بكونه أميناً هو قبول قوله بيمينه في كل ما يدعيه من تلف المبيع و الثمن بعد قبضه، و رده على الموكل مثلاً، و قبول قوله في فعل ما و كل فيه و نحو ذلك فكلامهم لا يساعد عليه، و ان أريد أن ذلك في بعض هذه الأفراد فالأولى التخصيص بتلك الأفراد المراده، إلا- أن تعليلاً-تهم في المقام يقتضى العموم كما ستقف عليه، و ها نحن نسوق لك جمله من عبائرهم في المقام.

قال في المسالك- بعد قول المصنف لو اختلفا في التلف فالقول قول الوكيل لأنه أمين، و لأنه يتعذر إقامه البيه بالتلف غالباً فافتنع بقوله دفعا لا يلتزم ما تعذره غالب، ما لفظه-: المراد تلف المال الذي بيده على وجه الأمانه لتدخل فيه العين الموكل في بيعها قبله، و ثمنها حيث يجوز له قبضه بعده، و العين الموكل في شرائها كذلك، و وجه القبول مع مخالفته للأصل بعد الإجماع ما ذكره

المصنف، و لا فرق بين أن يدعى تلفها بسبب ظاهر كالحرق و الغرق، أو خفى كالسرق عندنا، و فى حكمه الأب و الجد و الحاكم و أمينه و الوصى، و قد تقدم الخلاف فى قبول قول بعض الأئمة، انتهى.

و قال فى التذكرة: الوكيل أمين، و يده يد أمانه لا يضمن ما يتلف فى يده الا بتعد أو تفريط، فان تلف ما قبضه من الديون و الأثمان أو الأعيان من الموكل أو غرمائه فلا ضمان عليه، سواء كان و كيلا بجعل أو بغير جعل، فان تعدى فيه كما لو ركب الدابة أو لبس الثوب أو فرط فى حفظه ضمن إجماعا، و كذا باقى الأمانات كالوديعة و شبهها، و بالجمله الأيدى على ثلاثه أقسام: يد أمانه كالوكيل و المستودع و الشريك، و عامل المضاربه، و الوصى و الحاكم و أمين الحاكم، و المرتهن و المستعير على وجه يأتى، و يد ضامنه كالغاصب و المستعير على وجه، و المساوم و المشتري شراء فاسدا، و السارق، و يد مختلف فيها، و هى يد الأجير المشترك كالقصار و الصانع و الحائك و الصناع و ما أشبه ذلك، و فيها للشافعية قولان، و عندنا أنها يد أمانه، إذا عرفت هذا فكل يد أمانه لا- ضمان على صاحبها الا- بتعد أو تفريط، لأنه لو كلف الضمان لامتنع الناس من الدخول فى الأمانات مع الحاجة إليها، فيلحقهم الضرر، فاقتضت الحكمة زوال الضمان عنهم، انتهى.

و قال فى موضع آخر: إذا ادعى الوكيل تلف المال الذى فى يده للموكل أو تلف الثمن الذى قبضه بئمن متاعه، و أنكر المالك قدم قول الوكيل مع يمينه، و عدم البيئه، لأنه أمينه، فكان كالمودع، و لأنه قد يتعذر إقامة البيئه عليه، فلا يكلف ذلك، و لا فرق بين أن يدعى التلف بسبب ظاهر، إلى آخر كلامه.

و قال فى موضع آخر: إذا اختلفا فى الرد فادعاه الوكيل و أنكره الموكل، فان كان و كيلا- بغير جعل احتمال تقديم قول الوكيل، لأنه قبض المال لنفع مالكه، فكان القول قوله مع اليمين كالدوعى، و يحتمل العدم، لأصاله عدم الرد، و الحكم فى الأصل ممنوع، و ان كان و كيلا بجعل، فالوجه أنه لا يقبل قوله،

لأنه قبض المال لنفع نفسه، فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير، وهو أحد قولي العامه.

و الثاني أن القول قول الوكيل، لأنه وكيل، فكان القول قوله كالوكيل بغير جعل، لا اشتراكهما في الأمانة، و سواء اختلفا في رد العين أو رد ثمنها، و جملة الأمانة على ضربين: أحدهما- من قبض المال لنفع مالكه لا غير، كالمودع و الوكيل بغير جعل، فيقبل قولهم في الرد عند بعض الفقهاء من علمائنا و غيرهم لأنه لو لم يقبل قولهم لامتنع الناس عن قبول الأمانات، و لحق الناس الضرر، و الثاني- من ينتفع بقبض الأمانة كالوكيل بجعل، و المضارب، و الأجير المشترك و المستأجر، و المرتهن، فالوجه أنه لا يقبل، و هذا الكلام مؤذن بأن الوكيل ليس أميناً مطلقاً، و إلا لقبول قوله في الرد، و سيأتي مزيد تحقيق لهذا الحكم إنشاء الله تعالى في مسائل النزاع.

و قال في مواضع آخر إذا ادعى الوكيل الرد الى الموكل، فالأقوى أنه يفتقر إلى البيئه، ثم نقل عن الشافعي تقسيم الأمانة إلى ثلاثه أقسام: قسم يقبل قوله في الرد بيمينه، و هم المودعون، و الوكلاء بغير جعل، و منهم من لا يقبل إلا- بيمينه و هم المرتهن و المستأجر، و منهم من اختلف فيه على وجهين، و هم الوكلاء بجعل و الشريك، و المضارب، و الأجير المشترك الى آخره.

و هذا الكلام يؤذن بأنه لا فرق بين الوكيل بجعل و غيره في عدم قبول قوله إلا بالبيئه، مع أن ظاهره في الكلام الأول التردد فيما إذا لم يكن الوكاله بجعل، و قال في موضع آخر: إذا وكله في بيع أو هبه أو صلح أو طلاق أو عتق أو إبراء أو غير ذلك، ثم اختلف الوكيل و الموكل فادعى الوكيل أنه تصرف كما أذن له، و أنكر الموكل و قال: لم يتصرف بعد، فإن جرى هذا النزاع بعد عزل الوكيل لم يقبل قوله إلا بيمينه، لأن الأصل العدم، و بقاء الحال كما كان و ان جرى قبل العزل فالأقرب أنه كذلك، و أن القول قول الموكل، لأن الأصل



العدم الى آخره، و سيأتي الكلام فى هذه المسئلة أيضا، و تصريح غيره بخلاف ما صرح به، و مرجعه الى الخلاف فى قبول قول الوكيل و عدمه، و بذلك يظهر لك أن ما ادعى من الإجماع المتقدم ذكره غير تام إلا فى صورته دعوى التلف، حيث أن ظاهرهم الاتفاق على قبول قول الوكيل فيه.

و أما دعوى الرد و دعوى التصرف فهو محل خلاف و اشكال عندهم، مع أن التعليل الذى ذكره فى قبول دعوى التلف زائدا على الإجماع، و هو لزوم امتناع الناس عن قبول الأمانات مع إلقاء الحاجه إلى ذلك، جار فى هذين الأمرين.

و بالجمله فإن المسئلة لعدم النص فى هذه الأفراد المعدوده، بل فى أصل مسئلة الوكاله لا يخلو من الاشكال، و الإجماع المدعى لو سلم حجيته غير تام، و التعليقات المذكوره فى كلامهم لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعيه كما تقدم ذكره فى غير مقام، و الأصاله متعارضه فى بعض هذه المواضع، فإن أصاله العدم فى دعوى الوكيل التصرف فيقدم قول الموكل، معارضه بأصاله براءه الذمه، و عدم الغرم و حمل أفعال المسلمين على الصحه مهما أمكن، كما يشير اليه كثير من الأخبار الا أنه يمكن أن يقال: لا يخفى أن مقتضى الأخبار التى تقدمت فى كتاب الوديعه داله على النهى عن اتهام من ائتمنه، المشعر ذلك بقبول قوله فى جميع ما يدعيه، كون الوكيل كذلك و أن كان بجعل، لأن الجعل إنما هو فى مقابله السعى و العمل، و هو غير مناف للايمان، و لا ريب أن الايمان فى الوكاله أشد و أبلغ منه فى الموادعه، لأنه فى الوكاله مؤتمن على الحفظ و التصرف بجميع أنواع التصرفات المأذون فيها، بخلاف الودعى فإنه مأمون على الحفظ خاصه، و لا ريب أيضا أن الايمان الذى رتب عليه هذه الأحكام فى الوديعه ليس إلا عبارته عن الوثوق بالمدفوع إليه فى عدم الخيانه، و المخالفه لأمر المالك، و لهذا وردت الأخبار (1)

ص: ٨٦

---

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٢٩٩ ح ٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٨ ح ٨ المنقول مضمون الأحاديث.

«ما خانك الأمين، و لكن ائتمنت الخائن». ،بمعنى أنه متى حصلت الخيانة من المدفوع اليه فالتقصير إنما هو منك، حيث لم تثبت في الفحص عن حال المدفوع اليه، و كونه أميناً و الا- فمتى ثبت عندك أمانته و الوثوق به، فإنه لا يحصل منه خيانه، و الايمان بهذا المعنى مشترك بين جميع الأماناء و دعيا كان أو و كيلاً أو مستعيراً أو مرتهاً.

و به يظهر أن الفرق الذى ذكره بين هذه الافراد- باعتبار مصلحه تعود على الأمين و لا- يقبل قوله، و عدمها فيقبل- ليس بموجه، نعم قد استثنى بعض المواضع فى مسئله الإعارة من هذه القاعدة، فيقتصر فيه على مورد النص، و هذا هو الظاهر عندى من الأخبار المشار إليها، و ان كان كلامهم على ما عرفت من الاختلاف و الاضطراب فى جميع هذه الأبواب، و الله سبحانه العالم.

### **التانيه [فى وجوب تسليم الوكيل ما فى يده إلى الموكل مع المطالبه و عدم العذر] :**

#### **اشاره**

يجب على الوكيل تسليم ما فى يده إلى الموكل مع المطالبه و عدم العذر، بل يجب على كل من فى يده مال لغيره، أو فى ذمته ذلك، فلو امتنع و الحال كذلك ضمن، الا أن له الامتناع حتى يشهد صاحب الحق له بالقبض.

و تفصيل هذا الإجمال يقع فى مواضع-

### **الأول [وجوب الدفع مع الطلب و إمكان الدفع] :**

لا ريب فى وجوب الدفع مع الطلب و إمكان الدفع، و أنه لو امتنع و الحال هذه ضمن، قالوا: و ليس المراد به القدره العقليه، بحيث يدخل فيها فعل ما يمكنه فعله من المبادره، و ان كان على خلاف العاده، بل يرجع ذلك إلى العرف شرعاً، ثم إلى العرف العام، و يعذر بما عد عذراً فيهما، و ان كان مقدوراً كإكمال الصلاه عند الطلب فى أثنائها، و ان كانت نقلاً، و التشاغل بها عند ضيق الوقت و ان كان الطلب قبل الشروع فيها عذر شرعى، و الفراغ من الحمام و أكل الطعام و نحو ذلك من الأعذار العرفيه، كذا صرح به فى التذكرة، مع أنه فى باب الوديعه من الكتاب المذكور حكم بأنه لا يعذر فى ردها مع الطلب الا بتعذر الوصول إلى الوديعه، و إكمال الصلاه الفرض دون النفل، و غيره من الأعذار العرفيه فضيق الأمر فى الوديعه،

و وسعه فى الوكاله، والحال أن العكس كان هو الأنسب، لأن الأمر فى الوديعه أسهل حيث أنها مبنيه على الإحسان المحض و الأنسب بالسهوله، و الوكاله قد يتعلق بها أغراض للوكيل، كالجعل فيها و نحوه، فلا أقل من المساواه.

قال المحقق الأردبيلى فى شرح الإرشاد: الظاهر أنه لا خلاف فى وجوب تسليم مال الغير إلى مالكة مع طلبه، و القدره على التسليم مطلقا، وجوبا فوريا وكيلا- كان أو غريما، أو مستعيرا أو ودعيا و كذا فى خروج الأمين عن الأمانه فيصير ضامنا بالتأخير كالعاصب، و إنما الخلاف فى بطلان ما ينافى الدفع من العبادات، و القوانين الأصوليه تقتضى البطلان على تقدير بقاء الوجوب، لوجوب الفوريه فى الدفع، و عدم استثناء وقت العباده، و عدم كون العبادات مضيقه، و هو ظاهر بل نجد الاتفاق فى ذلك بعد التأمل، حيث نجد أن القائل بالعدم يقول به، و كذا الحكم فى كل الفوريات كالزكاه و الخمس و المال الموصى به للفقراء، بل ما دفع للمصرف فى مصرف، إلا أنه لا يشترط هنا المطالبه إذا كان المصرف عاما مثل الزكاه و الخمس، فإنه لا يتوقف على الطلب، إذ ليس له مطالب معين، صرح به فى الدروس، انتهى.

أقول: ما ذكره من الاختلاف فى الحكم ببطلان ما ينافى الدفع من العبادات مبنى على العمل بالقاعده الأصوليه المشهوره، و هى أن الأمر بالشىء هل يقتضى النهى عن ضده الخاص أم لا؟- و حيث انه كان من القائلين باقتضاء الأمر ذلك، بل المبالغين فى تشييد هذا القول، حكم بالبطلان فى جميع هذه المواضع المعدوده.

و فيه أولا ما قدمنا تحقيقه فى كتاب الطهاره (1) من أن الأظهر عدم العمل بهذه القاعده، و ما يترتب عليها من الفائدة، و لا بأس بذكره هنا و ان استلزم التكرار لدفع ثقل المراجعه على النظر، سيما مع عدم حضور ذلك الكتاب المشار اليه بيد من أراد الوقوف عليه.

ص: ٨٨

فأقول: التحقيق عندى و ان أباه من ألف بالقواعد الأصوليه إنا متى رجعنا فى الأحكام الشرعيه إلى الأدله العقليه التى لا تقف على حد و لا- ساحل، و لو طويت لها المراحل، و لهذا كثرت فى هذه المسئله الأبحاث، و صنفت فيها الرسائل، أو تصادمت فيها من الطرفين الدلائل و اضطربت فيها أفهام الأفاضل أشكل الأمر، أى إشكال و صار الداء عضالا و أى عضال، و الحق أن الأحكام الشرعيه توقيفيه من الشارع لا مسرح للعقول فيها، و لو كان لهذه المسئله أصل مع عموم البلوى بها لخرج عنهم عليهم السلام ما يدل عليها أو يشير إليها، و حيث لم يخرج عنهم عليهم السلام فيها شىء سقط التكليف بها، إذ لا تكليف الا بعد البيان و لا مؤاخذة إلا بعد إقامه الحجه و البرهان، و هذا يرجع فى التحقيق إلى ما قدمنا ذكره فى غير موضع من كتب العبادات، و به صرح الأمين الأسترآبادى من الاستدلال بالبراءه الأصلية، و العمل بها فيما يعم به البلوى من الأحكام، هذا مع أن القول بذلك موجب للخرج و الضيق المنفيين بالآيه و الروايه، و الإجماع، فإنه لا- يخفى أنه لا- يكاد أحد من المكلفين فارغ الذمه من واجب من الواجبات البدنيه أو الماليه، و اللازم على هذا القول الذى ذكروه بطلان عباداتهم و صلواتهم فى غير ضيق الوقت، و بطلان نوافلهم و مستحباتهم، و عدم الترخص فى أسفارهم و لزوم الإثم و المؤاخذة فى جملة أفعالهم من أكل و شرب و نوم و نكاح، و مغدا و مجيء، و نحو ذلك، لأن الغرض أنهم منهيون عن هذه الأضداد الخاصه، و النهى حقيقه فى التحريم، فأى حرج و ضيق أعظم من ذلك.

و من أظهر ما يدل على عدم التكليف بهذه الأمور التى لم يرد فيها حكم بنفى و لا إثبات،

قول مولانا الصادق عليه السلام فى روايه إسحاق بن عمار (١) أن عليا عليه السلام كان يقول:

أبهموا ما أبهم الله.

و ما رواه

الشيخ المفيد (٢) عن مولانا أمير المؤمنين عليه السلام قال:

«قال

ص: ٨٩»

---

١- (١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٥ الباب ٣٣ من أبواب كتاب العلم.

٢- (٢) المستدرک ج ٣ ص ٢١٧ ح ٤ الباب ٣، البحار ج ٢ ص ٢٦٣ ح ١١ الباب ٣٣ من أبواب كتاب العلم.

رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أن الله تعالى حد لكم حدودا فلا تعتدوها، و فرض عليكم فرائض فلا تضيعوها، و سن لكم سنا فاتبعوها، و حرم عليكم حرمت فلا تنهكوها، و عفى لكم عن أشياء رحمة من غير نسيان فلا تتكلفوها». و ما رواه

الفقيه (١) في خطبه أمير المؤمنين عليه السلام قال فيها:

ان الله تعالى حد حدودا فلا تعتدوها، و فرض فرائض فلا تنقصوها، و سكت عن أشياء لم يسكت عنها نسيانا فلا تتكلفونها، و رحمه من الله تعالى فاقبلوها». و لا ريب أن هذه المسئلة داخله فيما سكت الله تعالى عنه فتكلف البحث فيها كما ذكره أصحابنا تبعا للعامه العمياء في كتبهم الأصوليه، و رد على ما دلت عليه هذه الاخبار، و كم لهم مثل ذلك، كما لا يخفى على من جاس خلال الديار.

و مما يؤكد ذلك ما تكاثرت به الأخبار

عنهم عليهم السلام (٢)

من النهى عن القول بما لم يسمع منهم، و لا يرد عنهم، و الكف و التثبت حتى يسأل».

و منه

حديث صاحب البريد (٣) المروى في الكافي قول الصادق عليه السلام فيه

«أما انه شر عليكم أن تقولوا بشيء ما لم تسمعه منا».

و فى معناه أخبار عديده، و بذلك يظهر لك ما فى قوله ان القوانين الأصوليه يقتضى البطلان، فان فيه كما عرفت أن القوانين الشرعيه الثابته عن أهل العصمه عليهم السلام تقتضى الصحه، و هى الأولى و الأحق بالاتباع، و ان كانت قليله الاتباع من حيث عدم التأمل فيها، و الرجوع فى ذلك إليها، و الظاهر أن من وقف على ما شرحناه لا يخالف فى صحه ما اخترناه.

و ثانيا أنه من المعلوم الذى لا يداخله الشك و الريب أن أصل هذا العلم الذى هو علم الأصول انما هو من العامه و قد كانت العامه زمن الأئمه عليهم السلام كالشافعى و أبى حنيفة و أحمد بن حنبل و أضرابهم عاكفين على هذا العلم، و صنفوا فيه الكتب

ص: ٩٠

١- (١) الفقيه ج ٤ ص ٥٣ ح ١٥، الوسائل ج ١٨ ص ١٢٩ ح ٦١.

٢- (٢) الكافي ج ١ ص ٤٢ ح ٥٠، الوسائل ج ١٨ ص ١١٢ ح ٣.

٣- (٣) أصول الكافي ج ٢ ص ٤٠٢ فى ضمن ح ١، الوسائل ج ١٨ ص ٤٧ ح ٢٥.

و يستدلون به على مطالبهم، و يستنبطون به أحكامهم، و لم يكن لهذا العلم رواج فى الأحكام بين أصحاب الأئمة عليهم السلام من الشيعة، لاستغنائهم بالسؤال من أئمتهم فى جملة أحكامهم، و لو كان هذا العلم كما يدعيه من سماه بعلم الأصول أصل أصيل فى الأحكام الشرعية كيف غفل الأئمة عليهم السلام عن تعليمه للشيعة فى زمانهم، و نشره لهم حيث أنه لم يبق نقير و لا قطمير من الأحكام و السنن و الآداب و جميع ما يمر بالإنسان و يعرض له إلا خرجت به الأخبار، و تكاثرت به من أكله و شربه و نومه، و يقظته، و تزويجه و نكاحه، و سفره و لبس الثياب و ضرب الخلا- و نحو ذلك، فكيف ينيهون على هذه الأمور و يتركون أهم الأشياء و أشدها حاجة، و هى الأصول التى يبنى عليها الأحكام الشرعية، و تستنبط منها، ما هذا الأعجب عجاب عند ذوى الأبواب و ذيل الكلام واسع فى الباب، يوجب التطويل به الخروج عن موضوع الكتاب، و الله سبحانه العالم.

و ثالثاً: أنه ما ذكره من الفورية فى الزكاه و الخمس و المال الموصى به للفقراء و نحو ذلك لا- أعرف عليه دليلاً إذ ليس الا مجرد الأمر بالإخراج و الأمر لا يستلزم الفور، كما هو المشهور بين محققيهم، على أنه قد دلت الاخبار على تأخير الزكاه الشهر و الشهرين، و فى بعض الأخبار (١) قيد ذلك بعزلها و إثباتها، و قد ورد جواز حمل الخمس الى الامام (٢) من البلدان البعيده مع وجود المستحق، و كل ذلك ينافى الفورية.

### الثانى [حق الامتناع حتى يشهد له صاحب الحق بالقبض] :

أن ما ذكر من أن له الامتناع حتى يشهد له صاحب الحق بالقبض أحد القولين فى المسئلة، و قيل: بالتفصيل بأنه ان كان مما يقبل قول الدافع فيه، و لا يتوجه عليه ضرر، بترك الإشهاد كالوديعة، و شبهها، فليس له الامتناع، و الا فله الامتناع إلى الإشهاد، كالدين و الغصب و نحوهما و ربما قيل بتفصيل آخر أيضا بالنسبه إلى هذا القسم الأخير، بأنه ان كان هناك بينه بالحق فله الامتناع

ص: ٩١

١-١) الكافى ج ٣ ص ٥٢٢ ح ٣، الوسائل ج ٦ ص ٢١٣ ح ٢.

٢-٢) الوسائل ج ٦ ص ٣٧٥ الباب ٣ من أبواب الأنفال.

حتى يشهد، و الا فلا، مثلا المديون ان كان عليه بينه بالدين، فلا يدفعه الى صاحبه حتى يشهد له على القبض، و ان لم يكن عليه بينه بذلك، فإنه و ان لم يقبل قوله بالدفع لو أقر بالدين، إلا أنه يمكنه التخلص بوجه آخر، و هو أن ينكر أصل الحق بأن يقول: لا يستحق عندي شيئاً، فيقبل قوله بيمينه كالأول لأنه منكر.

أقول: و الذى وجدته فى فتاوى من حضرني كلامه هو القول الأول، و هذه التفاصيل لم أقف على قائل بها منا و ان نقلت مجمله فى كتب أصحابنا نعم نسبها فى التذكرة إلى الشافعية، و احتج من ذهب من أصحابنا إلى القول الأول بأن تكلف اليمين ضرر عظيم- و ان كان صادقاً و أذن الشارع فيها، و يترتب الثواب عليها- خصوصاً فى بعض الناس من ذوى المراتب فان ضرر الغرامه عليهم أسهل من ضرر اليمين.

أقول: و يعضد ما ذكره من تحمل ذوى المراتب ضرر الغرم تفادياً من اليمين حديث على بن الحسين عليه السلام (1) مع زوجته الشيبانيه الخارجيه لما طلقها و ادعت عليه مهرها عند قاضى المدينه فأنكر عليه السلام فألزمه القاضى اليمين فأمر ابنه الباقر عليه السلام بدفعه إياها إجلالاً لله سبحانه أن يحلف به، و ان كان صادقاً.

قال المحقق الأردبيلي بعد الكلام فى توقف التسليم على الاشهاد كما ذكره الأصحاب: و اعلم أن فى فتح هذا إشكالا، إذ قد يتعذر وجود عدلين مقبولين خصوصاً فى زماننا هذا، و فى أكثر البلدان فإن أهلها يمتنعون عن الصلاه جماعه بل صارت معدومه بالكليه، لعدم العدل مع سهوله الأمر فى ذلك، و أن يرتكبوا الطلاق مع صعوبه الأمر فيه بالنص و الإجماع، و كذا فى بعضها عن الطلاق أيضاً حتى قال الشهيد الثانى و السيد المعاصر تلميذه انه لو قيل: بعدم جواز التقصير للعاصى بسفره، لم يجز لأحد التقصير الا نادراً لتركهم الواجبات العينيه، و عدم إمكان تحصيلها فى السفر، فهو معصيه و ان كان فيه بحوث قد مضت، منها أنه

ص: ٩٢

مبنى على أن الأمر بالشىء يستلزم النهى عن ضده الخاص، وهو لا يقول به، فلا يبعد عدم الجواز مع التعذر أو التعسر المستلزم لمنع صاحب المال عن ماله الذى يدل العقل و النقل على قبحه، خصوصا إذا استلزم فوت المصالح مع أنا ما نعرف دليلا واضحا على جواز ذلك المنع، الا- ما أشير و هو احتمال لزوم اليمين، و هو لا يعارض العقل و النقل، على أنه قد لا يلزم، بل قد تعلم من صاحب المال انتفاء ذلك و أنه لا محذور فيه، و على تقديره ليس بأشد من منع المال عن مالكه، مع أنه لا يعانده فى تكليفه أيضا بذلك، لعدم حضور الحاكم فى ذلك البلد، و الشهود إنما تنفع مع الحاكم على ما قالوه، و أنه قد يسد أبواب المعاملة مثل الديون، و العاربه، و الإجاره، و غيرها فالمنع عن مثله- لاحتمال بعيد- اعتمادا على أمر غير متحقق، إذ قد لا يكون الحاكم أو يموت الشهود، أو يخرج عن شرط القبول بعيد، خصوصا ممن يقبل قوله، و لهذا خص البعض بما عليه البيه.

و بالجمله الحكم الكلى مشكل جدا، الا أن يكون عليه نص أو إجماع و الله يعلم، انتهى و هو جيد لعدم الدليل عليه، و الأصل العدم، و يخرج ما ذكره مؤيدا لذلك.

و أما الإجماع فلم ينقل فى المقام، بل ظاهر عبارته التذكرة إنما هو العدم، حيث جعل القول بالإشهاد مطلقا هو الأقرب، إيذانا باحتمال غيره و بالجمله فإن التمسك بالأصل أصل رزين حتى يقوم الدليل على خلافه، و ليس الا هذه التعليقات العليله كما عرفت فى غير موضع.

### **الثالث [فى سماع دعوى تلف المال قبل الامتناع و عدمه] :**

قد عرفت أنه إذا امتنع من الرد بعد المطالبه من غير عذر كان ضامنا، لكن لو ادعى تلف المال قبل الامتناع أو ادعى الرد قبل المطالبه فهل تسمع دعواه و بينته بذلك؟ أم لا، و تفصيل ذلك أن الامتناع من الرد ان كان مجرد تقصير و مطل، فالظاهر أن هذا لا يمنع من قبول قوله و سماع بينته بدعوى التلف قبل الامتناع، أو الرد قبل المطالبه، إذ لا منافاه بينهما، و ان كان



يضمن بالامتناع، إلا أن هذه الدعوى متقدمه على وقت الامتناع و الرجوع إلى الضمان، و حصول أحد الأمرين المذكورين قبل الامتناع بهذا المعنى ممكن، و حينئذ يقبل الدعوى بذلك، و تسمع البيئه، و ان كان الامتناع بالجحود فلا يخلو اما أن يرجع إلى نفى الحق عن نفسه، بأن يقول: لا حق لك عندي أو لا يلزمني دفع شيء إليك، أو يرجع إلى إنكار قبضه و تسلمه منه بالكليه، بأن يقول: ما قبضت منك شيئاً و على الأول منهما، فالحكم كما تقدم، بل أوضح، لأنه متى ادعى التلف قبل الامتناع أو الرد قبل المطالبه، فامتناعه بهذا المعنى لا يكذب تلك الدعوى، بل يؤكدها فإنه متى تلف منه أو رده صدق أنه لا حق لك عندي و لا يلزمني دفع شيء إليك، و أما على الثاني فهو محل الخلاف في المسئله، فقيل بعدم قبول دعواه، و ان أقام البيئه و هو مذهب العلامة في أكثر كتبه، قال في التذكرة لو أنكر الوكيل قبض المال، ثم ثبت ذلك بيئه أو اعتراف، فادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله لثبوت خيانتة، لجحوده، فإن أقام بيئه بما ادعاه من الرد و التلف، لم يقبل بيئته، و للعامه وجهان: أحدهما لا يقبل كما قلناه، لأنه كذبهما لجحوده، فان قوله ما قبضت يتضمن أنه لم يرد شيئاً، و الثاني يقبل لأنه يدعى الرد و التلف قبل وجود خيانتة، و ان كان صوره جحوده ذلك لا تستحق على شيئاً أو مالك عندي شيء سمع قوله مع يمينه، لأن جوابه لا يكذب ذلك، لأنه إذا كان قد تلف أو رده فليس له عنده شيء، فلا تنافي بين القولين، إلا أن يدعى أنه رد أو تلف بعد قوله مالك عندي شيء، فلا يسمع قوله، لثبوت كذبه و خيانتة، انتهى.

و قيل بقبول قوله و سماع بيئته، و هو اختيار الشرائع قال في المسالك:

و وجه ما اختاره المصنف من القبول جواز استناد إنكاره إلى سهو و نسيان، و عموم (1)

«البيئه على المدعى و اليمين على من أنكر». و يقوى ذلك ان أظهر لإنكاره هذا التأويل و نحوه، انتهى.

ص: ٩٤

و ظاهر المحقق الأردبيلي التردد هنا حيث قال: لو لكن لو أظهر لجحوده و إنكاره القبض أولاً وجهاً، مثل أن قال: كنت نسيت أو خفت أن لا تسمع دعوى التلف، فيلزمى المال فأنكرت هل يسمع ذلك أم لا؟ فيه تردد، من حيث إمكانه، و الحمل على الصحة، و أنه أمين، و من حيث أن فتح هذا الباب يصير سبباً لبطلان كثير من الحقوق، فتأمل، و لعل الأول أقرب.

هذا كله فيما لو كانت الدعوى بالتلف أو الرد قبل الجحود، أما لو كانت بعده بأن قال: إنى قبضت بعد ذلك الزمان الذى جحدت فيه، و رددته إليك أو تلف، فإنه و ان لم يصدق و لم يقبل قوله بمجردده، لظهور خيانتته لكن يقبل دعواه، و تسمع بيئته، لإمكان ذلك و عدم المنافاه، و غايته أن يكون بجحوده متعدياً ضامناً، و ذلك لا ينافى قبول دعواه و سماع بيئته، فإذا أقام البيئه على الرد الذى ادعاه ثبت الحكم، و سقطت المطالبه.

و أما دعوى تلف العين فإنه و ان برئت ذمته من رد العين بالبيئه أو اليمين الا أنه يلزمه المثل أو القيمه من حيث الضمان المترتب على الخيانه، و بالفرق بين صورتى القبليه و البعديه هنا صرح العلامة فى الإرشاد، و فى غيره أطلق عدم سماع دعواه، و الله سبحانه العالم.

### **الثالثه [فى حكم دفع الموكل عينا إلى وكيله و أمره بالإيداع عند زيد]:**

قال فى التذكرة: لو دفع الى وكيله عينا و أمره بايداعها عند زيد فأودعها، و أنكر زيد فالقول قوله مع اليمين، فإذا حلف برىء، و أما الوكيل فان كان قد سلمها بحضرة الموكل لم يضمن، و ان كان بغيبته ففى الضمان اشكال و للشافعيه وجهان: أحدهما انه يضمن كما فى الدين، لأن الوديعه لا تثبت إلا بالبيئه و الثانى لا يضمن، لأن الودعى إذا ثبت عليه - بالبيئه - الإيداع، كان القول قوله فى التلف و الرد فلم تفد البيئه شيئاً، بخلاف الدين، لأن القضاء لا يثبت إلا بها، انتهى.

أقول: المشهور فى كلامهم هو الفرق بين الوكاله فى قضاء الدين، و الوكاله فى الإيداع، بأنه فى الأول لو لم يشهد الوكيل على القضاء ضمن، و فى الثانى

لا يضمن، و على هذا فيجب الاشهاد فى الأول دون الثانى، و وجه الأول أن برأيه الذمه ظاهرا و باطنا الذى هو مطلوب الموكل -  
انما يتحقق بالإشهاد، و كذا الأمر الموكل فيه انما يتحقق بالإشهاد، فإنه متى أنكر صاحب الدين القبض من الوكيل و لا بينه، فكأنه  
لم يأت الوكيل بما و كل فيه، و لم يأت بما أمر به الموكل فيكون ضامنا بخلاف الإيداع، فإنه لا يلزمه الاشهاد، و لا يضمن لو  
تركه، لأن الودعى أمين، و قوله مقبول، أشهد عليه أو لم يشهد، فلا يظهر للإشهاد فائده.

الا- أنه يمكن أن يقال: ان الأصل العدم فى الموضوعين، و مطلق الأمر فى كل من الموضوعين لا يدل على الاشهاد، و يؤيده أن  
الوكاله مطلقه لا تقييد فيها بالإشهاد، و يؤيده أن الوكاله قد حصل الامتثال بإنفاذ ما و كل فيه، فيجوز من دون الإشهاد، إلا أن يقوم  
دليل من خارج على الإشهاد، كالوكاله فى الطلاق مثلا، و الظاهر أنه لا إجماع فى القضاء، و لهذا ان ظاهر المحقق فى الشرائع  
التردد فى ذلك، و يؤيده ما تقدم فى كلام المحقق ذكره، و يؤيده أيضا أن فيه سد باب قبول الوكاله لما يتطرق اليه من الضرر الا  
أن يكون جاهلا فيعذر.

و بالجملة فالمسئله كغيرها لا يخلو من الاشكال لعدم النصوص القاطعه لماده القيل و القال فى أمثال هذا المجال، و الله سبحانه  
العالم.

#### الرابعه [فى بيان مواضع لزوم الضمان و عدمه]:

##### اشاره

قالوا: لو تعدى الوكيل فى مال الموكل ضمنه، كلبس الثوب، و ركوب الدابه الموكل ببيعهما، و لكن لا تبطل و كالتة بذلك، و لو  
باع ما تعدى فيه و سلمه الى المشتري برىء من ضمانه.

أقول: أما الحكم الأول فالظاهر انه لا- خلاف فيه إلا من بعض العامه كما ذكره فى المسالك، و فيه أن العلامه فى المختلف قد  
نقل ذلك عن ابن الجنيد أيضا حيث قال: تعدى الوكيل فيما و كل فيه بما يلزمه الغرم و الضمان مبطل للوكاله.

و كيف كان فهو ضعيف، و الوجه فى بقاء الوكاله و عدم بطلانها و ان ضمن بالتعدى أن الوكاله تضمنت شيئين، الأمانه، و الاذن  
فى التصرف، فإذا تعدى زالت

الأمانة، وبقى الإذن بحاله، ونظيره الرهن، فإنه متضمن لشيئين الأمانة و التوثيق فإذا بطل الأول بالتعدى لا يلزم منه بطلان الثاني، وهذا بخلاف الوديعة، حيث أنها أمانة محضه، فبالتعدى تزول و تبقى مضمونه.

و أما الحكم الثانى فالوجه فيه أنك قد عرفت بقاء الوكاله و عدم زوالها بالتعدى، و حينئذ فإذا باع تلك العين و سلمها إلى المشتري زال الضمان عنه إجماعا كما نقله فى التذكرة، لاستقرار ملك المشتري عليه، و زوال ملك الموكل عنه، لأنه تسليم مأذون فيه، فيجرى مجرى قبض المالك.

بقى الكلام هنا فى مواضع

### **الأول: هل يخرج من الضمان بمجرد البيع قبل التسليم أم لا؟**

وجهان: يلتفتان إلى أنه قد خرج عن ملك المالك، و دخل فى ملك المشتري و ضمانه، فلا ضمان على الوكيل حينئذ، و الى أنه ربما بطل العقد بتلفه قبل قبض المشتري، فيكون التلف على ملك الموكل، قال فى المسالك و هذا أقوى.

و فى التذكرة بعد أن قرب هذا الوجه أولا- و ذكر أنه أصح وجهى الشافعية ذكر الوجه الأول و علته، و قال بعد: و نحن فيه من المترددين.

### **الثانى إذا باع ما فرط فيه و قبض الثمن فى صورة الجواز**

كان الثمن أمانة فى يده، غير مضمون عليه، و ان كان أصله مضمونا، لأنه لم يتعد فيه و قد قبضه باذن الموكل، فيخرج عن العهده.

### **الثالث: لو تعدى فى هذا الثمن بعد قبضه**

أو دفع اليه نقدا يشتري به شيئا فتعدى فيه صار ضامنا له، فإذا اشتري به و سلمه الى البائع زال الضمان بالتقريب المتقدم، و هل يزول بمجرد الشراء؟ الوجهان المتقدمان.

### **الرابع:**

قد عرفت أنه إذا تعدى فى العين ثم باعه و سلمها إلى المشتري برىء من الضمان إجماعا، لكن لو ردها المشتري عليه، بعيب قال فى التذكرة: عاد الضمان، و قال فى المسالك: و فى عود الضمان وجهان: أجودهما العدم، لانتقال الملك إلى المشتري بالعقد، و بطلان البيع من حينه لا من أصله، انتهى.

أقول: مقتضى ما ذكره من الانتقال إلى المشتري بالعقد أن الانتفاعات بالمبيع و النماء مده الخيار للمشتري، و ان فسخ العقد و رد المبيع بالعيب بعد ذلك، إلا أنه قد تقدم في كتاب المبيع أن الاخبار في ذلك مختلفه، و أخبار خيار الحيوان متفقه على أن تلفه في زمن الخيار من مال البائع و هو مؤذن بعدم الانتقال للمشتري، و لهذا نقل عن بعض الأصحاب أن منفعه المبيع في زمن الخيار و النماء انما هو للبائع، و حينئذ فلا استبعاد في أن الفسخ هنا يبطل البيع من أصله و الله سبحانه العالم.

### الخامسه [في جواز بيع الوكيل من نفسه في صورته الإذن]:

المشهور بين الأصحاب أنه إذا أذن الموكل للوكيل في بيع ماله من نفسه أو الشراء له من نفسه جاز و نقل عن الشيخ و من تبعه المنع للتهمة، و لأنه يصير موجبا قابلا، و رد بمنع التهمة مع الإذن، و مراعاة المصلحه المعتبره في كل و كيل، و جواز تولى الواحد من الطرفين عندنا كذا في المسالك.

و عندي فيه نظر، فان ظاهر كلام الشيخ و خلافه في هذه المسئله انما هو في صورته الإطلاق، لا في صورته التصريح بالاذن، و بذلك صرح في التذكرة، فقال: إذا و كله في بيع شيء فان جوز له أن يشتريه هو، جاز أن يبيعه على نفسه، و يقبل عن نفسه، و ان منعه من ذلك لم يجز أن يشتريه لنفسه إجماعا، و ان أطلق منع الشيخ من ذلك، لأنه قال: جميع من يبيع مال غيره و هم سته أنفس، الأب و الجد و وصيهما، و الحاكم و أمينه و الوكيل، لا- يصح لأحد منهم أن يبيع المال الذي في يده من نفسه إلا لاثنتين، الأب و الجد، و لا يصح لغيرهما الى آخره و هو ظاهر كما ترى في أن خلاف الشيخ إنما هو في صورته الإطلاق، لا الإذن كما ذكره.

و منه يعلم أنه لا- خلاف مع الإذن، و إنما الخلاف مع الإطلاق، ثم ان ظاهرهم أنه لا فرق في ذلك بين الوكاله في بيع أو عقد نكاح أو غيرهما في أنه يصح مع الإذن، مع أنه

قد روى عمار (1) في الموثق قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن

ص: ٩٨

المرأه تكون فى أهل بيت و تكره أن يعلم بها أهل بيتها أ يحل لها أن توكل رجلا يريد أن يتزوجها؟ تقول له: قد و كلتك فاشهد على تزويجى؟ قال:

لا، قلت: جعلت فداك و ان كانت أيما؟ قال: و ان كانت أيما، قلت: و ان و كلت غيره يزوجه، قال: نعم». و أنت خير بأن هذه الروايه صريحه فى المنع مع الاذن و الظاهر أنه ليس إلا- من حيث تولى طرفى العقد، و لكن موردها النكاح خاصه، فيمكن أن يقال: بذلك فى غيره أيضا نظرا إلى أن الأصل عصمه مال المسلم و عصمه الفروج، حتى يقوم الدليل على صحه العقد، و مجرد الأذن كما ادعوه لا يوجب الصحه، إذ يمكن أن يكون المانع هو تولى طرفى العقد، و ان جاز ذلك فى الأب و الجد مع الإغماض عن المناقشه فيه أيضا.

و جمله أدلتهم التى استندوا إليها فى جواز تولى الواحد طرفى العقد لا يخلو عن خدش، كما نبهنا عليه فى ما تقدم من كتاب البيع فى المسئله الخامسه من المقام الثانى من الفصل الأول فى البيع (1) فليراجع اليه من أحب الوقوف عليه، إلا- أن المفهوم من بعض الاخبار الوارده فى هذا المقام كما ستظهر لك ان شاء الله هو أن المنع إنما هو من حيث خوف التهمه و الخيانه، و هو مشعر، بأنه مع الاذن الموجب لارتفاع ذلك فإنه يصح، و حينئذ فينبغى الفرق فى ذلك بين البيع و النكاح، و يخص المنع بالنكاح، للخبر المذكور، هذا كله مع الاذن.

أما مع الإطلاع فالمشهور بين أكثر الأصحاب من المتقدمين و المتأخرين هو المنع، و هو مذهب العلامه فى غير التذكره و المختلف، و ذهب فى الكتابين المذكورين إلى الجواز على كراهيه، و نقل عن أبى الصلاح و هو مذهب الدروس، و الأظهر هو القول المشهور، و يدل عليه أن الأصل عدم جواز التصرف فى مال الغير عقلا و نقلا الا مع الاذن، و المفروض عدمه، فإن الإطلاع لا يدل عليه.

و الظاهر أن من قال بالجواز إنما قال ذلك من حيث دعوى فهم الأذن من

ص: ٩٩

الإطلاق، وحينئذ فمطرح النزاع في أنه هل يفهم الاذن من الإطلاق أم لا؟ والظاهر أنه لا نزاع مع عدم فهمه، وحينئذ فالذي يدل على عدم فهمه زياده على الأصل المتقدم عدم ظهور الدلالة، لأن المتبادر من قوله بع هذا الشيء هو البيع على الغير عرفاً و عادة، يدل على ذلك جملة من الأخبار، وقد تقدمت في المقدمة الثانية في آداب التجاره في مسئله ما لو قال انسان للتاجر: اشتر لي متاعاً (١) و منها

موثقه إسحاق بن عمار (٢) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبعث إلى الرجل يقول: اتبع لي ثوباً فيطلب له في السوق، فيكون عنده مثل ما يجد له في السوق فيعطيه من عنده، قال: لا يقربن هذا، ولا يدنس نفسه، ان الله عز وجل يقول (٣) «إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا» وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا» و ان كان عنده خير مما يجد في السوق فلا يعطيه من عنده».

و روايه على بن أبي حمزه (٤) قال:

«سمعت عمر الزيات يسأل أبا عبد الله عليه السلام قال: جعلت فداك إني رجل.

أبيع الزيت يأتيني من الشام فأخذ لنفسى مما أبيع؟ قال: ما أحب لك ذلك، قال: إني لست أنقص لنفسى شيئاً مما أبيع، قال بعه من غيرك، ولا تأخذ منه شيئاً أ رأيت لو أن الرجل قال لك: لا أنقصك رطلاً من دينار، كيف كنت تصنع لا تقربه.

فظاهر هذا الخبر أن يبيع الرجل من نفسه أو شرائه لنفسه لا يدخل تحت الإطلاق الذي اقتضته الوكاله، و الا فإن مقتضى إطلاق الوكاله صحه البيع و الشراء بما يراه الوكيل و فعله، فلا معنى لقوله عليه السلام بالنسبه إليه لو أن الرجل قال لك:

ص: ١٠٠

١-١ (١) ج ١٨ ص ٣٢.

٢-٢ (٢) التهذيب ج ٦ ص ٣٥٢ ح ١٢٠، الوسائل ج ١٢ ص ٢٨٩ ح ٢.

٣-٣ (٣) سورة الأحزاب-الايه ٧٢.

٤-٤ (٤) التهذيب ج ٧ ص ١٢٨ ح ٢٩، الوسائل ج ١٢ ص ٢٩٠ ح ٢.

لا أنقصك رطلا من دينار لو كان داخلا تحت الإطلاق، ونحوها الموثقه المتقدمه، فإنه لا معنى لكونه يدنس نفسه، و يخوفه في الأمانه مع كونه داخلا تحت إطلاق الوكاله.

و في روايه ميسر (١) قال:

قلت له يجئني الرجل فيقول لي اشتر لي فيكون ما عندي خيرا من متاع السوق قال: إذا أمنت أن لا يتهمك فأعطه من عندك، و ان خفت أن يتهمك فاشتر له من السوق».

و في هذا الخبر دلالة على أن المنع من ذلك في هذه الأخبار إنما هو من حيث خوف التهمه، و فيه اشعار بالجواز بل دلالة ظاهره على ذلك مع الأيمن من التهمه، و حينئذ فمع الاذن صريحا كما تقدم، فالجواز بطريق الأولى كما تقدمت الإشارة إليه، إلى غير ذلك من الأخبار المتقدمه في الموضوع المتقدم ذكره.

و منه يعلم أنه ليس المنع فيما دل على المنع من حيث تولى طرفي الإيجاب و القبول، و قد تقدم مزيد توضيح لذلك في المسئله الخامسة من المقام الثاني من فصل البيع (٢) على أنه ان أريد بطرفي الإيجاب و القبول، هو قول البائع بعتك مثلا، و قول المشتري قبلت كما هو ظاهر هذه العبارة، و هو مرادهم فهذا ليس عليه دليل و لا- أثر في الأخبار و ان اشتهر بينهم، و إنما الموجود فيها الإيجاب بلفظ الأمر كقوله اشتر لي أو بع هذا، و نحو ذلك، و القبول إنما هو فعل ما أمر به، و هو القبول الفعلي بمعنى أنه أمره بالبيع فباع أو الشراء فيشترى و نحو ذلك و حينئذ فيبعه على نفسه إنما هو عبارة عن أن يأخذ ذلك الشيء المأمور ببيعه لنفسه، و يدفع ثمنه من ماله، كما هو المستفاد من هذه الأخبار المذكوره هنا و نحوها، و قد عرفت أن هذا النهي إنما هو من حيث خوف التهمه، و حينئذ فمع تسليم صدق تولى الطرفين على هذه الصورة فإنه لا مانع من هذه الجهه، و إنما، المنع من الجهه المذكوره، و ان اختص ذلك بالصورة المذكوره الأولى كما هو ظاهر كلامهم،

ص: ١٠١

١-١) الفقيه ج ٣ ص ١٢١ ح ١٧، الوسائل ج ١٢ ص ٢٨٩ ح ٤.

٢-٢) ج ١٨ ص ٤١٧.



و قد عرفت أنه لا وجود له في الأخبار بالكلية.

و استدل في المختلف على ما ذهب إليه من الجواز بأدله ذكرناها في مسئله ما لو قال: انسان للتأجر اشتر لي من المقدمه الثانيه في آداب التجاره (1) و بينا بطلانها فليرجع اليه من أحب الوقوف عليه، و قد تلخص مما ذكرناه أنه مع الاذن فالظاهر الصحه في البيع أو الشراء، و مع الإطلاع فالظاهر المنع إلا- مع أمن التهمه، و أما تعليل المنع بتولى طرفي العقد فلا دليل عليه إلا في النكاح، كما عرفت من الروايه المتقدمه، و باقى ما يتعلق بالمسئله المذكوره من الفروع و التحقيق يرجع فيه إلى الموضوعين المتقدمين المشار إليهما، و الله سبحانه العالم.

## المطلب السابع في التنازع:

### اشاره

و فيه أيضا مسائل

## الاولى: في الاختلاف في الوكاله و لو أحقها

### اشاره

و فيه صور:

منها

## الاختلاف في أصل الوكاله

فيحلف المنكر لها ان لم يكن بينه، لأن القول قوله بيمينه، حيث أن الأصل العدم، و هذا فيما إذا ادعى العامل الوكاله، و أنكرها المالك، ظاهر.

أما إنكار الوكيل فإنه بحسب الظاهر لا معنى له، حيث أن الموكل لا حق له يدعيه ليتحقق إنكاره، إلا أنه يمكن فرض ذلك فيما لو كان التوكيل في شىء مشروطا في عقد لازم، و شرط إيقاعه في وقت معين، كيوم الجمعة مثلا، ثم حصل الاختلاف في الوكاله بعد انقضاء ذلك الوقت، فادعى الموكل الوكاله ليتم له العقد، و أنكرها الوكيل ليتزلزل العقد، و يتسلط على الفسخ، و كما أن القول قول الموكل لو أنكر الوكاله كذلك، لو اتفقا على أصل الوكاله، و اختلفا في بعض الكيفيات أو المقادير، كما إذا قال الوكيل: و كلتني في بيعه كله أو بيعه نسيئه أو شرائه بعشرين، و قال الموكل: بل يبيع بعضه أو يبعه نقدا أو شرائه بعشره فالقول قول الموكل، لأن الأصل عدم الاذن فيما يدعيه الوكيل، و لأن

ص: ١٠٢

الاذن صادر عن الموكل، وهو أعرف بحال الاذن و مقاصده الصادره منه، ولأنه كما كان القول قوله في أصل العقد، كذلك في صفته، والظاهر أنه لا خلاف فيه.

و منها

### الاختلاف في التلف

، و ظاهر كلامهم الاتفاق على أن القول قول الوكيل بيمينه، لأنه أمين، و يتعذر عليه إقامه البيئه بالتلف غالباً، و قد تقدم نقل جملة من عبائرهم في المسئلة الاولى من سابق هذا المطلب، بل ظاهر عباره المسالك دعوى الإجماع على ذلك، إلا أن فيه ما عرفت في الموضوع المشار اليه من أن الإجماع المدعى ان كان على حكم التلف خاصة، فإن أحدا لم يدعه، و ان كان ظاهر كلامهم الاتفاق على ذلك، و ان كان على كونه أميناً و ترتب أحكام الأمين عليه، فكلامهم و اختلافهم في بعض الأحكام المتفرعه على ذلك ينافى دعوى الإجماع المذكور.

و كيف كان فالقول قول الوكيل بيمنه في دعوى التلف بالنسبه إلى العين الموكل في بيعها، و ثمنها لو كان و كيلا في قبضه، أعم من أن يكون التلف بسبب ظاهر أو خفى.

و منها

### الاختلاف في الرد

، و المشهور أنه ان كان و كيلا بجعل فعليه البيئه، و لا يقبل قوله، و الا فالقول قوله بيمينه كالودعى، و الوجه في هذا التفصيل أنه مع عدم الجعل أمين، و قد قبض المال لمجرد مصلحة المالك، فكان محسناً محضاً، و كل ما يدل على قبول قول الودعى - من قولهم ان عدم قبول قوله يؤدي إلى الاعراض عن قبول النيابة في ذلك، و هو ضرر عظيم - يدل عليه هنا.

و أما مع الجعل، فإنه قبض المال لمصلحه نفسه، فجرى مجرى المرتهن و المستعير، فلم يقبل قوله، و للخبر المتفق عليه (١)

«البيئه على المدعى و اليمين

ص: ١٠٣

على المنكر». خرج منه الأول من حيث أنه أمين وبقى ما عداه.

وقيل: إن القول قول الموكل، بيمينه مطلقاً، سواء كان الوكيل بجعل أو بدونه، ووجهه أن الأصل عدم الرد، والخبر المتفق عليه، وأجيب عن الوجوه المتقدمه فيما إذا لم تكن بجعل أن كونه أميناً لا يستلزم القبول، كمن قبضه لمصلحه نفسه مع كونه أميناً، والضرر يندفع بالإشهاد، والتقصير فى تركه إنما هو منه، وكونه محسناً لا ينافى عدم قبول قوله فى الرد، وكونه من جمله السبيل المنفى عنه، يندفع بأن اليمين عليه سبيل أيضاً، وليس بمندفع.

أقول: وهذه الوجوه المستدل بها و أجوبتها لا يخلو من المناقشات التى ليس فى التعرض لها مزيد فائده بعد ما عرفت فى غير موضع مما تقدم من أنها لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعيه، وإنما المدار فيها على النصوص المعصوميه، والمستفاد منها كما تقدم تحقيقه- فى ذيل المسئله الاولى (1) من مسائل سابق هذا المطلب- هو أن الأمين وكيلا- كان أو غيره بجعل كان أو بغير جعل، يقبل قوله فيما ادعاه من تلف أو غيرهما، وأن هذه الاخبار الداله على ذلك أخص من الاخبار الداله على ما ذكره من تلك القاعده و هى «أن البينه على المدعى و اليمين على المنكر» التى استندوا إليها هنا فى تقديم قول الموكل، ومقتضى القواعد الشرعيه تقديم العمل بهذه الأخبار، لأنها أخص، ويخصص ما استندوا إليه من تلك القاعده بها.

و بذلك يظهر لك بطلان الوجه العقلى الذى استندوا إليه فى الفرق بين الودعى و الوكيل بغير جعل، و بين غيرهما ممن له مصلحه فى تلك المعامله، و أن الأول محسن محض فلا- يضمن، بخلاف الثانى، فإنه مجرد تخريج لا دليل عليه، كما اعترف بذلك فى المسالك فى كلام قدمنا نقله عنه فى كتاب العاريه قال فيه: وهذه العله ليست منصوبه و إنما هى مناسبه، و هو جيد.

ص: ١٠٤

١- (١) ص ٨٣.

و بالجمله فالعمل على الأخبار و هي كما حققناه داله على ما ذكرنا، و لكنهم لغفلتهم عن ملاحظه الأخبار، و عدم الاطلاع عليها انجرت بهم المناقشه إلى الوديعه أيضا، حيث أن ظاهرهم أن المستند فيها انما هو الإجماع.

قال في المسالك في هذا المقام بعد البحث في المسئله: و الحق أن قبول قول الودعي ان كان خارجا بالإجماع الفارق فهو الفارق، و الا فلا فرق، و في الإجماع بعد و قد تقدم الكلام فيه، انتهى.

و هو ظاهر فيما قلناه، حيث انهم نظروا الى أخبار (1)

«البينه على المدعى و اليمين على المنكر»، خاصة، و لم يطلعوا على تلك الأخبار التي خصصنا بها هذه القاعده، و هي كما عرفت ظاهره في المدعى، و الله سبحانه العالم.

و منها

### ما إذا ادعى الوكيل التصرف فيما وكل فيه

، مثل قوله: بعث ما وكلتني في بيعه أو قبضت ما وكلتني في قبضه، و أنكر الموكل ذلك، فقيل:

القول قول الوكيل، و به جزم العلامة في الإرشاد من غير خلاف، و قربه في القواعد و جزم في التذكرة بتقديم قول الموكل ان كان النزاع بعد عزل الوكيل، و استترب كون الحكم كذلك أيضا قبل عزله، و قد قدمنا عبارته بذلك في المسئله الاولى (2) من مسائل سابق هذا المطلب، و توقف في التحرير، و قال في الشرائع ان القول قول الوكيل، لأنه أقر بماله أن يفعله، و لو قيل: القول قول الموكل أمكن، لكن الأول أشبه.

قال في المسالك: وجه الأشبهيه انه أمين، و قادر على الإنشاء، و التصرف اليه، و مرجع الاختلاف الى فعله، و هو أعلم به و وجه تقديم قول الموكل ظاهر لأصالة عدم الفعل.

أقول: و الأقرب عندى الرجوع الى ما قدمناه من التحقيق في المقام،

ص: ١٠٥

---

١- (١) التهذيب ج ٦ ص ٢٢٩ ح ٤، الفقيه ج ٣ ص ٢٠ ح ١، المستدرک ج ٣ ص ١٩٩ ح ٥ الباب ٣.

٢- (٢) ص ٨٥.

و مقتضاه أن القول قول الوكيل، لأنه أمين، وقضيته ذلك قبول قوله في التصرف وغيره و الله و سبحانه العالم.

و منها

### ما لو اختلفا في قدر الثمن المشتري به

،فقال في المبسوط: ان القول قول الوكيل، لأنه أمين، فيقبل قوله كما يقبل في التسليم و التلف، و قال الفاضلان ان القول قول الموكل، لأنه غارم و منكر، و لأصالة عدم الزيادة، و احتمال الشهيد في شرح نكت الإرشاد أن القول قول الموكل ان كان الشراء في الذمه و قول الوكيل ان كان الشراء بالعين و نقله عن القواعد.

و قال في المسالك-بعد فرض المسئلة في كلام المصنف بما إذا كان و كله في ابتياع عبد فاشتراه بمائه، فقال الموكل اشتريته بثمانين، و ذكر القولين في المسئلة ما صورته:-التقدير أن المبيع يساوى بمائه كما ذكره في التحرير، و إلا لم يكن الشراء صحيحا لما تقدم من حمل إطلاق الاذن على الشراء بثمن المثل، و وجه تقديم قول الوكيل، أن الاختلاف في فعله و هو أخبر، و أن الظاهر ان الشيء انما يشتري بقيمته، و هو قوى، و وجه تقديم قول الموكل أصالة برأيه الذمه من الزائد، و لأن في ذلك إثبات حق للبائع على الموكل، فلا تسمع، و لا فرق في ذلك بين كون الشراء بالعين أو في الذمه، لثبوت الغرم على التقديرين، انتهى.

أقول: و مقتضى ما ذكرناه من التحقيق المتقدم العمل لقول الشيخ و الله سبحانه العالم.

و منها

### ما لو ادعى الوكيل أنه قبض الثمن و تلف في يده، فأنكر الموكل القبض

،فان كان الدعوى بعد تسليم المبيع للمشتري فالقول قول الوكيل بيمينه مع عدم البينه، لأنه أمين، و الأصل عدم الغرامه، و لأنه لو لم يقبل يلزم سد باب التوكيل، و لأن دعوى الموكل يتضمن خيانتة مع كونه أميناً، و قد عرفت من الأخبار المتقدمه النهى عن تهمته، و وجه تضمن دعوى الموكل عدم القبض الخيانه هو أن الدعوى بعد تسليم المبيع للمشتري كما هو المفروض، فيلزم على دعواه

ص: ١٠٦

أن يكون قد سلم المبيع قبل أن يتسلم الثمن، مع أنه لا يجوز تسليم المبيع إلا بعد قبض الثمن كما تقرر بينهم و ان كان الدعوى قبل تسليم المبيع، بل هو باق فى يد الوكيل قالوا: القول قول الموكل، لأن الأصل عدم الأخذ، ولا يلزم الخيانه ولا يلزم سد الباب، كذا قيل و فيه تأمل.

### تذنب [فى قبول قول الوصى فى الإنفاق]:

قد صرحوا بأن القول قول الوصى فى الإنفاق، دون تسليم المال الى الموصى له، وكذا القول فى الأب و الجد و الحاكم مع اليتيم، إذا أنكر القبض بعد بلوغه و رشده، قال فى المسالك: و ظاهرهم هنا عدم الخلاف فى تقديم قول الموصى له أو اليتيم فى عدم القبض، و هو يؤيد تقديم قول الموكل فيه، للاشتراك فى العله، بل ربما كان الإحسان هنا أقوى.

أما الإنفاق فخرج من ذلك، مع أن الأصل عدم ما يدعيه المنفق لعسر إقامه البيئه عليه فى كل وقت يحتاج اليه، فيلزم العسر و الحرج المنفيين، بخلاف تسليم المال، انتهى.

أقول: لما كان المستند عندهم فى عدم تضمين الأمين من وكيل و غيره، و قبول قوله إنما هو آيه (١) «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» و أن الودعى و الوكيل بغير جعل فعلا إحسانا محضا، فلا يلحقهما الضمان، بل يقبل قولهما استدلالا بعدم الخلاف فى تقديم قول الموصى له أو اليتيم على تقديم قول الموكل فى إنكار الدفع اليه، و ان لم يكن الوكاله بجعل، لأنه مع الجعل كما عرفت، فالقول قول الموكل عندهم، بل ربما كانت العله الموجهه لقبول قوله و هو الإحسان أقوى فى جانب الوكاله، لأنه يتصرف له و يبيع و يشتري و يسعى بغير جعل، و لا ريب أن الإحسان فى هذه الحال أزيد منه فى حفظ الوصى، و الولي الشرعى مال الموصى

ص: ١٠٧

اليه، و اليتيم، و الدفع إليهما.

و أنت خير بآنك إذا رجعت الى الأخبار التي قدمناها فى الوديعه دليلًا- على ما ذكرناه من كون الأمين مقبول القول فيما يدعيه، بل لا- يمين عليه و ان كان خلاف المشهور بينهم، وجدت أن موردها أنما هو من دفع ماله الى غيره بعنوان الوديعه، أو الوكاله، أو نحوهما، لا- من كان عنده مال لغيره بعنوان الوصايه أو الولاية الشرعيه، لأن موردها النهى عن اتهام من ائتمنه، بمعنى تصديقه فيما يدعيه، و نحوها أخبار (١)

«ما خانك الأمين، و لكن ائتمنت الخائن». بالتقريب الذى تقدم ذيلها.

و بالجمله فإن الخطاب بقبول قول الأمين إنما توجه للذى دفع اليه المال بمعنى أنك ائتمنته، و وثقت بديانته و أمانته، فلا تتهمه بعد ذلك، بل صدقه فيما يدعيه و يقوله، و ما ذكر هنا من الوصى و الأب و الجد و الحاكم و ان كانوا أمناء، إلا أنهم لا يدخلون فى عنوان تلك الأخبار، بحيث يلحقهم الحكم المتفرع على الأمين فيها من سماع قوله، فاستدلاله غير تام، و هو نظر الى صدق الأمين فى الموضوعين و اعتمد على التعليل العقلى الذى اعتمده، و لم يطلع على الأخبار المذكوره، فالواجب حينئذ فى هذه المسئله هو الرجوع الى القاعده الكليه الداله (٢) على

«أن البينه على المدعى و اليمين على المنكر». و هى تقتضى تقديم قول الموصى له و اليتيم لأنهما منكران، و أما الوكيل و نحوه فقد عرفت أن مستنده تلك الأخبار الخاصه التى خصصنا بها تلك القاعده، فافترق الأمران، و الله سبحانه العالم.

### تذيب آخر:

قالوا: لو اشترى إنسان سلعه و ادعى أنه وكيل فى ذلك الشراء الآخر،

ص: ١٠٨

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٢٣٢ ح ٣٣، الكافى ج ٥ ص ٢٩٩ ح ٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٤ ح ٤.

٢- (٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٢٩ ح ٤، الفقيه ج ٣ ص ٢٠ ح ١، المستدرک ج ٣ ص ١٩٩ ح ٥ الباب ٣.

فأنكر ذلك الآخر، فان القول قوله يمينه، فإذا حلف اندفع عنه الشراء، و حكم به للمشتري، و حكم عليه بالثمن، سواء اشترى بعين أم فى الذمه، و لكن يجب تقييده بعدم اعتراف البائع بكونه وكيلا- أو كون العين التى اشترى بها ملكا للمنكر، أو قيام اليه بذلك، و إلا يبطل البيع، كما لو ظهر استحقاق أحد العوضين المعينين، و الله سبحانه العالم.

### الثانيه [فى إنكار الموكل التوكيل فى تزويج امرأه له] :

اختلف الأصحاب فيما لو وكله على أن يزوجه امرأه، فعقد له على امرأه ثم أنكر الموكل الوكاله بذلك، فقيل: القول قول الموكل يمينه، لأنه منكر، و يلزم الوكيل مهرها، و هو مذهب الشيخ فى النهايه، قال:

و يجوز للمرأة أن تتزوج بعد ذلك، غير أنه لا يحل للموكل فيما بينه و بين الله تعالى الا أن يطلقها، لأن العقد قد ثبت عليه، و به قال ابن البراج.

و قال فى المبسوط: ان الذى على الوكيل إنما هو نصف المهر، قال فى المسالك: و هو المشهور بين الأصحاب، و به قال ابن الادريس، ثم قوى بعد ذلك مذهب النهايه.

و قيل: ببطلان العقد نقله فى المختلف عن بعض علمائنا، قال بعض علمائنا:

إذا أنكر الموكل الوكاله كان القول قوله مع اليمين، فإذا حلف بطل العقد ظاهرا، و لا مهر، ثم الوكيل ان كان صادقا و جب على الموكل طلاقها و نصف المهر، قال فى المختلف: و فيه قوه.

احتج الشيخ على القول الأول بأن المهر قد ثبت بالعقد، و لا ينتصف الا بالطلاق، و لم يحصل فيجب الجميع، استدل على ما ذهب إليه فى المبسوط

بروايه عمر بن حنظله (1) عن أبى عبد الله عليه السلام

فى رجل قال لآخر: اخطب لى فلانه، فما فعلت من شىء مما قاوت من صداق أو ضمنت من شىء أو شرطت فذلك رضا لى، و هو لازم لى و لم يشهد على ذلك، فذهب فخطب له، و بذل عنه الصداق

ص: ١٠٩



و غير ذلك مما طالبوه و سألوه، فلما رجع إليه أنكر ذلك، قال يغرم لها نصف الصداق عنه، و ذلك أنه هو الذى ضيع حقها، فلما أن لم يشهد لها عليه بذلك الذى قال له، حل لها أن تتزوج و لا يحل للأول فيما بينه و بين الله تعالى الا أن يطلقها فان الله تعالى (١) يقول «فَأَمَّا لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَفَلَا تُؤْمِنُونَ» فان لم يفعل فإنه مأثوم فيما بينه و بين الله تعالى، و كان الحكم الظاهر حكم الإسلام قد أباح الله لها أن تتزوج». رواه فى التهذيب و الفقيه.

و ظاهر الشرائع و المختلف كما سلف تقويه القول بالبطلان، و هو ظاهره فى المسالك أيضا، حيث قال بعد نقل الخبر المذكور: و فى سند الحديث ضعف، و لو صح لم يمكن العدول عنه، و القول الثالث الذى اختاره المصنف قوى، و وجهه واضح، فإنه إذا أنكر الوكالة و حلف على نفيها انتفى النكاح ظاهرا، و من ثم يباح لها أن تتزوج، و قد صرح به فى الرواية، فينتفى المهر أيضا، لأن ثبوته يتوقف على لزوم العقد، و لأنه على تقدير ثبوته إنما يلزم الزوج، لأنها عوض البضع، و الوكيل ليس بزواج، نعم لو ضمن الوكيل المهر كله أو بعضه لزمه حسب ما ضمن، و يمكن حمل الرواية عليه، و أما وجوب الطلاق على الزوج مع كذبه فى نفس الأمر و وجوب نصف المهر فواضح، انتهى.

و مرجع ردهم الخبر الى ما اشتمل عليه من إيجاب نصف المهر على الوكيل، مع أنه ليس هو الزوج مع بطلان العقد بعد حلف الموكل، فلا يترتب عليه مهر، و لهذا جوز لها أن تتزوج، بناء على ذلك، و لا شك فى قوته بالنظر الى العقل، الا أنه من الجائز كون إلزام الوكيل بنصف المهر إنما هو عقوبه له حيث ضيع حقها بعدم الاشهاد، و الأحكام الشرعية لا مسرح للعقول فى الاطلاع عليها، و أسبابها، و يؤيد هذه الرواية

صحيحه أبى عبيد الحذاء (٢) المرويه فى الفقيه و التهذيب

«عن

ص: ١١٠

١-١) سورة البقره الآية ٢٢٩.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٨٣ ح ١٥٢، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٤ ح ٤٤، الوسائل ج ١٤ ص ٢٢٨ ح ١.

أبى عبد الله عليه السلام فى رجل أمر رجلا- أن يزوجه امرأه من أهل بصره من بنى تميم، فزوجه امرأه من أهل الكوفه من بنى تميم، قال:خالف أمره، و على المأمور نصف الصداق لأهل المرأه، و لا- عده عليها، و لا- ميراث بينهما، قال فقال له بعض من حضر: فإن أمره أن يزوجه امرأه و لم يسم أرضا و لا قبيله، ثم جحد الأمر أن يكون قد أمره بذلك بعد ما زوجه؟ قال: فقال: ان كان للمأمور بينه أنه كان أمره أن يزوجه، كان الصداق على الأمر لأهل المرأه، و ان لم يكن له بينه فان الصداق على المأمور لأهل المرأه، و لا ميراث بينهما، و لا عده، و لها نصف الصداق ان كان فرض لها صداقا».

و زاد فى الفقيه

«فان لم يكن سمى لها صداقا فلا شىء لها».، و الروايه كما ترى صحيحه صريحه فيما دلت عليه الروايه الأولى، و يؤكد السؤال الأول من هذه الروايه أيضا، و المفهوم من جمله هذه الروايات أن المرأه بالعقد عليها استحقت المهر على الزوج، لكن لما أنكر الزوج الوكاله و لا- بينه، و حلف انتفى النكاح، و لكن جعل حقها من المهر على الوكيل، حيث ضيع حقها بعدم الاشهاد على الوكاله، و إذا كان وجوب ذلك على الوكيل إنما هو لما ذكرناه، فلا ينافيه بطلان العقد، ألا ترى ان العقد فى السؤال الأول من الصحيحه المذكوره باطل، حيث انه ليس هو المأمور به، مع أنه عليه السلام حكم على الوكيل بنصف المهر عقوبه له.

و بالجمله فإن الحكم المذكور بعد دلالة هذين الخبرين لا مجال للمنازعه فيه، سيما بعد اعترافه فى المسالك بأنه لو صح لم يمكن العدول عنه، و هذه الروايه الثانيه التى ذكرناها صحيحه السند، لأن الشيخين المذكورين رواها عن الحسن بن محبوب عن مالك بن عطيه عن أبى عبيده الحذاء، و الثلاثه المذكورون ثقات، و الطريق إلى الحسن بن محبوب صحيح فى الكتابين، فلا مجال للتوقف فيها.

قال فى المسالك: و اعلم أن المرأه إنما يجوز لها التزويج مع حلفه إذا لم

ص: ١١١

تصدق الوكيل عليها، و الا لم يجر لها التزويج قبل الطلاق، لأنها باعترافها زوجها، بخلاف ما إذا لم تكن عالمه بالحال، فلو امتنع من الطلاق لم يجبر عليه، لانتفاء النكاح ظاهراً، و حينئذ ففى تسلطها على الفسخ دفعا للضرر، أو تسلط الحاكم على الطلاق، لأن له ولاية الإيجابار على الممتنع أو بقائها كذلك حتى يطلق، أو يموت أو وجه، انتهى و الله سبحانه العالم.

### **الثالثه: لو ادعى الوكيل الاذن فى البيع بضمن معين فأنكر المالك الاذن فى ذلك القدر**

#### **اشاره**

فالمشهور و هو قول الشيخ فى المبسوط أن القول قول الموكل بيمينه، لأنه كما أن القول قوله فى أصل الوكالة فكذا فى صفتها، لأنها فعله، و هو أعرف بحاله و مقاصده الصادره عنه، و لأن الأصل عدم صدور التوكيل على الوجه الذى يدعيه الوكيل، و حينئذ فإذا حلف الموكل بطل البيع، و وجب أن يستعاد العين ان كانت باقيه، و مثلها أو قيمتها ان تلفت.

و قيل: انه يلزم الدلال إتمام ما حلف عليه المالك، صرح به الشيخ فى النهايه، و رد بأنه ضعيف لا مستند له، و حمله فى المختلف على تعذر استعادته العين عن المشتري و قيمه، و تكون قيمه مساويه لما ادعاه المالك، و لا يخلو عن بعد، و حيث علم بطلان البيع بحلف الموكل على عدم ما ادعاه الوكيل، فلا- يخلو إما أن تكون العين باقيه أو تلفه، و على كل منهما فإما أن يصدق المشتري الوكيل فى الوكالة و صحه البيع أم لا- و على فرض التلف فإما أن يرجع الموكل على المشتري أو على الوكيل، فهذه خمس صور:

#### **الأولى: أن تكون العين باقيه، و لم يصدق المشتري الوكيل**

فان الموكل يسترجع العين من كل من كانت فى يده، و يرجع المشتري على الوكيل بالثمن الذى دفعه اليه ان دفع اليه ذلك.

#### **الثانيه: الصوره بحالها و لكن صدق المشتري الوكيل**

و الحكم بالنسبه إلى استرجاع العين كما تقدم، و أما بالنسبه إلى رجوع المشتري على الوكيل بالثمن، فإنه

بتصديقه للوكيل و حكمه بصحة البيع، و أن الموكل ظالم بإبطاله، فإنه انما يرجع على الوكيل بأقل الأمرين من الثمن الذى دفعه و قيمه المبيع، لأن الثمن إن كان هو الأقل فليس فى يد الوكيل من مال الموكل الذى هو ظالم للمشتري فى أخذ العين بزعمه، سواء يأخذه قصاصا، لأن الثمن بزعم الوكيل و المشتري انما هو مال الموكل كما عرفت، و ان كان الثمن المدفوع أكثر من قيمه فالمشتري ليس له أكثر من قيمه، لأن حقه شرعا بزعمه انما هى العين، إلا أنه بأخذ الموكل لها و حيلولته بينه و بينها، يرجع الى قيمتها، فليس له شرعا إلا قيمه خاصه، و على هذا فالزائد من الثمن فى يد الوكيل مجهول المالك، لأن الوكيل ليس له شىء من ذلك، و المشتري ليس له إلا قيمه ماله، و الموكل لا يدعيه.

### الثالث: تلف العين مع التصديق

، و لا خلاف فى أن للموكل الرجوع بالقيمه مع التصديق على أيهما شاء، أما المشتري فلتلف المال فى يده، و أما الوكيل فلعدوانه ظاهرا، فيدهما يد ضمان إلا أنه متى رجع الموكل على المشتري بالقيمه مع تصديقه لم يرجع المشتري على الوكيل، لتصديقه له فى صحة البيع و زعمه أن المالك ظالم فى رجوعه عليه فلا يرجع على غير ظالمه، هذا مع عدم قبض الوكيل الثمن من المشتري.

و أما لو قبضه منه، و الحال أنه لا يستحقه، و الموكل لا يدعيه، فإنه يرجع به المشتري عليه، لكن إذا كان المدفوع بقدر قيمه أو أقل، فالرجوع به ظاهر، و إلا رجع بمقدار ما غرمه للمالك من قيمه العين، فلو كان المدفوع أزيد كان الزائد فى يد الوكيل مجهول المالك، لأن المشتري لتصديقه و صحة البيع عنده فحقه شرعا إنما هو البيع الذى تلف عنده، لكن لما أغرمه الموكل القيمه فالذى له إنما هو ما غرمه يرجع به على ما دفعه الى الوكيل، فإذا كان الثمن الذى دفعه أولا زائدا على القيمه، و على ما أغرمه الموكل فتلك الزيادة لا يستحقها بوجه، و الوكيل لا يستحقها، و المالك لا يطلبها، لإنكاره البيع. فتصير

مجهوله المالك، إلا- أنه يحتمل وجوب دفعها الى المالك، لأنه بمقتضى زعمهما صحه البيع تكون مال المالك، فيجب عليهما بمقتضى ما يزعمانه أن يدفعها له، و يأتي هذا الاحتمال فى زياده الثمن فى الصوره الثانيه أيضا.

#### **الرابعه: الصوره بحالها مع عدم التصديق**

قالوا: يرجع على الوكيل بما غرمه أجمع لغروره، و لو كان الثمن الذى دفعه الى الوكيل أزيد مما غرمه رجع به عليه لفساد البيع ظاهرا عنده.

#### **الخامسه: رجوع الموكل على الوكيل مع التلف**

فإنه فى هذه الصوره يرجع الوكيل على المشتري بالأقل من ثمنه، و ما اغترمه، لأنه ان كان الثمن هو الأقل فهو يزعم أن الموكل لا- يستحق سواه، و أنه ظالم يأخذ الزائد من قيمه فلا يرجع به على المشتري، و ان كانت قيمه التى اغترمها الأقل فإنه لم يغرم سواها، لكن يبقى الزائد مجهول المالك ظاهرا، مثلا ثمنه الذى باع به ثمانون درهما، و الذى اغترمه للمالك مائه درهم، فإنه انما يرجع بالثمانين، خاصه للعله المذكوره أو ان الثمن مائه درهم، و الذى اغترمه ثمانون درهما، فإنه انما يرجع بما اغترمه.

بقى الكلام فى هذه العشرين الزائده، فإنها مجهوله المالك، لأن الموكل لا يستحقها بزعمه، و موافقه الظاهر له، و الوكيل قد خرج عن الوكاله بإنكار الموكل، فليس له قبضه، و ينتزعه الحاكم الشرعى، و يتوصل الى تحصيل مالكة، هذا خلاصه كلامهم فى المقام.

و لو قيل: بالتصدق بهذا الزائد المجهول فى جميع هذه الصور عن صاحبه، كما فى المال المجهول الصاحب، كان وجهها لدخوله تحت عموم أخبار تلك المسئله، و الله سبحانه العالم.

#### **المسئله الرابعه [فى القول بثبوت الخيار للبائع إذا اشترى الوكيل لموكله]:**

قيل: إذا اشترى الوكيل لموكله كان البائع بالخيار، ان شاء طالب الوكيل، و ان شاء طالب الموكل، و علل بأن الحق على الموكل،

و العقد على الوكيل، فيتخير في مطالبه أيهما شاء و الظاهر ضعفه، و قيل: باختصاص المطالبه بالموكل مع العلم بالوكاله، و الاختصاص بالوكيل مع الجهل بذلك و علل أما مع الجهل، فلان العقد وقع معه، و الثمن لازم له ظاهرا فله مطالبته و أما مع العلم بكونه وكيلا فلا أنه يكون نائبا عن غيره، فلا حق له عنده، بل عند الموكل، و الى هذا القول مال في الشرائع.

و أورد عليه بأن الحكم بمطالبه الموكل مع العلم، و الوكيل مع الجهل لا- يتم على إطلاقه، لأن الثمن لو كان معينا لم يكن له مطالبه غير من هو في يده، و قيل: إذ اشترى الوكيل بثمن معين، فان كان في يده طالبه البائع به و إلا طالب الموكل، لأن الملك يقع له، و ان اشترى في الذمه، فإن كان الموكل قد سلم اليه، ما يصرفه الى الثمن، طالبه البائع أيضا، و ان لم يسلم فإن أنكر البائع كونه وكيلا- أو قال لا- أدرى هل هو وكيل أم لا- و لا- بينه طالبه و ان اعترف بوكالته، فالمطالب بالثمن الموكل لا غير، لوقوع الملك له، و الوكيل سفير بينهما و معين للموكل، فلا يغرم شيئا، و القول المذكور للتذكرة، قال و هو أحد وجوه الشافعية.

و الثاني: أن البائع مع تصديق الوكاله يطالب الوكيل لا غير، لأن أحكام العقد يتعلق به، و الالتزام وجد منه.

و الثالث: أنه يطالب من شاء منهما نظرا الى الظاهر و المعتمد الأول انتهى.

أقول: و ما اعتمده هو أقرب الأقوال، إلا أنه لا يخلو من الخدش في بعض هذه الترديدات، و الظاهر هو ما فصله في المسالك قال: و الاولى أن يقال في المسئلة ان الحق اما أن يكون معينا أو مطلقا، و على التقديرين فاما أن يسلم الى الوكيل أم لا، و على التقادير فاما أن يكون البائع عالما بوكالته أو غير عالم، و حكمها أنه متى كان الثمن معينا فالمطالب به من هو في يده، سواء في ذلك الوكيل أو الموكل و ان كان في الذمه و دفعه الموكل إلى الوكيل تخير البائع في مطالبه

أيهما شاء مع علمه بالوكالة، أما الوكيل فلأن الثمن في يده، وأما الموكل فإن الشراء له، وما دفع لا ينحصر في الثمن بعد، وإن لم يكن دفعه إلى الوكيل، فله مطالبه الوكيل مع جهله بكونه وكيلًا، وعدم البيه عليها، والموكل مع علمه، انتهى.

و منه يعلم أن ما أطلقه في التذكرة من أنه متى كان في الذمه وقد سلمه الموكل إلى الوكيل، فإنه يطالب الوكيل ليس كذلك، بل الأظهر كما ذكره في المسالك هو التخيير مع العلم بالوكالة.

#### **الخامسة [في استحقاق المطالبه]:**

قالوا: إذا طالب الوكيل بحق موكله فأجابه من عليه الحق بأنك لا تستحق المطالبه لم يلتفت إلى هذا الجواب، لأنه مكذب للبيه القائم على الوكالة، فإن مقتضى البيه ثبوت الوكالة، وقضيه ثبوت الوكالة استحقاق المطالبه، وأورد عليه بأن نفي استحقاق المطالبه لا يستلزم تكذيب البيه، لأنه يجوز ثبوت الوكالة ثم عزله عنها، أو الإبراء من الحق المدعى، أو الأداء إلى الموكل أو وكيل آخر، وفي جميع هذه الوجوه لا يستحق المطالبه وإن ثبت كونه وكيلًا و لهذا نقل عن القواعد أنه استشكل الحكم المذكور، وأجيب عن هذا الإشكال بأن نفي الاستحقاق لما كان مشتركًا بين ما يسمع وما لا يسمع لا يسمع إلا بعد التحرير لأنه لا تعد دعوى شرعية إلا بعد تحريرها، ولو أجاب من عليه الحق بأن قال عزلك الموكل، أو أن الموكل أبرأه من الحق لم يسمع، إلا أن يدعى العلم على الوكيل، فله عليه اليمين بعدم العلم.

#### **السادسة [في قبول شهاده الوكيل لموكله]:**

لا خلاف بين المسلمين في قبول شهاده الوكيل على موكله، لحصول الشرائط وانتفاء الموانع، وكذا لا خلاف في قبولها له فيما لا ولاية له عليه مطلقًا، وأما فيما له ولاية و وكالة فيه، فتقبل عند الأصحاب فيه أيضًا إذا كانت الشهاده بعد العزل، ما لم يكن أقام الشهاده حين الوكالة، فإنه بإقامتها حين الوكالة ترد للتمهه، وكذا ترد فيما لو لم يكن عزله بعد شروعه في المنازعه والمخاصمه.

قال فى التذكرة: تقبل شهاده الوكيل مع الشرائط على موكله مطلقا، و تقبل لموكله فى غير ما هو وكيل فيه، كما لو وكله فى بيع دار فشهد له بعد، و لو شهد فيما هو وكيل فيه، فان كان ذلك قبل العزل لم تقبل، لأنه متهم حيث يجر إلى نفسه نفعاً، و هو ثبوت ولايه التصرف لنفسه، و ان كان بعد العزل، فان كان قد خصم الغريم فيه حال وكالته لم تقبل منه أيضاً، لأنه متهم أيضاً، حيث يريد تمشيه قوله، و إظهار الصدق فيما ادعاه أولاً و ان لم يخاصم سمعت شهادته عندنا، انتهى.

أقول: لا يخفى ما فى هذه التعليلات من الإشكال فى ابتناء الأحكام الشرعيه عليها، بعد ثبوت العدالة فى الشاهد، ثم أنه أى نفع هنا فى ثبوت ولايه التصرف له، بل ربما كان الضرر أظهر باشتغاله بذلك عن القيام بأموره، و نظم معاشه و معاده و نحو ذلك.

و إلى ما ذكرناه يميل كلام المحقق الأردبيلي حيث قال: و أما وجه العدم على أحدهما فهو التهمه، و وجه عدم القبول حين الوكاله فيما وكل فيه جر النفع و فيهما تأمل، إذ قد لا يكون جر نفع، و لا نسلم كون مطلق الولايه و الوكاله نفعاً، بل قد يكون مضراً، و كذا التهمه و كون مثلها مانعاً- من قبول الشاهد المقبول- يحتاج إلى الدليل، بعد الدليل على قيام شهاده العدل المتصف بالشرائط سوى هذا المتنازع، فتأمل انتهى و هو جيد.

### السابعه [فى اختلافهما فى قبض الثمن قبل تسليم المبيع أو بعده]:

#### اشاره

قالوا: لو وكله فى قبض دين من غريم له، فأقر الوكيل بالقبض، و صدقه الغريم، و أنكر الموكل فالقول قول الموكل، و تردد فيه فى الشرائع.

و قال فى التذكرة إذا وكل وكيلا باستيفاء دين له على انسان، فقال:

قد استوفيته فأنكر الموكل نظر، فان قال: قد استوفيته و هو عندى فخذة فعليه أخذه، و لا معنى لهذا الاختلاف، و ان قال: استوفيته و تلف فى يدى فالقول قوله مع يمينه على نفى العلم باستيفاء الوكيل، لأصاله بقاء الحق، فلا يقبل قول



الوكيل و المديون إلا بينه، لأن قولهما على خلاف الأصل، انتهى.

أما لو أمره ببيع سلعه و تسليمها و قبض ثمنها فتلف الثمن من غير تفريط فأقر الوكيل بالقبض و صدقه المشتري و أنكر الموكل فالقول قول الوكيل.

قالوا: و الفرق بين الصورتين أن الدعوى فى الصورة الثانية على الوكيل من حيث سلم المبيع و لم يقبض الثمن، بناء على زعم الموكل، و هو موجب للضمان، لأنه نوع خيانه كما تقدم ذكره فى آخر المسئلة الأولى من هذا المطلب، و فى الصورة الأولى الدعوى على الغريم، و الأصل بقاء ماله عليه، و تنظر فى الفرق المذكور فى الشرائع.

أقول: و الظاهر من النصوص الداله على قبول قول الأمين هو تقديم قول الوكيل فى الصورتين المذكورتين، لا اشتراكهما فى كون محل النزاع هو تصرف الوكيل، و قد عرفت فيما تقدم أن قوله مقبول فى ذلك، و الظاهر أنه من أجل ذلك تردد المحقق فى الصورة الأولى حيث حكموا فيها بتقديم قول الموكل، و تنظر فى الفرق المذكور فى الثانية، و بالجمله فالظاهر هو تقديم قول الوكيل فى الموضوعين.

قال فى التذكرة: لو و كله فى البيع و قبض الثمن أو البيع مطلقاً، و قلنا أن الوكيل يملك بالوكالة فى البيع، قبض الثمن و اتفقا على البيع، و اختلفا فى قبض الثمن، فقال الوكيل قبضته و تلف فى يدي، و أنكر الموكل، أو قال الوكيل:

قبضته و دفعته إليك، و أنكر الموكل القبض، فالأقوى عدم قبول قول الوكيل فى ذلك، و للشافعية فى ذلك طريقتان: أحدهما أنه على الخلاف المذكور فى البيع و سائر التصرفات و أظهرهما عندهم أن هذا الاختلاف ان كان قبل تسليم المبيع فالقول قول الموكل، لما فى المسئلة السابقة، و ان كان بعد تسليمه فوجهان:

أحدهما أن الجواب كذلك، لأن الأصل بقاء حقه، و أصحهما أن القول قول الوكيل، لأن الموكل ينسبه إلى الخيانه بالتسليم قبل قبض الثمن، و يلزمه الضمان و الوكيل ينكره فأشبه ما إذا قال الموكل، طالبتك برد المال الذى دفعته إليك،

أو بضمن المبيع الذى قبضته،فامتنت مقصرا إلى أن تلف،وقال الوكيل لم تطالبنى بذلك،و لم أكن مقصرا،فان القول قوله،انتهى.

أقول:قوله فالأقوى عدم قبول قول الوكيل فى ذلك فى نسختين عندى من نسخ الكتاب،و هو خلاف ما صرح به الأصحاب من أن القول هنا قول الوكيل، كما عرفت من كلامهم فى الفرق بين الصورتين المتقدمتين،و لم أقف أيضا على من نقل الخلاف عن التذكرة فى ذلك،فليتأمل فى ذلك،و الأصحاب إنما حكموا بتقديم قول الوكيل هنا بناء على كون الدعوى بعد تسليم العين إلى المشتري، بالتقريب الذى نقله هنا عن أصح قولى الشافعية.

و أما لو كانت الدعوى قبل تسليم العين بل هى باقية فى يد الوكيل فان القول عندهم قول الموكل لما ذكره،و ما تقدم فى المسئلة الاولى،و ان كان الحكم فى ذلك عندى هنا لا يخلو عن اشكال بالنظر إلى ظواهر الأخبار الداله على قبول قول الأمين مطلقا و الوكيل أمين كما عرفت،فلا معنى لترجيح قول الموكل بأصالة عدم القبض و نحو ذلك،لأن مقتضى العمل بالأخبار المذكوره تخصيص هذا الأصل و الخروج عنه،فإن الأصل العدم فى كل ما يدعيه الأمين،فلا معنى للعمل بها فى موضع و إطراحها فى آخر بل الواجب العمل بها فى الجميع،إلا أن العذر لهم انهم إنما استندوا فى قبول قوله إلى الإجماع،و الدليل العقلى الذى تقدم نقله عنهم،و لم يذكروا الأخبار أو لم يطلعوا عليها بالكلية،و الإجماع لا يقوم حجه فى موضع النزاع و الخلاف.

بقى الكلام هنا فى مواضع -

## الأول:

قال فى التذكرة على أثر الكلام المتقدم:و هذا التفصيل فيما إذا أذن فى المبيع مطلقا أو حالا فان أذن فى التسليم قبل قبض الثمن،أو أذن فى البيع بضمن مؤجل،و فى القبض بعد الأجل،فهيها لا يكون خائنا بالتسليم قبل القبض،و الاختلاف كالاختلاف قبل التسليم،انتهى.

أقول:مراده أن تقديم قول الوكيل إنما هو فى موضع يستلزم نسبه إلى

الخيانة، والحال أنه أمين، فيقدم قوله، والموضع الذي يستلزم ذلك هو كل موضع يتوقف التسليم فيه على القبض، أما لو لم يكن كذلك بأن يأذن له في التسليم قبل قبض الثمن، أو أذن له في البيع بثمن مؤجل، والقبض بعد الأجل، فإن مرجع الاختلاف بينهما في هذه الحال إلى صورته الاختلاف قبل تسليم المبيع، بمعنى أن القول قول الموكل، وفيه ما تقدمت الإشارة إليه من أن مرجع ذلك إلى دعوى الوكيل التصرف بقبض الثمن والتلف، وقد عرفت أن قوله مقدم فيها، إلا أنه يمكن أن يقال أيضا: إن دعوى التلف الذي يقبل قوله فيه إنما هو بعد القبض، والحال أنه منتف هنا كما هو المفروض، وبالجملة فالحكم هنا لا يخلو عن شوب الإشكال.

## الثاني:

إذا قلنا أن القول قول الوكيل في قبض الثمن من المشتري، فحلف الوكيل على قوله، فهل يحكم ببراءة ذمه المشتري أم لا؟ وجهان: قوى أولهما في التذكرة واستظهره في المسالك، وعلل بأن الحق واحد، فإذا قبل قول الوكيل في قبضه، فكيف يتوجه إيجابه على المشتري.

و ثانيهما أنه لا- يبرئ ذمه المشتري لأصالة عدم الأداء، وإنما قبلنا من الوكيل في حقه لا يتمانه إياه، بمعنى أن قبول قول الوكيل في قبضه إنما هو من حيث كونه أمينا يقبل قوله، وهذا المعنى مفقود في المشتري، إذ لا يقبل قوله في ذلك لو كان النزاع معه ابتداء، واستحسن هذا الوجه في التذكرة أيضا، والوجهان المذكوران للشافعية كما نقله في التذكرة، والتعليقات المذكورة لهم.

## الثالث

-إذا حلف الوكيل و قلنا ببراءة المشتري بذلك ثم وجد المشتري بالمبيع عيبا، فإن رده على الموكل و غرمه الثمن لم يكن له الرجوع على الوكيل، لاعترافه بأن الوكيل لم يأخذ شيئا، وإن رده على الوكيل و غرمه لم يرجع على الموكل، والقول قول الموكل بيمينه في أنه لم يأخذ منه شيئا، ولا يلزم من تصديقنا الوكيل في الدفع عن نفسه بيمينه أن نثبت بها حقا على غيره و لو خرج

المبيع مستحقاً رجوع المشتري بالثمن على الوكيل، لأنه دفعه إليه، و لا- رجوع له على الموكل لما مر، كذا ذكره في التذكرة، و الظاهر أنه أشار بقوله لما مر إلى ما قدمه من أن القول قول الموكل يمينه في أنه لم يأخذ من الوكيل شيئاً.

و كيف كان فظاهر كلامه هنا هو الفرق بين صورته ظهور العيب، و صورته خروج كونه مستحقاً، و أنه في الصورة الثانية انما يرجع على الوكيل خاصة، و لا رجوع له على الموكل، و أما في الصورة الأولى فإن له الرجوع على كل منهما كما ذكره في رجوع كل منهما على الآخر ما عرفت.

و المفهوم من كلام الأصحاب هو الخلاف في هذه الصورة أعنى الأولى، فعن الشيخ و به صرح جمع منهم، بل الظاهر أنه الأشهر هو أنه يرجع المشتري على الوكيل خاصة، دون الموكل، و علل بأنه لم يثبت وصول الثمن الى الموكل، و اختار في الشرائع الرجوع على الموكل، قال بعد نقل القول الأول: و لو قيل برد المبيع على الموكل كان أشبه، و هو مؤذن بأنه لا قائل بذلك قبله و اختار ذلك في المسالك أيضاً، قال: و الأقوى ما اختاره المصنف، لأن الملك له، و الوكيل نائب عنه، و البائع في الحقيقة هو الموكل، و وصول الثمن إليه، و عدمه لا مدخل له في هذا الحكم أصلاً، بل لا يجوز رده على الوكيل، لأنه ينعزل بالبيع ان لم يكن و كيلاً في قبض المبيع على تقدير رده بالعيب، و كيف كان فقول الشيخ ضعيف، و كذا تعليقه، انتهى و الله سبحانه العالم بحقائق أحكامه و نوابه القائمون بمعالم حلاله و حرامه، و الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد و إله الطاهرين.



## كتاب الوقوف و الصدقات و ما يتبعها من الحبس و السكنى و الهبات

### اشاره

و تفصيل البحث فى هذه المذكورات يقع فى مقاصد أربعه:

### المقصد الأول فى الوقف:

### اشاره

و هو ثابت بالنص و الإجماع، و ستأتى النصوص بذلك فى محلها، و قد ورد الترغيب فيه و فى جمله من الأخبار و ان عبر فيها بلفظ الصدقه، فإن هذا الإطلاق كان شائعا فى الصدر الأول كما دلت عليه جمله من الأخبار.

ص: ١٢٣

و من الأخبار المشار إليها ما رواه

في الكافي و التهذيب عن هشام بن سالم (١)

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ليس يتبع الرجل بعد موته من الأجر إلا ثلاث خصال صدقه أجزاها في حياته، فهي تجرى بعد موته، و سنه هدى سنها، فهي يعمل بها بعد موته، أو ولد صالح يدعو له».

و ما رواه

في الكافي في الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٢)

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ليس يتبع الرجل بعد موته من الأجر إلا ثلاث خصال، صدقه أجزاها في حياته، فهي تجرى بعد موته، و صدقه مبتولة لا تورث، أو سنه هدى فهي يعمل بها بعده، أو ولد صالح يدعو له».

و عن معاوية بن عمار (٣) في الصحيح قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما يلحق الرجل بعد موته؟ قال: سنه يسنها يعمل بها بعد موته، فيكون له مثل أجر من عمل بها من غير أن ينتقص من أجورهم شيء، و الصدقة الجارية تجرى من بعده و الولد الطيب يدعو لوالديه بعد موتهما، و يحج و يتصدق و يعتق عنهما، و يصلى و يصوم عنهما، فقلت: أشركهما في حجي؟ قال: نعم».

و عن أبي كهمس (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

سته تلحق المؤمن بعد وفاته ولد يستغفر له، و مصحف يخلفه، و غرس يغرسه، و قلب يحفره، و صدقه يجريها، و سنه يؤخذ بها من بعده».

و عن إسحاق بن عمار (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام

يتبع الرجل بعد موته ثلاث خصال، صدقه أجزاها في حياته، فهي تجرى له بعد وفاته، و سنه هدى سنها، فهي يعمل بها بعد موته، و ولد صالح يدعو له».

ص: ١٢٤

١- (١) الكافي ج ٧ ص ٥٦ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٢ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٢ ح ١.

٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ٥٦ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٢ ح ٢.

٣- (٣) الكافي ج ٧ ص ٥٧ ح ٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٣ ح ٤.

٤- (٤) الكافي ج ٧ ص ٥٧ ح ٥، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٣ ح ٥.

٥-٥) الكافي ج ٧ ص ٥٦ ح ٣، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٣ ح ٣.



قال في المسالك: قال العلماء الصدقه الجاربه الوقف، و هو تعريف ببعض الخواص، و كيف كان فاللفظ الصريح في عقده و قفت، لأنه الموضوع له لغه و شرعا و قد صرح جمله من الأصحاب بأن أوقفت بالهمزه لغه شاذه فيه، قال في المسالك و الظاهر أن الصيغه بها صحيحه، و ان كانت غير فصيحته، و أما غير هذا اللفظ من الألفاظ مثل حبست، و سبلت فقيل: أنه يصير وقفا من غير توقف على القرينه، للحديث النبوى (صلى الله عليه و آله و سلم) المتقدم. و قيل: لا يكون الا مع القرينه.

و أما أبدت و حرمت و تصدقت فلا يحمل على ذلك الا مع القرينه، كقيد التأيد، و نفى البيع، و الهبه و الإرث و نحوها.

و الوجه في ذلك أن الوقف لما كان من العقود الناقله للملك على وجه اللزوم، افتقر الى اللفظ الصريح الدال على ذلك، و هذه الألفاظ لما كانت مشتركه بين هذا المعنى و غيره، و لم تكن صريحه فيه امتنع الحكم بدالاتها على ذلك، فإنه يصح إطلاقها على التمليك المحض و إخراج الزكاه و الصدقات المطلقه، و الهبات و نحوها، فلا بد في الحكم بالوقف فيها من ضم قرينه تدل على اراده ذلك، كقوله صدقه موقوفه، أو دائمه أو مؤبده و أن لا تباع، و لا توهب، و نحو ذلك.

و قد ظهر مما ذكرناه أن الألفاظ المعبر بها في عقد الوقف منها ما هو صريح فيه، لا يتوقف على قرينه إجماعا، و هو لفظ وقفت.

و منها ما هو متوقف على القرينه إجماعا كحرمت و تصدقت و أبدت.

و منها ما هو مختلف فيه كحبست و سبلت، فذهب جمع منهم العلامه في التذكرة و القواعد إلى أنهما صريحان، كوقفت، و مثلهما أحبست بزياده الهمزه بغير اشكال، نظرا إلى الاستعمال العرفى لهما فيه مجردين، كما ورد في الخبر النبوى (صلى الله عليه و آله و سلم) المتقدم فإنه أطلق عليه تحييس الأصل، و ورد بأن مجرد الاستعمال أعم من المطلوب، و الظاهر وجود القرينه في هذا الاستعمال و معها لا اشكال فيه.

و المراد بالصدقه الجاريه فى هذه الأخبار هى الوقف كما أشار إليه الشهيد فى الدروس، وقال ابن فهد فى موجزه: قال العلماء: المراد بالصدقه الجاريه الوقف فان قيل: المعدود فى الحديث الثانى أربع خصال، مع أنه صرح فى صدر الخبر بأنها ثلاث خصال، قلنا: المعدود فيه إنما هو ثلاث، ولكنه قسم الصدقه التى هى إحدى الثلاث إلى قسمين، صدقه أجراها فى حياته، فهى تجرى بعد موته، وهى الوقف كما ذكرناه، و صدقه مبتوله لا- تورث، و لعله مثل بناء المساجد و الرباطات و حفر الآبار، و بناء القناطر، و نحو ذلك، و لعل المراد بكونها مبتوله كونها مرادا بها وجه الله عز و جل و التقرب إليه.

و ذكر الشيخ فى المبسوط أن أوقاف الجاهليه كانت أربعه، السائبه و البحيره و الوصيله و الحام، ثم بين معانيها الى أن قال: و جاء الشرع بإبطالها، قال الله تعالى (١) «مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيَّةٍ وَلَا حَامٍ، وَلِكِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكُذِبَ» الآيه.

و البحث فى هذا المقصد يقع فى مطالب

### [المطلب الأول- فى العقد و ما يلحق به

#### إشاره

، و الكلام فيه يقع فى موضعين

### [الموضع الأول [فى تعريف الوقف]

#### إشاره

قالوا: الوقف تحييس الأصل و تسهيل المنفعه قيل: و هذا التعريف تبعاً

### للحديث النبوى (٢)

«عنه (صلى الله عليه و آله و سلم) قال: حبس الأصل و سبل الثمره». و المراد بتحيس الأصل المنع من التصرف فيه، كالتصرف فى الأملاك بالبيع و الهبه، و الصدقه و نحوها، بحيث يكون ناقلاً للملك، و تسهيل الثمره بإاحتها للموقوف عليه، بحيث يتصرف فيها كتصرفه فى أملاكه.

و جمله من الأصحاب عبروا بإطلاق المنفعه عوض لفظ التسهيل، و هو أظهر فى مقابله التحييس، و عرفه فى الدروس بأنه الصدقه الجاريه، قال: و ثمرته تحييس الأصل و إطلاق المنفعه، قيل هذا التعريف تبعاً لما ورد فى الأخبار المتقدمه.

ص: ١٢٦

٢-٢) المستدرک ج ٢ ص ٥١١ الباب ٢ ح ١.

و ذهب جمع و منهم المحقق و العلامه فى غير الكتابين المذكورين إلى افتقارهما إلى القرينه، لاشتراكهما فى الاستعمال بينه و بين غيره، و المشترك لا يدل على شىء من الخصوصيات من حيث هو، و لأصالة بقاء الملك إلى أن يحصل الناقل الشرعى، و هو غير معلوم.

و أما أقوال المتقدمين من الأصحاب فى المقام فمنها قول الشيخ فى الخلاف، قال: إذا تلفظ بالوقف فقال: وقفت أو حبست أو تصدقت، أو سبلت و قبض الموقوف عليه أو من يتولى عنه لزم الوقف.

و هذا الكلام كما ترى يعطى صحه الوقف بأى هذه الألفاظ من غير توقف على قرينه، مع أنه قد ادعى الإجماع على الاختصاص بلفظ الوقف، و الإجماع على العدم مع عدم القرينه فى لفظ تصدقت و حرمت، كما قدمنا ذكره، و قال فى الخلاف أيضا: ألفاظ الوقف التى يحكم بصريحتها قوله، وقفت و حبست و سبلت و ما عداها يعلم بدليل، و بإقراره أنه أراد به الوقف، و ذلك كقوله تصدقت و حرمت و أبدت و بذلك قال ابن زهره، و قطب الدين الكيدرى.

و قال فى المبسوط: الذى يقوى فى نفسى أن صريح الوقف قوله واحد، و هو وقفت لا- غير، و به يحكم بالوقف فأما غيره من الألفاظ فلا يحكم به الا بدليل، و هو قول ابن إدريس قال: لأن الإجماع منعقد على أن ذلك الصريح فى الوقف، و ليس كذلك ما عداه.

قال فى المختلف بعد نقل هذه الأقوال: و الوجه ما قاله الشيخ فى المبسوط، لنا أصالة بقاء الملك على صاحبه، و عدم خروجه عنه الا بوجه شرعى و لا عرف شرعى هنا سوى صريح الوقف، لاشتراك البواقى بينه و بين غيره، و الموضوع للقدر المشترك لا دلالة له على شىء من الخصوصيات بشىء من الدلالات نعم إذا انضم القرائن صار كالصريح فى صحه الوقف به.

## [فروع]

### إشارة

بقى الكلام هنا فى أمور

### الأول: لو نوى الوقف فيما يفتقر إلى القرينه

ص: ١٢٧

وقع الوقف باطنا، ودين بنيته، ولو اعترف بذلك أخذ باعتزافه، كما أنه لو لم ينو بالصريح الوقف لم يكن وقفا باطنا، وان حكم به بظاهر اللفظ، لأن المدار في الصحة واقعا إنما هو على القصد و النيات.

و الفرق بين الصريح و غيره مع اشتراكهما في اعتبار القصد و النيه أن الصريح يحمل عليه ظاهرا، قصد أو لم يقصد، بخلاف غيره، فإنه لا يحكم عليه الا مع القرينه، أو الاعتراف بقصد الوقف و نيته، و هو معنى كونه يدان بنيته.

### **الثاني [الفرق بين الإضافة إلى جهه عامه و جهه خاصه] :**

نقل عن العلامه في التذكره الفرق بين اضافة لفظ الصدقه إلى جهه عامه كقوله تصدقت بهذا على المساكين، و إضافته إلى جهه خاصه، كقوله لمعين تصدقت به عليك أو عليكم فجعل الأول ملحقا بالصريح، فيكون وقفا بخلاف الثاني، فإنه يرجع فيه إلى نيته كما أطلقه غيره، ورد بان الفرق غير واضح.

### **الثالث [وقوع الوقف بألفاظ أخرى مع نيته] :**

ظاهر عبارات أكثر الأصحاب و هو صريح العلامه في التذكره و القواعد أن كل واحد من الألفاظ الثلاثه التي هي غير صريحه في الوقف إجماعا يقع الوقف بكل منها مع نيته، أو انضمام غيره اليه، و قال الشهيد في الدروس:

ان ظاهر الأصحاب يدل على أن تصدقت و حرمت صيغه واحده، فلا- تغني الثانيه عن الأول، و تغني الأولى مع القرينه، قال في المسالك: و ما ادعاه من الظاهريه غير ظاهر.

### **الرابع [في تسميه الوقف بالصدقه في الصدر الأول] :**

لا- يخفى على من له أنس بالاخبار و من جاس خلال تلك الديار أن الوقف في الصدر الأول أعنى زمن النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) و زمن الأئمه عليهم السلام إنما يعبر عنه بالصدقه، لكن هذا التعبير محفوف بقرائن عديده، و ألفاظ كثيره تدل على اراده الوقف، و من ذلك الأخبار المتقدمه في صدر المقصد المعبر في بعضها بصدقه جاريه، و في آخر لا- تورث، و المراد بالجاريه المستمره بعده، و هو كناية عن التأيد.

و من ذلك خبر

صدقه على عليه السلام (١) بداره التي في بنى زريق، قال:

هذا ما تصدق به على بن أبي طالب عليه السلام و هو حى سوى تصدق بداره التي في بنى زريق صدقه لا تباع و لا توهب حتى يرثها الله تعالى الذى يرث السموات و الأرض، و أسكن هذه الصدقه خالاته ما عشن و عاش عقبهن، فان انقضوا فهى لذوى الحاجه من المسلمين».

و أخبار صدقه فاطمه عليها السلام (٢) و أنها جعلتها لبنى هاشم، و بنى عبد المطلب.

و صدقه أمير المؤمنين (٣) عليه السلام

لما جائته البشير بالعين التي خرجت في ينبع فقال: عليه السلام بشر، الوارث هى صدقه بته بتلا في حجيج بيت الله و عابرى سبيل الله، لا تباع و لا توهب، و لا تورث».

و صدقه الكاظم عليه السلام (٤) بأرض له،

«و فيها تصدق موسى بن جعفر بصدقته هذه و هو صحيح صدقه حبسا بتلا بتا لا مشوبه فيها و لا رد أبدا ابتغاء وجه الله عز و جل و الدار الآخرة، لا يحل لمؤمن يؤمن بالله و اليوم الآخر أن يبيعها أو شيئا منها، و لا يهبها و لا ينحلها» الحديث.

الى غير ذلك من الأخبار، و بذلك علم اشتراك هذا اللفظ بين الوقف و بين الصدقه بالمعنى الآتى فى المقصد الثانى.

و أما اللفظان الآخرا فلا اشتراك فيهما من حيث مفهوم اللفظ، فإنه أعم من الوقف و غيره و لم أقف فى شىء من الأخبار لغير هذين اللفظين أعنى لفظى الوقف و الصدقه على أثر، فالأحوط أن يجعل العقد أحدهما خاصه، و ان صح بغيرهما من الكنايات المحفوفه بالقرائن بناء على المشهور، إلا أنه لا يبعد الانحصار فى هذين اللفظين و قوفا على ما خالف الأصل على مورد النص بمعنى أن الأصل بقاء الملك لملكه و الذى ورد من الصيغه المخرجه منحصر فى هذين اللفظين و ليس

ص: ١٢٩

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ١٣١ ح ٧، الفقيه ج ٤ ص ١٨٣ ح ٢٣، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٤ ح ٤.

٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ٤٨ ح ٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٤ ح ٨.

٣- (٣) الكافي ج ٧ ص ٥٤ ح ٩، التهذيب ج ٩ ص ١٤٨ ح ٥٦، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٣ ح ٢.

٤- (٤) الكافي ج ٧ ص ٥٣ ح ٨، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٤ ح ٥.

الحكم هنا كسائر العقود المبنيه على مجرد الرضا، فكل لفظ دل عليه كفى في المراد و حصل به النقل، و لهذا ان روايات سائر العقود غايه ما تدل عليه، هو الأنعقاد بمجرد الألفاظ الجاربه في مقام المحاوره بين المتعاضين داله على الرضا، و فيما نحن فيه انما دلت على هذين اللفظين خاصه، إلا أنه ربما انقذ الاشكال هنا من وجه آخر، و هو انهم قد صرحوا باستعمال لفظ الوقف في مجرد الحبس الذى هو معناه لغه، و يرجع الى ما يأتى من السكنى و العمرى و الرقبى، و عليه دلت الأخبار أيضا كما سيأتى إنشاء الله، و به ينقذ الاشكال فيما ادعوه من أن لفظ الوقف صريح في هذا المعنى المدعى الذى هو مشروط بالتأييد، و كيف يكون صريحا فيه مع استعماله نصا و فتوى فيما قلناه.

و كيف كان فالأحوط هو ضم القرائن الداله على الوقف المدعى، سؤاء وقع التعبير بلفظ الوقف أو الصدقه، و الاقتصار على هذين اللفظين من حيث ورود النصوص بهما و الله العالم.

### **الموضع الثانى [فى عدم اشتراط القبول فى الوقف]:**

اختلف الأصحاب (رضوان الله عليهم) فى اشتراط القبول فى الوقف بعد الاتفاق على الإيجاب فظاهر الأكثر حيث ذكروا الإيجاب و لم يتعرضوا لذكر القبول هو عدم اشتراطه مطلقا، و هو أحد الأقوال فى المسئله، و علل بأن الأصل عدم الاشتراط، و يؤيده أنه ليس فى النصوص ما يدل عليه، و لأن الوقف كالإباحه، خصوصا إذا قلنا أن الملك فيه ينتقل الى الله عز و جل، و لأنه فك ملك فيكفى فيه الإيجاب كالعق، و استحقاق الموقوف عليه النفقه كاستحقاق العتق منافع نفسه.

و قيل، باعتبار مطلقا، و نقل عن التذكره، لإطباقهم على أنه عقد، فيعتبر فيه الإيجاب و القبول كسائر العقود، و لأن إدخاله فى ملك الغير بغير رضاه بعيد، و لأصالة بقاء الملك على مالكة بدونه.

و قيل: بالتفصيل و هو اعتباره ان كان على جهه خاصه، كشخص معين،

أو جماعه معينين، لما تقدم في سابق هذا القول، وإمكان القبول، وإن كان على جهه عامه كالفقراء والمساجد ونحوهما لم يعتبر، لأنه حينئذ فك ملك، ولأن الملك فيه ينتقل إلى الله عز وجل، بخلاف الأول، فإنه ينتقل فيه إلى الموقوف عليه.

أقول: وإلى هذا القول ذهب الشهيد في الدروس، ويظهر من المحقق في الشرائع والشارح في المسالك الميل إليه، وأنت خير بأن الذى يظهر لى من تتبع الأخبار هو القول الأول لخلوها من ذكر ذلك فى الوقوف الخاصه و العامه.

و قد تقدم صورته وقف أمير المؤمنين عليه السلام داره التى فى بنى زريق على خلاته، والخبر مروى

فى الفقيه فى الصحيح عن ربيعى (١) عن أبى عبد الله عليه السلام، قال:

« تصدق أمير المؤمنين عليه السلام بدار له فى المدينه فى بنى زريق فكتب بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به على بن أبى طالب عليه السلام الحديث». كما تقدم.

و التقريب فيه أنه لو كان القبول شرطاً لنقله عليه السلام فى حكاية الصدقه المذكوره، لأنه ليس الغرض من حكاية ذلك إلا بيان الأحكام فى المقام، وظاهره لزوم الوقف و صحته بهذا اللفظ الذى كتبه عليه السلام فى ذلك، وإثبات شىء يزيد على ذلك يتوقف على الدليل، وأصالة العدم أقوى مستمسك، فى المقام.

و نحو هذا الخبر ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن عجلان أبى صالح (٢)

«قال أملى على أبى عبد الله عليه السلام بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به فلان بن فلان و هو حى سوى بداره التى فى بنى فلان بحدودها صدقه لاتباع و لا توهب و لا تورث حتى يرثها وارث السموات و الأرض و أنه قد أسكن صدقته هذه فلانا و عقبه فإذا انقرضوا فهى على ذى الحاجه من المسلمين».

و من الظاهر أن ما ذكره عليه السلام إنما هو تعليم للناقل كيفية الوقف المترتبة

ص: ١٣١

- 
- ١- ١) الفقيه ج ٤ ص ١٨٣ ح ٢٣، الوسائل ج ١٣ ص ١٠٤ ح ٤.
  - ٢- ٢) التهذيب ج ٩ ص ١٣١ ح ٥، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٣ ح ٣.



عليه أحكامه، و لو كان القبول من شروط الصحة فيه كما ادعوه لذكره عليه السلام.

و من ذلك أيضا

حديث صدقه الكاظم عليه السلام (١)

بأرض له على أولاده المروى فى الكافى، وفيه هذا ما تصدق به موسى بن جعفر عليه السلام بأرض بمكان كذا و كذا و حد الأرض كذا و كذا كلها و نخلها و أرضها و بياضها و مائها و أرجائها و حقوقها و شربها من الماء إلى أن قال: تصدق بجميع حقه من ذلك على ولده من صلبه الرجال و النساء، ثم ذكر قسمه الغله بعد عماره الأرض و ما يحتاج اليه عليهم للذكر مثل حظ الأنثيين، و ذكر شروطا فى البنات إلى أن قال: صدقه حسبنا بتلا بتلا مشوبه فيها، و لا رد أبدا ابتغاء وجه الله تعالى سبحانه و الدار الآخرة، لا يحل لمؤمن يؤمن بالله و اليوم الآخر أن يبيعها و لا شيئا منها، و لا يهبها و لا ينحلها و لا يغير شيئا منها مما وصفته حتى يرث الله الأرض و من عليها. ثم ذكر الناظر فى الوقت من أولاده على ترتيب ذكره عليه السلام و لم يتعرض فيها لذكر القبول، فلو أنه شرط فى الصحة كما ادعوه لأخبر بأنهم قد قبلوا ذلك، و هذا الكتاب حجه على منكر الوقف من أولاده، و لو كان القبول شرطاً فى الوقف و الحال أنه لم يذكره فى الكتاب لكان للمنازع أن يبطل الوقف لهذه الدعوى فلا يكون كتابه عليه السلام حجه فى ذلك، و هذا خلف، و هذه جملة من أخبار الوقوف الخاصه.

و من الأخبار فى الوقوف العامه خبر وقف أمير المؤمنين عليه السلام العين التى فى ينبع، و الخبر مروى فى

التهذيب عن أيوب بن عطيه الحذاء (٢) قال:

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: قسم نبي الله الفىء فأصاب عليا عليه السلام أرض فاحتفر فيها عينا فخرج ماء ينبع فى السماء كهيته عنق البعير فسمها ينبع فجاء البشير يبشره فقال: عليه السلام بشر الوارث هى صدقه» الحديث. كما تقدم و معلوميه عدم الاشتراط فيه أظهر.

ص: ١٣٢

١- ١) الكافى ج ٧ ص ٥٣ ح ٨، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٤ ح ٥.

٢- ٢) التهذيب ج ٩ ص ١٤٨ ح ٥٦، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٣ ح ٢.

و بالجمله فإنه لا أثر لهذا الشرط فى الأخبار، و لا دليل بالكليه غير هذه الوجوه الاعتباريه، و أصاله العدم أقوى دليل، و الله الهادى إلى سواء السبيل، قال فى المسالك بعد الكلام فى ذلك: و حيث يعتبر القبول مطلقا أو على بعض الوجوه يعتبر فيه ما يعتبر فى غيره من العقود اللازمه من اللفظ العربى المطابق للإيجاب المتعقب له بغير فصل يعتد به، الى غير ذلك من الشروط، و يتولاه فى المصالح العامه على القول باعتباره الناظر عليها كالحاكم و منصوبه كما يتولى غيره من المصالح، و على القولين لا يعتبر قبول البطن الثانى و لا- رضاه، لتماميه الوقف قبله فلا- ينقطع، و لأن قبوله لا- يتصل بالإيجاب، فلو اعتبر لم يقع له كغيره من العقود اللازمه، انتهى.

و أنت خبير بما فى أكثر هذا الكلام، و ان جمده عليه جمله ممن تأخر عنه من الأعلام، فإنه نفخ فى غير ضرام كما تقدمت الإشارة إليه فى غير مقام، مضافا الى ما عرفت من أنه لا دليل هنا على هذا القبول، و ما ذكره من الاشتراطات المذكوره فى العقود اللازمه كله محض دعا و لا دليل عليها إلا مجرد أمور اعتباريه عللوا بها، مع ردها بالأخبار الظاهره فى خلافها.

ثم ان قوله و على القولين لا- يعتبر قبول البطن الثانى و لا- رضاه لتماميه الوقف قبله لا يخلو من المناقشه، فإن هذا انما يتم لو قام الدليل على اشتراط الرضا فى البطن الأول، فيقال: حينئذ ان شرط صحه الوقف قد حصل، و انعقد الوقف، و الحكم ببطلانه بعد ذلك يحتاج الى دليل، و لم يثبت ان عدم رضا البطن الثانى موجب للبطلان. أما على ما قلناه من أنه لا دليل على القبول، و لا على اعتبار الرضا فى البطن الأول بل ظاهر الأدله انما هو الأعم كما سمعت من أوقاف الأئمه عليهم السلام فإنه ليس فيها اشاره، فضلا عن صريح الدلاله باعتبار رضا الموقوف عليه و لا- قبوله، فإنه يكون ذلك فى البطن الثانى بطريق أولى، و اللازم لهم باعتبار اشتراطهم ذلك فى البطن الأول بهذه التعليلات الاعتباريه، هو كونه

كذلك فى البطن الثانى، إذ العله مشتركه، و التعليل بتماميه الوقف قبله معلوم فإنه يمكن أن يقال: ان تماميه الوقف مراعاة برضا البطن الثانى و الثالث و هكذا فان حصل استمرار الوقف، و الا بطل، و التعليل بأن قبوله لا يتصل بالإيجاب أظهر بطلانا، فإنه انما يتم لو قام دليل على ما يدعونه من هذا الشرط، و قد عرفت أنه لا دليل عليه ان لم تكن الأدله واضحه فى خلافه، بل هى كذلك كما لا يخفى على من راجع أخبار العقود و الله العالم.

## المطلب الثانى فى شرائط الوقف:

### اشاره

قالوا: و هى أربعه: الدوام و التنجيز و الإقباض و إخراجها عن نفسه، فهنا مسائل

### [المسأله] الاولى [فى اشتراط الدوام فى الوقف]:

### اشاره

الظاهر من كلام الأكثر هو اشتراط الدوام فى الوقف، و قد تقدم فى أخبار وقوف الأئمه عليهم السلام ما يدل عليه، و ظاهره فى المسالك المناقشه فى ذلك حيث ذكر أنه متنازع مشكوك فيه، و اقتفاه صاحب المفاتيح فى ذلك فقال: ان اشتراط التأييد لا دليل عليه، بل الأصل و العمومات تنفيه.

أقول: لا يخفى ان العقود الشرعيه الموجه لنقل الأملاك يجب الوقوف فيها على ما رسمه صاحب الشريعه من الكيفيه و الشروط فعلا أو أمرا بذلك، و الأوقاف التى صدرت منهم عليهم السلام كما قدمنا لك جملة منها، قد اشتملت على التأييد، لقولهم حتى يرثها الله الذى يرث السموات و الأرض، و هو كناية عن دوامها الى يوم القيامة، و الخروج عنها بغير معارض سفسطه، و به يظهر ما فى تمسكه بالأصل و العموم، فإنه ناش عن الغفله عن ملاحظه الأخبار المذكوره كما لا يخفى، و حينئذ فلو قرنه بمدته معينه كسنة مثلا أو وقف على من ينقرض غالبا فإنه يبطل الوقف بغير خلاف.

و انما الخلاف هنا فى مواضع ثلاثه

### الأول - فيما لو قرنه بمدته معينه

، فإنه هل يصح أن يكون حسبا فلا يبطل بالكلية أم لا -؟ قولان: و بالثانى منهما صرح المحقق فى الشرائع، لأن شرط الوقف الدوام، فيبطل، لعدم حصول الشرط،

و بالأول صرح الشهيد فى الدروس، و اختاره فى المسالك، قال: لوجود المقتضى و هو الصيغه الصالحه للحبس، لاشتراك الوقف و الحبس فى المعنى، فىمكن اقامه كل منهما مقام الآخر، فإذا قرن الوقف بعدم التأييد كان قرينه لإيراده الحبس، كما لو قرن الحبس بالتأييد فإنه يكون وقفا كما مر، و هذا هو الأقوى، لكن انما يتم مع قصد الحبس، فلو قصد الوقف الحقيقى و جب القطع بالبطان لفقد الشرط، انتهى.

أقول: من الظاهر أنه يمكن إرجاع القول الأول الى ما ذكره من هذا التفصيل، فان تعليل القول المذكور بما تقدم من قوله ان الدوام شرط فيبطل الوقف بعدم الشرط، يشير الى ذلك، حيث أن غايه ما يعطيه هو بطلان الوقف لا بطلان الحبس، و الا لاحتياج فى بطلان الحبس إلى أمر زائد على ما ذكر مع أنه غير مذكور فى كلامه القول بالصحة، و كونه حسباً صرح ابن إدريس أيضا فقال و الوقف لا يصح إلا أن يكون مؤبدا على ما قدمناه، فلا يصح أن يكون موقتا.

فان جعله كذلك لم يصح الا أن يجعله سكنى أو عمرى أو رقبى على ما سنبينه عند المصير اليه.

و الأظهر فى الاستدلال على الصحة فى الصورة هو ما رواه

المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) فى الصحيح عن على بن مهزيار (1) قال:

«قلت: روى بعض مواليك عن آبائك عليهم السلام أن كل وقف الى وقت معلوم فهو واجب على الورثه و كل وقف الى غير وقت معلوم جهل مجهول فهو باطل مردود على الورثه، و أنت أعلم بقول آبائك عليهم السلام فكتب عليه السلام: هو عندى كذا».

و الظاهر أن معنى الخبر المذكور هو أن الوقف إذا كان مقيدا بوقت معلوم كما هو محل البحث فهو صحيح واجب على الورثه إنفاذه فى تلك المده، و يكون حسباً، و ان لم يذكر له وقت، أو كان وقتا مجهولا كأن يقول: الى وقت ما، فإنه يكون باطلا.

ص: ١٣٥

---

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ١٣٢ ح ٨، الفقيه ج ٤ ص ١٧٦ ح ٣، الكافي ج ٧ ص ٣٦ ح ٣١، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٧ ح ١.

و الشيخ (رحمه الله عليه) في الكتابين حمل الوقت هنا على الموقوف عليه دون المده.

استنادا إلى

صحيحه الصفار (1) قال:

كتبت الى أبي محمد عليه السلام أسأله عن الوقف الذي يصح كيف هو؟ فقد روى أن الوقف إذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة، وإذا كان موقتا فهو صحيح ممضى، قال قوم: إن الموقت هو الذي يذكر فيه أنه وقف على فلان و عقبه، فإذا انقرضوا فهو للفقراء و المساكين الى أن يرث الله الأرض و من عليها: و قال آخرون: هذا موقت إذا ذكر أنه لفلان و عقبه ما بقوا، و لم يذكر في آخره للفقراء و المساكين الى أن يرث الله الأرض و من عليها، و الذي هو غير موقت أن يقول: هذا وقف، و لم يذكر أحدا فما الذي يصح من ذلك، و ما الذي يبطل؟ فوقع عليه السلام الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها.

أقول: لا يخفى أن المتبادر من لفظ الوقت انما هو الزمان و مجرد تفسير هؤلاء المذكورين بالموقوف عليه مجازا لا يقتضى تقييد ذلك الخبر بذلك، بل يحمل كل منهما على ما دل عليه كما هو المقرر في كلام الأصحاب و مع تسليم التقييد، فإنه يكفي في الاستدلال على ما نحن فيه بهذا الخبر إطلاق قوله عليه السلام «الوقف بحسب ما يوقفها أهلها» و يدل على أنه إذا وقفه مقيدا بمده معينه كان صحيحا في تلك المده، و يخرج من هذا الإطلاق ما قام الدليل على بطلانه كما لو وقف بغير مده، و لا ذكر الموقوف عليه، و نحوه من الوقوف التي قام الدليل على بطلانها، و في هذين الخبرين دلالة على ما قدمنا ذكره من صحة إطلاق الوقف على التحسيس و به يظهر أن ما قدمنا نقله عنهم من أن لفظ وقف صريح في الوقف المؤبد ليس في محله.

### الثاني: لو وقف على من ينقرض غالبا و لم يذكر المصرف بعده

، كأن وقف على أولاده و اقتصر على بطن أو بطون، فهل يصح وقفا أو حبسا أو يبطل؟ أقوال

ص: ١٣٦

١-١) التهذيب ج ٩ ص ١٣٢ ح ٩، الفقيه ج ٤ ص ١٧٦ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٧ ح ٢.

ثلاثه:و بالأول قال الشيخان،و ابن الجنيد،و سلاز،و ابن البراج،و ابن إدريس على ما نقله فى المختلف،و الظاهر أنه المشهور.

و بالثانى قال العلامة فى القواعد و الإرشاد،و به قال ابن حمزه،فإنه قال على ما نقله فى المختلف:فان علق على وجه يصح انقراضه كان عمرى،أو رقبى أو سكنى أو حبسا بلفظ الوقف.

و الثالث غير معلوم قائله،و قال الشيخ فى المبسوط و الخلاف:إذا وقف على على من يصح انقراضه فى العاده مثل أن يقف على ولده و ولد ولده و سكت،فمن أصحابنا من قال:لا يصح الوقف،و منهم من قال يصح.

أقول:و الى القول بالصحة قال العلامة فى المختلف،و احتج عليه قال:

لنا أنه نوع تمليك و صدقه،فيتبع اختيار المالك فى التخصيص و غيره،كغير صوره النزاع،و للأصل،و لأن تمليك الأخير ليس شرطاً فى تمليك الأول،و إلا لزم تقدم المعلول على العله.

و ما رواه

أبو بصير (1)قال:

«قال أبو جعفر عليه السلام:ألا أحدثك بوصيه فاطمه عليها السلام؟قلت:بلى فأخرج حقا أو سفظا فأخرج منه كتابا فقرأه«بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصت به فاطمه بنت محمد(صلى الله عليه و آله و سلم) أوصت بحوائطها السبعه العواف و الدلال و البرقه و الميثب و الحسنى و الصافيه و ما لأم إبراهيم الى على بن أبى طالب عليه السلام فان قضى على فإلى الحسن فان مضى فإلى الحسين فان مضى الحسين فإلى الأكبر من ولدى شهد الله على ذلك،و المقداد بن الأسود و الزبير بن العوام،و كتب على بن أبى طالب عليه السلام.

ثم قال(قدس سره):و يمكن أن يتعرض على الحديث بأنها عليها السلام علمت عدم انقراض أولادها من النص على الأئمه عليهم السلام و أن الدنيا تقبض مع انقراضهم،و من

ص: ١٣٧

قوله (١) (صلى الله عليه و آله و سلم)

حبلان متصلان لن يفترقا حتى يردا على الحوض كتاب الله و عترتى أهل بيتى»، قال (قدس سره): احتج المانعون بأن الوقف مقتضاه التأيد، فإذا كان منقطعا صار وقفا على مجهول، فلم يصح كما لو وقف على مجهول فى الابتداء.

و الجواب المنع من الصغرى، و الفرق بينه و بين مجهول الابتداء ظاهر، فان المصرف غير معلوم هناك، و أما هنا فالمصرف معلوم، انتهى.

و أنت خير بما فيه مما يكشف عن ضعف باطنه و خافيه فإن لقائل أن يقول ان ما ذكره من انه نوع تمليك مردود بأنه لم يعقل فى التمليك كونه موقتا بمدته و كذا الصدقه و ما ذكره من الأصل بمعنى أصله الصحة متوقف على اجتماع شرائط الصحة، و هو عين المتنازع، لان الخصم يجعل من تلك الشرائط التأيد، فالاستدلال بذلك لا يخرج عن المصادر، و هكذا ما ذكره غيره من الاستناد الى الأمر بالوفاء بالعقود، فإنه موقوف على تحقق العقد، و مع عدم جمعه الشرائط لا يصير عقدا يمكن الاستدلال به، فهو لا يخرج عن محل النزاع.

و أما قوله و لأن تملك الأخير ليس شرطا ففيه أنا لا ندعى كونه شرطا و انما الشرط بيان المصرف الأخير ليتحقق معنى الوقف، و هو هنا غير حاصل، فلا يتم صحة الوقف.

و أما الخبر الذى أورده ففيه أولا- أنه لم يصرح فيه بالوقف، و انما هو وصيته و الظاهر أن المراد انما هو الوصيه بالولاية على الوقف، لما دل عليه غيره من أن صدقتها كانت لبني هاشم، و بنى المطلب، و سيأتى الخبر المذكور إنشاء الله تعالى، فهو خارج عن محل البحث.

و ثانيا أنه مع تسليم اراده الوقف من هذا اللفظ فالجواب عنه ما ذكره من علمها عليها السلام ببقاء الموقوف عليه الى تمام الدنيا، فلا يكون ايضا من محل البحث.

ص: ١٣٨

و بالجمله فإن القول بكونه وقفا و الحال هذه انما يتم بمنع اشتراط التأييد فى الوقف، و هم لا يقولون به، فإن جملة من نقلنا خلافه فى هذه المسئلة و قوله بكونه وقفا قد صرح باشتراط الدوام فى الوقف، و هو مناقضه ظاهره، و ممن صرح بذلك ابن إدريس فى سرائره، و الشيخ فى النهايه و المبسوط، و العلامه فى القواعد و الإرشاد، و المحقق و غيرهم.

نعم ظاهر المفيد فى المقنعه حيث لم يصرح بهذا الشرط هو عدم شرطيته و حينئذ فالمناقضه غير لازمه له، و أما غيره فالأمر فيه كما ترى.

و بالجمله فإن مقتضى القول بشرطيته هو ما قلناه من عدم القول بصحته وقفا هنا، سيما مع دلالة ظاهر النصوص على شرطيته كما عرفت، و حينئذ فيجب انتفاء القول بالوقف، و الظاهر حينئذ من القولين الباقيين هو القول بالتحبيس و على تقدير النزاع فى شرطيه التأييد كما يظهر من المسالك، أنه لا يظهر الفرق هنا بين كونه وقفا و حسبنا الا بالقصد، و الواجب هو الرجوع فى ذلك اليه، إلا أن فائده الفرق بين الأمرين على هذا الوجه نادره، و الأقرب عندى هو القول بالتحبيس لما عرفت من ثبوت شرطيه الدوام فى الوقف، فلا يمكن الحكم بكونه وقفا، و ليس القول بالتحبيس إلا لزوم استعمال لفظ الوقف فى الحبس مجازا، و قد عرفت أنه شائع فى الأخبار.

و تدل على الصحه و كونه حسبنا هنا صحيحه الصفار المتقدمه، و التقريب فيها أن السائل سأله أنه قد روى أنه ان كان موقتا فهو صحيح ممضى، و لكن اختلف الأصحاب فى هذا الفرد الصحيح هل هو المؤبد أو منقطع الآخر؟ فأجاب عليه السلام بأن الوقف على حسب ما يذكره الواقف، بمعنى أنه ان ذكره الوقف مؤبدا فهو وقف مؤبد، و ان ذكره منقطع الآخر فهو وقف ما دام الموقوف عليه موجودا.

### الثالث [فى صحه الوقف المنقطع الآخر]:

قد عرفت الخلاف فى الوقف المنقطع الآخر و أن الأشهر هو الصحه، أما وقفا كما هو أحد الأقوال، أو حسبنا، ثم انه لو لم ينقرض الموقوف عليه بل



استمر كما لو وقف على أولاده، ثم أولاد أولاده، وهكذا و استمر الانتساب، فالظاهر أنه لا خلاف في صحة الوقف أما لو انقرضوا فقد اختلف الأصحاب فيمن يرجع إليه، فقيل: برجوعه إلى ورثه الواقف، وقيل: ورثه الموقوف عليهم، وقيل: إنه يصرف في وجوه البر، وبالأول قال الشيخ و سلار و ابن البراج، واختاره العلامة في المختلف بل في أكثر كتبه، و المحقق في الشرائع، و أسنده في المسالك إلى الأكثر و رجحه.

و بالثاني قال الشيخ المفيد و ابن إدريس و قواه العلامة في التحرير.

و بالثالث قال ابن زهره، قال: و قد روى أنه يرجع إلى ورثه الواقف، و الأول أحوط، و نفى عنه البأس العلامة في المختلف، و ظاهر الشهيد في الدروس التوقف في الحكم المذكور، حيث اقتصر على نقل الأقوال في المسئلة، و لم يرجح منها شيئاً، و هذا الخلاف هنا متفرع على القول بكونه وفقاً كما هو المشهور بينهم، و إلا فإنه على تقدير كونه حبساً لا إشكال في أنه إنما يرجع إلى الواقف أو ورثته، كما هو قضيه التحسيس المختص بمن حبس عليه، و أظهر منه في ذلك القول بالبطالان، و استدلل للقول الأول بأنه بالوقف لم يخرج عن ملك المالك بالكلية، و إنما تناول أشخاصاً فلا يتعدى إلى غيرهم، و لظاهر قول

العسكري عليه السلام (١)

الوقف على حسب ما يوقفها أهلها إنشاء الله تعالى.

و الواقف إنما وقفه هنا على من ذكره، فلا يتعدى إلى غيرهم، و يبقى أصل الملك لملكه.

و استدلل للقول الثاني بانتقال الملك إلى الموقوف عليه قبل الانقراض، فيستصحب، و لأن عوده إلى الواقف بعد خروجه يفتقر إلى سبب و لم يوجد، و لأنه نوع صدقه، فلا يرجع إليه.

ص: ١٤٠

---

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ١٢٩ ح ٢، الفقيه ج ٤ ص ١٧٦ ح ١، الكافي ج ٧ ص ٣٧ ح ٣٤، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٧ ح ٢.

و للثالث بما ذكره العلامة في المختلف، و نفى عنه البأس حيث قال: و لا بأس بقول ابن زهره، لانتقال الوقف من الواقف، و زوال ملكه عنه، و العجب ان هذه الحجة التي احتج بها لابن زهره ترجع الى ما استدل به على القول الثاني، و هو في المختلف قد أجاب عن ذلك بالمنع من كون الوقف مطلقا ناقلا بل المؤبد، قال: و نمنع من كون الموقوف عليه مالكا إلا مع التأيد، و ما أجاب به عن ذلك الدليل لازم له في رد دليله المذكور.

و بذلك يظهر لك ما في القولين الآخريين من القصور، و أن الظاهر هو القول المشهور، إلا- أن كلامهم هنا غير خال من الإجمال، بل تطرق الاشكال، لما عرفت من أن هذا الخلاف متفرع على القول بصحة الوقف كما هو المشهور و الذي هو أحد الأقوال الثلاثة في المسئلة المتقدمة في الموضوع الثاني، و إلا فعلى القول بكونه حبسا فإنه يرجع الى الواقف أو ورثته بغير خلاف و لا اشكال، و على القول بالبطلان فالأمر أظهر مع أنك قد عرفت فيما تقدم أن هذا القول و ان كان هو المشهور إلا أن ذكرهم التأيد في شروط الوقف- كما صرح به من وقفت على كلامه منهم عدا المفيد في المقنعه- لا يجمع القول بصحة الوقف في الصورة المذكوره، لأن الوقف هنا منقطع غير مؤبد و الوقف الصحيح إنما هو المؤبد.

نعم بناء على ما اخترناه في المسئلة الأولى من كونه حبسا يتجه القول برجوع ذلك الى ورثه الواقف، و يصير الخلاف في هذه المسئلة ساقطا لا معنى له، و هذا غاية ما تدل عليه الصحيحه المنقوله

عن العسكرى عليه السلام (1) من

«أن الوقف على حسب ما يوقفها أهلها». و المراد فيها بالوقف ما هو أعم من الوقف المبحوث عنه و التحيس، فهو ان كان مؤبدا وقف، و ان كان مقطعا تحيس، و أما قول ابن زهره و قد روى أنه يرجع الى ورثه الواقف، و كذا قول الشيخ في المبسوط في هذه المسئلة، و قال قوم: يرجع اليه ان كان حيا و الى ورثته ان كان ميتا

ص: ١٤١

---

(١-١) التهذيب ج ٩ ص ١٢٩ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٧ ح ٢.

و به تشهد روایات أصحابنا، فإن أريد به كما هو ظاهر كلامه أن هنا أخبارا داله على موضع البحث، و أنه مع كون الوقف منقطعا قد صرحت الأخبار بالرجوع الى الواقف أو ورثته بعد انقراض الموقوف عليه فإنه لم يصل إلينا فى الأخبار ما يدل على ذلك، و إلا لزال إشكال فى هذا المجال، و ان أريد هذه الصحيحه المذكوره و قريب منها الصحيحه الأخرى المتقدمه معها، فإن غايه ما تدلان هو أن الوقف يتبع فيه ما رسمه الواقف، و الوقف فيهما أعم من التحيس و الوقف بالمعنى المبحوث عنه و غايه ما تدلان عليه الاقتصار فى الوقف على الجماعه الموقوف عليهم، و اللازم من ذلك هو الرجوع بعد انقراض الموقوف عليه الى الواقف أو ورثته، و هذا هو معنى التحيس و ان سمي وقفا، هذا ما أدى اليه الفكر الكليل و الذهن العليل من الكلام فى المقام، حسب ما رزق الله تعالى فهمه من أخبارهم عليهم السلام.

ثم انه بناء على القول المشهور من الرجوع الى ورثه الواقف بعد انقراض الموقوف عليه، فله المراد وارثه حين الانقراض، أو وارثه بعد موته مسترسلا الى أن يصادف الانقراض؟ و جهان قالوا: و تظهر الفائده فيما لو مات الواقف عن ولدين، ثم مات أحدهما عن ولد قبل الانقراض: فعلى الأول يرجع الى ولد الباقي خاصه، و على الثانى يشترك هو و ابن أخيه لتلقيه من أبيه، كما لو كان معيناً.

### **المسئله الثانيه [اشتراط التنجيز فى صحه الوقف] :**

المشهور فى كلام المتأخرين أن من جمله شروط الوقف التنجيز و هذا الشرط لم أقف عليه فى جمله من كتب المتقدمين، منها كتاب النهايه للشيخ و المبسوط، و كتاب السرائر لابن إدريس، و كذا المقنع للشيخ المفيد، فإنه لم يتعرض أحد منهم لذكره فى الكتب المذكوره، مع أنه لا نص عليه فيما أعلم.

و بذلك اعترف فى المسالك أيضا فقال، و ليس عليه دليل بخصوصه و أرادوا بالتنجيز ما تقدم فى كتاب الوكاله، من أن لا يكون معلقا بوصف لا بد من وقوعه كطلوع الشمس، و مجيء رأس الشهر، و هو باصطلاحهم تعليق على الصفه، و أن لا يكون معلقا على ما يحتمل الوقوع و عدمه، كمجىء زيد مثلا، و يسمى

بالمعلق على شرط، أما لو كان الشرط واقعا و الواقف عالم به كقوله وقفت ان كان اليوم الجمعة مع علمه بذلك، فإنه يصح عندهم، وقد تقدم البحث معهم في ذلك في الكتاب المشار اليه، وحيث قد عرفت ان الحكم المذكور غير منصوص نفيًا و لا إثباتًا.

فلو وقع الوقف على هذه الكيفية، فيمكن القول بعدم الصحة استنادا الى أن العقود الناقله متلقاه من الشارع، و لم يثبت كون هذا منها، و الأصل بقاء الملك لمالكه، و لا يقال: انه يمكن القول بالصحة نظرا الى

قوله عليه السلام

«الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها». لأننا نقول: المتبادر من الخبر المذكور انما هو باعتبار العموم و الخصوص، و التشريك و الانفراد، و التساوى و التفضيل في الموقوف عليه و التأيد و التحيس و نحو ذلك لا باعتبار ما ذكر هنا.

### المسئله الثالثه [اشتراط القبض فى صحه الوقف]:

#### اشاره

لا- خلاف فى اشتراط القبض فى صحه الوقف و تمامه بحيث أنه بعده لا رجوع فى الوقف، و أما قبله فله الرجوع و لو مات قبله رجوع ميراثا، بمعنى أن الانتقال عن المالك مشروط بالعقد و القبض فيكون العقد جزء السبب الناقل، و تمامه القبض، و على هذا فالعقد فى نفسه صحيح، الا أنه غير ناقل إلا بالقبض، و لهذا جاز فسخه قبل القبض، و بطل بالموت قبله.

و من ذلك يعلم أن النماء المتخلل بين العقد و القبض للواقف، و ربما عبر بعضهم بأنه شرط فى اللزوم، و الظاهر أن مراده ما ذكر لا ما يتبادر من ظاهر هذه العبارة، و قد صرح فى المسالك بذلك.

و بالجمله فالظاهر أن أصل الحكم لا اشكال فيه و لا خلاف نصا و فتوى، و الذى وقفت عليه من النصوص المتعلقة بهذا الحكم ما رواه

المشايخ الثلاثه فى الصحيح عن صفوان بن يحيى (١)

«عن أبى الحسن عليه السلام قال: سألته عن الرجل

ص: ١٤٣

يوقف الضيعه ثم يبدو له أن يحدث في ذلك شيئاً، فقال: ان كان أوقفها لولده و لغيرهم، ثم جعل لها قيما لم يكن له أن يرجع و ان كانوا صغاراً و قد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها، و ان كانوا كباراً لم يسلمها إليهم و لم يخاصموا حتى يحوزوها عنه فله أن يرجع فيها، لأنهم لا يحوزونها و قد بلغوا».

و ما رواه الصدوق في كتاب كمال الدين و تمام النعمه بسنده إلى محمد بن جعفر الأسدي فيما ورد عليه من جواب مسأله من محمد بن عثمان (١) العمري (رضي الله عنه) عن صاحب الزمان (صلوات الله عليه)، و رواه

الطبرسي في الاحتجاج (٢) عن أبي الحسين محمد بن جعفر الأسدي عن محمد بن عثمان عن صاحب الزمان عليه السلام قال:

و أما ما سألت عنه من الوقف على ناحيتنا و ما يحل لنا ثم يحتاج اليه صاحبه فكل ما لم يسلم فصاحبه فيه بالخيار، و كل ما سلم فلا- خيار فيه لصاحبه احتاج أو لم يحتج افتقر اليه أو استغنى عنه، الى أن قال: و أما ما سألت من أمر الرجل الذي يجعل لناحيتنا ضيعه يسلمها لمن يقوم فيها و يعمرها، و يؤدي من دخلها خراجها و مؤنتها، و يجعل ما بقي من الدخل لناحيتنا فان ذلك جائز لمن جعله صاحب الضيعه قيما عليها، انما لا يجوز ذلك لغيره».

و استدلل الأصحاب (رضوان الله عليهم) هنا بجملة من الأخبار التي بلفظ الصدقه بناء على ما فهموه منها من حمل الصدقه فيها على الوقف، و سيأتي نقلها إنشاء الله تعالى في محلها.

و منها ما رواه

الشيخ عن عبيد بن زراره (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال

في رجل تصدق على ولد له قد أدركوا: قال: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث

ص: ١٤٤

١-١) الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٠ ح ٨ الباب ٤ من أبواب أحكام الوقوف، كمال الدين ص ٥٢٠ ح ٤٩.

٢-٢) الاحتجاج ج ٢ ص ٢٩٨ ط النجف.

٣-٣) التهذيب ج ٩ ص ١٣٧ ح ٢٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٩ ح ٥.

فان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأن الوالد هو الذى يلى أمره و قال: لا يرجع فى الصدقه إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله.

و بهذه الروايه استدل الأصحاب (رضوان الله عليهم) على أن موت الواقف قبل الإقباض مبطل للوقف، و موجب لرجوعه ميراثا حيث أنهم فهموا من الصدقه هنا الوقف.

و اعترضهم فى المسالك فقال: و قد فهم الأصحاب من الحديث أن المراد بالصدقه الوقف، و استدلوا به على ما ذكرناه، مع احتمال أن يريد بالصدقه معناه الخاص، فلا يكون دليلا، و يؤيده قوله فى آخر الحديث، «و قال: لا يرجع فى الصدقه إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله تعالى» فان الحكم من خواص الصدقه الخاصه، لا الوقف.

أقول: قوله فان الحكم من خواص الصدقه الى آخره محل بحث سيأتى ذكره ان شاء الله تعالى، و قال فى المسالك: و الظاهر أن موت الموقوف عليه قبل القبض كموت الواقف، لأن ذلك هو شأن العقد الجائز فضلا عن الذى لم يتم ملكه و لكنهم اقتصروا على المروى، و يحتمل هنا قيام البطن الثانى مقامه فى القبض و يفرق بينهما بأن يموت الواقف ينتقل ماله الى وارثه و ذلك يقتضى البطالين كما لو نقله فى حياته، بخلاف موت الموقوف عليه، فان المال بحاله و لم ينتقل الى غيره، لعدم تماميه الملك، و فى التحرير توقف فى صحته إذا قبض البطن الثانى و لم يذكره فى غيره و لا غيره، انتهى.

و فيه أن المفهوم من الأخبار المتقدمه و المتبادر من إطلاق القبض انما هو بالنسبه إلى البطن الأول، و هو الموقوف عليه أولا، فإن قوله فى صحيحه صفوان المذكوره «و ان كان لم يسلمها إليهم فله أن يرجع» و قوله فى الروايه الثانیه «و كلما لم يسلم فصاحبه بالخيار» ظاهر فى أن القبض الموجب للزوم إنما هو بالنسبه إلى الموقوف عليه أولا، و إلا فإنه متى لم يقبض فالواقف بالخيار، ان شاء

سلمه و لزم الوقف، و ان شاء لم يسلمه فيبطل الوقف، على أنه لو صح ما احتمله بالنسبه إلى البطن الثاني لجرى أيضا فيما بعده.

و بالجمله فإن الانتقال إلى البطن الثاني فرع صحه الوقف و لزومه بالنسبه إلى البطن الأول، و إلا لصح الوقف لو وقف أولا على من لا- يصح الوقف عليه ثم على غيره ممن يصح، و هم لا- يقولون به، ثم انه يجب أن يعلم أن القبض المعترف هنا هو القبض المتقدم تحقيقه في كتاب البيع.

و تمام تحقيق الكلام في المقام يتوقف على بيان أمور

### **الأول [قبض الولي لمن هو ولي عليه كقبضه] :**

الظاهر أنه لا خلاف و لا إشكال في أن قبض الولي لمن هو ولي عليه كقبضه و ان كان الواقف الولي، كما لو وقف على أولاده الأصغر، فإن قبضه قبل الوقف كاف في قبضه لهم بعده، و عليه تدل صحيحه صفوان المتقدمه، و كذا روايه عبيد بن زراره، و مثلها روايات أخر أيضا، و لا يجب تجديد النيه و القصد في كونه قبضا عن المولى عليه، لعدم الدليل عليه، و إطلاق النصوص يقتضى العدم، و احتمال بعضهم اعتبار قصده قبضا عن المولى عليه بعد العقد، لأن القصد هو الفارق بين القبض السابق الذي كان على جهه الملك، و اللاحق الذي للموقوف عليه.

و إطلاق النصوص المذكوره يردده، إلا أن ظاهر صحيحه صفوان ربما أشعر به، لقوله «و ان كانوا صغارا و قد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم» فان الظاهر أن المراد قصد ولايتها لهم، إلى أن يبلغوا، فلا بد حينئذ من تجديد النيه، على أن التحقيق أن التجديد أمر لا بدئ لا ينفك عنه الواقف كذلك بحسب الطبيعه و الجبله، لأن من كان له ملك و أزال ذلك الملك عن نفسه بنقله الى غيره ممن له الولايه عليه، فإنه لا- بد من تغير قصده، و نيته في وضع اليد عليه من أنه بالملك في الأول، و بالولايه في الثاني، فاختلف القصد بين الحال الأولى و الثانيه أمر جلي طبعي كما لا يخفى، و الظاهر كما استظهره جمله من الأصحاب ان ما كان في يد الولي بطريق الوديعة أو العاريه، و وقفه صاحبه على المولى عليه

فان قبضه بإحدى الطريقتين المذكورتين كاف، كما لو كان هو الواقف.

### الثانى [عدم الفرق بين أنواع الولى]:

الظاهر أنه لا فرق فى الاكتفاء بقبض الولى بين كون الولى أبا أو جدا أو وصيهما أو حاكما شرعيا، وان كان مورد الأخبار المتقدمه الأيب، فإنها إنما خرجت مخرج التمثيل، لا الاختصاص، إذا العله مشتركه بين الجميع، و تردد بعض الأصحاب فى إلحاق الوصى بالمذكورين، نظرا إلى ضعف يده و ولايته بالنسبه إلى غيره.

قال فى المسالك و نعم ما قال فى رد هذا المقال: ولا وجه للتردد، فإن أصل الولاية كاف فى ذلك، و المعتبر هو تحقق كونه تحت يدى الواقف، مضافا إلى ولايته على الموقوف عليه، فتكون يده كيده، و لا يظهر لضعف اليد و قوتها أثر فى ذلك، انتهى و هو جيد.

### الثالث [فى اقتضاء الاحتياط كون القبض بإذن الواقف]:

الظاهر أن المشهور هو كون القبض باذن الواقف، فلو وقع بدونه لغى و توقف فيه صاحب الكفايه، قال: و حجته غير واضحه، و عله فى الروضه بامتناع التصرف فى ملك الغير بغير إذنه، و الحال أنه لم ينتقل إلى الموقوف عليه بدونه.

و فيه أنه و ان لم ينتقل إليه قبل القبض الا- أنه ينتقل إليه بالقبض بلا خلاف و لا اشكال فلو قبضه الموقوف عليه و ان لم يكن باذن الواقف صدق حصول القبض الذى هو الناقل، و اشتراط الأذن يحتاج إلى دليل.

و يمكن الاستدلال على ما ذكره بقوله عليه السلام فى صحيحه صفوان «و ان كانوا كبارا لم يسلمها إليهم فله أن يرجع» و كذا قوله عليه السلام فى التوقيع «فكل ما لم يسلم فصاحبه بالخيار و كلما سلم فلا خيار فيه»، فان ظاهره أن القبض إنما يتحقق بتسليم الواقف، و دفعه بالفعل أو الأذن، إلا- أن روايه عبيد بن زراره قد وقع التعبير فيها هنا بلفظ القبض المنسوب إلى الموقوف عليه، فقال: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، و مفهومه أنه لو قبضوا أعم من أن يكون بإذن أو غيره



كان صحيحا لازما، و مثلها في هذه العبارة قوله عليه السلام في صحيحه محمد بن مسلم إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث و نحوها، روايات آخر الا أنها وردت بلفظ الصدقة، لكن الأصحاب استدلوا بها على أحكام الوقف، بناء على فهمهم منها أن المراد بالصدقة منها الوقف كما تقدمت الإشارة إليه.

و يمكن تقييد إطلاق هذه الروايات بالخبرين الأولين بمعنى تخصيص القبض المذكور فيها بما إذا اقترن بالإقباض من الواقف، فلا بد من تسليم الواقف، و دفعه ليحصل القبض المعترف شرعا، و كيف كان فالاحتياط يقتضى الوقوف على القول المشهور.

#### **الرابع: هل يكتفى بالقبض السابق و ان كان على غير وجه شرعى**

كالمقبوض بالغصب، و الشراء الفاسد إشكال، ينشأ من أن المتبادر من القبض في أخبار المسئلة هو القبض الشرعى، و هذا القبض منهي عنه، فلا يؤثر في الصحة، و لهذا لو قبضه الموقوف عليه بغير إذن بطل كما تقدم، و من حصول القبض في الجملة، و أن النهى عنه غير موجب للبطلان، لأن ذلك في العبادات، و إنما غايته الإثم مع أنه لقائل أن يقول: إن النهى عن هذا القبض و ان وقع باعتبار أول الأمر من حيث الغصب و نحوه، إلا أنه بعد وقف الواقف ذلك المغصوب على من هو في يده و اراده تملكه إياه، يعلم اختلاف الحالين، فإنه قرينه ظاهره في الرضا بقبضه و يصير اختلاف حالى القبض هنا كما في صورته قبض الولي لأولاده الصغار ما وقفه عليهم، فان القبض أمر واحد مستصحب في كلتي المسئلتين و ان كان في الأول ملكا للواقف، و بعد الوقف يصير ملكا للموقوف عليهم بالنسبة إلى تلك المسئلة، و غصبا منها عنه قبل الوقف، و شرعا بعد الوقف، لإفادته الرضا به بالنسبة إلى هذه المسئلة، و قد تقدم نظير ذلك في الرهن.

و اضطرب كلام العلامة (رحمه الله عليه) في التذكرة في هذه المسئلة، ففي كتاب الرهن كما قدمنا نقله عنه ثمه قطع باشتراط الأذن، و مضى زمان يمكن

تجدد القبض فيه، و لم يكتف بقبض الغاصب و نحوه، و فى هذا الكتاب قطع بالاكْتفاء بقبض الغاصب كما اخترناه، و ظاهر كلام المحقق فى الشرائع يؤذن بالاكْتفاء بقبض الغاصب، قال فى المسالك: و لعله أجود.

أقول: وجه قوته يعلم مما ذكرناه و ان لم يتنبه له أحد من أصحابنا، (رضوان الله عليهم)، قال فى المسالك: و حيث لا يعتبر تجديد القبض، لا يعتبر مضى زمان يمكن فيه احداثه، و ان اعتبر اعتبر، لأن الإذن فيه يستدعى تحصيله، و من ضروراته مضى زمان يمكن فيه، بخلاف ما لا يعتبر فيه التجديد، و قد تقدم مزيد تحقيق له فى الرهن.

أقول: قد أشرنا فى الكتاب المذكور إلى أن ما ذكره من التحقيق غير جدير بالنظر إليه، و لا حقيق.

### **الخامس [عدم اشتراط الفوريه فى القبض]:**

قد صرح جملة من الأصحاب (رحمهم الله) بأنه لا يشترط فى القبض الفوريه بعد العقد، بالأصل و عدم الدليل على ذلك.

أقول: و يشير إلى عدم ذلك قوله عليه السلام فى روايه عبيد بن زراره، و صحيحه محمد بن مسلم «إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث» فإنه ظاهر فيما قلناه، حيث علق البطان بعدم القبض حتى يموت، المؤذن بعدم البطان متى تحقق القبض و ان تراخى عن العقد الا أن يموت، أو يفسخ العقد.

### **السادس [فى أن المراد بالقبض قبض البطن الأول]:**

ينبغى أن يعلم أن القبض المعتبر شرعا فى الوقف إنما هو بالنسبه إلى البطن الأول بغير خلاف يعرف، فيسقط اعتبار ذلك فى بقيه البطون، لأنهم يتلقون الملك عن البطن الأول، و قد تحقق أولا، و لزم بالقبض أولا، و هذا هو مقتضى الأخبار المتقدمه، فإن غايه ما يدل عليه هو القبض ممن وقف عليه أولا دون غيره ممن تأخر من البطون، و الأصل العدم حتى يقوم دليل على خلافه.

### **السابع [لزوم نصب قيم للقبض فيما لو كان الوقف على الفقراء أو الفقهاء]:**

لو كان الوقف على الفقراء أو الفقهاء فلا بد من نصب قيم للقبض، لما عرفت من أن القبض معتبر شرعا فى صحه الوقف، و الموقوف على هؤلاء

المذكورين فى الحقيقه إنما هو وقف على الجهه، كما سيأتى بيانه إنشاء الله تعالى قريباً، لا وقف على الأشخاص، فلا يكفى قبض بعضهم، لأنه ليس هو الموقوف عليه، وإنما الوقف على جهه من جهات مصلحته، فلا بد من نصب قيم للقبض من الواقف أو الحاكم، أو قبض الحاكم بنفسه، إلا أن ظاهر خبر صدقه أمير المؤمنين عليه السلام بالعين التى فى ينبع كما تقدم ليس فيه أزيد من قوله ذلك اللفظ المحكى فى الخير، و به ثبت الوقف و تم، إلا- أنه يمكن أن يقال: إن قبضه عليه السلام لذلك لما كان بطريق الولاية لتلك الجهه، و هو الحاكم الشرعى كان ذلك كافياً.

نعم لو كان الواقف ليس حاكماً شرعياً فإن الواجب نصب القيم من جهته، أو جهه الحاكم أو الحاكم بنفسه كما ذكرناه، و قد تقدم فى صحيحه صفوان قوله عليه السلام إن كان أوقفها لولده أو لغيرهم ثم جعل لها قيماً لم يكن له أن يرجع، و الظاهر أن المراد أنه أوقفها على أولاده البالغين مع غيرهم من الجهات العامه، و جعل قيماً للوقف، فإنه لا يجوز له الرجوع لحصول القبض من القيم، فيكون الخبر دليلاً- فى المسئله، و حمل الأولاد على البالغين، لأن حكم الصغار المذكور بعدهم فى الروايه، و أن الأب يقبض عنهم بالولاية، و لو كان على مصلحه محضه، كالمساجد و القناطر و نحوها، فإن القبض فى ذلك إلى الناظر المعين لتلك المصلحه من الواقف أو الحاكم، و الحكم عندى فى هذا المقام لا يخلو من شوب التردد و الأشكال لعدم معلوميه اشتراط القبض من الأدله كما لو كان الوقف على موجود مخصوص، و لا يشترط القبول هنا، و لا فى السابق لما تقدم من أن القبول إنما هو من الموقوف عليه فى هذين الموضوعين إنما هو الجهه، و لا- يعقل اعتبار قبولها على أنك قد عرفت ما فى ذلك من البحث و المناقشه.

### **الثامن [كيفيه تحقق القبض فى وقف المسجد و المقبره]:**

أطلق بعضهم تحقق القبض فى وقف المسجد و المقبره بصلاه واحد فيه و دفن واحد فيها، و قيده آخر بوقوع ذلك بأذن الواقف، ليتحقق الإقباض الذى هو شرط صحه القبض، و قيده ثالث بأن يوقع الصلاه و الدفن بنيه القبض أيضاً فلو

أوقعا ذلك لا بنيته كما لو وقع قبل العلم بالوقوف أو بعده قبل الاذن فى الصلاه أو بعده، لا بقصد القبض، إما لذهوله عنه أو لغير ذلك لم يلزم، ومثله الدفن قالوا: هذا إذا لم يقبضه الحاكم الشرعى أو منصوبه و الا فالأقوى الاكتفاء به إذا وقع باذن الواقف لأنه نائب المسلمين.

أقول: لم أقف فى هذا المقام على نص يتضمن شيئاً من هذه الأحكام، وهو مبنى على ما تقرر عندهم من عدم ثبوت المسجدية الا- بالوقوف، وقد تقدم منا تحقيق فى ذلك فى كتاب الصلاه فى التتمه الملحقه بالمقدمه السادسه فى المكان (1) واستوفينا الكلام معهم رضوان الله عليهم فى ذلك فليرجع إليه من أحب الوقوف عليه.

### **التاسع [فى عدم جواز الرجوع فى الوقف بعد القبض و اعتبار قصد التقرب فيه] :**

المفهوم من كلام أكثر الأصحاب وهو صريح جمله منهم أنه بعد القبض ليس للواقف فيه رجوع بوجه و قال الشيخ المفيد (رحمه الله عليه) فى المقنعه: الوقوف فى الأصل صدقات، لا يجوز الرجوع فيها الا أن يحدث الموقوف عليه ما يمنع الشرع من معونتهم، و القربه إلى الله بصلتهم، أو يكون تغير الشرط فى الوقف إلى غيره أرد عليهم و أنفع لهم من تركه على حاله.

قال ابن إدريس بعد نقل ذلك عنه: و الذى يقتضيه مذهبنا أنه بعد وقفه و تقضيه لا يجوز الرجوع فيه، و لا تغييره عن وجوهه و سبيله و لا- بيعه، سواء كان بيعه أرد عليهم أم لا، إلى أن قال: فمن ادعى غير ذلك فقد ادعى حكماً شرعياً يحتاج فى إثباته إلى دليل شرعى، انتهى.

و أجاب العلامة فى المختلف عن ذلك: بما يؤذن بالجمع بين الكلامين، من حمل كلام الشيخ المفيد على أن الواقف له قد شرط شرطاً يمتنع بدونه اجراء الوقف على حاله، قال: فهنا يخرج الوقف عن اللزوم، و أن يكون الواقف قد قصد معونه الموقوف عليهم لصلاحهم و دينهم، فيخرج أربابه عن هذا

ص: ١٥١

الوصف إلى حد الكفر، فلنائل أن يقول يخرج أربابه عن الاستحقاق، لأن الوقف صدقه، و من شرط الصدقه التقرب إلى الله تعالى، فمن لا يصح التقرب بالمعاونه عليه يبطل الوقف عليه، انتهى.

و الذى يقرب عندى أن كلام الشيخ المشار اليه (قدس الله روحه) مبنى على مسئلة أخرى، و هو أنه هل يشترط فى صحه الوقف القربه الى الله تعالى به، فلو خلا- منها لم يكن وقفا صحيحا أم لا-؟ فعلى الأول لو تجدد من الموقوف عليه بعد الوقف ما ينافى التقرب الى الله تعالى بصلته كاتصافه بالكفر بطل الوقف، كما أنه يبطل ابتداء لو كان كافرا، فإنه لا يجوز الوقف عليه، إلا أن يكون الكافر أحد الأبوين على ما سيأتى تفصيله- ان شاء الله تعالى- فى تلك المسئلة، و قد صرح بما قلناه ابن إدريس فى تلك المسئلة، فقال: لا يجوز الوقف على الكفره إلا أن يكون الكافر أحد الأبوين، لان من صحه الوقف و شرطه نيه القربه فيه، انتهى.

و الشيخ المفيد (قدس سره) قد صرح فى كتابه المذكور باشتراط القربه فى صحه الوقف، كما يشير اليه كلامه هنا، فقال فى موضع آخر: لا- بد فى ذكر الوقف من شرط الصدقه به، و القربه الى الله تعالى بذلك، و حينئذ فاعتراض ابن إدريس عليه ليس فى محله، لأنه من القائلين بهذا القول كما سمعت من عبارته المذكوره، و مثلها ما صرح به فى موضع آخر أيضا حيث قال: و جملة القول أنه يفتقر صحه الوقف إلى شروط، إلى أن قال: و منها أن يكون متلفظا بصريحه قاصدا اليه، و التقرب به الى الله تعالى، و المراد بقوله متلفظا بصريحه، يعنى الإتيان بالعباره الصريحه فى عقد الوقف، و حينئذ فإذا كان مذهبه أن التقرب شرط فى صحه الوقف فيبطل بدونه، لفوات الشرط المذكور، فإنه لا فرق بين البطلان بفواته فى الابتداء، و فى الأثناء، فإن شرطيته ثابتة ابتداء و استمرارا، فكلام الشيخ المذكور بناء على ما ذكرناه لا يعتريه نقص و لا قصور، بقى الكلام فى تحقيق هذه المسئلة، و هو أنه هل يشترط فى صحه

الوقف القربه أم لا؟ قد عرفت من كلام الشيخ المفيد و ابن إدريس القول بذلك، و نحوهما الشيخ فى النهايه، حيث قال: و الوقف و الصدقه شىء واحد، و لا يصح شىء منهما إلا بعد ما يتقرب به الى الله تعالى، و ان لم يقصد بذلك وجه الله لم يصح الوقف.

و أما فى المبسوط فلم يتعرض لذلك بنفى و لا- إثبات، و ظاهر كلام شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك العدم، كما يشير اليه كلامه المتقدم فى هذه المسئله و قال فى المفاتيح و فى اشتراط نيه القربه قولان، و الأصح العدم، لعدم دليل عليه بل العمومات تنفيه، نعم حصول الثواب يتوقف عليه.

أقول: و يدل على ما ذكره المتقدمون من الاشتراط ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج (1) قال:

بعث الى أبو الحسن موسى عليه السلام بوصيه أمير المؤمنين عليه السلام و هى: بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى به و قضى به فى ماله عبد الله على ابتغاء وجه الله ليولجنى به الجنه، و يصرفنى به عن النار، و يصرف النار عنى يوم تبيض وجوه و تسود وجوه أن ما كان لى من مال ينبع من مال يعرف لى فيها و ما حولها صدقه، و ما كان لى بوادى القرى صدقه، و ما كان لى بديمه و أهلها صدقه، و ما كان لى بأذنيه و أهلها صدقه، فى سبيل الله، الى أن قال: هذه صدقه واجبه بتله حيا أنا أو ميتا ينفق فى كل نفقه يبتغى بها وجه الله فى سبيل الله، و ذوى الرحم من بنى هاشم و بنى المطلب الى أن قال: و لا- يباع منه شىء و لا- يوهب و لا يورث. الحديث و ما نقلناه ملخص الخبر فإنه طويل، و هو كما ترى وقف مشتمل على التقرب.

و مثله ما روى من وقف الكاظم عليه السلام (2) و قد تقدم ذكرها فى الموضع الثانى

ص: ١٥٣

١- ١) الكافى ج ٧ ص ٤٩ ح ٧، التهذيب ج ٩ ص ١٤٦ ح ٥٥، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٢ ح ٤.

٢- ٢) الكافى ج ٧ ص ٥٣ ح ٨، التهذيب ج ٩ ص ١٤٩ ح ٥٧، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٤ ح ٥.

من المطلب الأول، وفيها تصدق موسى بن جعفر بصدقته هذه وهو صحيح، صدقه حيسا بتلا بتلا مشوبه فيها ولا ردا أبدا ابتغاء وجه الله تعالى والدار الآخرة» إلى آخر ما تقدم.

الا- أن الخبرين المذكورين ليسا في الاشتراط، فيجوز أن يكون ذكر ذلك لترتب الثواب الأخرى على ذلك الوقف، إذ بدون التقرب لا يترتب عليه ثواب وان صح و لازم، كما صرحوا به.

ويمكن أن يكون مستند الشيخ المفيد ومن تبعه في ذلك إنما هو الأخبار الداله على أن الصدقه لا- تصح ولا- تلزم إلا بالقربه، بحمل الصدقه على الوقف، مثل

قول أبي عبد الله عليه السلام في موثقه حماد و هشام و ابن أذينه و ابن بكير (١)

«لا صدقه ولا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى».

و موثقه عبيد بن زرار (٢) قال:

سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق بصدقه إله أن يرجع في صدقته، فقال: إن الصدقه محدثه، إنما كان النحل والهبة ولمن وهب أو نحل أن يرجع في هبته حيز أو لم يحز، ولا ينبغي لمن أعطى شيئاً لله أن يرجع فيه».

و روايه زرار (٣)

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إنما الصدقه محدثه، إنما كان الناس على عهد رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) ينحلون و يهبون، ولا- ينبغي لمن أعطى شيئاً لله أن يرجع فيه، قال. و ما لم يعط الله و في الله فإنه يرجع فيه نحله كانت أو هبه حيزت أو لم تحز» الحديث.

و التقريب فيها أن المفهوم من كلام الشيخ المفيد أن الوقوف لا تخرج عن الصدقات بل هما أمر واحد في قصد التقرب الى الله عز و جل، و هو صريح كلام الشيخ في النهايه لقوله و الوقف و الصدقه شيء واحد، لا يصح شيء منهما إلا بعد التقرب، و اليه يشير

ص: ١٥٤

١-١) الكافي ج ٧ ص ٣٠ ح ٢، التهذيب ج ٩ ص ١٥٩ ح ٦٧، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢٠ ح ٣.

٢-٢) التهذيب ج ٩ ص ١٥٣ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٢ ح ١.

٣-٣) الكافي ج ٧ ص ٣٠ ح ٣، التهذيب ج ٩ ص ١٥٢ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٤ ح ١.

قوله في المقنعه ان الوقوف في الأصل صدقات، بمعنى أنه إنما يطلق في الأصل و الصدر السابق على الوقف لفظ الصدقه، و هو حق كما سمعته من الأخبار المتقدمه، سيما أخبار وقوف الأئمه عليهم السلام و اليه يشير قوله عليه السلام في هذين الخبرين «إنما الصدقه محدثه، يعني إطلاق هذا اللفظ على ما يعطى بقصد التقرب محدث، و إنما الذي كان يستعمل في زمنه (صلى الله عليه و آله و سلم) النحل و الهبه أعم من أن يكون مقترنه بالتقرب لله سبحانه، فتدخل فيه الصدقه بالمعنى المتأخر أو لم يكن كذلك، و هذا المعنى الذي استعمل فيه لفظ الصدقه إنما هو الوقف، و المستعمل من لفظ الصدقه في الصدر الأول إنما هو الزكاه كما دلت عليه الآيه، و حينئذ فإذا كان الأصل في إطلاق الصدقه إنما هو المعنى المترتب على لفظ الوقف، فلا بد من اشتراط التقرب فيه لاشتراط الصدقه بالقربه، و ان جرى ذلك أيضا في الصدقه بالمعنى المتأخر فيجب اشتراط القربه في الصدقه بكل من المعنيين بالتقريب المذكور.

و مجمله أن إطلاق لفظ الصدقه على الوقف كما عرفت في الأخبار إنما هو من حيث أن الوقف إنما تكون لله سبحانه، و ما كان لله سبحانه فلا رجعه من هذه الجهة لأنه قد استحق الأجر، و كتب له الثواب، فلا يجمع بين العوض و المعوض، و بهذا التقريب يتم المدعى من شرطيه التقرب في الوقف، كما هو قول أولئك الفضلاء المتقدمين، و لم يحضرنى الآن من كتب المتقدمين غير من قدمت ذكره.

#### **المسئله الرابعه [اشتراط إخراج المال في صحه الوقف و حكم الوقف المنقطع الأول]:**

#### **اشاره**

قد عرفت أن من شرائط الوقف إخرجه عن نفسه، و لا خلاف في بطلانه لو وقف على نفسه، سواء اقتصر على ذلك أو جعله بعد نفسه لغيره، إنما الخلاف فيما إذا جعله لغيره بعد ذكر نفسه و هو الوقف المنقطع الأول فقيل: بالصحه فيه، و هو قول الشيخ في المبسوط و الخلاف، و لا فرق في ذلك بين أن يقفه أولا على نفسه أو على غيره ممن لا يجوز الوقف عليه، و مرجعه الى منقطع الأول، و المشهور في كلام الأصحاب بطلان الوقف من أصله.



وقال الشيخ في الخلاف: إذا وقف على من لا يصح الوقف عليه مثل العبد، أو حمل لم يوجد، أو رجل مجهول و ما أشبه ذلك، ثم بعد ذلك على أولاده الموجودين في الحال، و بعدهم في الفقراء و المساكين بطل الوقف فيما بدأ بذكره لأنه لا يصح الوقف عليهم، و صح في حيز الباقيين، لأنه يصح الوقف عليهم، و استدل بأنه ذكر نوعين، أحدهما لا يصح الوقف عليه، و الآخر يصح، فإذا بطل في حيز من لا يصح الوقف عليه، صح في حيز من يصح الوقف عليه، لأنه لا دليل على إبطاله و لا مانع منه.

وقال في المبسوط: إذا كان الوقف منقطع الابتدء، و متصل الانتهاء، بأن يقف أولاً - على من لا يصح الوقف عليه، ثم على من يصح، كمن يقف على نفسه أو عبده أو المجهول أو المعدوم أو الميت، ثم على الفقراء و المساكين، الذي يقتضيه مذهبنا أنه لا يصح الوقف، لأنه لا دليل عليه، و في الناس من قال: يصح تفريق الصفقة، و إذا قال: لا - يصح تفريق الصفقة بطل الوقف في الجميع، و بقي الوقف على ملك الواقف لم يزل عنه، و من قال: يصح تفريق الصفقة أبطله في حق من لا - يصح الوقف عليه، و صححه في حق الباقيين، و هذا قوى يجوز أن يعتمد عليه، لأننا نقول بتفريق الصفقة، انتهى.

و استدل العلامة في المختلف و الشهيد الثاني في المسالك على البطلان كما هو المشهور بما ملخصه أن اللازم من القول بالصححة أحد أمور ثلاثة: إما صححة الوقف مع انتفاء الموقوف عليه، أو وقوع الوقف المشروط، أو عدم جريان الوقف على حسب ما شرطه الواقف، و اللوازم كلها باطله، و ليرجع في توجيه الملازمة الى ما ذكره ثمه.

و الأظهر في الاستدلال على ذلك هو ما رواه

في الكافي عن علي بن سليمان (1) قال:

« كتبت إليه يعني أبا الحسن عليه السلام: جعلت فداك ليس لي ولد

ص: ١٥٦

---

(١ - ١) الكافي ج ٧ ص ٣٧ ح ٣٣، التهذيب ج ٩ ص ١٢٩ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٦ ح ١، الفقيه ج ٤ ص ١٧٧ ح ٦٢٣.

و لى ضياع ورثتها من أبى و بعضها استفدتها و لا- آمن الحدثان، فان لم يكن لى ولد و حدث بى حدث فما ترى جعلت فداك؟ لى أن أوقف بعضها على فقراء إخوانى و المستضعفين أو أبيعها و أتصدق بئمنها فى حياتى عليهم؟ فإنى أتخوف أن لا ينفذ الوقف بعد موتى، فإن أوقفتها فى حياتى فلى أن آكل منها أيام حياتى أم لا؟ فكتب عليه السلام: فهمت كتابك فى أمر ضياعك، و ليس لك أن تأكل منها، و لا من الصدقة، فإن أنت أكلت منها لم تنفذ» الحديث.

و هو ظاهر فى أنه لو وقف على نفسه بطل الوقف، و التقريب فيه أن مقتضى الوقف على نفسه جواز الأكل منه، مع أنه ليس له ذلك بالخبر المذكور، فلا ثمره لهذا الوقف لو قيل به، و منه يعلم أن عدم جواز الأكل مستلزم لبطلان الوقف على نفسه، و المراد من عدم النفوذ إنما هو البطلان.

و مما يدل على إخراجه نفسه مما يقفه على غيره ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن إسماعيل بن الفضل الهاشمى (١) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله فى حياته فى كل وجه من وجوه الخير، و قال: ان احتجت إلى شىء من مالى أو من غله فأنا أحق به، إله ذلك و قد جعله لله؟ و كيف يكون حاله إذا هلك الرجل؟ أ يرجع ميراثا أو يمضى صدقه؟ قال: يرجع ميراثا على أهله».

و ما رواه

عنه (٢) فى الصحيح أيضا

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال: من أوقف أرضا ثم قال: ان احتجت إليها فأنا أحق بها ثم مات الرجل فإنها ترجع إلى الميراث».

و هذه الروايات، و ان لم تدل على خصوص البطلان فى وقفه على نفسه كما هو المدعى، إلا أنك قد عرفت من التقريب المتقدم ما يدل على ذلك، و مع الإغماض عن ذلك، فإنها ظاهره بل صريحه فى أنه يجب إخراج نفسه مما أوقفه

ص: ١٥٧

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ١٤٦ ح ٥٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٧ ح ٣.

٢- (٢) التهذيب ج ٩ ص ١٥٠ ح ٥٩.

على غيره من جميع الجهات، أعم من أن يقف على نفسه أو يشترط الرجوع إليه كلاً أو بعضاً أو نحو ذلك مما يخرج عن الوقف على غيره، ونحوها أيضاً

روايه طلحه بن زيد (١)

«عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه أن رجلاً تصدق بدار له، وهو ساكن فيها، فقال: الحين اخرج منها».

و الأظهر عندي في الاستدلال على بطلان الوقف المنقطع الأول هو أن يقال:

لا ريب أن الأصل عصمه المال من الانتقال الا بدليل شرعي، ولم نعلم من الشرع صحة الوقف بهذه الكيفية، فإن الأخبار الواردة في الوقف عنهم عليه السلام فعلاً- أو أمراً أو تقريراً إنما اشتملت على الوقف أولاً- على من يصح الوقف عليه، ثم على من عقبه به، فلو صدره بمن لا يصح الوقف عليه من نفسه، أو غيره من الافراد المشار إليها آنفاً فالحكم بالصحة يتوقف على دليل، وليس فليس، وتخرج الروايات المذكورة شاهده على ذلك، وان كان موردها أخص، والمفهوم من عبارته المبسوط أن القائل بالصحة إنما هو من المخالفين، لأن مرمى لفظ الناس ذلك، ويعضده ما ذكره من التعليل العليل، فإنه الأربط بمذاهب العامة، وان استحسنته هنا و تبعهم فيه، كما أن قوله الذي يقتضيه مذهبنا، فيه إشارة إلى الاتفاق عليه عندنا و تعليله المذكور جيد، كما ذكرنا.

## تنبيهات:

### الأول [فيما يترتب عليه على تقدير القول بالصحة]

-اعلم أنهم قد صرحوا بأنه على تقدير القول بالصحة كما هو مذهب الشيخ في الكتابين المذكورين فهل ثبتت هذه الصحة لغيره من حين الوقف؟ أم بعد موت الواقف؟ وجهان: ثم نقلوا عن الشيخ اختيار الأول، وهو أن الوقف ينتقل لذلك الغير من حين الوقف كما هو ظاهر كلامه المتقدم.

ثم انهم اعترضوه بأنه خلاف مقصود الواقف.

وقد قال العسكري عليه السلام (٢)

ص: ١٥٨

١- ١) التهذيب ج ٩ ص ١٣٨ ح ٢٩، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٧ ح ٤.

٢- ٢) التهذيب ج ٩ ص ١٢٩ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٥ ح ١.

«ان الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها». و أهلها لم يقصدوا ذلك الغير ابتداء فكيف تصرف إليه.

و هذا الاعتراض عندى لا يخلو من خدش، لأنه لا خلاف فى بطلان الوقف على نفسه فى هذه الصورة، و لا خلاف فى أن الخبر على إطلاقه غير معول عليه، و الا- لدخل تحته جمله الوقوف الباطله التى لا- خلاف فى بطلانها، فلا بد من تخصيصه بما كان صحيحا شرعا، و الشيخ يدعى أن الوقف على ذلك الغير مع تقدم الوقف على نفسه صحيح، و إن بطل وقفه على نفسه، لأن وقفه على نفسه قد خرج من إطلاق الخبر المذكور، فيكون شاملا لما ادعاه بناء على دعواه، فالزامهم له بأن مقتضى ما ذكره خلاف ما دل عليه الخبر، مردود بأنه و ان دل بإطلاقه على ذلك، الا- أنه يجب تخصيصه، و إخراج هذه الصورة و نحوها من إطلاقه، كما عرفت.

و بالجمله فإن الظاهر ان اعتراضهم عليه غير موجه و لا ظاهر، و من ثم أعرضنا عن نقل دليلهم المتقدم ذكره إلى ما قدمناه من الدليل الواضح السبيل.

ثم انهم ذكروا بعد رد قول الشيخ بما قدمنا نقله عنهم بأن الأقوى تفريعا على الصحة انصرافه إليه بعد موت الموقوف عليه، قالوا: و بهذا يسمى منقطع الأول.

أقول: لا- أعرف لقوه ما ذكروها وجهها، الا- أن يكون باعتبار صدق هذه التسميه على هذا التقدير، دون الأول، و هو لا يجدى نفعا، على أن هذه التسميه إنما هى فى كلامهم، و مجرد اصطلاح منهم، بل الأقوى إنما هو الأول بالتقريب الذى ذكرناه، و اندفاع ما أورده على الشيخ (رحمه الله).

### الثانى [لو وقف على نفسه و غيره] :

قالوا: لو وقف على نفسه و غيره بأن وقع العطف بالواو ففى صحة الوقف على الغير بأن يكون فى النصف، و يبطل فى النصف الآخري، أو فى الكل بأن يكون الكل وقفا عليه، أو يبطل فى حقه كما فى قرينه أوجه، و ظاهره فى المسالك ترجيح الأول و الميل إليه، قال: و لو عطف الغير فى الأول على نفسه بالواو، فليس بمنقطع الأول، لبقاء الموقوف عليه ابتداء و هو الغير، فان الموقوف عليه

ليس هو المجموع منه و من الغير، من حيث هو مجموع، بل كل واحد منهما، و الأقوى حينئذ صحه الوقف على الغير فى نصفه، و بطلان النصف فى حقه، لعدم المانع من نفوذ الوقف فى النصف، مع وجود المقتضى للصحه و هو الصيغه مع ما يعتبر معها.

و يحتمل ضعيفا أن يكون الكل للغير، خصوصا لو جعلناه للغير فى السابق كما مر، نظرا إلى أن الموقوف بالنسبه إليهما هو المجموع من حيث هو مجموع، فالحكم بالتنصيف إنما نشأ من امتناع كون المجموع وقفا على كل منهما كمنقطع الأول، فإذا امتنع الوقف على أحدهما خاصه، انصرف وقف المجموع إلى الآخر.

و يضعف بأنه إنما وقف عليهما بحيث يكون لكل منهما حصه، فإذا بطل فى أحدهما لم ينصرف الموقوف كله إلى الآخر، لأن ذلك خلاف مدلول الصيغه، و خلاف مراد الواقف، و العقد تابع للقصد، انتهى، و كأن من احتمال البطلان كما قدمنا نقله نظر إلى أنه منقطع الأول و لو فى الجملة.

أقول: المسئله كغيرها لخلوها من النص لا تخلو من الأشكال، و ان كان ما اختاره فى المسالك قوى الاحتمال.

### **الثالث [فى بطلان الوقف باسراط قضاء ديونه أو أداء مؤنته] :**

قد صرحوا بأنه لو وقف على غيره و شرط قضاء ديونه أو أدار مؤنته بطل الوقف، و هو كذلك لما تقدم من الأخبار فى المسئله، فإنها و ان لم تتضمن ما ذكره هنا بخصوصه، إلا أن ظاهرها نقل الملك و المنافع عن نفسه، و إذا شرط الواقف قضاء ديونه أو أدار مؤنته أو نحو ذلك فقد شرط ما ينافى مقتضاه، فيبطل الشرط و الوقف، و الأولى أن يجعل هذا الكلام توجيهها للنص، و العله الحقيقيه إنما هى النص، و هذا الكلام مما يصلح توجيهها له و بيانا للحكمه فى ذلك، و مقتضى الأخبار المذكوره بطلان الوقف بهذا الشرط، كما هو المشهور، و قد تقدم الخلاف فى ذلك، و القول فى المسئله بأن الباطل إنما هو الشرط خاصه مع صحه أصل العقد، و قد تقدم تحقيق الكلام فى هذه المسئله فى مواضع

أولها مقدمات الكتاب أعنى المقدمات الواقعة في أول جلد كتاب الطهارة (١) و بينا ثمه أن الأولى في ذلك هو الوقوف على الأخبار فيما ترد به من الأحكام، و أن ذلك لا تتخذ قاعده كليه في بطلان الشرط خاصة، أو أصل العقد، كما يفهم من كلام الأصحاب، بل يجب الوقوف فيه على موارد النصوص، حيث أن بعضها تضمن بطلان الشرط خاصة، مع صحه أصل العقد في بعض الأحكام، و بعضها تضمن بطلان أصل العقد في بعض آخر، كما في هذا الموضوع وغيره، ثم انه لا فرق في البطلان بما يشترط بين أن لا- يكون قليلا- أو كثيرا، لوجود المقتضى في الجميع، قال في المسالك: و من جوز الوقف على نفسه جوز اشتراط هذه الأشياء مطلقا.

أقول: ظاهر هذا الكلام وجود قول في المسئلة بجواز الوقف على نفسه، مع أن ظاهر الأصحاب الاتفاق على العدم و هو نفسه ممن صرح بذلك أيضا، فقال في شرح قول المصنف و من وقف على نفسه لم يصح، لا خلاف بين أصحابنا في بطلان وقف الإنسان على نفسه الى آخره، و الظاهر أن منع الاشتراط المذكور انما هو بالنسبه إلى نفسه، و إلا فلو اشترط لغيره من أقاربه أو غيرهم صح الوقف و الشرط، و يدل على ذلك ما رواه

المشايخ الثلاثة في الصحيح عن جعفر بن حيان (٢) و هو مجهول أو واقفى قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوقف غله له على قرابته من أبيه، و قرابته من أمه، و أوصى لرجل و لعقبه عن تلك الغله ليس بينه و بينه قرابه بثلاثمائة درهم في كل سنه و يقسم الباقي على قرابته من أبيه، و قرابته من أمه؟ قال: جائز للذى أوصى له بذلك، قلت: أ رأيت ان لم يخرج من غله الأرض التي وقفها إلا خمسمائه درهم، فقال: أ ليس في وصيته ان يعطى الذى أوصى له من الغله ثلاثمائة درهم و يقسم الباقي على قرابته من أمه و قرابته من أبيه، قلت: نعم، قال: ليس لقرابته أن يأخذوا من الغله شيئا حتى يوفى الموصى له بثلاثمائة درهم، ثم لهم ما بقى من

ص: ١٦١

١-١) ج ١ ص ١٦٤.

٢-٢) الكافي ج ٧ ص ٣٥ ح ٢٩، التهذيب ج ٩ ص ١٣٣ ح ١٢، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٦ ح ٨.

بعد ذلك، قلت: أ رأيت ان مات الذى أوصى له؟ قال: ان مات كانت الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها ما بقى أحد منهم فإذا انقطع ورثته، و لم يبق منهم كانت الثلاثمائة درهم لقرابه الميت، ترد الى ما يخرج من الوقف، ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا و بقيت الغله، قلت: فللورثه من قرابه الميت بأن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا و لم يكفهم ما يخرج من الغله؟ قال: نعم إذا رضوا كلهم و كان البيع خيرا لهم باعوا».

و فى هذا الخبر دلالة على تفسير العقب بالورثه، و الأكثر على أن المراد به إنما هو الولد، و ولد الولد، و قيل بتفسيره بالورثه، و هذا الخبر صريح فيه كما ترى، و أما ما ذكره آخر الخبر من جواز بيع الوقف، فقد تقدم الكلام فيه مستوفى فى فصل البيع من كتاب التجاره (١).

و ما رواه

فى الكافى عن أحمد بن محمد (٢) و الظاهر أنه البزنطى فى الصحيح

«عن أبى الحسن الثانى عليه السلام قال: سألته عن الحيطان السبعة التى كانت ميراث رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) لفاطمه عليها السلام فقال: لا انما كانت وقفا، و كان رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) يأخذ إليه منها ما ينفق على أضيافه، و التابعه تلزمه فيها فلما قبض جاء العباس يخاصم فاطمه عليها السلام فيها فشهد على عليه السلام و غيره أنها وقف على فاطمه عليها السلام و هى الدلال، و العواف، و الحسنى، و الصافيه، و ما لأم إبراهيم و الميثب، و البرقه».

و رواه الصدوق و الشيخ مرسلًا (٣) و فيه بدل و التابعه تلزمه فيها و من يمر به، و ظاهر الخبر المذكور أنه (صلى الله عليه و آله و سلم) وقف هذه الحوائط فى حياته على فاطمه عليها السلام، و شرط الإنفاق منها على أضيافه، و ما ينوبه و هو المشار اليه

ص: ١٦٢

١-١ (١) ج ١٨ ص ٤٤٤.

٢-٢ (٢) الكافى ج ٧ ص ٤٧ ح ١.

٣-٣ (٣) التهذيب ج ٩ ص ١٤٥ ح ٥١، الفقيه ج ٤ ص ١٨٠ ح ١٤، الوسائل ج ١٣ ص ٣١١ ح ٣.

بالتابعه أى ما يتبع الإنسان مما يهيمه و يعينه.

#### الرابع [فى حكم أخذ الواقف من الوقف] :

المشهور بين الأصحاب أنه لو وقف على الفقراء فصار فقيرا أو على الفقهاء فصار فقيها فإنه يصح له الأخذ منه، و مشاركته المذكورين، و خالف فى ذلك ابن إدريس، فممنع من ذلك لخروجه عنه، فلا يعود اليه.

و فصل العلامه فى المختلف تفصيلا حسنا، فقال: و الوجه عندى أن الوقف ان ينتقل الى الله تعالى كالمسجد، فإنه للواقف الانتفاع به، كغيره من الصلاه فيه، و غيرها من منافع المسجد، و ان انتقل الى الخلق لم يدخل، سواء كان مندرجا فيهم وقت الوقف، كما لو وقف على المسلمين أو على الفقهاء و هو منهم، أو لم يكن، كما لو لم يكن فقيها وقت الوقف ثم صار منهم، لنا أنه مع الانتقال الى الله تعالى يكون كغيره، لتساوى النسبه مع جميع الخلق، فلا- معنى لإخراجه عنه مع ثبوت المقتضى و هو الإباحه السالمه عن معارضه وقفه على نفسه، و مع الانتقال إلى من يندرج فيهم، أو دخل لمكان دخوله تحت اللفظ العام، فيكون قد وقف على نفسه و غيره، فيبطل فى حق نفسه، فان العام يتساوى نسبه أفراده اليه، انتهى.

أقول: و مما يؤيد أن الوقف فى هذه الصوره انما ينتقل الى الله عز و جل دون الموقوف عليه، أن الوقف على هذه الكيفيه ليس وقفا على الأشخاص المتصفين بهذا الوصف، فليس وقفا على نفسه، و لا- على جماعه هو منهم، و انما هو وقف على جهه مخصوصه، و هى جهه الفقر و المسكنه مثلا، و قصد نفع الموصوف بهذه الصفه لا أشخاص بعينهم، و لهذا انه لا يشترط قبولهم و لا- قبول بعضهم و إن كان ممكنا لأنه لم ينتقل إليهم، و لا يجب صرف النماء على جميعهم، بل يجوز أن يخص به بعضهم و لو واحد منهم، و لو كان وقفا عليهم لوجب إيصاله إلى كل فرد فرد منهم، مثل ما لو وقف على أولاده و نحوهم.

و الى هذا التفصيل مال فى المسالك أيضا احتج القائلون بالعموم بأنه وقف



صحيح فيتناول كل من يدخل تحت اللفظ عملاً بإطلاقه، وهو كغيره و الفرق ظاهر بين الوقف عليه بالتنصيص، و الاندراج تحت العموم، و مع الفرق لا يتم القياس، و أجيب بالمنع من كونه كغيره فان الفرق واضح، إذ يصح الوقف على غيره دونه، و لا فرق بين التنصيص و الاندراج في الإرادة من اللفظ، و المطلق ممنوع منه، و يتساوى جزئياته في المنع.

و أنت خبير بأن المسئلة لعدم النص لا- تخلو من شوب الأشكال و ان كان ما ذكره العلامة (أجزل الله تعالى إكرامه) لا يخلو من قرب.

و نقل عن الشهيد في بعض فتاويه أنه يشارك ما لم يقصد منع نفسه أو إدخالها و استحسنة في المسالك، قال: فإنه إذا قصد إدخال نفسه فقد وقف على نفسه، و لم يقصد الجبهه، و إن قصد منع نفسه فقد خصص العام بالنيه، و هو جائز فيجب اتباع شرطه السابق و انما يبقى الكلام عند الإطلاق، انتهى و هو جيد.

### **الخامس [في شرط الواقف عند الوقف عوده إليه عند الحاجة]:**

اختلف الأصحاب فيما لو شرط الواقف في عقد الوقف عوده اليه عند الحاجة، و الخلاف هنا وقع في موضعين: أحدهما في صحه هذا الشرط و بطلانه، و المشهور الأول، بل ادعى المرتضى (رضى الله عنه) الإجماع عليه، قال:

و مما انفردت به الإماميه القول بأن من وقف وقفاً جاز أن يشترط أنه ان احتاج اليه في حال حياته كان له بيعه، و الانتفاع بثمانه، و به قال الشيخ المفيد و الشيخ في النهايه، و ابن البراج، و سلار، و المحقق في الشرائع، و العلامة و الشهيد الثاني في المسالك و غيرهم.

و قيل: بالثاني و هو مذهب ابن إدريس، مدعياً عليه الإجماع، و الشيخ في المبسوط، و ابن حمزه، و ابن الجنيد، و المحقق في النافع، احتج الأولون على ما ذكره في المسالك، و قبله العلامة في المختلف بالإجماع المنقول في كلام المرتضى و عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١)

«و المؤمنون عند شروطهم» (٢).

و قول العسكري عليه السلام

ص: ١٦٤

١- ١) سورة المائدة- الايه ١.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ٦٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤.

«الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» (١).

و خصوص

روايه إسماعيل بن الفضل (٢) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير؟ و قال: ان احتجت إلى شيء من مالى أو من غله فأنا أحق به أله ذلك و قد جعله الله؟ و كيف يكون حاله إذا هلك الرجل أ يرجع ميراثا أم يمضى صدقه؟ قال: يرجع ميراثا على أهله».

هكذا نقله في المسالك، قال: و المراد بالصدقة في الروايه الوقف لقرينه الباقي، و لأن الوقف تمليك المنافع، فجاز شرط الخيار فيه كالإجاره، انتهى.

و عندى ان هذا الاستدلال لا يخلو من تطرق الإشكال، أما الإجماع فمعلوم مما سبق فى غير مقام، و لا سيما مع مقابله هنا بالإجماع الذى ادعاه ابن إدريس، و إجماعات المرتضى (رضى الله عنه) فيما انفرد به من الأقوال كثيره، و به يظهر ضعف الاستناد إليه فى جميع الأحكام كما تقدم تحقيقه، و أما عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (و المؤمنون عند شروطهم) ففيه أنه لا ريب أن العقد كما يطلق على الصحيح، يطلق على الفاسد، و كذلك الشرط، فيقال: عقد صحيح، و عقد فاسد، و شرط صحيح و شرط فاسد، و لا جائز أن يأمر الشارع بالوفاء بالعقد الفاسد، و لا بالشرط الفاسد، فالأمر بالوفاء بالعقد و الشرط إنما يتوجه إلى العقد الصحيح، و الشرط الصحيح، و دعوى كون ذلك صحيحا هنا محل النزاع كما ذكرنا، فلا يتم الاستدلال.

و بذلك يظهر أن الاستدلال بهذين الدليلين لا يخرج عن المصادر، و أما حديث العسكرى عليه السلام فقد قدمنا سابقا أنه لا يجوز الاستدلال به على إطلاقه، لتناوله للوقوف الباطله اتفاقا كالوقف على نفسه، أو على عبد أو حمل أو نحو ذلك

ص: ١٦٥

١- ١) التهذيب ج ٩ ص ١٢٩ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٥ ح ٢.

٢- ٢) التهذيب ج ٩ ص ١٤٦ ح ٥٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٧ ح ٣.

مما اتفقوا على بطلانه، فلا بد من تخصيصه بالوقف الصحيح المستكمل لشرائط الصحة، و دعوى كونه هنا كذلك محل البحث و النزاع، فيرجع ذلك إلى المصادر أيضا.

و أما حديث إسماعيل بن الفضل فلا- أعرف له دلالة على ما ادعوه ان لم يكن بالدلالة على البطلان أشبهه، و ذلك فان كلام السائل قد تضمن السؤال عن شيئين:

أحدهما أن هذا الشرط هل يصح أم لا؟ و إليه أشار قوله في الخبر المذكور «إله ذلك و قد جعله الله» و الثاني أنه ما حكمه بعد موت الرجل، و الحال هذه أ يرجع ميراثا أم يبقى وقفاً، و الجواب في الخبر إنما وقع عن الثاني خاصة، و لا ريب أن رجوعه ميراثا كما أجاب به عليه السلام كما أنه يصح مع صحة الوقف، كما ادعوه كذلك يكون صحيحا مع البطلان، كما يقوله الخصم، بل هو أولى بالبطلان، بل هو الظاهر، فإن الأظهر أن الامام عليه السلام جعل هذا الجواب جوابا عن السؤالين معا، و الا فسكوته عن جواب السؤال الأول من غير وجه يدعوه إليه مشكل، و حينئذ فحكمه عليه السلام برجوعه ميراثا متضمن للجواب صريحا عن السؤال الثاني، و ضمنا عن الأول، بمعنى أن رجوعه ميراثا كناية عن كونه لم يخرج عن ملكه في حال حياته، و يؤيده قوله و قد جعله الله.

و قد تقدم في جملة من الأخبار أن ما جعله الله لا رجعه فيه، و حاصله أنه ليس له الرجوع بما ذكره لكونه قد جعله الله سبحانه، بل هو باطل في حال حياته و موته، و رجوعه ميراثا إنما هو لذلك، لأن الحكم بصحته في حال الحياة باطل، بما ستعرفه في حجه القول الثاني.

و نحو هذه الرواية

صحيحه إسماعيل الثانيه (1) المتقدمه عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

من أوقف أرضا ثم قال: ان احتجت إليها فأنا أحق بها، ثم مات الرجل فإنها ترجع ميراثا. فان الظاهر أن رجوعها كاشف عن بطلان الوقف في حياته، و أن

ص: ١٦٦

رجوعها ميراثا إنما هو لذلك، و أما ما ذكره و العلامه (رحمه الله عليه) قبله من قوله و لأن الوقف تملك للمنافع إلى آخره، فهو في البطلان أظهر من أن يحتاج إلى مزيد بيان، مضافا إلى أن بناء الأحكام الشرعيه على مثل هذه التعليلات العليله مجازفه محضه.

استدل القائلون بالقول الثاني على ما نقله في المسالك، بأن هذا الشرط خلاف مقتضى الوقف، لأن الوقف إذا تم لم يعد إلى المالك على حال، فيكون فاسدا و يفسد به العقد.

و العجب أنه في المسالك مع تصديه للانتصار للقول المشهور، و الجواب عما أورد على أدلته ظاهره القصور لم يتعرض للجواب عن استدلال الخصم المذكور، و كيف يمكنه الجواب عنه، و هو قد اعترف بذلك في مسئله ما لو وقف على غيره، و شرط قضاء ديونه، أو أدار مؤنته، حيث قال: ثمه و إذا شرط الواقف قضاء ديونه أو أدار مؤنته أو نحو ذلك، فقد شرط ما ينافى مقتضاه، فبطل الشرط و الوقف، انتهى.

و لا ريب أن مقتضى الوقف الذى ذكره هو عدم العود إلى الواقف بوجه، و حينئذ فكما أنه يبطله شرط قضاء الديون و أدار المؤنه، كذلك يبطله اشتراط الرجوع إليه لحاجته و فقره.

و بالجملة فإن الظاهر من الأخبار المتقدمه هو البطلان باشتراط الرجوع بأحد الوجوه المذكوره فى مواضع هذه المسئله، لبطلان هذه الشروط من الأكل من الوقف، أو شرط قضاء ديونه، أو الرجوع عند الحاجة، لاشتراك الجميع فى العله المقتضيه للمنع، و هو الخروج عن مقتضى الوقف.

قال فى المختلف: احتج المانعون بأنه شرط ينافى عقد الوقف، فيبطل لتضمنه شرطا فاسدا، و الجواب المنع من منافاه الشرط العقد، و إنما يكون منافيا لو لم يكن الوقف قابلا لمثل هذا الشرط، انتهى.

و فيه ما عرفت من ثبوت المنافاه، قوله و إنما يكون منافيا لو لم يكن الوقف قابلا لمثل هذا الشرط محض مصادره، فان الخصم يدعى أنه غير قابل، و بما حققناه فى المقام يظهر لك أن جميع أجوبتهم عن حجج القول الثانى لا يخرج عن المصادره، و أن الأظهر هو بطلان العقد لبطلان الشرط المذكور، كسابقه من الشروط المتقدمه.

و ثانيهما أنه على تقدير القول بصحة العقد كما هو المشهور، فإنه إن حصلت الحاجه و رجع فى الوقف، فإنه يجوز الرجوع، و يبطل الوقف بلا- خلاف بينهم، و انما الخلاف فيما إذا لم يرجع حتى مات، فهل يبطل الوقف بالموت؟ لصيرورته قبله بالشرط المذكور حسبا، فيرجع بعد الموت إلى ورثه الواقف، أم يستمر الوقف على حاله؟ قولان: نقل عن الشيخ و جماعه منهم المحقق و العلامة الأول، عملا بالروايه المتقدمه و هى صحيحه إسماعيل بن الفضل الأولى، بناء منهم على دعوى دلالتها على صحة الوقف و عدم بطلانه بمجرد هذا الشرط، و لكن هذا الشرط حيث كان منافيا للدوام الذى هو من شروط الوقف كان من قبيل الحبس فيبطل بالموت، و قد عرفت ما فيه، و أنه لا دلالة فى الروايه على ما ادعوه.

و قيل: بالثانى و به صرح المرتضى: (رضى الله عنه) و اختاره فى المختلف، قال المرتضى (رضى الله عنه) معترضا على نفسه فى تتمه كلامه الأول بأن هذا شرط يناقض كونه وقفا و حسبا بخلاف غيره من الشروط، و أجاب بأنه غير مناقض، لأنه متى لم يختر الرجوع فهو ماض على سبيله، و متى مات قبل العود نفذ أيضا نفوذا تاما، و هذا الحكم ما كان مستفادا قبل الوقف، فكيف يكون ذلك نقضا لحكمه، و قد بينا أن الحكم باق، انتهى و هو ظاهر فى استمرار صحة الوقف بعد الموت، قال فى المختلف: و هو الوجه عندى و تحمل الروايه على ما إذا رجع.

و التحقيق بالنظر الى ما قدمناه حيث أنه لا دليل على الصحة هو بطلان الوقف و أن عوده ميراثا انما هو من هذه الحيثيه، فلا أثر لهذا الخلاف، لبطلان الأساس

المبنى عليه، و هو ثبوت الصحه.

و أما جواب المرتضى (رضى الله عنه) عن الاعتراض الذى أورده على نفسه بأنه متى لم يختار الرجوع فهو ماض على سبيله الى آخر ما ذكره، ففيه أن المناقضه لا تترتب على اختياره الرجوع، و وقوع الرجوع بالفعل بل المناقضه حاصله بمجرد هذا الشرط، و ذكره فى العقد، حيث أن مقتضى العقد هو عدم الرجوع فى الموقوف عليه بعد الوقف، و مقتضى الشرط هو الجواز فالمناقضه حاصله، و بها يجب الحكم ببطالان الشرط، و ببطالانه يبطل العقد، و هذا هو دليلهم على بطلان العقد فيما لو شرط قضاء ديونه، أو أدار مؤنته، كما عرفت من عبارته المسالك المتقدمه و به يظهر لك ما فى جوابه (قدس سره) من الضعف، و ان جمده عليه العلامه فى المختلف حيث أنه موافق لما اختاره و الله العالم.

### المسئله الخامسه: فى جمله من الشروط زياده على ما تقدم:

#### اشاره

منها

#### ما لو شرط إدخال من يريد مع الموقوف عليهم

، و قد صرحوا بالجواز، سواء كان الوقف على أولاده أو غيرهم، و عللوا ذلك بأن هذا الشرط لا ينافى مقتضى الوقف، فإن بنائه على إدخال من سيوجد، و من سيولد من الموجودين وقت الوقف، و اشتراط إدخال من يريد إدخاله فى معناه بل أضعف، لأنه قد يريد، فيكون فى معنى اشتراط دخوله، و قد لا- يريد فيبقى الوقف على أصله، فإذا جاز الأول اتفاقاً جاز الآخر كذلك أو بطريق أولى.

قالوا: و ما يقال- من أن إدخال من يريد يقتضى نقصان حصه الموقوف عليهم فيكون إبطالا- للوقف فى ذلك البعض- غير قادح، لأن ذلك وارد فى شرط إدخال المولود و نحوه، و لأن العقد لما تضمن الشرط لم يكن للموقوف عليه حق إلا مطابقاً له، فلا- يتغير، و لأن الوقف لازم فى حق الموقوف عليه فى الجملة، و انما المختلف الحصه، و ذلك غير قادح، كما لو وقف على بطون فزادت تاره، و نقصت أخرى.

أقول: و يمكن الاستدلال على أصل المسئله بالأخبار الآتية فى المقام الداله

على جواز الإدخال من غير شرط،

كصحيحه على بن يقطين (١) قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله، ثم يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده قال: لا بأس بذلك». و نحوها غيرها مما سيأتى ان شاء الله تعالى فى المسئلة.

و التقريب فيها أنه إذا جاز الإدخال من غير شرط كما هو مدلول الأخبار المذكوره فمع الشرط بطريق أولى.

و كيف كان فالمسئلة لا تخلو من شوب الاشكال، لعدم النص الواضح فى هذا المجال، و ما ذكره من التعليل لا يصلح لتأسيس حكم شرعى كما عرفت فى غير موضع، و ما ذكرنا من الأخبار غير خال من الأشكال كما سيأتى ان شاء الله تعالى بيانه و الله العالم.

و منها-

### ما لو شرط إخراج من يريد

، و قد صرحوا هنا ببطالان الوقف، قال فى المسالك: و هو عندنا موضع وفاق، ثم علله زياده على ذلك بأن وضع الوقف على اللزوم، و إذا شرط إخراج من يريد من الموقوف عليهم كان منافيا لمقتضى الوقف، إذ هو بمنزله الخيار، و هو باطل، انتهى.

و هو جيد إلا- أن فيه ردا عليه فيما اختاره من صحة الوقف مع اشتراط عوده إليه، عند الحاجة، فإنه لا يخفى أن اللزوم الذى هو وضع الوقف عليه كما يعتبر من جهة الموقوف عليه، بحيث لا- يجوز إخراج بعضهم، كذلك يعتبر من حيث حبس الوقف عليهم، فلا- يجوز للواقف الرجوع إليه بوجه، خصوصا مع اقترانه بالقربه، كما قدمنا بيانه من اشتراط الوقف بذلك، و قد تكاثرت الأخبار بأن ما كان لله تعالى فلا رجعه فيه.

و منها

### ما لو شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيوجد

، و المشهور هنا البطلان، بل ادعى عليه الشيخ الإجماع، و ذهب العلامة فى التذكرة إلى صحه

ص: ١٧٠:

الشرط المذكور، مدعياً عليه الإجماع، وفي القواعد استشكل الحكم بالبطلان، و منشأ الاستشكال المذكور كما ذكره في المسالك من بناء الوقوف على اللزوم، فإذا شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى غيره فقد شرط خلاف مقتضاه، فيبطل الشرط و العقد، و من عموم (١)

«المؤمنون عند شروطهم».

و قول العسكري عليه السلام (٢) المتقدم ذكره

«من أن الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها». و أنه يجوز الوقف على أولاده سنة، ثم على المساكين.

أقول: قد عرفت ضعف الوجه الثاني من الاستدلال بالخبرين المذكورين و أما جواز الوقف على أولاده سنة ثم على المساكين، فصحته متوقفه على قيام دليل عليه، و مع تسليم صحته، فوجه الفرق ظاهر، لأن مقتضى ما نحن فيه هو أنه بالوقف عليهم يلزم بقاؤه ما وجدوا كما هو مقتضى الوقف، و شرط النقل مناف له، و أما الوقف على أولاده سنة فليس كذلك، لأنه إنما وقف عليهم مدته معينه، فلا- ينافيه التعقيب بالوقف على المساكين و بما ذكرنا يظهر لك ما في دعواه في التذكرة الإجماع على الصحة، مع استشكله في القواعد، و أما ما قيل في تعليل الصحة-زيادة على ما ذكر- من أنه يصح الوقف باعتبار صفه للموقوف عليه كالفقير، فإذا زالت انتقل عنه إلى غيره ان شرط، و هو في معنى النقل بالشرط، و نقل عن الدروس انه استقر به.

ففيه أولاً- ما عرفت في غير موضع من أن بناء الأحكام الشرعية على مثل هذه الاعتبارات الوهميه-و التخريجات العقلية، مع استفاضه الآيات و الاخبار بالمنع من القول بغير علم و دليل واضح من كتاب أو سنة-مجازفه محضه في الأحكام الشرعية، نسئل الله سبحانه المسامحه لنا و لهم من زلل الأقدام، و هفوات الأقلام.

ص: ١٧١

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ٦٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤.

٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ٣٧ ح ٣٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٥ ح ٢.



و ثانياً أنه مع الإغماض عن ذلك فوجه الفرق بين الموضوعين ظاهر مما قدمناه في التنبيه الرابع من المسئلة السابقة (١)، و ملخصه أن الوقف على الفقراء إنما هو وقف على الجهة كالوقف على المساجد، و الوقف هنا ينتقل إلى الله تعالى، و يشترك فيه كل من اتصف بذلك العنوان حتى الواقف نفسه، فلا- يحصل هنا نقل عن الموقوف عليه، لأنه ليس ثمه موقوفاً عليه، و إنما يصير مراعى ببقاء الصفه المذكوره من الفقر و نحوه، فإذا زالت كان في حكم موت الموقوف عليه، بخلاف ما نحن فيه، فإنه بالوقف عليه يصير ملكاً له، و نقله عنه بالاختيار منافع لتمليكه له بالوقف، و بذلك يظهر لك أن الحق هو بطلان الوقف بهذا الشرط و الله العالم.

و منها

### ما لو وقف على أولاده الأصغر

، فإنه يجوز أن يشرك معهم غيرهم بالشرط في العقد، و الظاهر أنه لا خلاف فيه، و إنما الخلاف في أنه هل يجوز مع عدم الشرط أم لا؟ المشهور الثاني، و قال الشيخ في النهاية بالأول، قال: إذا وقف على ولده الموجودين و كانوا صغاراً ثم رزق بعد ذلك أولاد جاز أن يدخلهم معهم فيه، و لا- يجوز أن ينقله عنهم بالكليه إليهم، و وافقه ابن البراج، إلا- أنه قيده بعدم قصره على السابقين، قال: الوقف يجب أن يجرى على ما يقفه الواقف، و يشترط فيه، و إذا وقف على ولد موجود و هو صغير، ثم ولد له بعده غيره، و أراد أن يدخله في الوقف مع الأول كان جائزاً، إلا أن يكون قد خص الولد الموجود بذلك، و قصره عليه، و شرط أنه له دون غيره ممن عسى أن يرزقه من الأولاد، فإنه لا يجوز له أن يدخل غيره في ذلك.

و الاختلاف في هذه المسئلة ناش من اختلاف الأخبار فيها، فمما تدل على القول المشهور

صحيحه على بن يقطين (٢)

«عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته

ص: ١٧٢

١-١ (١) ص ١٦٣.

٢-٢ (٢) التهذيب ج ٩ ص ١٣٧ ح ٢٢، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٠ ح ١.

عن الرجل يتصدق ببعض ماله على بعض ولده و يبينه لهم، إله أن يدخل معهم من ولده غيرهم بعد أن أبانهم بصدفته؟ قال: ليس له ذلك الا أن يشترط أنه من ولد له فهو مثل من تصدق عليه فذلك له».

و يؤيدها

روايه جميل (١) قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يتصدق على ولده بصدقه و هم صغار، إله أن يرجع فيها قال: لا، الصدقه لله». و التقريب فيها أن إدخال الغير نوع من الرجوع فيها، و فيه ما فيه.

و مما تدل على القول الآخر

صحيحه على بن يقطين الأخرى (٢) قال:

سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله، ثم يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده، قال: لا بأس بذلك».

و روايه محمد بن سهل عن أبيه (٣) قال:

«سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده؟ قال: لا بأس به».

و صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج (٤)

«عن أبي عبد الله عليه السلام فى الرجل يجعل لولده شيئاً و هم صغار ثم يبدو له أن يجعل معهم غيرهم من ولده؟ قال:

لا بأس».

و ما رواه فى كتاب

قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن (٥) عن على بن جعفر

«عن أخيه موسى عليه السلام قال: سألته عن رجل تصدق على ولده بصدقه ثم بدا له أن يدخل غيره فيه مع ولده أ يصلح ذلك؟ قال: نعم، يصنع الوالد بمال ولده ما أحب».

و أنت خبير بأن إيراد الأصحاب هذه الأخبار فى هذا المقام دليل على فهمهم

- ١-١) التهذيب ج ٩ ص ١٣٧ ح ٢٥، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٨ ح ٢.
- ١-٢) التهذيب ج ٩ ص ١٣٧ ح ٢٢.
- ٣-٣) التهذيب ج ٩ ص ١٣٦ ح ٢١.
- ٤-٤) التهذيب ج ٩ ص ١٣٥ ح ١٩.
- ٥-٥) قرب الاسناد ص ١١٩، وهذه الروايات فى الوسائل ج ١٣ ص ٣٠١ ح ١ و ٢ و ٣ ص ٣٠٢ ح ٥.

الوقف من إطلاق الصدقة، ويؤيده ما قدمناه من الأخبار الظاهرة في أن الصدقة في الصدر الأول إنما هي بمعنى الوقف، واستعمالها في هذا المعنى المشهور بين الفقهاء إنما هو محدث، وهي بهذا المعنى إنما تدخل في النحل والهبة، كما في زمنه (صلى الله عليه وآله).

بقي الكلام في الجمع بين هذه الأخبار، وهو لا يخلو من الإشكال، إلا أنه يمكن أن يقال: إن روايته جميلة فالظاهر أنه لا دلالة فيها على ما نحن فيه، ولا تعلق لها به، إذ المتبادر من الرجوع في الصدقة إنما إخراجها عما فعله، وجعلها ملكاً، كما كان أولاً، فلا يكون من محل البحث في شيء، وكذا صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج، فإنها غير صريحة بل ولا ظاهراً في محل البحث، لأن جعله لولده أعم من أن يكون بطريق لازم، أم لا كالوصية به، أو الصدقة مع عدم القرابة، فيمكن حمله على أحد الوجهين المذكورين، ولا يكون من محل البحث في شيء.

و أما صحيحه على بن يقطين الأولى، فهي معارضة بصحيحه الثانية، وجمع بينهما في المسالك بأمرين أحدهما حمل الصحيحه الأولى على ما إذا قصر الوقف على الأولين، كما ذكره القاضي ابن البراج فيما قدمنا من نقل عبارته، ويشعر به قوله بعد أن أبانهم، فتحمل الثانية على ما لو لم يشترط ذلك كما يدل عليه إطلاقه، و ثانيهما حمل النفي في الأولى على الكراهه، ثم قال: وكلاهما متجه، إلا أن الأول من التأويلين أوجه.

أقول: الذي يخطر ببال العليل و يختلج بفكرى الكليل إن ما ذكره من التأويل الأول الذي استوجهه و جعل عليه المعول لا يخلو من خدش، وذلك فإنه متى حمل الخبر على ما ذكره من قصر الوقف على الأولين، مع أنه عليه السلام قال: في الجواب ليس له ذلك إلا أن يشترط أن من ولد له فهو مثل من تصدق عليه، فاللازم من ذلك هو عدم التعرض لحكم الإطلاق في الرواية، مع أنه محل البحث،

و موضع الخلاف المحتاج إلى الدليل، لأن حاصل معنى الخبر على ما ذكره أنه متى قصر الوقف على الأولين فليس له أن يدخل معهم غيرهم إلا أن يشترط الإدخال، يعنى بأن لا يقصره عليهم و يشترط، فيكون الاستثناء منقطعاً، فالمعلوم منه إنما هو حكم ما لو قصره عليهم، فإنه لا يجوز الإدخال، و حكم ما لو اشترط فإنه يجوز الإدخال، و الحكمان مما لا خلاف فيهما و لا اشكال، و أما لو لم يقصر الحكم عليهم و لا اشترط الإدخال فحكمه غير معلوم من الخبر، و هو محل البحث كما عرفت، و محتاج إلى الاستدلال.

و ما ذكره (قدس سره) معنى قريب في الخبر، الا- أنه يخرج به عن محل البحث كما عرفت، و تبقى صحيحته الأخرى خالية من المعارض، فان ظاهرها الإطلاق، بمعنى أنه تصدق و لم يقصر و لم يشترط و قد أجاز عليه السلام بأنه لا بأس بالإدخال، و الحال هذه و نحوها الروايات الأخرى، و على هذا يبقى القول المشهور عارياً عن الدليل، لأن دليله كما عرفت منحصر في الروايتين المذكورتين، و هما صحيحته على بن يقطين الأولى، و روايه جميل، و قد عرفت ما فيهما.

و منه يظهر قوه قول الشيخ في النهايه، لدلاله الروايات الباقيه عليه، الا- أنه يبقى الإشكال في هذا القول، و رواياته، فان مقتضى الوقف للزوم، حيث أنه من العقود اللازمه متى تمت شرائطه، و قضيه للزوم تمنع جواز الإدخال، و لهذا حمل الشيخ و غيره خبر محمد بن سهل عن أبيه على عدم القبض، و هذا الحمل يجرى أيضاً في صحيحته على بن يقطين الثانيه، و روايه قرب الاسناد، و أما روايه عبد الرحمن بن الحجاج المذكوره في عداد هذه الأخبار فقد عرفت ما فيها، و على هذا فيمكن حمل صحيحته على بن يقطين الأولى على ما إذا أقبضهم، و لعل المراد بالإبانه في الخبر المذكور ذلك، بمعنى أنه متى أبانهم بالوقف و أقبضهم إياه فليس له الإدخال إلا مع الشرط في أصل العقد، و على هذا تجتمع الأخبار المذكوره.

و بالجمله فالمسئله غير خاليه من الاشكال، و ان كان القول المشهور هو الأوفق بالقواعد الشرعيه، من حيث اقتضاؤها لزوم الوقف بال عقد، و أما الاستدلال على ذلك بشيء من هذه الأخبار ففيه ما عرفت من تعدد الاحتمال فى الصحيحه التى هى أظهر ما استدل به على القول المذكور، و أما غيرها فقد عرفت ما فيه، و غاية ما استدل به العلامه فى المختلف لذلك قول العسكرى عليه السلام المتقدم، و قد تقدم ما فيه: و روايه جميل المتقدمه، و قد عرفت ما فيها، و الله العالم.

## المطلب الثالث فى شرائط الموقوف:

### اشاره

يشترط فيه أن يكون عينا مملوكه، يصح الانتفاع بها مع بقائها، و يصح إقباضها، و الكلام هنا فى مواضع:

### الأول: أن يكون عينا

و المراد بالعين ما لم يكن دينا و لا منفعه و لا مبهما، لأن العين تطلق فى مقابله كل من هذه الثلاثه، فأما الوجه فى عدم صحه وقف الدين، فلأن الوقف كما تقدم عبارته عن تحييس الأصل و تسهيل المنفعه، و ذلك يقتضى أمرا موجودا فى الخارج يحكم عليه بذلك و الدين فى الذمه أمر كلى لا وجود له فى الخارج، فيكون وقفه قبل التعيين من قبيل وقف المعدوم، و من ثم منعوا من جواز هبه الدين لغير من هو عليه لذلك، كذا قالوا و الأظهر فى تعليل ذلك انما هو ما تقدمت الإشاره إليه سابقا من أن الوقف يقتضى نقل الوقف الى الموقوف عليه، فيجب الوقوف فيه على ما علم من الشارع كونه ناقلا، و ما علم كونه قابلا للانتقال بذلك، و لم يعلم من الأخبار تعلق الوقف بالديون و نقلها به، و الأصل العدم الى أن يثبت الدليل على ذلك، و إنما علم منه العين خاصه، و أما الوجه فى عدم جواز وقف المنفعه فعلى بأن وقفها مناف للغايه المطلوبه من الموقوف، و هى الانتفاع بها مع بقاء عينها، و الانتفاع بالمنفعه يستلزم استهلاكها شيئا فشيئا، و لجواز التصرف فى العين، لأنها لم يتعلق

بها الوقف، فتتبعها المنفعة فيفوت الغرض من الوقف، والأظهر عندى فى الاستدلال هو ما تقدم ذكره، و أما الوجه فى عدم الجواز فى وقف المبهم سواء استند الى معين كفرس من هذه الأفراس، أم الى غير معين كفرس بقول مطلق فلأن مرجع ذلك الى أمر كلى غير موجود فى الخارج كما تقدم فى الدين، و انما يتعين بالتعيين، و الأظهر هنا أيضا هو الرجوع الى الدليل المتقدم، و انما صرنا الى مخالفه الأصحاب فى هذه الأبواب فيما هنا و ما سلف فى غير باب، لما عرفت من أن الأحكام الشرعيه لا تبني على مثل هذه التعليقات العقليه، و انما تبني على الأدله الشرعيه و أصله العدم قاعده كليه واضحه جليه، لا نزاع فيها و لا شبهه تعريها، إذ لا تكليف إلا- بعد البيان، و لا- مؤاخذه إلا- بعد اقامه البرهان كما هو مسلم بين جملة العلماء الأعيان، فالعله فى الجميع انما هو ما ذكرناه، و يخرج ما ذكروه من التعليقات شاهدا و وجها لما ذكرناه.

## الثانى: أن تكون مملوكه

و هو اما بمعنى صحه تملكها بالنظر الى الواقف فما لا يصح تملكه لا يصح وقفه، فلا يصح وقف الحر و لو رضى بذلك، و لا يصح وقف الخمر و الخنزير من المسلم على مسلم أو كافر، و يصح من الكافر على مثله كما صرحوا به، و يصح وقف الكلب المملوك، قال فى المسالك:

و المراد بالمملوك أحد الكلاب السبعه.

أقول: لا- أعرف من الكلاب المذكوره سوى كلب الصيد، و كلب الماشيه و كلب الزرع، و كلب الحائط، و كلب الدار، هذا هو المصرح به فى كلامهم، و قد تقدم فى المقدمه الثالثه من المقدمات المذكوره فى صدر كتاب التجاره (1) تحقيق ما يملك و ما لا يملك منها، و بينا هنا أن المستفاد من الأخبار هو بيع كلب الصيد خاصه، و لهم فيما عداه اختلاف و أقوال قد قدمنا نقلها ثمه.

ص: ١٧٧

و بما ذكرنا يظهر أنه لا يجوز وقف شيء من الكلاب إلا كلب الصيد لأنها غير مملوكة، و الذى ثبت تملكه منها انما هو هذا الفرد خاصة، و مجرد أن لها منفعة لا يكفى فى صحه وقفها مع كونها غير مملوكة، و لو صح تملكها لصح بيعها فكما امتنع البيع لعدم دخولها فى الملك امتنع الوقف لذلك، و قد عرفت أن المعلوم من الأخبار هو بيع الصيد بخصوصه.

و أما بمعنى كونه ملكا للواقف بالفعل فلو لم يكن كذلك لم يصح وقفه، و على هذا لا يصح الوقف فضولا و ان أجاز المالك كما هو أحد القولين فى المسئلة و قيل: يصح بإجازه المالك، و توقف فى التذكرة و الدروس.

و كلماتهم فى هذا المقام عليه لا تصلح لتأسيس الأحكام، و قد عرفت فى كتاب البيع (1) بطلان التصرف الفضولى بيعا كان أو وقفا أو غيرهما، لأنه تصرف فى مال الغير بغير اذنه و هو قبيح عقلا و نقلا، و قد مرت الروايات المصرحة بذلك.

و قال شيخنا الشهيد الثانى فى الروضة: ان أريد بالمملوكيه صلاحيتها بالنظر الى الواقف، فهو شرط الصحه، و ان أريد به المالك الفعلى فهو شرط اللزوم، و الأولى أن يراد به الأعم، انتهى ملخصا.

أقول: هذا التفصيل مبنى على مذهبه، و قوله بصحة العقد الفضولى، و أما على ما اخترناه من القول ببطلانه فالأمر واحد، و هو أنه شرط فى الصحه فى كلا الاحتمالين و ما ذكره من أن الأولى أن يكون المراد به الأعم جيد، إذ كما لا يصح بالنسبه الى ما لا يصح تملكه، كذا لا يصح بالنسبه الى ما لا يملكه بالفعل.

### الثالث: أن يصح الانتفاع بها مع بقائها

و لا- ريب أنه يجب أن يكون لذلك العين نفع محلل مع بقائها فلو وقف مالا نفع فيه بالكلية، أو كان الانتفاع به محرما، أو كان الانتفاع موجبا لذهاب عينه كالخبز و الفاكهه و الطعام بطل، و لا يشترط فى الانتفاع كونه فى الحال: فيصح وقف العبد الصغير و الدابه الصغيره،

ص: ١٧٨



ولا- يشترط كون العين مما تبقى مؤبدا فيصح وقف العبد و الثوب و أثاث البيت و القفار، و ضابطه ما عرفت من أنه ما يصح الانتفاع به منفعه محلله مع بقاءه، و التأيد المشترط فى الوقف إنما هو بمعنى دوامه بدوام وجود العين الموقوفه.

#### الرابع: أنه لا بد من إقباضها

لما تقدم من أن شرط صحة الوقف القبض، فلو لم يحصل القبض بطل، فلا يجوز وقف الآبق، و نحوه البعير الشارد، قيل:

و يشكل بأن القبض المعتبر فى صحة الوقف ليس بفورى، و حينئذ فلا- مانع من وقوع الصيغه صحيحه، و صحة الوقف مراعاة بقبضه بعد ذلك و ان طال الزمان، فان تعذر بطل، و هذا بخلاف البيع، فإنه معارضه من الجانبين، و شرطه إمكان تسليم العوضين فى الحال بالنص، فلا- يتعدى الى غيره، للأصل، و لو قدر الموقوف عليه على تحصيله فالأولى الصحة، لزوال المانع و لا- عبره بالضميمه هنا، لأن شرط الوقف القبض، و لا يكفى قبض بعض الموقوف، و هو هنا الضميمه عن الباقي، و على هذا فبين حكم البيع و الوقف بالنسبه إلى الآبق عموم و خصوص من وجه، انتهى و هو جيد.

#### الخامس: هل يجوز وقف الدنانير و الدراهم أم لا؟

قولان: مبنيان على وجود المنفعه لهما مع بقاء عينهما و عدمه، و نقل فى المبسوط الإجماع على المنع من وقفهما إلا من شد، و قد تقدم تحقيق البحث فى ذلك فى كتاب العاربه (1) و أوضحنا فيه بالأخبار الوارده عنهم عليه السلام حصول المنافع منهما مع بقاء عينهما، فليرجع اليه من أحب الوقوف عليه و الله العالم.

#### إلحاق [حكم وقف المشاع]:

الظاهر أنه لا خلاف و لا إشكال فى صحة وقف المشاع كغيره مما كان متميزا، و القبض موقوف على اذن الواقف و الشريك، و تدل على ذلك جمله من

ص: ١٧٩:

الأخبار و ان كانت بلفظ الصدقه،لما عرفت آنفا من التعبير بهذا اللفظ عن الوقف و أن أكثر استعماله قديما انما هو في هذا المعنى.

و منها

صحيحه الحلبي (١)قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دار لم تقسم فتصدق بعض أهل الدار بنصيبه من الدار؟قال:يجوز،قلت:أ رأيت ان كان هبه؟ قال:يجوز».

و رواه أبى بصير (٢)قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن صدقه ما لم تقسم و لم تقبض؟قال:جائزه إنما أراد الناس النحل فأخطأوا».

قوله صدقه ما لم تقسم و لم تقبض»يعنى ما كان مشتركا قبل القسمة،أو اشتراه مثلا و لم يقبضه،أو لم يقبضه بعد القسمة،و أما قوله«و انما أراد الناس الى آخره»فهو لا- يخلو من خفاء و غموض،و احتمال فيه بعض الأصحاب احتمالات بعيدة،الا- أنه من المحتمل قريبا بمعونه ما قدمناه فى الأمر التاسع من المسئلة الثالثه أن المراد انما أراد الناس من لفظ الصدقه فى مثل صدقه الدار النحله و الهبه أخطأوا فى ذلك،بل المراد به الوقف،كما يشير اليه قوله عليه السلام فيما قدمنا أن الصدقه محدثه،انما كانت النحله و الهبه و تسميه بعض أفرادها،هو ما كان مقرونا بالقربه صدقه،محدث من العامه،و انما الصدقه معنى الوقف.

و منه يعلم أن التقسيم الذى ذكره أصحابنا هنا من الوقف و الصدقه و الهبه، انما هو من العامه تبعهم فيه الأصحاب،و الا فليس الا الوقف المعبر عنه بالصدقه فى أخبار هذا الباب و النحله و الهبه،و هذه الصدقه التى جعلوها قسيما هنا انما هى من جمله أفراد النحل و الهبات.

و ما ذكرناه و ان لم يوافق كلامهم(رضوان الله عليهم)إلا أنه ظاهر الأخبار المذكوره،و عسى يأتى له مزيد تحقيق إنشاء الله تعالى فى باب الهبه و النحله.

ص: ١٨٠

- 
- ١- (١) الكافي ج ٧ ص ٣٤ ح ٢٤، التهذيب ج ٩ ص ١٣٣ ح ١١، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٩ ح ١.  
٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ٣١ ح ٦، التهذيب ج ٩ ص ١٣٥ ح ١٨، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٩ ح ٢.

و منها

روايه زراره (١) عن أبي جعفر عليه السلام قال:

فى الرجل يتصدق بالصدقه المشتركه قال: جائز».

و روايه الفضل بن عبد الملك (٢)

«عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل تصدق بنصيب له فى دار على رجل قال: جائز و ان لم يعلم ما هو، و الله العالم.

### المطلب الرابع فى شرائط الواقف [ (البلوغ و العقل، و جواز التصرف) ] :

#### اشاره

و المشهور أنه يعتبر فيه البلوغ و العقل، و جواز التصرف، و الكلام هنا يقع فى موضعين

#### أحدهما - فى وقف من بلغ عشرة

، و فيه قولان: استدلال على الصحه بروايه

زراره (٣) عن أبى جعفر عليه السلام قال:

إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له فى ماله ما أعتق، و تصدق و أوصى على حد معروف و حق فهو جائز».

و الظاهر أن معنى آخر للحديث أن كل ما صنع على وجه المعروف، فهو جائز.

و الروايه و ان كان موردها الصدقه، الا أن الشيخ و جماعه عدوه إلى الوقف نظرا إلى أنه بعض أفراد الصدقه بالمعنى الأعم.

أقول: ظاهر الخبر كما عرفت أن كل ما صنع على وجه المعروف فهو جائز، و حينئذ فيدخل فيه الوقف كما عرفت، و يؤيد الروايه المذكوره

موثقه جميل بن دراج (٤) عن أحدهما عليه السلام قال

يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل و صدقته، و وصيته و ان لم يحتلم.

و موثقه الحلبي و محمد بن مسلم (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

سئل عن صدقه الغلام ما لم يحتلم قال: نعم إذا وضعها فى موضع الصدقه».

- 
- ١-١) الكافي ج ٧ ص ٣٤ ح ٢٦، التهذيب ج ٩ ص ١٣٧ ح ٢٣، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٩ ح ٤.
  - ٢-٢) التهذيب ج ٩ ص ١٥٢ ح ٦٨، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٩ ح ٣.
  - ٣-٣) الكافي ج ٧ ص ٢٨ ح ١، الفقيه ج ٤ ص ١٤٥ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢١ ح ١.
  - ٤-٤) التهذيب ج ٩ ص ١٨٢ ح ٨، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢١ ح ٢.
  - ٥-٥) التهذيب ج ٩ ص ١٨٢ ح ٩، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢١ ح ٣.

قال المحقق فى الشرائع و فى وقف من بلغ عشرة تردد، و المروى جواز صدقته، و الاولى المنع، لتوقف رفع الحجر على البلوغ و الرشد، و قال فى المسالك بعد إيراد روايه زراره و قريب منها روايه سماعه: و مثل هذه الأخبار الشاذة المخالفه لأصول المذهب، بل و إجماع المسلمين، لا تصلح لتأسيس هذا الحكم.

أقول: يمكن أن يقال: ان ما دل على الحجر قبل البلوغ و الرشد و هو المشار إليه فى كلامه فى المسالك بأصول المذهب مخصص بهذه الأخبار التى ذكرناها، و نحوها غيرها مما ورد فى الوصيه،

كروايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله (١) قال:

« قال أبو عبد الله عليه السلام: «و إذا بلغ عشر سنين جازت وصيته». و فى معناها روايات عديده فى الوصيه، و نسبه جميع هذه الروايات إلى الشذوذ بعيد جدا.

نعم لو كانت المخالفه منحصره فيما نقله من الروايات لأمكن ما ذكره، إلا أنك قد عرفت كثره الأخبار بما يوجب الخروج عن تلك الأصول المذكوره، فيجب التخصيص، و لو أنه ناقش بعدم صراحه الروايه فى الوقف كما هو المدعى كان كلامه أقرب إلى القبول، إلا- أنك قد عرفت أن إطلاق الصدقه على الوقف شائع، ذائع فى الأخبار، بل هو الأصل فى الإطلاق، و انما الإطلاق على ما ذكره مستحدث و بما ذكرنا تظهر قوه ما ذهب إليه الشيخ و أتباعه فى هذه المسئله، و الله العالم.

و

**ثانيهما [فى جواز جعل الواقف النظر فى الوقف لنفسه و لغيره]**

**اشاره**

-أنه صرح الأصحاب من غير خلاف يعرف بأنه يجوز للواقف أن يجعل النظر لنفسه فى الوقف و لغيره أيضا، و لو لم يعين كان النظر إلى الواقف، أو الموقوف عليه ان قلنا بانتقال الملك إليه، و الا فالى الحاكم الشرعى، و الذى تدل على الأول الأخبار الداله على وجوب الوفاء بالشروط الا ما حلل حراما أو حرم حلالا (٢) «و على الثانى-مضافا إلى عموم ما دل على وجوب الوفاء

ص: ١٨٢

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ١٨١ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٩ ح ٣.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ١٦٩ ح ١ و ص ٤٠٤ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٢٢ ح ١٠ و ص ٤٦٧ ح ٨٠، الوسائل ج ١٢ ص ٣٥٣ ح ٥.

بالشروط-خصوص التوقيع الخارج من الناحية المقدسه (١) كما تقدم،«و فيه

و

أما ما سألت من أمر الرجل الذى يجعل لناحيتنا ضيعه يسلمها من قد يقوم بها و يعمرها و يؤدى من دخلها خراجها و مؤنتها و يجعل ما يبقى من الدخل لناحيتنا فإن ذلك لمن جعله صاحب الضيعه قيما عليها إنما لا يجوز ذلك لغيره». الحديث.

و يدل على ذلك خبر صدقه فاطمه عليها السلام بحوائطها حيث جعلت النظر فيه لعلى عليه السلام ثم الحسن ثم الحسين عليهما السلام ثم الأكبر من ولدها

روى فى الكافى و الفقيه و التهذيب عن أبى بصير (٢) و هو ليث المرادى بقرينه عاصم بن حميد عنه، فيكون الخبر صحيحا.

قال: قال أبو جعفر عليه السلام:

ألا- أفرؤك وصيه فاطمه عليها السلام؟ قال: قلت: بلى، قال: فأخرج حقا أو سफطا فاخرج منه كتابا فقراه: بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصت به فاطمه بنت محمد رسول الله صلى الله عليه و آله أوصت بحوائطها السبعة: العواف، و الدلال، و البرقه، و الميثب، و الحسنى، و الصافيه، و ما لأم إبراهيم إلى على بن ابى طالب عليه السلام فإن مضى على فإلى الحسن فان مضى الحسن فإلى الحسين فإن مضى الحسين فإلى الأكبر من ولدى-شهد الله على ذلك، و المقداد بن الأسود، و الزبير بن العوام و كتب على بن أبى طالب عليه السلام.

و قد تقدم ما يدل أن هذه الحوائط كانت وقفا (٣)، و كان رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) يأخذ منها ما ينفق على أضيافه، و أن العباس خاصم فاطمه عليها السلام فيها بعد موته، فشهد على عليه السلام و غيره أنها كانت وقفا على فاطمه.

و منها

حديث وقف على عليه السلام أمواله التى له فى ينبع (٤) و قد تقدم شرط منه

ص: ١٨٣

١-١) الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٠ ح ٨.

٢-٢) الكافى ج ٧ ص ٤٨ ح ٥ و ص ٤٩ ح ٦، التهذيب ج ٩ ص ١٤٤ ح ٥٠، الفقيه ج ٤ ص ١٨٠ ح ١٣، الوسائل ج ١٣ ص ٣١١ ح ١.

٣-٣) الكافى ج ٧ ص ٤٧ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ١٤٥ ح ٥١، الوسائل ج ١٣ ص ٣١١ ح ٢.

٤-٤) الكافى ج ٧ ص ٤٨ ح ٧، التهذيب ج ٩ ص ١٤٦ ح ٥٥، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٢ ح ٤.

«و فيه أنه يقوم على ذلك الحسن عليه السلام يأكل منه بالمعروف، ثم ذكر بعده الحسين عليه السلام ثم من بعده الى من يختاره الحسين عليه السلام و يثق به. الحديث ملخصاً».

و منها صدقه الكاظم (١) عليه السلام بأرضه، و قد جعل الولاية فيها الى الرضا عليه السلام و ابنه إبراهيم ثم على من بعدهم على الترتيب المذكور في الخبر، هذا كله مع الشرط لنفسه أو لغيره.

و أما لو لم يعين فإنه يبنى القول في ذلك هنا على أنه هل ينتقل الوقف عن الواقف بالوقف أم لا؟ و على الأول فهل ينتقل الى الموقوف عليه مطلقاً، أو لله سبحانه مطلقاً، أو للموقوف عليه ان كان على وجه عامه؟ و على الأول و الثالث فالنظر لكل منهما، و على الثاني و الرابع فالنظر للحاكم، حيث لا يوجد الخاص و يصير الواقف في ذلك كالأجنبي، و سيأتي الكلام في تحقيق المسئلة المذكوره ان شاء الله تعالى.

[تنبيهات]

بقي في المسئلة أمور يجب التنبيه عليها،

### **الأول [هل يعتبر العدالة في الواقف لو جعل نفسه متولياً؟]**

-متى قلنا ان النظر للواقف ابتداء أو مع شرطه، فهل تشترط عدالته أم لا؟ ظاهر الأصحاب الثاني، و به قطع في التذكرة مع احتمال اشتراطها، لخروجه بالوقف عن الملك، و مساواته لغيره، فلا بد من اعتبار العدالة في التولية، كما تعتبر في غيره.

و علل العدم بأنه انما نقل ملكه عن نفسه على هذا الوجه، فيتبع شرطه و المسئلة محل توقف لعدم النص، أما بالنسبة إلى غيره ممن شرطه في العقد أم لم يشترطه فلا بد من العدالة فيه، لا أعرف خلافاً فيه، و يدل عليه ما في

خبر صدقه أمير المؤمنين (٢) عليه السلام

بماله الذي في ينبع حيث قال في آخره بعد ذكر الحسن و الحسين عليهما السلام كما قدمنا الإشارة إليه، قال فان حدث بحسن و حسين حدث فإن

ص: ١٨٤

١- (١) الكافي ج ٧ ص ٥٣ ح ٨، التهذيب ج ٩ ص ١٤٩ ح ٥٧، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٤ ح ٥.

٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ٤٩ ح ٧، التهذيب ج ٩ ص ١٤٦ ح ٥٥، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٢ ح ٤.

الآخر منهما ينظر في بنى على، فان وجد فيهم من يرضى بهديه و إسلامه و أمانته، فإنه يجعله اليه ان شاء، وان لم ير فيهم بعض الذى يريد فإنه يجعله الي رجل من آل أبى طالب يرضى به، فان وجد آل أبى طالب قد ذهب كبرائهم، و ذوو آرائهم فإنه يجعله الي رجل يرضاه من بنى هاشم». الحديث.

قالوا: فان لم يكن عدلا أو خرج عنها خرج عن النظر، و كان الحكم كما لو أطلق، و لو عادت العدالة عاد الي النظران كان مشروطا من الواقف، و إلا فلا، قالوا: و يشترط فيه مضافا الي ذلك الاهتداء إلى كيفية التصرف كما يعتبر ذلك في الوصى.

### **الثانى [فى عدم وجوب قبول الغير النظر فى الوقف]**

قد عرفت أنه متى صرح بالنظر للغير صح إلا أنه لا يجب على ذلك الغير القبول، و لو قبل لم يجب عليه الاستمرار، لأنه فى معنى التوكيل، كذا صرح به فى الدروس.

أقول: كما يحتمل أنه فى معنى الوكالة فيترتب عليه ما ذكره، كذلك يحتمل أنه فى معنى الوصية فيجب عليه الاعلام بعدم القبول، و إلا لزمه القيام بذلك و يمكن ترجيح الأول بأن الأصل عدم الوجوب، و إذا كان الأصل عدم وجوب القبول عليه ابتداء استصحب الحكم فى عدم الاستداه، فلا- يجب عليه الاستمرار استصحابا للأصل المذكور، فإذا رد صار كما لا ناظر له ابتداء فيتولاه الحاكم أو الموقوف عليه ان قلنا بالانتقال اليه، و كيف كان فالحكم لا يخلو من شوب التردد.

### **الثالث [أقسام الناظر]**

#### **اشاره**

-الناظر من قبل الواقف على قسمين

#### **أحدهما- أن يكون مشروطا فى العقد**

، و إذا كان كذلك فإنه لا يجوز للواقف عزله، عملا بوجوب الوفاء بالشروط الا أن يظهر ما يوجب عزله.

و

#### **ثانيهما- ما لم يكن كذلك**

، بأن نصبه بعد العقد بالنظر المتناول فإنه يجوز عزله متى شاء، لأنه حينئذ فى حكم الوكيل الذى يجوز عزله بعد الوكالة متى أراد.



## الرابع - لو شرط للناظر شيئا من الربيع

صح و كان ذلك اجره عمله ليس له ازيد منه و ان كان اقل من الأجره و ان أطلق فله مثل أجره عمله.

أقول: ان أريد بالإطلاق هو عدم ذكر شيء معين، مع ذكر ما يوجب ان له أجره، فما ذكره جيد، و ان أريد وقوع العقد خاليا من التعرض لذلك نفيًا و لا إثباتًا فما ذكره مشكل، لأن الوقف قد انتقل بالعقد إلى من عينه الواقف من الموقوف عليه، و إخراج شيء منه يحتاج الى دليل، و ليس في العقد ما يدل على ذلك كما هو المفروض، و النصوص الداله على جواز جعل الواقف ناظرًا للوقف خاليه من ذلك، و الظاهر أن الناظر إنما رضى بذلك مجانًا فلا يستحق أجره.

## الخامس [في بيان وظيفة الناظر]

قد صرحوا بأن وظيفة الناظر في الوقف العماره له أولاً، و تحصيل الربيع و قسمته على المستحق، و حفظ الأصل و الغله، و نحو ذلك من مصالحه.

أقول: و قد صرح بذلك في التوقيع المتقدم ذكره و هو المفهوم من إطلاق باقى الأخبار، و مقتضاه انه لا يجوز التصرف في شيء من الأعمال المذكوره، و لا في الغله إلا باذنه، و لو كان التصرف من الموقوف عليه و هو مقتضى إطلاق كلام الأصحاب أيضا.

قال في المسالك: و فيه اشكال، من وجهين: أحدهما - ما لو كان الموقوف عليه متحدا، اما ابتداء أو لاتفاق ذلك في بعض الطبقات، فإنه مختص بالغله، فتوقف تصرفه على اذن الناظر بعيد، لعدم الفائده خصوصا مع تحقق صرفها إليه بأن تكون فاضله عن العماره و غيرها مما يقدم على قسمه يقينا، نعم لو أشكل الحال توقف على اذنه قطعًا، لاحتمال أن يحتاج إليها أو الى بعضها في الأمور المتقدمه على اختصاص الموقوف عليه.

أقول: يمكن الجواب عن ذلك بأنه لا - عموم في الأمرين المتقدمين على وجه يشمل ما ذكره من هذه الصوره، فإن الظاهر من نصب الناظر انما هو فيما يحتاج الى النظر و العمل، مثل التعمير و دفع الخراج، و قسمه الحاصل بين أربابه

و نحو ذلك، لا مطلقا بحيث يشمل مطلق التصرف، و إلا لأدى ذلك الى انه لا يجوز لأحد من الموقوف عليه بعد القسمة و تميز حصته، التصرف فيها إلا بإذنه، مع أنه ليس كذلك اتفاقا.

و بالجملة فإن حكم الغله فيما فرضه، حكمها فيما لو قسمها الناظر و ميزه فكما أنها اختصت بصاحبها في صوره القسمة، كذلك في صوره الاتحاد، ثم قال (قدس سره): و ثانيهما-الأوقاف العامه على المسلمين، و نحوهم التي يريد الواقف انتفاع كل من الموقوف عليه بالثمره إذا مر بها، كأشجار الثمار، فان مقتضى القاعده أيضا عدم جواز تصرف أحد منهم في شىء منه، إلا بإذن الحاكم، و لا يخلو من اشكال و تفويت لكثير من أغراض الواقف، بل ربما دلت القرينه هنا على عدم اراده الواقف النظر على هذا الوجه، بل يريد تفويض الانتفاع إلى كل واحد من أفراد تلك الجبهه العامه، فكأنه في قوه جعل النظر إليه، لكن هذا كله لا يدفع الاشكال، لما تقدم من أنه بعد الوقف حيث لا يشترط النظر لأحد يصير كالأجنبي، و ينتقل الحكم إلى الحاكم، فلا عبره بقصده خلاف ذلك حيث لا يوافق القواعد الشرعيه، و جعل مثل هذا الإطلاق نظرا لكل واحد في حيز المنع.

و بالجملة فهذه القواعد الشرعيه المتفق عليها لا تدفع. بمثل هذا الخيال، و ينبغي أن يقال: ان المتصرف على هذا الوجه يأثم خاصه، و يملك حيث لا- يجب صرف الثمره في الأمور المتقدمه على صرفها إلى الموقوف عليه، و كذا القول في تصرف الموقوف عليه المتحد.

أما المتعدد فلا، لأن قسمتها و تميز حق كل واحد من الشركاء يتوقف على الناظر، و حينئذ فيكون كالتصرف في المال المشترك بغير إذن الشريك، فيستقر في ذمته حصه الشريك من ذلك، و لم أقف في هذه الأحكام للأصحاب على شىء، فينبغي تحرير النظر فيه، انتهى.

أقول: و يمكن الجواب أيضا بما قدمنا في سابقه، فإنه متى كان الأمر

كما ذكره من أن الغرض من وقفه على المسلمين انتفاع كل من الموقوف عليه بالثمره إذا مر بها، فإنا لا- نسلم دخوله تحت القاعده المذكوره، لأن ذلك في قوه قوله من شاء أن يأكل من هذه الثمره، فهو مأذون، و مع تسليم التوقف على إذن الحاكم، فالواجب على الحاكم أيضا أن يأذن إذنا عاما على حسب اراده الواقف و مطلوبه، فلا يتوقف كل فرد فرد من أفراد تلك الجبهه الموقوف عليها إلى إذن خاص، كما ظنه (قدس سره).

و يؤيد ما قلناه قوله «بل ربما دلت القرينه على عدم اراده الواقف النظر على هذا الوجه إلى آخره» و جوابه عن ذلك بأنه لا عبره بقصد الواقف ذلك بعد رجوع الأمر إلى الحاكم، حيث انه يصير مع عدم الاشتراط كالأجنبي فلا عبره بقصده خلاف ما يقتضيه نظر الحاكم، مردود، بأننا نجعل هذا القصد من الواقف قرينه على عدم دخول هذا الفرد في الإطلاق، بمعنى استثنائه من ذلك، فلا يرجع إليه في هذه الصوره، على أن ما ذكره من أنه بعد الوقف حيث لا- يشترط النظر لأحد كالأجنبي، و ينتقل الحكم إلى الحاكم، فلا عبره بقصده خلاف ذلك، محل منع و كيف لا، و العقود تابعه للقصد، و مقتضى القواعد الشرعيه هو الوقوف على ما علم منه من القصد صريحا أو بقرينه أو نحو ذلك و كونه أجنبيا بعد العقد لا يوجب الخروج عما عينه و قصده، و إنما المراد منه ليس له بعد العقد إحداث شيء على خلاف ما دل عليه العقد، و النظر الذي انتقل إلى الحاكم الشرعي إنما هو على حسب ما دلى عليه العقد، و لا- يجوز له الخروج عن مقتضاه، و هو قد فرض في صوره الاشكال أنه و بما دلت القرينه هنا على عدم اراده الواقف النظر على هذا الوجه، بل يريد تفويض الانتفاع إلى كل واحد من أفراد تلك الجبهه العامه إلى آخره.

و حينئذ فإنه متى كان الأمر كذلك فلا ريب أنه في قوه التقييد للوقف بما ذكره، و التصريح به، فكيف تجوز مخالفته و الخروج عنه، و يكون الخروج عنه موافقا للقواعد الشرعيه، بل الوقوف عليه هو مقتضى القواعد الشرعيه،

و الخروج عنه على خلافها، فتأمل به بعين البصيره، و تناوله بيد غير قصيره ليظهر لك ما فى الزوايا من الخبايا، و كم ترك الأول  
للآخر كما هو المثل السائر، و بذلك يظهر أنه لا اثم على الأخذ فى الصورتين المذكورتين كما ظنه (قدس سره)، و الله العالم.

### المطلب الخامس فى شرائط الموقوف عليه:

#### اشاره

و يشترط فيه أن يكون موجودا و له أهليه التملك، أو تابعا لموجود كذلك، و أمكن وجوده عاده، و كان قابلا للوقف.

فهنا مسائل

### [المسأله الأولى] بطلان الوقف على المعدوم :

#### اشاره

الظاهر أنه لا خلاف فى بطلان الوقف على المعدوم ابتداء، و لم أقف على نص فى المقام، الا أنه يمكن أن يقال: مضافا إلى ظاهر  
الاتفاق أن الوقف نقل للمنفعه البتة أو العين على أحد الأقوال إلى الموقوف عليه، و المعدوم لا يصلح لذلك.

قالوا: و فى معناه الحمل أيضا، لأنه و ان كان موجودا الا أنه غير صالح للتملك ما دام حملا، فان قيل: انه تصح الوصيه له، و هو نوع  
تمليك فالجواب الفرق بين الأمرين، فإن الوقف تمليك فى الحال، فلا بد من قابليه الموقوف عليه للتملك، و الوصيه تمليك فى  
المستقبل، فالتملك فيها مراعى بوضعه حيا، فلو مات قبل خروجه حيا بطلت، و لم يرثها وارثه، بخلاف ما لو خرج حيا و لو لحظه  
ثم مات، فإنها يكون ميراثا.

نعم لو ذكر المعدوم تبعا لموجود كما لو وقف على أولاده الموجودين، و من سيوجد منهم صح بلا خلاف يعرف، و كذا لو  
وقف على أولاده و من سيتجدد منهم، و هكذا، أما لو كان التابع ممن لا يمكن وجوده، كالميت أو لا يقبل الملك كالعبد بطل  
فيما يخصه، و لو ذكر المعدوم أولا ثم الموجود كان منقطع الأول، و كذا نفسه أو الميت أو العبد، ثم بعده الموجود، و قد تقدم  
الكلام، فى ذلك فى المسئله الرابعه

ص: ١٨٩

من المطلب الثاني فى شرائط الوقف (١) ونقل ما فيها من الخلاف محررا محققا، فلا حاجة إلى إعادته، ثم انه ينبغي أن يعلم أن عدم صحه الوقف على العبد إنما هو بناء على القول بأنه لا يملك، أولا يملك الا فاضل الضريبه مما لا يدخله الوقف، أما على القول بكونه يملك، و ان كان محجورا عليه فى التصرف، فإنه لا مانع من الوقف عليه، و به صرح الأصحاب (رضى الله عنهم) أيضا قيل: و لا ينصرف الوقف إلى مولاه، لأنه غير مقصود فى العقد، و العقود بالقصود.

أقول: الظاهر أن هذا الكلام خرج فى معرض الرد على بعض العامه، حيث جوز الوقف على العبد، و جعله مصروفا إلى مولاه، و لا ريب فى ضعفه، لما عرفت من أن العقود تابعه للقصود، و مولاه لم يقصد بالوقف عليه، فمن أين ينصرف إليه.

### تنبيه [حكم الوقف على المساجد] :

قد عرفت أن من جملة الشروط فى الموقوف عليه أن يكون له أهليه التملك، و يشكل ذلك بالوقف على المساجد و القناطر و نحوهما، فإنه مما لا خلاف فيه، مع أن شيئا منها غير قابل للتملك كما لا يخفى، و الجواب ما صرح به الأصحاب من أن الوقف المذكور فى التحقيق إنما هو وقف على المسلمين، باعتبار بعض مصالحهم، و لا- ريب أنهم قابلون للتملك، و غايته أنه وقف عليهم باعتبار مصلحه خاصه من مصالحهم، فكأنه وقف عليهم بشرط صرفه فى مصرف خاص، و مصلحه خاصه، و لا منافاه فيه.

و ربما ظهر من الصدوق من المنع من الوقف على المساجد،

لما روى فى كتابه مرسلا (٢) قال:

«و سئل عليه السلام عن الوقوف على المساجد، فقال: لا يجوز، فان المجوس أوقفوا على بيوت النار».

و روى فيه و فى التهذيب عن أبى الصحرارى (٣)

ص: ١٩٠:

١-١ (١) ص ١٥٥.

٢-٢ (٢) الفقيه ج ١ ص ١٥٤ ح ٤٢.

٣-٣ (٣) التهذيب ج ٩ ص ١٥٠ ح ٥٨، الفقيه ج ٤ ص ١٨٥ ح ٢. و هما فى الوسائل ج ٣ ص ٥٥٢ ح ١ و ٢.

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: رجل اشترى دارا فبقيت عرصه فبناها بيت غله أ يوقفه على المسجد؟ فقال: ان المجوس أوقفوا على بيت النار».

و المستفاد من الخبرين تعليل المنع بالتشبه بالمجوس، و لم يتعرض لنقل الخبرين المذكورين أحد من الأصحاب في هذا المقام، فضلا عن الجواب عنها، و يمكن حملهما على الكراهه، بناء على أن المفهوم من الأخبار خفه المؤنه في المساجد، لا كما هو المتعارف في هذه الأزمان من التكاليف الزائده فيها، كما لا يخفى، و الله العالم.

### المسئله الثانيه [الخلاف في الوقف على الكافر]:

#### اشاره

قد اختلف الأصحاب (رضى الله عنهم) في الوقف على الكافر و قد اضطرب كلامهم في هذا المقام، فقيل: بالجواز مطلقا، و المنقول عن الشيخين (عطر الله مرقديهما) أنهما منعا من وقف المسلم على الكافر، إلا أن يكون من الأقارب سواء كان الأبوين أو غيرهما من ذوى الأرحام، و به قال أبو الصلاح و ابن حمزه، و عن سلا و ابن البراج الحكم بالبطلان مطلقا و ان كان من الأبوين.

و اضطرب كلام ابن إدريس فقال: يصح وقف المسلم على والديه الكافرين دون غيرهما من الأهل و القرابات و غيرهم، لقوله تعالى (١) «وَ صَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا» و أما غيرهما فلا يجوز و ان كان قريبا، لأن شرط الوقف القربه، و لا يصح التقرب إلى الله تعالى بالوقف على الكافر، و نسب كلام الشيخ في النهايه من صحه الوقف على الأقارب، إلى أنه خبر واحد بلفظه إيرادا لا اعتقادا، كما أورد غيره، إلى أن قال: و الأولى عندي أن جميع ذوى أرحامه من الكفار يجرون مجرى أبويه الكافرين في جواز الوقف عليهم، لحثه (صلى الله عليه و آله و سلم) بصله الأرحام (٢) قال: و بهذا أفتى، ثم أمر بلحظه و تأمله، ثم نقل بعد ذلك بكلام طويل عن الشيخ في الخلاف أنه يجوز الوقف على أهل الذمه إذا كانوا

ص: ١٩١

١- ١) سورة لقمان- الايه ١٥.

٢- ٢) الكافي ج ٤ ص ١٠ ح ٣، الوسائل ج ٦ ص ٢٨٦ ح ٢.

أقاربه، ثم قال: وقد قلنا ما عندنا فى هذه المسئلة أنه لا يجوز الوقف على الكفرة الا أن يكون الكافر أحد الأبوين، لأن من صحه الوقف و شرطه نيه القربه، انتهى.

و اضطرابه ظاهر، و حينئذ ففى المسئلة أقوال أربعة: الأول-الجواز مطلقا، و استدل عليه بالعمومات، مثل

«الوقف على حسب ما يوقفها أهلها (١)».

«و لكل كبد حرى أجر (٢)». و قوله تعالى «لَا يَنْهَىٰكُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَ لَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَ تُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ (٣)».

الثانى-المنع، و استدل عليه بقوله عز و جل «لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ وَ لَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ (٤)» الآية.

الثالث-تخصيص الجواز بالأرحام، و مستنده الجمع بين ما ذكر و بين الأخبار الداله على وجوب صله الأرحام (٥).

و الرابع-التخصيص بالأبوين، و وجهه ما ذكر مضافا إلى قوله تعالى « وَ صَيَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا (٦)» و قوله «وَ صَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا (٧)» فيجب الجمع بين الأدله مما دل على المنع، و مما دلت عليه هذه الأدله بالتخصيص بالأبوين.

و المفهوم من كلام المتأخرين كالمحقق و غيره تقسيم الكافر إلى حربى و ذمى،

ص: ١٩٢

١- (١) الفقيه ج ٤ ص ١٧٦ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ١٢٩ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٧ ح ٢.

٢- (٢) الكافى ج ٤ ص ٥٧ ح ٢ و ص ٥٨ ح ٦ و فيه «أفضل الصدقه إبراد كبد حرى» الوسائل ج ٦ ص ٣٣٠ ح ٢ و ٥ و ص ٢٨٤ ح ٢.

٣- (٣) سورة الممتحنه-الآيه ٨.

٤- (٤) سورة المجادله-الآيه ٢٢.

٥- (٥) الكافى ج ٤ ص ١٠ باب الصدقه على القرايه، الوسائل ج ٦ ص ٢٨٦ الباب ٢٠.

٦- (٦) سورة الأحقاف-الآيه ١٥.

٧- (٧) سورة لقمان-الآيه ١٥.

و القول فى الأول بالمنع مطلقا، والخلاف فى الثانى بهذه الأقوال الأربعة، فمحل هذه الأقوال عندهم إنما هو الذمى.

و يشير إلى ما ذكرنا أن المحقق فى الشرائع قال: و لا يقف المسلم على الحربى و ان كان رحما، و يقف على الذمى و ان كان أجنبيا، و شيخنا الشهيد الثانى فى الشرح نقل الأقوال الأربعة فى الذمى، ثم قال: و اعلم أنه لم يرد فى عبارات المتقدمين الا الوقف على الكافر غير المبسوط، فإنه صرح بالذمى، و لعل مرادهم ذلك يعنى لعل مراد الأصحاب بالكافر الذى أطلقوه و جعلوه محل البحث و الخلاف فى المسئلة هو الذمى، دون الحربى.

و اختار فى المسالك المنع فى الحربى مطلقا، كما هو مذهب المصنف، و ظاهره أيضا الميل إلى قوله فى الذمى، حيث قال بعد نقل الأقوال الأربعة المتقدمه: و كيف كان فالقول بالمنع مطلقا ضعيف، و قول المصنف لا يخلو من وجه.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنى لم أقف فى النصوص على ما يدل على حكم الوقف على الكافر ذميا كان أو غيره، و نسبه ابن إدريس فى رده على الشيخ فى النهايه ما ذكره فى النهايه إلى أنه خبر واحد أورده الشيخ إيرادا لا اعتقادا، ربما أشعر بوجود خبر بذلك، الا أنه لم يصل إلينا كما عرفت.

نعم يبقى الكلام فيما ذكر من العمومات التى ذيلت بها الأقوال المتقدمه و هى أيضا غير خاليه من الاشكال، سيما الآيات المذكوره، فإن الآيه التى استدل بها على الجواز مطلقا، ظاهره فى ذلك حتى قال أمين الإسلام الطبرسى - فى تفسيرها من كتابه مجمع البيان على ما نقله عنه بعض الأعيان بعد كلام فى البين -:

و الذى عليه الإجماع أن بر الرجل من يشاء من أهل الحرب قرابه كان أو غير قرابه ليس بمحرم، و إنما الخلاف فى إعطائهم مال الزكاه و الفطره و الكفارات، فلم يجوزه أصحابنا، و فيه خلاف بين الفقهاء، و هو كما ترى صريح فى دعوى الإجماع على جواز برهم، و الوقف من جمله ذلك، فالآيه كما ترى دليل ظاهر



على القول المذكور.

و أما الاستدلال بحديث

«الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها». فقد عرفت أننا ما فيه، والحديث الذى بعده، وان لم يكن ظاهرا فى الدلالة، الا انه صالح للتأييد.

و أما الآية التى استدلت بها على المنع مطلقا فهى ظاهره الدلالة أيضا على القول المذكور، وفى معناها قوله عز و جل (١) يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّبِعُوا عِدْوِيَّ وَ عَدُوَّكُمْ أَوْلِيَاءَ تُلْقُونَ إِلَيْهِم بِالْمَوَدَّةِ، وَقَدْ كَفَرُوا بِمَا جَاءَكُمْ مِنَ الْحَقِّ» الآية و هما صريحتان فى النهى عن موده الكافر، ولا ريب أن الوقف عليه إنما ينشئ من المحبه و الموده، و هو مؤكد لها، والحال أنه منهى عن الموده التى نشأ منها الوقف، و تأكد بها، فيكون منهيها عنه أيضا بالطريق الأولى.

نعم لا- يخفى أن الآية الأولى و ان دلت على الجواز مطلقا الا- أنه يدفعها بالنسبه إلى الحربى أولا- للقول باشتراط القربه فى الوقف، و قد عرفت أنه مذهب جملة من الأصحاب (رحمهم الله) فإنه مقتضى الأدله، و التقرب إلى الله تعالى بصلته مع نهيه سبحانه عن مودته لا يجتمعان.

و ثانيا حل أمواله للمسلمين، فان مال الحربى فىء للمسلمين يصح أخذه و بيعه، و هو ينافى صحه الوقف عليه، و المعارضه كما ترى حاصله بين الآية المستدل بها على الجواز، و بين ما ذكرناه، و لم يظهر لى وجه يجمع به بينهما، و بذلك يزيد الاشكال.

و من ثم أنه فى المسالك رجح القول بالمنع فى الحربى، و الجواز فى الذمى، لكن الواجب عليه كان أن يجيب عن الآية الداله على الجواز مطلقا، مع أنه لم يتعرض لذلك، إلا أنه خص آيه الجواز بالذمى كما أشرنا إليه آنفا، من أنه جعل الأقوال الأربعة فى الذمى خاصه، و الآية كما ترى أعم، بل صريح أمين الإسلام

ص: ١٩٤

الطبرسى كما عرفت هو كونها فى الحربى، و ربما قيل: بأن النهى عن المواده فى تلك الآيه إنما هو من حيث المحاده، فلا ينافيه الوقوع على غير تلك الحيشه، و هو محتمل، و به يقوى الاعتماد على الآيه الأخرى مع ما عرفت من المعارض لها و بالجمله فالمسئله عندى لما عرفت محل اشكال و إعضال، و الله العالم بحقيقه الحال.

### **إلحاق [حكم وقف الكافر على مثله]**

قد عرفت الكلام فى وقف المسلمين على الكفار، بقى الكلام فى وقف الكافر على مثله مطلقا، أو وقف الحربى على الذمى أو الذمى على الذمى خاصه، فظاهر الأصحاب الصحه، و كذا الوقف على البيع و الكنائس، و علل الصحه باعتقادهم شرعيته، مضافا إلى إقرارهم على دينهم.

و الثانى: إنما يتم بالنسبه إلى الذمى، و المسئله محل توقف لعدم الظفر فيها بنص، و يشكل أيضا باشتراط القربه فى الوقف على القول به، حيث أن ذلك معصيه فى الحقيقه و الواقع، فلا يعقل التقرب و الحال ذلك، الا أن يحمل قصد القربه على قصدها فى الجمله، و ان لم يحصل حقيقه، أو يخصص قصدها ممن يعتقد حصولها، و الأول بعيد غايه البعد، فإنه لغو محض، و الثانى أيضا لا يخلو من بعد، و ان استظهره فى المسالك، و لهذا ان الأصحاب منعوا من تولى الكافر الأفعال المشروطه بالقربه، مثل غسل الأموات و نحوه، و أبطلوا ذلك من حيث عدم تأتى ذلك من الكافر.

### **المسئله الثالثه [فى حكم الوقف على البيع و الكنائس]:**

قد صرح الأصحاب (رضى الله عنهم) ببطلان الوقف على البيع و الكنائس، و كذا لو وقف فى معونه الزناه و قطاع الطريق، و شاربى الخمر و أمثالهم، و كذا على الكتب السابقه كالتوراه و الإنجيل من غير خلاف يعرف.

أما الأول فالوجه فيه على ما قالوه و ان قلنا بجواز الوقف على أهل الذمه كما أحد الأقوال المتقدمه، هو الفرق بين الأمرين، فإن الوقف على أهل الذمه

أنفسهم لا- يستلزم معصيه، حيث أن نفعهم من حيث الحاجه، و أنهم عباد الله، و من جمله بنى آدم، و ممن يجوز أن يتولد منهم المسلمون، و لا معصيه فيه، و ما ربما يترتب عليه من الإعانه على شرب الخمر، و سائر المحرمات التى يستحلونها فهى غير مقصوده للوقف، و لو فرض قصدها حكماً ببطلان الوقف، و كذا لو وقف عليهم لكونهم كفاراً بل على فسقه المسلمين، كما سيأتى الكلام فيه إنشاء الله تعالى.

و بالجمله فالمدار فى البطلان و الصحه على الغايه المترتبه على الوقف، و لما كانت الغايه المترتبه عليه بالنظر إلى ما قلنا صحيحه سائغه، صح الوقف، و هذا بخلاف الوقف على البيع و الكنائس، حيث أنه و ان كان وقفاً على جهه خاصه من مصالح أهل الذمه، إلا أنه معصيه محضه، لما يتضمن من الإعانه لهم على الاجتماع لتلك العبادات المحرمه، و رسوخهم فى الكفر، فالغرض و الغايه من الوقف هنا ليس على حسب باقى الغايات المترتبه على الوقف عليهم أنفسهم، فلذا صح الوقف هناك، و بطل هنا.

و أما الثانى فالوجه فيه ظاهر، لانه متى كان الغرض المترتب على الوقف و الغايه المقصوده منه إنما هو معونه هؤلاء من هذه الحيثيات المذكوره التى لا ريب فى تحريمها، و أنها معينه، فلا ريب أن الوقف معصيه، فإن الإعانه على المعصيه معصيه.

و اما لو وقف على من هو متصف بذلك من المسلمين، لكنه لا من هذه الحيثيه فلا إشكال فى صحته، سواء أطلق أم قصد جهه محلله.

و اما الثالث فعلة الأصحاب بأن الكتابين المذكورين محرران عما كانا عليه أولاً، و مع ذلك فهما منسوخان، و لهذا حكموا بعدم جواز حفظهما، كما تقدم فى مقدمات كتاب التجاره من عدم جواز حفظ كتب الضلال.

نعم جوزوا الحفظ للنقض و الحجج بها، و قد نقل الأصحاب فى هذا المقام

حديثاً من طرق العامه و هو أنه

قد روى عن النبي (1) (صلى الله عليه و آله و سلم)

«أنه قد خرج إلى المسجد فرأى في يد عمر صحيفه، وفيها شيء من التوريه، فغضب (صلى الله عليه و آله و سلم) لما رأى الصحيفه فى يده، وقال: أفى شك أنت يا ابن الخطاب؟ ألم آت بها بيضاء نقيه حتى لو كان أخى موسى حيا لما وسعه إلا اتباعى». قال: فى المسالك بعد نقل الخبر المذكور، و هذا يدل على أن النظر إليها معصيه، و إلا لما غضب منه (صلى الله عليه و آله و سلم) لذلك.

أقول: و قد نقل ابن أبى الحديد فى شرح نهج البلاغه مثل هذا الخبر عن عمر أيضا بوجه المنع، و قد ذكرناه فى كتابنا سلاسل الحديد فى تقييد ابن أبى الحديد، و بينا ما فيه من نفاق ذلك الطاغى العنيد.

قال فى المسالك: و ينبغى جواز الوقف عليها على الوجه الذى يجوز إمساكها لأجله و هو النقض و الحجج، لأن الحجج طاعه، إلا أن الغرض لما كان نادرا أطلقوا المنع عليها، انتهى.

أقول: و مقتضى ما ذكره هنا جواز الوقف على كتب الشريعه، و الظاهر أنه لا اشكال فيه، و هل يدخل فى ذلك كتب أهل الخلاف أم لا؟ و جهان مبيان على أنه هل تدخل تلك الكتب تحت كتب أهل الضلال أم لا و قد تقدم الكلام فى ذلك فى الموضوع المشار إليه آنفا، فعلى الأول كما هو الأظهر لا يجوز، و على الثانى كما اختاره بعض محققى متأخرى المتأخرين يجوز، و الله العالم.

**المسئله الرابعه [فى شمول وصف الموقوف عليه أو نسبته لكل من تناوله الإطلاق]:**

**اشاره**

إذا وصف الموقوف عليه بصفه أو نسبه، دخل فيه كل من تناوله الإطلاق عرفا مع اتفاق العرف أو الاصطلاح على ذلك، و إلا فالمتعارف عند الواقف، اعتبارا بشاهد الحال، و لو كان ثمه قرائن و جب العمل بمقتضاها.

و فى هذا الباب صور

**منها - ما لو وقف على الفقراء**

، فان كان الواقف مسلما انصرف إلى فقراء المسلمين، و ان كان كافرا و قلنا بصحه وقف الكافر انصرف



إلى فقراء نحلته، و الوجه فيه، أن صفة الفقر و ان شملت لغه لكل من المسلم و الكافر، و مقتضاه العموم للجميع فى كل من الصورتين المذكورتين، إلا أن العرف و شاهد الحال يدل على اراده المسلمين فى الأولى، و أهل نحلته الواقف فى الثانية، و العرف عندهم مقدم على اللغه، و هذا يتم مع تحقق دلالة العرف و شهاده الحال عليه، و الا فاللغه مقدمه، إلا أنه لما كان تحقق الدلاله العرفيه هنا و شهاده الحال بذلك ظاهرا جزموا بالحكم المذكور من غير تردد.

بقى أنه لو وقف على الفقراء فهل يجب تتبع من خرج عن بلد الوقف أو يكفى الدفع إلى فقراء البلد؟ صرح جملته من الأصحاب بالثانى، و علل بأن الوقف على غير منحصر إنما هو وقف على الجهه، لا على أشخاصها، و مصرف الجهه من اتصف بوصفها من فقر أو فقه لو كان الوقف على الفقهاء، فلا يجب الدفع إلى جميع الأشخاص الداخلين فى الوصف، و يدل عليه ما رواه

ثقه الإسلام فى الكافى عن على بن محمد بن سليمان النوفلى (١) قال:

« كتبت إلى أبى جعفر الثانى عليه السلام أسأله عن أرض وقفها جدى على المحتاجين من ولد فلان بن فلان و هم كثير متفرقون فى البلاد فأجاب عليه السلام ذكرت الأرض التى أوقفها جدك على فقراء ولد فلان بن فلان و هى لمن حضر البلد الذى فيه الوقف، و ليس لك أن تتبع من كان غائبا.»

و ظاهر الخبر الاختصاص بمن حضر البلد لظاهر اللام، المؤذن بالملك أو الاختصاص، و الأصحاب صرحوا بأنه لو تتبع جاز، لأن المنفى إنما هو وجوب التتبع، و الظاهر من الخبر خلافه، و ان أمكن احتمالاه.

و ظاهر الخبر وجوب استيعاب من فى البلد، و به صرح بعضهم، و قيل:

يجزى الاقتصار على ثلاثه مراعاة للجمع، مع ما علم من أن الجهه لا- يقتضى الأشخاص، و قيل: يكفى اثنين، بناء على أنه أقل الجمع.

قال فى المسالك: و يحتمل جواز الاقتصار على واحد، نظرا الى أن الأشخاص

ص: ١٩٨

مصرف الوقف، لا- مستحقوه إذ لو حمل على الاستحقاق و عمل بظاهر اللفظ لوجب الاستيعاب، لأنه جمع معرف مفيد للعموم، فيجب التتبع ما أمكن، انتهى.

و فيه أن الظاهر من الخبر المذكور هو وجوب استيعاب من في البلد، فلا ينبغي الالتفات الى هذه الأقوال، و لا الى ما عللت به.

### و منها ما لو وقف على المسلمين

، و الظاهر صدقه على من أقر بالشهادتين مع عدم إنكاره ما علم من الدين ضروره، فيدخل فيه جملة الشكاك و المستضعفين و يخرج منه من حكم بكفره من أفراد المسلمين، كالخوارج، و النواصب، و المجسمه و الغلاة، و لفظ المسلمين و ان شمل هؤلاء المذكورين عرفا، إلا أنه شرعا لا يشملهم و العرف الشرعى مقدم على العرف العام اتفاقا.

و بذلك يظهر ما فى قوله فى المسالك بعد أن ذكر المعنى الأول و هو حمل المسلمين على من أقر بالشهادتين و لم ينكر شيئا من ضروريات الدين فيخرج عنه هؤلاء المذكورون ما لفظه: مع احتمال العموم نظرا الى المفهوم عرفا.

فان فيه أنه و ان صدق ذلك عرفا إلا- أن المفهوم من هذا اللفظ بالنظر الى الأخبار إنما هو الأول، و لهذا أنهم صرحوا فى تسميتهم مسلمين إنما هو بمعنى منتحلى الإسلام، و إذا ثبت أن عرفهم عليه السلام إنما هو المعنى الأول و جب تقديمه و بطل ما ذكره من الاحتمال.

و فى دخول المخالفين و عدمه قولان مبنيان على الحكم بإسلامهم كما هو المشهور بين المتأخرين، أو كفرهم كما هو مذهب جملة من محققى متقدمى الأصحاب، و هو المختار، كما أوضحناه بما لا مزيد عليه فى جملة من زبرنا، و لا سيما كتاب الشهاب الثاقب فى بيان معنى الناصب، و قد تقدم فى الجلد الثانى من كتاب الطهاره نبذ من القول فى ذلك (1) «قال فى المسالك: و لا فرق بين كون الواقف من المسلمين محقا و غيره، عملا بالمفهوم، و قيل: إن كان الواقف

ص: ١٩٩

محقا يختص الوقف بقبيله بشهاده الحال، كما لو وقف على الفقراء، و رد بأن تخصيص عام لا يقتضى تخصيص آخر، و شهاده الحال ممنوعه، و الفرق بين المسلمين و الفقراء قائم، فان اراده الوقف على جميع الفقراء على اختلاف آرائهم و تباين مقالاتهم و معتقداتهم بعيد، بخلاف اراده فرق المسلمين من إطلاقهم، فإنه أمر راجح شرعى مطلوب عرفا، و الأقوى المشهور.

نعم لو كان الواقف من أحد الفرق المحكوم بكفرها لم يخرج قبيلته من وقفه و لا غيره ممن يحكم بكفره أيضا، حيث لا يشهد حاله بإخراجه، و يحتمل اختصاص عدم الحرمان بقبيله خاصه اقتصارا فى التخصيص على محل اليقين، و هو حسن إلا مع شهاده الحال بخلافه، انتهى.

أقول: ما نقله من القول الذى نقضه هو قول ابن إدريس حيث قال: و إذا وقف المسلم المحق شيئا على المسلمين كان ذلك للمحققين من المسلمين، و استدل بأن فحوى الخطاب و شاهد الحال يدل عليه، كما لو وقف الكافر وقفا على الفقراء كان ماضيا فى فقراء أهل نحلته خاصه، بشهاده دلالة الحال عليه، قال: و ما أورده الشيخ خبر واحد أو رد، إيرادا لا اعتقادا، لأننا و إياه نراعى فى صحه الوقف التقرب به الى الله، و ببعض هؤلاء لا يتقرب الإنسان المحق بوقفه عليه، انتهى.

و أنت خبير بأن كلام ابن إدريس جيد بناء على مذهبه، و بيان ذلك أن الخارج عن هذا العنوان أعنى المسلم المحق منحصر فى أفراد ثلاثة: أحدها- من أنكر شيئا من ضروريات الدين كالإفراد المتقدم ذكرها، و هم موافقون على خروجها عن هذا العنوان بل عن عنوان المسلمين، لأنهم كفار عندهم بلا اشكال.

و ثانيها- أفراد المخالفين من العامه، و من يتبعهم من فرق الزيديه و غيرهم و هؤلاء و إن كانوا عندهم من المسلمين، إلا أنهم عند ابن إدريس و جملته من محققى المتقدمين من الكفار باليقين، و هو الحق كما تقدمت الإشارة اليه، و محل اعتراضهم هنا نشأ من هذا الفرد، مع أن مذهبه فيه ما عرفت من القول بالكفر



فخروجهم بناء على ذلك ظاهر.

و ثالثها-أفراد المستضعفين من الشكاك وغيرهم،وهؤلاء على ما يفهم من الأخبار الكثيره تجرى عليهم أحكام الإسلام فى الدنيا و أما فى الآخره فهم من المرجئين لأمر الله،و ان دل بعض الأخبار على أن عاقبه أمرهم الجنة أيضا،كما أوضحناه فى كتابنا المتقدم ذكره و هؤلاء لا ريب فى دخولهم لوجوب إجراء أحكام الإسلام عليهم،و هذا منها.

و يعضد ما ذهب اليه ابن إدريس هنا أيضا ما ألزم به الشيخ حيث أن مذهبه فى النهايه كما قدمنا نقله عنه القول باشتراط القربه فى الوقف،كما هو مذهب ابن إدريس،و بموجب ذلك أنه لا يصح التقرب الى الله بالوقف على أحد من المخالفين،الذين قد عرفت أنهم محل البحث،سيما على القول بالكفر الذى هو مذهب هذا القائل،و بذلك يتبين لك قوه ما ذهب اليه.

و أما بحثه معه فى المسالك بما قدمنا نقله عنه من المناقشه فى الوقف هؤلاء،كوقف الكافر الذى ينصرف الى فقراء نحلته،فهى مناقشه لفظيه،لا يوجب بطلان ما ذهب إليه،لأنه إنما قصد بذلك التنظير و التمثيل لدفع الاستبعاد،و إلا فدليله المعتمد انما هو ما ذكرناه،و هو كما ترى واضح الظهور،لا تعتريه شائبه القصور و الله العالم.

### و منها الوقف على المؤمنين

،و قد اختلف الأصحاب فى ذلك،فقال الشيخ فى النهايه:إذا وقف على المؤمنين كان ذلك لمجتنبى الكبائر من أهل المعرفه بالإمامه دون غيرهم،و لا يكون للفساق منهم معهم شىء على حال،و كذا قال الشيخ المفيد و ابن البراج و ابن حمزه،و قال ابن إدريس:لا يختص ذلك بالعدل بل هو عام لجميع المؤمنين،العدل منهم و الفاسق،و على هذا القول جرى المتأخرون.

أقول:و التحقيق فى ذلك أن الكلام هنا يتوقف على بيان معنى الايمان، و المشهور بين الأصحاب أنه عبارته عن الإقرار باللسان،و التصديق بالجنان يعنى

الإقرار بالشهادتين، وجميع ما جاء به النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) مقرونا بالتصديق والإذعان، وقيل: إنه كذلك مع انضمام العمل بالأركان إلى ذلك، والمراد بالعمل الذي يكون جزء من الإيمان هو الإتيان بكبائر الطاعات، واجتناب كبائر المعاصي، وهو مذهب الصدوق، والشيخ المفيد (رحمه الله عليهما) وجمله من المتقدمين، وهو المستفاد من الأخبار المتكاثرة، ولا فرق في أخذ العمل جزء من الإيمان بين أن يكون من الاثني عشرية، وغيرهم، وإن كان الإيمان عندنا لا يثبت لغير الاثني عشرية.

فما ذكره في المسالك من أن الإيمان الخاص قسمان: أحدهما المأخوذ فيه العمل الصالح، والثاني اعتقاد إمامه الاثني عشر اماماً عليهم السلام مما يؤذن بعدم اعتبار أخذ الأعمال جزء بالنسبة إلى المعتقد بهذا الاعتقاد، فليس في محله.

وبالجملة فإن المستفاد من الأخبار على وجه لا يعتريه الشبهه للمتبع، ولا يقبل الإنكار، هو أن الإيمان عبارته عن المركب من هذه الثلاثة، وهي الإقرار باللسان والاعتقاد بالجنان، والعمل بالأركان، وبهذا المضمون جملة من الأخبار أوردها الصدوق في عيون الأخبار (١).

وعلى هذا فهينا ثلاثة أقسام: مؤمن، وهو من كان كذلك، وكافر وهو من لم يتصف بشيء من هذه الثلاثة، وهؤلاء أهل الوعدين، الجنة والنار، فالأولون يساقون من قبورهم إلى الجنة، والآخرون إلى النار، لا حساب عليهم ولا كتاب، والقسم الثالث المسلم، وهو من خرج من الكفر، لعدم إنكاره، ولم يدخل في الإيمان لعدم أعماله، وهؤلاء أكثر الناس، وهم أصحاب الحساب وأهل المحشر، ولتحقيق هذا المقام محل آخر.

وبالجملة فإن ما ذهب إليه المتقدمون في هذه المسئلة مبني على مختارهم

ص: ٢٠٢

---

١-١) عيون اخبار الرضا (عليه السلام) ج ١ ص ١٧٧ ط النجف الأشرف سنة ١٣٩٠ الكافي ج ٢ ص ٢٥ باب ان الإيمان يشرك الإسلام والإسلام لا يشرك الإيمان.

فى معنى الايمان، و ما ذكره المتأخرون مبنى أيضا على ما اختاروه، فالنزاع هنا لفظى، و محل البحث فى تحقيق معنى الايمان، و الحق عندى فيه هو مذهب المتقدمين، لأنه المستفاد من الأخبار المستفيضه، و ان حملها متأخرو الأصحاب على الفرد الأكمل منه، إلا أن الحمل فرع وجود المعارض، ثم الظاهر أنه على تقدير تفسير الايمان بالمعنى المشهور، فمظهر الفرق بينه و بين التفسير بالمعنى الثانى و هو اضافه العمل إلى ما ذكر، إنما هو فى اتصاف الفساق بالايمان و عدمه، فيتصفون به على القول المشهور، لا على القول الآخر، و لكن مع عدم اتصافهم به لا يكونون كفارا، بل مسلمين، لأنها المنزله الوسطى بين الكفر و الايمان، و كيف كان فإن محل الجميع الإماميه الاثنى عشرية.

و ما يظهر من المسالك من أن الايمان بمعنى اعتقاد إمامه الاثنى عشر (صلوات الله عليهم) أخص من الايمان بالمعنى المشهور، ان أريد به الخصوص و العموم بحسب المفهوم فهو كذلك، و ان أريد مصداقا بمعنى أنه يصدق الايمان بالمعنى المشهور على ما هو أعم من الاعتقاد بإمامه الاثنى عشر (صلوات الله عليهم) كما هو ظاهر كلامه فهو باطل، لأننا نمنع صدق الايمان بأى معنى فسر على غير القائلين بإمامه الاثنى عشر (صلوات الله عليهم)، لما علم من الأخبار على وجه لا يقبل الإنكار من شرف المؤمن و حرمة، و حرمة، و وجوب قضاء حقوقه و نحو ذلك من الأخبار المرويه فى الكافى فى كتاب الايمان و الكفر (1)، و تفصيل حقوق المؤمن مضافا إلى ما دل على أنه الموجب لدخول الجنة، و هذا كله لا يصح إجراؤه على غير الاثنى عشرية، فإنهم المرادون بذلك على الخصوص.

نعم يجب التفصيل فيهم بالفسق و العداله، بناء على القول الآخر فى معنى الايمان، و حينئذ فلو وقف على المؤمنين و أطلق فإن كان الواقف من الإماميه و هم الاثنى عشرية فلا ريب فى أن المراد بهم الإماميه، لكن يبقى الكلام فى الاختصاص

ص: ٢٠٣

بالعدول، وشمول الفساق المبني على القول المشهور في الايمان، من عدم أخذ الأعمال في معناه فيشمل، أو أخذها فيختص، و ان كان الواقف من غيرهم، فالظاهر أن الحكم كالأول، وهو المفهوم من كلام الأصحاب أيضا، قال في المسالك- بعد أن اعترف بأنه في هذه الصورة ظاهر المصنف و الأ- أكثر كونه كالصوره الأولى- ما لفظه: و هو مشكل، لأن ذلك غير معروف عنده، و لا قصده متوجه إليه، فكيف يحمل عليه، و ليس الحكم فيه كالمسلمين في أن لفظه عام فينصرف إلى ما دل عليه اللفظ و ان خالف معتقد الواقف كما تقدم، لأن الإيـمان لغه هو مطلق التصديق، و ليس بمراد هنا، و اصطلاحا يختلف بحسب المصطلحين، و المعنى الذى اعتبره أكثر المسلمين هو المعنى العام، فلو قيل بحمله عليه إذا كان الواقف غير امامى كان حسنا، أو يقال: ان كان من الوعيديه يحمل على معتقده، أو من الإماميه فعلى معتقده، أو من غيره فعلى معتقده عملا بشاهد الحال في دلالة العرف الخاص، و القرائن الحالية، انتهى.

و وجه الدخـل في كلامه أن ما ادعاه من الاختلاف في معنى الايمان بحسب اختلاف المصطلحين، و انما اعتبره أكثر المسلمين هو المعنى العام، بمعنى أنه عبارته عن مجرد الإقرار باللسان و الاعتقاد بالجنان مردود، بأن الكلام في ذلك ينبغي الرجوع فيه إلى المعنى الشرعى الذى دلت عليه الأخبار، فإنه هو الأولى بالرجوع إليه و الاعتبار، و عليه تبنى الأحكام فى الإيراد و الإصدار، و لا عبره بعد ذلك باصطلاح المصطلحين، و لا باختلافهم فى اصطلاحهم و لا اتفاقهم، و الذى دلت عليه الأخبار كما تقدمت الإشارة إليه أن الايمان لا يصدق على غير الإماميه، و إلا لزم دخول غيرهم الجنة، و لا قائل به.

ثم انه قال فى المسالك: إذا تقرر ذلك فهل يشترط مع الاعتقاد المذكور فى المعنى المشهور اجتناب الكبائر؟ قال الشيخ: نعم، فلا يجوز للفساق من الإماميه أخذ شىء منه، و تبعه جماعه، و لعل مبناه على أن العمل جزء من الايمان

كما هو مأثور عن السلف، وورد في كثير من الأخبار أنه مركب من ثلاثه أشياء:

اعتقاد بالجنان، وإقرار باللسان، وعمل بالأركان، فيكون العمل ثلث الايمان، والمشهور و هو الأصح عدم اعتباره، وإليه ذهب الشهيد فى البيان أيضا لما تحقق فى الكلام من أن الايمان هو التصديق بالقلب، والإقرار باللسان على الوجه السابق، وأن العمل ليس بجزء منه، ولا شرط، انتهى.

و فيه أنه لا يخفى على من راجع الأخبار التى هى العمده فى الإيراد و الإصدار أنها دائره بين قسمين، فقسم منها اشتمل على أن الايمان عبارته عن التصديق و الإقرار، وهذه الأخبار وردت فى مقام الفرق بين الايمان و الإسلام، و أن الايمان أخص مطلقا.

و قسم منها ورد بأنه عبارته عما ذكر مع اشتماله على العمل، و صرحت بأنه إقرار باللسان، و اعتقاد بالجنان، و عمل بالأركان، و لهذه الأخبار مؤيدات من الأخبار أيضا، مثل الأخبار الداله على تقسيم الناس إلى ثلاث فرق، الراجعه إلى ست فرق، مثل

حديث الطيار المروى فى الكافى (١) قال: قال أبو عبد الله عليه السلام:

الناس على ست فرق، يؤولون (٢) كلهم إلى ثلاث فرق: الايمان و الكفر و الضلال:

و هم أهل الوعدىن الذين و عدهم الله تعالى الجنة و النار، المؤمنون و الكافرون، و المستضعفون و المرجون لأمر الله، إما يعذبهم و إما يتوب عليهم، و المعترفون بذنوبهم خلطوا عملا- صالحا و آخر سيئا، و أهل الأعراف». و مرجع ذلك إلى إثبات منزله بين الكفر و الايمان، و هو مبنى على أخذ الأفعال فى الأعمال، و هؤلاء بمقتضى النصوص من المسلمين، لا بالمعنى المشهور الذى يدخل فيه المنافقون، بل أخص منه.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه لا منافاه بين هذه الأخبار، إذ غاية الأخبار الأول

ص: ٢٠٥

١- (١) الكافى ج ٢ ص ٣٨١ ح ٢.

٢- (٢) أى: يرجعون.

أنها مطلقه و الثانيه مقيدده، و طريق الجمع حمل الإطلاق في تلك الأخبار على ما دلت عليه هذه من أخذ الأعمال، و إلا فإن اطراحها من غير موجب لا معنى له سيما مع ما عرفت من تأييدها بغيرها.

و بذلك يظهر لك أن ما اختاروه في علم الكلام من أن الايمان عبارته عما ذكروه، لا أعرف له وجهها وجيها، بل المفهوم من الأخبار بعد ضم بعضها إلى بعض هو ما ذكرناه، من أنه مركب من الثلاثه المذكوره، ثم ان في كلامه اشاره ظاهره إلى أن مذهب السلف أعنى متقدمى الأصحاب هو القول بما اخترناه، و الترجيح لما رجحناه، و العجب أنه مع اعترافه بذلك و أنه قد ورد في كثير من الأخبار كيف خالفه، و خرج عنه من غير حجه واضحه، سوى ما أحاله على علم الكلام.

و فيه أن ما تحقق في علم الكلام ان كان مستفادا من الأخبار فقد عرفت أنه ليس كذلك لما ذكرناه، و ان كان من غيرها فلا عبره به، و لا عمل عليه، و الله العالم.

### و منها الوقف على الشيعة

قال الشيخان: لو وقفه على الشيعة و لم يميز كان ذلك ماضيا في الإماميه، و الجاروديه من الزيديه، دون التبريه، و به قال سلار و ابن البراج و ابن حمزه، و قال المحقق في الشرائع و المراد بهم الإماميه و الجاروديه دون غيرهم من فرق الزيديه.

قال في المسالك: اسم الشيعة يطلق على من قدم عليا عليه السلام في الإمامه على غيره بعد النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) و لا شبهه في كون الإماميه منهم، و كذا الجاروديه، و كذا الإسماعيليه، حيث لا يكونون ملاحده، و أما باقى الشيعة كالكيسانيه و الواقفيه و الفطحيه فداخله لكن لانقراضهم استغنى عن ذكرهم.

أقول و يؤيد ما ذكره من إطلاق الشيعة على هذه الفرق ما رواه

الكشى في

ص: ٢٠٦

كتاب الرجال بسنده عن عمر بن يزيد (١) قال: «دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فحدثني مليا في فضائل الشيعة، ثم قال: إن من الشيعة بعدنا من هو شر من النصاب، قلت: جعلت فداك أليس ينتحلون حبكم و يتولونكم و يبرءون من عدوكم؟ قال: نعم، قلت: جعلت فداك بين لنا لنعرفهم، فلسنا منهم؟ قال: كلا يا عمر لست منهم، إنما هم قوم يفتنون بزید، و يفتنون بموسى». إلا- أن المستفاد من الأخبار الكثيره المستفيضه بل المتواتره معنى، من طرق الخاصه و العامه فى فضائل الشيعة هو التخصيص بالإماميه بحيث يقطع بعدم دخول غيرهم فى هذا الإطلاق و يؤيده ما صرح به فى النهايه الأثيريه (٢) حيث قال بعد ذكر بعض معانى لفظ الشيعة ما لفظه: و قد غلب هذا الاسم على كل من يتولى عليا و أهل بيته، حتى صار لهم اسما خاصا فإذا قيل: فلان من الشيعة، عرف أنه منهم، و فى مذهب الشيعة كذا أى عندهم، انتهى.

و يؤيده أنه و ان كان لفظ الشيعة مما يطلق على هؤلاء فى تلك الأعصار السابعه، إلا أنه فى الأعصار المتأخره لا يتبادر من لفظ الشيعة إلا الإماميه، حتى اشتهر المقابله له بأهل السنه، فيقال: شيعى، و سنى.

و بالجملة فإن المتبادر عنه فى هذه الأزمان إنما هو ما ذكرناه، و منه يعلم أن ما ذكره الأصحاب (رضوان الله عليهم) من الخلاف و الكلام فى هذه المسئله على إطلاقه غير متجه، فان المشهور بينهم أنه لو وقف على الشيعة انصرف إلى من ذكر مما قدمنا نقله عن المسالك.

و فصل ابن إدريس، فقال: ان كان الواقف من احدى فرق الشيعة كالجاروديه و الكيسانيه و الناوسيه و الفطحيه و الواقفيه و الاثنى عشرية حمل كلامه العام على شاهد حاله، و قوى قوله، و خصص به، و صرف فى أهل نحلته دون من عداهم من سائر المنطوق به، عملا بشاهد الحال، انتهى.

ص: ٢٠٧

١-١) رجال الكشى ص ٤٥٤ الرقم ٨٦٩.

٢-٢) النهايه الأثيريه ج ٢ ص ٥٢٠.

و بمقتضى ما قلناه ينبغي أن يخص هذا الخلاف بما لو وقع الوقف فى تلك الأعصار، أما فى مثل أوقاتنا هذه و نحوها مما تقدمها و تأخر عنها، فإنه لا ينبغي الريب فى انصرافه إلى الإماميه لو كان الواقف منهم، و إنما يبقى الشك فيما لو كان الواقف من أحد تلك الفرق الموجوده الآن، فإنه لا يبعد القول فيه بما ذهب إليه ابن إدريس عملاً بشاهد الحال، و هكذا لو كان فى الصدر السابق من أى واقف كان، و نقل عن التذكرة أنه نفى البأس عن قول ابن إدريس؛ و قال فى المسالك:

و هو حسن مع قيام القرينه على إرادته لفريقه، و مع اشتباه الحال فالحكم العموم لعموم اللفظ كالمسلمين. انتهى.

و إنما خص الأصحاب الجاروديه من فرق الزيديه بالذكر، لأنهم هم القائلون بإمامه على عليه السلام بعده (صلى الله عليه و آله و سلم) و أما غيرهم من الصالحيه و السليمانيه و التبريه فإنهم يقولون بإمامه الشيخين، و ان اختلفوا فى غيرهما، و الجاروديه نسبة إلى أبى الجارود زياد بن المنذر، و الله العالم.

### و منها الوقف على الإماميه

، و الظاهر أنه لا- خلاف فى أن المراد بهم الاثنى عشرية القائلون بإمامه الأئمه الاثنى عشر (صلوات الله عليهم)، و فى الدروس صرح باشتراط اعتقاد عصمتهم، بناء على أنه لازم المذهب.

قال فى المسالك: و فى اشتراطه نظر و ان كان أولى، قال: و يلزمه اشتراط اعتقاد أفضليتهم على غيرهم، و غيره من معتقدات الشيعة المجمع عليها عندهم، و الفتاوى خاليه عنه، و الظاهر يشهد بخلافه، انتهى.

أقول: لا- يظهر لى وجه فى هذا الخلاف و لا- أثر يترتب عليه، فإنه لا ريب أن القول بإمامه الإمام عليه السلام مستلزم للقول بما يستتبع ذلك من عصمته و أفضليته و نحوهما، إذ المراد من الإماميه هو من قال بإمامتهم و اعتقدها مع جميع ما يتبعها، فتصريح الدروس باشتراط اعتقاد عصمتهم دون غيرها لا وجه له، لأن هذا حاصل من غير اشتراط، و التخصيص بالعصمه دون غيرها لا يظهر له وجه، و نزاعه



له فى المسالك جيد إلا أن قوله «و ان كان أولى» لا أعرف له وجهها وجيها.

و بالجمله فالحق أن هذه الأشياء كلها لازمه للقول بالإمامه، فاشتراطها لا يزيد على أصل حصولها، و تخصيص بعضها دون بعض ترجيح من غير مرجح، مع ما عرفت من أنه لا معنى لهذا الاشتراط بالكلية.

و يظهر من الدروس أيضا أن الخلاف فى اشتراط اجتناب الكبائر آت هنا و رده فى المسالك بأنه ليس كذلك، قال: و الفرق يظهر من دليل القائل باشتراطه، فان مفهوم الإماميه لا مدخل له فى العمل مطلقا، بخلاف المؤمنين، انتهى و هو جيد.

### و منها الوقف على الزيديه

فمن وقف عليهم كان ذلك للقائلين بإمامه زيد بن على بن الحسين عليهما السلام فإنهم يجعلون الإمامه بعده لكل من خرج بالسيف من ولد فاطمه عليها السلام من ذوى الرأى و العلم و الصلاح، و لا فرق بين أن يكون الواقف منهم، أو من غيرهم هذا هو المشهور، و به قال الشيخان و الأكثر.

و قال ابن إدريس: هذا الإطلاق غير جيد، بل إذا كان الواقف زيدا، و ان كان الواقف إماميا لم يصح الوقف، بناء على أن وقف المحقق على غيره باطل قال فى المسالك بعد نقل ذلك عنه: و هو باطل.

أقول: و قد تقدم الكلام فى ذلك فى هذه المسئله فى صورته ما لو وقف على المسلمين، و قد بينا ثمه قوه ما ذهب إليه ابن إدريس، و مرجعه إلى أنه يحكم بكفر هؤلاء، و هم يقولون بإسلامهم، و هو يشترط القربه فى الوقف، و هى هنا متعذره، و هم لا يشترطونها، فيكون قول ابن إدريس جيدا على أصوله، و هو الحق فى كل من الحكمين كما سلف بيانه، و الله العالم.

### و منها الوقف على الجبران

#### إشاره

و قد اختلف الأصحاب (رضوان الله عليهم) فى الجوار، فقيل أنه يرجع إلى العرف، و هو اختيار العلامة فى المختلف، قال:

و المعتمد العرف، لأن ألفاظ الشرع يحمل عليه فى غير الحقيقه الشرعيه، و نحوه فى

المسالك، قال: ووجهه واضح حيث لا يكون للفظه حقيقه شرعيه و قيل: لمن يلي داره إلى أربعين ذراعاً، و به قال الشيخان و أبو الصلاح و سلالر و ابن البراج و ابن إدريس و ابن زهره و ابن حمزه و القطب الكيدري، قال في الشرائع: و هو حسن، و به قال الشهيد، و إليه مال العلامه في التحرير.

قال في المسالك: و لم نقف لهم على مستند خصوصاً لمثل ابن إدريس الذي لا يعول في مثل ذلك على الأخبار الصحيحه و نحوها، و العرف لا يدل عليه، فكيف فيما لا مستند له، و لعله عول على ما تخيله من الإجماع عليه، كما اتفق له ذلك مراراً.

و قيل: إلى أربعين داراً من كل جانب، قال في الشرائع و هو مطرح، و في المسالك: لم أعلم قائله، و جماعه من باحثي مسائل الخلاف كالإمام فخر الدين في الشرح و المقداد في التنقيح و الشيخ علي، أسندوا دليله إلى

روايه العامه عن عائشه (١)

«عن النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) سئل عن حد الجوار؟ فقال:

أربعين داراً.

أقول: و العجب كل العجب منهم (رضوان الله عليهم) في هذه المسئله حيث اختلفوا فيها كما عرفت، و قالوا ما قالوا، مع أنه قد روى ثقه الإسلام في الكافي هنا روايات تدل على القول الثالث الذي حكم المحقق في الشرائع بإطراحه، و جمله منهم كما عرفت إنما استندوا فيه إلى الروايه العامه، مع ان الكتاب المذكور في أيديهم، عاكفون على درسه و شرحه و مطالعته، فمن الأخبار المشار إليها ما رواه

في الحسن عن معاويه بن عمار عن عمرو بن عمرو بن عكرمه (٢) و هو مجهول عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم)

كل أربعين داراً جيران من بين يديه، و من خلفه و عن يمينه و عن شماله.

ص: ٢١٠

١-١) الجامع الصغير ج ١ ص ١٤٧.

٢-٢) الكافي ج ٢ ص ٦٦٩ ح ١، الوسائل ج ٨ ص ٤٩١ ح ٢ الباب ٩٠.

و عن جميل بن دراج (١) في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«حد الجوار أربعون دارا من كل جانب من بين يديه و من خلفه و عن يمينه و عن شماله».

و عن عمرو بن عكرمه (٢)

«عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: ان رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) أتاه رجل من الأنصار فقال: انى اشتريت دارا في بنى فلان و ان أقرب جيرانى منى جوارا من لا أرجو خيره، و لا آمن شره قال:

فأمر رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) عليا و سلمان و أبا ذر و نسيت آخر و أظنه قال: و المقداد أن ينادوا في المسجد بأعلى أصواتهم بأنه لا- إيمان لمن لم يأمن جاره بوائقه فنادوا بها ثلاثا، ثم أومى بيده الى كل أربعين دارا بين يديه و من خلفه و عن يمينه و عن شماله».

و هذه الأخبار كما ترى واضحة الدلالة في القول المذكور، و به يظهر أنه هو المختار المنصور، و أن ما عداه بمحل من القصور، و لم أعر على من تنبه لهذه الروايات و ذكرها في هذا المقام منهم سوى شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك، و العجب قوله بعد ذكرها و لولا شذوذ القول به بين أصحابنا لكان القول به حسنا لكثرة رواياته من الطرفين، و كثيرا ما يثبت الأصحاب قولاً بدون هذا المستند، و العامه عاملون برواياتهم فى ذلك، انتهى.

فان فيه أن الواجب على الفقيه و المأمور به من الله سبحانه و رسوله و أوصيائه هو القول بالدليل الوارد عنهم عليهم السلام و النهى عن القول بغير دليل، فضلا عن مخالفه الدليل الوارد، و من الظاهر أن هذا الاختلاف فى هذه المسئلة إنما نشأ من حيث عدم الوقوف على هذه الأخبار، و الافع الوقوف عليها و العدول عنها الى ما لا دليل عليه بالكلية أمر لا تجوز نسبتهم إليه، لأنه موجب لحملهم على مخالفه الله سبحانه و رسوله تعمداً من دليل، و أى طعن أعظم منه، على أنه قد صرح هو

ص: ٢١١

١-١) الكافي ج ٢ ص ٦٦٩ ح ٢، الوسائل ج ٨ ص ٤٩١ ح ١ الباب ٩٠.

٢-٢) الكافي ج ٢ ص ٦٦٦ ذيل الحديث ١، الوسائل ج ٨ ص ٤٨٧ ح ١.

نفسه بنحو ما قلناه من وجوب عمل الفقيه بما قام له الدليل عليه، و ان ادعى الإجماع على خلافه فى مسئله ما لو أوصى له بأبيه فقبل الوصيه، حيث قال ما صورته: و الأقوى ما اختاره المصنف، و لا يقدح دعواه الإجماع فى فتوى العلامه، لأن الحق أن الإجماع عند أصحابنا انما يكون حجه مع تحقق دخول المعصوم فى جمله قولهم، فان حجتيه انما هى باعتبار قوله عندهم، و دخول قوله فى قولهم فى مثل هذه المسئله النظرية غير معلوم، و قد نبه المصنف فى أوائل المعبر على ذلك، ثم نقل عبارته الى أن قال: و هذا الإنصاف عين الحق، فإن إدخال قول شخص غائب لا يعرف قوله فى قول جماعه معروفين بمجرد اتفاقهم على ذلك القول بدون العلم بموافقتهم، تحكم بارد، و بهذا يظهر جواز مخالفه الفقيه المتأخر لغيره من المتقدمين فى كثير من المسائل التى ادعوا فيها الإجماع إذا قام عنده الدليل على ما يقتضى خلافهم، و قد اتفق ذلك لهم كثيرا، لكن زله المتقدم متسامحه عند الناس دون المتأخر، انتهى و هو جيد نفيس.

و منه يعلم أيضا ان ما يقول به هو و غيره من هذه الإجماعات المتناقلة فى كلامهم و الجاربه على رؤس أقلامهم مما لا اعتماد عليها و لا التفات إليها، كما حققه أيضا فى رسالته التى فى وجوب صلاه الجمعة، و حققناه بما لا مزيد عليه فى باب صلاه الجمعة من كتاب الصلاه (١).

#### [تنبيهات]

#### إشاره

بقى فى المقام فوائد ينبغى التنبيه عليها

#### الأولى

-أنه على تقدير القول المختار من اعتبار الجوار بعدد الدور من الجوانب الأربعة، فالظاهر أنه لا فرق فى ذلك بين الدار الصغيره و الكبيره، و لا بين قرب المسافه بين الدور و بعدها، عملا بالإطلاق و حصول مسمى العدد، و يحتمل اعتبار قرب المسافه نظرا إلى العاده و العرف فى البلدان، و أن دورها فى الغالب متصله بعضها ببعض، أو يكون بينها مسافه يسيره و لعله الأقرب، و هل يصدق هذا الحكم فى سكان البادية؟ ظاهره فى المسالك ذلك

ص: ٢١٢

حيث قال: ولو كان في أهل البادية اعتبار من ينزل حوله، و يسمى جاره عرفا أو مساحه أو عددا بالنسبه إلى البيوت المخصوصه، انتهى.

و فيه اشكال بناء على القول المختار، و أما على القولين الآخرين فيمكن ذلك و ان كان لا يخلو من بعد، و وجه الأشكال أن مورد النصوص تفسير الجوار بالدور و العدد المخصوص منها، و من المحتمل قريبا أن استمرار السكنى مما له مدخل فى ذلك، بخلاف البادية التى ينتقل و يتحول من مكان الى آخر.

## الثانيه

-الظاهر أنه لا فرق فى صدق الجوار بين أن يكون الدار ملكا للسكان أو إجاره أو عاريه، و فى التحرير توقف فى استحقاق المستأجر و المستعير و ربما قيل: باحتمال التخصيص بالمملوكه، و على هذا فان كان مستعارا أو مستأجرا لم يستحق أحد منهما من الوقف شيئا.

أما المالك فلعدم حصول الجوار بالنسبه اليه، و أما الساكن فلعدم كونه مالكا، و على ما استظهرناه فهل يكون الغاصب كذلك؟ اشكال من صدق الجوار عرفا، و من أنه عدوان فلا يترتب عليه أثر، و تنظر فيه فى المسالك، قال: لعدم المنافاه، و رجح فى التحرير العدم.

## الثالثه - لو باع الدار التى يسكنها

زال حقه من الجوار، و انتقل إلى المشتري ان سكنها، و لو عاد إليها عاد إليه الحق، و كذا المستأجر بعد انقضاء المده يعود إلى كل منهما الحق متى حصل السكنى.

## الرابعه - لو غاب عن الدار بسفر

مع اراده الرجوع فأطلق بعضهم أنه لا يخرج بذلك عن الاستحقاق، و الأقرب التفصيل بأنه ان كانت الغيبه بعد السكنى و له فيها أهل و عيال، و أسباب، و إنما سافر لأمر من الأمور التى جرت العاده بالسفر لها، فلا ريب فى صحه ما ذكره من أنه لا يخرج عن الاستحقاق، سواء كان الوقف متقدما على سفره أم وقع فى حال غيبته، و ان كانت غيبته عن الدار و ليس له فيها أهل و لا أسباب بالكلية، فما ذكره محل اشكال، لعدم صدق

السكنى على هذه الحال على حال الغيبه، و الفرق بين الصورتين أنه باعتبار أنه فى الدار من الأهل و العيال و الأسباب فى الصوره الأولى فى حكم الساكن، بل هو ساكن، و ان كان غائبا بنيه الرجوع، بخلاف الثانيه.

### **الخامسه [لو كان له داران يتردد إليهما فى السكنى]**

قالوا: لو كان له داران يتردد إليهما فى السكنى فهو جار لأهلها فيستحق بسببهما معا لصدق الاسم مع وجود القدر المعبر عند معتبره، و لو كان يسكنهما على التناوب أو بحسب الفصول استحق زمن السكنى.

أقول: و فى تخصيص الاستحقاق بزمن السكنى فى الصوره الأخيره تأييد لما قدمنا ذكره فى الغائب عن داره، و ليس له فيها عيال و لا مال و لا أسباب و ان كان بنيه الرجوع، فإنه لا يستحق زمن الغيبه شيئا.

### **السادسه [كيفيه القسمه]**

ان قلنا ببناء الجوار على العرف كما هو أحد الأقوال المتقدمه، و جب قسمه الموقوف على رؤس الجيران مطلقا، و كذا ان قلنا بالأذرع، و يستوى فيه الصغير و الكبير و الذكر و الاثني، و ان قلنا بالبناء على عدد الدور، و الظاهر قسمته على عددها صغيره كانت أو كبيره ثم يقسم رصد كل دار على عدد أهلها، و قيل: بأنه يقسم من أول الأمر على عدد أهل الدور، و الله العالم.

### **و منها ما لو وقف على قومه**

قال الشيخان: يكون على جماعه أهل لغته من الذكور دون الإناث، و تبعهما ابن البراج و ابن حمزه، و قال أبو الصلاح:

يعمل بالمعلوم من قصده، فان لم يعرف ما قصده عمل بعرف قومه فى ذلك الإطلاق، و قال سلار: يكون لجماعه أهل لغته و لم يخص الذكور بالذكر.

و قال ابن إدريس: الذى يقتضيه أصول المذهب و تشهد بصحته الأدله الظاهره أنه يكون مصروفا إلى الرجال من قبيلته ممن ينطلق العرف بأنهم أهله و عشيرته، دون من سواهم، هذا الذى يشهد به اللغه و عرف العاده و فحوى الخطاب، قال الشاعر: «قومى هم قتلوا أميم أخى فإذا رميت يصيبنى سهمى» قال:

و إنما قلنا انه يختص بالذكر لقوله تعالى

«لَا يَسِيخُ قَوْمٌ مِنْ قَوْمٍ . وَلَا نِسَاءٌ مِنْ نِسَاءٍ» (١) و قول زهير: «فما أدري و سوف أخال أدري أقوم أهل حصن أم نساء» قال: و أما الروايه التي وردت بأن ذلك على جميع أهل لغته فهي خبر واحد، لا يوجب علما و لا عملا من غير دليل يعضدها من إجماع أو كتاب أو سنه أو دليل أصل، فإذا عدم جميع ذلك و ورد خطاب مطلق حمل على العرف، و العرف ما اخترناه.

و قال العلامة في المختلف بعد نقل ذلك عنه، و الجواب المنع من ذلك، فان الشيخين أعرف باللغه، و مقاصد العرب، و المرجع في ذلك إليهم، انتهى.

أقول: الظاهر أن الأقرب من هذه الأقوال هو ما ذهب إليه ابن إدريس (رحمه الله عليه) لشهادته ما استند إليه من البيت بذلك، فإنه ظاهر فيما ادعاه من أن المراد بقومه هم الأهل و العشيره، و جواب العلامه له بما ذكره مجرد تحامل عليه، كما هو عادته غالبا، و أما ما يشير إليه كلام ابن إدريس من ورود روايه بتفسير القول بما ذكره الشيخان و أتباعهما فلم تصل إلينا، و لا نقلها غيره و لو ثبتت لما كان عنها معدل، و كلام ابن إدريس هنا في المنع من العمل بها على قاعدته غير مسموع و لا موجه، و من المحتمل قريبا ان ابن إدريس ظن أن الشيخين إنما ذكرا ذلك لروايه وصلت إليهما، فطعن فيها بما ذكره، و مثل ذلك كثير في كلامه مع الشيخ من نسبه كلام الشيخ إلى أخبار الآحاد، مع أنه ليس ثمه خبر.

### و منها ما لو وقف على عشيرته

، فقال الشيخان: إنه على الخاص من قومه الذين هم أقرب إليه في نسبه، و به قال سلالر و ابن البراج و ابن إدريس، و قال:

أبو الصلاح بعمل بالمعلوم من قصده، فان لم يعرف عمل بعرف قومه في ذلك الإطلاق، قال: و روى أنه إذا وقف على عشيرته كان على الخاص من قومه الذين هم أقرب الناس إليه في نسبه، مع أنه قال عقيب ذلك: إذا وقف على قومه كان ذلك على جميع أهل لغته من الذكور دون الإناث.

ص: ٢١٥

أقول: ما ذكره هنا من الروايه أيضا فإننا لم نقف عليها و لم تصل إلينا، و من المحتمل قريبا ان هذه الروايه و كذا المذكوره فى سابق هذا الموضوع إنما هى من روايات العامه، فإن أصحابنا كثيرا ما يستسلفون رواياتهم فى أمثال هذه المقامات سيما مع عدم ورود نص من طرقهم، والله العالم.

### المسئله الخامسه [فى شمول الوقف على ولده لأولاد البنات]:

إذا قال: وقفت على أولادى ثم على الفقراء، فإن أضاف إلى ذلك ما يدل على الاختصاص بأولاد الصلب كقوله أولادى لصلبى و نحوه أو ما يدل على العموم لكل من تناسل منه، بان يقول: على أولادى و الحال أنه لا ولد له لصلبه، أو يقول: إلا ولد البنات، أو إلا ولد فلان، أو قال: يفضل البطن الأعلى على التالى أو نحو ذلك، فإنه لا خلاف و لا إشكال فى التخصيص فى الأول، و العموم فى الثانى، إنما الخلاف فيما لو أطلق، فالمشهور بين المتأخرين هو الاختصاص بأولاد الصلب، و هو قول الشيخ فى المبسوط و ابن الجنيد، لأنهم الأولاد، إذ هم المتولدون من نطفته، و إطلاقه على أولاد الأولاد مجاز، و المشهور بين المتقدمين العموم لكل من تناسل منه ذكورا و إناثا حقيقه، و هو قول الشيخ المفيد و ابن البراج و أبو الصلاح و ابن إدريس و غيرهم.

و قال الشيخ المفيد فى المقنع: و إذا وقف الإنسان ملكا على ولده و لم يخص بعضا من بعض بالذكر و التعيين كان لولده الذكور و الإناث و ولد ولدهم، و قال ابن إدريس فى السرائر: و إذا وقف على أولاده فحسب، و لم يقل لصلبه دخل فيهم أولاد أولاده، و ولد البنين و البنات، بدليل إجماع أصحابنا، و لأن اسم الولد يقع عليه لغه و شرعا، و قد أجمع المسلمون على أن عيسى عليه السلام ولد آدم، و هو ولد ابنته،

و قال النبى (صلى الله عليه و آله و سلم) فى الحسن و الحسين عليهما السلام

«ابنای هذان إمامان قاما أو قعدا». و لا خلاف بين المسلمين فى أن الإنسان لا يحل له نكاح بنت

ص: ٢١٦



بنته، مع قوله تعالى (١) «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ» و بنت البنت بنت بغير خلاف، فاما استشهاد المخالف على خلاف ما ذكرناه بقول الشاعر:

بنونا بنوا أبنائنا، و بناتنا

بنوهن أبناء الرجال الأبعد

فإنه مخالف لقول الرسول (صلى الله عليه و آله و سلم) و قول الأمه و المعقول فوجب رده و لا يقضى بهذا البيت من الشعر على القرآن و الإجماع، إلى آخر كلامه زيد فى إكرامه.

و العجب من أصحابنا المتأخرين حيث خصوا الخلاف فى كون المتولد من البنت ابنا حقيقه أم لا؟ بالمرتضى (رضى الله عنه) و كلام هؤلاء المذكورين مما نقل هنا و ما لم ينقل صريح فى أنه ابن حقيقه، و نحو ذلك كلام الشيخ فى الخلاف فى هذا الكتاب، فإنه قال: إذا وقف على أولاده و أولاد أولاده دخل أولاد البنات فيه، و يشتركون فيه مع أولاد البنين الذكر و الأنثى فيه سواء، ثم نقل أقوال العامه و اختلافهم إلى أن قال: دليلنا إجماع المسلمين على أن عيسى بن مريم من ولد آدم، و هو ولد ابنته، لأنه ولد من غير أب، و أيضا

دعاء رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) الحسن ابنا و هو ابن بنته (٢)، فقال:

لا ترموا على ابني أو لا تقطعوا عليه بوله، و كان قد بال فى حجره فهموا بأخذه، فقال: ذلك». فاما استشهادهم بقول الشاعر بنونا ثم ذكر البيت ثم قال فإنه مخالف لقول النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) و إجماع الأمه و المعقول، فوجب رده، على أنه إنما أراد بذلك الشاعر الانتساب، لأن أولاد البنت لا ينسبون إلى أمهم و إنما ينسبون إلى أبيهم، و كلامنا فى غير الانتساب، انتهى و هو الحق الحقيق بالاتباع، و قد حققنا المسئلة بما لا مزيد عليه، و لا سبق سابق و لا لاحق لاحق من علمائنا إليه فى كتاب الخمس (٣)، و الله العالم.

ص: ٢١٧

١-١ (١) سورة النساء-الاية ٢٣.

٢-٢ (٢) معانى الأخبار ص ٢١١ ط إيران سنة ١٣٧٩.

٣-٣ (٣) ج ١٢ ص ٣٩٠ الى ٤١٦.

## المسئله السادسه [فى الوقف على مصلحه فاتفق بطلان رسمها] :

المشهور أنه لو وقف على مصلحه فبطل رسمها، فإنه يصرف فى وجوه البر ذكره الشيخ، و تبعه الجماعه من غير نقل خلاف، و يظهر من المحقق فى النافع التوقف فى ذلك، حيث أنه نسب الحكم بذلك الى قول، مؤذنا بالتردد فيه، و علل القول المشهور بأن الملك خرج عن ملك الواقف بالوقف الصحيح أولاً، فلا- يعود اليه، و القربه الخاصه قد تعذرت، فإنه يصرف الى غيرها من القرب، لا- اشتراك الجميع فى أصل القربه، و لأنه أقرب شىء إلى مراد الواقف، و لا- أولويه لما أشبه تلك المصلحه التى بطل رسمها، لا- استواء القرب فى عدم تناول عقد الوقف لها، و عدم قصد الواقف لها بخصوصها، و مجرد المشابهه لا دخل له فى تعلقه بها، فيبطل القيد، و يبقى أصل الوقف من حيث القربه.

و اعترضه فى المسالك قال: و فيه نظر، فإنه لا- يلزم من قصد القربه الخاصه و ارادتها قصد القربه المطلقه، فإن خصوصيات العبادات مقصوده، و لا تلزم اراده بعضها من اراده بعض، انتهى.

و علل ما ذهب اليه المحقق فى النافع بأنه حيث لا- دليل على القول المذكور فالأصل بقاء الملك، خرج عنه ما نص الواقف عليه، فمع تعذره يرجع الوقف اليه مع وجوده، و مع فقده الى ورثته، كذا ذكره ابن فهد فى شرحه على الكتاب.

أقول: لا يخفى أن المسئله المذكوره و ان كانت غير منصوبه على الخصوص، الا أن لها نظائر فى الشرع عديده قد ورد الحكم فيها بما ذكره الأصحاب، و يرجع الجميع إلى أنه مع تعذر ما عينه المالك من وصيه أو نذر أو نحو ذلك، مما يجب إنفاذه شرعاً، فإنه مع تعذر المصرف المخصوص يصرف فى وجوه البر، و لا- يرجع الى الورثه، و ان خالف فيه بعض الأصحاب كما هنا، فأوجب رده الى الورثه مع تعذر المصرف، الا- أنه محجوج بالأخبار الداله على ما ذكرناه، فمن ذلك ما لو أوصى بأبواب عديده من الوصايا فنسى باباً أو أبواباً، فإنه يصرف فى وجوه

المشايخ الثلاثة عن محمد بن الريان (١)

«أنه كتب الى أبي الحسن محمد بن علي عليهما السلام يسأله عن إنسان أوصى بوصيه، فلم يحفظ الوصى إلا بابا واحدا منها كيف يصنع في الباقي؟ فوقع عليه السلام الأبواب الباقيه يجعلها في البر».

و ذهب ابن إدريس هنا و الشيخ في المسائل الحائريات إلى أنه يرجع ميراثا حيث أن الوصيه بطلت، لامتناع القيام بها، و النص كما ترى بخلافه، و من ذلك

ما رووه (عطر الله تعالى مراقدهم) عن علي بن يزيد صاحب السابري (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث طويل يتضمن أنه أوصى رجل بتركته إلى علي المذكور، و أمره أن يحج بها عنه، قال:

«ف نظرت فإذا هو شيء لا يسير لا يكفى للحج، فسألت الفقهاء من أهل الكوفه فقالوا: تصدق بها عنه، فتصدق به ثم لقي بعد ذلك أبا عبد الله عليه السلام فسأله و أخبره بما فعل، فقال: ان كان لا يبلغ أن يحج به من مكه فليس عليك ضمان و ان كان يبلغ ما يحج به فأنت ضامن». و التقريب فيه أنه قرره على الصدقه إذا لم يبلغ الحج به من مكه، و لم يحكم بكونه ميراثا.

و في جملة وافر من الأخبار (٣) ما يدل على أن ما أوصى به بالكعبه أو كان هديا لها أو نذرا فإنه يباع ان كان جاريه و نحوها، و ان كان دراهم فإنه يصرف في المنقطعين من زوارها، معللين عليهم السلام ذلك بأن الكعبه لا تأكل و لا تشرب، فيصرف ذلك الى المحتاجين من زوارها، و هو مؤيد لذلك.

و قد تقدمت الأخبار المشار إليها في آخر جلد كتاب الحج (٤) و هذه الأخبار

ص: ٢١٩

- 
- ١- (١) الكافي ج ٧ ص ٥٨ ح ٧، التهذيب ج ٩ ص ٢١٤ ح ٢١، الفقيه ج ٤ ص ١٦٢ الباب ١١٠.  
 ٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ٢١ ح ١ بعنوان علي بن فرقد، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٨ ح ٤٦ بعنوان علي بن مزيد. و هما في الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٣ ح ١ و ص ٤٧٣ ح ١.  
 ٣- (٣) الكافي ج ٤ ص ٢٤٢ ح ٢ و ٣، التهذيب ج ٥ ص ٤٤٠ ح ١٧٥، الوسائل ج ٩ ص ٣٥٢ الباب ٢٢.  
 ٤- (٤) ج ١٧ ص ٣٦٠.

و ان كان موردها الوصيه كما فى بعض، و الهدى كما فى آخر، و النذر كما فى ثالث و لم يتضمن شىء منها حكم الوقف إلا أنها مما يتبادر منها الى الفهم السليم و الذهن القويم كون الوقف كذلك، فان الجميع مشترك فى الخروج عن المالك بما وقع من وقف أو وصيه أو نذر أو نحوها، فعوده اليه عند تعذر المصرف المخصوص يتوقف على الدليل، و لا دليل، بقى الأمر فى أنه متى لم يرجع اليه فلا بد من مصرف، و هذه الأخبار قد عينت مصرف ما اشتملت عليه بأنه أبواب البر، و ان كان مخصوصا فى بعضها بنوع خاص، كما فى أخبار الكعبه، فلا بد أن يكون مصرف الوقف كذلك للاشتراك فى العله، و إلا بقى بغير مصرف و هو باطل إجماعا.

و ما ذكره فى المسالك فى الاعتراض على دليل القول المشهور من أنه لا يلزم من قصده القربه الخاصه و ارادتها قصد القربه المطلقه الى آخره، و ارد فى هذه الأفراد التى ذكرناها، مع أن الأخبار قد صرحت بخلافه، و حينئذ فلا- اعتماد عليه، إذ لو كان صحيحا فى حد ذاته لكان كليا فى جميع هذه الموارد، مع أن الأخبار كما دريت على خلافه.

و أما ما ذكره فى المسالك على أثر الكلام المتقدم حيث قال: و التحقيق أن المصلحه المذكوره الموقوف عليها لا يخلو من أن يكون مما ينقرض غالبا أو يدوم غالبا أو يشتهب الحال، و الأول كما لو وقف على شجر مخصوص كالتين و العنب، و هذا الوقف يكون كمنقطع الآخر إذ هو بعض أفراد، فيرجع بعد انقضائه إلى الواقف، أو ورثته على الخلاف، حيث لا يجعله بعده لمصلحه أخرى تقتضى التأيد.

و الثانى كالوقف على مصلحه عين من ماء مخصوص و نحوه مما تقتضى العاده بدوامه، فيتفق عوزه أو على قنطره على نهر يتفق انقطاعها، و انتقاله عن ذلك المكان حيث لا- تكون العاده قاضيه بذلك، و المتجه فيه ما ذكره الأصحاب لخروج الملك عن الواقف بالوقف، فعوده يحتاج الى دليل، و هو منتف، و صرفه فى وجوه البر أنسب بمراعاة غرضه الأصلي ان لم يجز صرفه فيما هو أعم منه.

و الثالث كالوقف على مسجد فى قريه صغيره أو على مدرسه كذلك بحيث يحتمل انقطاع مصلحته كما يحتمل دوامها، و فى حملها على أى الجهتين نظر، من أصله البقاء فيكون كالمؤبد، و الشك فى حصول شرط انتقال الملك عن مالكه مطلقا الذى هو التأبيد، فيحصل الشك فى المشروط، فلا نحكم إلا بالمتيقن منه، و هو خروجه عن ملكه مده تلك المصلحه، و يبقى الباقي على أصله البقاء على ملك مالكه، انتهى.

ففيه أنه لا- يخفى على المتأمل فى هذا الباب أن أصل هذا الحكم لا- نص عليه، و لا- دليل فى الوقف على المصالح، بل هو بمقتضى قواعدهم باطل غير صحيح، لما تقدم أن من جملة شروط الموقوف عليه عندهم أن يكون موجودا له أهليه التملك و الحكم بصحة الوقف على هذه الكيفيه إنما استندوا فيه الى ان الوقف هنا فى الحقيقه وقف على المسلمين، و ان كان باعتبار مصلحه خاصه، و حينئذ فإذا كان الموقوف عليه انما هو المسلمون، فإنه لا يلزم من بطلان تلك المصلحه بطلان الوقف، بل يجرى فى غيرها من مصالحهم بأى نحو كانت تلك المصلحه الموقوف عليها أولا من الأنحاء التى ذكرها.

بقى الكلام فى أنه هل يتعين الأقرب فالأقرب إلى تلك المصلحه أم لا؟ وجهان أحوطهما الأول، هذا و عندى فى أصل الحكم أعنى الوقف على المصالح اشكال، حيث لم أقف على خبر دال على شىء من أفراد هذا النوع، فضلا عن أن يدل عليه بأمر كلى، و غايه ما يتعلقون به و يدور فى كلامهم الوقف على المساجد، و قد عرفت أن ظاهر الصدوق المنع منه، للخبرين المتقدمين، و ظاهر الخبرين المذكورين ذلك أيضا، و بذلك يظهر أن تعميم الكلام فى المصلحه المذكوره إلى شمول مثل شجر العنب و التين و عين الماء كما تقدم فى كلام شيخنا المشار اليه مشكل، و الله العالم.

## [تنبيهات]

### إشارة

بقى فيما يتعلق بهذا المطلب أمور يجب التنبيه عليها،

### أحدها: لو وقف على بنى تميم

أو بنى هاشم، فالمشهور الصحة، ويصرف إلى من يوجد منهم، وقال ابن حمزة: لا- يصح الوقف على بنى فلان، وهم غير محصورين، وما ذهب إليه ابن حمزة هو قول الشافعي، معللًا بالجهل في المصرف، حيث انه متعذر استيعابهم و حصرهم و في التذكرة أسند القول بالصحة إلى علمائنا، مؤذنا بدعوى الإجماع عليه، ورد ما ذكره ابن حمزة و الشافعي بالأخبار و الإجماع الدالين على صحة الوقف على الفقراء و المساكين و المؤمنين مع انتشارهم و عدم حصرهم.

أقول: و يدل عليه ما رواه

في الكافي عن علي بن محمد بن سليمان النوفلي (١) قال:

« كتبت الى أبي جعفر الثاني عليه السلام أسأله عن أرض وقفها جدى على المحتاجين من ولد فلان ابن فلان، وهم كثير متفرقون في البلاد، فأجاب: ذكرت الأرض التي وقفها جدك على فقراء ولد فلان بن فلان و هي لمن حصر البلد الذي فيه الوقف و ليس لك أن تتبع من كان غائبًا».

و رواه الشيخ مثله، (٢) إلا أنه قال:

من ولد فلان بن فلان الرجل يجمع القبيلة، وهم كثير متفرقون في البلاد و في ولد الواقف حاحه شديده فسألوني أن أخصهم بهذا دون سائر ولد الرجل الذي يجمع القبيلة، فأجاب عليه السلام كما تقدم.

### و ثانيها [جواز الوقف على الذمي]

المشهور بينهم جواز الوقف على الذمي، لأن الوقف تمليك فهو كإباحه المنفعه و قيل: لا يصح، لأنه تشترط فيه نيه القربه.

أقول: مرجع هذا الخلاف الى ما تقدم في الوقف على الكافر، فان اشترط التقرب في الوقف بطل هذا الوقف، و إلا فلا، و قد مر تحقيق الكلام في هذا المقام.

### و ثالثها [بطلان الوقف لو لم يذكر المصرف]

- المشهور أنه لو وقف و لم يذكر المصرف بطل الوقف، لأن الوقف تمليك فلا بد من ذكر المالك، كالبيع و الهبة و نحوهما، فلو قال: بعت دارى

ص: ٢٢٢

١- (١) الكافي ج ٧ ص ٣٨ ح ٣٧.

٢- (٢) التهذيب ج ٩ ص ١٣٣ ح ١٠، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٨ ح ١.

بكذا أو وهبتها و لم يذكر المشتري و لا الموهوب بطل إجماعا.

أقول:و يؤيده ما تقدم ذكره من أن الوقف من العقود الناقلة للملك،فلا بد فيه من دليل يدل على ما يحصل به النقل،و العقد بهذه الكيفيه لم يقم دليل على كونه ناقلا،و بالجمله بقاء الملك حتى يقوم دليل شرعى على نقله أقوى دليل فى المقام.

و نقل عن ابن الجنييد الصحه،قال:و لو قال:صدقه لله و لم يذكر من تصدق بها عليه جاز ذلك،و كان ذلك فى أهل الصدقات الذين سماهم الله لأن الغرض من الوقف الصدقه و القربه،و هو متحقق،و أورد عليه بأن الغرض من الوقف ليس مطلق القربه بل القربه المخصوصه،أقول:و الأظهر فى رده هو ما قدمنا ذكره.

### و رابعها [فى اقتضاء عدم التفضيل بين الأولاد التساوى]

-المشهور أنه إذا وقف على أولاده أو اخوته أو ذوى قرابته و لم يفضل بعضا على بعض،فان مقتضى الإطلاق الاشتراك و التساوى بين الذكور و الإناث،و الأقرب و الأبعد،و الوجه فى ذلك هو أن كل من تناوله أحد هذه الألفاظ و نحوها دخل فى الحكم المذكور،و الاشتراك يقتضى التسويه،و بعض هذه الألفاظ و ان كان مخصوصا بالذكور كالأخوه مثلا إلا أنه لا خلاف فى دخول الإناث تبعا،كما فى سائر الأحكام الشرعيه التى مورد الاخبار فيها الذكور، الا مع قيام دليل على التخصيص،و نقل عن ابن الجنييد هنا أنه مع الإطلاق يكون للذكر مثل حظ الأنثيين،حملا على الميراث،و كذا لو قال:لورثتى و فيه أنه قياس مع الفارق.

### المطلب السادس فى اللواحق:

#### اشاره

و فيه مسائل

### [المسأله] الأولى [هل الوقف ينتقل عن ملك الواقف أم لا؟]

#### اشاره

-اختلف الأصحاب(رحمهم الله)فى أن الوقف هل ينتقل عن ملك الواقف أم لا؟و على الأول فهل ينتقل إلى الموقوف عليه أم إلى الله تعالى؟أم يفصل فى ذلك بين ما كان الوقف لمصلحه أو جهه عامه؟فإنه ينتقل الى الله عز و جل،و ما كان الموقوف عليه ممن يصح تملكه،فإنه ينتقل إليه،فالكلام هنا يقع فى مقامين

### الأول- أنه هل ينتقل الموقوف بالوقف عن ملك الواقف أم لا؟

المشهور الأول،و نقل عن ظاهر أبى الصلاح و أسنده فى المسالك





أيضا إلى اختيار جمع من العامه أنه يبقى على ملك الواقف،احتج الأولون بأن الواقف يزيل التصرف في العين و المنفعه،فيزيل الملك كالعق،ولأنه لو كان باقيا على ملكه لرجعت إليه قيمته.

احتج الآخرون

بقوله(صلى الله عليه و آله و سلم) (١)

«حبس الأصل و سبل الثمره». و سيأتى أن التحبيس على الآدمى لا يخرج عن الملك،ولجواز إدخال من يريد مع صغر الأولاد،ولو انتقل لم يجز ذلك و دليل الصغرى قد تقدم،و الكبرى ظاهره،و أجيب عن الأول بأن المراد بتحبيس الأصل أن يكون محبوسا على ملك الموقوف عليه،و ما فى معناه لا يباع و لا يوهب و لا يورث، و الملك إنما زال على هذا الحد من الشرائط و مطلق الحبس لا- يدل على عدم الخروج،فان منه ما يخرج عن الملك،مع أن هذا الحبس ليس هو ذلك،لأنه قسيمه،فلا يكون قسما منه،بل هذا حبس أقوى.

و عن الثانى بأن إدخال من يريد من أولاده ان سلم،فبدليل من خارج.

أقول:لا يخفى على من لاحظ الأخبار المتقدمه سيما أخبار صدقاتهم (٢)عليهم السلام و وقوفهم أنه لا- يرتاب فى دلالتها على خروج الوقف عن ملك الواقف،و صيرورته كالأ-جنبى خصوصا ما دل على نصب القيم بذلك الوقف،و ان مورد الصدقه فيها التى هى عباره عن الوقف كما عرفت هو العين بأن قصد المتصدق بها ابتغاء وجه الله سبحانه،بمعنى أنه أخرج هذه العين عن ملكه الى ملك أولئك الموقوف عليهم ابتغاء وجه الله،و يؤكد

قوله (٣)عليه السلام فى بعضها

صدقه بتلا- بتا. أى منقطعه عن صاحبها الأول،و مبانه عنه،فان البتل لغه القطع،و البت أيضا بمعناه،و فى حديث صدقه الكاظم (٤)عليه السلام و فى حديث صدقه أمير المؤمنين عليه السلام بأمواله هذه

ص: ٢٢٤

١- (١) المستدرک ج ٢ ص ٥١١ الباب ٢ ح ١.

٢- (٢) الكافى ج ٧ ص ٤٧ باب صدقات النبى (ص) و فاطمه و الأئمه (عليهم السلام) و وصاياهم.الوسائل ج ١٣ ص ٣١١ الباب ١٠.

٣- (٣) الكافى ج ٧ ص ٥٤ ذيل ح ٨،الوسائل ج ١٣ ص ٣١١ الباب ١٠.

٤- (٤) الكافى ج ٧ ص ٤٩ ح ٧،الوسائل ج ١٣ ص ٣١١ الباب ١٠.

صدقه واجبه بتله حيا أنا أو ميتا ينفق في كل نفقه بيتغى بها وجه الله الى آخره، و بتله منقطه عن صاحبها.

و فى صحيح محمد بن مسلم و الحلبي (١) عن أبى عبد الله عليه السلام قالاً

سألتاه عن صدقه رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) و صدقه فاطمه عليها السلام قال: صدقتها لبنى هاشم و بنى المطلب». و اللام للملك، و نحوه روايه أبى مريم، و بالجمله فالظاهر أنه لا خلاف فى ضعف القول المذكور، و الله العالم.

### الثانى - أنه على تقدير الانتقال [إلى من ينتقل؟]

هل ينتقل الى الموقوف عليه أم الى الله سبحانه، أم التفصيل؟ أقوال: أشهرها الأول - قال الشيخ فى المبسوط: إذا وقف و قبض زال ملكه عنه على الصحيح، و ملكه الموقوف عليه، و اختاره ابن إدريس و غيره، و نقل ابن إدريس عن بعضهم أنه ينتقل الى الله، و حكاه الشيخ فى المبسوط عن قوم، و القول بالتفصيل اختيار شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك.

استدل للقول الأول، بأنه مال لثبوت أحكام المال فيه و لهذا يضمن بالقيمه، فكان ملكاً كأم الولد، و بهذا النحو و ان كان مجملاً استدل المحقق فى الشرائع، و أوضحه فى المسالك بأنه مال مملوك لوجود فائده الملك فيه، و هى ضمانه بالمثل و القيمه، و ليس الضمان للواقف و لا لغيره، فيكون للموقوف عليه.

و أورد عليه بأنه ينتقض ذلك بوارى المسجد و الأمه، فإنها تضمن بالقيمه، و ملكها لله تعالى لا للناس.

و احتج القائل بالقول الثانى بأن الوقف ازاله ملك عن العين و المنفعه على وجه القربه، فانتقل الملك الى الله تعالى كالعق، و لأنه ممنوع من بيعها فلو ملكها لكان له سبيل إلى إخراجها عنه، لأن

«الناس مسلطون على أموالهم» (٢). و أجاب فى المختلف بظهور الفرق بين العتق و الوقف، قال: لأن العتق إخراج عن المالىه

ص: ٢٢٥

١- ١) الكافى ج ٧ ص ٤٨ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٤ ح ٨.

٢- ٢) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٧.

بالكليه، وازاله التسلط عن العبد بالنسبه الى كل أحد و المنع من البيع، لا يقتضى الخروج عن الملك، كأم الولد.

و أما القول بالتفصيل فاستدل عليه فى المسالك قال: بعد ان اختار القول بالانتقال عن الواقف لكن هذا إنما يتم فى الموقوف عليه المعين المنحصر، أما لو كان على جهة عامه أو مسجد أو نحوه فالأقوى أن الملك فيه لله تعالى لتساوى نسبه كل واحد من المستحقين إليه، واستحاله ملك كل واحد، أو واحد معين، أو غير معين للإجماع، واستحاله الترحيح، ولا المجموع من حيث هو مجموع، لاختصاص الحاضر به، انتهى.

أقول: لا- يخفى على من راجع الاخبار و قطع النظر عن كلامهم فان المستفاد منها أنه متى كان الموقوف عليه موجودا منحصرًا فإنه ينتقل الملك إليه، ولهذا دلت على اشتراط قبضه، أو قبض وليه، ليتم بذلك الملك، ويمتنع الرجوع فيه كما تقدمت الأخبار به، و متى كان الموقوف عليه جهة عامه كالفقراء أو مصلحه كالمساجد فإن غايه ما يفهم منها هو أنه بالوقف يخرج من ملك الواقف، و أما أنه يصير إلى الله سبحانه أو غيره، فلا دلالة فى شىء من الأخبار عليه، وإنما يدل على أنه بعد الوقف و خروجه عن ملك الواقف يجب إبقاء العين، و لا- يجوز التصرف فيها ببيع و لا هبه و لا ميراث و لا نحو ذلك من الأمور الموجهة لإخراجها عما صارت إليه و صرف حاصلها فى تلك الجهة، أو المصلحه المعينه.

و أما أنه يشترط القبض فيها كما هو المشهور من أن القبض شرط فى صحه الوقف مطلقًا، فيجب القبض هنا من القيم الذى ينصبه الواقف، أو الحاكم الشرعى أو غير ذلك، فلا دليل عليه فى الأخبار، و مورد القبض فيها إنما هو فيما إذا كان الموقوف عليه موجودا معينًا محصورًا، على أن المراد من كونه فى هذه الصوره ملكًا لله كما صرح به فى المسالك إنما هو الكنايه عن عدم انتقاله الى أحد من الأدميين.

قال: والمراد بكون الملك لله تعالى انفكاك الموقوف عن ملك الآدميين و اختصاصهم، لا كونه مباحا كغيره مما يملكه الله تعالى، انتهى و هو يرجع الى ما ذكرناه.

و فى حديث وقف أمير المؤمنين عليه السلام أمواله (١) على جهة الطاعات و القربات و صله الرحم بعد أن جعل الولي القيم بذلك الحسن ثم الحسين عليهما السلام ثم من يختاره الحسين عليه السلام ما صورته

«و أن يشترط على الذى يجعله إليه ان يجعل المال على أصوله، و ينفق الثمره حيث يأمره به من سبيل الله، و ذوى الرحم من بنى هاشم و بنى المطلب القريب و البعيد لا يباع منه شىء، و لا يوهب، و لا يورث» الحديث.

و ليس فيه كما ترى أزيد من أنه بعد الوقف يجب إبقاء أصوله على ما هي، و لا- يتصرف فيها بشىء من هذه التصرفات و نحوها، و يصرف الحاصل فى الوجه الذى عينه، و لا دلالة فيه على الانتقال لأحد، و هو ظاهر فى الرد على القول المشهور من أنه ينتقل فى هذه الصورة إلى الموقوف عليه، و ليس فى الخبر أيضا على طول ما يشعر بأنه أقبضه أحدا، بل ظاهره أنه مده حياته عليه السلام كان فى يده يصرفه فى الوجوه المذكوره، و بعد موته فوض الأمر فيه الى الحسن ثم الى الحسين عليهما السلام ثم من ذكره فى الخبر، و لو كان القبض فى هذه الصورة شرطا فى صحه الوقف لوقعت الإشارة إليه فى الخبر، و احتمال أنه قبضه بالولاية العامه و ان أمكن، إلا أن الظاهر بعده، إذ هو فرع وجود الدليل على اشتراط القبض فى هذه الصورة و نحوها، و قد عرفت أنه لا دليل على ذلك فيها سوى الصورة المتقدمه.

**فروع:**

### **الأول [كيفية إنبات الوقف]:**

قال فى المختلف: ان قلنا بأن الوقف ينتقل الى الموقوف عليه ثبت بشاهد و يمين، لأن المقصود منه المال، و ان قلنا انه ينتقل الى الله تعالى لم يثبت

ص: ٢٢٧

---

(١- ١) الكافى ج ٧ ص ٤٩ ح ٧، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٢ ح ٤.

بالشاهد و اليمين، كالعبد لو ادعى العتق و يحتمل عندى ثبوته بالشاهد و اليمين، و ان لم ينتقل إليه، لأنه يحلف لتحصيل غلته و منفعته، فلما كان المقصود من الوقف المنفعه، و هى مال يثبت بالشاهد و اليمين، بخلاف حريه العبد، لان المقصود منها تكميل الأحكام، انتهى.

أقول: ما ذكره جيد فيما إذا كان الموقوف عليه معيناً محصوراً، أما لو كان الموقوف عليه الجبهه أو المصلحه كما هو مقتضى القول بالتفصيل الذى شرحناه، فإشكال لما عرفت من أن غله الوقف هنا لا مالك لها معيناً، ليقيم الشاهد، و يحلف معه، سيما إذا كان الوقف لمسجد و نحوه، و القيم لا تعلق له بذلك الا من حيث صرف الغله و حفظ الأصول و نحو ذلك، و لأنه غير مالك للغله، إذ هو غير داخل فى الموقوف عليه، و الله العالم.

### الثانى [عدم صحه إعتاق العبد الموقوف عليه] :

قالوا: لو أعتق العبد الموقوف عليه لم يصح، لتعلق حق البطون به قيل: فى توجيهه لما كان الحكم بانتقال الملك الى الموقوف عليه ربما أوهم جواز تصرفه فى العين بالعتق و غيره، و الأمر ليس كذلك، نبهوا على منعه أيضاً، و عللوا بأنه و ان كان مالكا الا أن الحق غير منحصر فيه، بل مشتركاً بينه و بين ما بعده من البطون، و ان لم تكن موجوده بالفعل، فتصرفه فيه بالعتق يبطل حقهم.

أقول: لا يخفى أن الأخبار قد تكاثرت بأن الوقف لا يباع و لا يوهب و لا يورث بعد أنه عقد صيغه الوقف، و الانتقال عن الواقف يجب إبقاؤه على حاله، لا يتصرف فيه بما يوجب النقل بأى وجه كان، و هذه الألفاظ إنما خرجت مخرج التمثيل، و المراد إنما هو ما ذكرناه كما يشير إليه قول أمير المؤمنين عليه السلام فيما تقدم قريباً «و أن يجعل المال على أصوله، و ينفق الثمره حيث أمره، الى أن قال: لا- يباع منه شىء و لا- يوهب، و لا- يورث و فى آخر لا تباع و لا- تورث، و لا توهب، فمن باعها أو وهبها فعليه لعنه الله و الملائكه و الناس أجمعين».

و فى ثالث لا تباع و لا توهب حتى يرثها وارث السموات و الأرض.

و فى رابع حتى يرثها الله الذى يرث السموات و الأرض» و المراد بجعل المال على أصوله يعنى جعله على الوجه الذى عينه الواقف من كونه لا- يتصرف فيه بشىء من الوجوه الناقله، الى أن يرثه وارث السموات و الأرض، و لا- ريب أن العتق تصرف ناقل، و مخرج عما عينه الواقف، سواء كان الوقف- بعد الموقوف عليه- راجعا الى البطون أو أحد الجهات العامه و المصالح، و به يظهر ما فى العبارة المتقدمه من الحزازه،

### الثالث [فى وقف أحد الشريكين حصته من العبد و إعتاق الآخر] :

لو كان العبد مشتركا بين اثنين بالمناصفه، فوقف أحدهما نصفه، ثم أعتق الآخر نصفه فهل يسرى عليه و يعتق أجمع، أم لا؟ قالوا: يبنى على أن الملك فى الوقف هل بقى للواقف، أم انتقل الى الله تعالى، أم إلى الموقوف عليه؟ فعلى الأولين لا سرايه لأنه على تقدير عدم انتقاله عن الواقف فى معنى إعتاقه، و هو ممتنع أيضا لما يستلزم من إبطال حق الموقوف عليه، و على تقدير انتقاله الى الله تعالى يكون فى معنى التحرير الذى لا يقبل التحرير ثانيا.

و أما على تقدير انتقاله الى الموقوف عليه فان الأكثر على عدم السرايه أيضا، قيل: بل كاد أن يكون إجماعا، و علل بأن العتق لا ينفذ فى الحصه الموقوفه مباشره، كما تقدم، فبالأولى أن لا ينفذ فيها سرايه.

و قيل: بالسرايه و الفرق بين المباشره و السرايه بما هو مذكور فى كلامهم، و لهم فى المقام كلام لا فائده فى التعرض لذكره، فإنه لا- يخفى على من لا حظ أخبارهم عليهم السلام فى المقام، أن جميع ما أطلوا به من الكلام و النقض و الإبرام كله نفخ فى غير ضرام لأنها قد صرحت كما تقدم ذكره بأنه بعد عقد الوقف الجامع لشرائط الصحه يجب إبقاء العين الموقوفه، بمعنى أنه لا يتصرف فيها بنقل، و انما المتصرف فى حاصلها بصرفه على من وقف عليه من بطون أو جهه أو مصلحه، و أنه يجب إبقاء العين على الوجه المذكور الى أن يرثها الله تعالى وارث السموات و الأرض، و هو

## الخبر النبوى (١)

«حبس الأصل و سبل الثمره». و لا- معنى لحبسه إلا- عدم التصرف فيه بوجه ناقل عما هو عليه بعد الوقف، و نحوه قول أمير المؤمنين عليه السلام المتقدم، و يجعل المال على أصوله و ينفق الثمره» و بذلك يظهر لك أن هذا الخلاف و التفرع على ما ذكره من تلك الأقوال التى قد عرفت خروج أكثرها عن جاده الاعتدال كله تطويل بغير طائل و الله العالم.

### الرابع [فى بيان من يجب عليه نفقه العبد الموقوف] :

قالوا: مما يتفرع على الخلاف المتقدم نفقه العبد الموقوف، فان جعلناه للموقوف عليه، كما هو أحد الأقوال، ففى نفقته و جهان: بل قولان:

أحدهما للشيخ فى المبسوط، و هو أنها فى كسبه، لأن نفقته من شروط بقاءه، كعماره العقار و هى مقدمه على حق الموقوف عليه، و لأن الغرض بالوقف انتفاع الموقوف عليه، و هو موقوف على بقاء عينه، و انما يبقى بالنفقة فيصر كأن قد شرطها من كسبه.

و الثانى - و الظاهر أنه الأقرب و قواه فى المسالك و هو اختيار العلامة فى المختلف و غيره أيضا، و جوب النفقه على الموقوف عليه، لأنه ملكه، و النفقه تابعه للملك.

أقول: و يؤيده أن منافعه مستحقه للموقوف عليه بالوقف، و ربما أوجب سعيه فى كسب النفقه و تحصيلها تفويت المنافع المذكوره، فلا- ثمره للوقف حينئذ و ما تقدم من الاستدلال على كونها فى كسبه بأن النفقه من شروط بقاءه مسلم، و لكن لا يستلزم ذلك أن يكون من كسبه، بل الواجب على الموقوف عليه ذلك للغرض المذكور.

و ان قلنا بكونه لله عز و جل فإنهم بنوه على أن نفقه مستحق المنافع كالأجير الخاص و الموصى بخدمته على مستحقها، أم لا؟ فان جعلناها عليه، فهى هنا على الموقوف عليه أيضا، و إلا ففى كسبه، فان تعذر ففى بيت المال، و ان قلنا بكونه للواقف فأشكال.

ص: ٢٣٠

قال في المسالك: و على القول بكون المالك هو الواقف، فالنفة على الموقوف عليه على الأول، و على الواقف على الثاني، انتهى.

و هو غير ظاهر المراد، و لعل ذلك لغلط في العبارة المذكورة و بالجمله حيث كانت المسئلة خاليه من النص فالتوقف فيها مجال، إلا أنه يمكن الكلام في ذلك جريا على قواعدهم بأن يقال: انك قد عرفت أننا أن الأظهر هو انتقال الوقف الى الموقوف عليه ان كان معيناً، و ان كان جهه أو مصلحه فهو غير مملوك لأحد، و هو الذي عبروا عنه بأنه ملك لله سبحانه، و على الأول فإن مقتضى القول بالملك و جوب النفة على المالك كما هو أحد القولين المتقدمين، و أشهرهما و أظهرهما.

و على الثاني فإن الظاهر أن النفة تكون في كسبه مقدمه على حق الموقوف عليه، فان قصر كسبه في بيت المال ان كان، و إلا وجبت كفايه على المكلفين كغيره من المضطرين، و أما البناء على أن نفقته على مستحق المنافع كما تقدم، فالظاهر بعده، لان مستحق المنافع قد لا يكون له مال، من أجل ذلك كان أحد الأقوال فيه أن نفقته على نفسه، و ليست على المستأجر كما تقدم تحقيق القول فيه في كتاب الإجاره على أن البناء على نقل ذلك لا يخرج عن القياس الخارج عن أصول الشريعة.

و لو مات العبد فمؤنه تجهيزه كنفقته حال حياته، و لو كان الوقف عقارا فإنهم صرحوا بأن نفقته حيث شرط الواقف، فان انتفى الشرط ففي غلته مقدمه على الحق الموقوف عليه، فان قصرت لم يجب الإكمال.

أقول: و يدل على الإخراج من الغله مقدا على حق الموقوف عليه

قول الكاظم عليه السلام (1) في حديث وقف أرضه المتقدم ذكره،

«يقسم و إليها ما أخرج الله من غلتها بعد الذي يكفيها من عمارتها، و مرافقها بين ولد موسى الى آخره». و لو عدت الغله لخراب الوقف و اضمحلاله لم تجب عمارته، بخلاف الحيوان لوجوب صيانه روحه.

ص: ٢٣١



و لو صار العبد الموقوف مقعدا أو عمى أو جذم انعتق، و بطل الوقف و سقطت عنه الخدمة، و قضيه ذلك سقوط النفقه عن مولاه، لأن وجوب النفقه عليه من حيث أنه مملوك له، و الآن قد صار حرا، و على هذا فنفقته مع عدم وجود باذل من الواجبات الكفائية على المسلمين كغيره من المضطرين، و الموقوف عليه من الجملة، فالوجوب شامل له، و ان تغاير الوجه و الله العالم.

### المسئله الثانيه [في جنايه العبد الموقوف على غيره] :

#### اشاره

لو جنى العبد الموقوف على غيره عمدا أو خطأ أو جنى عليه فهنا مقامات ثلاثه

#### الأول- أن يجنى عمدا

و لا خلاف في أنه يلزمه القصاص و ان استلزم إبطال الوقف عمدا، بما دل على وجوب القصاص من الجاني.

قال في المسالك: و هو موضع وفاق، ثم انه ان كانت الجنايه دون النفس قالوا: يبقى الباقي وقفا لوجود المقتضى، فإن الوقف لا يبطل بتلف بعض الموقوف و هو ظاهر لا اشكال فيه و لا خلاف، و ان كانت الجنايه النفس، فان اختار الولي القصاص كان ذلك له، و لا- إشكال أيضا، و ان اختار الولي الاسترقاق الذي هو أحد فردى الحقين المخير فيهما الولي فيما إذا كان الجاني عمدا عبدا، فهل له ذلك أم لا؟ قولان: فقيل: بالأول، لأن المجنى عليه له إبطال الوقف و إخراجه عن ملك الموقوف عليه بالقتل قطعا، و العفو عنه أمر مطلوب شرعا، و راجح قطعا، و في استرقاقه جمع بين حق المجنى عليه، و فضيله العفو، فيكون أولى من القتل، و الى هذا القول مال في المسالك فقال: انه الأقوى.

و قيل: بالثاني و به جزم المحقق في الشرائع و العلامه في الإرشاد و التحرير و في القواعد بعد أن أفتى بذلك قال: على اشكال، و علل القول المذكور بأن الوقف يقتضى التأييد ما دامت العين باقيه، و هو ينافي استرقاقه، لاستلزام بطلان الوقف مع بقاء عينه و خروجه عن الوقف في بعض الموارد لدليل خارج، لا يقتضى التعدي بحيث لا دليل.

أقول: و من تعارض هذين التعليلين استشكل في القواعد، إلا أن شيخنا الشهيد الثاني في المسالك حيث اختار القول الأول أجاب عن هذا التعليل، بأن

التأييد الواجب في الوقف إنما هو من حيث لا يطرد عليه ما ينافيه، وهو موجود هنا فيما هو أقوى من الاسترقاق، انتهى.

و بالجمله فالمسئله لخلوها من النص محل اشكال، لما عرفت من عدم الركون الى أمثال هذه التعليقات، في تأسيس الأحكام الشرعيه، فكيف مع تعارضها، الا أنه يمكن أن يؤيد ما ذكره شيخنا المتقدم بإطلاق الأخبار الوارده في المسئله.

و منها ما رواه

في الكافي و التهذيب عن أبان بن تغلب (1) عن رواه عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«إذا قتل العبد الحر دفع الى أولياء المقتول، فان شأوا قتلوه، و ان شأوا حبسوه، و ان شأوا استرقوه يكون عبدا لهم». و بهذا المضمون أخبار آخر هي المستند في أصل المسئله، و التقريب فيها هو أن العبد المذكور في هذه الأخبار شامل للموقوف و المطلق، فإنه بالوقف لم يخرج عن العبوديه، و قد دلت على أن الحكم في العبد القاتل عمدا التخيير بين القتل و الاسترقاق.

نعم ظاهر كلامهم يدعون الخروج عما دلت عليه هذه الأخبار بالنسبه إلى جواز اختيار الاسترقاق بالمعارضه، بأن الوقف يقتضى التأييد ما دامت العين موجوده، فلا يجوز الاسترقاق و إلا للزم بطلان الوقف مع بقاء عينه، و غايه ما يلزم من هذه المعارضه، أنه قد تعارض هنا عموم الأخبار الداله على جواز استرقاق العبد القاتل عمدا أعم من أن يكون وقفا أو طلقا، و عموم الأخبار الداله على أن الوقف يقتضى التأييد ما دام الموقوف موجودا أعم من أن يكون عبدا قاتلا أو غيره، و تخصيص أحد العمومين بالآخر يحتاج الى دليل، فمن أين يرجح ما ادعوه من تخصيص العموم الأول بالثاني دون العكس، بل يمكن ترجيح العكس، باتفاقهم على الخروج عن العموم الثاني باختيار جواز القتل لهذه الأخبار، و هي كما دلت على ذلك دلت على جواز اختيار الاسترقاق، فالواجب تخصيص العموم الثاني بالأول، و الله العالم.

ص: ٢٣٣

---

(١-١) الكافي ج ٧ ص ٣٠٤ ح ٦، التهذيب ج ١٠ ص ١٩٤ ح ٦٣، الوسائل ج ١٩ ص ٧٣ ح ٢.

و قد اختلف كلامهم فى هذا المقام فقال الشيخ و جماعه: بأنها تتعلق بمال الموقوف عليه، لتعذر استيفائها من رقبته، إذ لا يتعلق الأرش إلا برقبه من يباع، و البيع هنا ممتنع من حيث الوقف، و حق الموقوف عليه، فالواجب عليه أن يفديه بالأرش.

قال فى المبسوط: إذا جنى العبد الموقوف جنايه توجب المال لم يتعلق إلا برقبه من يباع فيه، فأما رقبه من لا يباع فالأرش لا يتعلق بها، إذا ثبت هذا فمن قال: أن الملك ينتقل اليه، فهو فى ماله، و من قال: ينتقل الى الله قيل:

من مال الواقف، لأنه الذى منع الرقبه من تعلق الأرش بها، و قيل: يكون فى بيت المال كالحر، انتهى.

و ذهب المحقق فى الشرائع إلى أنه يتعلق بكسبه، قال: لأن المولى لا يعقل عبدا، و لا يجوز إهدار الجنايه، و لا طريق إلى عتقه، فيتوقع، و بهذا القول صرح العلامة فى التحرير و المختلف.

قال فى المسالك: و هو الأقوى، و هو اختيار الشهيد فى الدروس، معللا بما ذكره المحقق بأن كسبه أقرب الأشياء الى رقبته، فإذا تعذر تعلقه برقبته تعلق بما هو أقرب إليه، و احتمال فى المختلف تعلقها برقبته، فبياع فيها كما يقتل فى العمد، و البيع أدون من القتل، و هذا كله مبنى على انتقال الملك الى الموقوف عليه.

أما على القول بانتقاله الى الله، أو القول ببقائه على ملك الواقف كما تقدم نقله عن أبى الصلاح و بعض العامه، فإنهم قالوا: يحتمل تعلق أرش الجنايه بالوقف، لأنه بوقفه منع من تعلق الأرش برقبته، و يحتمل أن تكون فى بيت المال كالحر المعسر.

أقول: قد عرفت من كلام الشيخ المتقدم أنه حكى هذين الاحتمالين قولين فى المسئله، و زاد بعضهم على هذا التقدير احتمال التعلق بكسبه أيضا، و الظاهر

أن احتمال تعلقها ببيت المال أو الكسب إنما هو بناء على القول بالانتقال الى الله، وإلا فعلى القول بالبقاء على ملك الواقف، فالمناسب هو كون ذلك على الواقف، للتعليل المتقدم، ثم انه على تقدير القول بتعلقها بكسبه فلو لم يكن كسوبا قال فى المسالك: اتجه تعلق الجنايه برقبته، و جواز بيعه كما يقتل فى العمد، و البيع أدون من القتل.

أقول: قد تقدم فى كلام العلامة احتمال التعلق بالرقبه، و جواز البيع مطلقا، و من هنا أورد الشهيد (رحمه الله عليه) فى شرح الإرشاد، و على عبارته الشيخ المتقدم الداله على تعذر استيفاء الجنايه من رقبته، لعدم صحه بيعه، بأن هذا إنما يتم لو لم يكن على منحصر، و كان المنحصر موسرا، و قد تلخص من ذلك احتمال التعلق بالرقبه مطلقا و مع العجز عن الكسب، و مع كون الموقوف عليه منحصرًا معسرا، هذا حاصل كلامهم فى المقام، و المسئله محل توقف و اشكال، و الله العالم.

### الثالث [فى الجنايه على العبد الموقوف]

#### إشاره

-لو جنى عليه فان كانت جنايه توجب القصاص كأن يقتله عبد مثله، فظاهر كلامهم تفريع ذلك على الخلاف المتقدم، فان قلنا بأن الملك ينتقل الى الموقوف عليه، فإنه يصير القصاص اليه كما لو كان المقتول عبده، و لو قلنا بانتقاله الى الله تعالى مطلقا أو على التفصيل المتقدم، فإنه يكون ذلك الى الحاكم الشرعى، لأنه ولى هذه المصالح المتعلقة به سبحانه، و لو قلنا ببقائه على ملك الواقف كان حق القصاص إليه، و قد عرفت فيما تقدم أن الأصح هو التفصيل، بأنه ان كان الموقوف عليه منحصرًا، فإنه للموقوف عليه، و ان كان على جهه عامه أو مصلحه عامه فإنه لله سبحانه، و على هذا يترتب القصاص هنا، فيقال: بكونه للموقوف عليه على الأول و الحاكم على الثانى، و أما إذا أوجب القتل لديه كأن يقتل خطأ أو أخذت صلحا أو يكون القاتل حرا، أو فيه شىء من الحره، أو أوجبت الجنايه أرشا كقطع يده مثلا، و ملخصه أن تكون الجنايه موجه للمال، فهل يكون ذلك

للموجودين من الموقوف عليهم وقت الجنايه، أو أنه يشتري به عبد أو بعض عبد وقفا؟ قولان.

قال فى المبسوط: لو جنى على العبد الموقوف عليه، ووجبت قيمته، قال قوم: يشتري بها عبد آخر يقوم مقامه، سواء قيل: انتقل ملكه الى الله، أو إليه، لأن حق البطلون الآخر تعلق برقبه العبد، فإذا مات أقيم غيرها بقيمتها مقامها، و فيهم من قال: انتقل القيمة إليه، و هو الأقوى، لأننا قد بينا أن ملكه له، و الوقف لم يتناول القيمة، و الأول قول من قال: ينتقل الى الله، انتهى.

و ظاهره أنه على تقدير القول بانتقال الملك الى الموقوف عليه كما هو مذهبه فإنه يصير المال اليه، و على تقدير القول بأنه ينتقل الى الله، فإنه يشتري به عبد آخر يقوم مقامه، و يكون وقفا.

و قال العلامة فى المختلف: و المعتمد اقامه غيره مقامه، لعدم اختصاص البطن الأول بملكه، و لهذا يملك البطن الثانى عن الواقف عن البطن الأول، و الوقف ان لم يتناول القيمة لكنها بدل عن العين، انتهى.

و هو صريح فى اختيار القول الثانى، كما أن كلام الشيخ صريح فى اختيار الأول، و هو اختيار المحقق فى الشرائع أيضا، و العلامة فى التحرير، و جعل الثانى احتمالا، و ظاهر الشهيد فى الدروس، و شرح الإرشاد التوقف فى المسئلة، حيث اقتصر على نقل القولين، و لم يرجح شيئا منهما فى البين، و هو فى محله.

و توضيح أدله القولين زياده على ما تقدم، أما القول الأول فلأن الديه عوض رقبته، و الرقبه ليست ملكا تاما للموجودين، بل للبطلون اللاحقه منها حق و ان لم يكن بالفعل، لكنه بالقوه القريبه منه، لحصول السبب و المعدات للملك، و لم يتخلف منها سوى وجودهم، و حينئذ فلا سبيل إلى إبطال حقهم، فيجب أن يشتري به عبدا، و بعض عبد يكون وقفا، إبقاء للوقف بحسب الإمكان، و صيانته له عن الابطال، و توصلا الى غرض الواقف، و لأن الوقف تابع لبقاء المالىه، و لهذا

يجب الشراء بقيمته-حيث يجوز بيعه-يكون وقفاً.

و أما الثانى فوجهه أن الوقف ابتداء متعلق بالعين، لأن موضوعه العين الشخصيه لا غير و قد بطلت بإتلافه، فامتنع أن يكون لمن سيوجد من البطون فيه حق، لأنهم حال الحياه غير مستحقين، و وقت صيرورتهم مستحقين قد خرج التالف عن كونه وقفاً، هكذا قرره فى المسالك.

ثم أنه أورد على الدليل الثانى حيث أنه اختار القول الأول ما لفظه:

و يضعف بأن القيمه بدل عن العين، فيملكها على حد ما يملكها، و يتعلق بها حق من يتعلق حقه بها و الوقف و ان لم يتناول القيمه مطابقه، لكنه يتناولها اقتضاء، من حيث أنها قائمه مقام العين، و لأن الوقف أقوى من حق الرهن، و هو يتعلق بالقيمه، و الوقف أقوى، و حينئذ فالأقوى الأول.

أقول: لو صح بناء الأحكام الشرعيه على مثل هذه التعليلات العقلية، لاتجه قوه ما قواه (قدس سره) سيما أنه الأوفق بالاحتياط المطلوب فى أمثال هذه المقامات الخاليه من النصوص، إلا أنك قد عرفت ما فيه فى غير مقام مما تقدم.

#### [تنبيهات]

#### اشاره

بقى فى المقام فوائد يحسن التنبيه عليها:

#### الاولى [الخلاف فى الديه خاصه أم يعم الأرض؟]:

ظاهر الأكثر أن محل الخلاف ما قدمنا ذكره من الجنايه الموجهه للمال ديه أو غيرها، و الظاهر من كلام المحقق فى الشرائع أن محل الخلاف الديه خاصه، و أما ما كان أرشاً فإنه للموجودين من غير خلاف، و مقتضى الدليل المتقدم يؤيد ما ذكره الأكثر.

#### الثانيه: أنه على تقدير شراء عبد أو بعض عبد يكون وقفاً، فمن الذى يتولى ذلك؟

قال شيخنا الشهيد فى شرح الإرشاد: و الأجود تفويضه الى الناظر الخاص، فان تعذر فالناظر العام، و ان تعذر فالموقوف عليه، قضيه للشروط فى النظر عموم حكم الحاكم على البطون، و أولويه الموقوف عليه، و فى المسالك

أنه يبنى على الخلاف المتقدم، فان حكمنا بالملك للموقوف عليه، فان حق الشراء راجع إليه، لأنه المالك لذلك، و البطون اللاحقه تابعه لهم و يحتمل الحاكم نظرا الى حق البطون اللاحقه، و أن للحاكم حق الولاية عليهم دون البطون المتقدمه و ان حكمنا بكونه لله سبحانه فللحاكم لا غير، و ان حكمنا للواقف فالوجهان الأولان.

أقول: لو تعذر الحاكم فالظاهر قيام عدول المؤمنين بذلك، كما في غير هذا الموضع من الأمور الحسبيه، و قيل: بتقديم الموقوف عليه، و الأظهر الأول.

### **الثالثه: انه هل يصير وقفا بمجرد الشراء أم يفتقر إلى الصيغه؟**

قال في المسالك: كل محتمل، و ان كان الأول أقوى، لأنه بالشراء يصير بدلا عن العين كالرهن و على الثاني يباشره من يباشر الشراء أقول: و بالأول صرح شيخنا الشهيد (رحمه الله عليه) في الإرشاد.

### **الرابعه [لو لم تف القيمة بعبد كامل]:**

قال في المسالك: لو لم تف القيمة بعبد كامل اشترى شقص بها امتثالا للأمر بحسب الإمكان، و لو فضل منه فضل عن قيمه عبد اشترى معه و لو شقص آخر.

أقول: قوله امتثالا- للأمر بحسب الإمكان لا أعرف له معنى في هذا المكان، إذ لا نص كما عرفت، إلا أن يكون المراد بناء على ما يدعونه قصد الواقف.

### **الخامسه [وجوب كون البدل من جنس الموقوف]:**

قال شيخنا الشهيد في شرح الإرشاد: و الأقرب أن البدل يجب كونه من جنس الموقوف، لأنه أقرب الى الوقف، و كلام المصنف هنا يشمل الجنس و غيره، و حينئذ تجب المساواه في الذكوره و الأنوثة، و ان أمكن المساواه في باقى الصفات أو معظمها فهو أولى، و لو قيل: فى القيمى بضمانه بالمثل و أمكن له مثل، كان هو الوقف، و استغنى عن الشراء، و ان قيل: بالقيمه و أتى بعبد بالصفات أمكن وجوب قبوله، لأن غايه القيمه صرفها فى مثله، انتهى.

### **السادسه: هل للموقوف عليهم العفو عن القصاص أو عن الأرش أو الديه؟**

قال في المسالك: يبنى على أن البطون اللاحقه هل تشاركهم فيه أم لا؟ فعلى الأول ليس لهم العفو، وعلى الثاني لهم، لانحصار الحق فيهم.

### السابعه [ما لو عفى بعضهم] :

قال: في المسالك: على تقدير المشاركة لو عفى الأول فللثاني أن يستوفى، لوجود سبب الاستحقاق من حين الجنايه و ان لم يثبت بالفعل، مع احتمال العدم، لتجدد استحقاقهم بعد سقوط الحق بالعفو، وعلى تقدير جواز استيفاء الثاني هل له القصاص كأول ان كانت الجنايه توجهه أم يختص بالديه؟ وجهان: من مساواته للأول في الاستحقاق، و من تغليب جانب العفو بحصوله من الأول، و الأقوى الأول.

أقول: لا يخفى أن قضيه المشاركه - و ان كان أخذ حق أحد الشريكين موقوفا على وجوده - هو أن حكم الثاني كأول في كل من الأمرين المذكورين، قوله في الاحتمال المذكور «لتجدد استحقاقهم بعد سقوط الحق بالعفو» مدفوع بأن الساقط انما هو حق أولئك العافين، لا حق هؤلاء المتأخرين و نحوه قوله في الثاني لتغليب جانب العفو بحصوله من الأول، فإن الحاصل من الأول انما هو بالنسبه إليه، لا الى شريكه، و هو ظاهر و الله العالم.

### المسئله الثالثه [في انصراف الوقف على سبيل الله إلى ما يكون وصله إلى الثواب] :

المشهور بين الأصحاب (رضوان الله عليهم) أنه إذا وقف في سبيل الله انصرف الى كل ما يكون وصله الى الثواب، لأن السبيل بمعنى الطريق فيكون المراد كلما يكون طريقا الى حصول الثواب منه سبحانه، و يكون وسيله إلى رضوانه، و كذا لو قال: في سبيل الله و سبيل الثواب و سبيل الخير، فان مرجع الثلاثه إلى أمر واحد، و هو سبيل الله بالمعنى المتقدم.

و خالف الشيخ في أحد قوليه في الموضوعين، فقال: في الأول ان سبيل الله الغزاه المقطوعه، دون العسكر المقاتل على باب السلطان، و الحج و العمره يقسم أثلاثا فخص السبيل بهذه الثلاثه، و عن ابن حمزه أن سبيل الله، المجاهدون.

و قال في الثاني: بقسمته أثلاثا فنلت للغزاه و الحج و العمره، و هو سبيل الله، و ثلث الى الفقراء و المساكين، و يبدأ بأقاربه، و هو سبيل الثواب، و ثلث إلى خمسه



أصناف من الذين ذكرهم الله في آية الصدقة، وهم الفقراء، والمساكين، وابن السبيل، والغارمون، والرقاب، ولا يخلو من تحكم، فإننا لم نقف له على دليل على هذا التفصيل.

أقول: وقد تقدم في كتاب الزكاة (١) في معنى سبيل الله فمما تدل على القول المشهور

روايه على بن إبراهيم (٢) في تفسيره عن العالم عليه السلام قال:

و في سبيل الله قوم يخرجون الى الجهاد، وليس عندهم ما يتقون به، أو قوم مؤمنون ليس عندهم ما يحجون به، أو في جميع سبيل الخير، فعلى الامام أن يعطيهم من مال الصدقات حتى يقووا على الحج والجهاد. و أشرنا ثمة أيضا الى ان الظاهر من بعض الروايات أن تفسير السبيل بالجهاد، انما كان تقيه، حيث أن مذهب العامة ذلك، والله العالم.

### المسئلة الرابعة: إذا وقف على موالبه

، فان انحصرت الموالى فى الأعلى أو الأسفل فلا اشكال، والمراد بالأعلى هم المعتقون له، بأن باسروا العتق أو انتهى إليهم ولايه العتق، والأسفل هم من أعتقهم بعد عتقه كذلك، فان اجتمعوا فان كانت ثمة قرينه تدل على إرادته أحد الصنفين أو كليهما فلا إشكال أيضا، وان انتفت القرائن وجب الرجوع إليه فى تفسير ذلك و ما أراد به، فان تعذر الرجوع إليه أو أخبر بأنه لم يقصد شيئا بخصوصه، وانما بنى على مدلول اللفظ، فهل يبطل الوقف أو يصح و يصرف إليهما أو إلى أحدهما أو يفرق بين المفرد و الجمع؟ أقوال.

فنقل عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف القول بالصحة، قال فى الخلاف:

إذا وقف على مولا، و له مولى من فوق، و مولى من أسفل، و لم يبين انصرف إليهما، لأن الاسم يتناولهما، فيجب صرفه إليهما، كما لو أطلق الوقف على الاخوه انصرف إليهم و ان كانوا متفرقين، و ليس ذلك بمجهول، كما أن الوقف

ص: ٢٤٠

١-١) ج ١٢ ص ١٩٩.

٢-٢) تفسير القمى ج ١ ص ٢٩٨، الوسائل ج ٦ ص ١٤٥ ح ٧.

على الأخوه ليس بمجهول، وبذلك قال ابن إدريس أيضا، معللا بتناول الاسم، إلا أن الشيخ فرضه في المفرد، و ابن إدريس فرضه في الجمع و نحوه المحقق في الشرائع، فإنه تبع الشيخ في الحكم بالصحة، إلا أنه فرضه في الجمع.

وقال ابن حمزه: إذا وقف على مولاة اختص بمولى نفسه، دون مولى أبيه و بمولاه الذى أعتقه، دون مولى نعمته، إلا إذا لم يكن له مولى عتق، و كان له مولاة نعمه، و إن قال: على موالى دخل فيه مولى العتاقه، و مولى النعمه.

وقال فى المختلف بعد نقل هذه الأقوال: و الوجه أن نقول: إن عرف بقريته حاله أو مقالته قصده فيهما حمل لفظه عليه، عملا بالقريته، و إن انتفت القرائن فإن كان اللفظ مفردا ليس بجمع بطل الوقف، و إن كان جمعا و قلنا بجواز اراده معنى المشترك من لفظ الجمع حمل عليهما، و إن قلنا إن حكمه حكم الواحد بطل، لنا أنا قد بينا فى أصول الفقه أنه لا تجوز اراده معنى المشترك منه بلفظ واحد و لا شك أن لفظه مولى من الألفاظ المشتركة بين المعالى المتضاده، و هى المعتق و المعتق، و قول الشيخ أن الاسم يتناولهما، قلنا: إن أراد ذلك على سبيل الجمع، فهو ممنوع لأن الواضع لم يضعه لكلا المعنيين، فيكون استعماله فيهما استعمالا للفظ فى غير موضوعه و القياس على الأخوه ضعيف، لأن الأخوه موضوع لمعنى واحد، يتناول المتقرب بالأبوين و أحدهما على سبيل التواطؤ، بخلاف المولى، و قول ابن إدريس يشعر بمتابعته للشيخ، و قول ابن حمزه فى الجمع جيد، أما فى المفرد فحملة على المعتق ضعيف، و كونه أقوى من المولى من أسفل لأنه يرث لا يخرج اللفظ عن كونه مشتركاً، و لا يوجب ترجيحاً فى التناول، انتهى.

و ظاهر شيخنا الشهيد (رحمه الله عليه) فى شرح الإرشاد الميل الى ما ذكره العلامة هنا من الفرق بين المفرد و الجمع، و البطلان فى الأول دون الثانى، قال بعد الكلام فى المسئلة: و اعلم أن الصحة و تناول الجميع يقوى إذا كان اللفظ بصيغته الجمع، كالمسئلة المفروضة، فإن بعض من منع استعمال المشترك المفرد فى كلا معنييه

أجازه في الجمع، ولأنه يكون جمعا مضافا و هو للعموم، كما قرر في الأصول، و ان كان اللفظ مفردا كما لو وقف على مولاه، يقوى البطلان، و نصر شيخنا المرتضى عميد الدين الصحه في المجموع، و هو ظاهر المصنف في المختلف لأنه لفظ مستغرق لجميع ما يصلح له، انتهى.

أقول: قد تقدم في مواضع من كتب العبادات الإشارة الى أن ما اشتهر بينهم في الأصول من عدم جواز استعمال المشترك في معينه مما يظهر من الأخبار خلافه، و بذلك اعترف في الذكري أيضا، و منه تظهر قوه ما ذهب اليه الشيخ، و كيف كان فالمسئله لما عرفت محل اشكال، و الله العالم.

### المسئله الخامسه: في الوقف على الأولاد

#### إشاره

و له صور

#### أحدها - الوقف على أولاد الأولاد

و الظاهر أنه لا خلاف في أنه إذا وقف على أولاد أولاده فإنه يشترك أولاد البنين و البنات ذكورهم و إناثهم من غير تفصيل. أما الحكم الأول، فلان إطلاق الولد شامل للذكور و الإناث بلا اشكال لقوله سبحانه (١) «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ» و نحوها فيصدق على أولادهم مطلقا أنهم أولاد أولاد، و ان اختلف في صدق الأولاد على أولاد الأولاد، كما سيأتى ذكره ان شاء الله تعالى.

و أما الحكم الثاني فلاقتضاء الإطلاق ذلك، و اقتضاء الاشتراك التسويه حتى يقوم الدليل على خلافها، و كما يدخل الذكور و الإناث في لفظ الولد تدخل الخنثى أيضا، أما لو كان بلفظ البنين خاصه أو البنات خاصه، و أولادهم، فالظاهر عدم صدق ذلك عليهم، و أما لو جمعتهما بأن قال: على البنين و البنات و أولادهم فهل يدخلون في ذلك أم لا؟ قولان للعلامه في القواعد و التحرير منشأ الثاني منهما أنهم ليسوا بذكور و لا إناث، و الأول أنهم لا يخرجون عن الصنفين في نفس الأمر، و لهذا يستخرج أحدهما بالعلامات، و مع فقدها ترث نصف النصيبين.

ص: ٢٤٢

ورد بأنه لا- كلام مع وجود العلامه،و لا دلاله لنصف النصيين على حصره فيهما،بل يمكن دلالة على عدمه،و جاز أن تكون طبقه ثالثه متوسطه النصيب كما أنها متوسطه الحقيقه.

### الثانيه- ما لو قال:على من انتسب إلى

قال فى الشرائع لم يدخل أولاد البنات،و قال بعد ذكر العبارة هذا هو المشهور،و قد تقدم خلاف المرتضى فى ذلك، فإنه حكم بدخولهم فى الأولاد حقيقه،و هو يقتضى انتسابهم بطريق أولى.

أقول:و نحن قد استوفينا الكلام بما لا- يحوم حوله نقض و لا- إبرام فى هذا المقام،و أوضحنا ضعف هذه الأوهام فى كتاب الخمس (١)و لكن ربما تعذر على الناظر هنا الرجوع إلى ذلك،فلا- علاج ان ارتكبنا مراره التكرار فى بيان ضعف هذا الكلام،دفعنا لثقل المراجعة على النظار:

ف نقول:أما ما ذكره من أن أولاد البنات لا يدخلون فى النسبه إلى أب الأم،فقد علله العلامه فى المختلف فى كتاب الخمس فى مقام الرد على المرتضى (رضى الله عنه)فقال:لنا أنه إنما يصدق الانتساب حقيقه إذا كان من جهه الأب عرفا،فلا يقال:تميمى إلا إذا انتسب إليهم بالأب،و لا حارثى إلا إذا انتسب الى حارث بالأب،و يؤيده قول الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا و بناتنا

بنوهن أبناء الرجال الأبعاد

و ما رواه

حماد بن عيسى (٢)قال:

«رواه لى بعض أصحابنا عن العبد الصالح أبى الحسن الأول عليه السلام و من كانت أمه من بنى هاشم و أبوه من سائر قريش،فإن الصدقه تحل له،و ليس له من الخمس شىء لأن الله تعالى (٣)«يقول أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ». و لأنه أحوط،انتهى.

ص: ٢٤٣

١- (١) ج ١٢ ص ٣٩٠ الى ص ٤١٦.

٢- (٢) أصول الكافى ج ١ ص ٥٣٩ ح ٤،الوسائل ج ٦ ص ٣٥٨ ح ٨.

٣- (٣) سورة الأحزاب-الايه ٦.

و فيه نظر من وجوه، أحدها- ما ادعاه من أنه لا يصدق الانتساب حقيقه إلا إذا كان من جهة الأب، فإن الأخبار عموماً و خصوصاً متظافره بخلافه، فمن الأول ما رواه

في الكافي في كتاب الروضه و الثقة الجليل على بن إبراهيم في تفسيره عن أبي الجارود (١) قال:

«قال أبو جعفر عليه السلام: يا أبا الجارود ما يقولون لكم في الحسن و الحسين عليهما السلام قلت: ينكرون علينا أنهما ابنا رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) قال: فأى شيء احتججتهم عليهم؟ قلت: احتججنا عليهم بقول الله تعالى في عيسى ابن مريم (٢) وَ مِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَ سُُلَيْمَانَ» ثم ساق الآيه قال:

فأى شيء قالوا لكم؟ قلت: قالوا: قد يكون ولد الابنه من الولد، و لا يكون من الصلب، قال: فأى شيء احتججتهم عليهم قلت: بقول الله تعالى لرسوله «فَقُلْ لِلَّهِ نَدْعُ أَبْنَاءَنَا وَ أَبْنَاءَكُمْ وَ نِسَاءَنَا وَ نِسَاءَكُمْ» (٣) قال: فأى شيء قالوا؟ قلت:

قالوا: قد يكون في كلام العرب أبناء رجل، و يقول آخر أبناؤنا قال: فقال أبو جعفر عليه السلام: يا أبا الجارود لأعطينكها من كتاب الله عز و جل أنهما من صلب رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) لا يردها إلا الكافر قلت: فأين ذلك جعلت فداك؟ قال: من حيث قال الله عز و جل «حَرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَ بنَاتُكُمْ وَ أَخَوَاتُكُمْ» (٤) الآيه الى أن انتهى الى قوله «و حلائل أبنائكم الذين من أصلابكم» فسألهم يا أبا الجارود هل كان يحل لرسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) نكاح حليلتيهما؟ فان قالوا: نعم كذبوا و فجروا، و ان قالوا: لا فهما ابناه لصلبه» الحديث.

أقول: لا يخفى أن تأويل المخالفين للآيتين الأولتين مرجعه الى التجوز، كما يدعيه أصحابنا هنا مع ما في الخبر من التشنيع الفضيع على من قال من أصحابنا بالقول المشهور، تبعاً للعامه العمياء في هذا الباب، نعوذ بالله من طغيان

ص: ٢٤٤

١- ١) الكافي ج ٨ ص ٢٦٣ ح ٥٠١، تفسير القمي ج ١ ص ٢٠٩، الوسائل ج ١٤ ص ٣١٦ ح ١٢.

٢- ٢) سورة الانعام- الآيه ٨٤ و ٨٥.

٣- ٣) سورة آل عمران- الآيه ٦١.

٤- ٤) سورة النساء- الآيه ٢٣.

الأقلام، وزيغ الأفهام، و لكن العذر لهم (رضوان الله عليهم) بقصور التتبع للأخبار، و بمضمون هذا الخبر أخبار عديده، قد تقدمت في الكتاب المشار إليه آنفا.

و من الثاني ما رواه

في الكافي في باب ما نص الله و رسوله على الأئمة عليهم السلام واحدا فواحد بسند صحيح عن عبد الرحيم بن روح القصير (١) «عن أبي جعفر عليه السلام في قول الله عز و جل «النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ» (٢) ثم ساق الحديث الأول على اختصاص الإمامه بهم الى أن قال: فقلت: هل لولد الحسن فيها نصيب، فقال: لا و الله يا عبد الرحيم ما لمحمدى فيها نصيب غيرنا».

و ما رواه

الصدوق في كتاب معانى الأخبار عن حمزه و محمد ابني حمران (٣)

«عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال عليه السلام فيه بعد ذكر حمران لعقيدته في الإمامه ما صورته: يا حمران مد المطمر بينك و بين العالم، قلت: يا سيدى و ما المطمر؟ قال: أنتم تسمونه خيط البناء فمن خالفك على هذا الأمر فهو زنديق، قلت:

و ان كان علويا فاطميا فقال أبو عبد الله عليه السلام: و ان كان محمديا علويا فاطميا».

و هما كما ترى صريحان في صحه النسبه إليه (صلى الله عليه و آله و سلم)، مع أن ذلك انما من جهه الأم، و أن كل من كان من ذريته في أبناء ابنته، فهو محمدي، و به يظهر أن ما ادعاه (قدس سره) من أنه لا تصح النسبه، و لا يقال:

تميمى و لا حارثى إلا لمن انتسب بالأب كلام شعرى، لا تعويل عليه، و الظاهر أنه مأخوذ من كلام العامه العمياء المنكرين لكون ابن البنت ابنا حقيقيا، للتوصل بذلك الى الطعن على الأئمة عليهم السلام كما هو المفهوم من جمله من الأخبار التى ابتنا عليها في الكتاب المتقدم ذكره.

و من ذلك أيضا ما رواه

في الكافي في حديث طويل في باب ما يفصل به بين

ص: ٢٤٥

١- (١) الكافي ج ١ ص ٢٨٨ ح ٢.

٢- (٢) سوره الأحزاب- الايه ٦.

٣- (٣) معانى الأخبار ص ٢١٢ ط تهران سنه ١٣٧٩.

دعوى المحقق و المبطل فى الإمامه (١) عن أبى جعفر عليه السلام قال: فى آخره الله بيننا و بين من هتك سترنا و جحدنا حقنا و أفشى سرنا و نسبنا الى غير جدنا» الحديث.

و ما رواه

العياشى فى تفسيره و البرقى فى محاسنه (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

و الله لقد نسب الله عيسى بن مريم فى القرآن إلى إبراهيم من قبل النساء، ثم تلا و من ذريته. الآية.

و ثانيها- أن الاستناد الى هذا البيت، فى مقابله الآيات المتظافره و الروايات المتكاثره الداله على كون ولد البنت ولدا حقيقيا، مما لا يلتفت اليه، و لا يعول عليه، كما صرح بذلك الشيخ فى الخلاف فى كلامه المتقدم فى المسئله الخامسه من سابق هذا المطلب، و قد فسر معنى البيت المراد منه بأن الشاعر أراد الانتساب بمعنى أن أولاد البنات لا ينسبون إلى أمهم، و إنما ينسبون إلى أبيهم.

و ثالثها- ما ذكره من مرسله حماد، فان فيه أولا أنه بمقتضى اصطلاحهم، فان الخبر ضعيف، لا تقوم به حجه كما ذكره فى أمثاله.

و ثانيا أنه معارض بالآيات القرآنيه و الأحاديث المتكاثره الداله على خلافه عموما و خصوصا و من الثانى ما رواه

الشيخ المفيد (رحمه الله عليه) فى كتاب الاختصاص (٣) فى حديث طويل عن الكاظم عليه السلام مع الرشيد، و فيه

قال الرشيد له عليه السلام لم لا تنهون شيعتكم عن قولهم لكم يا ابن رسول الله، و أنتم ولد على، و فاطمه إنما هى وعاء، و الولد ينسب إلى الأب لا إلى الأم، فقال عليه السلام بعد أن طلب منه الأمان و آمنه: أعوذ بالله السميع العليم، ثم أورد عليه السلام آيه عيسى (٤) عليه السلام، ثم أورد آيه المباهله (٥). و ما رواه

فى كتاب الاحتجاج (٦) عن الكاظم عليه السلام فى حديث طويل لما

ص: ٢٤٦

١-١) أصول الكافى ج ١ ص ٣٥٦ ح ١٦.

٢-٢) المحاسن ج ١ ص ١٥٦ ط تهران ح ٨٨، تفسير العياشى ج ١ ص ٣٦٧ ح ٥٢.

٣-٣) الاختصاص ص ٥٤ ط إيران سنه ١٣٧٩.

٤-٤) سوره الانعام-الايه ٨٤ و ٨٥.

٥-٥) سوره آل عمران-الايه ٦١.

٦-٦) عيون أخبار الرضا ج ١ ص ٨٣ فى ضمن الحديث ٩، الاحتجاج ج ٢ ص ١٦٣.

أدخل على الرشيد و موضع الحاجه منه أنه قال له الرشيد: لم جوزتم للعامه و الخاصه أن ينسبوكم إلى رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) و يقولون يا ابن رسول الله و إنما ينسب المرء إلى أبيه، و فاطمه، إنما هي وعاء، و النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) جدكم من قبل أمكم فقال: يا أمير المؤمنين لو أن النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) نشر فخطب إليك كريمتك هل كنت تحببه؟ فقال: سبحان الله و لم لا أحببه بل أفتخر على العرب و قريش بذلك، فقال: لكنه لا يخطب الي، و لا أزوجه، فقال: و لم فقلت لأنه ولدني و لم يلدك، فقال: أحسنت يا موسى».

و نحوهما غيرهما و التقريب في هذين الخبرين و نحوهما أن الرشيد لما أنكر عليه نسبتهم عليهم السلام إليه (صلى الله عليه و آله و سلم) بواسطه الأم و إنما ينسب المرء إلى أبيه، كما ذكره عليه السلام في مرسله حماد المذكوره و احتج بقوله (1) «ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ» احتج عليه بالآيات المذكوره، و ما ذكره الرشيد في هذه الأخبار في إنكاره عليه هو عين ما ذكره عليه السلام في مرسله حماد التي استند إليها الخصم، مع أنه عليه السلام في هذه الأخبار قد رد ذلك بالآيات المذكوره الداله على البنوه حقيقه، و لو كانت البنوه في هذه المواضع إنما هي على جهه المجاز كما يدعيه العامه و من قال بقولهم من أصحابنا، (سامحهم الله بغفرانه) فكيف يحتاج الى الاستدلال بهذه الآيات، بل كيف يعترض الرشيد و غيره عليهم بهذه التسميه، و باب المجاز واسع، و هو لا يوجب فخرا و لا يخذ ذكرا فلو لا أن المخالفين من الرشيد و غيره عالمون بان دعواهم البنوه إنما هو على الحقيقه لما اعترضوا عليهم بذلك، و لما احتاجوا عليهم السلام إلى الاستدلال بهذه الآيات و نحوها، لما عرفت، و هذه الآيات لا تصلح للاستدلال الا بناء على دعوى البنوه الحقيقه، و هذا بحمد الله ظاهر تمام الظهور لمن اطلع على الأخبار و الآيات الظاهره، كالنور على الطور، و لم يعتر بصر بصيرته قصور و لا فتور.

و أما ما ذكره في المسالك و مثله غيره من نسبه هذا الخلاف إلى المرتضى

ص: ٢٤٧



(رضى الله عنه)خاصه فهو عجب و أى عجب،فان هذا القول مذهب جملة من متقدمى الأصحاب،بل ربما كان هو المشهور بينهم كما تقدمت الإشارة إليه فى المسئلة الخامسة من مسائل المطلب المتقدم،وقد ذكرنا فى كتاب الخمس (1)من ذهب إلى ذلك من علمائنا المتقدمين و المتأخرين،بما ربما يزيد على عدد من صرح بالخلاف المشهور بين المتأخرين،و الله العالم.

### الثالثه- ما لو وقف على أولاده

المشهور بينهم أنه يختص بالأولاد لصلبه، دون أولاد الأولاد،إلا- أن يكون هناك قرينه تدل على دخولهم،كقوله الأ-على فالأ-على،أو بطننا بعد بطن،أو يقف على أولاد فلان،و هو يعلم أن لا ولد له لصلبه، و نحو ذلك،وقيل:يشترك الجميع إلا مع القرينه،و هو الأظهر،احتج القائلون بالقول الأول بأن المتبادر من الولد هو ما كان لصلب،و لا يفهم منه ولد الولد إلا بالقرينه. قالوا:و لهذا يصح سلبه عنه،فيقال،ليس ولدى،بل ولد ولدى.

أقول:فيه أن المفهوم من الآيات الكثيره فى باب الميراث،و النكاح،و الأخبار المستفيضة هو أن الولد حقيقه أعم من أن يكون من صلب بلا- فاصله أو بفاصله سواء كان الفاصله ذكرا أم أنثى،و قد اعترف بدلاله الآيات على ذلك فى المسالك فى باب الميراث فى مسئلة أن أولاد الأولاد هل يقومون مقام آبائهم فى الميراث؟ فلكل نصيب من يتقرب به،أو يقتسمون اقتسام أولاد الصلب،حيث ذكر أن القول الثانى مذهب المرتضى،و جماعه من الأصحاب،ثم استدل لهم بآيات تحريم حلائل الأبناء،و تحريم بنات الابن و الابنه،و الحجب بهم للأبوين،و الزوجين.

ثم قال:و هذه توجيهات حسنه،الا أن الدليل قد قام أيضا على ان أولاد البنات ليسوا أولادا حقيقه لثبوت ذلك فى اللغه و صحه السلب الذى هو علامه المجاز،و فيه أنه مع تسليم دلالة اللغه على ما ذكره فعرف الشرع مقدم على عرف

ص: ٢٤٨

اللغة، و هو قد اعترف بدلاله الآيات على ذلك، و مثلها الأخبار كما ستعرفه ان شاء الله تعالى و حينئذ يلتفت الى ما دل عليه كلام أهل اللغة لو كان كما يدعونه و أما الاستناد الى ما ذكروه من صحة السلب في قول القائل هذا ليس ولدى، بل ولد ولدى، و هو عمدته أدلتهم فهو على إطلاقه ممنوع، فاننا لا- نسلم سلب الولديه حقيقه، فإن حاصل المعنى بقريته الإضراب أن مراد القائل المذكور انما هو أنه ليس بولدى بلا واسطه، بل ولدى بالواسطه، فالمنفى حينئذ انما هو كونه ولده بلا واسطه، و الولد الحقيقي عندنا أعم منها، و لو قال ذلك القائل: ليس ولدى من غير الإضراب معنا صحة السلب.

و أما الأخبار الواردة في المقام فمنها روايه أبي الجارود المتقدمه: و هي صريحه في كون ولد البنت ولدا للصلب، كما عرفت، و نحوها الروايات الأخر.

و منها ما رواه

في الكافي في أبواب الزيارات بسنده عن بعض أصحابنا (١) قال

حضرت أبا الحسن الأول عليه السلام و هارون الخليفه و عيسى بن جعفر و جعفر بن يحيى بالمدينه قد جاؤا الى قبر رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) فقال هارون لأبي الحسن عليه السلام تقدم، فأبى فتقدم هارون فسلم و قام ناحيه، و قال عيسى بن جعفر:

لأبى الحسن عليه السلام تقدم فأبى، فتقدم عيسى فسلم و وقف مع هارون ثم ساق الخبر الى أن قال: و تقدم أبو الحسن عليه السلام فقال: السلام عليك يا أبت أسأل الله الذى اصطفاك و اجتباك و هداك و هدى بك أن يصلى عليك، فقال هارون لعيسى: سمعت ما قال؟ قال: نعم، فقال هارون: أشهد أنه أبوه حقا.

أقول: لو كان لفظ الأب هنا انما هو مجاز كما يدعيه أصحابنا تبعا للعامه العمياء فأى فخر فيه، حتى أنه عليه السلام يعبر به، ثم انظر الى شهاده هارون بأنه أبوه حقا، و أى محل للحمل على المجاز فى ذلك، لو لا عدم التدبر فى الأخبار، و الوقوف عليها.

ص: ٢٤٩

المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) بطرق عديده، و متون متقاربه عن عائذ الأحمسى (١) قال:

دخلت على أبى عبد الله عليه السلام فقلت: السلام عليك يا بن رسول الله فقال: و عليك السلام أى و الله أنا لولده، و ما نحن بذوى قرابته.

أقول: انظر الى صراحه كلامه عليه السلام فى أنهم ولد حقيقه له (صلى الله عليه و آله و سلم) - لا أنهم من ذوى قرابته و أن إطلاق الولد عليهم انما هو مجاز - كما يدعيه من لم يعرض على التطلع فى الأخبار - بضرر س قاطع، و أكد ذلك بقسمه بالله سبحانه، الى غير ذلك من الأخبار التى ذكرناها فى كتاب الخمس (٢) و مجمل القول فيها أنها قد دلت على دعواهم عليه السلام النبوه له (صلى الله عليه و آله و سلم) و افتخارهم بذلك، و أن شيعتهم كانوا عاكفين على تسميتهم بذلك، و ان المخالفين أنكروا ذلك عليهم، و هم عليهم السلام قد استدلوا بالآيات القرآنيه كما عرفت، فلو لا - أن المراد النبوه الحقيقه، لما كان لما ذكر من هذه الأمور وجه بالكلية، لأن المجاز لا يوجب الافتخار، و لا يتوقف على الاستدلال، و لا يكون محلاً للمخاصمه و الجدل بل هذه الأشياء إنما تترتب على المعنى الحقيقى، كما لا يخفى على الناقد البصير، و لا ينبئك مثل خبير.

و لكن أصحابنا (سامحهم الله برضوانه) لما لم تصل هذه الأخبار الى نظرهم، و لم يطلعوا عليها بالكلية جروا على ما جرت عليه العامه العمياء فى المباحث الأصوليه، إلا أن الآيات حجه ظاهره عليهم، و هى مكشوفه لديهم فخروجهم عنها الى التمسك بهذه التخريجات الضعيفه من قول أعرابى بوال على عقبيه، و ما ذكروه من صححه السلب و نحو ذلك كله رمى فى الظلام، كما لا يخفى على ذوى الأفهام.

ص: ٢٥٠

١- (١) فروع الكافى ج ٣ ص ٤٨٧ ح ٣، الوسائل ج ٣ ص ٥٠ ح ١٠.

٢- (٢) ج ١٢ ص ٣٩١.

و لذلك ملل إلى هذا القول زياده على من ذكرنا من المتقدمين جمله من من متأخري علمائنا الأعلام، و الله العالم.

#### **الرابعه- ما لو قال: على أولادى و أولاد أولادى**

، فإنه على المشهور بين المتأخرين يختص بالبطينين المذكورين من البطون المتجدده، لأنهم أولاد عندنا حقيقه كما عرفت، و الله العالم.

#### **الخامسه- لو قال: على أولادى فإن انقرضوا و انقرض أولادى فعلى الفقراء**

، فإنه لا- شك فى صحه الوقف على أولاده، لكن بعد انقراضهم فهل يرجع الوقف إلى أولاد الأولاد؟ ثم بعد انقراضهم الى الفقراء؟ أو يرجع الى الفقراء بعد انقراض أولاده، و لا يرجع الى أولاد الأولاد، قولان: قال فى المبسوط: إذا قال: وقفت على أولادى فإذا انقرضوا أولادى و أولاد أولادى فعلى الفقراء، فإنه صرح بالوقف على أولاده أولاً، و على الفقراء و المساكين، فعلى هذا إذا انقرض أولاده و بقى أولاد أولاده صرف انتفاعه إلى أقرب الناس إليه، الى أن ينقرضوا، فإذا انقرضوا صرف الى الفقراء، و منهم من يقول: يكون وقفا على أولاد أولاده بعد انقراض أولاده، لأنه شرط انقراضهم، و ذلك بظاهره يقتضى أنه وقف عليهم، كما لو صرح به، فعلى هذا يصرف إليهم بعد الأولاد، فإذا انقرضوا صرف الى الفقراء، و هذا أقوى.

قال العلامة فى المختلف- بعد نقل كلام الشيخ المذكور: و الوجه عندى الأول، لأن الوقف بصريحه دل على صيرورته إلى أولاده، ثم بعدهم و بعد أولاد أولاده يصرف الى الفقراء و لا دلالة صريحه على صيرورته بعد أولاده إلى أولاد أولاده، و أما الدلالة الامتزاميه فهى منفيه هنا أيضاً، لإمكان اقتران كلا النقيضين بهذا اللفظ، و يكون اللفظ معه صادقا، فصدقه أعم من اقترانه بالصيروره إلى أولاد أولاده، و من اقترانه بعدم ذلك، و لا دلالة للعام على الخاص، قوله شرط انقراضهم يقتضى مشاركتهم، فأى وجه لترتبهم على أولاده، فهلا- شاركوهم، فإنه لم يوجد ما يدل على الترتيب فكأنه قال: وقفت على أولادى و أولاد أولادى، فإذا انقرضوا

جميعا فعلى الفقراء، انتهى.

و الظاهر أن هذا القول هو المشهور بين المتأخرين و قوته بالنظر الى تعليلاتهم ظاهره، فإن أولاد الأولاد لم يتعرض للوقف عليهم بالكلية، فكيف يدخلون فى الوقف، و مجرد اشتراط انقراضهم فى الوقف على الفقراء لا- يستلزم كونه وقفا عليهم، لانتهاء وجه التلازم، و لأنه لو دل ذلك على الوقف عليهم أوجب التشريك بينهم و بين الأولاد، لانتهاء ما يدل على الترتيب كما ذكره العلامة مع أنه لا يقول به.

هذا كله بناء على ما هو المشهور بين المتأخرين من عدم دخول أولاد الأولاد فى إطلاق الأولاد، و أما على القول بدخولهم كما هو المختار، و به صرح الشيخ المفيد و ابن إدريس و غيرهم ممن تقدم ذكره، فإنه لا شك فى صحة الوقف المذكور، و أنه إنما ينتقل إلى الفقراء بعد انقراض أولاد الواقف من أولاد الصلب و من بعدهم من الأولاد، و ان تعددت الطبقات و تكاثرت.

بقى الكلام فى أنه على تقدير عدم دخول أولاد الأولاد فى الوقف و صحته على الفقراء بعد انقراض الجميع فالنماء المتخلل فى تلك المدة بعد موت الأولاد و قبل انقراض أولاد الأولاد لمن هو؟ قد عرفت من عبارته الشيخ المتقدمه أنه يصرف إلى أقرب الناس إليه الى أن ينقرض أولاد الأولاد، فإذا انقرضوا صرف الى الفقراء.

و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك احتمال تفريع ذلك على انتقال الوقف و عدمه، قال: فان قلنا ببقائه على ملك الواقف، فلا- شبهه فى كونه لورثته، و ان قلنا بانتقاله الى الله، فالمتجه صرفه فى وجوه البر، و على القول بانتقاله الى الموقوف عليه، يكون لورثته البطن الأول.

أقول: قد تقدم فى المطلب الثانى ذكر الخلاف فى المنقطع الآخر، و مثله يأتى فى منقطع الوسط، من أنه هل يصح، و يكون وقفا أو حبسا أو يبطل من أصله، و قد رجحنا أنه يصير حبسا لاشتراط الوقف بالدوام، و على هذا فإنه يكون

النماء هنا لورثه الواقف، ولا يعود الى الفقراء بالكلية.

و بهذا أيضا صرح شيخنا المذكور فى آخر البحث فى هذه المسئلة فقال:

نعم إذا قلنا حبسا لبطلانه بانقطاع وسطه اتضح عوده إلى ورثه الواقف على وجه الملك، ثم لا ينتقل عنهم الى الفقراء، وهذا هو الأقوى، انتهى.

و هو جيد بناء على مذهبهم فى المسئلة، و الا فقد عرفت أن الأظهر صحة الوقف بغير اشكال كما قدمنا ذكره، و الله العالم، أقول: و قد تقدم بعض صور المسئلة أيضا فى المباحث السابقه.

### **تتمه [فى وجوب اتباع الشروط المذكوره فى الوقف]**

يجب اتباع الشروط المذكوره فى عقد الوقف من الترتيب و التشريك، و التفصيل، فلو وقف على أولاده و أولاد أولاده اقتضى ذلك تشريك البطن الأخير مع البطن الأول، و يأتى على ما اخترناه من دخول أولاد الأولاد فى إطلاق الأولاد اشتراك جميع البطون من غير تفصيل كما هو مقتضى الإطلاق.

و لو قال: على أولادى ثم أولاد أولادى أو قال: الأعلى فالأعلى ترتبوا، و لا يستحق البطن الثانى شيئا ما بقى من الأول واحد، و كل من مات من البطن الأول فنصيبه يرجع الى الباقيين، الا أن يقول: فنصيبه لولده، فإنه يجب اتباع الشرط المذكور، فلو مات أحدهم ممن ولد كان نصيبه لولده، و لو مات بعضهم عن غير ولد كان نصيبه للباقيين من البطن، دون الولد الذى أخذ نصيب أبيه، و المراد بأولادى هنا هم الذين من الصلب، فلا يدخل فيه أولاد الأولاد لقريته العطف.

لكن يبقى الكلام فى أولاد الأولاد، فإن المشهور تخصيصهم بالبطن الثانى، و على ما اخترناه فإنه يدخل فيه جميع البطون المتأخره عن البطن الأول، لدخولهم فى إطلاق أولاد الأولاد كما عرفت، فالترتيب حينئذ إنما هو بين البطن الأول، و هم أولاد الصلب، و بين من عداهم من الطبقات المتأخره، و أما الطبقات

المتأخره من أولاد الأولاد و ما بعدهم من البطون، فإنه لا ترتيب بينهم.

و لو قال:بطنا بعد بطن، فالمشهور أنه يفيد الترتيب بين البطون، و قال فى التذكرة: انه لا يفيد، و الأقرب الأول، و لو قال:على أولادى ثم أولاد أولادى على أن من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده، و من مات عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف، ثم لو مات أحدهم عن ابنين فان نصيبه لأبنيه ثم ان مات الثانى عن غير ولد، فان نصيبه لباقى طبقتة مع الابنين المذكورين بالسويه، لأن الجميع أهل الوقف فيشتركون فيه، و لو مات أحد الابنين المذكورين كان نصيبه لأخيه و عمه، لأنهم أهل الوقف، و الله العالم.

[المسألة] السادسة [عدم خروج المسجد عن الوقف بخرابه]

-لو خرب المسجد الموقوف، أو خربت القرية أو المحله لم يخرج المسجد عن الوقف، لما عرفت من أن الوقف مقتضى للتأيد، و لأن المسجد حقيقه إنما هو العرصه التى هى الأرض، و هى باقيه، و لأن الغرض المقصود منه و هو الصلاه فيه باق، فإنه يصلح فيه من يمر به، و ربما تعود القرية أو يحصل من يعمره.

و بالجملة فإن الخراب غير موجب للخروج عن الوقفيه إذ لا منافاه، نعم هذا إنما يتم فى غير المساجد المبنيه فى الأرض المفتوحه عنوه، حيث يجوز وقفها تبعاً لآثار التصرف، و قد تقدم فى مقدمات صدر كتاب التجاره (1) أنه متى زالت الآثار سواء كانت آثار التملك أو الوقف فإن الأرض تعود الى ما كانت عليه، لزوال المقتضى للاختصاص، الا أن تبقى فيه رسوم أصل الحيطان كما هو الغالب، بحيث يصدق وجود الآثار فى الجملة، فإنه يكفى فى بقاء حكم المسجديه، بل هذا هو المفهوم من النصوص، فان ما صار الآن معمولاً - من البناء و تشييد الجدران و وضع السقف عليها أمر مخترع، و المفهوم من النصوص إنما هو مجرد التحجير و العلامات الداله على المسجديه، و نقل عن بعض العامه خروجه عن المسجديه بالخراب قياساً عن عود الكفن الى الوارث عند اليأس من الميت بأن أخذه السيل

ص: ٢٥٤

(١-١) ج ١٨ ص ٤٣٨.

قياس منه بجامع استغناء المسجد عن المصلين كاستغناء الميت عن الكفن، و رده الأصحاب بأنه قياس مع الفارق، فإن الكفن ملك للورثة، فإن التركة تنتقل الى الوارث بالموت و ان وجب صرفه في التكفين، فإذا زال الموجب عاد الى ما كان عليه، بخلاف المسجد، فإنه قد خرج بالوقف عن ملك الواقف، و المسجد حقيقه إنما هي العرصه كما عرفت، و هي باقيه، و أيضا فإن القياس من الميت الذى أوجب رجوع الكفن إلى الورثة غير مسلم هنا، لجواز عماره القريه كما عرفت، و صلاحه الماره فيه، و اليأس عن المسجديه غير حاصل، و ما ذكر في الكفن عن العود الى الوارث إنما يتم فيما لو كان الكفن من التركة، أما لو كان من الزكاه أو الوقف أو من باذل فإنه يرجع الى أصله، و ما ذكر من الكلام هنا في المسجد يجرى في الدار الموقوفه، فإنه بانهدام الدار لا يخرج العرصه عن الوقف، و لا- يجوز التصرف فيها ببيع و نحوه، و الكلام في الفرق بين الأرض الخراجيه و غيرها كما تقدم في المسجد، و الله العالم.

### السابعه [في جواز بيع الوقف على تقدير وقوع الخلف بين الموقوف عليهم]

-المشهور بين الأصحاب جواز بيع الوقف إذا وقع بين الموقوف عليهم خلف، بحيث يخشى خرابه، و قد تقدم تحقيق هذه المسئله و ما فيها من الكلام بما لا- يحوم حوله للناظر نقض و لا- إبرام في كتاب البيع (1) و لو انقلعت نخله من أرض الوقف قال الشيخ: يجوز بيعها، لتعذر الانتفاع إلا بالبيع، و قال ابن إدريس: و تبعه أكثر المتأخرين انه يمكن الانتفاع بهذه النخله من غير بيعها كالإجاره للتسقيف، أو جعلها جسرا و نحو ذلك.

قال في المختلف بعد نقل القولين المذكورين: و هذه المنازعه تجرى مجرى النزاع اللفظي، لأن الشيخ فرض سلب منافعها على ما ذكره في دليله، و ابن إدريس فرض لها منافع غير الثمره، قال في المسالك- بعد أن ذكر أن كلام ابن إدريس جيد، حيث يمكن الانتفاع، و الا فكلام الشيخ جيد- ما صورته: و أما ما ادعاه

ص: ٢٥٥



العلامه من أنه لا- نزاع بينهما إلا في اللفظ حيث أن الشيخ (رحمه الله عليه) فرض سلب منافعها كما يقتضيه دليله، وابن إدريس فرض وجودها غير الثمره، فلا يخلو من حيف على ابن إدريس، لأن دليل الشيخ اقتضى ادعاءه عدم المنافع حينئذ، لا على تقدير عدم المنافع، ففيه قصور بين، وحينئذ فالتفصيل أجود، انتهى.

و الظاهر أن ما ذهب اليه ابن إدريس هو المشهور بين المتأخرين، استنادا الى عدم جواز بيع الوقف، أما على مذهب ابن إدريس فإنه يمنع منه مطلقا، و أما على المشهور فإنهم إنما يجوزونه في الصورة المتقدمه، وهذا ليس منها، و الشيخ إنما جوزه بدعوى عدم حصول النفع الذي هو الغرض من الوقف، فيجوز البيع حينئذ، لبطلان الوقف، و متى ثبت وجود النفع كما ادعاه ابن إدريس فلا- يصح البيع، بل يبقى وقفا على حاله، و ما ذكر من الكلام في المقام يجرى أيضا في حصير المسجد إذا خلق، و جذعه إذا انكسر، و تعذر الانتفاع به فيه أو في غيره.

قال في المسالك: و متى جاز البيع و جب أن يشتري بقيمته ما يكون وقفا على الأقوى، مراعيًا للأقرب الى صفه الأول فالأقرب، و نقل في المختلف عن ابن الجنيد أنه قال: و الوقف رقيقا أو ما يبلغ حاله الى زوال ما سبله من منفعتة، فلا بأس ببيعه، و ابدال مكانه بثمانه ان أمكن ذلك، أو صرفه فيما كان يصرف فيه منفعتة، أو ثمنه على منافع ما بقي من أصل ما حبس معه، إذا كان في ذلك الصلاح، ثم قال: و هو الأقوى عندي.

أقول: قد تقدم في مسئلة بيع الوقف المشار إليها آنفا من كتاب البيع (1) ما يؤذن بالمناقشه في ذلك، فليراجع، و الله العالم.

### الثامن [حكم ما لو آجر البطن الأول مدته، ثم انقضوا في أثنائها]

#### إشارة

قالوا: إذا آجر البطن الأول مدته، ثم انقضوا في أثنائها، فإن قلنا الموت يبطل الإجاره فلا كلام، و ان لم نقل فهل يبطل هنا فيه تردد، أظهره البطلان، لأننا بينا أن هذه المده ليست للموجودين، فيكون للبطن الثاني الخيار

ص: ٢٥٦

بين الإجازة في الباقي، و بين الفسخ فيه، و يرجع المستأجر على تركه الأولين بما قابل المتخلف، انتهى.

أقول: الكلام هنا يقع في موضعين

### الأول- في بطلان الإجازة و عدمه بموت البطن الأول

بناء على عدم بطلان الإجازة بموت الموجر، كما هو الأظهر، و ظاهر المشهور القول بالبطلان هنا، و جعلوه من جملة المستثنيات من قاعده عدم بطلان الإجازة بموت الموجر، و علل البطلان بما أشير إليه من قوله: ان هذه المدة ليست للموجودين، و توضيحه أن ملك الموجر هنا لما آجره غير تام، لمشاركه باقى البطون له فى ذلك بأصل العقد، و الموجر إنما يملك مدة حياته، و بعدها ينتقل الملك الى غيره، فبموته يتعين انتهاء حقه، فتكون إجازته بالنسبة إلى بقية المدة تصرفاً فى غير حقه، متوقفاً على إجازة البطن الذى بعده، و من ذلك يظهر أن صحة الإجازة فى هذه المدة التى اشتمل عليها العقد مراعاة ببقاء الموجر، فلو مات فى أثناءها تبين بطلان الإجازة فى المدة الباقية، و مما ذكر يظهر وجه الفرق بين إجازة البطن الأول من الموقوف عليهم بالنسبة الى من بعده، و إجازة المالك بالنسبة إلى الورثة، فإن إجازة المالك تصرف فى ملكه المستقل به حال حياته، حتى لو أراد إتلافه بالكلية لم يكن للوارث اعتراض فى ذلك، و الوارث إنما يتلقى الملك بعد موته، بخلاف الوقف فان البطن الأول غير مستقل بالملك كما عرفت، بل البطون الأخيره مشاركون له فى الاستحقاق بأصل العقد، لا أنهم إنما يتلقونه بعد موته كما فى الورثة، و وجه التردد فى المسئلة مما ذكر، و من أن المتصرف حينئذ كالمالك، فكان تصرفه ماضياً.

و أنت خبير بأنه بالنظر الى هذه التعليقات، لا خفاء فى قوة القول المشهور، إلا أنك قد عرفت عدم صلوحها لتأسيس الأحكام الشرعية، و إنما العمل على النصوص حيث لا نص هنا فالمسئلة لا تخلو من الاشكال، و قد تقدم نظير هذه المسئلة فى المسئلة السابعة و العشرين فيما آجر الأب أو الوصى الصبى من مسائل المطلب

الثالث فى الأحكام من كتاب الإجاره،و ينبغى أن يستثنى من محل الاشكال ما لو كان الموجر للوقف ناظرا سواء كان أجنبيا أو من الموقوف عليه، فإنه فى حكم النائب عن الجميع، فلا تبطل الإجاره بموته.

### الثانى [رجوع المستأجر على تركه الأولين]

ما ذكره من قوله و يرجع المستأجر على تركه الأولين، و هو محمول على ما لو دفع الأجره للبطن الأول، و الا فلا رجوع، و المراد بمقابل المتخلف الذى يرجع به على ما ذكره فى المسالك، هو أن ينسب أجره مثله إلى أجره مثل مجموع المده، و يرجع من المسمى بمثل تلك النسبه، فلو كان قد أجره سنه بمائه و مات بعد انقضاء نصفها و فرض أن أجره مثل النصف المختلف تساوى الستين، و أجره مثل النصف الماضى تساوى ثلاثين، رجوع بثلى المائه، و على هذا القياس، و الله العالم.

### التاسعه- فى جمله من أحكام الأمه الموقوفه

اشاره

### [حرمة وطئ الأمه الموقوفه على الموقوفه عليه]

اشاره

منها- أنهم قد صرحوا بأنه لا- يجوز للموقوفه عليه و طئ الأمه الموقوفه لأنه لا- يختص بملكها، فان كان له شريك فى ذلك البطن، فان عليه ما عدا نصيبه من العقر للشركاء، و كذا من قيمه الولد لو أولدها و عليه الحد بنسبه ما عدا حصته و ان انحصر أهل تلك الطبقة فيه كان الولد حرا، و لا قيمه عليه و لا حد.

أقول: أما الأول فيعلم وجهه مما تقدم فى كتاب البيع فى مسئله و طئ الأمه المشتركه بغير اذن الشركاء (1) و لكن قل من تنبه لذلك، و نبه عليه فى هذا المقام.

و أما الثانى فإن الوجه فى تحريم ذلك عليه، مع أن منافع الوقف له خاصه و ان شاركته فى الملك البطن المتأخره، و الوطئ من جمله المنافع، هو الفرق بين الانتفاع بالوطء و غيره من المنافع، من حيث ان الوطئ معرض للحمل الموجب لصيرورتها أم ولد المانع من دوام الوقف على باقى البطن، لانعتاقها بموته.

و أما الوجه فى حرمة الولد إذا أولدها، فلأن وطأه غير معدود من الزنا،

ص: ٢٥٨

لأنه مالك في الجملة، ولا تجب عليه القيمة، لمن بعده من البطون، لأنه مخصوص بالاستحقاق الآن، إذ المفروض انحصار تلك الطبقة فيه، فلا شريك له الآن، لا من البطن الذى هو فيه، ولا من البطون المتأخره، والولد بمنزله كسبها، وثمره البستان، فيملكه زمان ملكه، لأمه، إلا أن هذا مبنى على أحد القولين الآتين فى المسئله، والقول الآخر أنه يكون وقفا كأمه، وأما عدم وجوب الحد عليه، فلما عرفت من أنه غير زان و ان فعل حراما كظائره من وطئ الحليله محرما، و يحتمل وجوب الحد إذا لم تكن له شبهه يدرأ بها، بناء على القول بعدم انتقال الملك اليه، إلا أنه قال فى التذكرة: انه لأحد أيضا هنا، لأن شبهه الملك فيه ثابت، والمراد أن شبهه كونه مالكا فتحققه، و ان رجحنا عدم ملكه لأنها مسئله اجتهاديه، لا يرفع ترجيح أحد جانبيها أصل الشبهه عن الجانب الآخر و هو كاف فى درأ الحد، و هو كما ذكره (قدس سره).

بقى الكلام هنا فى موضعين

### أحدهما أنه هل تصير بالاستيلاء أم ولد، أم لا؟

قولان: و علل الأول بتحقيق العلوق منه فى ملكه على القول بانتقال الملك إليه، لأن مبنى الكلام على ذلك، و هذا هو السبب فى صيرورتها أم ولد بالنص و الإجماع و علل الثانى بأن السبب إنما هو العلوق فى الملك التام المختص بالمالك المعين، و الملك هنا غير مختص به، لأن باقى البطون حقهم متعلق بها الآن، و هو يرجع الى منع ما ادعى من سببته السبب الأول، لأنها يقوم عليه كلها بالاستيلاء، و لا شىء من أم الولد كذلك بالاستقراء، و لمنافاه الوقف الاستيلاء.

و أنت خبير بأن مرجع ما ذكر من التعليلين المذكورين الى تعارض عموم النهى من إبطال الوقف و تغييره، و الحكم بدوامه و لزومه، و عموم ما دل على ثبوت الاستيلاء، و ترتب أحكامه، و القائل الأول اعتمد على العموم الثانى و خصص به الأول، و القائل الآخر عكس، و الحق هو تعارض العمومين، و تخصيص أحدهما بالآخر يحتاج الى مرجح، و ليس فليس، فتبقى المسئله فى قالب الاشكال، مضافا الى عدم النص فى أصل المسئله، فيتعاضم الاشكال.

### ثانيهما [هل تؤخذ القيمة من تركته للبطون المتأخره بعد موته، و انعاقها بموته؟]

أنه على تقدير صيرورتها أم ولد كما هو أحد القولين المتقدمين فهل تؤخذ القيمة من تركته للبطون المتأخره بعد موته، و انعاقها بموته؟ قيل فيه وجهان: أطال الكلام فيهما في المسالك، و حيث أن أصل المسئلة كما عرفت عاريه عن النص، و الركون في إثبات أحكامها و ما يتفرع عليها الى مجرد هذه التعليقات المتداوله في كلامهم مشكل، أغمضنا النظر عن الكلام فيها.

و منها-

### أنه يجوز تزويجها

و المتولى لذلك هو الموقوف عليه ان قلنا بانتقال الملك اليه، و ان قلنا بالانتقال الى الله فالحاكم الشرعى، لأنه المتولى لنحو ذلك و نقل عن الشيخ أنها تزوج نفسها، و رده من تأخر عنه بأنه ضعيف.

و ان قلنا ببقاء الوقف على ملك ذلك الواقف، كان التزويج اليه، و مهرها للموجودين من الموقوف عليهم، أو الجبه الموقوف عليها، لأنه فائده من فوائدها و عوض من منفعتها المختصة بهم، فيكون عوضها كذلك.

و

### [حكم ما لو أنت بولد، و كان من مملوك أو زنا]

منها- أنه لو أتت بولد، و كان من مملوك أو زنا، فقليل: انه يختص به البطن الذى يولد معهم، لأنهم من جملة النماء، فأشبهه الكسب، و ثمره البستان، و ولد الدابه، و الظاهر أن هذا هو المشهور، و ذهب الشيخ و ابن الجنييد و جماعه إلى أنه يكون وقفا كأمه، لأن كل ولد ذات رحم حكمه حكم أمه كالمدبره و المرهونه على قول، و رد بأن الكليه ممنوعه و ان كان الولد من حر بعقد صحيح فلا اشكال فيه، إلا مع اشتراط الرقيه فى العقد، على خلاف فيه يأتى تحقيقه ان شاء الله تعالى- فى محله اللائق به، و ان كان من حر بوطىء شبيهه قالوا: فهو حر، و عليه القيمة للموقوف عليه، فلأنه فوت عليهم ولد أمه بغير استحقاق، و أرادوا بكون القيمة للموقوف عليه أنها تكون لهم على جهه الملك، لا على جهه الوقف على أصح القولين.

### [حرمة وطئها على الواقف]

و منها- أنه لا يجوز للواقف و طؤها على القول بالانتقال الى الموقوف عليه، أو الانتقال الى الله سبحانه، لخروج الملك عنه، فيكون كالأجنبى يترتب على وطئه ما يترتب على الأجنبى، و أما على القول ببقاء ملكه قالوا: فإنه لأحد عليه لشبهه الملك



و فى نفوذ الاستيلاء الخلاف فى استيلاء الراهن، لتعلق حق الموقوف عليه و أولى بالمنع هنا، والله العالم.

## المقصد الثانى فى الصدقه:

### اشاره

قد عرفت مما قدمنا فى سابق هذا المطلب أن الصدقه فى الصدر الأول إنما تطلق بمعنى الوقف، و لهذا ان الأصحاب (رضى الله عنهم) قد استندوا فى كثير من أحكام الوقف الى الأخبار الواردة بلفظ الصدقه كما تقدم ذكره، و حينئذ فالصدقه فى الأخبار أعم من هذا المعنى المبحوث عنه من الوقف، و قد يوجد فيها من القرائن ما يتعين به أحدهما، و قد لا يوجد فيبقى محتملا لكل من الأمرين كما سيظهر لك- ان شاء الله تعالى- فى البين.

و قد ذكر الأصحاب بأنه لا بد فى الصدقه من العقد المشتمل على الإيجاب و القبول، كما يعتبر فى غيرها من العقود اللازمه. أقول: إذا أريد بالقبول هو القبول القولى ففى فهمه من الأخبار إشكال، لعدم ما يدل عليه فيها، و ان أريد الفعلى فهو المفهوم منها خاصه كما لا يخفى على المتدبر، و ستمر بك شرط منها ان شاء الله تعالى.

و من شروطها القبض، لكن باذن المالك عند الأصحاب، فلو قبضها بغير اذنه لم ينتقل اليه، قالوا: لان القبض المترتب عليه أثره، هو المأذون فيه شرعا و المنهى عنه غير منظور اليه، و نحوها غيرها من العقود المفتقره إلى القبض، كالوقف و الهبه.

و من شروطها أيضا القربه، و الظاهر أنه إجماعى، و عليه تدل جمله من الأخبار الآتية ان شاء الله تعالى، حتى إذا حصل القبض بعد العقد المشتمل على التقرب بها امتنع الرجوع فيها على الأشهر الأظهر، و نقل عن الشيخ أنه قال: ان صدقه التطوع عندنا بمنزله الهبه فى جميع الأحكام، و من شروطها الإيجاب و القبول

و لا يلزم إلا بالقبض، و كل من له الرجوع فى الهبه له الرجوع فى الصدقه عليه.

و رد بأن المقصود بالصدقه الأجر و الثواب كما يدل عليه اشتراط القربه فيها، و قد حصل فلا يجمع بين العوض و المعوض عنه، و لو سلم مساواتها للهبه، فإنها يمتنع أيضا الرجوع فى الهبه مع التعويض فيها مطلقا بقربه أو غيرها.

و بالجمله فإن قول الشيخ ضعيف، لدلاله الأخبار الآتية-ان شاء الله تعالى- على امتناع الرجوع مع القربه، و الواجب نقل ما وصل إلينا من الأخبار المتعلقة بالمقام، و الكلام فيها بما رزق الله تعالى فهمه منها ببركه أهل الذكر (عليهم الصلاه و السلام).

فمنها ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الحسن أو الصحيح فى الأول، و الموثق فى الثانى، عن حماد و هشام و ابن أذينة و ابن بكير و غيرهم (١) كلهم قالوا

«قال أبو عبد الله عليه السلام: لا صدقه و لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى».

و عن زراره (٢) فى الصحيح

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال: ان الصدقه محدثه، إنما كان الناس على عهد رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) ينحلون و يهبون و لا- ينبغى لمن أعطى لله شيئا أن يرجع فيه، قال: و ما لم يعط لله و فى الله فإنه يرجع فيه، نحله كانت أو هبه، حيزت أو لم تحز، و لا يرجع الرجل فيما يهب لامرأته» الحديث، و يأتى تمامه-ان شاء الله تعالى فى مقصد الهبه.

قال المحدث الكاشانى فى الوافى فى ذيل هذا الخبر: الصدقه ما يعطى لله سبحانه، و الهبه و النحله ما يعطى لأغراض آخر، و أكثر ما يطلق النحله فيما لا عوض له، بخلاف الهبه، فإنها عامه، و قد تكون لله تعالى، و كثيرا ما تطلق الصدقه على الوقف كما سيتبين فيما بعد ذلك، لأن الوقوف انما تكون لله سبحانه و أكثر ما نسب الى نحو الدار و المضيفه على غير محصور، فالمراد بها الوقف

ص: ٢٦٢

١- (١) الكافى ج ٧ ص ٣٠ ح ٢، التهذيب ج ٩ ص ١٥١ ح ٦٧، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢٠ ح ٣ من باب ٣.

٢- (٢) الكافى ج ٧ ص ٣٠ ح ٣، التهذيب ج ٩ ص ١٥٢ ح ٦٢٤، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢٠ ح ١ من باب ٣.



لله سبحانه، ولعل المراد بالحديث أن الناس كانوا على عهد رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) لا يتصدق بعضهم على بعض إذا أرادوا معروفًا فيما بينهم سوى الزكاة وما يعطى لأهل المسكنه، بل كانوا يهبون وينحلون، إما لإرادته تحصيل ملكه الجود أو إرادته سرور الموهوب له أو الإثابه منه أو غير ذلك، وإنما صدقه بعضهم على بعض في غير الزكاة والرحم المسكين أمر محدث، يعنى إطلاق هذه اللفظه في موضع الهبه والنحل محدث، لا يدري ما يعنى به من يتفوه بها، أ يجعلها لله أم لا؟ ثم إن الصدقه حيث لا تكون إلا لله عز وجل فلا يجوز الرجوع فيها، لأن ما يعطى لله وفي الله فلا رجعه فيه، وذلك لأنه بمجرد إلا بأنه استحق الأجر وكتب له وما لم يعط لله وفي الله جاز الرجعه فيه إلا في مواضع مشتتاه كما يأتي، انتهى.

أقول: الظاهر إن المراد بقوله عليه السلام إنما الصدقه محدثه إنما هو بمعنى أن إطلاق الصدقه على هذا المعنى المشهور الآن، المشروط بالشروط المتقدمه أمر محدث لم يكن في زمنه (صلى الله عليه وآله وسلم) وإنما الذى فى زمنه النحل والهبات والصدقه يومئذ إنما تستعمل بمعنى الوقف، كما فى صدقات على عليه السلام وفاطمه والكاظم (صلوات الله عليهما) المتقدم جميع ذلك، إلا أن المراد ما ذكره من أن إطلاق هذه اللفظه فى موضع الهبه والنحل محدث، ويشير الى ما قلناه ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن عبيدين زرارہ (١) فى الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق بصدقه؟ إله أن يرجع فى صدقته؟ فقال: إن الصدقه محدثه إنما كان النحل و الهبه، و لمن وهب أو نحل أن يرجع فى هبته حيز أو لم يحز، ولا ينبغى لمن اعطى شيئاً لله أن يرجع فيه». فان الخبر كما ترى ظاهر فى أن السؤال إنما هو عن الصدقه المعهوده، وقد أجاب عليه السلام بأن الصدقه بهذا المعنى أمر محدث، وإنما المستعمل يومئذ النحل و الهبه، ثم أجاب بأن من من أعطى لله يعنى قرن عطيته بالقربه صدقه كانت أو هبه

ص: ٢٦٣

أو نحلّه فإنّه لا- ينبغى الرجوع فيه، أى لا- يجوز، فإن لفظ لا- ينبغى، فى هذه الأخبار بمعنى التحريم كما سيظهر لك- إن شاء الله تعالى- و أما قوله عليه السلام «أنه يجوز الرجوع لمن وهب أو نحل حيز أو لم يحز» فالمراد به مع عدم القربه كما ينبه عليه قوله فى الخبر الذى قبله «و ما لم يعط لله و فى الله فإنه يرجع فيه نحلّه كانت أو هبه حيزت أو لم تحز» و نحو هذا الخبر، فيما ذكرنا ما تقدم فى سابقه من قوله عليه السلام:

«و لا ينبغى لمن أعطى لله شيئاً أن يرجع فيه.» و كيف كان فالخبر الأول صريح فى اشتراط الصدقه بالقربه، إلا أنه أعم من الصدقه بالمعنى المذكور، أو الوقف، و الأخيران ظاهران فى عدم جواز الرجوع مع القربه.

و منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن محمد بن مسلم (١) فى الصحيح

«عن أحدهما عليهما السلام و رواه الشيخ بسند آخر عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام أنه سئل عن رجل كانت له جاريه فأذته امرأته فيها فقال: هى عليك صدقه، فقال:

إن كان قال ذلك لله فليمضها، و إن لم يقل: فله أن يرجع إن شاء فيها». و هذا الخبر ظاهر فيما ذكره الأصحاب مع أنه مع القربه فلا يجوز له الرجوع.

و فيه رد لما تقدم نقله عن الشيخ (رحمه الله) و لكن يجب تقييده بحصول القبض الذى هو شرط لزوم الصدقه كما ستعرف إن شاء الله تعالى، و الصدقه فى هذا الخبر ظاهره فى المعنى المعهود، و لا مجال لحملها على الوقف،

و عن جميل فى الحسن (٢) أو الصحيح قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام رجل يتصدق على ولده بصدقه و هم صغار إله أن يرجع فيها؟ قال: لا الصدقه لله عز و جل». و التقريب فيه ما تقدم فى سابقه إلا أن لفظ الصدقه هنا محتمل للحمل على المعنى المعهود و الحمل على الوقف، لكن الأصحاب يخصونه بالأول حيث أن القربه عندهم غير مشروطه فى الوقف على المشهور.

ص: ٢٦٤

١- (١) الكافى ج ٧ ص ٣٢ ح ١٢، التهذيب ج ٩ ص ١٥١ ح ٦٤.

٢- (٢) الكافى ج ٧ ص ٣١ ح ٥، التهذيب ج ٩ ص ١٣٥ ح ١٥. و هما فى الوسائل ج ١٣ ص ٣١٩ ح ١ و ص ٢٩٨ ح ٢.

و منها ما رواه الشيخان المتقدمان عن السكوني (١) عن أبي جعفر عليه السلام و رواه

الصدوق و الشيخ أيضا عن عبيد بن زراره (٢)

«عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في رجل تصدق على ولد له قد أدركوا فقال: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأن والده هو الذي يلي أمرهم، و قال عليه السلام: لا يرجع في الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله عز و جل».

أقول: و هذا الخبر أيضا محتمل للحمل على المعنيين المتقدمين، و لهذا ان الأصحاب قد إ به على اشتراط القبض في الوقف، و أنه مع عدم القبض يبطل و يرجع ميراثا، و اللازم من ذلك اشتراط القرية في الوقف كما صرح به في آخر الخبر، مع أن المشهور بينهم عدمه، و من ثم ناقشهم في الاستدلال به صاحب المسالك، كما تقدم في مقصد الوقف، و الظاهر هو الاشتراط في الموضوعين، و المراد من الجواز في قوله «فهو جائز» يعني واقع صحيح.

و منها ما روياه

عن الحكم بن أبي عقيله (٣) قال:

«تصدق على أبي بدار و قبضتها ثم ولد له بعد ذلك أولاد فأراد أن يأخذها مني و يتصدق بها عليهم، فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك فأخبرته بالقصة فقال: لا تعطها إياه، قلت: فإنه إذا يخاصمني قال: فخاصمه و لا ترفع صوتك على صوته».

و ما رواه

في الفقيه عن موسى بن بكر عن الحكم (٤) قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ان والدي تصدق على بدار ثم بدا له أن يرجع فيها، و ان قضاتنا يقضون لى بها فقال: نعم ما قضت به قضاتكم و لبئس ما صنع والدك إنما الصدقة لله عز و جل، فما جعل لله فلا رجعه فيه له، و ان أنت خاصمته فلا ترفع عليه

ص: ٢٤٥

١-١) الكافي ج ٧ ص ٣١ عن محمد بن مسلم ح ٧ التهذيب ج ٩ ص ١٤٥ ح ٥٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٧ ح ١.

٢-٢) الكافي ج ٧ ص ٢٩٩ ح ٥، الفقيه ج ٤ ص ١٨٢ ح ٢٠، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٩ ح ٥.

٣-٣) الكافي ج ٧ ص ٣٣ ح ١٨، التهذيب ج ٩ ص ١٣٦ ح ٢٠، الوسائل ج ١٨ ص ٢٢٤ ح ١.

٤-٤) الفقيه ج ٤ ص ١٨٣ ح ٢٢، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٦ ح ١.

صوتك، و ان رفع صوته فاخفض أنت صوتك قلت له: فإنه قد توفى قال: فأطب بها».

أقول: و هذان الخبران بضم أحدهما إلى الآخر صريحان في أنها بالقبض و القربه لا- يصح الرجوع فيها حسب ما صرح به الأصحاب، و الخبر الأول و ان كان مجملا بالنسبة إلى القربه، إلا أن الثاني صريح في أن العله في عدم صحه الرجوع بعد القبض هو التقرب الى الله سبحانه، و أن الصدقه لا تكون الا مع القربه، و هي ظاهره في اشتراط القبض و القربه كما قدمنا ذكره، و الظاهر أن الصدقه فيهما بالمعنى المبحوث عنه.

بقي الكلام فيما اشترطه الأصحاب (رحمهم الله) في اذن المالك في صحه القبض، فان الروايات خاليه منه، و ما ذكروه من التعليل المتقدم ذكره مع كونه لا- يصلح لتأسيس حكم شرعى لا- يخلو من مناقشه أيضا، قوله «ان القبض المترتب عليه أثره يعنى لزوم العقد هو المأذون فيه شرعا» مدخول بأنه بعد العقد و قصد التقرب فيه لله سبحانه، فإنه يحصل به الانتقال الى من تصدق به عليه، فإذا قبضه فقد قبض حقا شرعيا انتقل اليه بالعقد الشرعى، و الأذن الشرعى حاصل على هذا التقدير كما لا يخفى، لأنه لم يتعد في قبضه، و يؤيده قوله في الروايه الأولى تصدق على بدار و قبضتها، فإنه أعم من أن يكون المالك أقبضه أو قبض بنفسه، و بالجمله فالأصل العدم حتى يقوم دليل على هذا الشرط.

و منها ما رواه

الشيخ في الصحيح عن الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

قال رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم):

إنما مثل الذى يرجع فى صدقته كالذى يرجع فى قيئه».

و عن جراح المدائنى (٢)

«عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال:

فى الرجل يرتد فى الصدقه قال: كالذى يرتد فى قيئه».

و عن عبد الله بن سنان (٣) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق بالصدقته ثم يعود فى صدقته فقال:

ص: ٢٦٦

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ١٥٥ ح ١٢. الوسائل ج ١٣ ص ٣١٦ ح ٤.

٢- (٢) التهذيب ج ٩ ص ١٥٥ ح ١١. الوسائل ج ١٣ ص ٣١٦ ح ٢.

٣-٣) التهذيب ج ٩ ص ١٥١ ح ٦٥. الوسائل ج ١٣ ص ٣١٧ ح ٥.

قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): إنما مثل الذى يتصدق بالصدقه ثم يعود فيها مثل الذى يقى ثم يعود فى قيئه».

أقول: وهذه الأخبار كما ترى صريحه فى عدم جواز الرجوع فى الصدقه بعد حصول الشروط المتقدمه، و فيها مع ما تقدم من أخبار الدار رد على ما تقدم نقله عن الشيخ من جواز الرجوع، وقد تقدمت جمله من الأخبار بلفظ الصدقه فى أحكام الوقف، و استدل به على تلك الأحكام، و منها ما هو صريح فى الوقف، و منها ما هو محتمل لذلك، و لكن الأصحاب فهموا منها الحمل على الوقف، و الذى يتلخص من النظر فى الأخبار و الجمع بينها و ان لم يذهب إليه أحد من علمائنا الأبرار هو أن الصدقه أعم من المعنى المبحوث عنه هنا، و من الوقف، و كل من الأمرين مشترط بالقبض و القربه، و عدم جواز الرجوع بعد استكمال الشروط، لكن متى قرنت بالدوام تمحضت المحمل على الوقف، أو كانت الصدقه على جهه من الجهات أو مصلحه من المصالح المتقدمه، فإنها يختص بالوقف أيضا، و ما عداها فهو قد تشتمل على ما تختص بالصدقه بالمعنى المبحوث عنه، و قد يكون محتملا للأمرين كما عرفت، و الله العالم.

### تنبيهات:

### الأول [فى عدم جواز الرجوع فيما تصدق به الإنسان لوجه الله]

قال الشيخ فى النهايه: ما تصدق به الإنسان لوجه الله تعالى لا يجوز أن يعود إليه بالبيع و الهبه و الشراء، فان رجع إليه بالميراث كان جائزا، و بنحو ذلك صرح الشيخ المفيد (عطر الله تعالى مرقده) و منع ابن إدريس من تحريم العود لعدم الدلاله عليه، فان المتصدق عليه قد ملك العين فله بيعها على من شاء من المتصدق و غيره، قال: و قد رجع فى الخلاف فقال فى كتاب الزكاه: يكره للإنسان أن يشتري ما أخرجه فى الصدقه، ثم تعجب من كلام الشيخ فى الموضوعين، و ظاهر المشهور بين الأصحاب الجواز على كراهه، و عليه حمل فى المختلف كلام الشيخ، قال: لأنه يطلق لفظ لا يجوز على المكروه كثيرا.

أقول: والذى وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بما ذكر ما رواه

فى الكافى فى الصحيح أو الحسن عن منصور بن حازم (١)

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال: ان تصدقت بصدقه لم ترجع إليك و لم تشتريها الا أن تورث».

و ما رواه

الشيخ عن منصور بن حازم (٢) قال: قال أبو عبد الله عليه السلام

إذا تصدق الرجل بصدقه لم يحل له أن يشتريها و لا يستوهبها و لا يستردها إلا فى الميراث». و ما رواه

الشيخ عن على بن إسماعيل عن ذكره (٣)

«عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يخرج الصدقه يريد أن يعطيها السائل فلا يجده قال: فليعطها غيره و لا يردّها فى ماله».

و عن محمد بن مسلم (٤) فى الصحيح عن أبى جعفر عليه السلام قال:

إذا تصدق الرجل على ولده بصدقه فإنه يرثها، و إذا تصدق بها على وجه يجعله الله فإنه لا ينبغي له.

و عن طلحه (٥)

«عن جعفر عن أبيه عليهما السلام قال: من تصدق بصدقه ثم ردت عليه فلا يأكلها، فإنه لا شريك لله عز و جل فى شىء فيما جعل له، انما هو بمنزلة العتاقه لا يصلح ردها بعد ما يعتق».

و ما رواه

فى الفقيه و التهذيب عن إسماعيل الجعفى (٦) قال:

«قال أبو جعفر عليه السلام من تصدق بصدقه فردّها عليه الميراث فهى له».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح فى الثانى عن محمد بن مسلم (٧)

«عن أحدهما عليهما السلام فى الرجل يتصدق بصدقه أ يحل له أن يرثها؟ قال: نعم».

و عن أبى الجارود (٨) قال:

«أبو جعفر عليه السلام لا يشتري الرجل ما تصدق به» الحديث.

ص: ٢٤٨

- 
- ١-١) الكافي ج ٧ ص ٣١ ح ٨. الوسائل ج ١٣ ص ٣١٩ ح ٥.
  - ٢-٢) التهذيب ج ٩ ص ١٥٠ ح ٦١. الوسائل ج ١٣ ص ٣١٨ ح ١.
  - ٣-٣) التهذيب ج ٩ ص ١٥٧ ح ٢٤. الوسائل ج ١٣ ص ٣١٧ ح ٦.
  - ٤-٤) التهذيب ج ٩ ص ١٥١ ح ٦٣.
  - ٥-٥) التهذيب ج ٩ ص ١٥٢ ح ٦٩.
  - ٦-٦) التهذيب ج ٩ ص ١٥٠ ح ٦٠، الفقيه ج ٤ ص ١٨٤ ح ٢٦.
  - ٧-٧) الكافي ج ٧ ص ٣٢ ح ١٥، التهذيب ج ٩ ص ١٥١ ح ٦٢.
  - ٨-٨) التهذيب ج ٩ ص ١٣٤ ح ١٤، وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣١٩ ح ٥ و ص ٣١٨ ح ١ و ٤ و ٢ و ص ٣١٦ ح ٣.



و أنت خير بأن ما هو المشهور من الجواز في غير الميراث و ان كان على كراهيه هو الأوفق بمقتضى الأدله العقلية،لأنه بانتقاله الى ملك المتصدق عليه تصير كسائر أمواله في يبعه أو هبته أو نحو ذلك على المتصدق أو غيره،لكن هذه الأخبار كما عرفت قد اتفقت من غير معارض على المنع من ذلك.

و منها ما هو صريح في التحريم مثل قوله لا- يحل في الروايه الثانيه معللا- ذلك في روايه طلحه بأنه لا شريك لله فيما جعل له،بمعنى أنه بعد ان أخرجها عن نفسه لله سبحانه فتصرفه فيها بعد الانتقال اليه ببيع أو هبه أو نحوهما مستلزم لذلك،و أن الصدقه بمنزله العتق لله سبحانه،لا- تصلح رده لمن أعتقه بوجه من الوجوه،و ينبغي تخصيصه بغير الرد بالميراث كما دلت عليه الأخبار الباقية، و بالجملة فالمسئله غير خاليه من شوب الأشكال.

و ظاهر كلام الشيخين انما هو التحريم،و الروايات كما ترى ظاهره فيه، و لا معارض لها الا ما عرفت من الدليل العقلي،و الخروج عنها بمجرد ذلك مشكل و كم مثل ذلك في الأخبار،ثم لا يخفى على من جاس خلال الديار.

بقي هنا اشكال آخر أيضا و هو أن أكثر هذه الأخبار قد صرحت باستثناء الميراث من الكراهه و التحريم على القول به،و ظاهر صحيحه محمد بن مسلم تخصيص الإرث بما إذا لم يكن تلك الصدقه على وجه يجعله لله،فلو كانت الصدقه لله سبحانه فإنه لا ينبغي له أن يتصرف فيها بالإيرث أيضا،و تقييد تلك الروايات الكثيره بهذه الروايه بأن تحمل تلك الروايات على أن الصدقه خاليه من التقرب كما احتمله في الوافي و جعله وجهها للجمع بين الأخبار في غايه البعد.

و كيف لا و الصدقه بدون شرط القربه غير لازمه فله الرجوع فيها شرعا فضلا أن يشتريها و يتهبها،و روايه طلحه قد عللت عدم الجواز بالتقرب في الصدقه بمعنى أن العله في عدم جواز اتباعها و اتهابها من حيث انه أخرجها لله سبحانه.

و بالجملة فبعده أظهر من أن يخفى على الناظر المتأمل في هذه الأخبار فهي مرجوعه إلى قائلها(صلوات الله عليهم)،و الله العالم.

## الثانى [تحريم الصدقه على بنى هاشم] :

لا- خلاف بين الأصحاب (رضوان الله عليهم) فى تحريم الصدقه أعنى الزكاه المفروضه على بنى هاشم إلا فى حال الاضطرار، و انما الخلاف هنا فى مقامين أحدهما- فى الصدقه الواجبه غير الزكاه كالمندوره و الكفاره و نحوهما، فظاهر إطلاق جمله من الأصحاب التحريم.

و قال فى المسالك: لا خلاف فى تحريم الصدقه الواجبه على بنى هاشم فى الجملة عدا ما استثنى، و لكن اختلفوا فى عمومها و تخصيصها بالزكاه، و الأكثر أطلقوا كالمصنف، و كذلك ورد تحريم الصدقه من غير تفصيل، فيعم، و لكن ظاهر جمله من الأخبار أن الحكم مختص بالزكاه، فيكون ذلك تقييدا لما أطلق منها، انتهى و هو جيد.

و من الروايات التى أشار إليها بأنها داله على الاختصاص بالزكاه

صحيحه زراره و أبى بصير و محمد بن مسلم (١)

«عن أبى جعفر عليه السلام و أبى عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم): ان الصدقه أو ساخ أيدى الناس، و أن الله حرم على منها و من غيرها ما قد حرمه، فإن الصدقه لا تحل لبنى عبد المطلب» الحديث. فان التعليل بالأوساخ ظاهر فى الزكاه لأنها مطهره للمال.

و أصرح منها فى ذلك

صحيحه إسماعيل بن الفضل الهاشمى (٢) قال:

« سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الصدقه التى حرمت على بنى هاشم ما هى؟ فقال: هى الزكاه قلت: فتحل صدقه بعضهم على بعض، قال: نعم.»

و روايه زيد الشحام (٣)

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الصدقه التى حرمت عليهم ما هى؟ فقال: الزكاه المفروضه.»

و أما ما أشار إليه من الروايات التى وردت بتحريم الصدقه من غير تفصيل

ص: ٢٧٠:

١- ١) الكافى ج ٤ ص ٥٨ ح ٥٨، الوسائل ج ٦ ص ١٨٦ ح ٢.

٢- ٢) الكافى ج ٤ ص ٥٩ ح ٥٩، الوسائل ج ٦ ص ١٩٠ ح ٥.

٣- ٣) الوسائل ج ٦ ص ١٩٠ ح ٤.

صحيحه جعفر بن إبراهيم الهاشمي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

قلت له:

أ تحل الصدقة لبني هاشم؟ فقال: إنما تلك الصدقة الواجبه على الناس لا تحل لنا، فأما غير ذلك فليس به بأس، ولو كان كذلك ما استطاعوا أن يخرجوا إلى مكة هذه المياه عامتها صدقه».

و نحوها غيرها و طريق الجمع حمل إطلاق هذه الأخبار على ما دلت عليه تلك الأخبار من التقييد بالزكاة صراحتها في ذلك، و به يظهر ضعف قول من ذهب الى العموم، و ان نسب إلى الأكثر.

و ثانيها في الصدقة المستحبه و المشهور بين الأصحاب (رحمهم الله الجواز) و نسبه في المنتهى الى علمائنا، و أكثر العامه، و خالف في التذكرة فذهب الى التحريم، و قد تقدم تحقيق الكلام في ذلك في كتاب الزكاة (٢).

### الثالث [في جواز الصدقة على الذمي]:

قد صرح جملة من الأصحاب بأنه تجوز الصدقة على الذمي و ان كان أجنبيا،

لقوله (٣) (صلى الله عليه و آله و سلم)

«على كل كبد حرى أجر». و لقوله تعالى (٤) «لَا يَنْهَىٰ كُفْرًا كُفْرًا اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوا فِي الدِّينِ وَ لَمْ يُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ» .

و هذا هو المشهور و نقل في الدروس عن الحسن بن أبي عقيل المنع من الصدقة على غير المؤمن مطلقا، و ظاهر بعض الأصحاب أن الخلاف في الصدقة على الذمي كالخلاف في الوقف عليه، و قد تقدم الكلام في الوقف عليه، و الخلاف في ذلك.

و الذي وقفت عليه من الروايات المتعلقة بهذا المقام ما رواه

في الكافي عن سدير الصيرفي (٥) في الموثق قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام أطلع سائلا لا أعرفه

ص: ٢٧١

١- (١) الكافي ج ٤ ص ٥٩ ح ٣، الوسائل ص ١٨٩ الباب ٣١ ح ٣.

٢- (٢) ج ١٢ ص ٢١٧.

- ٣-٣) هامش الجامع الصغير ج ٢ ص ٦٦، المستدرک ج ٢ ص ٥٤٦، الكافي ج ٤ ص ٥٨ و فيه ان الله يحب إيراد الكبد الحرى و من سقى كبدًا حرى من بهيمه أو غيرها أظله الله يوم لا ظل الا ظله، الوسائل ج ٦ ص ٢٨٤ ح ١.
- ٤-٤) سورة الممتحنه-الايه ٨.
- ٥-٥) الكافي ج ٤ ص ١٣ ح ١، الوسائل ج ٦ ص ٢٨٨ ح ٣.

مسلمًا؟ فقال: نعم أعط من لا تعرفه بولايه و لا عداوه للحق ان الله تعالى يقول:

«وَقُولُوا لِلنَّاسِ حُسْنًا» و لا تطعم من نصب لشيء من الحق، أو دعا إلى شيء من الباطل. □

و هذه الروايه ظاهره فى جواز إعطاء المستضعفين الذين هم أحد أفراد المسلمين، و هم أكثر الناس فى الصدر الأول، و قوله فى الخبر لا- أعرفه مسلمًا أى مؤمنًا، و قد حققنا فى جملة من زبرنا و كتبنا سيما كتاب الشهاب الثاقب، ان الناس فى زمنهم عليهم السلام كانوا على أصناف ثلاثة مؤمن و كافر و مسلم، و الأول من عرف الإمامه و دان بها، و الثانى من جحدتها و أنكرها، و الثالث من جهلها و يعبر عنه فى الاخبار بمن لا يعرف و لا ينصب، كما يشير اليه هذا الخبر، و يؤيد ما قلناه ما رواه

فى الكافى عن المعلى بن خنيس (١)

«قال خرج أبو عبد الله عليه السلام فى ليله قد رشت، و هو يريد ظله بنى ساعده ما تبعته فإذا هو قد سقط منه شيء فقال: بسم الله، اللهم رد علينا قال فأتيته و سلمت عليه، فقال: معلى قلت: نعم جعلت فداك فقال: التمس بيدك، فما وجدت من شيء فادفعه إلى فإذا أنا بخبز منتشر كثير فجعلت ادفع اليه ما وجدت، الى ان قال فأتينا بنى ساعده فإذا نحن بقوم نيام فجعل يدس الرغيف و الرغيفين حتى اتى على آخرهم، ثم انصرف، فقلت: جعلت فداك، يعرف هؤلاء الحق؟ فقال: لو عرفوا لواسينا هم بالدقه و الدقه هى الملح» الحديث. فان هؤلاء المذكورين ممن أشرنا إليهم بأنهم من المسلمين الذين لا يعرفون و لا ينصبون، و فى هذين الخبرين رد لما تقدم نقله، عن ابن أبى عقيل من منع الصدقه على غير المؤمن.

و منها ما رواه

فى الكافى (٢) عن عمرو بن أبى نصر، قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام ان أهل السواد يقتحمون علينا و فيهم اليهود و النصارى و المجوس، فتصدق عليهم قال: نعم. و هذا الخبر دال على ما هو المشهور بين الأصحاب عليه السلام مما قدمنا ذكره، و فيه رد على ابن أبى عقيل أيضا.

ص: ٢٧٢

١- (١) الوسائل ج ٦ ص ٢٨٤ ح ١. الكافى ج ٤ ص ٨ ح ٣.

٢- (٢) الكافى ج ٤ ص ١٤ ح ٣.

و ما رواه فى الكافى عن عبد الله بن الفضل النوفلى (١) عن أبيه عن ابى عبد الله عليه السلام

و رواه الصدوق مرسلا عن ابى عبد الله عليه السلام

«انه سئل عن السائل يسأل و لا- يدرى ما هو، فقال: أعط من وقعت له الرحمه فى قلبك، و قال: أعط دون الدرهم، قلت أكثر ما يعطى؟ قال أربعة دوانيق، و فيه رد لما ذهب اليه ابن ابى عقيل ايضا.

و ما رواه

فى الكافى، عن منهال القصاب (٢) قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام أعط الكبير و الكبيره و الصغير و الصغيره و من وقعت له فى قلبك رحمه و إياك و كل و قال بيده و هزها».

و المستفاد من هذه الأخبار هو جواز الصدقه على غير المؤمن من ذمى و غيره، و لكن يعطى كما يعطى المؤمن و انما يعطى بقدر دفع الضروره، و قوله فى هذا الخبر: و إياك و كل يعنى و كل ما تعطيه غيره من المؤمنين، فهو فى معنى الخبر الذى قبله، و الله العالم.

#### الرابع [فى استفاضه الأخبار بالحث على التصدق]:

قد استفاضت الأخبار بالحث على التصدق و ما فيه من عظيم الأجر و دفع البلاء و جلب الرزق

فروى فى الكافى فى الصحيح (٣)

«عن زراره عن سالم بن أبى حفصه عن ابى عبد الله عليه السلام قال: ان الله تعالى يقول ما من شىء إلا و قد و كلت به من يقبضه غيرى إلا- الصدقه فإنى أتلفها بيدى تلقفا حتى ان الرجل يتصدق بالتمره أو بشق التمره، قال: فأربيبها له كما يربى الرجل فلوله و فصيله فىأتى يوم القيامة و هو مثل أحد أو أعظم من أحد».

و روى فى الكافى و الفقيه مسندا فى الأول عن إسحاق بن غالب (٤) عن حدثه عن ابى جعفر عليه السلام و مرسلا فى الثانى عن ابى جعفر عليه السلام قال

البر و الصدقه ينفيان الفقر و يزيدان فى العمر و يدفعان عن صاحبهما سبعين ميته السوء.

قال فى الكافى و فى

١-١) الكافي ج ٤ ص ١٤ ح ٢، الفقيه ج ٢ ص ٣٩ ح ١٦.

٢-٢) الكافي ج ١٤ ص ٢ باب الصدقه على أهل البوادي.

٣-٣) الكافي ج ٤ ص ٤٧ ح ٦.

٤-٤) الكافي ج ٤ ص ٢ ح ٢، الفقيه ج ٢ ص ٣٧ ح ٢ وهذه الروايات في الوسائل ج ٦ ص ٢٨٩ ح ٦ و ص ٢٨٨ ح ٤ و ص

٢٨٣ ح ٣ و ص ٢٥٥ ح ٤.

خبر آخر و يدفعان عن شيعتي ميتة سوء. الى غير ذلك من الاخبار الكثيره المذكوره فى الكتب الأربعة و غيرها.

### الخامس [فى أفضلية الصدقه سرا] :

الأفضل فى الصدقه ان تكون سرا و هل هو مخصوص بالمندوبه أو يشمل الواجبه؟ المشهور الأول، و استثنى بعضهم من أفضلية الأسرار بها ان لا يكون منهما بترك المواساه فان إظهارها أفضل دفعا للتهمه، و الذى يدل على أفضلية السر قوله سبحانه «وَإِنْ تُخْفُوهَا وَتُوتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ» (١).

و ما رواه

فى الكافى عن القداح (٢)، عن أبى عبد الله عليه السلام عن أبيه عليهما السلام قال:

قال رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم):

صدقه السر تطفى غضب الرب،.

و عن عمار الساباطى (٣) قال لى أبو عبد الله عليه السلام:

يا عمار الصدقه و الله فى السر أفضل من الصدقه فى العلانيه، و كذلك و الله العباده فى السر أفضل منها فى العلانيه.

و ظاهر الآيه مع هذه الاخبار هو أفضلية السر مطلقا و إليها استند من قال بالعموم، إلا انه

روى فى الكافى أيضا عن ابن بكير فى الموثق (٤) عن رجل عن ابى جعفر عليه السلام فى قوله تعالى

«إِنْ تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ» قال يعنى الزكاه المفروضه قال: قلت «وَإِنْ تُخْفُوهَا وَتُوتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ» قال: يعنى النافله انهم كانوا يستحبون إظهار الفرائض و كتمان النوافل،.

و عن إسحاق بن عمار (٥) فى الموثق عن ابى عبد الله عليه السلام فى قول الله عز و جل

«وَإِنْ تُخْفُوهَا وَتُوتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ» فقال هى سوى الزكاه فإن الزكاه علانيه غير سر.

و عن ابى بصير (٦) فى الموثق عن ابى عبد الله عليه السلام قال:

و كل ما فرض الله عليك فإعلانه أفضل من إسراره،

ص: ٢٧٤



- ٢-٢) الكافي ج ٤ ص ٧ ح ١. الوسائل ج ٦ ص ٢٧٥ ح ٢.
- ٣-٣) الكافي ج ٤ ص ٨ ح ٢ من باب فضل صدقه السر. الوسائل ج ٦ ص ٢٧٥ ح ٣.
- ٤-٤) الكافي ج ٤ ص ٦٠ ح ١. الوسائل ج ٦ ص ٢١٥ ح ٣.
- ٥-٥) الكافي ج ٤ ص ٥٠٢ ح ١٧. الوسائل ج ٦ ص ٢١٥ ح ٢.
- ٦-٦) الكافي ج ٤ ص ٤٩٩ ح ٩. الوسائل ج ٦ ص ٢١٥ ح ١.

و ما كان تطوعا فإسراره أفضل من إعلانه، ولو ان رجلا حمل زكاه ماله على عاتقه فقسمها علانية كان ذلك حسنا جميلا.

و ما رواه

العياشى فى تفسيره (١)

«عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئلته عن قول الله: وَإِنْ تُخْفُوهَا<sup>٣</sup> وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ، قال ليس تلك الزكاه و لكنه الرجل يتصدق لنفسه الزكاه علانية ليس بسر».

و من هذه الأخبار يظهر تخصيص الآيه و ما فى معناها من الأخبار بالصدقه المندوبه، و يظهر ضعف القول بالعموم، و اما ما ذكره من استحباب الإظهار فى المندوبه لدفع التهمه عن نفسه بترك المواساه، و كذا ما ذكره فى المسالك من استحباب الإظهار أيضا لمتابعه الناس له فى ذلك و اقتدائهم به لما فيه من التحريص على نفع الفقراء فلم أقف فيه على دليل، و إطلاق هذه الأخبار يدفعه، و تخصيصها بهذه التعليلات العقلية غير مقول، و علل الإخفاء و الاستتار فى المندوبه بأنه أبعد من تطرق الرياء، و لا بأس به بان يجعل وجهها لما دلت عليه النصوص، نعم ما ذكره من استحباب الإعلان فى الصورتين المذكورتين جيد فى الواجبه التى يستحب الإعلان بها، و يكون ذلك وجهها للنصوص الداله على الإعلان فيها، و الله العالم.

### المقصد الثالث فى الحبس و السكنى و الرقى و العمرى:

إشاره

اعلم أن انتقال المنفعه إلى الغير إما على وجه الزوم أم لاء و الثانى فى العاربه و الأول اما مع خروج العين عن الملك أم لا، و الأول الوقف، و الثانى إما بعوض أم لاء و الأول الإجاره، و الثانى العمرى التى هى محل البحث هنا، و منه يظهر أن ثمرتها هو التسليط على المنفعه مجاناً مع بقاء الملك لمالكه.

ثم أنه ينبغى أن يعلم أن الاختلاف فى هذه الألفاظ اعتبارى بحسب اختلاف ما تضاف، و المرجع إلى أمر واحد، فإذا قرنت بالإسكان قيل سكنى، و إذا قرنت

ص: ٢٧٥

١- (١) تفسير العياشى ج ١ ص ١٥١ ح ٤٩٩، الوسائل ج ٦ ص ٢١٦ ح ٩.

بالعمر من المالك أو الساكن قيل عمرى، وإذا قرنت بمده معينه قيل رقبى، من ارتقاب المده و خروجها أو رقبه الملك، وقد يقترن باثنين منها كأن يقول أسكنتك هذه الدار مده عمرى، فيقال سكنى لاقرانها بالإسكان، وعمرى لاقرانها بالعمر و لو قال: أسكنتكها مده كذا وكذا، قيل: سكنى و رقبى، و لو قال: أرقبتكها تحققت الرقبى خاصه، و تنفرد السكنى فيما لو أسكنه إياها مطلقا و تنفرد العمرى فيما لو كان للعمر فى غير مسكن.

قالوا: و هى يعنى السكنى عقد يشتمل على الإيجاب و القبول و القبض، و فائدتها التسليط على استيفاء المنفعه مع بقاء الملك على مالكه.

أقول: و قد تقدم الكلام فى العقد و ما اشترطوه فيه فى غير مقام، و يؤيده ما سيظهر لك ان شاء الله تعالى من الأخبار الوارده فى المقام.

قالوا: و العبارة عن العقد أن يقول: أسكنتك أو أعمرتك أو أرقبتك أو ما جرى مجرى ذلك هذه الدار و هذه الأرض أو هذا المسكن عمرى أو مده معينه، و الواجب أولا نقل الأخبار الوارده فيما يتعلق بهذا الباب ثم الرجوع الى كلام الأصحاب و عرضه عليها لتمييز القشر من اللباب بتوفيق الملك الوهاب، و بركه أهل الذكر الأطياب.

[الأخبار الوارده فى المقام]

الأول- ما رواه

المشايخ الثلاثة عن حمران (١) قال:

«سألته عن السكنى و العمرى فقال: ان الناس فيه عند شروطهم، ان كان شرطه حياته سكن حياته و ان كان لعقبه فهو لعقبه كما شرط حتى يفنوا ثم يرد الى صاحب الدار».

الثانى- ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن أبى الصباح الكنانى (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سئل عن السكنى و العمرى فقال: ان كان جعل السكنى فى

ص: ٢٧٦

١- (١) الكافى ج ٧ ص ٣٣ ح ٢١، التهذيب ج ٩ ص ١٣٩ ح ٥٨٧، الفقيه ج ٤ ص ١٨٦ ح ٦٥٢، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢٥ ح ١.

٢- (٢) الكافى ج ٧ ص ٣٣ ح ٢٢، التهذيب ج ٩ ص ١٤٠ ح ٥٨٨، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢٦ ح ١.

حياته فهو كما شرط، و ان كان جعلها له و لعقبه من بعده حتى يفنى عقبه فليس لهم إن يبيعوا و لا يورثوا ثم ترجع الدار الى صاحبها الأول».

الثالث- ما رواه

المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) عن أحمد بن عمر الحلبي (1) عن أبيه في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجل أسكن رجلا داره حياته قال: يجوز له و ليس له أن يخرجها، قلت: فله و لعقبه؟ قال:

يجوز».

و

سألته عن رجل أسكن رجلا و لم يوقت له شيئا قال يخرجها صاحب الدار إذا شاء».

الرابع- ما رواه

في الكافي و التهذيب عن الحلبي (2) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام

«في الرجل يسكن الرجل داره و لعقبه من بعده، قال: يجوز لهم و ليس لهم أن يبيعوا و لا يورثوا، قلت: فرجل أسكن رجلا داره حياته؟ قال يجوز ذلك، قلت: فرجل أسكن رجلا داره و لم يوقت؟ قال: جائز و يخرجها إذا شاء».

الخامس- ما رواه

المشايخ الثلاثة في الصحيح أو الحسن عن الحسين بن نعيم (3)

«عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال: سألته عن رجل جعل داره سكنى لرجل «ابان» حياته أو جعلها له و لعقبه من بعده قال: هي له و لعقبه من بعده كما شرط، قلت: فان احتاج الى بيعها يبيعها قال: نعم، قلت: فينقض بيعه الدار السكنى؟ قال: لا ينقض البيع السكنى، كذلك سمعت أبي عليه السلام يقول: قال أبو جعفر عليه السلام لا ينقض البيع الإجاره و لا السكنى، و لكن يبيعه على أن الذي

ص: ٢٧٧

١- ١) الكافي ج ٧ ص ٣٤ ح ٢٤، التهذيب ج ٩ ص ١٤٠ ح ٥٨٩، الفقيه ج ٤ ص ١٨٦ ح ٦٥١.

٢- ٢) الكافي ج ٧ ص ٣٤ ح ٢٥، التهذيب ج ٩ ص ١٤٠ ح ٥٩٠.

٣- ٣) الكافي ج ٧ ص ٣٨ ح ٣٨، التهذيب ج ٩ ص ١٤١ ح ٥٩٣ وفيه «أيام» الفقيه ج ٤ ص ١٨٥ ح ٦٤٩. و هذه الروايات في

الوسائل ج ١٣ ص ٣٢٧ ح ٢ و ص ٣٢٦ ح ٢ و ص ٣٢٥ ح ٢.

يشتره لا يملك ما اشترى حتى ينقضى السكنى على ما شرط و الإجاره،قلت:

فان رد على المستأجر ماله و جميع ما لزمه من النفقه و العماره فيما استأجره؟قال:

على طيبه النفس و يرضى المستأجر بذلك لا بأس».

السادس- ما رووه أيضا

عن خالد بن نافع البجلي (1) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجل جعل لرجل سكنى دار له مده حياته يعنى صاحب الدار، فلما مات صاحب الدار أراد ورثته أن يخرجوه أ لهم ذلك؟قال:فقال:أرى أن تقوم الدار بقيمه عادله و ينظر الى ثلث الميت،فان كان فى ثلثه ما يحيط بثمان الدار فليس للورثه أن يخرجوه،و ان كان الثلث لا يحيط بثمان الدار فلهم أن يخرجوه قيل له:أ رأيت ان مات الرجل الذى جعل له السكنى بعد موت صاحب الدار يكون السكنى لعقب الذى جعل له السكنى؟قال:لا».

السابع- ما رواه

فى التهذيب فى الصحيح عن محمد بن قيس (2)

«عن أبى جعفر عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قضى فى العمرى انها جائزه لمن أعمرها، فمن أعمر شيئا ما دام حيا فإنه لورثته إذا توفى».

الثامن- ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن يعقوب بن شعيب فى الصحيح (3)

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال:سألته عن الرجل يكون له الخادم تخدمه فيقول:هى لفلان تخدمه ما عاش،فإذا مات فهى حره فتأبى الأمه قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو سته ثم يجدها ورثته،أ لهم ان يستخدموها قدر ما أبقت؟قال:إذا مات الرجل فقد عتقت».

ص: ٢٧٨

١- (١) الكافى ج ٧ ص ٣٨ ح ٣٩، التهذيب ج ٩ ص ١٤٢ ح ٥٩٤، الفقيه ج ٤ ص ١٨٦ ح ٦٥٠، الوسائل ج ١٣ ص ٣٣١ ح ١.

٢- (٢) التهذيب ج ٩ ص ١٤٣ ح ٥٩٥.

٣- (٣) الكافى ج ٧ ص ٣٤ ح ٢٣، التهذيب ج ٩ ص ١٤٣ ح ٥٩٦. و هما فى الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٢ ح ٢ و ص ٣٣٠ ح ٢.

الشيخ فى التهذيب عن محمد بن مسلم (1)قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل جعل لذات محرم جاريتة حياتها قال:هى لها على النحو الذى قد قال».

فى التهذيب و الفقيه عن على بن معبد (2)قال:

«كتب اليه محمد بن أحمد بن إبراهيم بن محمد سنة ثلاث و ثلاثين و مائتين يسأله عن مات و خلف امرأه و بنين و بنات و خلف لهم غلاما أوقفه عليهم عشر سنين ثم هو حر بعد العشر سنين فهل يجوز لهؤلاء الورثة بيع هذا الغلام و هم مضطرون إذا كان على ما وصفته لك جعلنى الله فداك؟فكتب عليه السلام لا يبيعه الى ميقات شرطه الا ان يكونوا مضطرين الى ذلك فهو جائز لهم».

المشايخ الثلاثة(قدس الله تعالى أرواحهم)فى الصحيح فى بعض أسانيدهم عن ابن أذينة (3)قال:

«كنت شاهد ابن أبى ليلى فقضى فى رجل جعل لبعض قرابته غله داره و لم يوقف وقتا فمات الرجل فحضر ورثته ابن أبى ليلى و حضر قرابه الذى جعل له غله الدار فقال ابن أبى ليلى:أرى أن أدعها على ما تركها صاحبها فقال له محمد بن مسلم الثقفى:أما ان على بن أبى طالب عليه السلام قد قضى فى هذا المسجد بخلاف ما قضيت،فقال:و ما علمك؟فقال:سمعت أبا جعفر محمد بن على عليهما السلام يقول:قضى على بن أبى طالب عليه السلام برد الحبيس و إنفاذ المواريث،فقال:ابن أبى ليلى هذا عندك فى كتاب؟قال:نعم قال فأرسل اليه و ائتنى به،فقال له محمد بن مسلم:على أن لا تنظر فى الكتاب الا فى ذلك الحديث قال:لك ذلك،فأراه الحديث عن أبى جعفر عليه السلام فى الكتاب فرد قضيته».

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ١٤٣ ح ٥٩٧.

٢- (٢) التهذيب ج ٩ ص ١٣٨ ح ٥٨١،الفقيه ج ٤ ص ١٨١ ح ٦٣٤.

٣- (٣) التهذيب ج ٩ ص ١٤٠ ح ٥٩١،الكافى ج ٧ ص ٣٤ ح ٢٧ الفقيه ج ٤ ص ١٨١ ح ٦٣٥. و هذه الروايات فى الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٠ ح ١ و ص ٣٢٧ ح ٣ و ص ٣٢٨ ح ١.

في الكافي و الفقيه عن عبد الرحمن الجعفي (١) قال

كنت اختلف الى ابن أبي ليلى في مواريث لنا ليقسمها و كان فيه حبيس فكان يدافعني فلما طال شكوته الى أبي عبد الله عليه السلام فقال: أو ما علم أن رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) أمر برد الحبيس و إنفاذ المواريث، قال: فأتيته ففعل كما كان يفعل فقلت له: اني شكوتك الى جعفر بن محمد عليه السلام فقال لي: كيت و كيت قال:

فحلفني ابن أبي ليلى أنه قد قال ذلك، فحلفت له ففضي لي بذلك».

الثالث عشر- ما رواه

عبد الله بن جعفر الحميري في كتاب قرب الاسناد عن السندي بن محمد عن أبي البختری (٢)

«عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام أن السكنى بمنزله العاربه، ان أحب صاحبها أن يأخذها أخذها، و ان أحب ان يدعها فعل أي ذلك شاء».

هذا ما وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بهذا المقام إذا عرفت ذلك، فالكلام هنا يقع في مواضع:

### الأول [هل يكتفى بمجرد التراضي أم يحتاج إلى العقد؟]:

قد عرفت مما أشرنا إليه آنفا أن ظاهر الأصحاب أنه لا بد في هذه المعامله من عقد مشتمل على الإيجاب و القبول كغيره من العقود، قالوا:

و العباره عن العقد أن يقول: أسكتتك و أعمرتك و أرقبتك أو ما جرى مجرى ذلك هذه الدار و هذه الأرض أو هذا المسكن عمري أو عمرك، أو مده معينه.

أقول المفهوم من ظاهر الأخبار المذكوره الاكتفاء بمجرد التراضي على ذلك، و الإتيان بمجرد ما يفهم منه المقصود، مثل قوله في الحديث الثامن «هي لفلان تخدمه ما عاش»، و في الحديث التاسع جعل لذات محرم جاريته فإنه ليس هنا عقد زياده على ذلك، و نحوهما ظاهر الحديث الثالث و الرابع و الخامس، فإن

ص: ٢٨٠

١- ١) الكافي ج ٧ ص ٣٥ ح ٢٨ عن عبد الرحمن الخثعمي، التهذيب ج ٩ ص ١٤١ ح ٥٩٢، الفقيه ج ٤ ص ١٨٢ ح ٦٣٦، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢٩ ح ٢.

٢- ٢) الوسائل ج ١٣ ص ٣٢٨ ح ٣، قرب الاسناد ص ٦٩.

ظاهرها مجرد الاذن فى السكنى و ليس هنا عقد غير ذلك، و لا قبول بالكلية بالمعنى الذى أرادوه غير مجرد الرضى بذلك، و هذا هو المفهوم من الأخبار بالنسبة إلى سائر العقود أيضا كما تقدم التنبيه عليه فى غير موضع.

و بالجمله فإن دائره الأمر فى العقود أوسع مما ضيقوه و سهوله الأمر فى ذلك أظهر مما شرطوه و ان كان الوقوف على ما ذكره هو الأولى.

### التانى [فى اللزوم بالقبض و عدمه] :

لا- خلاف فى أنه لا- يلزم شىء منها قبل القبض، و اختلفوا فى أنه هل تلزم بالقبض المشهور ذلك، و قيل: بالعدم، لأصاله بقاء الملك لمالكه، فهى كالعاريه، و حينئذ تلزم ان قرنت بالقربه، و الا- فلا- لأنه فى معنى الهبه المعوضه، و هذان القولان الأخيران نقلهما الأصحاب فى كتب الاستدلال بلفظ قيل: و لم يصرحوا بالقائل، و لا ريب فى ضعفهما لدلاله الأخبار المذكوره على اللزوم بعد حصول القبض كالحديث الأول و قوله فيه «الناس عند شروطهم» إلى أن قال:

«فهو لعقبه كما شرط حتى يفنوا ثم يرد الى صاحب الدار» فإنه ظاهر، بل صريح فى وجوب الوفاء بما اشترط، و أنه ليس لصاحب الدار التصرف الا بعد فنائهم، الحديث الثانى و الثالث، و فيه تصريح بأنه ليس لصاحب الدار أن يخرجها، و معنى الجواز فى هذه الأخبار الصحيحه يعنى أنه يصح له التصرف و الخبر المذكور صريح فى اللزوم، و مثل ذلك الحديث الخامس حكم فيه بأن البيع لا ينقض السكنى بمعنى أنها لازمه لا يوجب البيع نقضها، و يؤكده جعلها فى قرن الإجاره التى لا إشكال فى لزومها، و بالجمله فإن القولين المذكورين ضعيفان لا يلتفت إليهما، و مما ذكرنا يعلم أن القبض شرط فى لزومها و بذلك صرح الأصحاب أيضا.

### الثالث [حكم السكنى بعد موت الساكن] :

لو قال: لك سكنى هذه الدار ما بقيت و حييت، يعنى الساكن فإنه لا اشكال و لا خلاف ظاهرا فى أنه بعد موت الساكن ترجع الدار إلى من أسكنه أو إلى ورثته ان مات، و على ذلك تدل جمله من الاخبار المتقدمه كالخبر



الأول و الثاني، فإنهما ظاهران في وجوب العمل بالشرط، و أنه بعد انقضاء الشرط ان كان بالنسبه إلى الساكن أو مع ورثته ترجع الدار إلى صاحبها الأول.

و قال المحقق في الشرائع: لو قال لك سكنى هذه الدار ما بقيت أو حيت جاز، و يرجع إلى المسكن بعد الساكن على الأشبه، أما لو قال: فإذا متّ رجعت إلى، فإنها ترجع قطعاً، انتهى.

و نسبه القول المذكور إلى الأشبه مؤذن بالخلاف في ذلك، و الظاهر أن منشأ ذلك ما ذكره الشيخ في المبسوط حيث نقل في أصل المسئله قولين بالصحه و البطلان، ثم نقل عن القائلين بالصحه أنهم اختلفوا فذهب قوم منهم إلى أنها للمعمر مده بقائه، و لورثته من بعده، و قال آخرون منهم: أنه إذا مات رجعت إلى المعمر أو إلى ورثته ان كان مات، قال: و هذا هو الصحيح على مذهبننا.

و أنت خبير بأن الظاهر أن الخلاف الأول و الثاني إنما هو للعامة لما علم من عادة الشيخ في الكتاب المذكور و يشير إلى ذلك قوله أخيراً و هذا هو الصحيح على مذهبنا، فإنه ينقل أقوال العامة و يختار منها ما يوافق مذهبه، و أخبارنا المتقدمه ظاهره بل صريحه في بطلان هذه الأقوال المذكوره عدا ما ذكرنا من الانتقال إلى المالك بعد انقضاء مده الإسكان ان قرن بمده، أو موت الساكن ان قرن بحياته، ثم ان المفهوم من كلام الأصحاب و عليه تدل الأخبار المتقدمه أنه متى قرن السكنى بعمر الساكن خاصه أو مع عقبه فإنه بعد موت الساكن أو الجميع يرجع ذلك المسكن إلى المالك، و نقل عن الشيخ في المبسوط عدم الانتقال لو شرط العقب بعده.

قال في الدروس: و لو قال: هي لك عمرك و لعقبك لم يملكها المعمر، بل ترجع بعد موت العقب إلى المالك، و ظاهر الشيخ عدم رجوعها لخبر جابر عن النبي (صلى الله عليه و آله و سلم)، انتهى.

أقول و الخبر المذكور هو ما رواه

جابر أن النبي (صلى الله عليه و آله و سلم)

قال: أيما رجل أعمر عمرى له و لعقبه فإنما هي للذى يعطاها، لا ترجع إلى الذى أعطها، فإنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث»  
(١). و أنت خير بأن هذا الخبر غير موجود فى كتب أخبارنا، و الظاهر أنه عامى.

و كيف كان فالقول المذكور ضعيف مردود بالأخبار المتقدمه، كالخبر الأول و الثانى فإنهما صريحان فى الرجوع إلى صاحب الدار بعد فناء العقب، و قوله انه ليس للعقب أن يبيعوا و لا يورثوا أظهر فى عدم الملك.

و بالجمله فإن المفهوم من الأخبار المتقدمه تصريحاً فى بعض و تلويحاً فى آخر أنه لا فرق فى رجوع المعطى بأحد الوجوه المذكوره إلى المالك بين أن يعلق على عمر أحدهما أو على عقب المعمر بعده، بأن يجعل المنفعه لهم بعده مدته عمرهم، أو لبعض معين منهم، أو جعله له مدته، ثم لعقبه مدته معينه مخصوصه، فيكون حينئذ مركباً من العمرى و الرقبى، ثم بعد انقضاء المدته المعينه يرجع إلى المالك، و إلى جميع ذلك يشير قوله فى الخبر الأول «الناس فيه عند شروطهم»، و الله العالم.

#### الرابع [فى انتقال الحق إلى الورثه مدته حياه المالك لو قرن السكنى بعمره]:

لا خلاف بين الأصحاب فى أنه لو قرن السكنى بعمر المالك ثم مات الساكن قبل المالك فإنه ينتقل الحق إلى ورثته مدته حياه المالك، كغيره من الحقوق و الأملاك التى يرثها الوارث، إنما الخلاف فيما لو قرنت بعمر المعمر و هو الساكن ثم مات المالك قبله، فالمشهور أنه لا يجوز لورثه المالك إزعاج المعمر و إخراجه ما دام حياً، لأن الأصل فى العقد اللزوم، و هو قد استحق بالعقد المنفعه مدته حياهه، حيث أنها قرنت بعمره، و قد دل الخبر الأول كما عرفت «الناس عند شروطهم» و مقتضى الشرط هنا ما ذكرناه.

و يدل عليه أيضاً قوله فى الخبر الثانى ان كان جعل السكنى فى حياهه فهو كما شرط، فان الضمير راجع إلى الساكن بقريته قوله بعده «و ان كان جعلها له

ص: ٢٨٣

و لعقبه»و هو أعم من أن يموت المالك أو يبقى.

و ذهب ابن الجنييد إلى تفصيل في ذلك،فقال:إذا أراد ورثه المالك إخراج الساكن بعد موت المالك نظر إلى قيمه الدار،فان كانت تحيط بثالث الميت لم يكن لهم إخراجها،و ان كان ينقص عنها كان ذلك لهم.

و يدل على ما ذهب إليه الخبر السادس حيث فصل فيه كما ذكره،قال الشيخ فى كتابى الأخبار بعد إيراد الخبر المذكور ما تضمن هذا الخبر من قوله«يعنى صاحب الدار،فإنه غلط من الراوى و هم منه فى التأويل،لأن الأحكام التى ذكرها بعد ذلك إنما تصح إذا كان قد جعل السكنى حياه من جعل له السكنى فحينئذ يقوم و ينظر باعتبار الثلث و زيادته و نقصانه.

و أما إذا جعل السكنى حياه صاحب الدار فإنه يبطل السكنى بموته و لم يحتج إلى تقويمه و اعتبار الثلث و ربما أوهم هذا الكلام منه موافقته لابن الجنييد مما ذهب إليه،الا- أن الظاهر أنه إنما أراد به بيان بطلان هذا التأويل،بناء على ما اشتملت عليه الروايه من هذا الحكم،و أنه لا- يتمشى هذا الحكم المذكور فيهما الا- على تقدير كون التعمير بمده عمر الساكن،لا صاحب الدار،لأنه لا- خلاف و لا- إشكال فى البطلان بموت صاحب الدار إذا قرنت بعمره،و ربما حمل صاحب الدار فى الخبر على الساكن فإنه صاحب فى الجملة لملكه المنافع مده حياته-و ان بعد، الا- أنه لا بأس به فى مقام التأويل جمعا بين الأدله،ثم ان الأصحاب قد ردوا هذه الروايه بضعف السند،و اضطراب المتن.

قال فى الدروس:و قال ابن الجنييد(رحمه الله عليه):يعتبر خروجها من الثلث لروايه خالد بن نافع عن الصادق عليه السلام و فى متنها اضطراب،و قال فى المسالك:

ان فى سندها جهالا و ضعفاء،و متنها خللا يمنع من الاستناد إليها،فالمذهب هو المشهور.

أقول:و لعل الخلل المشار إليه منشؤه أن التفصيل بالخروج من الثلث

و عدمه إنما هو فيما إذا كان ذلك في مرض الموت لا في حال الصحة، و المفروض في الخبر لا دلالة فيه، و لا إشاره إلى أن ذلك كان في المرض، فيصير الخبر بذلك مضطربا و مختلا لخروجه عن مقتضى القواعد الشرعية، و الأصول المرعية.

و من ذلك يظهر أن العمل على القول المشهور لتأييده بما قدمناه من الأخبار و موافقته القواعد المقرره، و ضعف هذا الخبر سنداً و متناً كما عرفت، و الله العالم.

### الخامس [في حكم الاقتران بعمر الأجنبي]:

الموجود في كلام الأصحاب و كذا في الأخبار في الاقتران بالعمر هو عمر المالك، أو عمر الساكن وحده أو مع عقبه، و هل يتعدى الحكم إلى غيرهم، فيقرن بعمر أجنبي اشكال، قال في المسالك: يحتمل العدم، و هو الذي أفتى به الشهيد في قواعده، للأصل و عموم الأمر بالوفاء بالعقود (١)،

و

«أن المؤمنين عند شروطهم» (٢)، و هذا من جملة، و لصدق اسم العمرى في الجملة، المدلول على مشروعيتها في بعض الأخبار من غير تقييد بعمر أحدهما، و هذا لا بأس به، و يحتمل عدم التعدى إلى غير ما نص عليه، لاشتمال هذا العقد على جهاله من حيث عدم العلم بغايه وقت المنفعه المستحقه، و الأصل يقتضى المنع في غير محل الوفاق.

و يتفرع على الأول حكم ما لو مات أحدهما في حياه من علفت بعمره، فإن كان الميت المالك فالحكم كما لو مات في حياه المعمر، و ان كان المعمر رجعت إلى المالك و لو مات من علفت على عمره عادت إلى المالك أيضا مطلقا، عملا بالشرط، انتهى.

أقول: الظاهر أن الأقرب هو الثاني، لأن الحكم بانتقال الملك عن مالكة عينا كان أو منفعه يتوقف على ناقل شرعى، و لم يرد من الشارع ما يدل على هذه الصوره، ليصح ترتب النقل عليها، و الاحتجاج بالأصل مدفوع بأن الأصل العدم حتى يقوم دليل على جواز ذلك، و عموم الأمر بالوفاء بالعقود متوقف على مشروعيه العقد و ثبوته عن الشارع، فالاستدلال به لا يخرج عن المصادره

«و المؤمنون عند شروطهم». غايه ما يفيد الإباحه، و الكلام في لزوم ذلك بحيث لا يجوز له الرجوع

ص: ٢٨٥

١- ١) سورة المائده الآيه ١.

٢- ٢) الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ٦٦.

تلك المده كما هو مقتضى هذه المعامله.

نعم إذا وقع الشرط فى عقد لازم لم ما وقع فيه، و يؤيد ذلك أيضا أنه هو الأحوط فى الدين، و الأخذ به واجب فى موضع عدم النص عند المحدثين،

«حلال بين، و حرام بين، و شبهات بين ذلك فمن اجتنب شبهات نجى من الهلكات». و الله العالم.

### السادس [فى حكم إطلاق السكنى و العمرى و الرقبى]:

الظاهر أنه لا- خلاف فى أنه لو أطلق السكنى و لم يعين مدته أو عين مدته غير مضبوطة فله السكنى مدته تكون جائزه، لا لازمه بمعنى أنه له إخراجته متى شاء، و يدل على ذلك الخبر الثالث و الرابع، و على ذلك يحمل الخبر الثالث عشر و الا- فإنه على إطلاقه مخالف للأخبار و فتوى الأصحاب، مضافا الى ضعف الروايه، فلا بد من حملته على ما ذكرناه، و الا فطرحة من البين، و هذه الصوره مستثناه من صوره هذه المعامله، حيث ان الحكم فيها لزوم كما عرفت نصا و فتوى، إلا فى هذه الصوره.

بقى الكلام هنا فى موضعين: أحدهما- فى أنه قد صرح فى التذكره بأنه مع الإطلاق يلزم الإسكان فى مسمى العقد و لو يوما، و الضابط ما يسمى إسكانا و بعده للمالك الرجوع متى شاء، و تبعه المحقق الشيخ على (رحمه الله عليه) و احتج بالروايه الرابعه و لعل ذلك بالنظر الى قوله «و له أن يخرج به بعد قوله أسكن رجلا دارا» فإن الإخراج ظاهر فى كونه قد سكن، و أن الإخراج بعد السكن فيها، قيل: و يمكن الاحتجاج له بما يدل على لزوم غيره من العقود، كعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) فلا بد من الحكم هنا بلزومه وقتا ما، عملا بالدليل، ثم يرجع الى الجواز.

أقول: أنت خبير بأن قضيه الجواز التخيير بين الوفاء بالعقد و عدمه، لأنه لا معنى لكونه جائزا غير لازم، الا أنه ان شاء اسكن و ان شاء لم يسكن، و متى

ص: ٢٨٦

اسكن فان شاء اخرج و ان شاء لم يخرج، و أما الروايه فإن ما اشتملت عليه أحد الفردين المذكورين و لا- يلزم من ذكره الاختصاص به، و أما الآيه فهي مخصوصه بالعقود اللازمه، و لزوم الوفاء آنا ما، و ان جاز الرجوع بعد ذلك كما ذكره خلاف ظاهر الآيه، إذ ظاهرها وجوب الوفاء ما لم يعرض للعقد ما يوجب فسخه أو بطلانه، و كان مبنى ما ذهبوا اليه على أنه لا بد من الإسكان فى الجملة، ليصدق السكنى و تندرج هذه الصوره تحت هذه القاعده، و فيه أنها قد خرجت بعدم لزوم الإسكان فيها، فهي ليست من أفرادها و انما هذا حكم سأل عنه السائل فى تلك الأخبار، فأجابوا عليهم السلام عنه بأنه بإذنه فى ذلك لا بأس بالجلوس و لكنه لا يلزم كما فى غيره من صور هذه القاعده، و بالجملة فإنى لا أعرف لما ذكره هنا وجهها و جيبها يعتمد عليه.

و ثانيهما أنه لا- يخفى أن مورد الخبرين المتقدمين السكنى خاصه لو أطلقها، و أما العمرى و الرقبى فلم يتعرضوا فى الأخبار لحكمها لو أطلقنا أيضا، و قطع فى الدروس ببطلان العمرى مع الإطلاق، و لم يتعرض للرقبى، و فى التحرير قطع بأنه مع إطلاق العمرى و الرقبى يصح، و يكون للمالك إخراجه متى شاء كالسكنى.

قال فى المسالك بعد نقل ذلك: و هو فى الرقبى حسن، و فتوى الدروس فى العمرى أحسن، و هو مؤذن باختيار الصحه فى الرقبى خاصه، مثل السكنى و البطلان فى العمرى، و ظاهر كلامه قبيل هذا الكلام هو التوقف فى العمرى، و الحكم بالصحه فى الرقبى، حيث قال: و يمكن القول بفساد العمرى مع الإطلاق لاقتضاءها الاقتران بعمر، إما لأحدهما كما هو المشهور، أو مطلقا كما قررناه، فإذا لم يعينه بطلت للجهاله، كما لو عين مده غير مضبوطه، حيث يعتبر تعينها، و الصحه إقامه لها مقام السكنى، لا اشتراكهما فى كثير من المعانى و الأحكام، و مناسبتهم على الوجه الذى قررناه سابقا، فيكون كاستعمال لفظ السلم فى مطلق البيع و كذا القول فى الرقبى، و أولى بالصحه هنا لأن إطلاقها باعتبار رقبه الملك أو ارتقاب المده

التي يرتضيها المالك ممكن هنا بطريق الحقيقه، فاستعمالها في السكنى يكون كاستعمال أحد المترادفين مكان الآخر، وان اختلفا من جهة أخرى، وهذا قوى، انتهى.

أقول: لا- يخفى انه و ان تكرر في كلام الأصحاب ذكر الرقبى في أفراد هذه المعامله، و تكلفوا الوجه في التسميه بذلك، كما تقدمت الإشارة اليه، الا أنه لا وجود لذلك في أخبار المسئله المتقدمه و ليس غيرها في الباب، و حينئذ فيسقط الكلام فيها بالكليه في هذا الموضوع و غيره و انما الموجود فيها السكنى و العمرى و الحبس خاصه.

و قد أشرنا فيما تقدم في غير موضع أن الأصحاب في جملة أكثر التفريعات و الأحكام الخارجه عن موارد الأخبار انما جروا فيها على كلام العامه، و لا يبعد ان هذا من ذاك.

و اما العمرى فالظاهر أنها مثل السكنى في هذا الحكم فإنه لا فرق بين الأمرين إلا بالتعبير بلفظ الإسكان في الأول، و العمرى في الثانى، و الا فالمرجع إلى أمر واحد، فإذا قال أسكنتك فهى سكنى، و إذا قال: أعمرتك فهى عمرى كما تقدمت الإشارة إليه في صدر المبحث، و الأخبار دلت على أنه مع اقتران الأول من هذين اللفظين بالمده المعينه، فإنه يلزم الوفاء تلك المده، و لا يجوز الرجوع و مع اقتران الثانى بعمر الساكن أو المالك كذلك، و الإطلاق الذى أوجب الجواز -دون اللزوم في الأول- انما هو من حيث عدم ذكر المده المشترطه، و الإطلاق في الثانى يرجع الى ذلك، فإنه من حيث عدم ذكر عمر أحد من المالك أو الساكن أو غيرهما على القول به، فالقول بالصحه في الأول، و البطلان في الثانى، لا اعرف له وجهها وجيها.

قوله في المسالك- في بيان احتمال الفساد: «انه إذا لم يعين عمر أحدهما أو مطلقا بطلت للجهاله» فيه ان ذلك وارد أيضا في السكنى إذا أطلقها و لم يقيد بمده، مع أنه حكم بالصحه هو و غيره، و ان كان للمالك الرجوع، فان كانت الجهاله

من هذه الجبهه موجبہ للبطلان فى الموضوعين، و إلا- فلا- فيهما، اللهم إلا- أن يكون مبنى كلامه على الفرق بين ما إذا لم يعين للسكنى مده بالكليه، فإنه يصح، و بين ما إذا عين مده غير مضبوطة كقدوم الحاج، و إدراك الغله، فإنه يبطل، و العمرى انما هى من قبيل الثانى، لأنه ذكر العمر و لم يعينه بعمر أحد، فهو كما لو ذكر المده و لم يشخصها بمده معينه، و يشير اليه قوله كما لو عين مده غير مضبوطة إلا- أن فيه أن الظاهر من قوله عليه السلام فى الخبرين المشار إليهما و لم يوقت ما هو أعم من الأمرين المذكورين لأن المراد لم يوقت لذلك وقتا معيناً و هو أعم من أن لا يوقت بالكليه، أو وقت و لكنه غير معين، و المراد بالسكنى المطلقه التى تكون صحيحه غير لازمه هو هذا المعنى، فان الوقت الغير المعين يرجع الى عدم التوقيت بالكليه، إذ لا ثمره ترتب عليه، و الله العالم.

### السابع [فى عدم بطلان السكنى و العمرى و الرقبى بالبيع]:

المشهور بين الأصحاب أنه لا- تبطل السكنى و العمرى و الرقبى بالبيع، و عليه يدل الخبر الخامس، إلا- أن مورده السكنى و العمرى، و قد عرفت أن الرقبى لا- وجود لها فى الأخبار، و نقل فى الدروس قولاً ببطلان البيع، و اضطرب كلام العلامة هنا، فى الإرشاد قطع بجواز البيع، و فى التحرير استقرب عدمه، لجهاله وقت انتفاع المشتري، و فى القواعد و المختلف استشكل الحكم، و فى التذكرة أفتى بالجواز للروايه، ثم استشكل بعد ذلك.

قال فى المسالك: و منشأ المنع أو الأشكال أن الغرض المقصود من البيع هو المنفعه، و لهذا لا يجوز بيع ما لا منفعه فيه، و زمان استحقاق المنفعه فى العمرى مجهول.

أقول: لا- يخفى ما فى هذا التعليل العليل من الوهن و القصور، فان ما ذكره لو تم لاقتضى عدم جواز بيع ما آجره المالك لأن منفعته ملك للمستأجر ضمن مده الإجاره، و البيع انما وقع على مال مسلوب المنفعه تلك المده، مع أن النصوص المتقدمه فى كتاب الإجاره داله على جواز البيع، و عدم إبطال الإجاره



و الكلام فى الموضوعين واحد، كما صرحت به الروايه المذكوره هنا، و قوله فيها «لا ينقض البيع الإجاره و السكنى» و قياسه ذلك على بيع ما لا -منفعه فيه قياس مع الفارق، فان البيع فيما نحن فيه و كذا فى الإجاره غير خال من المنفعه فى الجملة و انما تخلف بعض منها، و الجهاله المدعاه فى العمرى مع تسليم الإبطال بها مستثناه بالنص.

و بالجملة فإن النص المذكور صحيح صريح فيما قلنا، و رده بهذه التعليقات العليله اجتهاد فى مقابله النصوص.

بقى الكلام هنا فى مواضع: الأول- قال فى الدروس: لو باع المالك العين كان فسخا للسكنى، لا الرقبى و العمرى، و يتخير المشتري فى فسح البيع و إجارته مع جهله، و قيل: يبطل بيع المعلقه بالعمر للجهاله، و الأول مروى عن الحسين بن نعيم عن الكاظم عليه السلام، انتهى.

أقول: المفهوم من كلام غيره من الأصحاب انه لا فرق فى الصحه بين السكنى و أخويها المذكورين فى صورته البيع، فحكمه هنا بانفساخ السكنى بالبيع و تخصيص الصحه بأخويها غريب لا أعرف له موافقا فيه، نعم لو كانت السكنى جائزه و هى السكنى المطلقه فإنهم ذكروا أنها تبطل، لأن من شأن العقد الجائز إذا طرأ عليه عقد لازم يتنافيه فإنه يبطله، و الروايه التى هى مستند هذا الحكم ليست مخصوصه بالعمرى، كما يشعر به ظاهر كلامه، لأنه و ان كان صدر الروايه قد تضمن السؤال عن رجل أسكن رجلا داره مدته حياته، و هذه الصوره عندهم كما قدمنا ذكره صدر البحث مما يطلق عليها السكنى و العمرى، إلا أن الخبر المنقول فى آخر الروايه عن أبى جعفر عليه السلام و كذلك ما قبله، إنما صرح فيه بالسكنى، و انها مع الإجاره لا تنقض بالبيع.

و بالجملة فالخبر صريح فى السكنى و العمرى معا، لا أنه مختص بالعمرى، كما هو ظاهر كلامه، و مثله الشهيد الثانى فى المسالك أيضا، و كأنهم بنوا على

ما تضمنه صدر الخير و غفلوا عما تكرر فيه بعد ذلك من ذكر السكنى، سيما الرواية عن أبي جعفر عليه السلام.

الثانى- حيث قد عرفت أنه يجوز البيع فى هذه الصورة، فإن كان المبيع مسلوب المنفعة، فإن كان المشتري عالما فلا خيار له، لأنه قدم على شراء عين مسلو به المنفعة، فيجب عليه أن يصبر حتى ينقضى المده أو العمر المقرون بها فتنتقل المنفعة بعد ذلك، و له فى تلك المده و بقاء العمر الانتفاع بالمبيع، بالمبيع و الهبه و العتق، و غير ذلك مما لا يتعلق بتلك المنفعة المستحقه، و ان كان جاهلا تخير بين الصبر مجانا إلى انقضاء المده أو العمر، و بين الفسخ، لحصول العيب بفوات المنفعة.

الثالث- لو كان المشتري هو المعمر فى صوره العمرى أو الساكن فى صوره السكنى، فإنك قد عرفت أن المنفعة قد انتقلت إليه فى تلك المده و زمان العمر، و بعد الاشتراء قد انتقلت له العين أيضا، فصارت العين و منافعها له، فيجوز له أن يبيعها مع منافعها، لأن الجميع ملك له، و أما قبل الاشتراء فإنه لا يجوز له بيع المنفعة التى انتقلت إليه، لأن البيع لا يقع على المنافع، و إنما مورده الأعيان كما تقدم فى كتاب البيع (١).

نعم الأقرب أنه يجوز له الصلح عليها، و على هذا لو اشترى العين غيره جاز له أن يصالح المشتري على ما يستحقه من المنفعة بمال معلوم، فيصير المشتري مالكا للعين و المنفعة، كما لو كان المشتري هو المعمر أو الساكن، و الله العالم.

#### الثامن [فى الفروع المترتبة على عدم البطلان]:

المشهور بين الأصحاب أنه إذا أطلق السكنى بمعنى أنه لم يعين الساكن، بل قال: أسكنتك هذا الدار مده كذا، أو عمر ك أو نحو ذلك، فإنه يسكن فيها بنفسه و أهله و أولاده، و لا يجوز له إسكان غيرهم إلا بإذن جديد زائد على مجرد هذا العقد.

ص: ٢٩١

قال الشيخ في النهاية إذا أسكن إنسان غيره لم يجز للساكن ان يسكن معه غيره إلا ولده و أهله، و لا يجوز له سواهم، و لا يجوز للساكن أيضا أن يؤجره و لا أن ينتقل عنه فيسكن غيره إلا بإذن صاحب المسكن، و على هذه المقالة جرى من تأخر عنه إلا ابن إدريس، فإنه قال في السرائر بعد نقل كلام الشيخ المذكور:

و الذى يقتضيه أصول المذهب أن له جميع ذلك، اخلافه و إجارته و انتقاله عنه و إسكان غيره معه سوى ولده و امرأته سواء أذن له فى ذلك أم لم يأذن، إذا كان أول ما أسكنه قد أطلق السكنى لأن منفعه هذه الدار استحقتها، و صارت مالا من أمواله، و حقا من حقوقه، فله استيفائها كيف شاء بنفسه و بغيره، و ما أورده شيخنا أبو جعفر (رحمه الله عليه) فى نهايته فلا - شك أنه خبر واحد قليلا ما يورده أصحابنا فى كتبهم، فشيخنا المفيد (رحمه الله عليه) لم يورده فى مقننته، و لا السيد المرتضى (رضى الله عنه) و لا المحصلون من أصحابنا، انتهى.

احتج الأصحاب على ما ذكروه بأن الأصل عصمه مال الغير، و حفظه عن تسلط غير المالك، خرج عنه المسكن بالاذن و أهله و أولاده قضيه للعرف، فصار كالمأذون فيه مطلقا، بقى الباقي على أصل المنع، و أجابوا عما ذكره بالمنع عن الاستحقاق المطلق، بل إنما يستحق على ما جعل له، و هو السكنى فلا يتناول الإجاره و غيرها، لعدم الاذن فيه مطلقا، و عرفا.

و تنظر فيه فى المسالك، و لم يذكر وجه النظر، ثم قال: و كيف كان فالعمل على القول المشهور، و ان كان كلام ابن إدريس لا يخلو من قوه.

أقول: لا يخفى أنه ليس فى شىء من أخبار المسئلة ما يدل على هذا الحكم المذكور بوجه، فقول ابن إدريس أن ما أورده الشيخ فى النهاية خبر واحد، إنما هو من قبيل ما قدمنا ذكره فى غير موضع من أنه لما كان أكثر ما يذكره الشيخ فى هذا الكتاب قد جرى فيه على ما أورده فى الأخبار، ظن ابن إدريس أن جميع ما فى الكتاب من فتاوى الشيخ من ذلك القبيل، و الا فهذه أخبار المسئلة

كملا- كما قدمناه، و هي كما ترى خاليه من التعرض لذلك، و لهذا ان الأصحاب إنما استندوا في إدخال من ذكره إلى العرف، حيث ان ظاهر اللفظ إنما يدل على إسكان ذلك الرجل وحده، و لكن حيث دل العرف على دخول من ذكره حكموا بوجوب دخولهم، و لهذا أيضا ان العلامه في التذكرة ألحق من جرت العاده أيضا بإسكانه، مثل عبده و جاريتة و مرضعه ولده، لدلاله العرف على ذلك و كذا الدابه و الضيف إذا كان في الدار موضع يصلح لها، و كذا إحراز الغله فيها و نحو ذلك مما جرت العاده به، و لا بأس به.

و ما ذكره شيخنا المتقدم ذكره من النظر في جواب الأصحاب عن حجه ابن إدريس لا أعرف له وجهاً، فإن غايه ما يدل عليه لفظ السكنى هو السكنون في تلك الدار لا- مطلق الانتفاع، كما يدعيه ابن إدريس، و مطلق الانتفاع إنما يترتب على الإجاره لا على السكنى الصريح في خصوص هذه المنفعه، ان أراد جميع منافعها فمنعه ظاهر، و ان أراد هذه المنفعه الخاصه فهو مسلم، و لكن بالنسبه إليه خاصه، لأن قوله أسكنتك في معنى أذنت لك في السكنون، و الاذن إنما حصل له خاصه، و لكن لما كان مقتضى العرف و العاده هو تبعيه من جرت العاده بملازمته له كالزوجه و الأولاد و نحوهم أدخلناهم في الاذن من هذه الجهه، و اما غيرهم فلا يدل العرف عليه، و لا يدخل تحت مفهوم اللفظ كما عرفت، فكيف يتم ما ذكره ابن إدريس و الحال كذلك.

و بالجمله فأصالة العدم حتى يقوم الدليل على خلافه أقوى مستمسك، فالأظهر هو القول المشهور.

#### **التاسع [حكم جعل الإنسان خدمه عبده لغيره مده ثم هو حر بعد ذلك]:**

قال الشيخ في النهايه: إذا جعل الإنسان خدمه عبده أو أمته لغيره مده من الزمان ثم هو حر بعد ذلك، كان له ذلك أيضا جائزا، و كان على المملوك الخدمه في تلك المده، فإذا مضت المده صار حرا، فإن أبق العبد هذه المده ثم ظفر به من جعل له خدمته لم يكن له بعد انقضاء تلك المده سبيل.

أقول: وما ذكره الشيخ هو مدلول الخبر الثامن، وقال ابن إدريس بعد نقل كلام الشيخ: أورد شيخنا هذه الرواية و هي من أضعف أخبار الآحاد، لأنها مخالفة لأصول المذهب، لان التدبير عند أصحابنا بأجمعهم لا يكون الا بعد موت المولى الذى هو المعتق المباشر للعق.

أقول: وقد غفل ابن إدريس هنا عن شيء آخر، وهو أن الإباق عند الأصحاب و عليه دلت الأخبار مبطل للتدبير، و الرواية المشار إليها قد اشملت على الإباق بعد التدبير، حيثما ذكره الشيخ هنا فى عبارته، و التحقيق فى المقام أن يقال لا ريب أن ما ذكره ابن إدريس هو المتفق عليه بين الأصحاب، من أن التدبير إنما يعلق بموت المولى، و لكن الشيخ و جماعه من اتباعه و جملة من المتأخرين كالمحقق و العلامة و غيرهما صرحوا بالتدبير فى هذه الصورة أيضا، استنادا إلى الخبر المشار إليه، و هو صحيح صريح فى ذلك، و لا مانع من العمل به، و ان رده ابن إدريس بأنه من أخبار الآحاد بناء على قاعدته الخارجة عن جاده السداد.

و أما ما ذكرناه نصره لابن إدريس من أن الإباق مبطل للتدبير فقد أجاب عنه الشيخ بأن هذا الحكم مخصوص بالتدبير معلق على موت المولى، كما هو مورد تلك الأخبار، لا مطلق و هو جيد، و ألحق العلامة أيضا التدبير بموت زوج المملوكه.

و يدل عليه ما رواه

الشيخ فى الموثق عن محمد بن حكيم (1) قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل زوج أمته من رجل حر ثم قال لها: إذا مات زوجك فأنت حرة، فمات الزوج قال: فقال إذا مات الزوج فهى حرة، تعتد منه عده الحرة المتوفى عنها زوجها، و لا ميراث لها منه، لأنها صارت حرة بعد موت الزوج».

و شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك رد هذا القول، و ضعفه بعدم وجود الدليل و هو غفله عن الاطلاع على الخبر المذكور، و سيأتى ان شاء الله تعالى مزيد تحقيق

ص: ٢٩٤

للمقام فى كتاب التدبير، و فى هذا الخبر تأييد و تأكيد لسابقه فى عدم اشتراط التدبير بموت المولى خاصه، و ربما قيل: بجواز التدبير بموت كل من علق عليه، و لا أعرف له دليلاً، فالواجب الوقوف على موارد النصوص.

بقى الكلام فى أن مخرج ذلك من الأصل أو الثلث، و الظاهر أن الحكم فى ذلك ما صرح به فى المختلف، قال: و هل ينعق العبد من الأصل أو من الثلث؟ الأقوى أنه ينعق من الأصل، ان كان المالك حيا حال وفاه من علقته الخدمه بموته. و من الثلث ان كان قد مات قبله، و قد نبهنا على ذلك فى كتاب القواعد، انتهى و وجهه ظاهر.

### **العاشر [فى حبس الفرس أو البعير فى سبيل الله]:**

المعروف من كلام الأصحاب من غير خلاف يعرف أنه إذا حبس فرسه أو بغيره فى سبيل الله أو غلامه فى خدمه المسجد أو بيت الله الحرام أو بيت العباده، لزم ذلك و لم يجز تغييره ما دامت العين موجوده، و فى التذكرة أنه يعتبر فيه القبض، و فى التحرير صرح بأنه يعتبر فيه القربه، و ظاهر من حكم بلزومه و عدم جواز تغييره ما دامت العين موجوده، هو عدم الخروج عن ملك المالك، و فى الدروس صرح بخروجه عن ملكه بالعقد، بخلاف الحبس على الإنسان، كما سيأتى.

و صرح بعضهم بأنه يصح الحبس على جميع القرب، و أما إذا حبس على آدمى فإن أطلق و لم يعين مده بطل بموت الحابس، و عاد إلى ورثته، و الأصحاب حملوا ما تقدم من قضاء أمير المؤمنين عليه السلام برد الحبيس و إنفاذ المواريث على هذا الفرد، و هو صريح الخبر الحادى عشر، و عليه يحمل إطلاق الخبر الثانى عشر، و ان عين مده لزم فى تلك المده، و بعد انقضائها يرجع إلى الحابس أو ورثته، و على هذا فلا دليل لهم على الحبس المقيد بمده، و لا على الحبس فى سبيل الله الا ظاهر الاتفاق على ذلك، و الا فإنه لا تعرض له فى شىء من الأخبار المتقدمه، و ليس فى الباب غيرها.

ثم انه مع الإطلاق هل يصح له الرجوع فيه، أكثر العبارات خال من

التعرض لذلك، و في القواعد صرح بأن له الرجوع متى شاء، و استحسنته في المسالك، و هو غير بعيد لو حبس عليه مدة عمر أحدهما، فإنه مثل الحبس مدة في الرجوع إلى الحابس أو ورثته بعد انقضاء المدة و العمر، و به جزم في التحرير، و النصوص خالية عنه، إلا أنه الأوفق بالقواعد الشرعية.

قال في المسالك: و اتفق الجميع على التعبير بالفرس و المملوكه في الوجوه المذكوره، و زاد في الدروس البعير في سبيل الله، فكان عليهم أن يذكروا حكم باقى ما يصح وقفه و إعمارها، و الظاهر أن حكم الحبس كذلك مورده مورد الوقف، فيصح، و حبس كل عين ينتفع بها مع بقاء عينها بالشرائط السابقه على الإنسان مطلقا، و على القرب حيث يمكن الانتفاع فيها كمطلق الدابة، لنقل الماء إلى المسجد و السقايه، و معونه الحاج و الزائرين و طلاب العلم و المتعبدين، و الكتب على المتفقهين، و البيت على المساكين و غير ذلك، فالإقتصار على ما ذكره ليس بجيد، و عموم الأدله متناول للجميع، و خصوصها خال من جميع ما ذكره، انتهى.

## المقصد الرابع في الهبه:

### اشاره

و الكلام في هذا المقصد يقع في مقامين

### [المقام الأول: في معنى الهبه و عقدها، و الأخبار الوارده فيها]

### اشاره

و ما نصته تلك الأخبار من الأحكام فنقول: ان الهبه يعبر عنها بالنحله و العطييه، قيل: و العطييه تطلق على مطلق الإعطاء المتبرع به، فيشمل الوقف و الصدقه و الهبه و الهديه و السكنى، و من ثم أطلق بعض الفقهاء عليها اسم العطايا، و عنوانها بكتاب، فيكون أعم من الهبه و النحله في معناها، و الهبه أعم من الصدقه-لاشتراط الصدقه بالقربه، كما تقدم ذكره- و من الهديه لاشتراط الهديه بالنقل إلى المهدي إليه من المهدي إعظاما و توقيرا له، و لهذا أنه لا يطلق لفظ الهديه على العقارات، فيقال: اهدى له دارا، و لا أرضا و يقال: وهب له ذلك.

و مما يتفرع على ذلك أنه لو نذر الهبه برأى بالصدقه و الهديه، و لو نذر بإحدى

الآخرين لم يبرأ بمطلق الهبه، و لو حلف ان لا يهب، فتصدق أو أهدي حث دون العكس و نقل عن الشيخ فى المبسوط أن الهبه و الهديه و الصدقه بمعنى واحد، و الظاهر بعده.

و ظاهر المشهور أنه يشترط فى الهبه بالمعنى الأعم بعد أهليه التصرف من جانب الواهب ما يشترط فى سائر العقود من الإيجاب و القبول، و نحو ذلك مما تقدم ذكره مرارا إلا اعتبار كونه بلفظ الماضى قولاً واحداً، فلا بد عندهم فى الهديه التى هى أحد أفراد الهبه كما عرفت من جميع ذلك.

قال الشيخ فى المبسوط: و من أراد الهديه و لزومها و انتقال الملك منه إلى المهدي إليه الغائب فيوكل رسوله فى عقد الهبه، فإذا مضى و أوجب له و قبل الهديه المهدي إليه و أقبضه إياها لزم العقد، و ملك المهدي إليه الهديه، و نحوه قال فى الدروس، و جعل عدم اشتراطها بالإيجاب و القبول احتمالاً، و اختلف كلام العلامة فى ذلك، ففى القواعد قطع بأن الهديه كالهبه فى اشتراطها بالإيجاب و القبول، و فى التحرير نقل قريباً من كلام الشيخ، ثم قال: فلو قيل: بعدم اشتراط القبول كان وجهها قضاء للعاده بقبول الهدايا من غير نطق، و يلوح من آخر كلامه فى التذكرة الفتوى بذلك.

قال فى التذكرة- و نعم ما قال، و ان أسنده إلى العامه، فإنه الحق الذى لا يعتريه إشكال- انه لا حاجة فى الهبه إلى الإيجاب و القبول اللفظيين، بل البعث من جهه المهدي كالأيجاب، و القبض من جهه المهدي إليه كالقبول، لأن الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) من قيصر و كسرى و سائر الملوك فيقبلها و لا لفظ هناك، و استمر الحال من عهدده (صلى الله عليه و آله و سلم) إلى هذا الوقت فى سائر الأصقاع، و لهذا كانوا يبعثون على يد الصبيان الذين لا يعتد بعبارتهم قال (رحمه الله): و منهم من اعتبرهما كما فى الهبه، و اعتذروا عما تقدم بأن ذلك كان اباحه لا تمليكا، و أوجب بأنه لو كان كذلك ما تصرفوا فيه تصرف الملاك، و معلوم أن النبى (صلى الله عليه و آله و سلم) كان يتصرف فيه و يملكه



غيره، و يمكن الاكتفاء في هدايا الأَطعمه بالإرسال و الأخذ جريا على العاده بين الناس، و التحقيق مساواه غير الأَطعمه لها، فإن الهديه قد تكون غير طعام فإنه قد اشتهر هدايا الثياب و الدواب من الملوك إلى رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) فإن ماريه القبطيه أم ولده كانت من الهدايا، انتهى، و مرجع هذا التحقيق إلى ما قدمنا نقله و هو جيد، و استحسنة في المسالك.

أقول: و مثل ماريه القبطيه التي أهديت إليه (صلى الله عليه و آله و سلم) الجارويه التي أهداها المختار إلى زين العابدين عليه السلام فأولدها زيدا، و معها مبلغ من الدنانير فقبله عليه السلام و الحديث في حكاية اهدائها موجود ليس فيه شيء من هذه الأمور التي اعتبروها، و الشروط التي اشترطوها، و من تتبع الأخبار و السير علم صحه هذا الكلام، و أن خلافه نفخ في غير ضرام.

على أنك قد عرفت ما في اشتراط الإيجاب و القبول في سائر العقود هذا.

و المشهور في كلامهم أن الإهداء إنما يفيد مجرد الإباحه دون الملك، و للدافع الرجوع ما دامت العين موجوده، و ظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك الميل إلى حصول الملك بذلك، و ان جاز الرجوع، قال: -بعد ان استحسنت كلام التذكرة كما ذكرناه- ما لفظه: و مع ذلك يمكن ان يجعل ذلك كالمعاطاه تفيد الملك المترزل، و يبيح التصرف و الوطى، و لكن يجوز الرجوع فيها قبله عملا بالقواعد المختلفه، و هي أصاله عدم اللزوم مع عدم تحقق عقد يجب الوفاء به، و ثبوت جواز التصرف فيها بل وقوعه، و وقوع ما ينافى الإباحه، و هو الوطى و إعطاء الغير فقد وقع ذلك للنبي (صلى الله عليه و آله و سلم) في ماريه أم ولده، و قد كان يهدى إليه الشيء فيهديه لزوجاته و غيرهن، و أهدى إليه حله فأهداها لعلی عليه السلام من غير أن ينقل عنه قبول لفظي و لا من الرسول (صلى الله عليه و آله و سلم) إيجاب كذلك مقارن له، و هذا كله يدل على استفاده الملك في الجملة، لا الإباحه، و لا ينافى جواز رجوع المهدي في العين ما دامت باقيه، انتهى.

أقول-و بالله التوفيق،لنيل كل مأمول:-لا- ريب أن ظواهر الأخبار الواردة فى هذا المقام إنما هو الملك الحقيقى لما ذكره من التصرف بجميع وجوه التصرفات من وطئ و بيع و تصدق و هبه و نحوها،و لا شك أن التصرف كيف شاء المتصرف من أقوى أمارات الملك،و دعوى أصاله عدم اللزوم فى التحقيق لا يخرج عن القول بالإباحه،بل يرجع إليه،لأنه متى لم يكن الإهداء لازماً يوجب الملك كسائر المتملكات،بل يجوز الرجوع فيه فهذا هو عين ما منعه من الإباحه و نفاه فى المقام،و ان حصل الفرق بنوع من الاعتبار القشرى الذى لا يصلح لترتب حكم شرعى،و ما المانع من كون الإهداء من الأسباب الناقله للملك إذا اقتضته الأخبار كما عرفت،و لا بد لنفيه من دليل.

و أما عدم تحقق عقد يجب الوفاء به،ففيه ما عرفت فى غير موضع مما تقدم من أن هذه العقود التى اشترطوها و اشترطوا فيها ما اشترطوه مما لم يحم عليه دليل،بل الدليل على خلافه واضح السبيل،فان المفهوم من الأخبار أن المدار على التراضى من الطرفين،و أنه العمده فى البين،و قد عرفت أن بيع المعاطاه أيضاً لا يشترط فيه أزيد من رضا الطرفين بما يتفقان عليه،فجعله من باب المعاطاه كما احتمله-يقضى بناء على ما حققنا فى بيع المعاطاه،من أنه شرعى لازم- أنه هنا كذلك،و دعوى أن مفاده الملك المترزل ممنوعه،حتى أن بعد المحدثين جوز فى المعاطاه أن يزن لنفسه،و يضع الثمن فى الدكان إذا كان ذلك معلوماً بأن قيمه ذلك الجنس كذلك،من غير لفظ و لا كلام بين المتبايعين،و ما نحن فيه لا يقصر عن ذلك،فإنه متى أرسل المهدي الهديه بقصد و اختياره،و قبضها المهدي إليه فأى مانع من لزوم ذلك،كما لزم بيع المعاطاه على الوجه المذكور.

و كيف كان فكلامه جيد بناء على أصولهم و قواعدهم فى العقود،و أما على ما هو المفهوم من الأخبار كما تقدم فى غير مقام فان ما ذكرنا أجود.

و بالجمله فإن من الظاهر البين الظهور أن النبى (صلى الله عليه و آله و سلم)

و الأئمة عليهم السلام لو لم يفهموا من الإهداء الملك الحقيقي لما تصرفوا هذه التصرفات من وطئ و استيلاء و نحوهما و علو شأنهم و رفعه مكانهم أجل من أن يتصرفوا فى ملك الغير مع عدم انتقاله لهم بناقل شرعى إلا بمجرد الإباحه، أو الملك المترلزل الراجع إليها، فإن الإباحه لا يجوز فى الفروج كما ذكره.

على أنه متى ثبت الملك كما اختاره و ان ادعى أنه فى الجملة فتجوز الرجوع يحتاج إلى دليل، و ما استند إليه من أصاله عدم اللزوم مع عدم تحقق عقد و هو معظم الشبهه عندهم، فقد عرفت ما فيه، و دعوى أنه مترلزل كبيع المعاطاه و هو المشار إليه بقوله فى الجملة، قد عرفت تزلزله، و الله العالم.

و الواجب أولاً- نقل الأخبار التى وصلت إلينا فى هذا الباب ثم الكلام فيها بتوفيق الملك الوهاب، و نقل ما عثرنا عليه من كلام الأصحاب كما جرينا عليه فى سابق هذا المقصد و الله الهادى إلى حقيقه الحق و الصواب.

الأول- ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي و جميل (١)

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال: إذا كانت الهبه قائمه بعينها فله أن يرجع فيها و إلا فليس له».

الثانى- ما رواه

فى الصحيح أو الحسن عن عبد الله بن سنان (٢)

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال: إذا عوض صاحب الهبه فليس له أن يرجع».

الثالث- ما رواه

فى الكافى عن معاويه بن عمار (٣) فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل الدراهم فيهبها له إله أن يرجع فيها؟ قال: لا».

الرابع- ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن زراره (٤)

«عن

ص: ٣٠٠

- ٢-٢) الكافي ج ٧ ص ٣٣ ح ١٩، التهذيب ج ٩ ص ١٥٤ ح ٦٣٢. الوسائل ج ١٣ ص ٣٤١ الباب ٩ ح ١.
- ٣-٣) الكافي ج ٧ ص ٣٢ ح ١٣، التهذيب ج ٩ ص ١٥٤ ح ٦٢٩. الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٢ ح ١.
- ٤-٤) الكافي ج ٧ ص ٣٠ ح ٣، التهذيب ج ٩ ص ١٥٢ ح ٦٢٤. الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٤ الباب ٣ ح ١.

أبى عبد الله عليه السلام قال: ان الصدقه محدثه، انما كان الناس على عهد رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) ينحلون و يهبون و لا- ينبغى لمن أعطى الله عز و جل شيئاً أن يرجع فيه، قال: و ما لم يعط الله و فى الله، فإنه يرجع فيه نحله كانت أو هبه حيزت أو لم تحز و لا- يرجع الرجل فيما يهب لامرأته، و لا المرأه فيما تهب لزوجها، حيز أو لم يحز أ ليس الله تعالى يقول «وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا» و قال «فَإِنْ طِئِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا» و هذا يدخل فى الصداق و الهبه.

و رواه

العياشى فى تفسيره عن زراره (١)

«عن أبى جعفر عليه السلام قال: لا ينبغى لمن أعطى الله شيئاً أن يرجع فيه» الحديث الى قوله: هنيئاً مريئاً. و لم يذكر قوله، و هذا يدخل فيه الصداق و الهبه.

الخامس- ما روياه

عن محمد بن مسلم (٢) فى الصحيح

«عن أبى جعفر عليه السلام قال:

الهبه و النحله يرجع فيها صاحبها ان شاء حيزت أو لم تحز إلا الذى رحم فإنه لا يرجع فيه».

السادس- ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن القاسم بن سليمان (٣) قال:

« سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يهب الجاربه على أن يثاب فلا- يثاب إله أن يرجع فيها؟ قال: نعم ان كان شرط له عليه، قلت: أ رأيت ان وهبها له و لم يثبه أ يطأها أم لا؟ قال: نعم إذا كان لم يشترط عليه حين وهبها».

السابع- ما رواه أيضا

عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله و عبد الله بن سليمان (٤) فى الصحيح

«قالا: سألتنا أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يهب الهبه أ يرجع فيها ان شاء أم لا؟ فقال:

تجوز الهبه لذوى القرابه، و الذى يثاب من هبته و يرجع فى غير ذلك ان شاء».

و رواه بسند آخر عن عبد الله بن سنان (٥) مثله، الا انه قال و الذى يثاب فى هبته.

- ١-١) المستدرک ج ٢ ص ٥١٥ الباب ٥ ح ٢، العیاشی ج ١ ص ١١٧ ح ٣٦٦.
- ٢-٢) الکافی ج ٧ ص ٣١ ح ٧، التهذیب ج ٩ ص ١٥٦ ح ٦٤٣. الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٨ ح ٢.
- ٣-٣) التهذیب ج ٩ ص ١٥٤ ح ٦٣٣. الوسائل ج ١٣ ص ٣٤١ ح ٢.
- ٤-٤) التهذیب ج ٩ ص ١٥٥ ح ٦٣٦. الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٨ ح ١.
- ٥-٥) التهذیب ج ٩ ص ١٥٨ ح ٦٥٠ و لا فرق بین الروایتین الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٢ ح ٣.

الثامن- ما رواه

فى الصحيح عن أبان عن ابن عمر (١)

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال: النحل و الهبه ما لم تقبض حتى يموت صاحبها؟ قال: هى بمنزله الميراث و ان كان الصبى فى حجره فهو جائز».

قال:

و سألته هل لأحد أن يرجع فى صدقته وهبته؟ قال: إذا تصدق لله فلا، و أما النحل و الهبه فيرجع فيها حازها أو لم يحزها و ان كانت لذى قرابه».

و رواه بطريق آخر فى الموثق عن داود بن الحصين (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«الهبه و النحل ما لم تقبض حتى يموت صاحبها؟ قال:

هى ميراث فان كانت لصبى فى حجره فأشهد عليه فهو جائز».

التاسع- ما رواه

عن المعلى بن خنيس (٣) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام هل لأحد أن يرجع فى صدقته أو هبته قال: أما ما تصدق به لله فلا»، الحديث.

العاشر- ما رواه

عن معاوية بن عمار (٤) فى الصحيح قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام رجل كانت عليه دراهم لإنسان فوهبها له ثم رجع فيها ثم وهبها له، ثم هلك قال: هى للذى وهب له».

الحادى عشر- ما رواه

عن جميل بن دراج (٥) فى الموثق

«عن أبى عبد الله عليه السلام عن رجل وهب لابنه شيئاً هل يصلح أن يرجع فيه؟ قال: نعم الا أن يكون صغيراً».

الثانى عشر- ما رواه

«قال سألت الرضا عليه السلام عن رجل كان له على رجل مال فوهبه لولده فذكر له الرجل المال الذي له عليه فقال له: ليس عليك فيه شيء في الدنيا والآخرة يطيب ذلك له، وقد كان وهبه لولد له؟ قال: نعم يكون وهبه له، ثم نزع فجعله هبه لهذا».

ص: ٣٠٢

- 
- ١-١) التهذيب ج ٩ ص ١٥٥ ح ٦٣٧. الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٤ الباب ٤ ح ١.
  - ٢-٢) التهذيب ج ٩ ص ١٥٧ ح ٦٤٨. الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٧ ح ٢.
  - ٣-٣) التهذيب ج ٩ ص ١٥٨ ح ٦٥١. الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٩ ح ٤.
  - ٤-٤) التهذيب ج ٩ ص ١٥٥ ح ٦٣٨. الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٣ ح ٢.
  - ٥-٥) التهذيب ج ٩ ص ١٥٧ ح ٦٤٦، و ص ٣٣٧ ح ١. الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٧ ح ١.
  - ٦-٦) التهذيب ج ٩ ص ١٥٧ ح ٦٤٩. الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٣ الباب ٢.



الثالث عشر- ما رواه

فى الكافى عن محمد بن عيسى العبيدى (١) قال:

« كتبت الى على بن محمد عليهما السلام رجلا جعل لك جعلنى الله فداك شيئا من ماله ثم احتاج اليه أ يأخذه لنفسه أو يبعث به إليك؟ قال: هو بالخيار فى ذلك ما لم يخرج به عن يده، ولو وصل إلينا لرأينا أن نواسيه به وقد احتاج اليه».

الرابع عشر- ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن أبى بصير (٢)

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال الهبه لا تكون أبدا هبه حتى يقبضها، والصدقه جائزه عليه».

الخامس عشر- ما رواه

عن إبراهيم بن عبد الحميد (٣)

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال: أنت بالخيار فى الهبه ما دامت فى يدك، فإذا خرجت الى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها، و قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): من رجع فى هبته فهو كالراجع فى قيئه».

السادس عشر- ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن سماعه (٤) فى الموثق قال:

« سألت عن رجل أعطى أمه عطيه فماتت و كانت قد قبضت الذى أعطها و ثابت به، قال: هو و الورثه فيها سواء».

السابع عشر- ما رواه

فى التهذيب فى الصحيح عن أبى بصير (٥) قال:

« قال أبو عبد الله عليه السلام الهبه جائزه قبضت أو لم تقبض قسمت أو لم تقسم، والنحل لا يجوز حتى يقبض، و انما أراد الناس ذلك فأخطئوا».

و رواه

الصدوق فى كتاب معانى الأخبار (٦) فى الصحيح الى أبى بصير و هو

- ١-١) الفقيه ج ٤ ص ١٧٣ ح ٦٠٦. الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٦ ح ٨.
- ٢-٢) التهذيب ج ٩ ص ١٥٩ ح ٦٥٤. الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٦ ح ٧.
- ٣-٣) التهذيب ج ٩ ص ١٥٨ ح ٦٥٣. الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٣ ح ٤.
- ٤-٤) التهذيب ج ٩ ص ١٥٤ ح ٦٣١، الكافي ج ٧ ص ٣٢ ح ١٦. الوسائل ج ١٣ ص ٣١٧ ح ٣.
- ٥-٥) التهذيب ج ٩ ص ١٥٦ ح ٦٤١. الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٥ ح ٤.
- ٦-٦) معاني الأخبار ص ٣٩٢ ح ٣٨ ط تهران سنه ١٣٧٩.

مشترك و ان كان الأظهر عدده فى الصحيح قال: بعد قوله أو لم تقسم و انما أراد الناس النحل فأخطئوا، و النحل لا تجوز حتى تقبض».

الثامن عشر- ما رواه

فى الفقيه مرسلا (١) قال:

«و فى روايه السكونى أن عليا عليه السلام كان يرد النحلة فى الوصيه و ما أقر عند موته بلا ثبت و لا بينه رده».

التاسع عشر- ما رواه

فى التهذيب عن أبى بصير (٢) قال:

«سألته عن الرجل يشتري المبيع فى هبه له الشىء و كان الذى اشترى لؤلؤا فوهبت له لؤلؤه فرأى المشتري فى لؤلؤه أن يرد أ يرد ما وهب له؟ قال: الهبه ليس فيها رجعه و قد قبضها؟ انما سبيله على البيع، فان رد المبتاع المبيع لم يرد معه الهبه».

العشرون- ما رواه

عن سماعه (٣) فى الموثق قال:

«سألته أبا عبد الله عليه السلام عن عطيه الوالد لولده فقال: اما إذا كان صحيحا فهو ماله يصنع به ما شاء، و اما فى مرضه فلا يصلح».

الحادى و العشرون- ما رواه

عن أبى بصير (٤) قال:

«سألته أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يخصص بعض ولده بالعطيه؟ قال: ان كان مؤسرا فنعم، و ان كان معسرا فلا».

الثانى و العشرون- ما رواه

عن سماعه (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه صداق أو بعضه فتبرئه منه فى مرضها قال:

«لا، و لكن ان وهبت له جاز ما وهبت له من ثلثها».

الثالث و العشرون- ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن سماعه (٦) فى الموثق

- ١-١) الفقيه ج ٤ ص ١٨٤ ح ٦٤٦.
- ٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٣١ ح ١٠٠٨. الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٥ ح ٤.
- ٣-٣) التهذيب ج ٩ ص ١٥٦ ح ٦٤٢. الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٠ ح ١٢.
- ٤-٤) التهذيب ج ٩ ص ١٥٦ ح ٦٤٤. الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٤ ح ١١.
- ٥-٥) التهذيب ج ٩ ص ١٥٨ ح ٦٥٢. الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٤ ح ١٢.
- ٦-٦) الكافي ج ٧ ص ٣٤٦ ح ١٤، التهذيب ج ١٠ ص ٢٨٨ ح ١١١٧، الفقيه ج ٤ ص ١١٠ ح ٣٧١، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٤ ح ١٦.

قال: سألته عن رجل ضرب ابنته و هي حبلى فأسقطت سقطا ميتا فاستعدى زوج المرأة عليه، فقالت المرأة لزوجها: ان كان لهذا السقط ديه و لى فيه ميراث، فإن ميراثى منه لأبى، قال: يجوز لأبيها ما وهبت له». و رواه فى الفقيه عن سماعه مثله

و رواه فى التهذيب بسند آخر صحيح عن سليمان بن سليمان بن خالد (١) عن أبى عبد الله عليه السلام مثله و قال

يؤدى أبوها إلى زوجها ثلثى ديه السقط».

الرابع و العشرون-

فى التهذيب عن عبد الله بن سنان (٢) فى الصحيح

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال: ليس للمرأة مع زوجها أمر فى عتق و لا صدقه و لا تدبير و لا هبه و لا نذر فى مالها إلا بإذن زوجها أو زكاه أو بر والديها أو صله قرابتها».

الخامس و العشرون ما رواه

عن محمد بن إسماعيل بن بزيع (٣) قال:

سألت الرضا عليه السلام يأخذ من أم ولده شيئا و هبه لها من غير طيب نفسها من خدم أو متاع أو يجوز ذلك له؟ قال: نعم إذا كانت أم ولده.

السادس و العشرون- ما رواه

فى التهذيب عن إسحاق بن عمار (٤) فى الموثق

«قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام ما تقول فى رجل يهب لعبده ألف درهم أو أقل أو أكثر فيقول: حللنى من ضربى إياك و من كل ما كان منى إليك و ما أخفتك و أرهبتك فيحلله و يجعله فى حل رغبه فيما أعطاه، ثم ان المولى بعد، أصاب الدراهم التى أعطاه فى موضع قد وضعها فيه العبد، فأخذها المولى إحلال هى له؟ قال: فقال:

لا تحل له، لأنه افتدى بها نفسه من العبد مخافه العقوبه و القصاص يوم القيامة، قال: فقلت له: فعلى العبد أن يزكيها، إذا حال عليها الحول؟ قال: لا، إلا أن يعمل له بها و لا يعطى العبد من الزكاه شيئا».

ص: ٣٠٥

١- (١) التهذيب ج ١٠ ص ٢٨٨ ح ١١١٨.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٢ ح ١٨٥١، الكافى ج ٥ ص ٥١٤ ح ٤.

٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٦ ح ٧٢٩.

٤-٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٥ ح ٨٠٨. و هذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٢٣ ح ١ و ج ١٦ ص ١٢٣ ح ٢ و ج ١٣ ص ٣٥ ح ٣.

أقول: وقد تقدم في المقصد الثاني

موثق عبيد بن زراره (1) وفيه

«و لمن وهب أو نحل أن يرجع في هبته حيز أو لم يحز، ولا ينبغي لمن اعطى الله عز و جل أن يرجع فيه».

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الكلام هنا يقع في مواضع

### [الموضع الأول - لو أراد هبه ما في الذمه

#### إشاره

فلا يخلو اما أن يكون لغير من عليه الحق، أو لمن عليه الحق، فهنا مقامان

#### أحدهما في هبه غير من عليه الحق

، وقد اختلف الأصحاب (رحمهم الله) في صحه ذلك و بطلانه، والمشهور البطلان لما سيأتي -ان شاء الله تعالى- تحقيقه من أن القبض شرط في صحه الهبه و ما في الذمه يمتنع قبضه، قالوا: لأنه ماهيه كليه لا وجود لها في الخارج، و الجزئيات التي في ضمنها ليس هي الماهيه، بل بعض أفرادها غيرها.

أقول: و يؤيده ما صرح به الشيخ في المبسوط حيث منع من وقف الدين، قال: لأن من شروطه القبض، و الدين لا يمكن تسليمه، و لا يمكن فيه القبض، و ذهب الشيخ و ابن إدريس و العلامة في المختلف إلى الصحه، و احتج عليه في المختلف بأنه يصح بيعه، و المعاوضه عليه، فتصح هبته لغير من هو عليه، و اشتراط الهبه بالقبض لا - ينافية، لتحققه بأن يقبضه المالك، ثم يقبضه الموهوب، أو يوكله المالك في القبض عنه، ثم يقبض من نفسه.

أقول: و يدل على القول بالصحه ظاهر الخبر الثاني عشر، و التقريب فيه التقرير على صحه الهبه لولده و ان جاز له نزع منه، كما صرح به عليه السلام و النزع منه مستلزم لحصول الانتقال إليه بالهبه.

بقي الكلام فيه من حيث جواز الرجوع فيما يهبه لولده، و هي مسئله أخرى يأتي الكلام فيها ان شاء الله تعالى، و ظاهر الخبر هو صحه الهبه و ان لم يحصل قبض، و يمكن حمله على أن القبض شرط في اللزوم لا الصحه، و الهبه

ص: ٣٠٦

صحيحه و ان لم تكن لازمه، و سيجىء تحقيق الكلام فى ذلك أيضا ان شاء الله تعالى.

و أما ما قيل: من أن الدين ماهيه كليه لا وجود لها فى الخارج الى آخر ما تقدم، فجوابه أنه لو تم ذلك لما صح بيعه و المعاوضه عليه، لأن البيع مشروط بالقدره على التسليم إجماعا فى غير الآبق، بل يشترط وجوده مطلقا، و الماهيه لا وجود لها على ما ذكره، و به يظهر أن الماهيه و ان كانت من حيث هى لا وجود لها إلا أنها موجوده بوجود بعض أفرادها، و الا لما صح البيع و نحوه كما عرفت، مع أنه لا خلاف فى الصحه.

و بالجمله فإن ما فى الذمه ان كان موجودا متحققا يمكن قبضه و تسليمه، فيبعه و هبته صحيحان، لحصول الشرط و القدره على القبض، و نحن لا نحكم بصحه الهبه إلا بعد القبض، كما لا نحكم بصحتها لو تعلقت بعين إلا بعد قبضها، و القبض لما كان ممكنا بقبض بعض أفراد الماهيه كما قدمنا ذكره صحت الهبه، و توقفت على حصول القبض على ذلك الوجه، و لا ريب فى أن الدين مملوك للواهب قبل قبضه، و قبضه ممكن على الوجه المذكور، فصحت هبته، و توقفت على قبضه كما توقفت لو كانت عينا، و به يظهر أنه لا يمتنع نقله الى ملك المتهب حال كونه دينا كما ذكره، لأنه مملوك له، و إلا لما صح بيعه أيضا.

### و ثانيهما - فى هبه من عليه الحق

و الظاهر أنه لا خلاف فى صحه ذلك فى الجمله، إنما الخلاف فى اشتراط ذلك بالقربه، كما سيأتى بيانه ان شاء الله تعالى لكن الهبه هنا عند الأصحاب بمعنى الإبراء من الدين، فلا يشترط فيها القبض و لا يجرى فيها الاشكال المتقدم ذكره، و يدل على ذلك الخبر الثالث و العاشر، و ما اشتمل عليه الخبر العاشر من الرجوع بعد الهبه، فإنما وقع فى حكاية كلام السائل، فلا ينافى ما دل عليه الخبر الآخر من أنه بعد الهبه ليس له الرجوع، و بذلك استدل الأصحاب على كون الهبه هنا بمعنى الإبراء، حيث ان الهبه بمجردا لا يلزم إلا فى مواضع مخصوصه يأتى ذكرها، و ليس هذا منها، فامتناع الرجوع



إنما كان من حيث انه إبراء، والإبراء لازم لا رجوع فيه اتفاقاً، وظاهر الأصحاب أنه لا ينحصر في لفظ، بل كلما أدى هذا المعنى من لفظ الإبراء أو العفو أو الهبه أو الإسقاط أو نحو ذلك، فإنه تحصل به البراءة و فراغ الذمه و قد أطلق عليه لفظ العفو في قوله عز و جل (١) «إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» و حيث ان الأصحاب قد اختلفوا في أن الإبراء هل يتوقف صحته على القبول أم لا؟ و الهبه هنا في معنى الإبراء كما عرفت، اختلفوا في اشتراط القبول فيها، فكل من أوجه ثمة أوجه هنا و من لا فلا، و المشهور بين الأصحاب العدم، و نقل في المختلف القول بالاشتراط عن الشيخ في المبسوط و ابن زهره و ابن إدريس، قال: قال الشيخ في المبسوط:

قال قوم من شرط صحته قبوله، و ما لم يقبل فالحق ثابت بحاله، و هو الذى يقوى في نفسى، إلا أن شيخنا الشهيد الثانى في المسالك ذكر أن كلام الشيخ في المبسوط هنا مختلف، ففي أول المسئلة قواه، و فى آخره قوى القول الآخر قال:

فإطلاق جماعه نسبه القول باشتراطه اليه ليس بجيد.

احتج القائلون بعدم الاشتراط بالأصل، و بأنه إسقاط لا نقل شىء إلى الملك فهو بمنزله تحرير العبد.

أقول: و يدل عليه ظاهر قوله عز و جل (٢) «إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» حيث اكتفى في سقوط الحق بمجرد العفو، و القبول غير داخل في مسماه قطعاً، و استدل أيضاً على ذلك بقوله عز و جل (٣) «فَنَظَرَهُ إِلَىٰ مَيْسَرِهِ وَ أَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ» حيث اعتبر مجرد الصدقه و لم يعتبر القول و قوله تعالى (٤):

«وَ دِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا» فأسقط الدية بمجرد الصدقه و لم يعتبر القبول، و المراد بالصدقه فى الآيتين الإبراء.

ص: ٣٠٨

١-١) سورة البقره-الايه ٢٣٧.

٢-٢) سورة البقره-الايه ٢٣٧.

٣-٣) سورة البقره-الايه ٢٨٠.

٤-٤) سورة النساء-الايه ٩٢.

و اعترض فى المسالك على الاستدلال فى الآيتين المذكورتين بأن الصدقه كما تقدم من العقود المفتقره إلى القبول إجماعاً، فدلالتهما على اعتباره أولى من عدمه.

أقول: الظاهر من كلام المفسرين و هو ظاهر الآيتين المذكورتين إنما هو الإبراء، و العفو عما يستحقونه، احتج القائلون بالاشتراط باشتمال الإبراء على الهبه، فلا يجبر على تحملها، و قبولها كهبه العين، و لو لم يعتبر القبول فتحملها جبراً.

و أجب عنه بالفرق بين هبه العين و هبه الدين، فإن الأول تملك، و الثانى إسقاط، فاعتبر القبول فى الأول دون الثانى، و توضيحه أن الهبه لما كانت هنا بمعنى الإبراء كما عرفت، و من الظاهر أن الإبراء لا يتعلق بالأعيان، فإنه لو أبرأ مالك الوديعه الودعى منها لم يملكها و لو قبل، و كذا لو أسقط حقه من عين مملوكه لم تخرج بذلك عن ملكه، بخلاف الدين، فإنه قابل لذلك، فإنه ليس شيئاً موجوداً، فكان أشبه بالعتق.

و أما ما ذكره من اشتمال الإبراء على الهبه، ففيه أنه لا يخفى أن إسقاط الإنسان حق نفسه باختيار، من غير طلب من عليه الحق و استدعائه ذلك لا يظهر فيه منه، بثقل تحملها على من عليه الحق، بخلاف هبه الأعيان المتوقفه على القبول و القبض و نحو ذلك مما يشترط فى صحه العقود، مما هو ظاهر فى الحرص على التملك الموجب للمنه غالباً، و الله العالم.

**[الموضع] الثانى [فى اشتراط القبض فى الهبه فى الجمله]:**

**إشاره**

لا خلاف بين الأصحاب فى اشتراط القبض فى الهبه فى الجمله، و إنما الخلاف فى كونه شرطاً فى الصحه أو اللزوم؟ فالمشهور بين المتأخرين الأول، و نقله فى المختلف عن أبى الصلاح و نقله ابن إدريس عن أكثر علمائنا، و ذهب الشيخان و ابن البراج و ابن حمزه و ابن إدريس و العلامه فى المختلف إلى الثانى.

و يظهر الخلاف فى مواضع، منها النماء المتخلل بين العقد و القبض، فإنه يكون للواهب على الأول، و للمتهب على الثانى.

ص: ٣٠٩

و منها ما لو مات الواهب قبل الإقباض، فإنها تبطل على الأول، و يتخير الوارث بين الإقباض و عدمه على الثاني.

و منها فطره المملوك الموهوب قبل الهلال و لم يقبضه الا بعده، فإنها على الواهب على الأول، و على الموهوب له على الثاني.

و منها نفقه الحيوان فى المده المتخلله، و أنت خبير بأن الأخبار فى هذا المقام لا تخلو من اختلاف، فمما يدل على القول الأول الخبر الثامن، حيث صرح فيه بأنها بعد الموت و قبل القبض ترجع ميراثا، و هو ظاهر فى بطلانها قبل القبض، و لو كانت صحيحه كما هو القول الآخر لكان الحكم تخير الوارث بين الإقباض فتلزم و عدمه، و الخبر الرابع عشر لدلالته على أن الهبه لا تكون هبه أبدا الا بالقبض، و مفهومه أنها بدون هبه لا تكون هبه و هو أظهر ظاهر فى البطلان بدون القبض.

و استدل القائلون بهذا القول زياده على الخبرين المذكورين بأن الأصل بقاء الملك على مالكه، و عدم تأثير العقد فى مقتضاه، خرج منه ما بعد القبض بالإجماع، فيبقى الباقي.

و أجاب عنه الآخرون بارتفاع الأصل بطرو السبب الناقل، و عموم الأمر (1) «بالوفاء بالعقد» يمنع تأثيره بقبضه مطلقا، و أجابوا عن الروايه الأولى بضعف السند، و عن الثانيه بأنه لا يجوز حملها على ظاهرها، و الا لزم التناقض، بل المراد أن الهبه لا تكون هبه لازمه أبدا حتى يقبض، و هو أولى من إضمار الصحه، فإن ما ليس بصحيح كالمعدوم، و مما يدل على القول الثانى الخبر السابع عشر، و هو مع صحته ظاهر بل صريح فى صحه الهبه قبل القبض، لأن المراد بالجواز فى هذا الباب و ما تقدمه اللزوم فى أكثر الأخبار، و لكن وجه الجمع بين هذا الخبر و غيره يقتضى الحمل على الصحه، و احتجوا على ذلك زياده على الروايه بأنه عقد يقتضى التملك، فلا يشترط فى صحته القبض، كغيره من العقود، و لعموم

ص: ٣١٠

الأمر بالوفاء بها المقتضى له، ولأنه تبرع كالوصيه، فلا يعتبر فيها أيضا.

واعترضه فى المسالك فقال: ويمكن أن يقال: إن العقود منها ما يقتضى الملك، ومنها ما لا يقتضيه بدون القبض، وقد تقدم منه الوقف، فيكون أعم، والمراد بالوفاء بها العمل بمقتضاها من لزوم و جواز وغيرهما، فلا يدل على المطلوب، وكذلك مطلق التبرع أعم مما لا- يعتبر فيه القبض، والحاقه بالوصيه قياس، وأجاب عن الروايه بأن إطلاق الهبه على غير المقبوضه أعم من الحقيقة، و جاز أن يكون مجازا تسميه للنشء باسم ما يؤل إليه على تقدير لحوقه، أو إطلاقا لاسم المجموع على بعض الأجزاء، فإن الإيجاب والقبول أعظم أجزاء السبب التام فى تحققها، ومطلق جوازها لا نزاع فيه، انتهى وهو مؤذن باختياره القول الأول.

أقول: ما أجاب به عن تلك الوجوه غير بعيد، وإن أمكن المناقشه فى بعضه، وأما ما أجاب به عن الروايه فهو فى غاية البعد، ولو قامت أمثال هذه الاحتمالات لانسدت أبواب الاستدلالات، على أنه أولا لا معنى للحكم بالجواز عليها الذى هو بمعنى الصحة أو اللزوم كما عرفت، والحال أنها ليست بهبه حقيقة، وإنما أطلق عليها مجازا، والى للزم الحكم بالصحة فى كل ما أعطى وإن لم يكن هبه بمجرد ارتكاب التجوز فيه، وهو لا يقول به.

و ثانيا إن اللازم من كلامه استعمال اللفظ فى حقيقته و مجازه، وهم لا يقولون به، لأن قوله عليه السلام الهبه جائزه قبضت أو لم تقبض، قد أطلق فيه الهبه على كل من المقبوضه، وغير المقبوضه، وهى عنده ليست بهبه حقيقة، فقد استعمل عليه السلام لفظ الهبه فى كل من حقيقته و مجازه.

و ثالثا أن مقابلتها بالنحل و أنها لا يجوز حتى يقبض، بمعنى أنه يشترط فى صحتها أو لزومها القبض، أظهر ظاهر فى أن المراد بالهبه فى صدر الخبر هو ما يسمى هبه حقيقة لا مجازا، وإلا فإن هذا الفرد المجازى الذى ادعاه حكمه حكم النحل

من أنه لا يجوز ولا يصح أو يلزم حتى يقبض، فأى معنى لهذه المقابله بينهما.

و بالجمله فإنى لا أعرف لما ذكره وجهها وجيها، و لعله لسوء فهمى القاصر، و كيف كان فالمسئله لا تخلو من الاشكال، لظهور التعارض بين هذه الأخبار و تصادم التأويلات من الجانبين، و ان كان القول الثانى لا يخلو من قوه، و قد تقدمت الإشاره إلى دلالة الخبر الثانى عشر فى ذلك.

قال فى الدروس بعد نقل القولين المتقدمين: و الروايات متعارضه، ثم قال و لعل الأصحاب أرادوا باللزوم الصحه، فان فى كلامهم اشعارا ما به، فان الشيخ قال لا يحصل الملك الا بالقبض، و ليس كاشفا من حصوله بالعقد، مع أنه قائل بأن الواهب لو مات لم تبطل الهبه، فيرتفع الخلاف، انتهى.

و اعترضه فى المسالك قال: و فيه نظر، لمنع تعارض الروايات على ما قد سمعت، فان الجمع بينهما ممكن، و اراده جميع الأصحاب من اللزوم الصحه غير واضح فإن العلامه فى المختلف نقل القولين و احتج لهما، ثم اختار الثانى فكيف يحمل على الآخر، نعم كلام الشيخ الذى نقله متناقض، و ليس حجه على النافين فان الخلاف متحقق.

أقول: ما ذكره من منع تعارض الروايات ان كان بالنظر الى تأويله الخبر الذى هو مستند القائلين بالقول الثانى فقد عرفت ما فيه، فان تأويله فى غايه البعد كما أوضحناه، و ان كان غير ذلك فليس فى كلامه ما يدل عليه.

و التحقيق أن التعارض ثابت، و أوضحناه فى معانى الأخبار المذكوره، و اما باقى ما ذكره فهو جيد، و العجب هنا من العلامه فى التذكرة حيث قال: الهبه و الهديه و الصدقه لا يملكها المتهب و المهدي اليه و المتصدق عليه بنفس الإيجاب و القبول إذا كان عينا إلا بالقبض، و بدونه لا يحصل الملك عند علمائنا اجمع، انتهى.

و هو صريح فى دعوى الإجماع على أن القبض شرط فى الصحه، و هو و ان مؤذنا بصره ما ادعاه فى الدروس، الا أن الخلاف مشهور كما عرفت، و الشيخان

و من تبعهما ممن تقدم ذكر بعض منهم على القول بأنه شرط في اللزوم، وقد فرغ الشيخ على الخلاف المذكور فطره العبد المشترى قبل الهلال مع عدم القبض إلا بعده، فقال في المبسوط: من وهب لغيره عبدا قبل أن يهل شوال فقبل الموهوب له و لم يقبضه حتى هل شوال ثم عبضه، فالفطره على الموهوب له، لأن الهبة تنعقد بالإيجاب و القبول، و ليس من شرط انعقادها القبض، و فى أصحابنا من يقول القبض شرط فى صحه الهبه، فعلى هذا لا فطره عليه، و تلزم الفطره الواهب، انتهى ملخصا، فانظر الى صراحته فى الخلاف و صراحته فى اختيار القول بحصول الملك بمجرد العقد من غير توقف على القبض، و هو (قدس سره) فى المختلف قد وافق الشيخ فى هذه المقاله، و احتج بما ذكره الشيخ، و بذلك يظهر لك عدم الوثوق بهذه الإجماعات المتناقله فى كلامهم، و المتكاثره الدوران على رؤوس أقلامهم.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن فى المقام اشكالا لم أقف على من تنبه له، و هو أن مقتضى القول بكون القبض شرطا فى اللزوم لا فى الصحه، هو أن الهبه بدون القبض تكون صحيحه غير لازمه، و بالقبض تكون لازمه، بمعنى أنه لا يجوز الرجوع فيها، إذ المتبادر من اللزوم هو ذلك، مع أنه كما سيأتى ان شاء الله تعالى ذكره ان الأمر ليس كذلك حيث انهم عدوا المواضع التى لا يجوز الرجوع فيها، و حصروها فى مواضع مخصوصه، و ان كان على خلاف فى بعضها، و ليس هذا منها، و صرحوا بأنه لا خلاف فى جواز الرجوع فيما عداها، و ممن صرح بذلك المحدث الكاشانى فى المفاتيح، لما فهمه من كلامهم، فقال بعد عدده المواضع المشار إليها ما لفظه: و فى غير ما ذكر يجوز له الرجوع مطلقا بلا خلاف، كما فى الصحاح المستفيضه، ثم نقل ما يخالفها، و حمله على الكراهه، و الاشكال كما ترى ظاهر، و لا مخرج من هذا الإشكال إلا بما ذكره فى التذكرة، و أشار إليه فى الدروس مما يرجع إلى حمل اللزوم على الصحه، إلا أنك قد عرفت ما فيه، و بالجمله فإن كلامهم فى هذا المقام لا يخلو من تشويش و اضطراب كما لا يخفى على ذوى الأفهام و الأبواب، و الله العالم

**الأول: لومات المتهب بعد العقد و قبل القبض**

فالظاهر أنه كموت الواهب في التفريع على القولين المتقدمين، فان قلنا ان القبض شرط في الصحة بطلت الهبة في الموضعين، و صار الموهوب ميراثا لورثه الواهب، و ان قلنا بالقول الأخير تخير الواهب في الإقباض و عدمه في موت المتهب، و تخير وارثه في ذلك في موت الواهب، صرح بذلك في التذكرة و أكثر الأصحاب لم يذكروا إلا موت الواهب.

و استدل في المسالك على البطلان بموت الواهب- حيث انه المفروض في عبارته المصنف بمرسله أبان، و رواه داود بن الحصين المتقدمين- ثم طعن فيهما بضعف السند، و مورد الخبرين كما ترى انما هو موت الواهب، ثم نقل عن الشيخ في المبسوط الخلاف في ذلك، حيث انه قال لا تبطل الهبة، و تقوم الورثة مقامه كالبيع في مده الخيار، من حيث ان الهبة عقد يؤل الى اللزوم، فلا يفسخ بالموت، و تبعه ابن البراج على ذلك، مع أن الشيخ قال في هبه ذى الرحم: إذا مات قبل قبضها كان ميراثا، و قال: ان الملك لا يحصل الا بالقبض، و ليس كاشفا عن حصوله بالعقد، ثم أورد عليه التناقض بين كلاميه.

أقول: كلام الشيخ الأول مبنى على مذهبه الذى قدمنا نقله عنه من أن القبض شرط في اللزوم لا في الصحة، إلا أنه ناقضه بكلامه الأخير، و هذا هو ما قدمت الإشارة إليه في تمسك صاحب الدروس به في رفع الخلاف من البين.

ثم انه قال في المسالك: و لا- فرق مع موته قبل القبض بين اذنه فيه قبله و عدمه، لبطلان الاذن بالموت، و في معناه ما لو أرسل هديه الى انسان فمات المهدي أو المهدي اليه قبل وصولها، فليس للرسول دفعها حينئذ الى المهدي اليه، و لا الى ورثته لبطلان الهدية بالموت قبل القبض كالهبة، انتهى.

## الثانى [عدم قبول الإنكار بعد الإقرار بالهبة و الإقباض] :

قالوا: لو أقر الواهب بالهبة و الإقباض حكم عليه بإقراره، و ان كانت الهبة فى يد الواهب، و لو أنكر بعد ذلك لم يقبل، لعموم (1).  
«إقرار العقلاء على أنفسهم جائز». و كونها فى يده لا يستلزم عدم الإقباض بعد اعترافه، لإمكان رجوعها اليه بعد ذلك، الا أن يعلم كذبه فى اخباره الأول، كقصر الوقت الذى يسع القبض و الرد و نحو ذلك.

## الثالث [فى اشتراط إذن الواهب فى صحة القبض] :

قد صرحوا بأنه لا بد من اذن الواهب فى صحة القبض، فلو قبض الموهوب الهبة بغير اذنه لم ينتقل اليه، و فى المسالك أنه لا خلاف فيه عندنا.

أقول: و الوجه فيه واضح، و هو أن الإقباض غير واجب على الواهب، لعدم الاستحقاق الشرعى حيث ان مجرد العقد غير موجب للنقل البتة فإنه من العقود، و لزومه مراعى بالأسباب المخصوصه الآتى تفصيلها ان شاء الله تعالى و حينئذ فلو قبضه بغير اذن فهو محرم بلا ريب، و الظاهر كما هو المشهور أنه لا يعتبر فى القبض كون الإذن بنيه الهبة، فلو أذن فيه مطلقا صح، خلافا لبعضهم حيث اعتبر وقوعه للهبة أو الاذن فيه فان ذلك هو المقصود، و حيث كان مطلق القبض صالحا لها و لغيرها فلا بد من مائز و هو القصد، قال فى المسالك بعد نقل ذلك:

«و هو حسن»، حيث يصرح بكون القبض لا لها، لعدم تحقق القبض المعتبر فيها، أما لو أطلق فالإكفاء به أجود، لصدق اسم القبض و صلاحيته للهبة و دلالة القرائن عليه بخلاف ما لو صرح بالمصارف، انتهى و هو جيد.

## الرابع [حكم ما لو وهبه فى يد الموهوب] :

الأشهر الأظهر أنه لو وهبه فى يد الموهوب، فإنه لا يحتاج إلى اذن فى القبض، و لا مضى زمان يمكن القبض، و لا فرق فى ذلك بين كون ذلك بيده بوجه شرعى كالعاريه و الوديعة أو لا كالغصب.

أما الأول فلصدق القبض و حصوله فى كل من الجانبين، فإنه مستصحب، و إيجاب العقد المقتضى لإقرار يده على العين رضا منه، و اذن بالقبض.

ص: ٣١٥



و أما الثانى فإنه حيث لا يفتقر الى قبض و لا اذن جديد فى القبض لا يفتقر الى مضى زمان يمكن فيه القبض، لأن الافتقار الى الزمان تابع للقبض، حيث انه من ضرورياته و لوازمه، فيعتبر حيث يعتبر، و قد عرفت أنه لا- يفتقر الى قبض جديد و إذا لم يعتبر المتبوع سقط اعتبار التابع، و به يظهر ان ما صار اليه بعضهم من أنه يفتقر الى مضى زمان يمكن فيه القبض- كما نقل عن الشيخ فى المبسوط أو الى إذن جديد و مضى زمان- فإنه لا وجه له، و أصاله العدم أقوى دليل فى المقام.

#### الخامس [فيمن يتولى القبض فى الهبة للصغير]:

لو وهب الأب أو الجد لولده الصغير ما هو بيدهما لم يفتقر الى قبض جديد لان قبض الولى قبض عنه، و لا يفتقر أيضا الى مضى زمان يمكن فيه القبض لعين ما تقدم فى سابق هذا الموضوع، و قد تقدم فى أخبار الصدقه على الولد أن قبض الأب و الجد عن الصغير كاف فى صحه الصدقه، ففى

روايه السكونى (١)

«و ان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأن والده هو الذى يلى أمره».

و بالجمله فإن الحكم لا- اشكال فيه و لا- خلاف نسا و فتوى فيما أعلم، فإن القبض السابق على الهبة كاف عن القبض الطارى بعدها، و أيدها بأن اليد المستدامه أقوى من اليد المبتدأه بقى الكلام هنا فى مواضع: أحدها- انا قد أشرنا سابقا الى أن محل البحث فيما لو وهب الأب أو الجد ما هو فى يدهما، و اما لو لم يكن كذلك بأن يكون ملكهما، و لكنه فى يدهما، فقد صرح الأصحاب بأنه يفتقر الى قبض جديد كغيره، و فرضوا ذلك فيمن اشترى شيئا و لم يقبضه فان الملك يتم بالعقد و ان لم يقبضه، و يجوز نقله بالهبة و نحوها، و ان امتنع بيعه على بعض الوجوه كما تقدم فى كتاب البيع فى مسئله بيع ما لم يقبض، و يمكن أيضا فرض ذلك فى مال ورثه الأب أو الجد، و هو تحت يد الغير، و لم يتمكن من قبضه، و فيما غصب منه

ص: ٣١٦

---

١- ١) الكافى ج ٧ ص ٣١ ح ٧، التهذيب ج ٩ ص ١٣٥ ح ٥٦٩ و فيهما عن محمد بن مسلم، الفقيه ج ٤ ص ١٨٢ ح ٦٣٩ عن عبيد بن زرار، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٧ ح ١ و ص ٢٩٩ ح ٥.

و فيما آجره لغيره قبل الهبه.

أما الوديعه فإنهم صرحوا بأنه لا يخرج بها عن يد المالك، لان يد المستودع كيده، قالوا: و فى العاريه وجهان: أجمدهما ما خروجه بها عن يده، فيفتقر الى قبض جديد من الولي أو من يوكله فيه، و لو وكل المستعير كفى.

و ثانيها أنه هل يعتبر قصد القبض عن الطفل بعد الهبه ليتمحض القبض لها، الظاهر تفريع ذلك على ما تقدم فى التنبيه الثالث، فعلى ما ذكره العلامة (رحمه الله عليه) من أن مطلق القبض صالح للهبه و غيرها فلا بد من مائز، و هو القصد للهبه يأتى أن هنا كذلك، لأن المال المقبوض بيد الولي، فلا ينصرف الى الطفل إلا بصارف و هو القصد، و على ما ذكره فى المسالك و هو الأظهر كما تقدمت الإشارة إليه من الاكتفاء بعدم قصد القبض لغيره يكفى هنا، و ينصرف الإطلاق إلى قبض الهبه و تلزم الهبه بذلك.

و ثالثها ان المشهور فى كلام الأصحاب اختصاص هذا الحكم بالولد الصغير، و أما لو كان بالغاً رشيداً ذكراً و أنثى فإنه لا بد من قبضه، و عليه تدل الأخبار.

و قال ابن الجنيد فى كتابه الأحمدي: و هبه الأب لولده الصغار و بناته الذين لم يخرجوا عن حجابهم، و ان كن بالغات تامه، و ان لم يخرجها عن يده، لأن قبضه قبض لهم، انتهى.

و الحاقه البنات فى الحجاب بالأولاد الصغار، قياس محض، و قياسه على النكاح ممنوع مع وجود الفارق، و بالجمله فهو قول نادر لا يعبأ به.

و رابعها- أنه لو كان الواهب للصغير غير الأب و الجد له، فإنه لا خلاف فى أنه لا بد من القبض عنه، و يتولى ذلك الأب أو الجد أو الوصى أو الحاكم أو من يعينه، و انما الخلاف فى أنه للصغير و لى شرعى غير الأب و الجد كالوصى فهل يتولى القبض له؟ أم يرجع الأمر إلى الحاكم؟ الذى صرح به الشيخ فى المبسوط و تبعه عليه جمع منهم المحقق فى الشرائع الثانى، فإنهم ألحقوا الوصى هنا بغير

الولى من الأجانب، واحتج في المبسوط بأنه لا يصح أن يبيع من الصبي شيئاً أو يشتري عنه، قال: وينصب الحاكم أميناً يقبل منه هبته للصبي، فإذا قبلها صحت الهبة، قال في المختلف بعد نقل ذلك عنه ووجه التسوية بينه وبين الأب لأن له أن يقبل هبه غيره، فكذلك يقبل هبه نفسه، لعموم ولايته، فلا وجه لاختصاصها بغيره، والجواب عما احتج به، المنع من حكم الأصل، فإن له أن يبيع و يقبل الشراء و أيضاً الفرق فإن المعاوضة قد يحصل بها التغابن، أما الهبة فإنها عطية محضه، فكانت المصلحة فيها ظاهره، انتهى و هو جيد.

### السادس [في كيفية القبض في هبة المشاع]:

لا خلاف و لا إشكال في جواز هبة المشاع كغيره، و يدل على ذلك ما رواه

في الكافي عن أحمد بن عمر الحلبي عن أبيه (١) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دار لم تقسم فتصدق بعض أهل الدار بنصيبه من الدار؟ قال: يجوز قلت: رأيت ان كانت هبه؟ قال: يجوز».

و قبضه كالقبض في البيع، فان اكتفينا بمجرد التخليه مطلقاً كما هو أحد القولين فلا اشكال، و ان اعتبرنا الفرق بين المنقول و غير المنقول فتختص التخليه بغير المنقول، فلا بد في المنقول من النقل، ليتحقق قبض الحصة الموهوبه، فإن كان الشريك هو الواهب، فاقباضه بتسليم الجميع للمتهب، ليتحقق القبض، و ان كان الشريك غيره، توقف تسليم الكل على اذن الشريك، فإما أن يرضى بذلك أو يوكل المتهب الشريك على القبض عنه، فان تعاسرا رفع إلى الحاكم، فينصب أميناً يقبض الجميع نصيب الهبه، و الباقي أمانه حتى يتم العقد، هذا هو المشهور، و به قال في المبسوط، و تبعه الأكثر، و قال العلامة في المختلف في صورته التعاسر: و الوجه عندى جعل القبض هنا التخليه، لأنه مما يمكن نقله و تحويله، فإنه لا فرق بين عدم الإمكان المستند إلى عدم القدره الحسيه، أو عدم القدره الشرعيه، و هو أولى من التحكم في مال الشريك، بغير اختياره.

ص: ٣١٨

و اعترضه فى المسالك بأن فيه منع عدم القدره الشرعيه، حيث يوجد الحاكم المجبر أما مع عدمه فلا بأس به دفعا للضروره و العسر، انتهى، و قد سبقه إلى ذلك شيخنا الشهيد فى الدروس كما سيأتى ذكره ان شاء الله تعالى، و نقل فى المسالك عن شيخنا الشهيد فى الدروس قولاً آخر، قال: و بالغ شيخنا فى الدروس فاشتراط اذن الشريك فى القبض مطلقاً، حتى لو اكتفينا بالتخليه، نظراً إلى أن المراد منها رفع يد المالك و تسليط القابض على العين، و ذلك لا يتحقق الا بالتصرف فى مال الشريك، فيعتبر اذنه و رفع المانع عن حصه المالك خاصه مع الإشاعه لا يحصل به التسلط على الغير الذى هو المقصود من القبض، و قبض جميع العين واحد لا يقبل التفرقه بالحكم، و من ثم لو كانت العين مقبوضه بيد متسلط لم تكف التخليه من المالك و تسليطه عليها، مع وجود المانع من التسليم، و له وجه حسن، و ان كان الأشهر الأول.

أقول: لم أقف على هذا الكلام فى الكتاب المذكور فى باب الهبه و احتمال كونه فى غيره بعيد، و الذى ذكره فى باب الهبه موافق لما عليه الجماعه، قال:

و قبض المشاع يعتبر فيه اذن الشريك و ان كان غير منقول، فلو وكل المتهم الشريك فى القبض صح، و ان تعاسر نصب الحاكم أميناً يقبض الجميع نصفه أمانه للمتهم، و فى المبسوط غير المنقول تكفى فيه التخليه عن اذن الشريك، و فى المختلف تكفى فيه التخليه فى المنقول أيضاً و هو مفارقه لقاعدته فى القبض، و اعتذاره بأن عدم القدره شرعاً ملحقه بغير المنقول ممنوع، لأننا نتكلم على تقدير التمكن من الحاكم، أما مع عدم التمكن منه فإنه حسن، انتهى.

و هو موافق لما فى المبسوط إلا فى غير المنقول فان الشيخ فى المبسوط اكتفى فيه بالتخليه عن اذن الشريك، و هو اعتبر الاذن، و لم يكتف بالتخليه، و أما مع التعاسر فهو موافق لما ذكره الشيخ.

و أما ما ذكره فى المسالك من هذا الكلام بطوله فلا وجود له اللهم إلا أن

يكون هذا التعليل الطويل أعنى قوله «نظرا الى أن المراد منها» الى آخر الكلام من كلام صاحب المسالك، تعليلا له لما نقله عن الدروس، و أن الحكم مع عدم الاذن هو ما ذكره مما نقلناه عنه فيزول الاشكال لكنه لا يخلو من بعد.

و كيف كان فالظاهر هو ما ذكره الشيخ و أكثر الجماعه، قال في المسالك:

و حيث يعتبر اذن الشريك فقبض المتهب بدونه و ما في حكمه يقع لاغيا، لا للنهي، فإنه لا يقتضى الفساد في غير العباده، بل لأن القبض لما كان من أركان العقد اعتبر فيه كونه مرادا للشارع، فإذا وقع منها عنه لم يعتد به شرعا فيختل ركن العقد و قد عرفت أنه قبض واحد لا- يقبل التفرقه في الحكم، بجعل القبض للموهوب معتبرا و النهي عن حق الغير الخارج عن حقيقه الموهوب، انتهى.

أقول: قد سلف هنا و من هذا القائل تحقيق في أن قولهم النهي لا يقتضى الفساد في غير العباده ليس على إطلاقه، بل قد يقتضى الفساد في غير العباده لما قدمناه من التفصيل بأن النهي ان توجه إلى ذات الشيء و عدم صلاحه لترتب الحكم الشرعى عليه كالنهي عن بيع العذره لعدم صلاحيتها للنقل، و النهي عن نكاح المحارم و نحو ذلك، فإنه يقتضى الفساد بلا اشكال، و ان توجه إلى أمر خارج كالبيع وقت النداء يوم الجمعه لم يقتض الفساد، و انما يقتضى الإثم خاصه، و الظاهر أن ما نحن فيه من القسم الأول، فإن النهي للمتهب عن قبض المشترك بغير اذن المالك للمتهب إنما هو من حيث عدم صلاحيته و قابليته للانتقال، لا من حيث أمر خارج فلا حاجه إلى ما تكلفه (قدس سره) مع أنه لا يخلو من المناقشه، فإنه لو تم لأمكن إجراؤه في سائر المعاملات، و عدم اراده الشارع غايه ما يقتضيه الإثم بالمخالفه، كما لا يخفى و الله العالم.

### السابع: لو وهب اثنين شيئا

فقبلا و قبضا فلا إشكال في الصحه، لاستجماع شرائطها و لو قبل أحدهما و قبض، و امتنع الآخر صحت الهبه بالنسبه إلى القابل، و بطلت بالنسبه إلى الآخر، لحصول شرائط الصحه في الأول دون الثاني، و ربما

يقال: انه عقد واحد لا يتعصب، فان قبلا و قبضا صح، و الافلا، لأننا نقول: و ان كان بصورة عقد واحد الا أنه بتعدد الموهوب في قوه عقدين، و نظيره ما لو اشترى دفعه واحده، فإن لكل واحد منهما حكم نفسه في الخيار و نحوه، كما تقدم في كتاب البيع، و الله العالم.

### الموضع الثالث [في جواز تفضيل بعض الأولاد]:

لا- خلاف و لا إشكال في جواز تفضيل بعض الولد و ان كان على كراهه عند الأصحاب، إلا ما نقل عن ظاهر ابن الجنيد من التحريم إلا مع المزيه.

قال في المسالك: أما جواز التفضل في الجملة فهو المشهور بين الأصحاب و غيرهم، و يشهد له (١)

«ان الناس مسلطون على أموالهم». و يظهر من ابن الجنيد التحريم إلا- مع المزيه، و التعديه إلى باقى الأقارب مع التساوى في القرب، و الوجه الكراهه المؤكده

لقوله (صلى الله عليه و آله و سلم) (٢)

سوا بين أولادكم في العطيه، فلو كنت مفضلا أحدا لفضلت البنات، و ان التفضيل يورث العداوه و الشحناء بين الأولاد كما هو الواقع شاهدا و غابرا. و لدلاله ذلك على رغبه الأب في المفضل المثير للحسد المفضل إلى قطيعه الرحم،

و قد روى

أن النعمان بن بشير (٣) أتى أبوه إلى النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) فقال: انى نحلتي ابني هذا غلاما فقال النبي (صلى الله عليه و آله و سلم): أكل ولدك نحلتي مثل هذا فقال لا: فقال: أردده..

و في روايه أخرى (٤)

«ان النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) قال له: أ تحب أن يكونوا لك في البر سواء؟ فقال: نعم فارجعه..»

قال و في حديث آخر (٥) عنه (صلى الله عليه و آله و سلم) انه قال لمن أعطى بعض أولاده شيئا أكل ولدك أعطيته مثله قال: لا، قال: فاتقوا الله و اعدلوا بين أولادكم فرجع في تلك العطيه» و في روايه أخرى

«لا تشهدنى على جور».

ص: ٣٢١

١- (١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٧ الطبع الحديث.

٢- (٢) المسند لأحمد بن حنبل ج ٤ ص ٣٧٥.

٣-٣) البخاری کتاب الہبہ الباب ١٢.

٤-٤) البخاری کتاب الہبہ الباب ١٢.

٥-٥) البخاری کتاب الہبہ الباب ١٢.

و هذه الروايات تصلح حجة لابن الجنيّد و الأصحاب حملوها على تقدير سلامه السند على الكراهه جمعا و قد روى أبو بصير فى الصحيح (١) ثم نقل الخبر الحادى و العشرين ثم قال: و لا- قائل بمضمونه تفصيلا غير أن تجويزه العطيه مع اليسار مطلقا حجه المشهور، و منعه عنه مع الإعسار مناسب للكراهه، و الحق الفصل حيث يكون عليه دين و نحوه، و إطلاق النصوص السابقه يقتضى عدم الفرق بين الصحه و المرض، و حالتى اليسر و العسر، إلا الحديث الأخير، فخص النهى بحاله العسر، و فى روايه سماعه ثم ذكر الخبر العشرين، ثم قال: و عمل بمضمونها العلامه فى المختلف، و خص الكراهه بالمرض أو الإعسار و فى بعض نسخه بهما معا، و الظاهر أن دلالة الخبرين على الأول أوضح، و الأقوى عموم الكراهه بجميع الأحوال، و تأكدها مع المرض و الإعسار أعمالا بجميع الأدله، لعدم المنافاه انتهى.

و على هذا النهج كلام غيره من الأصحاب و أنت خيرير بأن ما قدمه من الأخبار عنه (صلى الله عليه و آله و سلم) الظاهر أنه من أخبار العامه و رواياتهم، كما يشهد به سياقها، لعدم وجود شىء منها فى كتب أخبارنا، و إنما الموجود فيها ما يخالف هذه الأخبار، و يناقضها من جواز التفصيل، و هى متكاثره بذلك.

فمنها ما رواه

فى الكافى و الفقيه عن محمد بن قيس (٢) فى الحسن قال:

« سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يفضل بعض ولده على بعض؟ قال: نعم و نسائه.»

و ما رواه

الشيخ فى التهذيب فى الصحيح عن حرير عن محمد بن مسلم (٣)

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يكون له الولد من غير أم أ يفضل بعضهم على بعض؟ فقال: لا بأس.»

قال: حرير و حدثنى معاويه و أبو كهمس

انهما سمعا

ص: ٣٢٢

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ١٥٦ ح ٦٤٤، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٤ ح ١٢.

٢- (٢) الكافى ج ٧ ص ١٠ ح ٦، الفقيه ج ٤ ص ١١٤ ح ٤٩٥، الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٣ ح ١.

٣- (٣) التهذيب ج ٩ ص ١٩٩ ح ٧٩٥، الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٤ ح ٢ و ٣.



أبا عبد الله عليه السلام يقول: صنع ذلك على عليه السلام بابنه الحسن و فعل ذلك الحسين بابنه على و فعل ذلك أبي بى، و فعلته أنا».

و عن إسماعيل بن عبد الخالق (1) فى الصحيح قال:

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: فى الرجل يخص ولده ببعض ماله فقال: لا بأس بذلك».

و ما رواه

فى الكافى فى الصحيح عن سعد بن سعد الأشعري (2) قال:

« سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يكون بعض ولده أحب إليه من بعض و يقدم بعض ولده على بعض؟ فقال: نعم قد فعل ذلك أبو عبد الله عليه السلام نحل محمدا و فعل ذلك أبو الحسن عليه السلام نحل أحمد شيئا فقامت أنا به حتى حزته له، فقلت: جعلت فداك الرجل يكون بناته أحب إليه من بنيه؟ فقال: البنات و البنون فى ذلك سواء، إنما هو بقدر ما ينزلهم الله عز و جل منه».

قوله عليه السلام «قامت أنا به» أى توليته له، و كان أحمد كان صغيرا، و قوله «إنما هو بقدر ما ينزلهم الله» أى المحبه التى يقع فى قلبه إنما هى من الله تعالى فبقدر ما يجعل الله لهم فى قلبه يجعل المحبه ذكورا أم اناثا.

و ما رواه

فى الفقيه عن رفاعه (3) عن أبي الحسن عليه السلام قال:

«سألته عن الرجل يكون لهم بنون و أمهم لست بواحدة أ يفضل أحدهم على الآخر؟ قال:

لا بأس به، و قد كان يفضلنى على عبد الله».

أقول: و هذه الروايات مع كثرتها و صحتها قد اتفقت على جواز التفضل من غير إشاره فى شىء منها على الكراهه، فضلا عن التصريح، و قد فعلوه عليهم السلام بمن كان ممن يستحق التفضيل و من لا- يستحقه، و بذلك يظهر لك أن جميع ما أطلال به (قدس سره) من تلك الأخبار العاميه و التعليقات العقليه كله تطويل بغير طائل.

ص: ٣٢٣

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ٢٠٠ ح ٧٩٦، الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٤ ح ٤.

٢- (٢) الكافى ج ٦ ص ٥١ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ١١٤ ح ٣٩٢، الوسائل ج ١٥ ص ٢٠٣ الباب ٩١ ح ١.

٣- (٣) الفقيه ج ٣ ص ٣١١ ح ١٧، الوسائل ج ١٥ ص ٢٠٤ ح ٢.

و ليت شعري كيف غفلوا جميعا عن هذه الأخبار و هي فى الكتب الأربعة التى يتداولونها حتى التجئوا الى هذه الأخبار العاميه، و العجب هنا من صاحب المفاتيح حيث تبع صاحب المسالك فيما نقلناه عنه، و غفل أيضا عن هذه الأخبار كما لا يخفى على من راجعه.

نعم

روى فى الفقيه عن السكونى (١) قال:

«و فى روايه السكونى قال:

نظر رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) الى رجل له ابنان فقبل أحدهما و ترك الآخر فقال النبى (صلى الله عليه و آله و سلم): فهلا واسيت بينهما». و ربما يتوهم متوهم تخصيص الأخبار المتقدمه بهذا، و هو باطل بل الأظهر حمليه على التقيه، فإن روايه عامى مع أنه لم يسنده الى الامام عليه السلام و قد عرفت دلالة روايات العامه على ما دل عليه.

و أما ما رواه

العياشى فى تفسيره عن مسعده بن صدقه (٢) قال:

«قال جعفر بن محمد عليه السلام قال والدى: و الله انى لا صانع بعض ولدى و أجلسه على فخذى و أكثر له المحبه، و أكثر له الشكر، و ان الحق لغيره من ولدى، و لكن محافظه عليه منه و من غيره، لثلا يصنعوا به ما فعل بيوسف و اخوته و ما أنزل الله سوره يوسف إلا أمثالا لكيلا يحسد بعضنا بعضا كما حسد بيوسف اخوته، و بغوا عليه فجعلها رحمه على من تولانا، و دان بحبنا، و جحد أعدائنا، على من نصب لنا الحرب و العداوه». فغايه ما يدل عليه أنه عليه السلام كان يظهر التفضيل لبعض ولده، فضايقه لدفع شره عن الإمام القائم بعده، و هذا بما يدعيه أنسب، و الى ما اخترناه أقرب، و مرجعه الى أن التفضيل قد يكون على جهه الاستحقاق، أو المضايقه، فلا منافاه فيه لما ذكرناه.

بقى الكلام فى الخبرين المتقدمين الدال أحدهما على التفصيل بين الصحه و المرض، و أنه يعطى فى حال الصحه دون المرض، و الخبر الدال على التفضيل بين اليسر

ص: ٣٢٤

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٣١١ ح ١٨، الوسائل ج ١٥ ص ٢٠٤ ح ٣.

٢- (٢) المستدرک ج ٢ ص ٦٢٦ الباب ٦٧ ح ٣، العياشى ج ٢ ص ١٦٦ ح ٢.

و العسر: فيخص بعض ولده مع اليسر دون العسر، مع أن إطلاق الأخبار المتقدمه يقتضى عدم الفرق، و أنت خير بأنهما لا يبلغان قوه المعارضه لما قدمناه من الأخبار الصحيحه الصريحه فى الجواز مطلقا.

و أما وصفه فى المسالك لروايه أبى بصير (1) بالصحه فهو خلاف المعهود منه و من غيره من أرباب هذا الاصطلاح حيث ان أبى بصير مشترك، و لا قرينه تدل على الثقه منهما، و الآخر الضرير انما يعدون خبره فى الضعيف، على أن الظاهر أن روايه سماعه لا منافاه فيها، و ذلك فان ظاهرهما انما هو السؤال من عطيه الوالد لولده، و ان كان واحدا و ليس فيها تعرض للتفضيل الذى هو البحث بوجه، فأجاب عليه السلام بأنه فى حال الصحه جائز، لأنه ماله يصنع فيه ما أراد، و أما فى حال المرض فلا، و المنع من ذلك فى حال المرض مطلقا لا قائل به، و لا يوافق مقتضى القواعد الشرعيه، فلا بد على أن يكون المنع باعتبار كونه من الأصل، فالنهي إنما يتوجه الى كونه من الأصل.

و حاصل معنى الخبر أنه فى حال الصحه مخرج العطيه من الأصل، و فى حال المرض من الثلث، لا- من الأصل، كما فى حال الصحه و هذه مسئله أخرى لا تعلق لها بما نحن فيه.

نعم خبر أبى بصير ظاهر فى التفضيل لقوله «يخص بعض ولده»، و الظاهر حمله على ما ذكره من كراهيه التخصيص مع الإعسار، لأنه متى خصه و هو معسر فقد حرم الباقي من الميراث، إذ لا شىء يرثونه.

أما مع يسره و حصول قسط لكل من الباقي من الميراث، فإنه لا يحصل عليهم بتلك الهبه نقص زائد كما فى صوره العسر الذى لا- شىء بالكليه، و على هذا فيخص الأخبار المتقدمه بهذا الخبر: بمعنى أن التفضيل جائز مطلقا من غير كراهيه، إلا فى صوره إعسار الواهب الموجب لحرمان باقى الأولاد من الميراث، و هو جمع حسن بين الأخبار و الله العالم.

ص: ٣٢٥

---

(١-١) التهذيب ج ٩ ص ١٥٦ ح ٦٤٤، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٤ ح ١٢.

المفهوم من كلام جملة من الأصحاب بل ربما ادعى الإجماع عليه كما تقدم الإشارة إليه بأنه يجوز الرجوع بعد القبض إلا في مواضع مخصوصه، قد وقع الاتفاق على بعضها و الخلاف في بعض، كما سيأتي تفصيله، ان شاء الله تعالى.

و الأخبار في أصل المسئله لا تخلو من اختلاف فمما يدل على جواز الرجوع الخبر الأول، و هو صحيح صريح في ذلك، و مفهوم الخبر الثاني، و هو صحيح أيضا، و المفهوم مفهوم شرط لا إشكال في حجته عند محققى الأصوليين و عندنا، للأخبار الكثيره الداله على حجته، كما تقدمت في مقدمات الكتاب في الجلد الأول من كتاب الطهاره (١) و يدل على ذلك أيضا الخبر الخامس (٢) و هو صحيح، صريح في ذلك، و الخبر السابع (٣) و هو صحيح صريح في غير المواضع المستثناه فيه، و الخبر الثامن، و مفهوم الخبر التاسع، و يدل على ذلك أيضا قوله عليه السلام في

موثقه عبيد بن زراره (٤)

«و لمن وهب أو نحل أن يرجع في هبته حيز أو لم يحز».

و قوله عليه السلام

في صحيحه زراره (٥) المتقدمه في مقصد الصدقه،

«و لا- ينبغي لمن أعطى لله شيئا أن يرجع فيه، و ما لم يعط لله و في الله فإنه يرجع فيه نحله كانت أو هبه، حيزت أو لم تحز، و لا يرجع الرجل فيما وهب لامرأته» الحديث. و يدل على العدم الخبر الثالث عشر، و الخبر الخامس عشر، و الخبر التاسع عشر.

و روايه جراح المدائنى (٦)

«عن أبى عبد الله عليه السلام» قال: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم): من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه».

و أنت خبير بأن هذه الروايات الأخيره تقصر عن معارضه الأخبار الأوله

ص: ٣٢٦

١-١ (١) ج ١ ص ٥٨.

٢-٢ (٢) ص ٣٠١.

٣-٣ (٣) ص ٣٠١.

٤-٤ (٤) التهذيب ج ٩ ص ١٥٣ ح ٦٢٥، الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٢ ح ١.

- ٥-٥) التهذيب ج ٩ ص ١٥٢ ح ٦٢٤، الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٩ ح ١.
- ٦-٦) الاستبصار ج ٤ ص ١٠٩ ح ٤١٧، الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٣ ح ٣.

سندا و عددا و دلالة، و حملها على الكراهه المؤكده، كما ذكره جمع من الأصحاب طريق الجمع بين الجميع،

### [الصور المستثناه من جواز الرجوع]

و أما الصور المستثناه من جواز الرجوع فنحن نذكرها مفصله واحده واحده، و ما يتعلق بكل منهما من الأخبار، و كلام الأصحاب على وجه يزول به غشاوه الشك- ان شاء الله تعالى فيها- و الارتياح، فنقول

### الأولى- فيما لو كانت الهبه لذى الرحم

، و قد ادعى المحقق الإجماع على أنه متى كانت الهبه من الابن للأبوين فلا يجوز الرجوع، و هو مؤذن بالخلاف فيما عداه، حتى فى هبه الأبوين للأبوين، مع أن العلامه فى المختلف عكس ذلك، فادعى الإجماع على لزوم هبه الأب لولده، و لم يذكر الأم، قال: إذا وهب الأب ولده الصغير أو الكبير و أقبضه لم يكن للأب الرجوع فى الهبه إجماعا، و لو كانت لغير الولد من ذوى الأرحام للشيخ قولان إلى آخره، و هو مؤذن بالخلاف فيما ادعى عليه المحقق الإجماع، الا أن شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك قال: و الظاهر أن الاتفاق حاصل على الأمرين الا- من المرتضى فى الانتصار، فإنه جعلها جائزه مطلقا ما لم يعوض عنها، قال: و كأنهم لم يعتدوا بخلافه لشذوذه.

و العجب أنه ادعى إجماع الإماميه عليه مع ظهور الإجماع على خلافه، و على ما ذكره شيخنا المذكور ينحصر الخلاف فيما عدا الصورتين المذكورتين، و الأشهر الأظهر اللزوم و عدم جواز الرجوع، و هو مذهب الشيخ فى النهايه، و الشيخ المفيد و سلار و ابن البراج، و قيل: بأن له الرجوع و هو قول الشيخ فى المبسوط و التهذيب و السيد المرتضى و ابن الجنيد و ابن إدريس.

و الذى وقفت عليه من الأخبار فى هذا المقام مما يدل على القول الأول الخبير الخامس، و هو صحيح صريح فى عدم جواز الرجوع فى هبه ذى الرحم، و هو دال على عدم جواز الرجوع فى الصورتين الأوليين من حيث العموم، و على الثالثه بالخصوص، و الخبير السابع و هو أيضا صحيح السند دال على عدم جواز الرجوع فى هبه ذى القربى، لأن المراد بالجواز هنا اللزوم كما تقدمت الإشارة إليه، و ينادى

بذلك قوله و يرجع فى غير ذلك ان شاء، و حاصل الخبر أنه لا يرجع فى الهبه إذا كانت لذى قرابه أو معوضا عنها، و يرجع فيما عدا ذلك، و الخبر السادس عشر و هو موثق سماعه، إلا أنه مختص بهبه الولد لأمه، و قد حكم عليه السلام بأنه ميراث بعد موتها، و ليس للولد الرجوع فيه للزوم الهبه.

و مما يدل على قول الآخر الخبر الثامن حيث صرح فيه «بأن النحل و الهبه يرجع فيها حازها أو لم يحزها و ان كانت لذى قرابه» و الخبر الحادى عشر الا أنه غير صريح، بل و لا ظاهر فى ذلك، لأن ظاهر تجويزه الرجوع فيما يهب لابنه، -الا أن يكون صغيرا- أن الرجوع إنما هو من حيث عدم القبض بأن يكون الموهوب بالغا و لم يقبض، و لهذا حكم بلزوم الهبه للصغير من حيث ان الأب قابض له، و الخبر الثانى عشر إلا أنه لا يخلو من الإجمال و تعدد الاحتمال، و أنه يحتمل أن يكون الرجوع إنما هو من حيث كون الهبه غير لازمه، لأن من شرطها القبض و لم يحصل، فهى و ان انتقلت إليه بالعقد، إلا أنه انتقال متزلزل مراعى فى لزومه بالقبض، و حينئذ فلم يبق مما يمكن أن يستدل به لهذا القول إلا الخبر الثامن، و هو يضعف عن معارضه الأخبار الأوله سندا و عددا و دلالة، و من المحتمل قريبا أن يكون قوله و ان كانت لذى قرابه قيدها فى قوله «أو لم يحزها» بمعنى أنه إذا لم يحزها فله الرجوع و ان كانت لذى قرابه، و هو معنى صحيح، و به يسقط الاستدلال بالخبر المذكور على ما ذكره، و بما أوضحناه لك فى المقام يظهر ضعف ما ذهب إليه فى الكفايه من موافقه المرتضى (رضى الله عنه) فى عدم لزوم الهبه على ذى الرحم، و الآباء و الأبناء.

### الثانيه - فيما لو تلف بعد القبض

سواء كان التلف من جهه الله سبحانه، أو المتهب، أو غيرهما، فإنه لا يرجع، و نقل عن التذكرة دعوى الإجماع على ذلك، و كأنه لا يعتد بخلاف المرتضى و دعواه على جواز الرجوع إلا مع التعويض.

و مما يدل على اللزوم و عدم جواز الرجوع فى الصورة المذكوره الخبر

الأول و هو صحيح صريح فى المدعى،قال:فى المسالك و فى حكم تلفها تلف بعضها و ان قل،لدلاله الروايه عليه،فان العين مع تلف جزء منها لا تعد قائمه،انتهى.

و فيه إشكال فإن الظاهر أن المراد بقيامها بعينها كما تضمنه الخبر انما هو بمعنى وجودها و عدم تلفها،فلا يؤثر تلف بعضها خصوصا مع قلته كاصبح العبد لو قطعت،فإنه لا ينافى قيام العين و وجودها عرفا،و بالجملة فإن ما ذكره لا يخلو عندى من شوب الإشكال.

### الثالثه-فيما لو عوض عنها

و ان كان العوض قليلا إذا حصل التراضى، و اللزوم فى هذه الصورة إجماعى حتى من المرتضى،و يدل على ذلك الخبر الثانى و هو صحيح صريح فى عدم جواز الرجوع إذا عوض،و الخبر السابع حيث حكم عليه السلام بجواز الهبه الذى هو كما عرفت أنفا عباره عن لزومها فى صوره ذى القرابه، و الذى يثاب أى يعوض.

قال فى المسالك:و لا فرق فى العوض بين كونه من بعض الموهوب و غيره، عملا بالإطلاق،و لأنه بالقبض بعد العقد مملوك للمتهب،فيصح بذله عوضا عن الجملة،انتهى.

أقول:يمكن أن يقال:ان المتبادر من المعاوضه هو كون أحد العوضين غير الآخر،و لو تم ما ذكره للزم أنه لو دفعه المتهب بجميعة الى الواهب بعد القبض لصدق المعاوضه،مع أنه لا يسمى ذلك معاوضه،فإنما يسمى ردا،و لا فرق بين دفع البعض و دفع الكل،قوله«لأنه بالقبض بعد العقد مملوك للمتهب»مسلم، لكنه ملك متزلزل لا يلزم إلا- بإعطاء العوض و نحوه،من الأمور الموجهه للزوم و بالجملة فإنه بإعطاء بعض الموهوب أو جميعة انما يقال:رده أورد بعضه و لا يقال.أعطى عوضه بهذا هو الظاهر من العرف و الاستعمال،و به يظهر أن ما ذكره لا يخلو من شوب الاشكال.

ثم ان الظاهر من إطلاق الخبرين المذكورين أنه لا فرق فى لزوم الهبه



بالتعويض بين أن يكون قد شرط التعويض فى العقد، أو وقع بعده بأن وقع العقد مطلقاً، إلا أنه بذل له العوض بعد ذلك و أعطاه إياه، لكنهم صرحوا بأنه لا- يحصل التعويض بمجرد البذل، بل لا- بد من قبول الواهب له، و كون البذل عوضاً عن الموهوب قالوا: لأنه بمنزلة هبه جديده، و لا يجب عليه قبولها.

بقى الكلام هنا فى أنه لو وهب و أطلق هل يقتضى التعويض أم لا؟ المشهور الثانى، و قال الشيخ فى الخلاف و المبسوط: الهبه على ثلاثه أقسام، هبه لمن فوقه، و هبه لمن دونه، و هبه لمن هو مثله، و كلها يقتضى الثواب عندنا، و مقتضاه أنه بالهبه يجب على المتهب بذل العوض، و يلزم و ان لم يطلبه الواهب، و لا- قائل به سواه، إلا- أن أبا الصلاح وافقه فى هبه الأدنى للأعلى، فقال: انها يقتضى الثواب فيعوض عنها بمثلها، و لا يجوز التصرف فى الهبه ما لم يعوض عنها، لاقتضاء العرف ذلك.

و رد كل من القولين المذكورين بأن الأصل و العمومات يقتضى خلافه، و ربما حمل كلام الشيخ على جواز الرجوع فى الهبه ما لم يثب، كما لو شرط فيها فيكون المراد أن لزومها انما يتحقق به، و الى هذا يميل كلام العلامة فى المختلف فى مقام الرد على ابن إدريس انتصاراً للشيخ و الحق بعده.

و بالجملة فإن الحكم مع الإطلاق كما هو المشهور هو أن الهبه جائزه من جهة الواهب إلا أن يحصل التعويض بما يتفقان عليه، و مع الاختلاف يرجع الى مثل الموهوب أو قيمته، و لا خلاف فى أنه لو شرط الثواب صح، أطلق أو عين، و له الرجوع ما لم يدفع اليه ما شرط، و يدل عليه الخبر السادس (1) فإنه دال على حكم المشروطه بالثواب مطلقاً، أو معيناً، و أن للواهب الرجوع إذا لم يف المتهب بالشرط، و أنه ليس للمتهب مع الشرط التصرف فى الجاربه حتى يفى بشرطه، و فيه دلالة على تخير المتهب بين الوفاء بالشرط، لتلزم الهبه، و يجوز له التصرف، و بين رد الهبه كما هو أحد القولين، و هو منقول عن الشهيد فى الدروس

ص: ٣٣٠

١-١ (١) ص ٣٠١.

و جماعه، و قيل: بلزوم العقد من طرف المتهم، و انه يجبر على الوفاء بالشرط مطلقا كان أو معينا، هذا القول جار على ما قدمنا نقله عن الشيخ في الخلاف و المبسوط، فلعل ما هنا تفريع عليه.

و كيف كان فالظاهر ضعفه، فان المفهوم من الخبر المشار اليه خلافه، فإنه لو كان العقد لازما من جهته لجاز له وطئ الجارية مع الشرط قبل الوفاء به، حيث انه قد ملكها بالهبة ملكا لازما، و يجب عليه الوفاء بالشرط كما هو المفروض، و مفهوم الخبر بخلافه.

ثم انه على تقدير الشرط ان كان ما شرطه معينا بالحكم واضح، و ان كان مطلقا فان اتفقا على شىء قليلا أو كثيرا فلا إشكال أيضا، و الأوجب إثابه مقدار الهبة مثلا أو قيمه، و لا يجب الأزيد و ان طلبه الواهب، كما لا يجبر الواهب على قبول الأقل الا أنه يجب أن يعلم أن ذلك ليس على جهه اللزوم و الحتم، بل يتخير الواهب فى كلتا الصورتين بين الرجوع و قبول العوض، لأن العقد من جهته غير لازم قبل التعويض، و يتخير المتهم بين الرد و الإثابه، إلا على قول الشيخ المتقدم و أبى الصلاح فى خصوص ما ذكره، حيث حكما باللزوم من جهه المتهم، و أوجبا عليه الإثابه، و ان اختلفا فى العموم و الخصوص، و قد عرفت ضعفه.

ثم انه على تقدير الاشتراط لو تلفت العين فى يد المتهم قبل التعويض أو عابت سواء كان ذلك بفعله كلبس الثوب أم لا، فهل يضمن المتهم الأرش أو الأصل أم لا ضمان؟ قولان: صرح فى المختلف بالأول، و نقل عن ابن الجنيدي من المتقدمين.

قال فى المختلف: و ان شرط الثواب فإن أطلق كان إطلاقه منصرفا إلى العاده، و ان شرط معينا فإن أثابه إياه لزمته الهبة، و إلا كان للمالك العود فى هبته، فان كانت ناقصه فعليه الأرش، و ان كانت تالفه فعليه المثل أو قيمه، لأنه ملكه بشرط العوض، و لم يسلم له فكان له الرجوع فى عينه، انتهى.

و جزم فى التذكرة - و مثله ولده فى الشرح - بالثانى، و اختاره المحقق

على تردد، واحتجوا عليه بأن ذلك النقص حدث في ملك المتهب، فلا يلزمه ضمانه، ولأن المتهب لا يجب عليه دفع العوض كما مر، بل للواهب الرجوع في العين و التفريط منه من حيث تركها في يد من سلطه على التصرف فيها مجاناً.

احتج القائلون بالأول بما عرفت من كلامه في المختلف و هو انما ملكه بشرط العوض لا مجاناً، فإنه إنما قبضها ليؤدي عوضها فلم يفعل، و من ذلك يظهر أن الواجب عليه أحد الأمرين ردها، أو دفع العوض، فان تعذر الأول وجب الثاني.

و منه يعلم الجواب عن دليل المخالف، وقوله «انه سلطه على التصرف فيه مجاناً» فإنه إنما سلطه بشرط العوض، و هذا هو معنى الضمان، وقولهم انه لا- يجب عليه دفع العوض، ان أريد به عدم وجوبه علينا لم يلزم منه نفي الوجوب عن المبدل الذي هو المدعى، و حينئذ فإذا تعذر أحد الأمرين المخير بينهما تعين الآخر، و ان أريد به عدم الوجوب بالكليه فهو ممنوع، و الى هذا القول مال في المسالك، و قوته بما ذكرنا ظاهره.

ثم انه على تقدير القول بالضمان مع التلف فهل الواجب مثل الموهوب أو قيمته؟ أو أن الواجب انما هو أقل الأمرين من ذلك و من العوض، و جهان:

اختار ثانيهما في المسالك، قال: لما عرفت من أن المتهب مخير بين الأمرين، و المحقق لزومه هو الأقل، لأنه ان كان العوض الأقل فقد رضى به الواهب في مقابله العين، و ان كان الموهوب هو الأقل فالمتهب لا يتعين عليه العوض، بل هو مخير بينه و بين بذل العين، فلا يجب مع تلفها أكثر من قيمتها، انتهى و هو جيد.

#### **الرابعه- فيما لو كانت لأحد الزوجين**

و المشهور بين الأصحاب كراهه الرجوع فيما يهبه أحدهما للآخر من غير أن تكون الهبه لازمه يحرم الرجوع فيما، و ذهب جمع منهم الى عدم جواز الرجوع كالصور المتقدمه، و الأول قول الشيخ في كتبه و اتباعه، و الثاني نقله الشيخ في الخلاف عن بعض الأصحاب، و به

أفتى العلامة في التذكرة، ونقله في التحرير عن الشيخ، وهو مختار جملة من متأخري المتأخرين، منهم المحدث الكاشاني في المفاتيح، والفاضل الخراساني في الكفاية وهو ظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك، ونقله عن جماعه من الأصحاب (رحمهم الله) وظاهر شيخنا الشهيد في شرح الإرشاد الميل إليه من غير جزم، حيث نفى عنه البعد، وهذا هو الأظهر عملاً بالخبر الرابع (1) وهو صحيح صريح في ذلك، وبه يخص عموم الأخبار الدالة على جواز الرجوع بعد القبض مطلقاً، كما خص بغيره من الأخبار المتقدمة في الصور السابقة، وعلى هذا فتكون الزوجية من أسباب اللزوم المستثناة من تلك الأخبار، كغيرها مما قدمنا ذكره.

والظاهر أن من قال بالأول نظر إلى عموم الأخبار الدالة على جواز الرجوع بعد القبض، فجوز الرجوع وجعل ذلك مكروهاً، نظراً إلى قوله (صلى الله عليه وآله وسلم) في صحيحه الحلبي (2) الذي يرجع في هبته كالذي يرجع في قيئه ونحوها غيرها، بحمله على الكراهة المؤكدة جمعاً بينه وبين تلك الأخبار الدالة على جواز الرجوع كما تقدم ذكره، إلا أن فيه ما عرفت من ورود الخبر الصحيح الصريح باللزوم، وربما طعن في الصحيح المذكور بقوله عليه السلام فيها «حيز أو لم يحز» حيث إن ظاهره لزوم الهبة، وإن لم يقبض وهم لا يقولون به، فما يدل عليه الخبر لا يقولون به، وما يقولون به لا يدل عليه، وأجاب عن ذلك في المسالك بأنه لما قامت الأدلة على عدم لزومها قبل القبض، وجب أن تحمل هذه الأخبار على قبض آخر جديد غير القبض الأول، جمعاً بين الأدلة.

أقول: ويمكن أن يقال بالخبر المذكور على ظاهره، ويخص هذا الحكم بالزوجين، ولا مانع منه، إذا دل عليه الخبر، فكما أنه دل على استثناء الزوجين

ص: ٣٣٣

(١-١) ص ٣٠١.

(٢-٢) التهذيب ج ٩ ص ١٥٥ ح ٦٣٥ ولا يخفى أن المتن المذكور هو مضمون روايه إبراهيم بن عبد الحميد التهذيب ج ٩ ص ١٥٨ ح ٦٥٣ والا فالمذكور في روايه الحلبي هو الصدقه بدل الهبه، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٦ ح ٤ و ص ٣٤٣ ح ٤.

من عموم تلك الأخبار الداله على جواز الرجوع بعد القبض، كذلك على استثنائهما من عموم الأخبار الداله على جواز الرجوع قبل القبض، فيقال:

تلتزم به أحد الزوجين للآخر بمجرد العقد، قبض أو لم يقبض، وإن كان الحكم في غيرهما جواز الرجوع قبل القبض مطلقاً، وبعده إلا في الصورة المتقدمه التي دلت النصوص على استثنائها، وأي مانع من ذلك، إذا اقتضاه الدليل، سيما مع استدلاله عليه السلام بالآيات المذكوره، وهي مطلقه شامله لما قبض أو لم يقبض.

و كيف كان فالظاهر أنه لا فرق في الزوجين بين الدائم و المنقطع و لا بين المدخول بها و غيرها، و لا بين المطلقه رجعيًا و غيرها، بإطلاق النص، أما البائنه فإنها ليست زوجته، و الله العالم.

### الخامسه - فيما لو ضم إليها قصد القربه

«و لا ينبغي لمن أعطى الله شيئاً أن يرجع فيه، و ما لم يعط الله فإنه يرجع فيه نحله كانت أو هبه حيزت أو لم تحز»  
و في موثق عبيد بن زرارته (١)

«و لمن وهب أو نحل أن يرجع في هبته حيز أو لم يحز و لا ينبغي لمن أعطى الله عز و جل أن يرجع فيه».

و في الخبر التاسع

«هل لأحد أن يرجع في صدقته أو هبته قال: أما ما تصدق به لله فلا». و يؤيدها جملة من الأخبار المتقدمه في الصدقه، و أنه لا يجوز الرجوع فيما قصد به القربه، و علل بعض المحدثين بأنه بالقربه قد استحق الثواب، و صار عوضاً، فيكون من قبيل الهبه المعوضه التي قد تقدم أنه لا يجوز الرجوع فيها و هو جيد، و الله العالم.

### السادسه - التصرف [و الأقوال فيه]

و قد اختلف الأصحاب (رحمهم الله) في أن تصرف المتهب إذا لم يكن داخلاً في أحد الصور المتقدم ذكرها هل يوجب لزوم الهبه و يمنع رجوع المالك فيها أم لا؟ على أقوال: أحدها - عدم تأثير التصرف مطلقاً في لزومها، سواء كان تصرفاً ناقلاً للملك مانعاً من الرد كالاستيلاء، أو مغيراً للعين

ص: ٣٣٤

كطحن الحنطه و نحوها، بل للواهب فسخها كما لو كانت قبل التصرف، و هو مذهب المحقق فى كتابيه، و اليه ذهب سلار و أبو الصلاح و هو ظاهر ابن الجنيده.

و ثانيها- أنها تلزم بالتصرف مطلقا، و اليه ذهب الشيخان، و ابن البراج، و ابن إدريس، و أكثر المتأخرين كالعلامه و الشهيد فى اللمعه و غيرهما.

و ثالثها- التفصيل فى ذلك، بأنه ان كان التصرف موجبا لخروجها عن ملكه أو مغيرا لصورتها كقصاره الثوب و نجاره الخشب أو كان التصرف بالوطء، فإنها تكون لازمه، و ان كان التصرف بدون ذلك كركوب الدابه و سكنى الدار و حلب اللبن و نحوها، فإنها غير لازمه، و هذا القول مذهب ابن حمزه و الشهيد فى الدروس و جماعه من المتأخرين، و زاد ابن حمزه فقال: لا يقدر الرهن و الكتابه، و هو يشمل بإطلاقه ما لو عاد الى ملك الواهب أو لم يعد.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن مما يدل على القول الأول ظاهر الخبر الأول (1) و هو صحيح، و التقريب فيه أنه عليه السلام جوز الرجوع إذا كانت الهبه قائمه بعينها، و الا فليس له، و قيام العين الذى هو عبارته عن بقائها شامل لحالتى التصرف و عدمه، و كذا ظاهر الخبر السابع (2) لقوله عليه السلام بعد ذكر ما يدل على عدم الرجوع بالنسبه إلى ذى القرابه و الذى يثاب، «و يرجع فى غير ذلك ان شاء»، و أجاب فى المختلف عن هذين الخبرين حيث احتج بهما لأصحاب القول الأول مقتصرين عليهما بالحمل على ما إذا لم يوجد التصرف، و فيه أن الحمل على خلاف الظاهر- كتخصيص العام و تقييد المطلق- يتوقف على وجود المعارض ليجمع بينهما بذلك، و هو لم يذكر هنا ما يوجب المعارضه على هذا الوجه الا- بعض الوجود الضعيفه، كما سيظهر لك ان شاء الله تعالى، ثم ان مما يستدل به لهذا القول الأخبار المتقدمه ذكرها فى صدر هذا الموضوع، فإنها متفقه على جواز

ص: ٣٣٥

١-١ (١) ص ٣٠٠.

١-٢ (٢) ص ٣٠١.

الرجوع بعد القبض مطلقا في بعض، و مع استثناء بعض الصور المتقدمه في بعض، ففي بعضها استثناء ما يعطى لله من نحله أو هبه أو صدقه، و بعضها استثناء ذى الرحم، و التحقيق في هذا المقام انك إذا نظرت الى الروايات الداله على جواز الرجوع بعد القبض مطلقا، أو ضمنت إليها ما دل من الأخبار على عدم جواز الرجوع في الصور التي قدمناها، ظهر لك أن الواجب تقييد إطلاق تلك الأخبار بهذه الأخبار الواردة في هذه الصور، و بقاء ما عدا هذه الصور على الدخول تحت الإطلاق، فإن العام المخصص و المطلق المقيّد حجه فيما بقى بعد التخصيص و التقييد، و لا دليل في هذه الصور المدعاه هنا حتى يمكن أن يخصص تلك الأخبار به، كما خصصت غيره من اخبار الصور المتقدمه، و به تظهر قوه القول المذكور.

حجه القول الثاني - و جوه ملتقطه من تضاعيف عبارات أصحاب هذا القول عموم قوله تعالى (١) «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» و ليس الرجوع تجاره، و لا عن تراض، و هذا مما استدل به في المختلف على ما اختاره من هذا القول.

الثاني - عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢) خرج منه ما دل الدليل على جوازه، فيبقى الباقي على أصله.

الثالث -

روايه إبراهيم بن عبد الحميد (٣) عن الصادق عليه السلام قال:

«أنت بالخيار في الهبه ما دامت في يدك، فإذا خرجت الى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها» و قال: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم): «من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه». خرج من ذلك ما أخرجه الدليل، و بقى الباقي على أصله، و هذا الوجه مما استدل به في المختلف أيضا.

ص: ٣٣٦

١-١ (١) سورة النساء - الايه ٢٩.

٢-٢ (٢) سورة المائد - الايه ١.

٣-٣ (٣) التهذيب ج ٩ ص ١٥٨ ح ٦٥٣، الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٣ ح ٤.

الرابع-جواز الرجوع يقتضى تسلط الواهب على ملك المتهب،و هو خلاف الأصل

لقوله(صلى الله عليه و آله و سلم) (١)

«الناس مسلطون على أموالهم».

فيقتصر فيه على موضع الدليل.

الخامس-قال الشيخ و روى الأصحاب أن المتهب متى تصرف فى الهبه فلا رجوع فيها،و هو يدل على وجود روايات بذلك.

السادس-أن المتهب قد ملك بالعقد و الإقباض،فظهر أثر المتهب بالتصرف،فقوى وجود السبب فكان تاما،و إلا لم يتحقق أثره،فلا يتحقق النقل إلا بسبب طار،و الرجوع ليس سببا هنا،و إلا لكان سببا فى غيره،و هذا الوجه مما ذكره فى المختلف،و هو أول أدلته.

السابع-أن جواز الرجوع يقتضى الضرر و الإضرار بالمتهب على تقدير بنائه و غرسه و طول مدته،و هما منفيان شرعا.

الثامن-ان الموهوب قد صار ملكا للمتهب بعقد الهبه فلا يعود الى ملك الواهب إلا بعقد جديد أو ما هو فى حكمه.

التاسع-أنه إجماع،لأن المخالف معروف بالاسم و النسب فلا يقدر.

العاشر-اخبار القىء،و هى متعدده،هذه جمله أدلتهم على القول الثانى، و سنبين ان شاء الله تعالى ما فيها من القصور،لكن قبل الشروع فى ذلك لا بد من تمهيد كلام فى المقام يكون كالوجه الجهلى لرد ما ذكره هؤلاء الأعلام،ثم نعطف الكلام على بيان ما فى هذه الوجوه السقام،فنقول قد عرفت مما ذكرناه فى صدر هذا الموضوع ان المشهور فى كلامهم من غير خلاف يعرف،بل ادعى عليه الإجماع،أنه يجوز الرجوع بعد القبض إلا فى مواضع مخصوصه،و قد دلت جمله من الأخبار الصحاح الصراح على ذلك،و أما ما عارضها من الأخبار الداله على العدم فمع قصورها عن المعارضه لتلك الأخبار،فإنه لا قائل بها من الأصحاب،

ص: ٣٣٧



و حملوها على الكراهه المغلظه جمعا بين الأخبار و حينئذ فالواجب هو الوقوف على هذه الأخبار المذكوره الصحيحه الصريحه المعتضده بعمل الأصحاب و اتفاقهم على القول بها حتى يقوم دليل على ما يوجب الخروج عن إطلاقها و عمومها.

نعم قام الدليل بالنسبه إلى الصور التي قدمناها، فذيلناه بالأخبار الداله على ذلك فوجب استثنائها، و اما فيما نحن فيه فليس إلا هذه الوجوه التي لفقوها، و هي أوهن من بيت العنكبوت، و انها لأوهن البيوت.

أما الأول ففيه أن الرجوع ليس أكل مال بالباطل، لأننا إنما جوزنا الرجوع بتلك الأخبار الصحيحه الصريحه في جواز الرجوع بعد القبض، فإنها صحيحه صريحه في الرجوع.

نعم قام الدليل من خارج على عدم جواز الرجوع في بعض الموارد، فخصصنا به تلك الأخبار، فبقيت فيما عداه على إطلاقها، بل أكل المال بالباطل إنما يلزم القائل باللزوم، و عدم جواز الرجوع، فإنه متى دلت الأخبار على جواز الرجوع و يرجع الواهب، و لم يدفع إليه بناء على دعوى لزوم الهبه بالتصرف، فان اللازم من ذلك أكل المتهب لها بالباطل، لمخالفته مقتضى النصوص المذكوره الداله على استحقاق الواهب لها بعد رجوعه منها.

و أما الثاني ففيه أن العقود منها الصحيح، و منها الفاسد، و منها الجائر و منها اللازم، و قد حققنا سابقا أنه لا يجوز العمل بالآيه على ظاهرها لما عرفت، بل الواجب حملها على العقود اللازمه، و ما نحن فيه ليس بلازم، لدلاله النصوص الصحيحه و اتفاقهم على جواز الرجوع بعد القبض أعم من أن يكون قد تصرف أو لم يتصرف و دعوى كون العقد لازما هنا بالتصرف مصادره، لأنه عين المتنازع.

و أما الثالث فمع قطع النظر عن ضعف السند الذي يوجب طرحه باصطلاحهم فضلا عن أن يصلح للمعارضه، فإنك قد عرفت أن هذا الخبر و ما في معناه من الأخبار الداله على عدم الرجوع بعد القبض قد حملها الأصحاب على الكراهه،

تفاديا من طرحها، حيث انه لا قائل بها، فكيف يستدلون بها هنا، وهم انما يدعون اللزوم هنا من حيث التصرف، و الروايه و ما فى معناها إنما دلت على اللزوم و عدم جواز الرجوع بمجرد القبض، و ليس فيها تعرض للتصرف بوجه، فما تدل عليه الروايه لا يقولون به، و ما يقولون لا تدل عليه فكيف يتم الاستدلال بها و الحال كما ترى.

و أما الرابع ففيه أن جواز الرجوع مما اقتضته الصحاح المتقدم ذكرها و المتهم انما ملكه ملكا مترلزلا مراعى بعدم الفسخ من الواهب، فان مجرد القبض لا يقتضى لزوم الهبه، كما عرفت، بل هى جائزه لا تلزم إلا بأحد الأسباب الموجهه للزومها، و ليس هذا منها، و دعوى ان التصرف من جملتها مصادره، و متى فسخ الواهب و رجع فإنما رجع فى ماله، و تسلط على ماله، لا مال المتهم، و حينئذ فالاستدلال بالخبر عليهم، لا لهم.

و اما الخامس ففيه أن الاستدلال بمجرد هذا الكلام مجازفه محضه سيما على مذاقهم و اصطلاحهم، و مناقشتهم فى الأخبار المرويه فى الأصول، فكيف يعتمدون هنا على مجرد هذا الكلام، مع أن كتب الأخبار خاليه من ذلك و أصحاب هذا القول بعد الفحص و المناقشه فى تحصيل دليل لهم من الأخبار لم يعثروا، إلا- على روايه إبراهيم بن عبد الحميد المذكوره، و أوردوا و استدلوا بها، و قد عرفت ما فيها سندا و دلاله.

و أما السادس و هو أقوى أدلته فى المختلف، و لهذا قدمه و بالغ فى الذب عنه، ففيه ما ذكره فى المسالك من أنه ان أراد بالملك بعد العقد و الإقباض هو الملك على جهه اللزوم، فهو عين النزاع و محل البحث، و هل هو إلا مصادره، و ان أراد تحقق الملك المطلق أعم من اللزوم و الجائز و ترتب أثر هذا المطلق فهو غير نافع لأن العقد الجائز لا- يرفع جوازه التصرف فيه على هذا الوجه، كما يظهر ذلك فى تصرف أحد المتبايعين مع وجود الخيار للآخر، و كما فى التصرف غير المغير للعين

و لا الناقل للملك فى الهبه عند بعض الأصحاب، و حينئذ فالظاهر من أثر الملك إنما هو أثر الملك اللازم الحاصل و هو الحائز رفعه على ما يدعيه الخصم، و دلت عليه الأخبار الصحيحه، و ذلك لا- يوجب قوه السبب و لا تماميته، و لا ينافى كونه سببا، و دعوى كون الرجوع ليس سببا هنا عين المتنازع، فان الخصم يجعله سببا تاما فى رفع ملك المتهب، و إثبات ملك الواهب بواسطه جواز العقد الذى قد استفيد من النصوص، انتهى، و هو جيد رشيق.

و أما السابع فضعفه أظهر من أن يخفى، إذ لا خلاف كما عرفت و لا إشكال فى كون العقد بعد القبض جائزا متزلزلا، للواهب فسخه و الرجوع فيما وهبه متى أراد، كما دلت عليه الأخبار الصحيحه المعتضده بفتوى الأصحاب و اتفاهم، و حينئذ فتصرف المتهب على هذا الوجه اقدام منه على الضرر، و رضا به، لتصرفه فى ملك غير مستقر و لا لازم، فادخاله الضرر على نفسه لا يكون حجه على غيره، و لا يدخل تحت خبر الضرار، كما هو ظاهر لذوى الأبصار و الأفكار.

و أما الثامن فهو كسابقه فى الضعف، لما تقدم فى جواب الوجه السادس، و هو أنه ان أراد بالملك هو الملك اللازم فهو أول المسئله و محل البحث، و ان أراد الأعم لم ينفعه، و لم يضر الخصم، و أما قوله فلا يعود الى ملك الواهب إلا بعقد جديد و ما فى حكمه، ففيه بعد الإغماض عن المناقشه فيه بأن ذلك إنما هو فى الملك اللازم الذى ليس لصاحبه الرجوع فيه، على أنا نقول ان الفسخ هنا فى حكم العقد، حيث انه ناقل للملك من المتهب الى الواهب، كما هو ظاهر.

و أما التاسع فهو أشد ضعفا من هذه الوجوه المذكوره، و كيف يدعى الإجماع فى موضع هذا الخلاف المنتشر بين عظماء الطائفه، و المعركه العظمى و المناقشات الزائده كما عرفت، و ستعرف، و نحن فى شك و اشكال من حجه الإجماع فى موضع لم يظهر فيه الخلاف، فكيف بهذا الموضع الذى قد عرفت اتساع دائره الخلاف فيه، و ما هذه الدعوى عند ذوى الإنصاف إلا من قبيل الهديانات

و التخيالات الموجبه لارتكاب جاده الاعتساب.

و أما العاشر فان فيه أن ما دل عليه ظاهر هذه الأخبار من تحريم الرجوع فى الهبه و أنه كالرجوع فى القىء الذى لا خلاف فى تحريمه لا- قائل به على إطلاقه مع دلالة الأخبار الصحاح الصراح المتقدم ذكرها على جواز الرجوع فى الهبه بعد القبض، ما لم يعرض لها ما يوجب لزومها فى تلك الصور المتقدمه.

و حينئذ فالواجب إما حمل هذه الأخبار على الكراهه المؤكده كما ذكره الأصحاب، أو العمل بظاهرها و تخصيصها بالصوره التى تلزم فيها الهبه، و يحرم الرجوع بها، و أما العمل بظاهرها فهو غير مستقيم كما هو ظاهر لذوى الفهم القويم.

حجه القول بالتفصيل:- بأنه ان كان التصرف موجبا لخروجها عن ملكه، أو مغيرا للصوره كقصاره الثوب و طحن الحنطه و نجر الخشب و كذا الوطى فهى لازمه، و ان لم يكن كذلك كركوب الدابه و لبس الثوب و سكنى الدار فهى جائزه يجوز الرجوع فيها- الخبر الأول (1) الدال على أنه إذا كانت الهبه قائمه بعينها فله أن يرجع فيها، و إلا فليس له الرجوع، و التقريب فيه أنه مع تغير العين بطحن الحنطه و تقطيع الثوب و نجر الخشب و نحو ذلك، لا يصدق بقاء العين لأن المتبادر منه بقاؤها على حالها و أوصافها التى قبضها المتهب عليها، لا أصل الذات و مع خروجها عن ملكه لا يصدق بقاؤها عرفا، لأن ذلك منزل منزله التلف، فضلا عن أصل الخروج عن الوصف، و على هذا فتكون هذه الروايه مخصصه أو مقيده لتلك الأخبار الصحاح المقدم ذكرها، كما قيدوها بتلك الصور المتقدمه و اعترض على ذلك فى المسالك بأن الخبر المذكور لا يخلو من الإشكال فى السند و الدلاله، أما السند فلعدم كونها من الصحيح ممن يعتبر عداله الراوى بالمعنى المشهور، يشكل عليه العمل بها.

و أما الدلاله فتظهر فى صوره نقلها عن الملك مع قيام عينها بحالها، فان اقامه

ص: ٣٤١

(١-١) ص ٣٠٠.

النقل مقام تغير العين أو زوالها لا- يخلو من تحكم أو تكلف، بل قد يدعى قيام العين ببقاء الذات مع تغير كثير من الأوصاف، فضلا عن تغيير يسير، قال: و أيضا فأصحاب هذا القول ألحقوا الوطى مطلقا بالتغيير، مع صدق بقاء العين بحالها، اللهم الا أن يدعى فى الوطى عدم بقاء عينه عرفا و ليس بواضح، أو يخص بما لو صارت أم ولد، فإنها ينزل منزله التالفه من حيث امتناع نقلها عن ملك الواطئ و على كل حال فتقييد تلك الأخبار الكثيره الصحيحه الواضحه الدلاله بمثل هذا الخبر الواحد البعيد الدلاله فى كثير من مدعيات تفصيله لا يخلو من اشكال، الا أنه أقرب من القول المشهور باللزوم مطلقا، انتهى.

أقول- و بالله التوفيق الى سواء الطريق:- انه لا يخفى أن الطعن فى الخبر المذكور بالسند غير مرضى و لا معتمد، و لو على تقدير هذا الاصطلاح المحدث، فإن جمله منهم قد عدوه فى الصحيح، حيث ان حسنه انما هو بإبراهيم بن هاشم الذى قد تلقوا أحاديثه بالقبول، و ان عدوه فى الحسن، فالمناقشه فى السند ضعيفه واهيه.

و أما فى المتن فالتحقيق أن يقال: ان الخبر المذكور و ان لم ينهض بالدلاله على ما ذكره القائل بالتفصيل فى جميع ما أورده، و ادعى اللزوم بسببه، الا انه ظاهر فى البعض، لانه من جمله ما عدّه من التصرف الموجب للزوم تقطيع الثوب، و نجر الخشب، و طحن الحنطه، و من الظاهر أن التصرف بهذه الأنحاء و نحوها لا يصدق معها قيام الهبه بعينها، لما عرفت آنفا، ففى هذه الحال لا يبعد القول باللزوم، و إلحاق ذلك بالتلف، و أما بالنسبه إلى نقلها عن الملك، فالظاهر صدق قيامها بعينها، كما اختاره شيخنا المتقدم ذكره، فله حينئذ الرجوع فيها، و ظاهره فى الدروس الحاقه بالتلف فى اللزوم، و مثل ذلك الوطى أيضا ان أرادوا به مطلق الوطى، و ان خصوه بالاستيلاء فإشكال، لصدق بقاء العين الموجب للرجوع، و حصول الاستيلاء المانع من النقل من ملك الواطئ.

و بالجمله فالذى يظهر لى من الخبر المذكور هو إلحاق التصرف الموجب لزوال الصورة على النحو المتقدم بالتلف، و أما ما عداه فلا، إلا فى الاستيلاد، فإنه محل توقف، و على تقدير القول باللزوم بالتصرف الناقل للملك، ففى تنزيل موت المتهب و انتقال الهبه إلى الورثه منزله التصرف الناقل قولان: أحدهما - العدم، فيجوز الرجوع، لأن هذا الانتقال لم يحصل بتصرفه و نقله، و التصرف الذى هو الموجب للزوم عندهم غير حاصل، فيبقى كغيره على الجواز الموجب لجواز الرجوع، لدخوله تحت الأدله المجوزه للرجوع.

و قيل: إنه منزل منزله، لأن انتقاله عنه بالموت بفعل الله تعالى أقوى من نقله بفعل المتهب، و هو خير الشهد فى الدروس، و شرح الإرشاد، و قواه فى الروضه.

و أنت خير بأن مستند هذا القول أعنى بالتفصيل انما هو الخير المتقدم كما عرفت، و هو قد تضمن جواز الرجوع إذا كانت الهبه قائمه بعينها، و إلا - فلا - و هو أعم من أن يكون عدم قيامها بعينها الموجب لعدم الرجوع مستندا الى فعل الله سبحانه، أو فعل المتهب.

لكن يبقى الإشكال فى أنه هل يصدق عدم قيامها بعينها على صورته الانتقال، أم لا؟ و قد عرفت مما قدمنا نقله عن المسالك منع ذلك، حيث نسبه الى التحكم و هو القول بغير دليل، أو التكلف، فيجوز الرجوع لصدق قيامها بعينها، و كلامه فى الروضه ظاهر فى موافقته للشهد، فما اختاره مؤذن بصدق ذلك، و أنه مع الانتقال يصدق عدم قيامها بعينها، و هو خلاف ما ذكره فى المسالك، كما لا - يخفى اللهم إلا - ان يكون كلامه فى الروضه مبنيًا على المماشاه و التنزيل، بناء على القول بذلك، بمعنى أنا لو قلنا: بأن نقل المتهب الهبه إلى غيره موجب للزوم، فهل يكون موت المتهب الموجب لنقل (الله سبحانه) لها كذلك أم لا؟ و حينئذ فيندفع عنه الإيراد، و الله العالم.

إشارة

و فيه مسائل

[المسألة] الأولى: إذا وهب و قبض ثم باع الهبة من آخر

إشارة

فان كانت لازمه كما في الصورة المتقدمة، فإن المبيع غير منعقد و لا صحيح، لكونه تصرفاً في ملك الغير بغير إذنه، إلا أن يكون من باب البيع الفضولي على القول به، فيتوقف على اجازته المتهب ان قلنا بصحته، و إلا فلا، و ان كانت الهبة جائزه يجوز الرجوع فيها، فهل يصح و يقوم مقام الرجوع فيها، فيكون بيعاً و رجوعاً أم لا؟ بل لا بد من الرجوع أولاً ثم البيع، قولان. نقل ثانيهما عن الشيخ (رحمه الله عليه) في المبسوط، و هو اختيار المحقق في الشرائع، و بالأول صرح العلامة في الإرشاد و القواعد.

احتج القائل بالعدم بأن الهبة قد انتقلت الى ملك المتهب بالعقد، و ان كان انتقالاً متزلزلاً قابلاً للزوال بالفسخ، فيعيه قبل الفسخ وقع في ملك الغير، لأنه باع ما لا يملكه.

احتج القائل بالصحة بأن الأصل صحة البيع، و هو متضمن للرجوع، و المسئلة خاليه من النص، إلا أن الأقرب بالنسبة إلى تعليلاتهم هو القول بالصحة و قول ذلك القائل أنه لا بد من الفسخ أولاً و إلا لكان بيعاً لما لا يملكه مردود، بأنه لا ريب أن اراده البيع و قصده قبل وقوع العقد ظاهر في إرادته الفسخ و يكون وقوع العقد كاشفاً عن ذلك القصد، فهو بيع بالنظر الى كشفه عن القصد و الإراده المتقدمين على العقد، فيكون بيعاً متضمناً للفسخ، و أى مانع من ذلك، و الى هذا القول مال في المسالك، و هو من حيث الاعتبار قوى، و ان كان من حيث عدم وجود النص في المسئلة لا يخلو من توقف، و لو كانت الهبة فاسده صح البيع إجماعاً، كما ادعاه في القواعد، و هو مما لا اشكال فيه مع علمه بالفساد.

أما مع جهله و كون العقد عنده على الظاهر الصحة و ان كان في نفس

الأمر فاسداً وإشكالاً، ووجه الصحة في الجميع على ما قالوا هو كونه عقداً من مالِك جائز التصرف، فيكون صحيحاً.

ووجه العدم على تقدير جهله بالفساد أنه لم يقصد نقله عن ملكه لبنائه من حيث جهله بالفساد على أنه ملك لغيره فيكون إنما باع ملك غيره، والعقود تابعة للقصد، فلا يكون العقد معلوم الصحة، وأجيب عنه بأن إيقاع العقد باللفظ الصريح كاف في الدلالة على القصد إليه شرعاً، كما في نظائره من العقود، إذ لا يشترط في صحته العلم بكونه قاصداً إلى ذلك اللفظ، حيث يكون شرعياً بل يحمل إطلاق لفظه - حيث يتجرد عن قرائن عدم القصد - على كونه قاصداً.

أقول: والظاهر عندى أنه لا ضروره الى هذه التكاليف المذكوره، والتعليقات المسطوره، بل الأقرب أن يجعل الكلام هنا على تقدير الجهل بفساد الهبه، وانها بحسب الظاهر صحيحه كالكلام في سائر هذه المسئله و هو صحه الهبه، ولا فرق بينهما إلا بأن الهبه في الأولى صحيحه ظاهراً و واقعا، وفي الثانيه صحيحه ظاهراً لا واقعا، و حينئذ فإذا كان الكلام هنا كالكلام ثمه، وقد عرفت ثمه أن الأقرب هو الحكم بصحة البيع، و كونه يباع صحيحاً، فأولى بالصحة هنا، حيث انه لا إشكال في صحة البيع مع العلم بالفساد و مع الجهل بالفساد، حتى حكمنا بصحة البيع بناء على صحة الهبه ظاهراً، و ان كانت فاسده واقعا تتأكد الصحة بظهور الفساد، لما عرفت من أنه لا إشكال في الصحة مع العلم به فاليق صحيح على التقديرين.

#### تتميم [في صحة البيع مع الجهل بفساده]

حيث انهم قد صرحوا بصحة البيع فيما لو كانت الهبه فاسده في الواقع، و نفس الأمر، و ان كانت صحيحه في الظاهر على ما تقدم من الإشكال في بعض الصور، لما ذكره من التعليقات التي أشرنا إلى بعضها، صرحوا بأن من قبيل ذلك ما لو باع مال مورثه، و هو يعتقد بقاءه بمعنى أنه يحكم بصحة البيع على تقدير ظهور



موت المورث حاله البيع، فإن البائع باع ما هو ملكه لحصول الشرط المعتبر في لزوم، و صدور البيع من مالك أمره، و وجه البطلان في الموضوعين اتحاد المسئلتين، في أنه باع مال غيره بحسب الظاهر، فيصير باطلا، و القائل بالصحة هنا نظر الى وقوع البيع على ملكه واقعا، حيث انه وقت البيع قد انتقل إليه بالإرث، و ان كان بحسب الظاهر أنه مال غيره، لعدم علمه بالوفاء و الانتقال إليه، و اعترض ذلك في المسالك بناء على ما اعترض به في تلك المسئلة مما قدمنا الإشارة إليه، فقال هنا أيضا: و يشكل بما مر من عدم قصده الى البيع اللازم، بل انما قصد بيع غيره، و أقدم على عقد الفضولي، فينبغي أن يعتبر رضاه به مع ظهور الحال خصوصا مع ادعاء عدم القصد الى البيع على تقدير كونه ملكه، و لعل هذا أقوى لدلاله القرائن عليه، فلا أقل من جعله احتمالا مساويا للقصد الى البيع مطلقا، فلا يبقى وثوق بالقصد المعتبر في لزوم البيع، إلا أن يقال: ان المعتبر هو القصد الى بيع لازم و توقفه على اجازة المالك أمر آخر، و الى مثل هذا نظر المصنف و جزم بصحة البيع، و مثله ما لو باع مال غيره فظهر شراء و كيله له، انتهى.

أقول: لا يخفى أن من باع مال غيره بغير اذنه و منه بيع هذا الوارث مال مورثه بناء على حياته فإنه لا يخلو من أن يكون غاصبا أو فضوليا، و على تقدير القول بصحة بيع الفضولي، فإنه عندهم موقوف في لزومه على اجازة المالك، و ان عدمها يبطل، و الاجازة هنا غير ممكنة لظهور موته وقت البيع كما هو المفروض، فيؤول الأمر إلى البطلان على كل من التقديرين، هذا مع تسليم صحة البيع الفضولي و إلا فقد عرفت أن الحق فيه أنه باطل كما مضى تحقيقه في كتاب البيع بما لا مزيد عليه (1) و حينئذ فيبنى الأمر في ذلك على أن التصرف الذي يكون بحسب الواقع شرعيا و ان لم يكن بحسب الظاهر كذلك، هل يترتب عليه ما يترتب على الشرعى ظاهرا و واقعا أم لا؟ و بعبارة أخرى موافقه الواقع و ان لم يتعلق به

ص: ٣٤٦

قصد و لا اراده، بل ربما تعلق القصد و الإراده بغيره، هل يكون كافيا في الصحه أم لا؟ الظاهر من تتبع النصوص ذلك، سواء كان في العبادات أو المعاملات، و منه ما ذكره من مثال من باع مال غيره فظهر شراء و كيله له، بمعنى أنه ظهر أن بيعه قد صادف الصحه بحسب الواقع، و ان كان بحسب الظاهر غير صحيح، فإنه لا إشكال في صحته، و لهذا الباب في العبادات- التي لا ريب في أن الأمر فيها من المعاملات أشكل و أصعب- أمثله كثيره، و ناقش بعض فضلاء متأخرى المتأخرين في الاكتفاء بموافقه الواقع اتفاقا إذا لم يكن مقصودا، و قد تقدم الكلام معه في كتاب الصلاه في مسئله من صلى في غير الوقت جاهلا (1) و لو تم ما توهمه من أن الاتفاق الخارج لا مدخل له في الأحكام الشرعيه على الإطلاق كما زعمه، لما أجزى الصوم آخر يوم من شعبان عن شهر رمضان متى ظهر كونه منه بعد ذلك، و يسقط القضاء عمق أفطر يوما من شهر رمضان لعدم الرؤيه في البلاد المتقاربه أو مطلقا على الخلاف في ذلك، و يوجب الحد على من زنى بامرأه ثم ظهر كونها زوجته، و يصح شراء من اشترى شيئا من يد أحد المسلمين ثم ظهر كونه غصبا، و يوجب القضاء و الكفاره على من أفطر يوما من شهر رمضان في الظاهر ثم ظهر كونه من شوال، و يوجب القود أو الدية على من قتل شخصا عدوانا بحسب الظاهر، ثم ظهر كونه ممن له قتله قودا، و يوجب العوض على من غصب مالا و تصرف فيه ثم ظهر كونه له، الى غير ذلك من المواضع التي يقف عليها المتتبع، و اللازم أن يكون كلها باطله اتفاقا، و ليس ذلك إلا من حيث الاكتفاء بمطابقه الواقع و ان لم يكن مقصودا، و ما نحن فيه من قبيل ذلك، و بذلك يظهر لك أن ما أطال به الكلام شيخنا المتقدم ذكره في المسالك بالنسبه إلى القصد في البيع و عدمه، كله تطويل بغير طائل، و الحق في المقام هو ما حققناه.

ثم ما ادعاه في القواعد من الإجماع على صحه البيع لو كانت الهبه فاسده كما

ص: ٣٤٧

١- ١) ج ٦ ص ٢٨٧.

قدمنا نقله عنه قد اعترضه في المسالك، فقال: و اعلم أن العلامة في القواعد ادعى الإجماع على صحة البيع بتقدير ظهور فساد الهبة، و عطف عليه حكم ما لو باع مال مورثه، و الإجماع ممنوع، مع أنه في كتاب البيع من الكتاب المذكور نقل الخلاف فيمن باع مال مورثه فبان موته، و ان استوجه الصحة، انتهى.

أقول: من الجائز الممكن حصول الإجماع في مسئلة بيع ما ظهر فساد هبته مع الخلاف في المسئلة المعطوفه عليها، بأن يكون عطفه عليها بناء على ما يختاره فيها، لا بمعنى أنها مجمع عليها مثل الأولى، و المسئلة الأولى لم يظهر فيها منازع سواه (قدس سره) فيما أعلم، و هو لا ينافي دعوى الإجماع قبله، فإنه مع مناقشته بما قدمنا ذكره عنه لم يذكر مخالفا سواه، و لم يشر الى خلاف في المسئلة بالكلية كما هي عادته غالبا.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنهم قد ألحقوا بالمسئلة المتقدمه فرعا آخر أيضا، و هو أنه لو أوصى برقبه معتقه و ظهر فساد العتق، فإن الوصيه تكون صحيحه، لمصادفتها للملك بحسب الواقع من حيث فساد العتق، و ان كانت باطله بالنظر الى الظاهر من حيث العتق الموجب للخروج عن الملك، فالوصيه لم تصادف الملك بحسب الظاهر، فتبطل، إلا أنه لما كان المدار انما هو على مصادفه الواقع، و الحال أنه لا عتق في الواقع كانت صحيحه.

قال في المسالك بعد ذكر نحو ما ذكرناه من الحكم بالصحة و بيان الوجه في ذلك: و يشكل بما مر، و يزيد هنا أنه على تقدير كونه معتقا ظاهرا و لم يتبين له حال الوصيه فساد العتق أنه لا يكون قاصدا إلى الوصيه الشرعيه، بل بمنزله الهاذل و العابث بالنظر الى ظاهر حاله، فلا ينفعه ظهور ملكه بعد ذلك في نفس الأمر، بخلاف من باع غيره فإنه قاصد إلى بيع صحيح شرعي، غايته أنه جائز من قبل المالك، لكنه لازم من قبل المشتري فهو عقد شرعي مقصود اليه، و ان لم يقصد الي لزومه مطلقا، بخلاف الوصيه بالعتق ظاهرا، فإنها بحسب الظاهر باطله

و لا يتوجه قصده الى وصيه شرعيه أصلا، لعدم علمه بها، فالقول هنا بتوقفها على تجديد لفظ يدل على إمضاءها متعين، و هو فى الحقيقه فى قوه وصيه جديده، إذ لا تنحصر فى لفظ مخصوص، بل كل لفظ يدل عليها كما سيأتى كاف و هذا منه، انتهى.

أقول: لا- ريب انه بالنظر الى الظاهر فالأمر كما ذكره من أنه بحسب الظاهر حيث لم يتبين له فساد العتق، ثم لو وصى و الحال هذه، فإنه فى معنى الهاذل أو العايب، و لكن بالنظر الى الواقع حيث ان العتق فاسد فى نفس الأمر و انه مالك فإنه لا مانع من الصحه، لما قدمنا ذكره من أن مطابقه الواقع و ان لم يتعلق به قصد بل ربما تعلق القصد بغيره كما عرفت من الأمثله المتقدمه كاف فى الصحه.

و ما ذكره فى الفرق بين بيع المذكور فى الصوره الأولى و الوصيه من أنه فى البيع قاصد الى بيع صحيح الى آخره، ففيه أن جميع ما وصفه به و نوه به، كله مراعى بإجازة المالك، و أنه مع عدمها يكون العقد باطلا بلا خلاف، و العقد المزبور قد وقع بعد موت المالك واقعا كما تقدم، فالإجازة فيه متعذرته، فتحتم أن يكون باطلا، نعم لما اتفق واقعا كونه ملكا للبائع صح العقد بالنظر الى ذلك.

و بالجملة فإن هذا العقد بالنظر الى ظاهر الأمر و تصرف الوارث فى مال مورثه بالبيع بناء على حياته قد ظهر كونه باطلا بعدم لحوق الإجازة له، لكن لما اتفق انتقال ذلك الى الوارث واقعا و صار ملكا له و ان لم يعلم به فقد صادف العقد ما يوجب صحته، و ان كان غير مقصود بل المقصود غيره كما عرفت فى الصور المتقدمه، و بعين هذا يقال فى الوصيه: فإنه لما أوصى بشيء لا- يملكه ظاهرا، فإنها بحسب الظاهر باطله لكن لما صادف فى الواقع ما يوجب الصحه، و هو ملكه للعبد لبطان العتق حكم بصحتها بالتقريب المتقدم فى أمثالها.

و بالجملة فالظاهر هو القول المشهور، و مناقشاته (قدس سره) فى جميع هذه المواضع لا تخلو من القصور، و الله العالم.

## المسئله الثانيه [حكم ما لو تراخى القبض عن العقد ثم أقبض]:

قد صرحوا بأنه إذا تراخى القبض عن العقد ثم أقبض حكم بانتقال الملك من حين القبض لا من حين العقد، وليس كذلك الوصيه، فإنه يحكم بانتقالها بالموت مع القبول، و ان تأخر القبض.

أقول: قد تقدم ذكر الخلاف سابقا فى أن القبض هل هو شرط فى اللزوم أو الصحه، و أن المشهور بين المتأخرين هو الثانى، و الظاهر أن هذا الكلام مبنى على هذا القول، فان مقتضاه أن الملك لا- يحصل إلا- بعد القبض، لكون العقد قبل القبض غير صحيح، فلا يوجب الملك و أما على مذهب من قال: انه شرط فى اللزوم فان العقد قبل القبض عنده صحيح ناقل للملك، إلا أنه لا يلزم إلا بالقبض، إلا أن هذا القول كما تقدم ذكره، لا يخلو من الاشكال لما عرفت ثمه.

و بالجملة على تقدير القول بشرطيته فى الصحه، إنما يحصل الانتقال الى ملك المتهب بالقبض، فيكون القبض ناقلا للملك لا كاشفا عن انتقاله بالعقد، كما هو مقتضى القول باللزوم، و تظهر الفائده فى مواضع، منها النماء المتخلل بين العقد و القبض، و أما الوصيه فإنها تنتقل الى الموصى إليه بالقبول، و موت الموصى و لا يشترط فيها القبض كما سيأتى تحقيقه فى محله ان شاء الله تعالى، و هذا هو الموافق لقواعد العقود، إلا أن الهبه خرجت عندهم بدليل خاص كما تقدم.

هذا و المفهوم من كلام بعضهم هو جواز تراخى القبض عن العقد، و الوجه فيه أصاله عدم الفوريه لعدم الدليل عليها، و فى القواعد استشكل فى صورته تراخيه.

قال فى المسالك: و الاشكال مبنى على القول بأن القبض شرط لصحه الهبه، لا للزومها، فيكون جزء من السبب المصحح لها كالقبول، و اعتبرت فوريتها كما اعتبرت فوريه القبول، و فيه أن الجزئيه لا تقتضى الفوريه أيضا، إذ لا امتناع فى تراخى بعض أجزاء السبب عن بعض، و اعتبار الفوريه فى القبول جاء من دليل من خارج عند من اعتبرها، نظرا منه الى أن جواب الإيجاب يعتبر فيه ما يعد معه

جواباً، ومع ذلك ففيه ما فيه كما لا يخفى، انتهى.

### المسئلة الثالثة [فى قبول قول منكر الإقباض و إن أقر بالهبة] :

لو أقر بالهبة و أنكر الإقباض كان القول قوله، لأنه منكر و الأصل عدم الإقباض، فإن ادعى عليه من أقر له بالهبة الإقباض، لزمته اليمين فى إنكاره الإقباض، و انما كانت اليمين لازمه له فى هذه الصورة دون الأولى، بل يقبل قوله هناك بغير يمين، لأن اليمين انما تكون لإنكار ما يدعيه المدعى، فإذا لم يدع عليه الإقباض لا- وجه للزوم اليمين عليه، و ان صدق أنه منكر قبل الدعوى المذكوره، إذ ليس كل منكر يلزمه اليمين على الإطلاق، بل لا بد من انضمام دعوى ما أنكره المنكر، و هو مما لا خلاف فيه، و لا شبهه يعتريه، و لو أقر بالهبة و التملك فقال: و هبته و ملكته و لكن أنكر القبض فالإشكال، ينشأ من بناء الكلام هنا على ما تقدم من الخلاف فى أن القبض هل شرط لصحة الهبة، فلا- يحصل الملك بدونه، أم شرط للزومها فيحصل بدونه، و ان كان ملكاً متزلزلاً يجوز رفعه بالفسخ، و بيان ذلك أن الهبة تحصل بمجرد الإيجاب و القبول. و القبض أمر خارج عن ماهيتها، و انما اعتبر فى صحتها أو لزومها، فأقراره بالهبة و قوله و هبته لا يدل على أزيد من وقوع وقوع الهبة بالإيجاب و القبول، و أما القبض فلا دلالة له عليه و قوله ثانياً و ملكته فان قلنا بأن القبض شرط فى الصحة فمقتضى هذا الإقرار أنه أقبضه، لأن الملك على هذا القول لا يحصل إلا- بالإقباض، فيحكم عليه بالإقباض حيث يقول و ملكته، فلا معنى لإنكاره الإقباض حينئذ، هذا ان كان المقر ممن يرى هذا القول اجتهاداً أو تقليداً، أو ان كان ممن يرى أن القبض شرط فى اللزوم، و أن الملك يحصل بغير القبض، فيجوز أن يكون إقراره إخباراً عن رأيه و معتقده، فلا يدل على الإقباض، و ذيل الكلام فى المقام واسع، من أراد الوقوف عليه فليرجع الى مطولات الأصحاب (رضوان الله عليهم) إلا- أنه لما كانت المسئلة خالية عن النصوص، فتطويل الكلام فيها بنحو هذه التعليقات تطويل بغير طائل و الله العالم.

## المسئله الرابعه [حكم ما لو رجع الواهب فى الهبه]

قالوا: إذا رجع الواهب فى الهبه حيث يجوز له الرجوع فان وجدها بحالها لم تتغير، فلا اشكال، و ان وجدها متغيره معيبه لم يرجع بالأرش لأنه حدث فى عين مملوكه للمتهب و قد سلطه مالكها على إتلافها مجاناً فلا يكون مضمونه عليه، سواء كان العيب بفعله أم لا، و ان وجدها زائده زياده متصله كالسمن و التعلم فهى للواهب، لأنها تابعه للعين، بل داخله فى مسماها أو جزء لها لغه و عرفاً، فالرجوع فى العين يستتبعها، و ان وجدها زائده زياده منفصله حسا و شرعا كالولد الناتج و اللبن المحلوب و الثمره المقطوعه و الكسب فهى للمتهب، لأنها نماء حدث فى ملكه، فيختص به و ان كانت الزيادة منفصله حسا كالحمل المتجدد بعد القبض، و اللبن كذلك قبل أن يحلب و الثمره قبل قطفها، فكذلك على المشهور، لعين ما تقدم.

قال ابن حمزه: له الرجوع فى الأم و الحمل المتجدد، بناء على انه كالجزم من الأم، و مثله الصوف و الشعر المنجز، و لو لم يبلغ أو ان جزه، فان الأشهر تبعيته للعين، هذا كله إذا كانت الزيادة قد حدثت بعد ملك المتهب للعين، و ذلك بعد العقد و القبض، و أما لو حدثت قبله فهى كالموجوده قبل الهبه، فيرجع فيها كما يرجع فى العين.

أقول، قد تقدم الكلام فى هذه المسئله.

السبق بسكون الباء مصدر سبق، و فى الصحاح مصدر سابق، قال فى المسالك:

و كلاهما صحيح، إلا- أن الثانى أوفى بالمطلوب هنا، لأن الواقع فى معاملته بين كون العمل بين اثنين فصاعداً فياب المفاعله به أولى، و السبق بالتحريك ما يبذل للسابق عوض سبقه، و يقال له الخطر بالخاء المعجمه و الطاء المهمله المفتوحين.

قال فى كتاب المصباح المنير: «و السبق بفتحين الخطر»، و هو ما يتراهن عليه المتسابقان، و سبقته بالتشديد، أخذت منه السبق، و سبقته أعطيته إياه، قال الأزهري:

و هذا من الأضداد، انتهى.

قالوا: و فائدته بعث النفس على الاستعداد للقتال و الهدايه لممارسه النضال، لكونه من أهم الفوائد الدينيه فى الجهاد للأعداء الذى هو معظم أركان الإسلام، و بهذه الفائده خرج عن اللهو و اللعب المنهى عنهما، و عن المعامله عليهما، و أنا أذكر أولاً ما وقفت عليه من الأخبار الوارده عنهم عليهم السلام فى هذا المقام ثم اشفعه بما ذكره علمائنا الأعلام (رفع الله تعالى درجاتهم فى دار المقام).



الأول- ما رواه

في الكافي عن طلحة بن زيد (١) عن أبي عبد الله عليه السلام

أن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أجرى الخيل التي أضمرت من الحفيا إلى مسجد بني زريق و سبقها من ثلاث نخلات فأعطى السابق عذقا و أعطى المصلى عذقا و أعطى الثالث عذقا». قوله عليه السلام «التي أضمرت» إضممار الخيل بعلفها القوت بعد السمن يقال:

ضمير البعير ضمورا- من باب قعد-: دق و قل لحمه، قيل- و الضمار بالكسر-:

الموضع الذي تضمير فيه الخيل، و يكون وقيا للأيام التي تضمير فيها، و تضمير الخيل أن يظاها عليها بالعلف حتى تسمن، ثم لا تعلق إلا القوت لتخف، و ذلك في مده أربعين يوما و هذه المده تسمى الضمار، و الموضع الذي تضمير فيه الخيل أيضا يسمى مضمار و قيل: هي أن تشد عليها سروجها و تجلل بالأجله حتى تعرق تحتها، فيذهب زهلهما و يشتد لحمها، و الحفيا بالحاء المهملة ثم الفاء يمد و يقصر، موضع بالمدينه على أميال، و بعضهم يقدم الياء على الفاء كذا في النهايه، و بنوا زريق بتقديم الزاء حتى من الأنصار، قوله «و سبقها من ثلاث نخلات» هو ما تقدم بفتحيتين، و هو الخطر الذي يقع الراهن عليه، و العذق بفتح العين المهملة و سكون الذال المعجمه النخله بحملها.

الثاني- ما رواه

في الكافي أيضا عن غياث بن إبراهيم (٢)

«عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عن علي بن الحسين عليه السلام أن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أجرى الخيل و جعل سبقها أواقى من فضه». و الأواقى بتشديد الياء و تخفيفها جمع أوقيه، و هي أربعون درهما، و يقال: أيضا لسبعه مثاقيل.

الثالث- ما رواه

في الفقيه مرسلا (٣) قال:

«قد سبق رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أسامه بن زيد و أجرى الخيل» فروى أن ناقيه النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) سبقته، فقال عليه السلام: انها بغت و قالت: فوقى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم)

ص: ٣٥٤

١- ١) الكافي ج ٥ ص ٤٨ ح ٥، الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٠ ح ١.

٢- ٢) الكافي ج ٥ ص ٤٩ ح ٧، الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٠ ح ٢.

٣-٣) الفقيه ج ٤ ص ٤٢ ح ١٣٧، الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٧ ح ٦.

و آله و سلم) و حق على الله أن لا يبغي شىء على شىء إلا أذله الله، و لو أن جبلا بغي على جبل لهد الله الباغي منهما».

الرابع- ما رواه

فى الكافى عن أبى بصير (١)

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال: ليس شىء تحضره الملائكة إلا الرهان و ملاعبه الرجل بأهله».

قيل المراد بالشىء الأمر المباح الذى فيه تفريح و لذه، و الرهان المسابقه على الخيل، و نحوها كما يدل عليه الخبر الآتى.

الخامس- ما رواه

فى الفقيه مرسلا (٢) قال: قال الصادق عليه السلام

ان الملائكة لتنفرد عن الرهان و تلعن صاحبه ما خلا الحافر و الخف و الريش و النصل فإنه يحضره الملائكة و قد سابق رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) أسامه بن زيد و أجرى الخيل.

السادس- ما رواه

فى التهذيب عن العلاء بن سيبه (٣) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهاده من لعب بالحمام؟ قال: لا بأس إذا لم يعرف بفسق».

ثم قال: و بهذا الاسناد قال: سمعته يقول:

لا بأس بشهاده الذى يلعب بالحمام، و لا بأس بشهاده صاحب السباق المراهن عليه، فان رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) قد أجرى الخيل و سابق، و كان يقول: ان الملائكة تحضر الرهان فى الخف و الحافر و الريش و ما عدا ذلك قمار حرام».

السابع- ما رواه

فى الفقيه عن العلاء بن سيبه (٤) قال:

«سألت أبى عبد الله عليه السلام عن شهاده من يلعب بالحمام؟ قال: لا بأس إذا كان لا يعرف بفسق، قلت: فان من قبلنا يقولون قال عمر: هو شيطان، فقال: سبحان الله أما علمت أن رسول الله

ص: ٣٥٥

- ٢-٢) الفقيه ج ٤ ص ٤٢ ح ١٣٦. وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٧ ح ٦ و ١.
- ٣-٣) التهذيب ج ٦ ص ٢٨٤ ح ٧٨٥.
- ٤-٤) الفقيه ج ٣ ص ٣٠ ح ٢٣. وهما في الوسائل ج ١٨ ص ٣٠٥ ح ٢ و ٣.

(صلى الله عليه وآله وسلم) قال: ان الملائكة لتنفّر عند الرهان، و تلعن صاحبه ما خلا الحافر و الخف و الريش و النصل فإنها تحضره، و قد سابق رسول الله أسامه بن زيد و أجرى الخيل».

الثامن- ما رواه

فى التهذيب عن عبد الله بن عبد الرحمن (١) عن ابى الحسن عليه السلام قال:

«قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): اركبوا و ارموا و ان ترموا أحب الى من أن تركبوا ثم قال: كل لهو المؤمن باطل، إلا ثلاثه: فى تأديبه الفرس، و رميه عن قوسه، و ملاعبته امرأته، فإنهن حق، إلا ان الله تعالى ليدخل بالسهم الواحد الثلاثه الجنة: عامل الخشبه، و المقوى به فى سبيل الله، و الرامى به فى سبيل الله».

التاسع- ما رواه

فى الكافى عن طلحه بن زيد (٢)

«عن أبى عبد الله عن آباءه عليهم السلام قال: الرمى سهم من سهام الإسلام».

العاشر- ما رواه فيه أيضا

عن حفص بن البخرى (٣) فى الحسن

«عن أبى عبد الله عليه السلام أنه كان يحضر الرمى و الرهانه».

الحادى عشر- ما رواه فيه أيضا

بهذا الاسناد (٤)

«عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال: لا- سبق إلا- فى الخف أو حافر أو نصل يعنى النضال». و المراد بالنضال بالضاد المعجمه المرماه، و السابق يحتمل أن يكون بالتسكين مصدرا فيفيد الخبر المنع من الرهان فى غير الثلاثه المذكوره، و يحتمل أن يكون بالتحريك بمعنى الخطر فيفيد الخبر المنع من الأخذ و الإعطاء فى غيرها، دون أصل المسابقه.

الثانى عشر- ما رواه

فى الكافى عن طلحه بن زيد (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«أغار المشركون على سرح المدينه فنادى فيها مناديا يا سوء صباحاه،

- ١-١) الكافي ج ٥ ص ٥٠، التهذيب ج ٦ ص ١٧٥ ح ٣٤٨. الوسائل ج ١٤ ص ٨٣ ح ٢.
- ٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٤٩ ح ١١. الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٨ الباب ٢ ح ٢.
- ٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٥٠ ح ١٥. الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٨ الباب ٢ ح ٤.
- ٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٥٠ ح ١٤. الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٨ ح ١.
- ٥-٥) الكافي ج ٥ ص ٥٠ ح ١٦. الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٦ ح ٢.

فسمعها رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) في الخيل فركب فرسه في طلب العدو و كان أول أصحابه لحقه أبو قتاده على فرس له، و كان تحت رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) سرج دفتاه ليف، ليس فيه أشر و لا بطر، فطلب العدو فلم يلق أحدا و تابعت الخيل، فقال: أبو قتاده يا رسول الله ان العدو قد انصرف، فإن رأيت أن نستبق؟ فقال: نعم فاستبقوا فخرج رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) سابقا، ثم أقبل عليهم فقال: أنا ابن العواتك من قريش، انه لهو الجواد البحر، يعني فرسه». و المراد بالسرح هو المال السائم، قوله (صلى الله عليه وآله وسلم) «أنا ابن العواتك» هو جمع عاتكه و هي المرأه المجرمه بالطيب، و كان هذا الاسم لثلاث نسوه من أمهاته (صلى الله عليه وآله وسلم) إحداهن عاتكه بنت هلال أم عبد مناف بن قصي، و الثانية عاتكه بنت مره بن هلال أم هاشم بن عبد مناف، و الثالثة عاتكه بنت الأوقص بن مره بن هلال أم وهب أبي آمنه أم النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) فالأولى من العواتك عمه الثانيه، و الثانيه عمه الثالثه، قيل: و بنوا سليم كانوا يفتحزون بهذه الولاده، و قيل العواتك في جدات النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) تسع ثلاث من بنى سليم، و هن المذكورات، و البواقي من غيرهم.

الثالث عشر- ما رواه

الحميري في قرب الاسناد عن الحسين بن علوان (١)

«عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) سابق بين الخيل و أعطى السوابق من عنده».

الرابع عشر- ما رواه

في الكتاب المذكور عن أبي البختری (٢)

«عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن الحسين عليهما السلام أن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أجرى الخيل و جعل لها سبع أواقى من فضه، و أن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) أجرى الإبل مقبله من تبوك فسبقت الغضباء و عليها أسامه، فجعل الناس يقولون:

ص: ٣٥٧

١- ١) قرب الاسناد ص ٤٢، الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٠ ح ٣.

٢- ٢) قرب الاسناد ص ٦٣، الوسائل ج ١٣ ص ٣٥١ ح ٤.

سبق رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم)، ورسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) يقول: سبق أسامه». هذا ما حضرني من الأخبار.

و الكلام فيما ذكره الأصحاب (رحمه الله عليهم) فهو يقع في موارد:

### [المورد] الأول [في لزوم عقد السبق و الرمايه و جوازه]:

لا خلاف بين أصحابنا (رضوان الله عليهم) وغيرهم في ثبوت المسابقه و المراماه و شرعيه الجعل عليها.

قال في التذكرة: جواز هذا العقد بالنص و الإجماع، و لا خلاف بين الأمة في جوازه، و ان اختلفوا في تفصيله، و في المسالك: لا خلاف بين جميع المسلمين في شرعيه هذا العقد، و فائدته من أهم الفوائد الدينيه، لما يحصل بها من غلبه العدو في جهاد أعداء الله تعالى الذي هو أعظم أركان الإسلام.

و انما الخلاف عندهم و عند غيرهم أيضا في لزوم هذا العقد و جوازه، فذهب جماعه منهم ابن إدريس بل الظاهر أنه أولهم و المحقق إلى الأول، و ذهب الشيخ و العلامة في المختلف و غيرهما إلى الثاني، و أنه من العقود الجائزه كالجعله، لا- اللازمه كالإجاره احتج الأولون بقوله (١) «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

و

«المؤمنون عند شروطهم» (٢).

أجاب في المختلف عن الآيه حيث اقتصر على الاستدلال لهم بها، بأننا نقول بالموجب فان الوفاء بالعقد هو العمل بمقتضاه، فان كان لازما كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل اللزوم، و ان كان جائزا كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل الجواز، قال: أيضا ليس المراد مطلق العقود، و إلا- لوجب الوفاء بالوديعة و العاريه و غيرهما من العقود الجائزه، و هو باطل بالإجماع، فلم يبق إلا العقود اللازمه، و البحث وقع فيه، انتهى.

و أما حديث المشروط فيمكن الجواب عنه بما تقدم في الجواب عن الآيه، من أنه أعم من اللزوم و عدمه، بمعنى أنه مأمور بالوفاء بالشرط، أعم من أن

ص: ٣٥٨

١- ١) سورة المائدة- الآيه ١.

٢- ٢) الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤.



يكون أمرا إيجابيا أو استحيابيا.

نعم يكون لازما إذا وقع في عقد لازم، وأورد على ما أوجب به في المختلف بأن الأمر بالعقود عام في جانب المأمور والمأمور به، فيشمل بعمومه سائر العقود ثم تخصيصه ببعضها، وإخراج العقود الجائزه، يبقى العموم حجه في الباقي، كما هو محقق في الأصول.

و أما قوله ان الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه من لزوم و جواز، فهو خلاف الظاهر منه، فان مقتضى الوفاء بالشىء التزامه و العمل بمقتضاه مطلقا، انتهى و هو جيد.

و هكذا يقال: بالنسبه إلى حديث الشرط فإن الأمر بالوفاء بالشرط يقتضى وجوب الوفاء، لأن الأصل في الأمر الوجوب، و اشتراكه من الوجوب و الاستحباب لا- يثمر نفعاً، فان العمل على ما يقتضيه الأصل حتى يقوم دليل على خلافه قال في المسالك و منشأ هذا الخلاف انها عقد يتضمن عوضا على عمل، و هو مشترك بين الإجاره و الجعالة ثم انها مشتمله على اشتراط العمل فى العوض، و كونه معلوما و هو من خواص الإجاره و على جواز إبهام العامل فى السبق، و على ما لا يعلم حصوله من العامل، و على جواز بذل الأ-جنبى، و هو من خواص الجعالة فوق الاختلاف بسبب ذلك، فعلى القول بأنها جعالة يلحقها أحكامها من الاكتفاء بالإيجاب تكون جائزه، و على القول بالإجاره يفتقر معه الى القبول و تكون لازمه، و يمكن أن يجعل عقدا برأسه، نظرا الى تخلف بعض خواصها عن كل من الأمرين على حديه، كما عرفت، و يقال حينئذ بلزومها لعموم الآيه، و هذا أجود، اللهم إلا أن يناقش فى أن الجعالة ليست عقدا فلا يتناول الآيه لها و لنظائرها، و يرجع الى أصاله عدم اللزوم حيث يقع الشك فى كون المسابقه عقدا أم لا؟ انتهى.

أقول: لا- يخفى على من راجع الأخبار التى قدمناها و هى أخبار المسئله التى وردت فيها و ليس غيرها فى الباب، أنه لا دلالة فى شىء منها على وقوع عقد

ولا- إيجاب ولا- قبول بالكليه، و غايه ما دلت جمله منها على أن رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) أجرى الخيل و سابق و أعطى السابق كذا و كذا، و المفهوم منه هو حل ما يؤخذ من المال على هذه المعامله و أما كونه على وجه اللزوم و الوجوب فلا- إلا إن يقال: بوجوب الوفاء بالشرط، و أن إعطاء المال لا يلزم أن يكون من المسبوق، فان الظاهر أن إعطاءه (صلى الله عليه و آله و سلم) ذلك ليس من حيث كونه مسبقاً، و انما هو متبرع منه، لمن حصل له مزيه السبق.

و ظاهر الأخبار المذكوره بل صريحها أن هذه معامله برأسها، و هى من قبيل الرهان، إلا أنه غير محظور كسائر أفراد الرهان، كما ينادى به الخبر الرابع و الخامس و السادس و السابع و العاشر (1) حيث سمي هذه المعامله فيها رهانا و أنه رهان حق جائز شرعاً، يحل ما أخذ عليه قال فى القاموس: و المراهنه و الرهان: المخاطره و المسابقه على الخيل، انتهى و هو ظاهر فى المراد.

و حينئذ فقد اتفقت الأخبار و كلام أهل اللغة على هذه التسميه، و تجعل معامله برأسها كما فى أفراد الرهان إلا أنها حق، و ما يؤخذ عليها حلال، و ما عداها باطل، و ما يؤخذ عليه حرام.

و أما الكلام فى لزوم ما يجعل خطراً فالظاهر ذلك، لما عرفت من وجوب الوفاء بالوعد و الوفاء بالشرط، هذا ما يفهم من الأخبار المذكوره، و ما أطالوا به فى هذا المقام من الاختلاف فى كونها اجاره فيتفرع عليها ما يتفرع على الإجاره أو جعله فكذلك، كله تطويل بغير طائل، و تحصيل لغير حاصل، كما لا يخفى على من لاحظ الأخبار المذكوره، و انما كلامهم هنا جرى على مجرى بحث العامه فى المسئله، و هذه التفريعات و الاختلافات كلها تبعاً لهم، كما عرفت فى غير مقام مما سبق، و من رجع الى الأخبار الوارده فى المسئله عرف صحه ما قلناه، و وضوح ما فصلناه، و الله العالم.

ص: ٣٦٠

قد صرح الأصحاب (رضى الله عنهم) بأنه يقتصر فى جواز المسابقه على النصل و الخف و الحافر و قوفا على مورد الشرع، و أنه يدخل تحت النصل السهم و النشاب و الحراب و السيف، و أن الخف يتناول الإبل و الفيله اعتبارا باللفظ و أنه لا تجوز المسابقه بالطيور و لا على القدم، و لا بالسفن و لا المصارعه.

أقول: و تحقيق الكلام فيما ذكره يقع فى مقامات

### أحدها [فى وجوب الاقتصار على مورد النص فى السبق و الرمايه]

— أن ظاهر قولهم أنه يقتصر على هذه الثلاثه و قوفا على مورد الشرع هو أن هذه المعامله على خلاف الأصل، بمعنى القواعد الشرعيه، لا شتمالها على اللهو و اللعب و القمار فى بعض الوجوه، و هذه الأشياء مما نهت منها الشريعه المحمديه، فالأصل أن لا يصح منها إلا ما ورد الشرع بالأذن فيه، و هو كلام حق، إلا أنك قد عرفت أن ما قدمناه من الأخبار قد اشتمل على زياده الريش و المراد به الحمام، فيجوز المسابقه بها أيضا، و عليه يدل الخبر الخامس و السادس و السابع (١)، فهذه الأخبار الثلاثه كلها داله على جواز المسابقه بالحمام، و الثلاثه التى خصوا الجواز بها لم ترد إلا فى الخبر الحادى عشر (٢) خاصه، و العجب هنا من قول شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك بعد قول المصنف أنه لا يجوز المسابقه بالطيور الى آخر ما قدمنا ذكره، و جه المنع من هذه الأمور الحصر المستفاد من الخبر السابق المقتضى لنفى مشروعيه ما عدا الثلاثه، و النهى عنه الشامل لهذه الأمور و غيرها، انتهى.

و على هذا النهج كلام غيره و ظاهرهم الاتفاق على الحصر فى الثلاثه المذكوره، و أن غيرها غير منصوص فى الأخبار، و حملهم على عدم الوقوف على شىء من هذه الأخبار—من الصدر السابق منهم كالشيخ الذى هو أول من صرح بهذا الحكم الى أن وصلت النوبه إلى هؤلاء المتأخرين—لا يخلو من بعد، و أبعد منه أنهم يقفون عليها و لا يقولون بها، و لا يتعرضون للجواب عنها بوجه من الوجوه.

ص: ٣٦١

١-١ ص ٣٥٥.

٢-٢ ص ٣٥٦.

و أما ما استدل به من الحصر في الخبر المذكور فيمكن الجمع بينه و بين هذه الأخبار الداله على جواز المسابقه بها على الحمل على الفرد الضروري منه الذي يعتد به من حيث يحتاج اليه الجهاد، و نحوه، أو يراد باعتبار الغالب، فان الغالب من أفراد المسابقه هو هذه الثلاثه، للعله المذكوره، و ان جاز السبق في غيرها و الأخبار المذكوره لا يمكن حملها على التقيه، ليتم ما ذكره، فان ظاهر قوله في الحديث السابع قال عمر: هو الشيطان بعد قوله عليه السلام لا بأس باللعب بالحمام الظاهر في إرادته المسابقه بها، يشعر بأن العامه تنكر جواز اللعب و المسابقه بها و لهذا استدل عليه السلام على رد كلامهم بالخبر الذي نقله عن رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) الصريح في جواز المسابقه بها، و لم أقف لأحد من أصحابنا حتى من متأخري متأخريهم على الجواب عن هذه الأخبار التي ذكرناها، و لا على قول أحد منهم بها.

و بالجملة فالظاهر هو القول بما دلت عليه الأخبار المذكوره و يؤيده ما اشتملت عليه من عدم منافاه ذلك للعداله و عدم كونه مستوجبا للفسق، فان المراد باللعب بالحمام فيها إما المسابقه، كما هو ظاهر الخبر السابع، أو الأعم، و إذا ثبت أن ذلك لا ينافي العداله و جب الحكم بجوازه، و أنه لا- يكون من قبيل اللعب و اللهو المنهى عنه المخل بالعداله، و الموجب للفسق اتفاقا، و هذا بحمد الله سبحانه ظاهر لا ستره عليه، و لا يأتيه الباطل من خلفه و لا من بين يديه، و مما يدل على ما قلنا ما رواه

زيد النرسي (1) في كتابه

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول إياكم و الرهان، إلا رهان الخف و الحافر و الريش فإنه يحضره الملائكه».

### و ثانيها [اتحاد السهام و النشاب]

- أن ما ذكر من أنه يدخل تحت النصل الأربعة المعدوده، ففيه أن ظاهر الصحاح هو اتحاد السهام و النشاب، حيث قال: النشاب السهام، و حينئذ فالعطف هنا يصير من قبيل عطف المرادف.

ص: ٣٦٢

و ظاهر كلام الشيخ أن هذه التسميه بهذين الاسمين مع كون المسمى واحدا إنما هو باعتبار اللغات، فيقال: للنصل نشابه عند العجم، و سهم عند العرب، و حينئذ فيكون العقد دائما هو بهذا الاعتبار، و زاد الشيخ المرازيق قال و هي الرد بنيات و الرماح و السيوف.

قال في المسالك: اعلم أن حصر النصل فيما ذكر هو المعروف لغه و عرفا، فلا يدخل فيه مطلق المحدد كالدبوس و عصى المدافع، إذا جعل في رأسها حديده و نحو ذلك عملا بالأصل السابق، قال في الصحاح: النصل نصل السهم و السيف و السكين و الرمح، و يحتمل الجواز بالمحدد المذكور، اما بادعاء دخولها في النصل أو لإفادتها فائده النصل في الحرب، و قد كان بعض مشايخنا المعتمدين يجعل وضع الحديد في عصى المدافع حيله على جواز الفعل، نظرا الى دخوله بذلك في النصل، انتهى.

### و ثالثها [في مصاديق ما دل عليه النص]

— أنه لا خلاف بين أصحابنا (رضوان الله عليهم) فيما ذكر من دخول الإبل و الفيله تحت الخف، و الفرس و البغل و الحمار تحت الحافر، و انما نقل الخلاف عن بعض العامه في الفيل؟ قال: لأنه لم يحصل به الكر و الفر فلا معنى للمسابقه عليها، و ورد بعموم الخبر، و كذا نقل الخلاف عن بعضهم في جواز المسابقه على البغل و الحمار، قال: لأنهما لا تقا تل عليهما غالبا، و لا يصلحان للكر و الفر، و رد أيضا بما رد به سابقه.

أقول: لا يخفى أنه بالنظر الى ما قدمنا نقله عنهم، من أن فائده هذا العقد و تعلم السبق و الرمايه هو الممارسه لذلك، لأجل جهاد أعداء الدين، فان قول هذين القائلين من العامه هنا لا يخلو من قرب، فان جهاد لا يقع على هذه المذكورات لا سابقا و لا لاحقا، و يؤيده أن الإطلاق في الأخبار انما يحمل على الأفراد الشائعه المتكثره الوقوع، دون الشاذه النادره الوقوع، فضلا عن غير الواقعه بالكليه، و لهذا ان أمير المؤمنين عليه السلام كان يركب في الحرب بغله رسول الله

(صلى الله عليه وآله وسلم) فعوتب على ذلك، فقال: انى لا أوفر عن من أقبل، ولا أتبع من أدبر، والبغله يكفنى، وهو ظاهر فيما قلناه من أنها لا تصلح للجهاد عليها، ويؤكد أنه الأخبار المتقدمه وهى أخبار المسئله كمالا لا يشمل على غير الخيل، والنوق من ذوات الحافر والخف، وليس فيها تعرض ولا اشاره لمثل الفيل والبغال والحمير بالكلية.

و بالجمله فإنه لولا-الاتفاق على الحكم المذكور لكان القول بما ذكره هؤلاء قويا، فإن الأخبار إذا ضم مطلقها الى مقيدها علم منه حمل الحافر على الخيل خاصة، والخف على البعير خاصة، وهكذا القول فى البغل أيضا، فإن ما ذكره من تعديه الحكم الى ما يصدق عليه النصل من تلك المعانى، مع كون الوارد فى الأخبار المتقدمه انما هو السهام والنشاب التى ترمى عن القوس بعيد غايه البعد، و يؤيد ما قلناه تفسيره فى الخبر الحادى عشر الذى هو مستندهم فى الحصر فى الثلاثه النصل بالنضال وهى المراماه بالسهام كما تقدم ذكره، و حينئذ فلو قيل بالتخصيص بذلك لكان فى غايه الجوده.

#### و رابعها [فى حكم المسابقه بغير المنصوص من دون عوض]

-ما ذكر من أنه لا يجوز المسابقه بغير ما تقدم من الطيور الى آخره.

أقول: أما الكلام فى الطيور موضع وفاق عندنا، و فيه تأييد لما قدمنا ذكره من عدم المسابقه على الفيله و البغال و الحمير، لأنها ليست مما يقع الحرب عليها، كما قدمنا ذكره.

و أما السبق على القدم فقد روى العامه عن عائشه أنه (صلى الله عليه وآله وسلم) سابقها بالقدم مرتين، سبق فى إحديهما و سبق فى الأخرى، و رواه ابن الجنيد فى كتابه الأحمدي و استدل به على جوازها بغير عوض، حيث لم يذكر العوض،

و روى عنه (1) (صلى الله عليه وآله وسلم)

أنه صارع ثلاث مرات فى كل مره على

ص: ٣٦٤

---

١- (١) المستدرک ج ٢ ص ٥١٧ الباب ٤ ح ٢ بتفاوت.

شاه، فصرع خصمه في الثلاث و أخذ ثلاث شياه. و لم يثبت شيء من ذلك في أخبارنا و لم يقل به إلا ابن الجنيدي من أصحابنا قالوا و الخبر السابق المتفق عليه يدفعه، و أشاروا به الى الخبر الحادي عشر (١) و هو خبر الحصر في الثلاثه، ثم انهم اختلفوا في جواز هذه الأمور لو خلت من العوض، فقيل بجوازها لأصله الجواز، و أنها قد يراد بها غرض صحيح، و قيل: بالعدم لعدم النفي السابق الشامل للعوض و عدمه.

و الذي وقفت عليه في هذا المقام من الأخبار ما رواه

الصدوق في الأمالي عن ابن المتوكل عن السعد آبادي عن البرقي عن أبيه عن فضاله عن زيد الشحام (٢)

«عن الصادق عن آبائه عليهم السلام قال: دخل النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) ذات ليلة بيت فاطمه عليها السلام و معه الحسن و الحسين عليهما السلام فقال له النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) قوما فاصطربا فقاما ليصطربا و قد خرجت فاطمه عليها السلام في بعض حاجاتها فدخلت فسمعت النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) و هو يقول: أبه يا حسن شد على الحسين، فأصرعه، فقالت يا أبه و اعجابه أ تشجع الكبير على الصغير؟ فقال: يا بنيه أما ترضين أن أقول أنا يا حسن شد على الحسين، فأصرعه و هذا حبيبي جبرئيل عليه السلام يقول: يا حسين شد على الحسن فأصرعه».

و ما رواه

علي بن جعفر (٣) في كتاب المسائل عن أخيه موسى عليه السلام قال:

سألته عن المحرم هل يصلح أن يصارع؟ قال: لا يصلح مخافه أن يصيبه جرح أو يقع بعض شعره.

و ما رواه

في كتاب بشاره المصطفى لشيعه المرتضى للشيخ الفقيه محمد بن أبي القاسم على الطبري بسنده فيه عن أبي رافع (٤) قال:

كنت ألاعب الحسن

ص: ٣٦٥

١-١ (١) ص ٣٥٦.

٢-٢ (٢) المستدرک ج ٢ ص ٥١٧ الباب ٤ ح ١.

٣-٣ (٣) الكافي ج ٤ ص ٣٦٧ ح ١٠، الوسائل ج ٩ ص ١٨٠ الباب ٩٤ ح ٢.

٤-٤ (٤) المستدرک ج ٢ ص ٥١٧ الباب ٤ ح ٣.

بن علي (صلوات الله عليهما) و هو صبي بالمداحي (1) فإذا أصابت مدحاتي مدحاته قلت: احملني فيقول: ويحك أترك ظهرا حملة رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) فأتركه فإذا أصاب مدحاته مدحاتي، قلت له: لا أحملك كما لم تحملني فقال: أما ترضى أن تحمل بدنا حملة رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) فأحملة».

و هذه الأخبار كما ترى ظاهره في الجواز فيما اختلفوا فيه، و لم أقف فيما حضرني من كتب اللغة على المعنى المراد من المدحاه هنا، و بعض الأصحاب قد فرع الكلام على لفظ السبق في الخبر الحادي عشر، فان قرئ بفتح الباء و هو المشهور في الروايه على ما نقله في المسالك فإنه يفيد عدم مشروعيه العوض إلا في الثلاثه المذكوره، و لا تعرض في الخبر حينئذ لما عدا صورته الخطر و العوض، فيبقى على أصاله الجواز، و ان قرئ بالسكون على أن يكون مصدرا فإنه يفيد نفي المصدر مطلقا، فيدل على المنع عدا المستثنى مطلقا.

و أنت خير، بأنه باعتبار تعارض الاحتمالين المذكورين لا- يمكن الاستدلال بالخبر على المنع، فتبقى أصاله الجواز خاليه من المعارض، و تخرج الأخبار المذكوره شاهدا على ذلك، مضافا الى ما ذكر من الفوائد المترتبة عليها.

### المورد الثالث: في أسماء خيل الحلبه و أسماء السهام و ما يتبع ذلك و يلحق به

#### إشاره

، و الكلام هنا يقع في مواضع أيضا:

#### الأول [وجه التسميه]

-ينبغي أن يعلم ان الحلبه وزان سجده هي الخيل تجمع للسباق و قد جرت عادتهم بتسميه غيره من خيل الحلبه، و ليس لما بعد العاشر منها اسم، إلا أن الذي يجيء في آخر الخيل كلها يسمى الفسكل.

فأول العشره، المجلى بالجيم و هو السابق أولا قيل سمي بذلك لأنه جلي عن

ص: ٣٦٦

---

١-١) النهايه الأثيريه ج ٢ ص ١٠٦ و منه حديث أبي رافع «كنت الاعب الحسن و الحسين (عليهما السلام) بالمداحي و هي أحجار أمثال القرصه، كانوا يحفرون حفيره و يدحون فيها بتلك الأحجار، فإن وقع الحجر فيها قد غلب صاحبها، و ان لم يقع غلب، و الدحو: رمى اللاعب بالحجر و الجوز و غيره.



نفسه أى أظهره أو جلى همه حيث سبق، والمشهور أن السبق يحصل بالتقدم بعنق دابته، وكتدها يفتح التاء المثناه من فوق و كسرهما، وهى العالى بين أصل العنق و الظهر، ويعبر عنه بالكاهل، و قال فى الروضه: و الكتد بفتح الفوقانيه أشهر من كسرهما مجمع الكتفين بين أصل العنق و الظهر، نقل عن ابن الجنيد أنه يكتفى فى التقدم بالاذن

لقوله (١) (صلى الله عليه و آله و سلم)

«بعثت و الساعه كفرسى رهان». كاد أحدهما أن يسبق الآخر بأذنه، و أجيب مع تسليم ثبوت الخبر بالحمل على المبالغه، و أن ذلك خرج مخرج ضرب المثل على حد

قوله

من بنى مسجدا و لو كمفحص قطاه بنى الله له بيتا فى الجنه، (٢). مع امتناع مسجد كذلك.

ثم المصلى، و سمي بذلك لأنه يحاذى برأسه صلوى المسابق، و الصلوان عباره عن العظيمين النابتين عن يمين الذنب و شماله.

ثم الثالث، و وجه التسميه فيه ظاهر، ثم البارح لأنه برع المتأخر عنه، أى فاقه، ثم المرتاح، و هو الخامس قيل: سمي به لأن الاتاح النشاط، فكأنه نشط فلحق بالسوابق، ثم الخطى و هو السادس لأنه خطى عند صاحبه حتى لحق السوابق أى صار ذا خطوه عنده الى نصيب أو فى مال الرهان، ثم العاطف و هو السابع، لأنه عطف الى السوابق أى مال إليها، و كر عليها ليلحقها، ثم المؤمل و هو الثامن لأنه يؤمل اللحوق بالسوابق، ثم اللطيم و هو التاسع، و زان فعيل بمعنى مفعول، لأنه يلطم إذا أراد الدخول إلى الحجره الجامعه للسوابق، ثم السكيت مصغرا مخففا، و يجوز تشديده، و هو العاشر سمي به لسكوت صاحبه إذا قيل لمن هذا أو لانقطاع العدد، و قيل: ان السكيت هو الفسكل و هو آخر فرس يجىء فى الرهان.

قالوا: و المحلل و هو الذى يدخل بين المتراهنين، و لا يبذل معهما عوضا بل

ص: ٣٦٧

١-١) مسند احمد بن حنبل ج ٥ ص ٣٣١ و فيه مثلى و مثل الساعه كمثل فرسى رهان و فى الجامع الصغير ج ١ ص ١٢٦ «بعثت أنا و الساعه كهاتين» و ما عثرنا على نص الروايه المنقوله فى المتن.

٢-٢) الوسائل ج ٢ ص ٤٨٦ ح ٢.

يجرى فرسه بينهما أو على أحد الجانبين على وجه يتناوله العقد، و حكمه أنه ان سبق أخذ العوض المبذول للسابق، و ان سبق لم يغرم شيئاً، و سمي محللاً لأن العقد لا يحل بدونه عند ابن الجنيدي و الشافعي، أو يحل به إجماعاً بخلاف ما إذا خلى عنه، فان فيه خلافاً، و سيأتي الكلام فيه، ان شاء الله تعالى.

قالوا: و الغايه مدى السباق، و لا ريب أن غايه الشيء منتهاه، و مد السباق و ان كان المتبادر منه مسافه السباق التي تجرى فيها الخيل إلا- أن المراد به لغه و عرفاً انما هو بمعنى الغايه كما ذكروه، فالمراد من مد السباق منتهاه و غايته، لا مسافته، فان في القاموس المدى كالتى الغايه، و قال في كتاب المصباح المنير:

و المدى بفتحيتين الغايه، و بلغ مدى البصر: أى منتهاه و غايته.

ثم اعلم أنه قد عنون أكثرهم هذا الكتاب بكتاب السبق و الرمايه، و منهم المحقق في الشرائع، و هو ظاهر في اختصاص السبق بالخيل و الإبل، و الرمايه بالسهام، مع أنه قال بعد ذلك و المناضله المسابقه، و المراماه و المناضله لغه انما هي الرمي، قال الجوهري: ناضله أى راماه، و يقال: ناضلت فلاناً فنضلته، إذا غلبته، و انتضل القوم و تناضلوا أى رموا للسبق.

و قال في كتاب المصباح المنير: «ناضلته مناضله و نضالاً- راميته، فنضلته نضالاً من باب قتل غلبته في الرمي»، و هو ظاهر في تخصيص المناضله بالرمي، و لهذا قال في المسالك: و أما إطلاق المناضله على ما يشمل المسابقه فليس بمعروف لغه و لا عرفاً، و لعل المصنف و من تبعه في ذلك تجوزوا في الإطلاق، و بعض الفقهاء عنون الكتاب بالمسابقه و المناضله، و هو الموافق لما نقلناه عن أهل اللغه، و يشير الى ذلك كلامه في التذكرة حيث قال: و السباق اسم يشمل المسابقه بالخيل حقيقه و على المسابقه بالرمي مجازاً، و لكل واحد منهما اسم خاص، فيختص الخيل بالرهان و يختص الرمي بالنضال، و هو ظاهر في أن المناضله حقيقه انما هي بمعنى الرمي.

## الثاني [في بيان الاصطلاحات في أسماء السهام]

-اعلم أن الفقهاء من الخاصه و العامه ذكروا في هذا الكتاب جمله

من الاصطلاحات فى أسماء السهام، و ما يتعلق بالرمد و هو مؤيد لما قدمناه من أن المراد بالنصل فى الخبر المتقدم إنما هو هذا الفرد، لا ما يطلق عليه لغه كما ذكره.

قالوا: و الرشق بفتح الراء الرمد، و هو مصدر رشقه يرشقه رشقا، إذا رماه بالسهم، و بالكسر عدد ما يرمى به من السهام، يقال:رمى رشقا بكسر الراء أى رمدى بسهامه التى يريد رمدى كلها.

قال فى المصباح المنير: رشقه بالسهم رشقا من باب قتل، و أرشقه بالألف لغه رمدى به، و الرشق بالكسر الوجه من الرمدى إذا رمدى القوم بأجمعهم جميع السهام و حينئذ يقال:رمى القوم رشقا، قال ابن دريد:الرشق السهام نفسها التى ترمى و الجمع ارشاق مثل حمل و أحمال، انتهى.

و لو حصل الاتفاق على رمدى خمسة فكل خمسة يقال لها رشق، و نقل عن بعض أهل اللغة أنه خصه ما بين العشرين و الثلاثين، و يقال رشق وجه و يد بكسر الراء، و يراد به الرمدى و لاء حتى يفرغ الرشق، قال فى المسالك:بمعنى أنه مشترك بين العدد الذى يتفان عليه، و بين الوجه من الرمدى لذلك العدد، فكما يقال:رموا رشقا أو عددا اتفقوا عليه، كذلك يقال:رموا رشقا إذا رموا بأجمعهم فى جهه واحده.

قال الجوهرى:الرشق الاسم، و هو الوجه من الرمدى، فإذا رمدى القوم بأجمعهم فى جهه واحده قالوا:رمدى رشقا، و المراد برشق اليد هذا المعنى أيضا، و إضافته إلى اليد، كإضافته الى الوجه، فىقال:رشق يد و رشق وجه إذا كانت جهه الرمدى واحده، و يمكن مع ذلك إضافته إليهما كما يظهر من كلامهم.

### الثالث [فى بيان أوصاف السهم عند الإصابه للغرض]

#### إشاره

قد ذكر الفقهاء للسهم عند الإصابه للغرض أو صافا فنقل عن التذكرة أنه ذكر فيها أحد عشر اسما:و فى التحرير ستة عشر اسما، و نقل فى المسالك عن كتاب فقه اللغة تسعة عشر اسما، و ذكر المحقق فى الشرائع منها ستة، لكن ذكر الخمسه الأول جازما بالتسميه، و أما السادس فنسبه إلى القول بذلك

فقال: و يقال المزدلف، و فى المسالك أنه ذكر سته أوصاف و أردفها بسابع، و المذكور انما هو خمسة، كما سنذكره ان شاء الله تعالى واحدا واحدا و أردفها بسادس.

قال فى المسالك: و الغرض من ذلك اعتبار صفه فى عقد الرمايه، فلا يستحق العوض المشروط أن يصيبه بما هو أبلغ منه.

أقول: و مما ذكره المحقق المشار اليه من الأسماء

### أحدها- الحابى

بالياء أخيرا، قال فى كتاب المصباح: حبا الصبى يحبو حبوا إذا أدرج على بطنه و حبا الشىء دنا، و منه حبا السهم الى الغرض و هو الذى يزحف الأرض ثم يصيب الهدف فهو حاب و سهام حواب، انتهى.

و المراد أنه يقع دون الهدف ثم يحبو الى الغرض فيصيبه، و قوله زلج على على الأرض أى زلق قال فى القاموس الزلج محركه الزلق و يسكن، و فى الصحاح مكان زلج بسكون اللام و تحريكها أى زلق و الزلج الزلق و سهم زالج أى يزلج عن القوس.

### و ثانيها- الخاصر

بالخاء المعجمه ثم الصاد المهمله، و هو الذى يصيب أحد جانبي الغرض، مأخوذ من الخاصره، لأنها فى أحد جانبي الإنسان، فهو بإصابته أحد جانبي الغرض كأنه أصابه فى الخاصره، و لم أقف فيما حضرني من كتب اللغة على هذه التسميه، سيما القاموس المحيط بجميع المعانى، و ان كانت موجوده فى كتب الفقهاء، قيل و يسمى أيضا جابرا، و قيل: الجابر ما سقط من وراء الهدف، و قيل: ما وقع فى الهدف من أحد جانبي الغرض، فعلى هذا ان كانت الإصابه مشروطه فى الغرض فالجابر مخطئ، و ان كانت مشروطه فى الهدف فهو مصيب.

أقول: و لم أقف أيضا على هذا الاسم أى نحو كان من هذه المعانى فى القاموس و لا غيره مما حضرني من كتب اللغة.

### و ثالثها- الخازق

بالخاء و الزاى المعجمتين، قالوا: و هو ما يخذش الغرض، و ظاهره أنه يثقب فيه، و بذلك صرح فى القواعد فقال: الخازق ما خدشه، ثم

وقع بين يديه، و في التحرير أنه ما خدشه و لم يثقبه، إلا أن كلام أهل اللغة على خلاف ذلك فإنهم صرحوا بأنه الذي ينفذ في الغرض، قال في كتاب المصباح المنير و خزق السهم القرطاس: نفذ منه فهو خازق، و جمعه خوازق، و المراد بالقرطاس هنا الغرض، أعم من أن يكون قرطاسا أو غيره، مما ستقف عليه ان شاء الله تعالى.

و في النهاية الأثيرية خزق السهم، و خسق: إذا أصاب الرمي و نفذ فيها، و سهم خازق و خاسق.

و ظاهر الصحاح و القاموس هو مجرد الإصابه، و هو أعم الأقوال الثلاثة، قال في الصحاح في باب السين يسمى الغرض قرطاسا، يقال: رمى مقرطس إذا أصابه، و في القاموس خزقه يخزقه طعنه، و الخازق السنان، و من السهام المقرطس، و قال في الصحاح أيضا الخازق من السهام المقرطس، و الخاسق لغه في الخازق، و هو موافق لما تقدم نقله من النهاية من ترادف هذين اللفظين، و نقل في المسالك عن الثعالبي في كتاب سر العربيه إذا أصاب الهدف فهو مقرطس، و خازق، و خاسق و صائب و هذا أيضا أعم من أن يخدشه أم لا، و يثبت فيه أم لا، و هو موافق لما تقدم نقله عن الصحاح و القاموس.

### و رابعها - الخارق

بالحاء المعجمه و الراء المهمله، و هو الذي يخرج من الغرض نافذا و هذا المعنى موافق لما هو المفهوم من حاق هذا اللفظ عرفا و لغه، لأن الخرق الثقوب و الشق، سواء نفذ فيه أو سقط منه، إلا أن هذا الاسم غير موجود في جملة الأسماء المعدوده للسهم في غير هذا الكلام، كما اعترف به في المسالك حيث قال بعد ذكر المصنف له و كلام في البين: لكنه ليس من أسمائه لغه و لم يذكره أحد من أصحاب الكتب الأربعة اللغويه السابقه، و لا - غيرهم ممن وقفت على كلامه، و في بعض نسخ الكتاب المارق بالميم بدل الخارق، و هو الصواب الموافق لكلام أهل اللغة لقبا و تعريفا و في التحرير جعل الخارق بمعنى الخاسق، و قد تقدم و جعل الخازق بالزاي المعجمه مغايرا له كما مر خلاف ما

ذكره أهل اللغة، و لو حمل في كلامه الخارق بالراء المهملة على الخازق بالزاء المعجمه ليكون مرادفا للخاسق كان موافقا لكلام أهل اللغة، لكن ذكره بعد، ذلك الخازق و تعريفه بأنه ما خدشه و لم يثقبه، يوجب تعيين كونه بالزاء المعجمه لا-الراء إذ لم يحصل فيما ذكره خرق، و الذى يظهر أنه وقع في التحرير ضرب من التصحيف و السهو عن تحرير كلام أهل اللغة، لأن جعله الخازق مرادفا للخاسق موافق لكلام أهل اللغة، لكن بشرط كونه بالزاء المعجمه، ثم لما ذكر الخازق بعد ذلك كان حقه أن يكون بالمهملة فعرفه بما ينافى ذلك، و يوافق تعريف المصنف في الخازق بالمعجمه، فوقع الاضطراب، و في التذكرة جعل الخارق ما أثر فيه و لم يثبت، و الخاسق ما ثقبه و ثبت فيه، كما ذكره المصنف هنا في الخازق بالمعجمه، فجعلهما متغايرين، و لم يتحقق منه ضبط الراء، و لا ذكر الأمرين، فالالتباس فيه أشد لأنه ان جعل بالراء وافق كلام التحرير و خالف مفهومه لغه، و ان جعل بالزاء وافق كلامه في القواعد، و كلام المصنف هنا، و خالف كلامه أهل اللغة، انتهى كلامه (زيد مقامه).

## و خامسها-الخارم

بالحاء المعجمه و هو الذى يخرم حاشيه الغرض بأن يصيب طرفه فلا يثقبه و لكن يخرمه.

قال في المسالك أيضا: و هذا الاسم لم يذكره أيضا أهل اللغة، و ان كان مناسبا له، و قد ذكروا للسهم أسماء آخر غير ما ذكر، فتركنا ذكرها تبعا لاختصاره، هذا ما ذكره المحقق في الشرائع.

ثم قال: و يقال المزدلف الذى يضرب الأرض، ثم يثيب الى الغرض، و نسبته الى القول المجهول- و عدم نظمه في سلك الخمسه المتقدمه- يؤذن بنوع توقف فيه، و هذا هو السادس الذى أشرنا إليه آنفا، و بذلك يظهر لك ما فى كلام شيخنا فى المسالك الذى قدمنا ذكره، من أن المصنف ذكر هنا سته، و أردفها بسابع، بل المذكور فيه انما هو خمس، مردفه بالسادس كما ذكرناه، و أصل الازدلاف

التقدم، وخصه هنا بما يقع على الأرض ثم يتقدم الى الغرض، و على هذا يكون مرادفا للحابى، و بذلك صرح فى القواعد أيضا، فقال بعد تعريف الحابى: و هو المزدلف، إلا أن المفهوم من كلام المحقق حيث ذكر الحابى أولا جازما به، و ذكر المزدلف أخيرا ناسبا له الى قيل: هو المغايره، و لعل ذلك بقوه الوقوع على الأرض فى المزدلف أخيرا ناسبا له الى قيل: هو المغايره، و لعل ذلك بقوه الوقوع على الأرض فى المزدلف للتعبير عنه بالضرب المقتضى لقوه اعتماده، و ضعفه فى الحابى حيث اقتصر على مجرد زلفه على الأرض، و بذلك يحصل التباين، و هو الظاهر من التذكرة على ما نقل فيها حيث قال: فيها ان المزدلف أشد، و الحابى أضعف.

#### الرابع [فى تفسير الغرض و الهدف]

قال: الغرض ما يقصد اصابته و هو الرقعه و الهدف ما يجعل فيه الغرض من تراب و غيره، و ذلك فإنهم يرتبون ترابا أو حائطا ينصب فيه الغرض فيسمون ذلك التراب أو الحائط هدفا و ما يصنعونه فيه من جلد أو قرطاس أو نحو ذلك لأجل الرمى يسمونه غرضا، و بعضهم كما عرفت آنفا يسمى المنصوب فى الهدف قرطاسا، سواء كان كاغذا أو غيره، و هو ظاهر فى مرادفه الغرض و القرطاس، و قد تقدم نقل ذلك عن المصباح المنير و الصحاح.

و قد يجعل فى الغرض نقش كالهلال يقال له الدائره، و فى وسطها شىء آخر يقال له الخاتم، و الغرض من بيان الغرض و الهدف و الدائره هو أن كلا من هذه الأشياء المذكوره محل للإصابة، و ربما كان شرط الإصابة و غرضها يتعلق بكل واحد من هذه المذكورات، فان الإصابة فى الهدف أو فى الدائره أضيقت، و فى الخاتم أدق، و هذه المذكورات اصطلاح الرماه، و عليها جرى الفقهاء فى هذا الكتاب و أما المذكور فى اللغه فإنه ظاهر فى المرادفه بين الغرض و الهدف، قال فى كتاب المصباح المنير: الغرض: الهدف الذى يرمى اليه، و الجمع أغراض و قال فى القاموس:

الغرض محرکه الهدف يرمى فيه، و فى الصحاح: الغرض: الهدف الذى يرمى فيه، ثم انهم قالوا: المرماه قسمان مبادره و محاطه، و المراد من المبادره أن يتفقا على رمى عدد معين كعشرين سهما مثلا، فمن بدر إلى إصابه عدد معين منها كخمسه،

فهو ناضل، لمن لم يصيب أو أصاب ما دونه، والمراد من المحاطه بتشديد الطاء أن يقابل أصابتهما من العدد المشترطه و يطرح المشترك من الإصابات: فمن زاد فيها بعدد معين كخمسه مثلا ففاضل للآخر فيستحق المال المشروط في العقد.

أقول: والظاهر أن هذا أيضا من اصطلاح الرماه، وعليه جرى الفقهاء، فإنه لا وجود له في كلام أهل اللغه، ولا في الأخبار التي قدمناها، ولو بالإشاره، وحيث أن جميع ما ذكر في هذا الكتاب زياده على ما قدمناه كله من هذا القبيل، فليس في ذكره إلا مجرد التطويل، رأينا الاعراض عن التعرض له، أو فوق بالوقوف على الدليل، والاشتغال بما هو أهم أولى و أتم، سيما مع ندور وقوع المسابقه و المراماه في هذه الأوقات، بل عدمها لعدم ما يترتب عليها من الفائده في جملة الأزمان و الإناث و نحن قد ذكرنا منها ما يتعلق بالأخبار التي قدمناها في المقام، و ما عداه مما لا نص عليه فهو عندنا في قالب الاعدام، والله الهادي لمن يشاء.



و هو جمع وصيه و اشتقاقها اما من وصى يصى أو أوصى يوصى أو وصى بالتشديد يوصى.

قال فى كتاب المصباح المنير: وصيت الشيء بالشيء أصيه من باب وعد و صلته، و وصيت الى فلان توصيه و أوصيت إليه إيضاء و فى السبعة «فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ» بالتخفيف و التثقيل و الاسم الوصايه بالكسر و الفتح لغه، انتهى.

و اختار ابن إدريس المعنى الأول فقال الوصيه مشتقه من وصى يصى، و هو الوصل قال الشاعر: «ذو الرمه تصى الليل بالأيام حتى صلاتنا مقاسمه لسبق اتصافها السفر» ثم قال: و يقال منه أوصى يوصى، و وصى يوصى توصيه، و نقل عن المحقق الشيخ على (رحمه الله عليه) اختيار الثانى، و على هذا فتسميه هذا التصرف وصيه لما فيه من وصله التصرف فى حال الحياه به بعد الوفاء، هذا على المعنى الأول، و على الأخيرين فالوصيه بمعنى العهد، يعنى أنه عهد اليه بتلك الأمور الموصى بها، فإن الوصيه لغه بمعنى العهد، و الأصل فيها الكتاب كما دلت عليه جملة من آياته و السنه، و الإجماع من الأمة.

### [فى الأخبار الوارده فى الحث على الوصيه]

و لنقدم فى صدر الكتاب كما هى عادتنا فيما تقدم من الكتب و الأبواب جملة

من الأخبار الواردة في الوصية، وما اشتملت عليه من الحث عليها، المؤذن بالوجوب أو الاستحباب المؤكد.

فروى المشايخ الثلاثة عن الكنانى (1)

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الوصية حق على كل مسلم».

و روى في التهذيب عن الشحام (2) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الوصية، فقال: هي حق على كل مسلم».

و روى في الفقيه و التهذيب عن محمد بن مسلم (3) في الصحيح قال:

«قال أبو جعفر عليه السلام الوصية حق، و قد أوصى رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) فينبغي للمسلم أن يوصى».

و روى في الكافي و التهذيب عن حماد بن عثمان (4) في الصحيح أو الحسن

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال له رجل: انى خرجت إلى مكة فصحبني رجل و كان زميلي، فلما أن كان في بعض الطريق مرض و ثقل ثقلا شديدا فكنت أقوم عليه ثم أفاق حتى لم يكن عندي به بأس، فلما أن كان اليوم الذي مات فيه أفاق فمات في ذلك اليوم، فقال أبو عبد الله عليه السلام: ما من ميت تحضره الوفاة إلا رد الله تعالى عليه من سمعه و بصره و عقله للوصية، أخذ الوصية أو ترك، و هي الراحة التي يقال لها راحة الموت، فهي حق على مسلم».

و روى في الكافي عن وليد بن صبيح (5) قال:

«صحبني مولى لأبي عبد الله عليه السلام يقال له «أعين»، فاشتكى أياما ثم برء ثم مات فأخذت متاعه، و ما كان له فأتيت به أبا عبد الله عليه السلام و أخبرته أنه اشتكى أياما ثم برء ثم مات، قال: تلك راحة

ص: ٣٧٦

١-١) الكافي ج ٧ ص ٣ ح ٤، التهذيب ج ٩ ص ١٧٢ ح ٧٠٢، الفقيه ج ٤ ص ١٣٤ ح ٤٦٢.

٢-٢) التهذيب ج ٩ ص ١٧٢ ح ٧٠٣.

٣-٣) الفقيه ج ٤ ص ١٣٤ ح ٤٦٣، لم نعثر في التهذيب عن هذه الرواية.

٤-٤) الكافي ج ٧ ص ٣ ح ٥، التهذيب ج ٩ ص ١٧٢ ح ٧٠٤.

٥-٥) الكافي ج ٧ ص ٣ ح ٢. و هذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٥١ ح ٢ و ص ٣٥٢ ح ٤ و ص ٣٥١ ح ١ و ص ٣٥٥ ح

الموت أما أنه ليس من أحد يموت حتى يرد الله تعالى من سمعه و بصره و عقله للوصيه أخذ أو ترك».

و روى المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) عن سليمان بن جعفر (1) قال فى الفقيه:

«و ليس الجعفرى» عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم): من لم يحسن وصيته عند الموت كان نقصا فى مروته و عقله، قيل:

يا رسول الله و كيف يوصى الميت؟ قال: إذا حضرته الوفاة و اجتمع الناس اليه، قال: اللهم فاطر السموات و الأرض، عالم الغيب و الشهادة، الرحمن الرحيم، اللهم إنى أعهد إليك فى دار الدنيا أنى أشهد أن لا إله إلا أنت و حدك لا شريك لك و أن محمدا عبدك و رسولك، و أن الجنة حق، و النار حق، و أن البعث حق، و الحساب حق، و الصراط حق، و القبر حق، و الميزان حق، و أن الدين كما وصفت، و أن الإسلام كما شرعت، و أن القول كما حدثت، و أن القرآن كما أنزلت، و أنك أنت الله الحق المبين، جزى الله محمدا عنا خير الجزاء، و حيا الله محمدا و آل محمد بالسلام، اللهم يا عدتى عند كربتى و يا صاحبى عند شدتى و يا وليى فى نعمتى، الهى و إله آبائى لا- تكلنى الى نفسى طرفه عين أبدا فإنك إن تكلنى الى نفسى طرفه عين أقرب من الشر و أبعد من الخير، فأنس فى القبر و حشتى، و اجعل لى عهدا يوم ألقاك منشورا، ثم يوصى بحاجته و تصديق هذه الوصيه فى القرآن فى السوره التى تذكر فيها مريم فى قوله عز و جل (2) «لَا يَمْلِكُونَ الشَّفَاعَةَ إِلَّا مَنْ اتَّخَذَ عِنْدَ الرَّحْمَنِ عَهْدًا» فهذا عهد الميت، و الوصيه حق على كل مسلم، و حق عليه أن يحفظ هذه الوصيه و يعلمها، و قال أمير المؤمنين عليه السلام علمنيها رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) و قال رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم): علمنيها جبرئيل عليه السلام».

و رواه السيد الزاهد العابد رضى الدين ابن طاوس فى كتاب فلاح السائل

ص: ٣٧٧

١-١) الفقيه ج ٤ ص ١٣٨ ح ٤٨٢، الكافى ج ٧ ص ٢ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ١٧٤ ح ٧١١، الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٣ الباب ٣ ح ١.

٢-٢) سوره مريم-الايه ٨٧.

كما نقله عنه في البحار، وفيه بعد قوله «يوم ألقاك منشورا» فهذا عهد الميت يوم يوصى بحاجته، والوصيه حق علي كل مسلم قال أبو عبد الله عليه السلام و تصديق هذه في سورة مريم عليه السلام قول الله تبارك و تعالی «لَا يَمْلِكُونَ الشَّفَاعَةَ إِلَّا مَنِ اتَّخَذَ عِنْدَ الرَّحْمَنِ عَهْدًا» و هذا هو العهد، و قال النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) لعلی عليه السلام تعلمها أنت و علمها أهل بيتك و شيعتك قال: و قال (صلى الله عليه و آله و سلم) و علمنيها جبرئيل.

و روى في الفقيه عن العباس بن عامر عن أبان عن أبي بصير (١)

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال: من لم يحسن عند الموت وصيته كان نقصا في مروته و عقله، و قال: ان رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) أوصى الى علي، و أوصى علي عليه السلام الى الحسن، و أوصى الحسن عليه السلام الى الحسين، و أوصى الحسين عليه السلام الى علي بن الحسين، و أوصى علي بن الحسين عليه السلام الى محمد بن علي الباقر عليه السلام».

و روى في الفقيه و التهذيب عن أبي حمزه (٢)

«عن أحدهما عليهما السلام قال: ان الله تعالى يقول: يا ابن آدم تطولت عليك بثلاثه: سترت عليك ما لو علم به أهلك ما واروك، و أوسعت عليك ثم استقرضت منك فلم تقدم خيرا، و جعلت لك نظره عند موتك في ثلاثك فلم تقدم خيرا».

و روى في الفقيه و التهذيب عن عبد الله بن المغيرة عن السكوني (٣)

«عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليهم السلام قال: قال علي عليه السلام: ما أبالي أضرت «بولدي» أو سرقتهم ذلك المال» كذا في الفقيه و في التهذيب قال «أضرت بورثتي» عوض ولدي.

و روى في التهذيب و الفقيه عن السكوني (٤)

«عن جعفر بن محمد عن

ص: ٣٧٨

١- (١) الفقيه ج ٤ ص ١٣٤ ح ٤٦٧. الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٧ ح ١.

٢- (٢) الفقيه ج ٤ ص ١٣٣ ح ٤٦١ و فيه «بثلاث»، التهذيب ج ٩ ص ١٧٥ ح ٧١٢. الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٦ ح ٤.

٣- (٣) الفقيه ج ٤ ص ١٣٥ ح ٤٦٩ و ص ١٣٤ ح ٤٦٦، التهذيب ج ٩ ص ١٧٤ ح ٧١٠ و ٧٠٨. الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٦ ح ١.

٤- (٤) الفقيه ج ٤ ص ١٣٥ ح ٤٦٩ و ص ١٣٤ ح ٤٦٦، التهذيب ج ٩ ص ١٧٤ ح ٧١٠ و ٧٠٨. الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٥ ح ٣.

أبى جعفر عليهما السلام قال: من لم يوص عند موته لذوى قرابته ممن لا يرثه فقد ختم عمله بمعصيته».

و روى فى المقنعه (1) مرسلا قال:

«قال رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم):

الوصيه حق على كل مسلم.

قال: و قال عليه السلام

ما ينبغى لامرء مسلم أن يبيت ليله إلا و وصيته تحت رأسه».

و

«قال عليه السلام: من مات بغير وصيه مات ميتة جاهليه».

و روى الشيخ فى كتاب المصباح (2) قال:

«و روى أنه لا ينبغى أن يبيت إلا و وصيته تحت رأسه».

و روى فى الفقيه و التهذيب عن مسعده بن صدقه (3)

«عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام قال: قال على عليه السلام الوصيه تمام ما نقص من الزكاه».

و روى فى الكافى عن محمد بن يحيى (4) رفعه عنهم عليهما السلام قال:

«من أوصى بالثلث احتسب له من زكاته».

و قال فى كتاب الفقه الرضوى (5)،

و اعلم أن الوصيه حق واجب على كل مسلم، و يستحب أن يوصى الرجل لقرابته ممن لا يرث شيئا من ماله قل أو كثر و ان لم يفعل فقد ختم عمله بمعصيته.

**[فوائد فى هذه الأخبار]**

**إشاره**

أقول: و فى هذه الأخبار الشريفه فوائد يحسن التنبيه عليها، و التوجه إليها.

-لا- ريب فى وجوب الوصيه على من كان مشغول الذمه بواجب من دين أو حج أو زكاه أو خمس أو نحو ذلك من الحقوق الواجبه، و يمكن أن تحمل الأخبار الداله على أن الوصيه حق على كل مسلم، لا شعارها بالوجوب على ذلك، فيجب تخصيصها بما ذكرناه من الأفراد، و يمكن حملها على تأكيد الاستحباب

ص: ٣٧٩

- 
- ١-١) الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٢ ح ٦.
  - ٢-٢) الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٢ ح ٥.
  - ٣-٣) التهذيب ج ٩ ص ١٧٣ ح ٧٠٦، الفقيه ج ٤ ص ١٣٤ ح ٤٦٤. الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٣ الباب ٢ ح ١.
  - ٤-٤) الكافي ج ٧ ص ٥٨ ح ٤. الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٣ الباب ٢ ح ٣.
  - ٥-٥) المستدرک ج ٢ ص ٥٢٠ ح ٥.

فتخص بغير ما ذكرناه من الأمور المستحبه.

## الثاني

-المستفاد من الخبرين الأخيرين من أنه ان كان في ذمته زكاه واجبه و أوصى بالثلث أو بعضه للفقراء أو في سائر أبواب البر فإنه يحسب له عما في ذمته من الزكاه الواجبه من حيث لا- يشعر، و هو من التفضل الإلهي، و له نظائر كثيره مر التنبيه عليها من أن الفعل إذا صادف الواقع في حد ذاته و ان لم ينوه صاحبه فإنه يجزى عنه.

## الثالث

-ظاهر حديث السكوني المروي في الفقيه استحباب الوصيه لذوي القرابه ممن ليس له حظ في ميراثه استحبابا مؤكدا، و انما حملناه على الاستحباب و ان كان ظاهره الوجوب، لما رواه

العياشي عن أبي بصير (١) في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام في قوله تعالى

(٢)

«كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْأَوْلِيَاءِ وَالْأَقْرَبِينَ» قال: منسوخه، نسختها آيه الفرائض التي هي الموارث، و بالاستحباب صرح في كتاب الفقه الرضوي، مع تصريحه في آخر كلامه بأن ترك ذلك معصيه، و هو محمول على المبالغه، و سيأتي ان شاء الله تعالى مزيد تحقيق في المقام.

## الرابع

-ما تضمنه

حديث السكوني (٣) من قوله عليه السلام

«ما أبالي أضررت بولدي أو سرقتهم». و مثله ما رواه

الراوندي في نوادره (٤) بإسناده

«عن موسى بن جعفر عن آبائه عليهم السلام قال: قال علي عليه السلام: ما أبالي أضررت بوارثي أو سرت ذلك المال فتصدقت به». و ما رواه أيضا

في الكتاب المذكور (٥) قال:

«قال النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) من مات علي وصيه حسنه مات شهيدا و قال: من لم يحسن الوصيه عند موته كان ذلك

- 
- ١-١) الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٦ ح ١٥،العياشى ج ١ ص ٧٧ ح ١٦٧.
  - ٢-٢) سورة البقره-الايه ١٨٠.
  - ٣-٣) التهذيب ج ٩ ص ١٧٤ ح ٧١٠،الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٦ ح ١.
  - ٤-٤) المستدرک ج ٢ ص ٥١٩ الباب ٤.
  - ٥-٥) المستدرک ج ٢ ص ٥١٩ الباب ٥ ح ٢.



مسلم، قال: ان الرجل ليعمل بعمل أهل الجنة سبعين سنة، فيحيف في وصيته فيختم له بعمل أهل الجنة، ثم قرأ و من يتعد حدود الله وقال: تلك حدود الله».

ان حمل على ظاهره من التحريم فالواجب تخصيصه بما زاد على الثلث، فإنه لا يجوز له شرعا، وهذا هو أوفق بظاهر الآيتين المذكورتين، و ان حمل على الكراهة المؤكدة فإنهم (صلوات الله عليهم) كثيرا ما يبالغون في النهي عن المكروهات بما يدخلها في حيز المحرمات، و في المستحبات بما يكاد يلحقها بالواجبات، فيجب حمله على من بر وارثا على آخر، و أن الأفضل المساواة بينهم، و سيأتي تمام الكلام في هذا المقام ان شاء الله تعالى.

## الخامس

ما تضمنته جملة من الأخبار المذكورة من أن من لم يحسن وصيته عند الموت كان نقصا في مروته و عقله.

الظاهر حمله على ما هو أعم من الوصية بالإقرار بالشهادتين، و جميع ما جاء به النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) كما دل عليه خبر سليمان بن جعفر المتقدم و الإيضاء بماله و عليه، مما كان يتعلق به حال حياته، و يذبه بنفسه من أطفال صغار أو أمور يريد إنفاذها بعد موته، فإن الوصية لغه العهد، يقال: أوصاه و وصاه عهد إليه، فيعد الى من يعمد عليه من أخوانه المؤمنين أن يتصرف في أمواله بعد موته بما يقضى عنه ما وجب في ذمته مما قدمنا ذكره، و ان كان له أولاد صغار قائما مقامه في الولاية عليهم، و يستحب له كما عرفت أن يوصى لبعض أرحامه و أقرباؤه و أن يشهد على ذلك جماعه من إخوانه كما تقدم في خبر سليمان المشار اليه على إيمانه و عقائده، و يعهد إليهم أن يشهدوا له به يوم القيامة، و يشهدهم على ما أوصى به من تلك الأمور الدنيوية مضافه إلى الأمور الأخروية.

و الى بعض ما ذكرنا يشير ما رواه

في الكافي عن مسعده بن صدقه (١)

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ان أجلت في عمرك يومين فاجعل أحدهما لأدبك لتستعين به

ص: ٣٨١

على يوم موتك، قيل، و ما تلك الاستعانه قال تحسن تدبير ما تخلف، و تحكمه».

و لا ريب أن ترك هذه الأمور المشار إليها و عدم الوصيه بها موجب لما ذكروه عليهم السلام من نقصان المروه و العقل.

## السادس

قال ابن إدريس فى كتاب السرائر بعد نقل الخبر المشتمل على قوله «ما أبالى أضررت بورثى أو سرفتهم ذلك المال» ما ملخصه: سرفهم بالسبين غير المعجمه و الرء غير المعجمه المكسوره و الفء، و معناه أخطأتمهم و أغفلتمهم، لأن السرف الإغفال و الخطأ، و قد سرفت الشىء بالكسر إذا غفلته و جهلته، و حكى الأصمعى عن بعض الأعراب أنه و أعدده أصحاب له فى المسجد مكانا فأخلفهم فليل له فى ذلك فقال: مررت بكم فسرفتمكم أى أخطأتمكم و أغفلتمكم الى أن قال:

هكذا نص عليه جماعه أهل اللغه ذكره الجوهرى فى كتاب الصحاح، و أبو عبيده الهروى، و أما من قال فى الحديث سرفتم ذلك المال بالقاف فقد صحف، لأن سرق لا يتعدى الى مفعولين إلا بحرف الجر، يقال سرفت منهم مالا، و سرفت بالفاء يتعدى الى مفعولين بغير حرف الجر، فملخصه ذلك، انتهى.

أقول: فيه أن مرجع استدلاله لهم الى أن سرف يتعدى الى مفعولين بنفسه، و سرق لا يتعدى الى مفعولين إلا بحرف الجر، و هو فى الحديث قد عدى الى مفعولين، فيجب حمله على سرف بالفاء، و الا فمجرد ورود سرف بمعنى أخطائه و جهله لا يدل على ما ادعاه فإنه مسلم، و لكن لا يلزم حمل الحديث عليه.

و أنت خبير بأن ما استند اليه مما ذكره مردود، بأن الظاهر من كلام أهل اللغه أن سرف بالفاء انما يتعدى الى مفعول واحد أيضا، و هو ظاهر صدر كلامه، و ان ادعى فى آخره خلافه، فإن الحكايه التى نقلها عن الأصمعى إنما تضمنت تعديه الى مفعول واحد كما هو فى اللفظ الذى جعل بمعناه من قولهم أخطأتمكم و أغفلتمكم فان الجميع انما عدى فيه الى مفعول واحد، و كذلك قوله و قد سرفت الشىء بالكسر إذا غفلته و جهلته، فإنه انما حكاه متعديا الى مفعول واحد، كاللفظين اللذين جعل بمعناهما.

قال فى القاموس:سرفه كفرح أغفله و جهله،و هو ظاهر أيضا فيما قلناه، على أن ما ادعاه من أن سرق بالقاف لا يتعدى الى مفعولين بنفسه مردود بما ذكره فى كتاب المصباح المنير،حيث قال:و سرق منه ما لا يتعدى الى الأول بنفسه، و بالحرف الجر على الزيادة،و ظاهره كما ترى أنه يقال سرقتة مالا،و سرقت منه مالا،فيتعدى الى المفعول الأول تاره بنفسه،و تاره بالحرف على الزيادة.

و بذلك يظهر لك ضعف ما تكلفه(قدس سره)على أنه لا يخفى ما فى الحمل على الفعل الذى ذهب اليه من الركاه،و ذلك فان الغرض من هذا الكلام و سياقه فى المقام هو المبالغه فى المنع و الزجر عن الحيف فى الوصيه،و الإضرار بالولد أو الوارث،و المناسب لذلك انما هو لفظ سرق بالقاف،فان محصل الكلام أن الإضرار بهم فى الوصيه بمنزله سرقة ذلك من أموالهم المترتب عليه الإثم شرعا، و اشتغال الذمه بالمسروق حتى يردده الى صاحبه،و حينئذ فلا- يجوز،و أما أخطأتهم و جهلتهم،فان مناسبتة فيه للمبالغه فى الإضرار.

و بالجمله فإن كلامه(قدس سره)فى نظرى بمحل من القصور،كما لا يخفى على من لاحظ ما ذكرناه فى هذه السطور،و الله العالم.

و الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مقاصد:

## المقصد الأول فى الوصيه:

### اشاره

و فيه مسائل

[المسأله] الاولى [فى تعريف الوصيه]:

قالوا:الوصيه تمليك عين أو منفعه،أو تسليط على التصرف بعد الوفاء،و المراد بالتسليط المذكور هو أن يوصى اليه بإنفاذ وصاياه، و القيام بأطفاله و مجانيته و هى الوصايا،و ربما اقتصر بعضهم على تمليك العين أو المنفعه و لم يذكر التسليط على التصرف،و منشأ ذلك أن بعضهم أدرج الوصايه التى هى عبارته عن التسليط المذكور فى الوصيه،فذكرها فى تعريف الوصيه،و بعضهم جعلها قسما آخر برأسها،و قسيما للوصيه،كالشهيد فى الدروس،فإنه جعل لكل

ص: ٣٨٣

من الوصيه و الوصايه كتابا على حده، و فى اللمعه قال بالأول، فعرّفهما بما ذكرناه و المفهوم من كلام أكثر الأصحاب أن الوصيه عقد يفتقر إلى الإيجاب و القبول من الموصى اليه، ان كان معيناً، و أما غيره كالفقراء مثلاً فيقبل الحاكم الشرعى أو من ينصبه، و الظاهر فى الثانى كما استظهره جمع من المتأخرين منهم شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك عدم التوقف على القبول، و قد تقدم مثله فى الوقف، ثم انه على تقدير وجوب القبول فى الأول فهل يكفى القبول الفعلى؟ الظاهر كما اختاره جمع من الأصحاب من الاكتفاء بذلك، كالأخذ و التصرف فيه لنفسه، و قد تقدم مثله فى جمله من العقود المتقدمه.

و بذلك يظهر أن عده عقداً كما ذكره لا يخلو من النظر، إذ مقتضى ذلك وجوب الإيجاب و القبول اللفظين، كما صرحوا به فى العقود، إلا- أن يكون عقداً جائزاً كما هو الظاهر، و يؤيده ما سيأتى- ان شاء الله تعالى- من جواز رجوع الموصى ما دام حياً، و الموصى له كذلك ما لم يقبل بعد الوفاه، و ما ذكرنا من اشتراط الإيجاب و القبول اللفظين إنما هو فى العقود اللازمه.

و كيف كان فظاهرهم ايضاً أنه لا تشترط مقارنة القبول للإيجاب. قال فى المسالك: و هو موضع وفاق، و هو مما يؤيد كونه جائزاً لا- لازماً، و الإيجاب لا ينحصر فى لفظ، بل كل لفظ يدل على مقصوده، كقوله أوصيت لفلان بكذا، أو أعطوا فلانا بعد وفاتى كذا، أو لفلان بعد وفاتى كذا، و انما جعل قيداً بعد وفاتى فى المثالين الأخيرين دون الأول، لأن قوله فى الأول أوصيت صريح فى أن العطيّه انما هى بعد الوفاه، فلهذا لم يحتج الى قيد، بخلاف أعطوا فلانا أو لفلان فإنه يكون فى الأول مشتركاً بين الوصيه و بين الأمر بالإعطاء فى حياته، و فى الثانى مشترك بينهما و بين الإقرار له بذلك، فلا بد من قيد يصرف الكلام إلى الوصيه، فزيد فيه قوله بعد وفاتى.

إذا عرفت ذلك، فاعلم أنى لم أقف فى الأخبار على ما يدل على وجوب

القبول، و ان كانت الوصيه لمعين، بل ربما ظهر من إطلاقها العدم، و أنه لا يتوقف على أزيد من الإيجاب بالألفاظ المذكوره، إلا أنه خلاف ما يفهم من عامه كلامهم.

و من الأخبار فى ذلك

صحيحه زراره (١)

«عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل أوصى بثلث ماله فى أعماله و أخواله، فقال: لأعمامه الثلثان و لأخواله الثلث».

و روى فى التهذيب عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٢) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه قالت لأمها: إن كنت بعدى فجاريته لك، فقضى أن ذلك جائز و ان كانت الابنه بعدها فهى جاريته».

الى غير ذلك من الأخبار الكثيره الآتى- ان شاء الله تعالى- جملة منها، فإنها غير مشتمله إلا على الإيجاب خاصه، كما سيظهر ان شاء الله تعالى.

### المسئله الثانيه [فى وقت انتقال الموصى به إلى ملك الموصى له]:

قال الشيخ فى الخلاف: إذا أوصى له بشىء فإنه ينتقل الى ملك الموصى له، بوفاه الموصى، و قال فى المبسوط: إذا أوصى لرجل بشىء فإن ملكه لا يزول عن ذلك الشىء قبل وفاته بلا خلاف، و إذا مات الموصى متى ينتقل الملك الى الموصى له؟ قيل: فيه قولان: أحدهما- ينتقل بشرطين، وفاه الموصى و قبول الموصى له، و إذا وجد الشرطان انتقل الملك عقيب القبول.

و القول الثانى- أنه يراعى ان قبل الوصيه تبين انه انتقل اليه الملك بوفاته، و ان لم يقبل تبين أن الملك انتقل إلى الورثه بوفاته.

و قيل: فيه قول ثالث- و هو أن الملك ينتقل الى الموصى له بوفاه الموصى مثل الميراث، و يدخل فى ملك الورثه بوفاته، فان قبل ذلك استقر ملكه عليه، و ان رد انتقل عنه الى ورثته، قال: و هذا قول ضعيف، لا يفرع عليه، بل على الأول ثم قال بعد ذلك: الأقوى أن يقال. ان الشىء الموصى به ينتقل الى ملك

ص: ٣٨٥

١- (١) الكافى ج ٧ ص ٤٥ ح ٣، التهذيب ج ٩ ص ٢١٤ ح ٨٤٥. الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٤ الباب ٦٢.

٢- (٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٠٠ ح ٧٩٧. الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٥ ح ١١.

الموصى له بوفاه الموصى، و قد قيل: انه بشرطين بالموت و قبول الموصى له، و قيل أيضا انه يراعى، فان قبل علم أنه انتقل بالموت اليه، و ان رد على أنه بالموت انتقل إلى الورثه، قال: و على ما قلناه لو أهل شوال ثم ذكر بعض الفروع الآتية ان شاء الله تعالى فى المسئله، و نقل عن ابن الجنيده ما يدل على علل موافقته للشيخ فى الخلاف.

و قال ابن إدريس: الأقوى فى نفسى أنه لا ينتقل بالموت، بل بانضمام القبول من الموصى له لا بمجرد الموت، و قال فى المختلف بعد نقل الأقوال المذكوره:

و المعتمد أن نقول الوصيه ان كانت لغير معين، كالفقراء و المساكين، و من لا- يمكن حصرهم كبنى هاشم، أو على مصلحه كمسجد أو قنطره أو حج أو مدرسه أو غير ذلك لم يفتقر الى قبول، و لزمتم بمجرد الموت لتعذر اعتبار القبول من جميعهم، فسقط اعتباره كالوقف عليهم، و ان كانت لمعين افتقرت الى القبول، و لا يحصل الملك قبله، لأن القبول معتبر فتحصيل الملك له قبل قبول لا وجه له مع اعتباره، و لأنه تمليك عين لمعين، فلم يسبق الملك القبول كسائر العقود، و لأن الموصى له لو رد الوصيه بطلت، و لو كان قد ملك بمجرد الإيضاء لم يزل الملك بالرد كما بعد القبول، و لأن الملك فى الماضى لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل، لامتناع تقدم المشروط على شرطه، انتهى.

و قال فى المسالك: لا خلاف فى توقف ملك الوصيه على الإيجاب من الموصى لأنه أحد أركان العقد الناقل للملك، أو تمام الركن، حيث لا- يعتبر القبول على بعض الوجوه، و فى توقفه على موته، لأن متعلقها هو الملك، و ما فى معناه بعد الموت فقبله لا ملك، و انما الخلاف فى أن قبول الموصى له هل هو معتبر فى انتقال الملك اليه بالموت؟ بمعنى كونه شرطا فى الملك أو تمام السبب المعبر بدونه أصلا، و يعتبر فى الجملة أعم مما ذكر أو لا يعتبر أصلا، بل ينتقل اليه الملك على وجه القهر، كالإرث لا بمعنى استقراره له كذلك، بل بمعنى حصوله مترزلا، فيستقر

بالقبول، و يبطل استمراره بالرد، و ينتقل عنه إلى ورثه الموصى، فهذه أقوال ثلاثة، انتهى.

أقول: لا- يخفى على من راجع كلامهم في المقام، و ما وقع لهم من النقص و الإبرام أن هذا البحث و الاختلاف إنما هو بالنسبة إلى الوصيه لمعين، من حيث اشتراط القبول فيها عندهم، و أما فيما لم يشترط فيه القبول، فإنه لا خلاف في الانتقال بمجرد الموت.

قال في المسالك: و اعلم أن موضع الخلاف الوصيه المفتقره إلى القبول، فلو كانت لجهه عامه كالفقراء و المساجد، انتقلت إلى الجهه المعينه بالوفاه بغير خلاف حيث تكون الوصيه نافذه، انتهى.

و أنت خير بأن المسئله غير منصوصه، و لهذا صارت محل الاشكال و مطرحا للقول و القول و منشأ هذا الاشكال و البحث في هذا المجال من حيث اشتراط القبول في الوصيه لمعين، و أنه لا يصح الوصيه بدونه، مع أنهم لم يوردوا له دليلا شرعيا، و لا نصا مرعيا، و إنما عللوه بعلة اعتباريه، و قد تتبع ما حضرني من النصوص فلم أقف فيها على ما يدل على هذا الشرط، و أنه لا تصح الوصيه إلا به، و ربما ظهر من إطلاق كثير منها عدمه و من ذلك صحيحه زراره و روايه عبد الرحمن بن أبي عبد الله المتقدمين.

و ما رواه

في الكافي و الفقيه في الصحيح عن محمد بن قيس (١)

«عن أبي جعفر عليه السلام قال: قلت له: رجل أوصى لرجل بوصيه من ماله ثلث أو ربع فيقتل الرجل خطأ يعنى الموصى، فقال: تجاز لهذه الوصيه من (ماله) و من ديته».

و بهذا المضمون أخبار أخر، داله على إخراج الوصيه من الديه، كما يخرج من الميراث.

و في الصحيح عن محمد بن قيس (٢)

«عن أبي جعفر عليه السلام قال، قضى

ص: ٣٨٧

١- (١) الفقيه ج ٤ ص ١٦٨ ح ٥٨٨، الكافي ج ٧ ص ٦٣ ح ٢١، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٧ ح ٨٢٢ (من ميراثه و من ديته).

٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ٢٨ ح ١. و هما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٢ ح ١ و ص ٤٦٧ الباب ٨٠.

أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب كان تحته امرأه حره فأوصت له عند موتها بوصيه، فقال: أهل الميراث لا نجيز وصيتها له، انه مكاتب لم يعتق ولا يرث، فقضى بأنه يرث بحساب ما أعتق منه، ويجوز له من الوصيه بحساب ما أعتق منه، وقضى في مكاتب أوصى له بوصيه، وقد قضى نصف ما عليه فأجاز له نصف الوصيه، وقضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصيه فأجاز ربع الوصيه».

وبهذا المضمون أيضا أخبار عديده و ظاهر هذه الأخبار كما ترى أنه ينتقل الموصى به الى الموصى له، وان لم يحصل القبول، إذ لا إشاره في شيء منها الى اشتراط القبول من الموصى له كما ادعوه، وإطلاقها كما ترى شامل لما لو كان ثمه قبول أو لم يكن، وعدم الاستفصال دليل العموم في المقال، كما صرح به جمله علمائنا الأبدال، ويؤيد ما ذكرنا ظاهر الآيه، أعنى قوله سبحانه (١) «مَنْ بَعْدَ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ» و جواب العلامه - بحمل الآيه على معنى وصيه مقبوله و الوصيه بدون القبول ليست كذلك، - لا يخرج عن المصادره، مضافا الى أن ما ذكره خلاف الظاهر، و ارتكاب التقدير و التأويل، فرع وجود الدليل على القبول و بهذا يظهر أن ما ادعوه أيضا من كون الوصيه من جمله العقود محل توقف و اشكال لعدم الدليل عليه، مع ظهور هذه النصوص و نحوها في عدم وجود القبول فيها، و لو كان عقدا لوجب القبول، و دل عليه دليل منها، و الأمر كما ترى بخلافه.

فإن قيل: انه لا - تصريح في أكثرها بالموت أيضا، بل ظاهرها حصول الانتقال بمجرد الوصيه، مع أنكم لا تقولون به، قلنا: قد قام الدليل على أن للموصى الرجوع في الوصيه ما دام حيا، و هو مؤذن بعدم الانتقال عنه في حياته، فوجب تخصيص إطلاق هذه الأخبار بذلك، و أما القبول فلم يقد عليه دليل، ليتمكن تخصيصها به أيضا، فيبقى الإطلاق بالنسبه إليه سالما من المعارض، و حينئذ فإذا لم يقد دليل على اعتباره فإنه يرجع الحكم فيه الى حكم الوصيه لغير معين.

ص: ٣٨٨



نعم حيث ان ظاهرهم الاتفاق على أن للموصى له الرد، و عدم القبول فينبغي أن تفرق بين الأمرين، بأن الانتقال في غير المعين انتقال تام لازم، و في المعين انتقال متزلزل، فبالقبول يستقر و يستمر، و بعدم القبول تبطل، و يعود إلى ورثه الموصى، على أن للمناقشه أيضا طريق فيما ذكر، و هو ان لموصى له الرد، فانا لم نقف له على دليل، و ما المانع من كون ذلك كالميراث، ليس له رده شرعا، فان ظاهر الأخبار التي قدمناها ذلك، إلا أن الخروج عما ظاهرهم الاتفاق عليه مشكل، و كيف كان فالمسئله غير خاليه من الاشكال، و الاحتياط فيها مطلوب على كل حال.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنهم قد فرعوا على هذا الخلاف المتقدم فروعا عديده:

أحدها- كسب العبد و ثمر الشجره، و سائر زوائد الموصى به المتجدد بين الموت و القبول، فان قلنا أنه يحصل الانتقال بالموت خاصه، كما هو مذهب الشيخ في الخلاف و من تبعه، فهي للموصى له قبل الوصيه أو ردها، لأن العين قد انتقلت اليه، و نماءها تابع لها، و لو ردها احتتمل رد نماءها أيضا على الورثه تبعا لها، و احتمل العدم، لأن النماء ليس من الموصى به الذي يتخير بين رده و قبوله، و هو قد ملكه بملك العين بعد الموت، فلا يزول ملكه عنه، و رد العين من حيث كونها موصى بها، و هو لم يقبل الوصيه لا يستلزم رد النماء، لأنه ليس من الموصى به، كما ذكرنا، بل ملكه من جهه أخرى، و سبب آخر.

و ان قلنا انه لا- يحصل الانتقال إلا بالقبول، كما هو مذهب العلامه في المختلف، فإن الزوائد و النماء في تلك المده لا تكون للموصى له قبل الوصيه بعد ذلك أو ردها، لأنها تجددت قبل أن تدخل العين في ملكه، و قبوله بعد ذلك لو قبل انما يوجب انتقال العين خاصه، و هي الموصى بها.

بقى الكلام فيما إذا لم ينتقل للموصى له، ففي مستحقها من الموصى- من

حيث انها من جمله التركة فيقضى منها ديونه، و ينفذ منها وصاياه كالأصل-أو الورثة لحدوثها بعد زوال ملكه بالموت:وجهان أقربهما للاعتبار الثاني، و ان قلنا بالمراعاة و الوقف،صارت هذه الزوائد أيضا موقوفه،فإن قبل فهي له و إلا فلا.

و ثانيها-فطره العبد الموصى به إذا حل وقت وجوبها بين الموت و القبول، فعلى القول الأول تكون على الموصى اليه، و ملكها بالموت، و على الثاني فليس على الموصى له شيء، لعدم الانتقال اليه، و قبوله بعد ذلك لو قبل لا يستلزم الوجوب، و قد فات وقته، و على الثالث أيضا لا- يلزم، و على هذين القولين، تسقط الفطره هنا، قالوا: و فى معنى الفطره هنا المؤمن المحتاج إليها بين القبول و الموت.

و ثالثها- أنه إذا زوج أمته حرا و أوصى له بها، فعلى تقدير القول الأول و هو الانتقال بعد الموت فإنه يفسخ النكاح من يوم الموت، لدخولها فى ملكه فى ذلك الوقت، فيبطل العقد السابق، و على القولين الآخرين فان رد الوصيه استمر النكاح، لعدم ما يوجب بطلانه، و ان قبلها انفسخ النكاح على كل من القولين، لكن يكون الانفساخ من يوم القبول على القول الثانى، لأن دخولها فى ملكه بعد القبول و من يوم الموت على الثالث، و هو المراعاة و التوقف، لانكشاف ذلك بالقبول و تبينه به، الى غير ذلك من الفروع المذكوره فى كلامهم، من أحب الوقوف عليها فليرجع الى مطولات الأصحاب.

### **المسئله الثالثه [فى عدم الفرق بين وقوع القبول قبل موت الموصى أو بعده]:**

المشهور فى كلام الأصحاب بناء على وجوب القبول فى الوصيه كما هو المتفق عليه ظاهرا فى كلامهم، أنه لا فرق بين وقوع القبول قبل وفاه الموصى أو بعدها، أما قبل وفاه الموصى فلأنه قبل ما نقل اليه من الملك على الوجه الذى نقل اليه، و ان لم يكن فى وقته، و الإيجاب هنا انما أفاد التمليك قبل وقت الانتقال، إذ الانتقال إنما يحصل بالموت، و القبول هنا وقع طبق هذا الإيجاب، و أما بعد وفاه الموصى فلا اشكال و لا خلاف فى اعتبار القبول لمطابقته

للإيجاب الصادر من الموصى، لأنه أوقع تمليكا مقرونا بالوفاء و قد حصلت الوفاء، فقبل الموصى له ذلك.

و نقل عن جمع من الأصحاب منهم العلامة (قدس سره) اختصاص اعتبار القبول بهذه دون الأولى، محتجين على عدم اعتباره فى الصورة الأولى، بأنه أوجب له بعد موته، فقبل الموت ليس محلا للقبول، فأشبهه القبول قبل الوصيه، و كذا لو باعه ما يملكه بعد، و بعدم المطابقه بين الإيجاب و القبول.

و رد ذلك بما أشير إليه فى بيان الوجه فى الصورة المذكوره، و توضيحه أن القبول لا يلزم أن يحصل به الملك، و انما يحصل به تمام سببه، و هو لا يوجب وجود مسببه، لجواز تخلفه لفقد شرطه، و هو هنا كذلك، لأن الموت شرط فى انتقال الملك و الإيجاب كما وقع قبل زمان الملك ناقلا له فى وقت متأخر، فكذلك القبول، و المطابقه حاصله، و الفرق بينه و بين بيع ما يملكه واضح، فان ذلك ممتنع شرعا إيجابا و قبولا و هنا لا مانع منه إلا بواسطة التخييل المذكور، و هو غير مانع.

أقول: لا- يخفى انه لو كان اعتبار القبول مستندا الى النصوص، لكان الواجب النظر فى ذلك النص، و ما يستفاد منه، من عموم و خصوص، إلا- أنه ليس فى المقام نص كما عرفت، و لا- دليل، و ليس إلا ظاهر كلامهم و اتفاقهم على الحكم المذكور، و حينئذ فليس هنا مسرح للنظر فى تصحيح شىء من القولين المذكورين إلا بهذه التعليلات الاعتباريه، و قد عرفت ما فى الاعتماد عليها من الاشكال، فتبقى المسئله فى طاموره التردد و الاحتمال، و ان كان ما علل به المشهور أقرب الى الاعتبار.

#### **المسئله الرابعه [فى حكم وقوع الرد بعد الموت و القبول و قبل القبض]:**

قالوا: لو رد الوصيه فى حال حياه الموصى جاز أن يقبل بعد وفاته، إذ لا حكم لذلك الرد، و ان رد بعد الموت و قبل القبول بطلت، و كذا لو رد بعد القبض و قبل القبول، و لو رد بعد الموت و القبول و قبل القبض قيل:

تبطل، و قيل: لا تبطل.

أقول: ينبغي أن يعلم أولا- أنه لا- خلاف كما عرفت آنفا في أن الملك في الوصية متوقف على الإيجاب و القبول و موت الموصى، فبدون الثلاثة المذكوره لا يحصل الملك قطعا، و انما اختلفوا في أن القبض مع ذلك هل هو شرط في تحقق الملك أم ليس بشرط.

ف قيل: بالأول كالهبة و الوقف، لاشتراكهما في العله المقتضيه له، و هو العطييه المتبرع بها مع أولويه الحكم في الوصيه، من حيث ان العطييه في الهبه و ما في معناها منجزه، و في الوصيه مؤخره، و الملك في المنجز أقوى منه في المؤخر، بقريته نفوذ المنجز الواقع من الأصل على خلاف، بخلاف المؤخر.

و قيل: بالثاني لأصالة العدم، و عموم «الأمر بالوفاء بالعقود» الشامل لموضع النزاع، و بطلان القياس، من حيث خروج الهبه و نظائرها بدليل خاص و قد تقدم، و هو لا يتناول الوصيه، و الأولويه المذكوره لا تفيد الحكم المتنازع و أصل الخلاف واقع في المؤخر أيضا، كما سيأتي ان شاء الله تعالى.

أقول: و يدل على ذلك ما رواه

العباس بن عامر في الصحيح (1) قال:

«سألته عن رجل أوصى له بوصيه فمات قبل أن يقبضها، و لم يترك عقبا؟ قال: أطلب له وارثا أو مولى فادفعها اليه، قلت: فان لم أعلم له وليا، قال: اجهد على أن تقدر له على ولي فان لم تجده و علم الله منك الجد فتصدق بها». و هو صريح في المدعى كما ترى، و هو أيضا ظاهر فيما قدمنا ذكره من صحه الوصيه أعم من أن يكون قبل أو لم يقبل، و بذلك تظهر لك قوه القول الثاني، و هو كون القبض ليس بشرط في ملك الوصيه.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن من فروع الملك و عدمه عندهم رد الموصى له الوصيه، فإن وقع الرد بعد تحقق الملك لم يؤثر رده في إبطال الملك، لأن الملك لا يزول باعراض صاحبه عنه.

ص: ٣٩٢

نعم ربما أفاد الإباحه فى بعض الموارد إلا- أن اباحه التصرف لا تقتضى زوال الملك، و على هذا فإذا وقع الرد بعد الموت، و القبول و القبض لا يؤثر شيئاً، لأن الملك هنا قد استقر، و ثبت إجماعاً فلا حكم للرد اتفاقاً، و ان وقع الرد بعد الموت و القبول و قبل القبض بنى الكلام على الخلاف المتقدم، فان قلنا ان القبض شرط فى الملك صح الرد قبله، و بطلت الوصيه، و إلا فلا، كما لو وقع بعده، فإنه لا- أثر له فى البطلان، و ان وقع الرد بعد الموت و قبل القبول، قبض أو لم يقبض، بطلت الوصيه، لأن الملك لم يتحقق حينئذ، فكانت الوصيه من قبيل العقد الجائر إذا أبطله أحد المتعاقدين، أو اللازم إذا رده أحدهما بعد الإيجاب و قبل القبول.

أقول: صحه الحكم هنا مبنيه على تسليم شرطيه القبول كما هو مسلم بينهم، و أما على ما يظهر من الأخبار كما عرفت و ستعرف ان شاء الله تعالى، من أنه لا- دليل عليه، بل الدليل ظاهر فى خلافه، فإنه يحكم بالصحه و ان وقع الرد قبل الوفاه، سواء كان قبل القبول أم لا- فالرد هنا عندهم لا- حكم له، فله أن يجدد القبول بعد ذلك، لأن الرد فى حكم العدم، حيث لم يصادف محلاً إذ التملك لا- يحصل إلا- بعد الوفاه، فرده هنا انما هو فى معنى رد ملك غيره، و هو غير معقول، فيقع لاغياً، لأنه و ان قبله فالشرط لملكه موت الموصى إجماعاً، و الفرق- بين الرد فى هذه الصوره و بين الرد بعد الموت و قبل القبول، فى أن الأول لا حكم له، بل له أن يجدد القبول، و فى الثانى تبطل الوصيه كما تقدم، مع اشتراكهما فى عدم حصول الملك فيهما- أن الملك بعد الموت و قبل القبول و ان لم يحصل على وجه اللزوم الذى لا يؤثر الرجوع فى زواله، إلا أنه حاصل فى الجملة، باعتبار أن القبول كما تقدم كاشف عن الملك السابق، أو جزء السبب، فالملك حاصل فى الجملة، إلا أنه بقى موقوفاً على القبول لا غير، فالرد حينئذ واقع فى محله، و ملخصه أن التملك من الموصى قد حصل، و بقى موقوفاً على رضاه بذلك و قبوله، فإذا رده تبين عدم الرضا و القبول، فتبطل الوصيه كما لو أوجب البائع البيع فرده المشتري و لم يقبل، و هذا بخلاف

الرد الواقع حال الحياه فإن الملك لم يحصل بالكلية و ان قبل فى تلك الحال.

هذا كله فيما لو تعلق الرد بالجميع، أما لو رد بعضا و قبل بعضا فإنه يصح فيما قبله، و يبقى الكلام فى البعض الذى رده، فبنى على الفروض المتقدمه من الرد فى حال الحياه أو بعد الوفاء، قبل القبول أو بعده، مع القبض أو عدمه.

و بالجمله فإن الوصيه لما كانت تبرعا محضا لم ترتبط أجزاءها ببعضها ببعض، فكما يصح قبولها جميعا يصح قبول بعضها، و يلزمه حكمه خاصه، و يلزم الآخر أيضا حكمه المتقدم، و هذا بخلاف البيع و نحوه من عقود المعاوضات، فإن البائع لو باعه جملة فقبل المشتري بعضها، وقع قبوله لاغيا، لأن الغرض فيه مقابله أجزاء العوض بأجزاء المعوض، و البعض الذى اختص بالقبول غير مقصود للبائع إلا- مقيدا بالجمله، بخلاف التبرع المحض، فإن القصد إلى الجمله يتضمن القصد الى كل واحد من أجزاء منضمه و منفرده، و من ثم لو أوصى بما زاد على الثلث و لم يجز الوارث بطل فى الزائد، و صح فى قدر الثلث و ان قبل الموصى له لعدم الارتباط الذى بيناه، هكذا قيل.

و فيه نظر، فان ما ادعى من أنه لو قبل المشتري بعض الجمله المباعه دون بعض وقع لاغيا، لا دليل عليه شرعا، و ما علل به من هذا الوجه الاعتبارى لا- يصلح لتأسيس حكم شرعى، و لو تم ما ادعوه من الارتباط بين أجزاء المبيع فلا- يصح فى بعض دون بعض، للزم البطلان فيما لو باع ماله و مال غيره صفقه، فيبطل البيع فى الجميع، مع أنه ليس كذلك، بل يصح البيع فى ماله، و يختص البطلان بمال الغير، و يوزع الثمن بالنسبه كما تقدم ذكره فى محله.

و به يظهر ما فى قوله و من ثم لو أوصى بما زاد على الثلث الى آخره حيث جعل مناط الصحه فى الثلث خاصه، و البطلان فيما زاد هو عدم الارتباط، مع أن مثله كما عرفت وارد فى المبيع، و حينئذ فلا يتم ما ادعوه كليا.

و بالجمله فإن المدار فى الأحكام الشرعيه كيف كانت، انما هو على النصوص الشرعيه، دون هذه التعليلات العقليه، و الله العالم.

## المسئله الخامسه [فى انتقال حق قبول الوصيه إلى ورثه الموصى له لو مات]:

الأشهر أنه لو مات الموصى له قبل القبول سواء مات فى حياه الموصى أم بعد وفاته، فإن وارثه يقوم مقامه فى قبول الوصيه، و تكون الوصيه له كما كانت لمورثه، إلا أن يرجع الموصى فى الوصيه.

و يدل على هذا القول ما رواه

المشايخ الثلاثه (نور الله تعالى مراقدهم) فى الصحيح عن محمد بن قيس (١)

«عن أبى جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل أوصى لآخر و الموصى له غائب، فتوفى الذى أوصى له قبل الموصى، قال:

الوصيه لو ارث الذى أوصى له، قال و من أوصى لأحد شاهدا كان أو غائبا، فتوفى الموصى له قبل الموصى، فالوصيه لو ارث الذى أوصى له إلا أن يرجع فى وصيته قبل موته». و مورد هذه الروايه انما هو موت الموصى له فى حياه الموصى، فلا يمكن الاستدلال بها على ما قدمنا من المدعى، و حينئذ فينبغى أن يجعل المدعى انه لو مات الموصى له فى حياه الموصى قبل القبول، فهل تصح الوصيه أم لا؟ فتكون الروايه المذكوره مستندا للقول بالصحه، إلا أن ظاهرهم أن محل الخلاف هو الأعم كما حررناه، و ربما كان المستند فى تعميم الحكم ما لو مات بعد موت الموصى، هو الأولويه، و فيه ما فيه.

و طعن فى هذه الروايه فى المسالك و قبله العلامه فى المختلف، بأن محمد بن قيس مشترك بين جماعه فيهم الضعيف و الثقه، قال فى المسالك بعد نقل الروايه و هذه الروايه نص فى الباب لو تم سندها، إذ لا يخفى أن محمد بن قيس الذى يروى عن الباقر عليه السلام مشترك بين الثقه و الضعيف و غيرهما، فكيف تجعل روايته مستندا للحكم، إلا أن يدعوا جبرها بالشهره على ما هو المشهور بينهم فى ذلك، و فيه ما فيه.

أقول: الذى صرح به جمله من محققى متأخرى المتأخرين منهم سبطه

ص: ٣٩٥

١- ١) الكافى ج ٧ ص ١٣ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٠ ح ٩٠٣، الفقيه ج ٤ ص ١٥٦ ح ٥٤١، الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٩ ح ١.

السيد السند فى شرح النافع و غيره أن محمد بن قيس هنا هو الثقة البجليّ، بقريته عاصم بن حميد الراوى عنه، كما صرح به الشيخ فى الفهرست، و حيثما يوجد هذا السند فإنهم ينظمونه فى سلك الصحيح، و هذه المناقشه قد تكررت من شيخنا المذكور فى المسالك فى غير موضع، و هو غفله محضه.

و بالجمله فالخبر صحيح صريح فى المدعى، ثم ان أصحاب هذا القول عللوه أيضا زياده على الخبر المذكور بناء على قواعدهم من التعليل بالعلل العقليه بأن القبول كان حقا للمورث فيثبت لوارثه بعد موته، كباقي الحقوق الموروثة من الخيار و الشفعه و غيرهما، و اعترضه فى المسالك قال: و أما الاستدلال بكون القبول حقا للمورث، ففيه منع كليه الكبرى المدعيه، أن كل حق يورث ان سلم أن القبول حق، فان حق القبول لا- يورث فى سائر العقود إجماعا، كما لو باع أو وهب فمات المشتري أو الموهوب قبل القبول، فقبل الوارث، و ان كان على الفور، فإنه لا يعتد به قطعا، فكذا هنا، انتهى.

أقول قد عرفت مما قدمناه آنفا أنه لا دليل على اعتبار هذا القبول الذى يدعونه، و لا على كون الوصيه عقدا يتوقف على الإيجاب و القبول، كما هو المشهور بينهم، بل ربما دل ظاهر الصحيحه المذكوره هنا مضافا الى ما سلف من الأخبار على أنه بمجرد الوصيه قد حصل الانتقال الى الموصى له، و ثبت له الحق، و ان كان متزلزلا مراعى بوفاه الموصى، إذ لا وجه للانتقال الى الوارث قبل موت الموصى، إلا بالتقريب الذى ذكرناه، و حينئذ فالموروث انما هو الوصيه، لا القبول الذى ادعوه كما فى عنوان المسئله، فجعلوا محل الخلاف فى أنه هل يورث القبول لو مات الموصى له قبل القبول أم لا؟ و صحيحه محمد بن قيس المذكوره ظاهره فيما قلناه، حيث قال عليه السلام فى الجواب «الوصيه لوارث الذى اوصى له» أى أنه لما أوصى الى ذلك الرجل فمات الموصى له فهى لوارثه، ان لم يرجع الموصى فيها، فالموروث هو الوصيه، لا القبول إذ لا دليل، بل لا إشعار فى شيء من الأخبار به بالكليه، و الحمل على تقدير مضاف



فى الكلام يعنى قبول الوصيه لوارث الذى اوصى له خلاف الظاهر، و الأصل عدمه.

و نقل عن جماعه من الأصحاب منهم ابن الجنيد و العلامه فى المختلف القول ببطلان الوصيه فى الصوره المذكوره، مستندين الى أن الوصيه عقد يفتقر إلى إيجاب و قبول من الموجب له، فيبطل بموته.

و استندوا مع ذلك الى

صحيحه أبى بصير و محمد بن مسلم (١)

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سئل عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصى؟ قال: ليس بشىء».

و فى الموثق عن منصور بن حازم (٢)

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سأله عن رجل أوصى لرجل بوصيه أن حدث به حدث فمات الموصى له قبل الموصى؟ قال:

ليس بشىء».

أقول: أنت خير بما فى هذين الخبرين من الإجمال، و تعدد الاحتمال المانع من الاعتماد عليهما فى الاستدلال، قال فى المسالك: و الحق أن هاتين الروايتين لا صراحه فيهما فى المطلوب، لأنهما كما يحتملان أن الوصيه لا شىء يعتد به، بمعنى بطلاها، يحتمل إرادته أن الموت ليس بشىء ينقض الوصيه، بل ربما كان الثانى أنسب بأسلوب الكلام، و تذكير الضمير المستتر فى الفعل، و به يندفع التناقض بين الروايات، فيكون أولى، انتهى.

و الشيخ فى التهذيبين حملهما على ما إذا رجع الموصى بعد موت الموصى له عن وصيته، فاما مع إقراره على الوصيه، فإنها تكون لورثته، قال: و قد فصل ذلك فى خبر محمد بن قيس السابق، و لا يخفى ما فيه من البعد عن الانطباق على سياق الكلام، و احتمال فى الوافى حملهما على ما إذا كان هناك قرينه تدل على إرادته الموصى له بخصوصه، دون ورثته.

أقول: و يحتمل و لعله الأقرب حملهما على التقيه كما ذكر فى الوسائل،

ص: ٣٩٧

١-١) التهذيب ج ٩ ص ٢٣١ ح ٩٠٦، الوسائل ج ١٣ ص ٤١٠ ح ٤.

٢-٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٣١ ح ٩٠٧، الوسائل ج ١٣ ص ٤١٠ ح ٥.

قال:لأنه مذهب أكثر العامه،و كيف كان فان الخبرين المذكورين لما عرفت لا يبلغان قوه المعارضه للصحيحه السابقه،و لعله لأجل ذلك جعلهما فى المختلف مؤيدين،بعد أن علل البطلان بأن الوصيه عقد يفتقر إلى الإيجاب و القبول،قال:

و قد بينا أن القبول المعتمد به هو الذى يقع بعد الوفاه فصار الموت حينئذ فلا عبره به،انتهى.

و فيه ما عرفت،و قيل هنا:قول ثالث بالتفصيل كما نقله فى المسالك عن بعض الأصحاب،من أنه خص البطلان بما إذا مات الموصى له قبل الموصى عملا بمدلول هاتين الروايتين،قال:فلو مات بعده لم تبطل،للأصل و عدم المعارض.

أقول:لا يخفى أن هذه الروايات المذكوره انما تعارضت و تصادمت فى موت الموصى له فى حياه الموصى،فالصحيحه المتقدمه صريحه فى الصحه و الانتقال الى الوارث،و الروايتان الأخريان على ما عرفت،من الإجمال و الاحتمال،و ان ادعى منهما الدلاله على البطلان.

و كيف كان فان حكم موت الموصى له بعد موت الموصى غير معلوم من هذه الأخبار،و حينئذ فيمكن أن يقال:ان مع موت الموصى له فى حياه الموصى فالحكم الصحه،عملا بالصحيحه المذكوره،و أما بعد وفاته فالوجه فى الحكم بالصحه أيضا هو ما ذكره هذا القائل بالتفصيل من أن الأصل الصحه،و لا معارض هنا لها، و يؤيده أيضا ما قدمناه فى صدر المسئله الرابعه (١) من صحيحه العباس بن عامر الداله على موت الموصى له قبل قبض الوصيه فأمر عليه السلام الوصى أن يطلب له وارثا ليدفع إليه الوصيه،و ظاهر سياقها أن موته بعد موت الموصى كما هو محل البحث.

و روايه محمد بن عمر الساباطى (٢)قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام يعنى الثانى عن رجل أوصى الى و أمرنى أن أعطى عما له فى كل سنه شيئا،فمات العم؟ فكتب عليه السلام أعط ورثته».

ص: ٣٩٨

١-١) ص ٣٩٢.

٢-٢) الكافى ج ٧ ص ١٣ ح ٢،الوسائل ج ١٣ ص ٤١٠ ح ٣.

و هذه الروايه أيضا ظاهره فى أن موت العم بعد موت الموصى، لأنه مع حياه الموصى لم يتحقق الملك للموصى له ليأمر بالدفع الى ورثته، و يؤكد أيضا أن المعطى و السائل انما هو الوصى الموصى إليه بتنفيذ الوصايا، و هو لا يكون إلا بعد موت الموصى كما هو ظاهر، و أما احتمال إرجاع الضمير فى ورثته الى الرجل الموصى المسؤل عنه فى صدر الخبر، فمن الاحتمالات السخيفه التى لا ينبغى النظر إليها.

و بالجمله فإن هذين الخبرين ظاهران فى أن مع موت الموصى له بعد وفات الموصى: فإنه لا ريب فى صحه الوصيه، و أنها تدفع للموصى له، و لو ارثته، لأنه استحقها و ملكها بالوصيه و تحرر الملك، و لزم بموت الموصى، و مدلولهما غير ما دلت عليه الأخبار المتقدمه، فلا تنافى بين الجميع و لا تعارض، لان مدلول تلك كما عرفت موت الموصى له فى حياه الموصى، و مدلول هذه بعد موت الموصى، و بما ذكرناه لك يظهر ضعف القول بالتفصيل المذكور، لأنه مبنى على دلالة الروايتين المتقدمتين على بطلان الوصيه، و قد عرفت ما فيه، و أن الأصح هو الصحه للصحيحه المتقدمه و عدم صراحه هاتين الروايتين المذكورتين فى المنافاه، بل الظاهر من جميع هذه الروايات التى أوردناها فى المقام هو الصحه، سواء مات الموصى له فى حال حياه الموصى أو بعد موته بالتقريب الذى شرحناه.

و به يظهر أيضا ضعف القول بالبطلان كما ذهب إليه فى المختلف، لدلاله هذين الخبرين على الصحه فى صورته موت الموصى له بعد موت الموصى، و دلالة صحيحه محمد بن قيس على الصحه قبل موته، و هو قد حكم بالبطلان فى الموضوعين، و الله العالم.

### **المسئله السادسه [فى كيفية انتقال الوصيه إلى الورثه]:**

قال المحقق فى الشرائع: فرع لو أوصى بجاريه و حملها لزوجها و هى حامل منه، فمات قبل القبول، كان القبول للوارث، و إذا قبل ملك الوارث الولد، ان كان ممن يصح له تملكه، و لا ينعق على الموصى له، لأنه لا يملك بعد الوفاه، و لا يرث أباه، لأنه رق، إلا أن يكون ممن ينعق على الوارث الى آخره.

قال فى المسالك بعد ذلك: هذا فرع على المسئلة السابقة المتضمنه لكون القبول موروثا، فإذا فرض كون الموصى به جاربه و حملها، والحال أن الحمل ولد الموصى له بتزويج أو غيره، ففرض المصنف كون الموصى له زوجا غير لازم، و يفرض كون الحمل رقا لمولى الجاربه بالاشتراط على القبول بصحته، و حينئذ فإذا مات الموصى له قبل القبول و قلنا بانتقال حقه الى وارثه، فقبل الوصيه بهما، ملك الجاربه و الولد، و لا يعتق الولد لأن أباه لم يملكه، و انما انتقل ملكه الى الوارث ابتداء كما أشرنا إليه سابقا، نعم لو كان ممن يعتق على الوارث كما لو كان الوارث ابنا و الحمل أنثى، انعتق عليه، انتهى المقصود من كلامه.

أقول: قد عرفت مما قدمناه أن ما يدعونه من القبول فى هذا المقام مما لم يقم عليه دليل، ربما دلت ظواهر الأخبار على عدمه، و حينئذ فجميع ما يفرع على ذلك لا يخلو من الاشكال، و منه ما ذكره هنا من أنه كما أن للموصى إليه التخير فى القبول و عدمه، كذلك يثبت للوارث التخير فى قبول الوصيه و عدمه فلو مات الموصى إليه قبل القبول تخير الوارث بين القبول، فيملك ما أوصى به و عدمه فلا يملكه، و المفهوم من الروايات التى قدمناها فى سابق هذه المسئلة هو أنه متى مات الموصى إليه فى حياه الموصى أو بعد موت الموصى، فإن الوصيه تنتقل الى الوارث انتقالا موجبا للملك، غير متوقف على شىء إلا موت الموصى ان مات الموصى إليه فى حال حياه، فان ما اشتملت عليه صحيحه العباس بن عامر من أمره عليه السلام بطلب الوارث و الدفع اليه، ثم أمره بالصدقه عنه بعد تعذر الوقوف عليه أظهر ظاهر، و أصرح صريح فى الانتقال اليه من غير توقف على شىء، و إلا- لكان الأنسب أنه حيث تعذر الوارث فإنه ترجع الوصيه إلى ورثه الموصى، لتعذر القبول الذى هو شرط عندهم بتعذر وجود الوارث، مع أنه عليه السلام مع تعذر الوارث أمر بالصدقه عنه، أو عن الموصى له، أو عن و هو صريح فى ملك الموصى له و وارثه من بعده، بمجرد الوصيه و موت الموصى، و كذلك حكمه عليه السلام فى روايه محمد بن عمر

السباطى بكونه لورثه العم، كان ينبغى تقييده ان قبلوا ذلك و إلا فلا، و كذلك حكمه عليه السلام فى صحيحه محمد بن قيس بأن الوصيه لوارث الذى أوصى له من غير استفعال بين قبوله و عدمه، و لو كان الأمر كما يدعونه لكان الواجب أن يقول ان الوصيه له ان قبل، و إلا فلا.

و بالجمله فإنه لا يخفى على المتأمل فى سياق الأخبار المذكوره سيما صحيحه العباس بن عامر أنه بموت الموصى إليه تنتقل الوصيه إلى وارثه انتقالا صحيحا شرعيا موجبا للملك، غايه الأمر أنه ان كان الموت فى حياه الموصى فإن الملك يكون مراعى بعدم رجوع الموصى فى الوصيه، كما دلت عليه صحيحه محمد بن قيس، و ان كان بعد موت الموصى فقد استقر الملك بحصول شروطه المتقدمه، و أما أنه للموصى له التخيير بين القبول و الرد كما زعموه، فقد عرفت أيضا ما فيه، من أنه لا دليل عليه إلا ما ذكره من الوجوه الاعتباريه التى لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعيه، و ما المانع من أن يكون بعد استكمال شروطه من قبيل الميراث، إذا اقتضته الأدله، كما صرحوا به فى الوصيه لغير معين، من أنه ينتقل بمجرد الوصيه و موت الموصى.

و بالجمله فإنك بالتأمل فى الأخبار التى ذكرناها لا أظنك يعتربك الشك فى صحه ما ذكرناه، لكن مخالفه المشهور مما يثقل فى قلوب الجمهور، إذا عرفت ذلك فاعلم أنه يأتى على ما حررناه، من أن الوصيه قد انتقلت الى الموصى له و وارثه انما تلقاها منه، و ورثها عنه، أن الجاريه و ولدها هذا قد انتقلا الى الزوج، و بموجبه يعتق الولد عليه، لأنه لا يملك ولده.

قوله فى المسالك فيما قدمنا من عبارته: «و حينئذ فإذا مات الموصى له قبل القبول و قلنا بانتقال حقه الى وارثه. الى آخره».

فيه أنك قد عرفت من الأخبار التى كررناها، أن مقتضاها أن من أوصى بوصيه إلى شخص فمات الموصى له قبل قبض الموصى به، فإنه تنتقل الوصيه عنه الى وارثه، و يملك الوارث جميع ما ورثه الموصى له من غير تقييد بقبول، لا فى

جانب الموصى له، ولا في جانب وارثه، والوارث إنما تلقى الملك عن مورثه، لا من حيث قبوله خاصة، ومقتضى ما ذكره من أن الموصى له مات قبل القبول أنه لم يحصل له الملك، والملك إنما حصل لوارثه من حيث قبوله، فيكون الوارث قد ملك شيئاً لم يملكه مورثه، وهذا خلف ظاهر، فإن الوارث بالاتفاق إنما تلقى الملك من مورثه، فكيف يملك هنا شيئاً لم يملكه مورثه، حتى أنهم يفرعون عليه عدم انعقاقه الولد، لعدم دخوله في ملك الأب.

ثم انه أى حق للموصى له لو مات قبل القبول ليرثه وارثه، فإنه إذا كان القبول عندهم شرطاً في صحة الملك أو جزء السبب و لم يحصل، فإنه لا يحصل الملك، و بموجبه تبطل الوصيه، فليس هنا شيء يرثه الوارث بالكلية.

فإن قيل: انه بالوصيه يملكه ملكاً متزلزلاً - لا - يستقر إلا - بالقبول، فلما مات الموصى له قبل القبول ورث الوارث ذلك الملك المتزلزل عنه، و ورث حق القبول الذى كان للموصى له، فإذا قبل ذلك استقر الملك له.

قلنا: أما إرثه الملك المتزلزل فممكن، و أما إرثه حق القبول، فغير مسلم و قد تقدم ذلك فى كلام شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك، كما قلناه فى سابق هذه المسئله فى الجواب عن ذلك الدليل العقلى المذكور ثمه.

و بالجملة فإن مقتضى الأخبار التى ذكرناها إنما هو انتقال الوصيه الى الموصى له أولاً، و أنه يملكها، و ان اقترن الملك بين موت الموصى له فى حياىه الموصى أو بعد موته كما تقدم، ثم بعد موته ينتقل الى وارثه، و حينئذ فيجب الحكم بانعقاد الولد فى الصورة المفروضه، و هذا من جملة ما يتفرع على الخلاف بين كلامهم، و بين ما يظهر من الأخبار الجارية فى هذا المضمار.

### المسئله السابعه [فى عدم لزوم الوصيه ما دام الموصى حياً]:

#### إشاره

قد صرحوا بأن الوصيه عقد جائز من طرف الموصى ما دام حياً، سواء كانت الوصيه بمال أو ولايه، و يتحقق الرجوع بالتصريح، و بفعل ما ينافى الوصيه، فلو باع ما أوصى به أو أوصى ببيعه أو وهبه أو أقبضه، أو رهنه كان ذلك رجوعاً، و كذا لو تصرف فيه تصرفاً أخرجه عن مسماه.

أما لو أوصى بخبز فدقه فتيتا لم يكن ذلك رجوعا.

أقول: ما ذكره من أن الوصيه عقد جائز من طرف الموصى ما دام حيا مما لا خلاف فيه نضا و فتوى، أما الثاني فلأنه لا خلاف كما نقله في المسالك و غيره في جواز رجوع الموصى في وصيته ما دام حيا، و لو كانت لازمه لامتنع ذلك.

و أما الأول: فلأخبار كثيره، منها ما رواه

المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) عن عبيد بن زرارہ (١) قال:

«قد سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: للموصى أن يرجع في وصيته ان كان في صحه أو مرض».

و عن يزيد بن معاويه (٢) في الموثق

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لصاحب الوصيه أن يرجع فيها و يحرث في وصيته ما دام حيا».

و عن عبد الله بن مسكان (٣) في الصحيح

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام أن المدبر من الثلث و أن للرجل أن ينقض وصيته، فيزيد فيها و ينقص منها ما لم يمت».

و عن محمد مسلم (٤) في الصحيح

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المدبر من الثلث و قال: للرجل أن يرجع في ثلثه ان كان أوصى في صحه أو مرض».

و عن يونس (٥) عن بعض أصحابه قال:

«قال علي بن الحسين عليه السلام للرجل أن يغير وصيته فيعتق من كان أمر بملكه، و يملك من كان أمر بعثقه، و يعطى من كان حرمه، و يحرم من كان أعطاه ما لم يمت و يرجع فيه».

و ما رواه

في الفقيه عن محمد بن عيسى بن عبيد (٦)

«قال كتبت الي

ص: ٤٠٣

- ٢-٢) الكافي ج ٧ ص ١٢ ح ٢، الفقيه ج ٤ ص ١٤٧ ح ٥٠٨ التهذيب ج ٩ ص ١٩٠ ح ٧٦١، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٦ ح ٤.
- ٣-٣) الكافي ج ٧ ص ١٢ ح ٣، التهذيب ج ٩ ص ١٩٠ ح ٧٣٢.
- ٤-٤) الكافي ج ٧ ص ٢٢ ح ٣.
- ٥-٥) الكافي ج ٧ ص ١٣ ح ٤.
- ٦-٦) الفقيه ج ٤ ص ١٧٣ ح ٦٠٧. وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٥ ح ١ و ص ٣٨٩ ح ١ و ص ٣٨٥ ح ٢ و ص ٣٨٧ ح ٦.



على بن محمد عليهما السلام رجل أوصى لك جعلني الله فداك بشيء معلوم من ماله أوصى لأقربائه من قبل أبيه و أمه، ثم انه غير الوصيه فحرم من أعطاه و أعطى من حرمه أ يجوز له ذلك؟ فكتب (صلوات الله عليه) هو بالخيار في جميع ذلك الى أن يأتيه الموت».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة في الموثق عن إسحاق بن عمار (١)

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل كانت له عندي دنانير، و كان مريضا فقال لي: ان حدث بي حدث فأعط فلانا عشرين دينارا، و أعط أخى بقيه الدنانير، فمات و لم أشهد موته، فأتاني رجل مسلم صادق فقال لي: أنه أمرني أن أقول لك: انظر الدنانير التي أمرتك أن تدفعها الى أخى فتصدق منها بعشره دنانير اقسما في المسلمين، و لم يعلم أخوه أن له عندي شيئا، فقال: أرى أن تصدق منها بعشره دنانير كما قال».

الى غير ذلك من الأخبار، و كتب بعض مشايخنا المحدثين من متأخري المتأخرين في حواشيه على هذا الخبر الأخير ما صورته: العمل بخبر العدل الواحد في مثل ذلك لا- يخلو من اشكال إلا- أن يحمل على حصول العلم بالقرائن المنضمه إلى اخباره، و يمكن أن يقال: انما حكم عليه السلام بذلك في الواقعه المخصوصه لعلمه بها، انتهى.

أقول: لا يخفى على من تتبع الأخبار حق التتبع، أن المستفاد منها انما هو قبول قول العدل الواحد في غير موضع من الأحكام، و من ذلك هذا الخبر.

و من ذلك أيضا ما رواه

الشيخ في الموثق عن سماعه (٢) قال:

«سألته عن رجل تزوج جاريه أو تمتع بها، فحدثه رجل ثقة أو غير ثقة فقال: إنها امرأتى، و ليست لي بينه، فقال: ان كان ثقة فلا يقربها، و ان كان غير ثقة لم يقبل منه».

ص: ٤٠٤

---

١- (١) الكافي ج ٧ ص ٦٤ ح ٢٧، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٧ ح ٩٢٣، الفقيه ج ٤ ص ١٧٥ ح ٦١٤، الوسائل ج ١٣ ص ٤٨٢ ح ١.  
٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٦١ ح ٥٣، الوسائل ج ١٤ ص ٢٢٦ ح ٢.

و ظاهره كما ترى، النهى عن نكاحها الذى هو حقيقه فى التحريم، وليس ذلك إلا من حيث افاده قول الثقة العلم، كالشاهدين، و التأويل بالحمل على الكراهه يحتاج الى المعارض، و هو منتف، و المعاضد له موجود، و من ذلك ما تقدم فى كتاب الوكاله من

صحيح هشام بن سالم (١)

«عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث قال فيه «ان الوكيل إذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبدا، و الوكاله ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكاله بثقه يبلغه أو يشافه بالعزل عن الوكاله»، و الأصحاب قد صرحوا بأنه لا- ينزل الوكيل إلا- مع العلم بالعزل، و الخير ظاهر أن اخبار الثقة كالمشافه للعزل فى إفاده العلم بالعزل، و من ذلك حملة من الأخبار الداله على جواز وطء الأمه المشتره بغير استبراء إذا كان البائع عدلا قد أخبر بالاستبراء (٢)، و يؤيده الأخبار الداله على الاعتماد على أذان الثقة فى دخول الوقت (٣) الى غير ذلك من المواضع التى تقف عليها المتبع البصير، و لا ينبئك مثل خبير.

[فى كيفية الرجوع فى الوصيه]

أشاره

ثم انهم ذكروا ان الرجوع فى الوصيه و نحوها من العقود الجائزه قد يكون بالفعل و بالقول، اما صريحا أو استلزاما أو باعتبار إشعاره بإرادته الرجوع، فهذه أقسام أربعه:

أحدها- القول الصريح

، كقوله رجعت فى الوصيه الفلان، أو نقضتها أو فسختها، أو لا- تعطوها ما أوصيت به، أو يقول هو «يعنى الموصى به» لفلان، أو لوارثي، أو من جملة ميراثي.

و

ثانيها- بيع العين التى أوصى بها

، و اللازم من البيع نقل العين إلى المشتري، و يتمتع مع ذلك بقاء الوصيه، و كذا عتق المملوك، و كتابته، فان مقتضاهما قطع السلطنه عن المملوك التى من جملة الوصيه به، و كذا الهبه

ص: ٤٠٥

١- (١) التهذيب ج ٦ ص ٢١٣ ح ٥٠٣. الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٦ ح ١.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٢ ح ٤. الوسائل ج ١٣ ص ٣٨ ح ٢.



المقرونه بالإقباض، أما لا معه فهي من القسم الآتى.

و

### ثالثها- فعل ما يدل على اراده الرجوع

و ان لم يكن صريحا، و يتحقق بفعل مقدمات الأمور التي لو تحققت لناقضت الوصيه، و منه الهبه قبل القبض كما عرفت، و العرض على البيع مريدا له، فإنه قرينه داله على اراده الرجوع عن الوصيه، و لو دلت القرائن فى شىء من هذه المواضع على عدم اراده الرجوع بذلك، بل كان الغرض أمرا آخر، عول على تلك القرائن، لضعف هذا القسم، حيث ان مناطه القرينه، و يشكل الحال لو اشتبه الفرض من الطرفين.

و

### رابعها- الفعل المبطل للاسم الذى هو متعلق الوصيه

، كما لو أوصى له بحنطه معينه فطحنها، أو بدقيق فعجنه، أو بعجين فخبزه أو بقطن فغزله، أو بغزل ففسجه، أو بدار فهدمها بحيث خرجت به عن اسمها، أو بزيت فخلطه بغير جنسه، بحيث لم يتميز، و وجه البطلان فى جميع ذلك ان متعلق الوصيه فى جميع ذلك هو المسمى الخاص، و قد زال، مضافا الى إشعار هذه الأفعال بالرجوع، إلا أن تدل هناك قرينه على خلاف ذلك، كأن يفعل لمصلحه العين، و قصد بقاءها و حفظها، كدفع الدود عن الحنطه، و خبز العجين خوفا من فساده و ضياعه، و خلطه كذلك، و نحو ذلك، فان مرجع هذه الأمور إلى القرائن المقترنه بها نفيا و إثباتا، و لو وقع الفعل من غير الموصى بغير اذنه، لم يقدح فى صحه الوصيه، لانتهاء المقتضى.

قالوا: و لو خلط الزيت بمماثله جنسا فان كان الغير أجود فظاهرهم القطع بكونه رجوعا، لاشتمال حصته على زياده، و لم يحصل منه الرضا ببدلهما مع عدم إمكان فصلها، و ان خلطه بمساوى أو أردى فالمفهوم من كلام بعضهم أنه لا يكون رجوعا، لبقاء المال و عدم اشتماله على وصف مانع.

قال فى المسالك: و هو ظاهر مع المساواه، و مع الأردى يكون القدر الناقص من الوصف بمنزله إتلاف الموصى له، فيبقى الباقي على الأصل انتهى، و أطلق جماعه من الأصحاب كون الخلط موجبا للرجوع، قال فى المسالك: و هو حسن مع

انضمام قرينه تدل عليه.

هذا كله فيما لو كان الموصى به معينا كهذه الحنطه و هذا الزيت، و نحو ذلك، أما لو كان مطلقا كأن يوصى له بأصواع من حنطه أو زيت أو نحو ذلك، ثم يطحن ما عنده فى بيته أو يمزج أو نحو ذلك فان ذلك لا يكون رجوعا، لعدم اختصاص الموصى به بذلك، بل لو لم يوجد ذلك عنده لوجب شراؤه، فلا يضر التغير فيما عنده، و أما أنه لو أوصى بخبز فذقه فبينا لم يكن ذلك رجوعا، فعلى أن هذا الفعل لا يدل على الرجوع، إلا بالقرينه، مضافا الى أصاله بقائها على حالها، و على أيضا ببقاء اسم الخبز.

قال فى المسالك: و فيه نظر، و لم يبين وجهه، نعم لو استفيد من القرائن إرادته الرجوع به عمل بها، و نقل عن القواعد أنه استشكل الحكم فى ذلك و ألحق بذلك جعل القطن محشوا فى فراش و تجفيف الرطب تمرا و تقديد اللحم.

قيل و وجه الاشكال ما تقدم، و من دعوى أن ظاهر هذه الأفعال يؤذن بالاستيثار بها، فالظاهر أن الأقرب فى ذلك ما تقدم نقله عن المسالك من أن هذه الأمور غير مفيده للرجوع إلا- مع القرينه، كل ذلك مع التعيين كما تقدم، و أما مع الإطلاق فلا، بل يجب تحصيل غيره، و لو من غير التركة، هذا ملخص كلامهم فى المقام، و الله العالم.

## المقصد الثانى فى الموصى:

### اشاره

و الكلام يقع فيه فى مقامات ثلاثه

### [المقام الأول] فى بيان شرائط الموصى]:

اشترط جملة من الأصحاب فى الموصى الكمال بالبلوغ و العقل و رفع الحجر، و مقتضاه عدم صحه وصيه غير البالغ، و ان كان مميزا مع أن كثيرا من الأخبار دل على صحه المميز و ان لم يبلغ، و هو أحد الأقوال فى المسئلة أيضا، و أما العقل فيخرج به المجنون و السكران، و الغير الرشيد كالسفيه، مع أن لهم فى السفيه اختلافا، فنقل فى

ص: ٤٠٧

الدروس عن المفيد و سلالر و الحلبي عدم نفوذ وصيته إلا في البر و المعروف، و عن ظاهر ابن حمزه عدم نفوذها مطلقا، و عن الفاضل أنه أنفذها مطلقا تاره، و منعها مطلقا أخرى، قال: و في حكمه من جرح نفسه للموت، و أما رفع الحجر فيخرج به العبد، لأنه و ان قيل بملكه فهو محجور عليه، كما تقدم تحقيقه في كتاب السبع (1) قال في الدروس: و لو أعتق ففى نفوذها قولان للفاضل، قال: و أولى بالنفوذ إذا علق الوصيه على حرته، هذا و أما ما وقع الخلاف فيه مما تقدمت الإشارة إليه فتفصيل الكلام في ذلك أنه قد سوغ الشيخ في النهايه، وصيه الصبي في المعروف إذا كان له عشر سنين إذا كان وضع الشيء مواضعه، و مردوده في غير البر، و متى كان سنه أقل من ذلك لم تجز وصيته، قال: و قد روى أنه إذا كان ابن ثمان سنين جازت وصيته في الشيء اليسير في أبواب البر، و الأول أحوط و أظهر، و كذا يجوز صدقه الغلام إذا بلغ عشر سنين، و هبته و عتقه إذا كان بالمعروف في وجه البر، و اما ما يكون خارجا عن ذلك فليس بممضى على حال، و بذلك قال ابن البراج.

و قال الشيخ المفيد: إذا بلغ الصبي عشر سنين جازت وصيته في المعروف في وجوه البر، و كذلك المحجور عليه لسفه إذا أوصى في بر أو معروف جاز وصيته، و لم يكن لوليه الحجر عليه في ذلك، و لا- تجوز وصيه الصبي و المحجور عليه فيما يخرج من وجوه البر و المعروف، و هبتهما باطله، و وقفهما و صدقتهما كوصيتهما جائزه إذا وقعا موقع المعروف.

و قال سلالر: السفیه لا تمضى وصيته إلا في وجوه البر و المعروف خاصه، و الصبي ان بلغ عشر سنين جازت وصيته أيضا في البر و المعروف خاصه، و لا تمضى هبته و لا وقفه، و كذلك السفیه.

و قال أبو الصلاح: لا تمضى وصيه من لم يبلغ عشر سنين، و المحجور عليه

ص: ٤٠٨

إلا ما تعلق بأبواب البر.

وقال ابن الجنيد: إذا أوصى الصبي و له ثمان سنين و الجار يه و لها سبع.

سنين بما يوصى به البالغ الرشيد جاز.

وقال ابن حمزه: انما تصح وصيه الحر البالغ كامل العقل أو فى حكمه، و نفاذ تصرفه فى ماله، و حكم كمال العقل يكون للمراهق الذى لم يضع الأشياء فى غير مواضعها، فان وصيته و صدقته و عتقه و هبته بالمعروف ماضيه دون غيرها.

وقال محمد بن إدريس: الذى يقتضيه أصول مذهبنا أن وصيه غير المكلف البالغ غير صحيحه، سواء كانت فى وجوه البر أو غير وجوه البر، و كذلك صدقته و عتقه و هبته، لأن وجود كلام الصبي غير البالغ كعدمه، و لأنه بلا خلاف محجور عليه، غير ماض فعله فى التصرف فى أمواله بغير خلاف بين الأمه، و لقوله تعالى (١) «وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النُّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» فأمرنا بالدفع للأموال إليهم بعد البلوغ، و هو فى الرجال الاحتلام أو الإنبات، أو خمس عشر سنه، و فى النساء الاحتلام أيضا أو الإنبات أو بلوغ تسع سنين، أو الحمل أو الحيض مع إيناس الرشده، أن يكون مصلحا لماله، مصلحا لدينه و من أجاز شيخنا وصيته و عتقه و هبته ليس كذلك،

لقوله عليه السلام (٢)

«رفع القلم عن ثلاثه عن الصبي حتى يحتلم»، و رفع القلم عنه يدل على أنه لا حكم لكلامه، و انما هذه أخبار آحاد أو ردها فى النهايه إيرادا.

أقول: و الواجب أولا- كما هى قاعدتنا فى الكتاب نقل جمله الروايات الوارده فى هذا الباب و الكلام فى ذلك بتوفيق الملك الوهاب، فمن الأخبار ما رواه

الصدوق فى الصحيح عن أبى عمير عن أبان عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٣) قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته». و رواه الكليني أيضا بسند غير نقى.

ص: ٤٠٩

١-١ (١) سورة النساء- الآية ٦.

٢-٢ (٢) الوسائل ج ١ ص ٣٢ الباب ٤ ح ١٠.

٣-٣ (٣) الفقيه ج ٤ ص ١٤٥ ح ٥٠١، الكافي ج ٧ ص ٢٨ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٩ ح ٣.

و ما رواه

المشايخ الثلاثة بأسانيدهم عن زراره (١) عن أبي جعفر عليه السلام قال:

« إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له في ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصى على حد معروف و حق فهو جائز».

و ما رواه

الشيخ في التهذيب في الموثق عن منصور بن حازم (٢)

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن وصيه الغلام هل تجوز؟ قال: إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته».

و عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله في الموثق (٣)

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

إذا بلغ الصبي خمسة أشبار أكلت ذبيحته، و إذا بلغ عشر سنين جازت وصيته».

و عن أبي بصير و أبي أيوب (٤) في الموثق

«عن أبي عبد الله عليه السلام في الغلام ابن عشر سنين يوصى؟ قال: إذا أصاب موضع الوصيه جازت».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة (عطر الله تعالى مراقدهم) في الصحيح عن محمد بن مسلم (٥) قال:

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: ان الغلام إذا حضره الموت فأوصى و لم يدرك جازت وصيته، لأولى الأرحام، و لم تجز للغرماء».

و عن أبي بصير (٦) في الصحيح و الظاهر أنه المرادى

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته، فإذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته».

و ما رواه

الشيخ في التهذيب في الموثق عن محمد بن مسلم (٧) عن



- ١-١) الكافي ج ٧ ص ٢٨ ج ١، التهذيب ج ٩ ص ١٨١ ح ٧٢٩، الفقيه ج ٤ ص ١٤٥ ح ٥٠٢.
- ١-٢) التهذيب ج ٩ ص ١٨٢ ح ٧٣٠، الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٩ ح ٣ و ٤ و ص ٤٣٠ ج ٧.
- ٣-٣) التهذيب ج ٩ ص ١٨١ ح ٧٢٦.
- ٤-٤) التهذيب ج ٩ ص ١٨١ ح ٧٢٧.
- ٥-٥) التهذيب ج ٩ ص ١٨١ ح ٧٢٨، الكافي ج ٧ ص ٢٨ ج ٢.
- ٦-٦) التهذيب ج ٩ ص ١٨٢ ح ٧٣٢، الفقيه ج ٤ ص ١٤٥ ح ٥٠٣. و هذه الروايات فى الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٩ ح ٥ و ٦ و ص ٤٢٨ ح ١ و ٢.
- ٧-٧) التهذيب ج ٩ ص ١٨٢ ح ٧٣٣، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢٥ ح ٥.

أحدهما عليهما السلام قال: يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل، و وصيته و صدقته و ان لم يحتلم».

هذا ما حضرني من أخبار المسئلة و هي ظاهره الدلالة فيما ذكره المشايخ المتقدم ذكرهم، و هو ظاهر الصدوق (قدس سره) أيضا حيث نقله جملة منها في كتابه من غير تعرض لردّها، و لا الطعن فيها بوجه، و به يظهر ضعف ما ذكره ابن إدريس و ما تعلق به من الأدلة الدالة على الحجر على الصبي حتى يبلغ، يمكن تخصيصها بهذه الأخبار، فإنها مع تعددها و صحتها أكثرها و روايه المشايخ الثلاثة لها و قول الطائفة بها لا يمكن التجاسر على ردها و إطراحها بالكليه، كما هو مقتضى كلامه، و لكنه صحيح على أصله الغير الأصيل، و قاعدته المخالفه لما عليه كافة العلماء جيلا بعد جيل.

و ظاهر العلامة في المختلف الميل الى مذهب ابن إدريس هنا، و ان لم يصرح باختياره، حيث قال بعد نقل ما قدمنا من الأقوال، و نقل جملة من روايات المسئلة ما لفظه: و هذه الروايات و ان كانت متظافره، و الأقوال مشهوره، لكن الأحوط عدم إنفاذ وصيته مطلقا حتى يبلغ، لعدم مناط التصرف في المال عنه، انتهى.

و الى ذلك يميل أيضا كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك، بل ربما ظهر منه اختياره حيث قال: و ابن إدريس سد الباب و اشترط في جواز الوصيه البلوغ كغيرها و نسبه الشهيد في الدروس الى التفرد بذلك، و لا- ريب أن قوله هو الأشبه لأن هذه الروايات التي دلت على الحكم و ان كان بعضها صحيحا إلا انها مختلفه، بحيث لا يمكن الجمع بينها، و إثبات الحكم المخالف للأصل بها مشكل، انتهى.

أقول: لا- يخفى على المتأمل في هذه الأخبار و هي أخبار المسئلة كملا- أنه متى ضم بعضها الى بعض مطلقها الى مقيدها، و مجملها الى مفصلها، و عامها الى خاصها، فإنه ينتج منها جواز وصيه ابن عشر سنين، إذا كان ذا تمييز: و كانت وصيته موافقه لوصيه العقلاء من وضع الأشياء مواضعها، و هو المشار إليه بالوصيه بالمعروف

يعنى بين العقلاء، وهذا أمر متفق عليه منها، باعتبار ما قلناه من ضم بعضها الى بعض، و اختلافها فى ما عدا ذلك لا يوجب ردها فيما اتفقت فيه.

و بذلك يظهر ما فى قوله أنها مختلفه لا يمكن الجمع بينها، فإنه على إطلاقه ممنوع، و ممن قال بالقول المشهور و جزم به المحقق و شيخنا الشهيد.

و أما ما ذكره فى المختلف من أن الأحوط عدم إنفاذ وصيته مطلقاً، فإنه قد اعترضه شيخنا الشهيد فى شرح الإرشاد بأن الاحتياط للوارث مع عدم الحجر عليه إنفاذها، اللهم إلا- إن يريد بذلك أن الأحوط للموصى له أن لا يقبل وصيه الصبى و فيه بعد، مع إمكان كون الوصيه فى جهه عامه أو لطفل مولى عليه، فلا يتصور الاحتياط هنا، و ان أراد به معنى آخر فلا بد من افادته، و اقامه الدليل عليه.

و بالجملة فالإقدام على رد ما تظاهرت به الفتوى و اشتهرت به الروايه من طريق أهل البيت عليهم السلام مشكل، انتهى و هو جيد نفيس.

و أما ما تقدم نقله عن الدروس من الخلاف فى السفيه بما ذكره، فلم أقف له فى الأخبار على أثر.

و أما ما تقدم نقله عن ابن الجنيد، فالظاهر أن مستنده فيه

روايه الحسن بن راشد (1) عن العسكرى عليه السلام قال:

إذا بلغ الغلام ثمانى سنين فجائز أمره فى ماله و قد وجب عليه الفرائض و الحدود، و إذا تم للجاريه سبع سنين فكذلك، و ظاهرها هو حصول البلوغ لكل من الصبى و الصبيه ببلوغ الثمان و السبع، و هو مخالف لإجماع المسلمين و أخبارهم، و ابن الجنيد هنا اقتصر على الوصيه. و لا وجه لتخصيصها بالذكر، فإنه ان عمل بالروايه وجب عليه القول بجميع ما اشتملت عليه، و ان خالف إجماع المسلمين و أخبارهم، و إلا فالواجب طرحها و إرجاعها إلى قائلها، و الله العالم.

ص: ٤١٢

## المقام الثاني [فى عدم نفوذ وصيه من جرح نفسه بما فيه هلاكه]:

قد صرحوا بأنه لو جرح الوصى نفسه بما فيه هلاكها ثم أوصى، فإنه لا تقبل وصيته، ولو أوصى قبل ذلك قبلت، وتدل على ذلك صحيحه أبى ولاد (١) المرويه بطرق المشايخ الثلاثة (قدس الله أرواحهم) قال:

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: من قتل نفسه متعمدا فهو فى نار جهنم خالدا فيها، قيل له:

أ رأيت ان كان أوصى بوصيه ثم قتل نفسه متعمدا من ساعته تنفذ وصيته؟ قال:

فقال: ان كان أوصى ان يحدث حدثا فى نفسه من جراحه أو فعل لعله يموت، أجزت وصيته فى الثلث و ان كان أوصى بوصيه بعد ما أحدث فى نفسه من جراحه أو فعل لعله يموت لم تجز وصيته». و هى مع صحه سندها صريحه فى المراد، و ما ذكرناه من بطلان الوصيه إذا وقعت بعد الفعل المذكور، هو المشهور بين الأصحاب (رضى الله عنهم) و به صرح الشيخان و أبو الصلاح و ابن البراج، و نقله ابن الجنيد روايه عن الصادق عليه السلام و قال ابن إدريس: الذى يقتضيه أصولنا و تشهد بصحته أدلتنا أن وصيته ماضيه صحيحه إذا كان عقله ثابتا عليه.

و احتج فى المختلف على القول المشهور زياده على الصحيحه المذكوره، قال لنا: أنه سفیه فلا ينفذ تصرفه، و لأنه فى حكم الأموات، فلا يتصرف فى مال غيره، و لأنه قاتل نفسه، فلا يتصرف فى ماله، كالوارث لو قتله منع منه.

و اعترضه فى المسالك: فقال: و الكل ضعيف، أما السفه فلأن الفرض انتفائه و ثبوت رشده، و ان اشترطنا انتفائه فى غيره، و من الجائز أن يفعل بنفسه ذلك لعارض ثم يرجع اليه رشده لو فرض زوال حالته، و أما عدم استقرار حياته فيكون فى حكم الميت فليس بشرط، و الأصل يقتضى نفوذ تصرف الحى العاقل الجامع لباقي الشرائط مطلقا، و النصوص الداله على نفوذ المريض مطلقا متناوله له،

ص: ٤١٣

---

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ٢٠٧ ح ٨٢٠ و فيه «قلت له»، الفقيه ج ٤ ص ١٥٠ ح ٥٢٢ و ليس فيهما «لعله يموت»، الكافي ج ٧ ص ٤٥ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤١ الباب ٥٢.

و القياس على عدم حل المذبوح حينئذ لأنه بمنزلة الميت فاسد، ان سلم الأصل و سيأتى ان شاء الله تعالى ما فيه فى بابه، و من ثم وجبت الديه على قاتله فى هذه الحاله، و حكم اللحم حكم آخر، و أما حديث منع القاتل عن الميراث و جعل الوصيه كالميراث فواضح الفساد، فلم يبق إلا العمل بالنص الصحيح ان اقتضاه أصل المعنى، أو رده بأحد الوجوه المقتضيه له، ككونه آحادا أو مخالفا للأصول كما اختاره ابن إدريس (رحمه الله عليه) محتجا على الصحه بأنه حى عاقل مكلف، و بالنهاى عن تبديل الوصيه بعد سماعها بالقرآن الذى هو حجه المتناول بعمومه لمحل النزاع، أو بمنع تخصيص القرآن بخبر الواحد. و لكلام ابن إدريس وجه وجيه، و ان كان الوقوف مع المشهور و العمل بالنص الصحيح أقوى، انتهى كلامه زيد مقامه.

أقول: ما ذكره فى رد الوجوه العقليه التى استدلت بها العلامه جيد، و انما الكلام فى قوله نقل حجه ابن إدريس: و لكلام ابن إدريس وجه وجيه، و بنحو ذلك أيضا صرح فى المختلف بعد نقل حجه ابن إدريس المذكوره، فقال: و قول ابن إدريس (رحمه الله عليه) لا بأس به.

و أنت خيرير بأن مرجع ترجيحها لمذهب ابن إدريس فى هذه المسئله و فى سابقتها الى أن مذهب ابن إدريس هو الأوفق بالأصول و الآيات القرآنيه، و لهذا ان شيخنا المذكور فى الروضه فى المسئله السابقه قال: ان قول المشهور مستند الى روايات متضافره، بعضها صحيح، إلا أنها مخالفه لأصول المذهب و الاحتياط، و فيه أنه لا يخفى على المتتبع للأحكام أن ما ذكره هنا لا خصوصيه له بهذا المقام، و نظائره فى الأحكام أكثر من أن يأتى عليه قلم الإحصاء، أو يدخله العد و الاستقصاء، و ها أنا أذكر لك ما خطر بالبال العليل مما هو من هذا القبيل، فمن ذلك مسئله الحبوه فقد دلت الآيات و الروايات على أن ما خلفه الميت يكون ميراثا لجميع الورثه، مع أنهم قد عملوا بأخبار الحبوه، و خصصوا بها تلك الأدله من الآيات و الروايات، و من ذلك ميراث الزوجه فإنهم قد اتفقوا على حرمانها من

بعض التركة، و ان اختلفوا فى ذلك زياده و نقصانا، مع دلالة الآيات و الروايات على ميراثها من جميع ما يخلفه الميت، مع أنهم قد خصصوا تلك الأدله بهذه الروايات، و من ذلك من عقد على امرأه، و مات فى مرضه قبل الدخول بها، فان مقتضى الأصول من الآيات و الروايات أنها ترثه، لأنها زوجه بلا خلاف، مع أن صحيح زواره (١) قد دل على المنع من ذلك، فقالوا بمضمونه و خصصوا به تلك الأدله، و هى روايه واحده، و ان كانت صحيحه كما هو فى الموضوع الثانى من هذين الموضوعين.

و من ذلك ما إذا طلق الرجل امرأه فى مرضه الذى مات فيه، فإنها ترثه إلى سنه، و ان خرجت من العده أو كان الطلاق بائنا ما لم يبرأ من مرضه، أو تتزوج فإن مقتضى الأصول كتابا و سنه، أنها بعد الخروج من العده أو كون الطلاق بائنا تكون أجنبيه لا سبب و لا- نسب بينها و بينه، فكيف ترثه مع ان الروايه (٢) قد دلت على الإرث كما عرفت، و قالوا بمضمونها مع أنها أشد شىء فى الخروج عن قواعد المذهب.

و من ذلك أخبار التخيير فى المواضع الأربعة، فإن مقتضى الأصول من الآيات و الروايات وجوب التقصير على المسافر كائنا ما كان، مع أنهم قد خصصوا بهذه الأخبار، و لهذا صارت أخبار هذه المسئله مثل أخبار الحيوه من خواص مذهب الشيعه الى غير ذلك من المواضع، و هؤلاء الأفاضل من جمله من قال بما ذكرناه فى هذه المسائل، و لم ينكر ذلك كما أنكره هنا، و الجميع كما عرفت من باب واحد.

و بذلك يظهر لك ضعف ما ذهب اليه ابن إدريس و من تبعه، و موضع الخلاف فيما إذا تعمد ذلك كما هو صريح الصحيحه المتقدمه، و كذا كلام الأصحاب،

ص: ٤١٥

١- (١) الكافى ج ٦ ص ١٢٣ ح ١٢.

٢- (٢) الكافى ج ٧ ص ١٣٤ ح ٥. و هما فى الوسائل ج ١٧ ص ٥٣٧ ح ٣ و ص ٥٣٣ ح ٢.

فلو وقع ذلك عن خطأ أو سهو لم تمتنع وصيته إجماعاً، كما نقله في الروضة.

### المقام الثالث [حكم الوصيه بالولاية] :

المشهور بين الأصحاب (رضى الله عنهم) أنه لا تصح الوصيه بالولاية على الأطفال إلا من الأب أو الجد للأب خاصة، وقال ابن الجنيّد: الأب الرشيد أولى بأمر ولده الأطفال من كل أحد، وكذا الأم الرشيدة بعده، وهو ظاهر في أن لها الولاية كالأب إذا كانت رشيدة، ورده الأصحاب بالضعف والشذوذ.

قال في المسالك: لما كانت الولاية على الغير من الأحكام المخالفة للأصل، إذ الأصل عدم جواز تصرف الإنسان في مال غيره بغير اذنه أو ما في معناه، وجب الاقتصار في نصب الولي على الأطفال على محل النص أو الوفاق، وهو نصب الأب أو الجد له، فلا يجوز للحاكم و ان كان ولياً عليهم، ان ينصب بعده عليهم ولياً، لأن ولايته مقصوره عليه حياً، فإذا مات ارتفع حكمه، و ان جاز له أن يوكل حياً عليهم، لأن له الولاية حينئذ، ويشمل إطلاق المنع من توليه غيرهما الوصي من أحدهما، فليس له أن يوصي عليهم بالولاية مع عدم نصهما على ذلك على أصح القولين، و سيأتي ان شاء الله تعالى، أما مع النص فتوليه الوصي في معنى توليه أحدهما، لصدوره عن اذنه كما جازت ولاية الوصي ابتداء عنهما.

ثم أنه بعد ذلك أشار الى خلاف ابن الجنيّد الذي قدمنا ذكره، حيث ان المصنف أفردّه بالذكر، فقال: لا ولاية للأم، ولا يصح منها الوصيه عليهم، فقال الشارح: و انما خص الأم بالذكر بعد دخولها في السابق لإثبات ابن الجنيّد (رحمه الله عليه) الولاية لها مع رشدّها بعد الأب، وهو شاذ.

أقول: و مما فرعوا على الكلام المتقدم و هو أن الولاية على الصغار مخصوصه بالأب و الجد له و ان علاء دون غيرهما ما لو أوصت الأم أو أحد الأقارب لطفل بمال و نصب قيماً يصرف المال على الطفل المذكور في مصالحه و ما يحتاج إليه، فإن للأب أو الجد انتزاعه عن ذلك القيم، بمعنى أن الوصيه بالمال صحيحه، و لكن نصب القيم باطل، لأن ولاية الأب و الجد شرعيه، فلا يعارضها وصيه ذلك الوصي.

قال فى الدروس: و لا ولايه للأأم على الأطفال، فلو نصبت عليهم وليا لغى، و لو أوصت لهم بمال، و نصبت عليه قىما لهم صح فى المال خاصة، ثم نقل قول ابن الجنىء، و سياتى ان شاء الله تعالى ما يزيد المقام تحقيقا.

## المقصد الثالث فى الموصى به:

### اشاره

و فىه مسائل

### [المسأله] الأولى [ما يعتبر فى الموصى به]:

الموصى به قد يكون جنسا، و قد يكون منفعه موجودا بالفعل، كالولد و الثمره الموجوده فى الحال، أو مظنون الوجود كالحمل، أو مشكوك فىه كالآبق، و الطير فى الهواء و السمك فى الماء، أو موجودا بالقوه كما تحمله الأمه أو الدابه أو الشجره، أو موجودا على التدرىج كسكنى الدار، فإن الوصيه بجميع ذلك نافذه عند الأصحاب، كما صرح به فى الدروس.

و كيف كان فإنه يعتبر فىهما الملك بالنظر الى الموصى و الموصى له، فلا تصح الوصيه بالخمير أو الخنزير، و لا كلب الهراش و لا الحر، و لا الحشرات و لا الفضلات، لعدم المملوكيه فى الجميع بالنسبه إلى المسلم، و ان جاز إقرار الكافر على وصيته بالخمير و الخنزير لمثله، و كذا لا تصح الوصيه بما لا ينتفع به كحبه من حنطه و نحوها.

قيل: و احترز بكلب الهراش عن الكلاب الأربعه و الجرو القابل للتعليم، فتصح الوصيه بها، لكونها مملوكه، لها قيمه و منفعه كما ذكره جملة من الأصحاب كالشهيدىن و غيرهما.

أقول: قد تقدم فى كتاب التجاره تحقيق الكلام فى هذا المقام (1)، و قد أوضحنا أنه لا يجوز البيع و لا التملك بشىء من أفراد الكلاب إلا كلب الصيىء خاصة، كما هو أحد الأقوال فى المسئله، و أما ما عداه فلا دليل عليه من الأخبار، إلا أنهم ألحقوا به هذه الكلاب الباقىه لعله المشاركه فى الانتفاع، و فىه ما لا يخفى.

ص: ٤١٧



و اما السباع فالظاهر جواز الوصيه بها، لحصول الانتفاع بجلودها و ريشها، و المراد بما لا ينتفع به يعنى نفعاً معتداً به فى نظر العقلاء بحيث يكون متمولاً فلا تصح الوصيه بحبه من حنطه و نحوها، كما لا يصح بيعه و لا المعاوضه به، و فى ذكر قيد الانتفاع بعد الملك الراجع الى تقييد الملك بذلك إشاره الى ما هو الظاهر من كون نحو الحبه من الحنطه مملوكاً حتى لا يجوز غصبها من المالك، و ان لم تجز المعاوضه عليها، لعدم التمول.

[المسأله] الثانيه [فى اشتراط أن لا يكون الموصى به زائداً عن الثلث إلا مع إجازة الورثه]:

المشهور أنه يتقدر الموصى به بقدر ثلث التركة فما دون، فلو أوصى بما زاد بطل فى الزائد إلا مع إجازة الوارث.

و نقل العلامة فى المختلف و من تأخر عنه عن الشيخ على بن بابويه نفوذ الوصيه من الأصل مطلقاً، قال فى المختلف: و قال على بن بابويه (رحمه الله عليه):

فان أوصى بالثلث فهو الغايه فى الوصيه، فإن أوصى بماله كله فهو أعلم و ما فعله، و يلزم الوصى إنفاذ وصيته على ما أوصى، انتهى.

أقول: أما ما ذكره (رضى الله عنهم) من التقدير بالثلث، فهو مدلول جملة من الأخبار.

و منها ما رواه

فى التهذيب عن على بن عقبه (١)

«عن أبى عبد الله عليه السلام» قال:

سألته عن رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً له ليس له غيره، فأبى الورثه أن يجيزوا ذلك، كيف القضاء فيه؟ قال: ما يعتق منه إلا ثلثه، و سائر ذلك، الورثه أحق بذلك، و لهم ما بقى».

و عن محمد بن مسلم (٢)

«عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل أوصى بأكثر من الثلث و أعتق مملوكه فى مرضه فقال: ان كان أكثر من الثلث رد الى الثلث و جاز العتق».

ص: ٤١٨

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ١٩٤ ح ٧٨١. الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٥ ح ٤.

٢- (٢) التهذيب ج ٩ ص ٢١٩ ح ٨٥٩. الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٩ ح ٤.

و عن السكونى (١)

«عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام قال: ان رجلا أعتق عبدا له عند موته لم يكن له مال غيره، قال: سمعت رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) يقول: يستسعى في ثلثي قيمته للورثة».

و عن الحسين بن محمد الرازى (٢) قال:

«كتبت الى أبي الحسن عليه السلام الرجل يموت فيوصى بماله كله في أبواب البر، و بأكثر من الثلث هل يجوز ذلك له؟ و كيف يصنع الوصى؟ فكتب عليه السلام تجاز وصيته ما لم يتعد الثلث».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن أبى بصير (٣)

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

ان أعتق رجل عند موته خادما له ثم أوصى بوصيه أخرى ألغيت الوصيه، و أعتق الخادم من ثلثه، إلا أن يفضل من الثلث ما يبلغ الوصيه».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) عن حمران (٤)

«عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل أوصى عند موته و قال أعتق فلانا و فلانا و فلانا حتى ذكر خمسه، فنظرت فى ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمه المماليك الخمسه التى أمر بعقدهم، قال: ينظر الى الذين سماهم و يبدأ بعقدهم فيقومون و ينظر الى ثلثه فيعتق منه أول شىء ثم الثانى ثم الثالث ثم الرابع ثم الخامس و ان عجز الثلث كان ذلك فى الذى سمي أخيرا لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا- يجوز له ذلك». و فى هذا الخبر كما ترى تصريح بأنه لا يملك فى الوصيه زياده عن الثلث فمن أجل ذلك تبطل الوصيه فى الزائد.

و ما رواه

فى التهذيب فى الصحيح عن أحمد بن محمد بن عيسى عن العباس بن معروف (٥) قال:

«كان لمحمد بن الحسن بن أبى خالد غلام لم يكن به بأس

- ١-١) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٩ ح ٨٢٨.
- ٢-٢) التهذيب ج ٩ ص ١٩٥ ح ٧٨٤.
- ٣-٣) التهذيب ج ٩ ص ١٩٧ ح ٧٨٦، الكافي ج ٧ ص ١٧ ح ٢.
- ٤-٤) التهذيب ج ٩ ص ١٩٧ ح ٧٨٨، الكافي ج ٧ ص ١٩ ح ١٥، الفقيه ج ٤ ص ١٥٧ ح ٥٤٥.
- ٥-٥) التهذيب ج ٩ ص ١٩٨ ح ٧٩٠. وهذه الروايات في الوسائل ج ١٦ ص ٧٦ ح ٥ و ج ١٣ ص ٣٦٥ ح ٥ و ص ٤٥٨ ح ٣ و ص ٤٥٧ ح ١ و ص ٣٦٦ ح ٧.

عارف يقال له ميمون، فحضره الموت فأوصى الى أبي الفضل العباس بن معروف بجميع ميراثه و تركته أن أجعله دراهم و أبعث بها الى أبي جعفر الثاني عليه السلام و ترك أهلا حاملا و اخوه قد دخلوا فى الإسلام، و أما مجوسيه، قال: ففعلت ما أوصى به و جمعت الدراهم، و دفعتها الى محمد بن الحسن، و عزم رأبى أن أكتب اليه بتفسير ما أوصى به الى، و ما ترك الميت من الورثه، فأشار الى محمد بن بشير و غيره من أصحابنا أن لا- أكتب بالتفسير و لا- أحتاج اليه، فإنه يعرف ذلك من غير تفسيرى، فأبيت إلا أن أكتب اليه بذلك على حقه و صدقه، فكتبت و حصلت الدراهم و أوصلتها إليه عليه السلام فأمره أن يعزل منها الثلث، يدفعها اليه، و يرد الباقي على وصيه يردها على ورثته».

و ما رواه

فى التهذيب عن العباس بن معروف (١) قال:

«مات غلام محمد بن الحسن و ترك أختا و أوصى بجميع ماله له عليه السلام قال: فبعنا متاعه فبلغ ألف درهم و حمل الى أبى جعفر عليه السلام» قال: و كتبت اليه و أعلمته أنه أوصى بجميع ماله له، قال: فأخذ ثلث ما بعثت به اليه، و رد الباقي و أمرنى أن أدفعه الى وارثه».

و عن العباس عن بعض أصحابنا (٢) قال:

«كتبت اليه: جعلت فداك أن امرأه أوصت الى امرأه و دفعت إليها خمسمائه درهم، و لها زوج و ولد فأوصتها أن تدفع سهمها منها الى بعض بناتها، و تصرف الباقي الى الامام فكتب عليه السلام: تصرف الثلث من ذلك الى، و الباقي يقسم على سهام الله عز و جل بين الورثه»، الى غير ذلك من الأخبار.

و أما أنه مع اجازة الورثه تجوز الوصيه بالزيادة على الثلث، فتدل عليه أيضا جملة من الأخبار منها ما رواه

الشيخ عن ابن رباط عن منصور بن حازم (٣) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بوصيه أكثر من الثلث و ورثته

ص: ٤٢٠

- 
- ١- (١) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٢ ح ٩٣٧. الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٦ ح ٨.
  - ٢- (٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٢ ح ٩٣٨. الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٦ ح ٩.
  - ٣- (٣) التهذيب ج ٩ ص ١٩٣ ح ٧٧٦. الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٢ ح ٢.

شهود، فأجازوا ذلك له، قال: جاز قال ابن رباط و هذا عندي على أنهم رضوا بذلك في حياته و أقرأوا به».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة في الصحيح عن محمد بن مسلم (١)

«عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أوصى بوصيه و ورثته شهود، فأجازوا ذلك، فلما مات الرجل نقضوا الوصيه، هل لهم أن يردوا ما أقرأوا به؟ قال: ليس لهم ذلك، الوصيه جائزه عليهم إذا أقرأوا بها في حياته».

و ما رواه المشايخ الثلاثة (عطر الله تعالى مضاجعهم) في الصحيح عن منصور بن حازم (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام مثله.

و ما رواه

المشايخ المذكورون عن أحمد بن عيسى (٣) قال:

«كتب أحمد بن إسحاق الى ابي الحسن عليه السلام ان دره بنت مقاتل توفيت و تركت ضيعه أشقاها في موضع و أوصت لسيدها في أشقاها بما يبلغ أكثر من الثلث، و نحن أوصيائها و أحببنا أن ننهي ذلك إلى سيدنا، فإن أمر بامضاء الوصيه على وجهها أمضيها و ان أمر بغير ذلك انتهينا إلى أمره في جميع ما يأمر به ان شاء الله تعالى، فكتب عليه السلام بخطه: ليس يجب لها من تركتها إلا الثلث فان تفضلتم و كنتم الورثه كان جائزا لكم ان شاء الله تعالى».

و ما نقل عن الشيخ على بن الحسين بن بابويه، فإن العلامه في المختلف قد نقل عنه أنه احتج على ذلك

بروايه عمار الساباطي (٤)

«عن الصادق عليه السلام قال:

الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح، ان أوصى به كله فهو جائز له».

ص: ٤٢١

- 
- ١- (١) التهذيب ج ٩ ص ١٩٣ ح ٧٧٥، الفقيه ج ٤ ص ١٤٧ ح ٥١٢، الكافي ج ٧ ص ١٢ ح ١ الوسائل ج ١٣ ص ٣٧١ ح ١.
  - ٢- (٢) التهذيب ج ٩ ص ١٩٣ ح ٧٧٦، الفقيه ج ٤ ص ١٤٨ ح ٥١٣، الكافي ج ٧ ص ١٢ ح ١ الوسائل ج ١٣ ص ٣٧١ ح ١.
  - ٣- (٣) التهذيب ج ٩ ص ١٩٢ ح ٧٧٢، الفقيه ج ٤ ص ١٣٧ ح ٤٨٠، الكافي ج ٧ ص ١٠ ح ٢ الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٤ ح ١.
  - ٤- (٤) التهذيب ج ٩ ص ١٨٦ ح ١ الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٠ ح ١٩.

ثم قال فى المختلف: و الروايه ضعيفه، و المطلوب مستبعد، و الأحاديث الصحيحه معارضه لهذه الروايه، مع أن الشيخ تأولها على من لا- وارث له، أو على ما إذا أجاز الورثه، و مع ذلك فهى قاصره عن افاده المطلوب، فانا نقول بموجبها فان المريض أحق بماله ما دام فيه الروح يفعل به ما يشاء فى حياته، و إذا أوصى به كله جاز، فإن أجاز الورثه بعد ما أوصى به، و إلا فسخت الوصيه فى الثلثين،

و قد روى ابنه فى المقنع (١)

«أن الصادق عليه السلام سئل عن رجل أوصى بماله فى سبيل الله عز و جل، فقال: أطلقه الى من أوصى له به، و ان كان يهوديا أو نصرانيا فان الله عز و جل (٢) يقول «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَأَيُّهَا إِيَّاهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ، إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ». ثم قال عقيب هذه الروايه، ماله هو الثلث، لأنه لا مال للميت أكثر من الثلث»، انتهى.

أقول: لا يخفى على من وقف على ما قدمناه فى كتب العبادات فى مواضع عديده من أن الشيخ على بن بابويه (قدس سره) أكثر ما نذكره سيما من الفتوى الغربيه انما هو مأخوذ من كتاب الفقه الرضوى، و ان كان على خلاف ما تكاثرت به الأخبار، و هذا الموضوع من جمله ذلك، فان عبارته المذكوره عين عبارته الكتاب

حيث قال عليه السلام فى الكتاب المذكور (٣)

«فإن أوصى رجل بربع ماله فهو أحب الى من ان اوصى بالثلث،

فإن أوصى بالثلث فهو الغايه فى الوصيه،

فإن أوصى بماله كله فهو أعلم بما فعله و يلزم الوصى إنفاذ وصيته على ما اوصى به»، انتهى.

و أنت خير- بأن اعتماد هذا الشيخ الجليل على الفتوى بعبائر الكتاب مع مخالفتها للأخبار الكثيره كما هنا، و قد تقدم أمثاله أيضا فى غير موضع- أدل دليل على اعتماده على الكتاب المذكور، و جزمه بأنه كلامه عليه السلام، و لكن متأخرى

ص: ٤٢٢

١- (١) المستدرک ج ٢ ص ٥٢٤ الباب ٣١ ح ٣.

٢- (٢) سورة البقره- الايه ١٨١.

٣- (٣) المستدرک ج ٢ نقل صدره فى ص ٥١٩ فى باب ٨ ح ٢ و ذيله فى ص ٥٢٠ فى باب ٩ ح ٦.

أصحابنا(رضوان الله عليهم)حيث لم يصل الكتاب إليهم تكلفوا للاستدلال له ببعض الأخبار،و اعترضوا عليها كما هنا بعدم الدلاله أو بنحو ذلك،و هو غفله عما ذكرناه مما وفقنا الله اليه،و يسر لنا الوقوف عليه.

### المسئله الثالثه [فى الوصيه بالمضاربه بتركته]:

#### اشاره

قد صرح الأصحاب(رضى الله عنهم)بأنه لو أوصى بالمضاربه بتركته أجمع أو بعضها على أن نصف الربح للوارث،و نصفاً للعامل صح،و ظاهر هذا الكلام إنما صحه الوصيه بالمضاربه على الوجه المذكور،أعم من أن يكون الورثه كلهم من البالغين المكلفين،أو الأطفال أو المجانين،أو من القسمين معا.

و الذى وقفت عليه من الأخبار المتعلقه بذلك ما رواه

فى الكافى عن محمد

ص: ٤٣١

بن مسلم (١) في الموثق «عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن رجل أوصى الى رجل بولده و بمال لهم، و أذن له عند الوصيه أن يعمل بالمال و أن يكون بينه و بينهم، فقال: لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك و هو حي».

و رواه الشيخان الآخران أيضا عن خالد بن بكير الطويل (٢) قال:

« دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال يا بني: اقبض مال إخوتك الصغار و اعمل به، و خذ نصف الربح و أعطهم النصف، و ليس عليك ضمان، فقد متنى أم ولد أبي الى ابن أبي ليلى، أن هذا يأكل أموال ولدى قال: فافتصت عليه ما أمرنى به أبي فقال: ابن أبي ليلى ان كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه، ثم أشهد على ابن أبي ليلى إن أنا حرته فانا له ضامن، فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقصصت عليه قصتي، ثم قلت له: ما ترى؟ فقال: اما قول ابن أبي ليلى فلا أستطيع رده، و أما فيما بينك و بين الله عز و جل، فليس عليك ضمان».

رواه في الكافي و التهذيب في الصحيح أو الحسن الى خالد بن بكير المذكور و هو مجهول، و صريح الروايه الثانيه، و ظاهر الروايه الأولى كون المال المذكور للأطفال، لأن ظاهر قوله في الأولى «أوصى الى رجل بولده و بمالهم» أى جعله قيما عليهم و وليا يقوم بتدبيرهم، و هو ظاهر فى كونهم صغارا كما لا يخفى، و لأن الوصيه بالبالغ غير صحيحه، و إطلاق الوصيه يحتمل على الصحيحه، و بذلك يظهر أن ما أطلقه الأصحاب لا يخلو من الإشكال، إلا أن يقال: ان يكون من قبيل العقد الفضولى، فإن شاء الوارث البالغ أجازه، و كان عليه الوفاء بمقتضاه من دفع الحصة إلى العامل، و مع ذلك فهو عقد جائز له فسخه متى شاء، لما تقدم من أن المضاربه من العقود الجائزه، دون اللازمه، و أما ان كان لمولى عليه، فإنه

ص: ٤٣٢

١- (١) الكافي ج ٧ ص ٦٢ ح ١٩، الفقيه ج ٤ ص ١٦٩ ح ٥٩٠. الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٨ ح ١.

٢- (٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٣٦ ح ٩١٩، الفقيه ج ٤ ص ١٦٩ ح ٥٩١، الكافي ج ٧ ص ٦١ ح ١٦. الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٨ ح ١.



لا إشكال في صحة المضاربه، كما ينادى به قوله في موثقه محمد بن مسلم «لا بأس به، من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك و هو حتى» و مرجعه الى أن الأب ولي جبرى فتمضى تصرفاته إذا لم تخرج عن الوجه الشرعى، و يستمر الحكم بالصحه إلى بلوغ المولى عليه، فإذا كمل كان له فسخ المضاربه، لأنها عقد مبنى على الجواز و تحديد الموصى لها بمدته لا ترفع حكمها الثابت لها بأصل الشرع و انما تظهر الفائده فى التحديد بمدته، هو المنع من التصرف بعد تمام المده، لا التزام بها فى تلك المده مع كونها جائزه شرعا، و لا- يكون الفسخ بعد البلوغ تبديلا للوصيه و تغييرا لها، و هو منهى عنه، لأن التبديل انما هو فى العمل بخلاف مقتضاها، و هنا ليس كذلك، لأنه لما أوصى بعقد جائز فقد عرض العامل للفسخ فى كل وقت ممكن، عملا بمقتضاه، فالفسخ لا يكون تبديلا للوصيه.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن ما ذكرناه من الوصيه بالمال كلا أو بعضا هو المشهور.

و قال ابن إدريس فى كتابه: و قد روى أنه إذا أمر الموصى الوصى أن يتصرف فى تركته لورثته و يتجر لهم بها، و يأخذ نصف الربح، كان ذلك جائزا و حلالا له نصف الربح، أو رد ذلك شيخنا فى نهايته، إلا أن الوصيه لا تنفذ إلا فى ثلث ما كان يملكه الميت قبل موته، و الربح تجدد بعد موته، فكيف تنفذ وصيته، و قوله فيه و فى الروايه نظر، انتهى.

و ظاهره تخصيص الوصيه بالتصرف بالثلث فما دونه، دون ما زاد على ذلك و أنت خير بأنه على ما قلناه من اختصاص الروايتين بما إذا كان المال لمولى عليه كالأولاد الصغار، فإنه ليس فى العمل بالخبرين كثير مخالفه لمقتضى الأصول الذى طعن به ابن إدريس و من تبعه، فإن ولاية الأب على أطفاله و الوصيه بهم و بما ينبغى فى أموالهم مما لهم فيه المصلحه غير منكور و لا ممنوع شرعا، و غايه ما ربما يقال: حصول التعريض فى مالهم للتلف و هو غير قاذح، لأن الواجب على العامل مراعاة الحفظ، و ما فيه مصلحه العمل بالمال حسب الإمكان.

و يؤيده ما ورد من جواز الاتجار به لليتيم من الولي

روايه أبى الربيع (1) قال:

«سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون فى يده مال لأخ له يتيم و هو وصيه أ يصلح له أن يعمل به؟ قال: نعم كما يعمل بمال غيره، و الربح بينهما، قال:

قلت: فهل عليه ضمان؟ قال: لا إذا كان ناظرا له».

و بالجملة فإن المدار فى العمل على الأخبار، و لا يلتفت الى هذه الاستبعادات فى مقابلتها، و مع تسليم ما يدعونه من خروجها عن القواعد و الأصول المقرره فى باب الوصيه، فإنه يجب تخصيص تلك القواعد بها، كما تقدم نظيره فى غير مقام، على أنه لا يخفى أن مورد الأخبار الداله على أنه ليس للموصى أن يوصى بأزيد من الثلث و أنه يستحب أن يوصى بالأقل منه، انما هو فيما إذا أوصى لنفسه أو غيره بشىء من التركة، و اختص به عن الورثه بحيث أنه قد فات على الورثه و نقص من التركة، كما علل به من أنه ليس له من ماله بعد الموت، إلا الثلث.

و ما نحن فيه هنا ليس من هذا القبيل، فإنه لم يختص بشىء من التركة، و لم يأخذ منها شيئا، و انما هذه الوصيه بمصلحه ترجع إلى الورثه ليس له منها قليل و لا كثير، و هذا المال الذى أوصى به سواء كان جميع التركة أو بعضها انما هو مال الورثه، لم يخرج عن ملكهم بالوصيه كما فى غيره من الوصايا التى قاسوا عليها و قيدوها بالثلث، بل هو باق على ملكهم، و انما تعلق الوصيه بالتصرف فيه لأجل تحصيل مصلحه لهم، و هو الانتفاع بالربح.

و قد عرفت أنه متى كانوا أطفالا، فهو الولي عليهم، و الناظر فى مصالحهم حيا و ميتا، و له بعد الموت الوصيه بذلك، و ان كانوا بالغين فهذه الوصيه لا تمضى عليهم، فان شاءوا رضوا و ان شاءوا أبوا و امتنعوا، و أى منافاه فى ذلك للقواعد المقرره عندهم.

ص: ٤٣٤

## الأول [فى حكم إجازة بعض الورثة فى الوصية بالزائد]:

قالوا لو كانت الورثة جماعه فأجاز بعضهم نفذت الإجازة فى نصيبه من الزائد، قيل: و الوجه فيه أن الوصية لما كانت و ما تقبل التبعض، لكونها تبرعا محضا و كان الزائد عن الثلث منها موقوفا على إجازة الوارث جاز له إجازة البعض كما تجوز له إجازة الجميع، لأن ذلك حقه، فله التبرع بجملته و بعضه، و كما يجوز ذلك لبعض الورثة دون بعض و يلزم كل واحد جملة، كذلك يجوز إجازة البعض منهم جميعا، كالنصف و الثلث، و يتقدر بالقدر المجاز، دون ما عداه.

قالوا: فلو فرض كون الوارث ابنا و بنتا، و أوصى بنصف ماله فإن أجازا معا فالمسئلة من ستة، لأن لهما نصف التركة أثلاثا بينهما، و للموصى له نصفها، و ان رد الوصية معا فالمسئلة من تسعة، لأن لهما ثلثى التركة أثلاثا بينهما، و هى ستة من تسعة، ثلاثه للموصى له، لأنها ثلث التركة، و ان أجاز أحدهما فالمسئلة من ثمانية عشر، فللموصى له من حيث الوصية و عدم الإجازة، الثلث ستة، و لهما ميراثا من ذلك اثنى عشر أثلاثا بينهما، فمن أجاز منهما دفع من نصيبه ما وصل اليه من السدس الزائد، فلو أجاز الابن خاصة، كان له ستة من الثمانية عشر لأنه قد سقط منه اثنان بالإجازة، و قد كانت حصته ثمانية، فيدفع منها الى الموصى إليه سهمان، و تبقى له ستة، و لو أجازت البنت خاصة كان لها ثلاث من ثمانية عشر، لأن الذى لها قبل الإجازة أربعة، فتدفع منها الواحد بالإجازة منهما للموصى إليه، و منه يعلم انه لو أجازا معا فللموصى إليه زيادة على الستة التى تثبت بالوصية ثلاثه، سهمان من الولد و سهم من البنت فيكون للموصى له تسعة، و هى نصف الفريضة، و للولد ستة، و للبنت ثلاثه، و على هذا فقس.

## الثانى [فى لزوم إجازة الوارث فى حال حياه الموصى و بعد موته]:

المشهور بين الأصحاب (رحمهم الله) أن إجازة الوارث لازمه له سواء كانت فى حال حياه الموصى أم بعد موته، ونقل عن الشيخ المفيد و سلار و ابن إدريس اختصاص اللزوم بما بعد الوفاء، فلو أجاز فى حال الحياه جاز له الرجوع عنها بعد الوفاء، ويدل على القول المشهور ما تقدم من صحيحه محمد بن مسلم (١)، و بطريق آخر منصور بن حازم، و هى صحيحه صريحه فى أنهم لو أجازوا فى حال الحياه لزمهم ذلك، و ليس لهم أن ينقضوا ذلك بعد الوفاء.

و استدل عليه فى المختلف أيضا بجملة من الأدله الاعتباريه، و بعضها يصلح وجها للنص المذكور، و بيان العله فيه، و بعضها يصلح للتأكيد.

و نقل المختلف عن ابن إدريس بأنه احتج بأنه أجاز فيما لا يستحقونه بعد فلا يلزمهم ذلك بحال، و رد بأن المال الموصى به لا يخرج عن ملك الموصى أو الورثه، لأنه إن برأ من مرضه فالمال له، و ان مات كان للورثه، فإن كان للموصى فإنه قد أوصى، و ان كان للورثه فإنهم قد أجازوا، و لأن المنع من نفوذ الزائد عن الثلث انما هو لحق الورثه، فهو متحقق فى حال الحياه، فإذا أجازوا فقد أسقطوا حقهم.

و بالجملة فإنه مع قطع النظر عما ذكرناه من الجواب، لا- وجه لهذا الاحتجاج فى مقابله النص الصحيح الصريح، و هل هو إلا الاجتهاد المحض فى مقابله النصوص و جرأه على أهل الخصوص.

قال فى المسالك: و لا فرق على ذلك بين كون الوصيه و الإجازة حال صحه الموصى و مرضه المتصل بالموت و غيره، لاشتراك الجميع فى المقتضى، و الفرق بين إجازة الوارث حال الحياه و رده حيث لم يؤثر الثانى دون الأول، أن الوصيه مستمره ببقاء الموصى عليها، فيكون استدامتها كابتدائها بعد الرد، فلا يؤثر، بخلاف الرد بعد الموت، لانقطاعه حينئذ، و بخلاف الإجازة حال الحياه، لأنها حق للوارث

ص: ٤٢٤

و قد أسقطه فلا وجه لاستمراره، و دوام الوصيه يؤكدها، انتهى.

أقول: قوله «و الفرق بين اجازة الوارث الى آخره» كأنه جواب سؤال مقدر من جانب ابن إدريس، و ما استدل به، و تقريره أنه في تلك الحال التي أوصى الموصى و هي حال حياته كما أنه لا يصح فيها رد الورثه للوصيه، فكذا لا تصح فيها إجازتهم، فأجاب بالفرق المذكور بين الرد في تلك الحال و الإجازة، فإن الوصيه مستمره ببقاء الموصى عليها، و الاستمرار يجرى مجرى تعددها حالا. فحالا فلو فرض الرد في أثناء هذه، فان ما بعده في حكم تجدد عقد آخر من حيث اقتضاء الاستمرار ذلك، فلا تأثير للرد حينئذ في تلك الحال، بخلاف الرد بعد الموت، لانقطاع الاستمرار بالموت فيؤثر، و بخلاف الإجازة حال الحياه، لأن الإجازة حق له، و قد أسقطه فلا وجه لاستمراره، و أنت خبير بأن الأصل في ذلك النص، و هذه تصلح وجوها له كما تقدم، و الله العالم.

### **الثالث [في كون إجازة الوارث بعد موت الموصى تنفيذًا للوصيه] :**

المفهوم من كلام الأصحاب (رضى الله عنهم) من غير خلاف يعرف أن اجازة الوارث للوصيه بما زاد عن الثلث بعد الموت تنفيذ، لما أوصى به الموصى، لا- بابتداء عطيه من الوارث، باعتبار انتقال الحق إليه بالموت، أما قبل الموت فلا- إشكال في ذلك، لأن الوارث لا يملك، فلا يمكن احتمال العطيه منه، و انما محل الكلام بعد الموت، لما عرفت من انتقال الحق إلى الوارث بالموت، و الأصحاب كما ذكرنا، على أنه تنفيذ لا عطيه، قال في المسالك و هو مذهب الأصحاب، لا يتحقق فيه خلاف بينهم، و انما يذكر الآخر وجها أو احتمالًا، و انما هو قول العامه و المرجح عندهم ما اخترناه أيضًا، انتهى.

و علل القول المشهور بأن الملك باق على المريض لم يخرج عنه بمرضه، فيصح تصرفه فيه لمصادفته الملك، و حق الوارث إنما يثبت في ثاني الحال فأشبهه بيع شقص الشفيق وارث الخيار، حيث تترتب عليه اجازة المبيع، فإنه لا يكون ابتداء بيع، بل تنفيذ لما فعل سابقًا، و أيضًا فإن الوارث ليس بملك، و ثبوت حق

الإجازة له لا يقتضى الملك، لأن الحق أعم منه، فتصرف الموصى فى حكمه، و اجازة الوارث فى معنى إسقاط حقه، ولأنه لو برأ من مرضه نفذت تصرفاته المنجزة مع كونها كانت متوقفة على اجازة الوارث كالوصيه، و لم يفتقر الى الاستيناف فدل على اعتبار ما وقع من الموصى لا على فساد، و بهذا ترجح كونها تنفيذاً، و مما علل به الاحتمال الآخر، انتقال الحق إلى الوارث بالموت، و زوال ملك الموصى، و أن تصرف الموصى فى الزائد عن الثلث منهي عنه، و النهى يقتضى الفساد، لأن الزيادة حق الورثة فيلغو تصرف الموصى فيها، و تكون العطيه من الوارث.

و أجاب عن ذلك فى المسالك بالمنع من كون التلفظ بالوصيه منهيها عنه، و كون النهى فى ذلك يقتضى الفساد، و لو سلم فإنما يقتضيه لو لم يخسر الوارث و نمنع من كون الزيادة حقا للورثة، بل هى ملك الموصى، غايته أن حقهم قد تعلق بها، و مع الإجازة تسقط كإجازة المرتهن تصرف الراهن، انتهى.

أقول: لا يخفى عليك ما فى هذه التعليقات العليله من الطرفين، من عدم الصلوح لتأسيس الأحكام الشرعيه فى البين، إلا أن ما علل به الاحتمال المذكور و ان كان خلاف ما عليه الجمهور هو الأقرب الى الأخبار، و الأنسب بالاعتبار.

و مما يدل على ما ادعاه من زوال ملك الموصى عن الزائد، و أن تصرفه منهي عنه، قوله عليه السلام فى روايه حمران المتقدمه «لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك، فلا يجوز له ذلك» و مما يؤيد ذلك أيضا قوله عليه السلام فى مكاتبه أحمد بن إسحاق المتضمنه للإجازة بعد الموت «فان تفضلتم و كنتم الورثة كان جائزا لكم» و المراد الإجازة لما زاد على الثلث، فان فيه نوع إشاره الى أن ذلك عطيه منهم للموصى له، و تفضل منهم عليه، و يحتمل أن يكون ذلك بالنسبه الى الموصى بإجازة وصيته، فيكون التفضل عليه.

و بالجملة فإن الأقرب الى الاعتبار و الأنسب بالأخبار، هو ما علل به الاحتمال المذكور، و جميع ما أجيب به عنه و ما علل به القول المشهور لا يخلو من القصور،

إلا- أنه لا- ثمره مهمه فى التشاغل برده و بيان ما فيه، و قد ذكروا أيضا جملة من الفروع المترتبة على القولين، أكثرها لا يخلو من مناقشه فى المبني، طويناها على عزها، و أعرضنا عن ذكرها، و نشرها، من أراها فليرجع الى مطولاتهم (رضوان الله عليهم).

### الرابع [فى تعيين وقت تقدير الثلث] :

قد صرحوا بأن المعتبر من الثلث وقت الوفاء، لا وقت الوصيه، فلو كان موسرا حال الوصيه ثم افتقر وقت الموت، أو بالعكس، كان الاعتبار بحال الموت فى كل من الصورتين، قالوا: لا إشكال فى ذلك فيما لو كان الموصى به قدرا معيناً معين معينه، أو مائه درهم مثلاً أو جزءاً من التركة مع كونه حال الموت، أقل منه حال الوصيه، و إنما الإشكال فيما لو أوصى بجزء من التركة كالربع أو الخمس أو الثلث، و كان فى وقت الوصيه فقيراً ثم أيسر وقت الموت، فصار ذلك الجزء الموصى به مالا- كثيراً، ربما دلت القرائن على عدم إرادته، حيث لا تكون الزيادة متوقعه غالباً.

أقول: و الظاهر عندى ضعف هذا الاشكال، و أنه بمحل من الاضمحلال، فان مقتضى إطلاق الوصيه دخول هذا الفرد، و هذه الكثرة التى ربما يتوهم عدم انصراف الإطلاق إليها معلومه للموصى وقت الوفاء و الاعتبار كما عرفت، إنما هو بوقت الوفاء، فعدم العدول عن الوصيه السابقه على ذلك مع علمه و معرفته بهذه الكثرة، يقتضى العمل بإطلاق الوصيه، و دخول هذا الفرد فيها، و الله العالم.

### الخامس [فى دخول ديه الخطأ و أرش الجنايه فى الوصيه] :

الظاهر أنه لا- خلاف فى دخول الديه و أرش الجنايه فى الوصيه لو أوصى ثم قتله قاتل أو جرحه، فان وصيته ماضيه من ثلث التركة، و ثلث الديه، و أرش الجنايه، و تدل على ذلك جملة من الأخبار.

منها ما رواه

فى الكافى و الفقيه عن محمد بن قيس (1) فى الصحيح

«عن

ص: ٤٢٧

أبي جعفر عليه السلام قال: قلت له: رجل أوصى لرجل بوصيه من ماله ثلث أو ربع، فقتل الرجل خطأ يعني الموصى فقال: تجاز لهذا الوصيه من ميراثه و من ديته».

و في الفقيه و في خبر آخر

«سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بثلث ماله، ثم قتل خطأ فقال: ثلث ديته داخل في وصيته».

و ما رواه

في التهذيب في الصحيح عن محمد بن قيس (١)

«عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى لرجل بوصيه مقطوعه غير مسماه من ماله ثلثا أو ربعا أو أقل من ذلك أو أكثر، ثم قتل الموصى بعد ذلك فودي فقضى في وصيته: أنها تنفذ من ماله و من ديته كما أوصى».

و ما رواه

في الكافي و التهذيب عن السكوني (٢)

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

قال أمير المؤمنين عليه السلام من أوصى بثلثه ثم قتل خطأ، فثلث ديته داخل في وصيته».

و ربما أشكل الحكم المتقدم بأن المعتبر من الثلث ما كان وقت الوفاه بما ذكر هنا من دخول ثلث الديه في الوصيه، مع أن استحقاق الديه إنما يثبت بالموت، فهي متأخره عن الموت، و يمكن الجواب عن ذلك بأن الحكم المذكور أولا إنما هو من كلام الأصحاب، و مرادهم إنما هو المنع من الاعتبار بحال الوصيه، بل العبره بالموت، يعني حصول الثلث حال الموت، و الديه و ان كانت لا- تستقر إلا- بعد الوفاه فهي في الحقيقه متأخره عنها، إلا أنها مقارنه للموت، فلا ينافي ما اعتبروه من وقت الوفاه، لصدق الإطلاق عرفا على هذا الوقت أنه وقت الموت، و كيف كان فالعمل على ما دلت عليه النصوص المذكوره.

بقي الكلام في أن مورد هذه الروايات الديه في قتل الخطأ، فإنه هو موجب للديه خاصه، مع تصريح الأخبار به، فديه الخطأ هي التي تدخل في

ص: ٤٢٨

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ٢٠٧ ح ٨٢٣. الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٣ ح ٣.

٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ١١ ح ٧، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٧ ح ٨٢١، الفقيه ج ٤ ص ١٦٩ ح ٥٨٩. الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٢ ح ٢.



الوصيه، و يؤخذ منها الثلث، و أما الدية المأخوذه فى العمد فهل تدخل فى ذلك أم لا؟ اشكال، سواء قلنا بأن العمد موجب لأحد الأمرين، القصاص أو الدية، أو أن الدية انما تثبت صلحا، و الصلح لا يتقيد بالديه، بل يصلح بزياده منها و نقصان، فيكون القول بذلك أبعد، و ظاهر الأصحاب القول بدخولها، قال فى القواعد: و لو قتل خطأ أو استحق أرشا خرجت الوصيه من ثلث تركته و ثلث ديته و أرشه، و كذا العمد إذا تراضوا بالديه.

و قال فى المسالك-بعد قول المصنف «ان وصيته ماضيه من ثلث تركته و ديته و أرش جراحته» ما صورته: و يظهر من قوله عليه السلام «و ديته» أن الحكم مخصوص بقتل الخطأ، لأنه هو الموجب للديه على الإطلاق، و أما العمد فان قيل:

انه يوجب أحد الأمرين القصاص أو الدية دخل فى عبارته، لأن الدية أحد الأمرين المترتبين على الوفاء المستنده إلى القتل، فكانت الدية مقارنة للوفاء كالخطأ و ان كان لها بدل، و أما على قول المشهور، من أن موجب العمد هو القصاص، و انما تثبت الدية صلحا، و الصلح لا يتقيد بالديه، بل يصلح بزياده عنها و نقصان ففى دخوله فى عبارته تكلف، و قد يندفع بأنه حينئذ عوض القصاص الذى هو موروث عن المجنى عليه، و عوض الموروث موروث، و ربما أشكل من وجه آخر و هو أن الموروث انما هو القصاص و ليس بمال، فلا يتعلق به الحق المالى المترتب على مال الميت، و يندفع بأنه بقبوله المعاوضه بالصلح على مال فى قوه الحق المالى و زياده، انتهى.

أقول: الواجب هو تحقيق الحكم الشرعى فى ذلك، و أنه هل تدخل ديه العمد فى هذا الحكم أم لا-؟ سواء دخلت فى عبارته المصنف أم لا، و تطويل هذا الكلام فى تكلف دخولها تحت عبارته المصنف لا يجدى نفعاً، إلا مع قيام دليل على هذه القاعده التى بنوا عليها، و هو أن المعتبر من الثلث ما كان مالا للميت حال الوفاء، دون ما تقدم عليها و ما تأخر عنها، مع انهم لم يستندوا فيه الى دليل،

و الروايات الواردة في المسئلة كما عرفت موردها انما هو ديه الخطأ لتصريحها بذلك، و ديه العمد سيما على القول المشهور من أنه لا ينتقل إلى الدية إلا بطريق الصلح الذي هو عبارته عن التراضى بمال زاد، عن الدية أو نقص عنها مما هو خارج عن مقتضى قاعدتهم المذكورة، إذ الظاهر أن هذا الصلح و ما يترتب عليه متأخر عن وقت الوفاة البتة، فلا يصدق عليه أنه مال الميت، وقت الوفاة، و قد صرح في الدروس بعدم اعتبار ما يتجدد بعد الوفاة، و هذا الصلح و ما يترتب عليه انما يتجدد بعد الوفاة، و إدخالها بهذه التكاليف التي ارتكبتها و ذكرها (قدس سره) ظاهر الضعف، بل البطلان، سيما مع ما عرفت من أن إثبات الأحكام الشرعية بهذه التخريجات الوهميه مما لا- ينبغي النظر اليه، و لا- العروج عليه، هذا بناء على قاعدتهم، و أما بالنظر الى الأخبار فقد عرفت اختصاص موردها بديه الخطأ، و نحوها الأرش، إلا أنه قد ورد في جملة من الأخبار ما يدل على أنه يجب وفاء الدين من الدية، و ان أخذت صلحا، كما

في روايه عبد الحميد بن سعيد (١) قال:

«سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل قتل و عليه دين و لم يترك مالا و أخذ أهله الدية من ماله، أ عليهم أن يقضوا الدين؟ قال: نعم، قلت: و هو لم يترك شيئا، قال: إنما إذا أخذوا الدية، فعليهم أن يقضوا الدين».

و روايه يحيى الأزرق (٢)

«عن أبي الحسن عليه السلام في رجل قتل و عليه دين و لم يترك مالا فيأخذ أهله الدية من قاتله، عليهم أن يقضوا دينه؟ قال: نعم، قلت: و هو لم يترك شيئا؟ قال: إنما أخذوا الدية فعليهم أن يقضوا دينه».

و في روايه أبي بصير (٣)

«عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام قلت: فان

ص: ٤٣٠

- 
- ١- (١) التهذيب ج ٦ ص ١٩٢ ح ٤١٦، الوسائل ج ١٣ ص ١١١ ح ١.
  - ٢- (٢) التهذيب ج ٩ ص ١٦٧ ح ٥٨٤، الوسائل ج ١٣ ص ١١١ ح ١.
  - ٣- (٣) الفقيه ج ٤ ص ٨٣ ح ٢٦٤ عن علي بن أبي حمزه، الوسائل ج ١٣ ص ١١٢ ح ٢.

هو قتل عمدا و صالح أولياؤه قاتله على الديه، فعلى من الدين؟ على أوليائه من الديه أو على امام المسلمين؟ فقال: بل يؤدوا دينه من ديته التي صالحوا عليها أولياؤه، فإنه أحق بديته من غيره».

و الأولان دلالتهما على المدعى من حيث الإطلاق، و الثالث صريح في ذلك، و وجوب قضاء الدين منها انما هو من حيث كونها من جمله أمواله و ان تأخر استحقاقها عن موته، فكما يقضى منها ديونه، تنفذ منها وصاياه، و من هنا صرح الأصحاب بأن الديه في حكم مال الميت، سواء وجبت أصله أو صلحا.

قال في المسالك: إذا قتل الشخص عمدا و عليه دين، فإن أخذ الورثة الديه صرفت في ديون المقتول و وصاياه كغيرها من أمواله، لما تقدم غير مره من أن الديه في حكم مال الميت، سواء وجبت أصله أو صلحا الى آخر كلامه (زيد في إكرامه) ذكر ذلك في كتاب الديات، و حينئذ يزول الإشكال بالنسبه إلى دخول ديه العمد في الحكم المذكور.

و انما يبقى الاشكال فيما اعتبروه من اعتبار الثلث بوقت الوفاه، مع أنه في صورته الصلح على القصاص بأخذ المال انما يكون متأخرا عن الوقت المذكور، إلا أن ما ذكروه من الحكم المذكور انما هو من مجرد اصطلاحهم و اتفاقهم، و كيف كان فالعمل على ما دلت عليه الأخبار، و وافق كلامهم أم لا، و الله العالم.

#### المسئله الرابعه [في خروج الواجب المالى من أصل التركة و إن لم يوص]

الظاهر أنه لا- خلاف بين الأصحاب (رضوان الله عليهم) في أن الواجب المالى أعم من أن يكون مشوبا بالبدن كالحج أم لا، كالزكاه و الكفارات و الخمس و نذر المال، يجب خروجه من الأصل، أو وصى به أو لم يوص، لتعلقه بالمال حال الحياه.

أما الواجب البدنى المحض كالصلاه و الصوم فإنه إنما يخرج من الثلث إذا أوصى به، فيكون حكمه عندهم حكم التبرعات الموقوف إخراجها على الوصيه بها من الثلث، و قيل بخروجه من الأصل كالواجب المالى من غير فرق، و الأخبار بوجوب إخراج الواجب المالى و ان كان مشوبا بالبدن من الأصل متكاثره، قد تقدمت في كتاب الحج و كتاب الزكاه و الخمس و كتاب الديون.

أما الواجب البدنى فلم أقف فيه على نص بنفى و لا- إثبات، لكن الظاهر أن مبنى كلام الأصحاب في الفرق بين الأمرين، هو أن الواجب المالى- و ان كان مشوبا بالبدن في بعض الأفراد-، لما كان متعلقا بالمال حال الحياه و جب إخراجه بعد الموت من المال، و تخرج الأخبار المشار إليها شاهدا على ذلك.

و أما الواجب البدنى فإنه لما كان متعلقه في حال الحياه إنما هو البدن، و بعد الموت مع عدم الوصيه به يتعلق الخطاب به بالولى، فمع عدم الولى و عدم الوصيه لا دليل على وجوب الإخراج، كما ادعاه ذلك القائل المتقدم، و لنا في هذا المقام تحقيقات حسنه، قد تقدمت في كتاب الصلاه في المطلب الثانى في القضاء عن الأموات في الباب الرابع في اللواحق من الكتاب المذكور (1) و كذا في كتاب الحج في المسئله الثانيه من المقصد الثانى في حج النذر (2) و قد تضمنت دفع شبهات الأقوال المخالفه لما عليه الأصحاب مع تحقيق حسن في الباب.

و اختلف الأصحاب في وجوب الوصيه بالواجب البدنى لو لم يكن وصى

١-١) ج ١١ ص ٥٧.

٢-٢) ج ١٤ ص ١٩٦.

يقضيه عنه، قال فى المسالك: و الأقوى وجوب الوصيه به على المريض، كغيره من الواجبات ان لم يكن له ولى يقضيه عنه، و ربما قيل: بعدم وجوب الوصيه به لأن الواجب فعله بنفسه أو بولىه لانتفاء الدليل على ما سوى ذلك، و فيه أن علمه بوجوبه و استحقاق العقاب على ترك الواجب اختيارا مع قدرته على براءه الذمه منه يوجب وجوب الوصيه، ليخرج من العقاب بتركه، فان دفع الضرر عن النفس واجب.

نعم لو كان فوات الواجب لا بتفريط كالغفله عن الصلاه مع عدم القدره على القضاء حال الوصيه، احتمال عدم وجوب الوصيه، إذ لا عقاب على ذلك التفويت، و لا دليل على وجوب الوصيه بالقضاء انتهى، و فى الكفايه قال: الأقرب العدم.

أقول: الظاهر قوه ما اختاره فى المسالك، لظاهر الأخبار المتقدمه الداله على أن الوصيه حق على كل مسلم، فان ظاهر لفظ «على» الوجوب، كما ذكرناه فى الفائده الأولى من الفوائد التى ذيلنا بها تلك الأخبار، و يزيد ذلك تأييدا ما ذكره شيخنا المشار اليه من التعليل، فإنه جيد وجيه كما لا يخفى على الفطن النبيه، و ما قربه فى الكفايه من العدم ضعيف.

إذا عرفت ذلك فاعلم إذا اجتمعت فى الوصيه حقوق واجبه ماليه و بدنيه، و تبرعات، فان الواجب المالى كما عرفت يخرج من الأصل، و ما عداه يخرج من الثلث مقدا للواجب البدنى على المتبرع به، مرتبا فى الواجب البدنى لو تعدد، الأول فالأول، تم المتبرع به كذلك ان قام به الثلث، أو أجاز الوارث، و إلا سقط، و مع اجازة الوارث الجميع، فالحكم كما ذكر، و مع اجازته البعض يكون مخرجه عن الأصل، فيبدأ به كالواجب المالى، لكن لو ضاق المال عنها أعنى عن الواجب و عن المجاز، قدم الواجب، لاشتغال الذمه به، و لو لم يكن فيها واجب بل الجميع من الوصايا المتبرع بها قدم الأول فالأول حتى يتم الثلث، سواء رتب بينهما بلفظ «ثم» أو «الفاء»، أو اقتصر على مجرد الترتيب الذكري، و ان عطف

بالواو فإنه في حكم ذلك، و الوجه فيه أن الوصيه الصادره أولا- نافذه، لوقوعها من أهلها، و هكذا ما بعدها الى أن يستوفى الثلث، فتبطل في الزائد.

أما لو جمع بأن ذكر أشياء متعدده، ثم أوصى بالمجموع من غير أن يرتب في الوصيه، أو قال: أعطوا فلانا و فلانا و فلانا مائه، أو قال: بعد الترتيب لا تقدموا أحدا على أحد، ثم نقص الثلث في هذه الصوره، فإنه يوزع النقص على الجميع بالنسبه، كما في مسئله العول.

و الذى وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بهذا المقام

روايه حمران (1) المتقدمه في المسئله الأولى

«عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل أوصى عند موته، و قال:

أعتق فلانا و فلانا حتى ذكر خمس، فنظرت فى ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمه المماليك الخمسه التى أمر بعققتهم، قال: ينظر الى الذين سماهم و يبدأ بعققتهم فيقومون، و ينظر الى ثلثه فيعتق منه أول من سمى، ثم الثانى ثم الثالث، ثم الرابع ثم الخامس فان عجز الثلث كان ذلك فى الذى سمى أخيرا، لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك، فلا يجوز له ذلك». و مورد الروايه و ان كان انما هو الوصيه بالعتق دون الوصيه بغيره، إلا أن ظاهر الأصحاب حيث استدلوا بها هنا عدم الفرق بين الأمرين.

قال فى المسالك: و اعلم أنه لا فرق فى هذا الحكم بين العتق و غيره من التبرعات، خلافا للشيخ و ابن الجنيده حيث قدما العتق و ان تأخر، و لا بين أن يقع الترتب متصلا فى وقت واحد عرفى، أو فى زمانين متباعدين كغدوده و عشيه، خلافا لابن حمزه حيث فرق بينهما، فحكم فى الأول كما ذكره الجماعه، و جعل الثانى رجوعا عن الأول، إلا أن يسعهما الثلث، فينفذان معا و هو شاذ ضعيف المأخذ، انتهى.

أقول: يمكن أن يستدل لما ذكره الشيخ و ابن الجنيده بتقديم العتق على

ص: ٤٣٧

غيره من التبرعات، و ان وقع متأخرا بما رواه

المشايخ الثلاثة (قدس الله أرواحهم) عن محمد بن مسلم (1) في الموثق

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه، و أوصى بوصيه و كان أكثر من الثلث، قال: يمضى عتق الغلام، و يكون النقصان فيما بقى». و أجب عن ذلك بأنه محمول على تقديم العتق هنا من المنجزات، لأنه وقع حال الحياه، و المنجزات مقدمه على الوصايا.

نعم الخلاف فيها مشهور بأن مخرجها من الأصل أو الثلث، و ظاهر هذا الخبر لا يخلو من اشتباه فى ذلك ايضا، و التحقيق هنا أن الأخبار فى هذه المسئله أعنى مسئله المنجزات بالنسبه إلى العتق و أن مخرجه من الأصل أو الثلث لا يخلو من اشتباه و تعارض، كما أشار إليه أيضا المحدث الكاشانى فى الوافى، و أما غير العتق من المنجزات فالحكم فيه كما اخترناه من الخروج من الأصل من غير اشكال.

### المسئله الخامسه [فى دخول النقصان على الأخير فى صورته تعدد الوصيه]:

#### إشاره

لو أوصى لزيد بثلث من التركه، و لعمر و بربع منها، و لثالث بخمس منها صحت الوصيه فى الأول خاصه، لاستيعابها الثلث، النافذ بدون الإجازة، و رعايه لما تقدم من الأول مع تجاوز الثلث، و بطلت فيما عداه، و قيل: ان الوصيه المتأخره تقتضى الرجوع عما قبلها، قال: الشيخ فى الخلاف إذا أوصى لإنسان بثلث ماله، ثم أوصى بثلث ماله لغيره و لم تجز الورثه، فإن الوصيه الثانيه رافعه للأولى و ناسخه لها، و استدل بإجماع الفرقه و الأخبار.

و قال ابن إدريس: إذا أوصى بثلث ماله لشخص، ثم أوصى بثلث ماله لغير ذلك الشخص، كان الثلث للأخير، و تكون الوصيه الثانيه ناسخه للأولى، لأن الإنسان لا يستحق من ماله بعد وفاته إلا ثلث ماله، فإذا أوصى به لإنسان، ثم أوصى به بعد ذلك لآخر، فقد نقل الثلث الذى يستحقه من الأموال الى الثانى، لأنه يعلم أنه لا يستحق سوى الثلث، فإذا أوصى به ثم وصى به، فقد رجع عن الأول،

ص: ٤٣٨

١- (١) الكافى ج ٧ ص ١٧ ح ٥، التهذيب ج ٩ ص ١٩٤ ح ٧٨٠، الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٨ ح ١.

فهذا يعنى قول أصحابنا: أنه إذا أوصى بوصيه، ثم أوصى بأخرى فإن أمكن العمل بهما جميعا وجب العمل بهما، وإن لم يمكن كان العمل على الأخير.

فأما إذا أوصى بشيء آخر ولم يذكر الثلث، فإن مذهب أصحابنا أن يبدأ بالأول فالأول ويكون النقصان إن لم يف الثلث داخلا على الأخير، لأنه لما أوصى للأول ما قال أوصيت له بثلاثي، وكذا الثاني والثالث، فظن أن ثلثه يبلغ مقداره جميع ما ذكره، ويفى بما ذكره، لأنه يعلم أنه ليس بعد موته سوى الثلث فإذا استوفاه دخل النقص على الأخير، فهذا فرق بين المسئلتين، فلا يظن ظان اتحادهما، ولا أن مذهب أصحابنا أن الثانية ناسخه للأولى في جميع المواضع، ولا أن الواجب البدأ بالأول فالأول في الجميع، انتهى.

أقول: ما ذكره من الفردين المذكورين الذى يكون الحكم فى أحدهما الرجوع بالوصيه الثانيه عن الأولى، وحكم الآخر صحه الأول فالأول لا شك فيه كما هو المفهوم من كلام غيره، وإنما الكلام فيما فرضه أولا من قوله إذا أوصى بثلاث ماله لشخص، ثم أوصى بثلاث ماله لآخر، فإن ذلك رجوع عن الوصيه الأولى حسب ما ذكره الشيخ فى الخلاف، فإنه خلاف ما صرحوا به، وما هو الظاهر من كلام المتأخرين، فإن ظاهر كلامهم أن هذا لا يقتضى الرجوع، بل يكون من قبيل ما يحكم فيه بصحة الوصيه أولا فأولا، وإنما الذى يقتضى الرجوع اضافته الثلث الى نفسه مثلا، كأن يقول ثلثي أو الثلث الذى أستحقه، وأما مجرد ذكر ثلث المال من غير أن يضيفه الى نفسه، فلا.

قال المحقق فى الشرائع: لو أوصى لشخص بثلاث، و لآخر بربع، و لآخر بسدس و لم يجز الورثه أعطى الأول و بطلت الوصيه لمن عداه، قال الشارح: إنما صحت الوصيه للأول خاصه لاستيعابها الثلث النافذ بدون الإجازة، مع رعايه ما تقدم من وجوب تقديم الأول فالأول مع تجاوز الثلث، و لا يتوهم هنا أن الوصيه المتأخره تقتضى الرجوع عما قبلها، لأن الرجوع لا يثبت بمجرد الاحتمال، بل



لا بد له من لفظ يدل عليه، ومجرد الوصيه بما زاد على الثلث ثانيا و ثالثا أعم من الرجوع عن الأولى و عدمه، فلا يدل عليه.

أقول: قوله «و لا يتوهم هنا. الى آخره» خرج مخرج الرد على ما ذكره ابن إدريس، و الشيخ فى الخلاف فيما قدمنا نقله عنهما، ثم انه قال المحقق أيضا: و لو أوصى بثلثه لواحد، و بثلثه لآخر، كان ذلك رجوعا عن الأول الى الثانى، قال الشارح: الفرق بين هذه المسئله و التى قبلها الموجب لاختلاف الحكم أن الثلث المضاف الى الموصى هو القدر النافذ، و النافذ فيه وصيته شرعا، فإذا أوصى به ثانيا فقد رجع عن الوصيه الأولى، لأن ليس له ثلثان مضافان اليه على هذا الوجه، فيكون بمنزله ما لو أوصى بعين لواحد ثم أوصى به لآخر، بخلاف قوله لفلان ثلث من غير اضافته الى نفسه، فإنه متعلق بجمله المال من غير أن ينسب الى ثلث النافذ فيه الوصيه، فإذا أوصى بعده بربع لا يتبادر الى الفهم منه أنه نقض ذلك الثلث السابق، بل الربع الذى هو خارج عن الثلث المتعلق بأصل المال، و كذلك السدس، فيكون وصايا متعدده لا تضاد بينها، فيبدأ بالأول منها فالأول حتى يستوفى الثلث عند عدم الإجازة، انتهى.

و هو كما ترى صريح فيما قلناه، و واضح فيما ادعينا، و بالجمله فإن مقتضى أنه ان كان الموصى به أشياء بعينه، متغايره أو مطلقه و معينه، فإنه يبدأ فيها بالأول فالأول، و لا يكون الثانى رجوعا عن الأول، سواء زاد الأول عن الثلث أو نقص عنه، و تكون الفائده أنه لو أجاز الوارث الجميع نفذت الوصايا كلها، و منه ما لو أوصى بثلث المال لشخص، ثم أوصى بالثلث أو الربع لآخر، بتقريب ما تقدم نقله عن المسالك من قوله، بخلاف قوله لفلان ثلث، من غير اضافته الى نفسه الى آخره. و ان اتحد العين كان الثانى رجوعا عن الأول، لامتناع اتحاد الملكين فى عين واحده، و من هذا ما أضاف الثلث الى نفسه، فيكون الثانى ناسخه للأولى قطعا، بتقريب ما تقدم نقله عن المسالك من قوله أن الثلث المضاف الى

الموصى هو القدر النافذ فيه وصيته شرعا الى قوله فيكون بمنزله ما لو أوصى بعين لواحد، ثم أوصى به لآخر، وما ذكره ابن إدريس فى تعليق ما ادعاه من نسخ الأولى- من أن الإنسان لا يستحق من ماله بعد وفاته إلا الثلث- لا ينافى تجويز الوصيه بأزيد من الثلث، لإمكان الإجازة و نفوذها بذلك و الإجازة على الأقوى عندهم ليست عطيه ابتدائية و انما هى تنفيذ الوصيه، فيجوز أن يوصى معتمدا على اجازة الورثه فيكون الوصيه صحيحه، و لا يزول هذا الحكم عنها إلا بلفظ يدل على الرجوع عما سبق و حكم بصحته، و هو فى هذا المثل و نحوه منتف، فيحكم بصحة الجميع، و يعمل فى الزائد عن الثلث بمقتضى القاعده المقرره من البدأ بالأول فالأول، و هذا بخلاف قوله ثلثي بإضافته إلى نفسه و نحوه، فان الرجوع هنا معلوم بالقرينه القويه، لما تقدم فى كلامه بقوله لأن الإنسان لا يستحق من ماله بعد وفاته إلا ثلث ماله، و إذا أوصى به لإنسان إلى آخره.

و كيف كان فالمسئله لخلوها عن النص لا يخلو بعض شقوقها من الاشكال، سيما فى هذا الفرع، و لهذا قد اختلف كلامهم و اضطربت إفهامهم فى هذه المسئله.

قال فى المسالك بعد البحث فى المسئله بنحو ما ذكرناه، و اختيار ما حررناه من الفرق بين المسئلتين المتقدمتين فى كلام المحقق ما صورته: و اعلم أن كلام الأصحاب قد اختلف فيها اختلافا كثيرا، و كذلك الفتوى، حتى من الرجل الواحد فى الكتب المتعدده، بل فى الكتاب الواحد، و العلامه فى القواعد وافق المصنف على ما ذكره فى المسئلتين، لكنه استشكل بعد ذلك فى المسئله الثانيه، و فى التحرير نسب الحكم فى الثانيه كذلك إلى علمائنا، و جعل فيه نظرا، و وجه الاشكال و النظر مما ذكرناه، و من أن كل واحده منها وصيه يجب تنفيذها بحسب الإمكان، و لا- يجوز تبديلها مع عدم الزياده، و مجرد اضافه الثلث اليه، لا يقتضى الرجوع، لان جميع ماله ما دام حيا له، فتصح إضافته اليه، و انما يخرج عن ملكه بالموت، و نحن نقول بموجبه، إلا أنا ندعى وجود القرينه فى هذه الإضافه

على الرجوع، و من ثم لما أبدلها بالإضافه إلى ماله فضلا عن جعل الثلث مطلقا شككنا فى إرادته الرجوع، فلم نحكم به، و قدمنا الأول.

و المختلف اعتمد على اعتبار القرينه و عدمها، كما حققناه، و جزم بعدم وجودها فى ثلث مالى، و لم يتعرض للثلث المضاف الى الموصى، بل اعتمد على القرينه، و مع الشك فيها على عدم الحكم بالرجوع، و هذا هو الحق فى المسئله و المحقق الشيخ على (رحمه الله عليه) فى شرحه اعتمد فى المسئله على أصل آخر غير ما ذكرناه، و رتب عليه الحكم، و هو أن الأصل فى الوصيه، أن تكون نافذه، فيجب حملها على ما يقتضى النفوذ بحسب الإمكان، و انما تكون الثانيه نافذه، فإذا كان متعلقها هو الثلث الذى يجوز للمريض الوصيه به، فيجب حملها عليه، كما يجب حمل إطلاق بيع الشريك النصف على استحقاقه، حملا للبيع على معناه الحقيقى، و حينئذ فيتحقق التضاد فى مثل ما لو قال: أوصيت بثلث لزيد، و بثلث لعمرو، فيكون الثانى ناسخا للأول، فيقدم، و أولى منه ما لو قال بثلث مالى، ثم فرع عليه أنه لو أوصى لزيد بثلث، و لعمرو بربع، و لخالد بسدس، و انتفت القرائن أن تكون الوصيه الأخيره رافعه للأولى، مع اعترافه بأنه مخالف لما صرح به جميع الأصحاب، و الحامل له على ذلك ما فهمه من أن إطلاق الوصيه محمول على النافذه، و أنت قد عرفت مما حققناه سابقا أن الإطلاق فى الوصيه و غيرها من العقود انما يحمل على الصحيح، أما النافذ بحيث لا يترتب عليه فسخ بوجه، فلا اعتبار به قطعاً، ألا ترى أن الوصيه بجميع المال توصف بالصحه، و وقوف ما زاد على الثلث على الإجازة، و لا- يقول أحد أنها ليست بصحيحه، و لذلك لو باع بخيار حكم بصحه البيع، و ان لم يكن نافذاً، بمعنى أنه لا يستحق أحد فسخه، و ما مثل به من بيع الشريك النصف، فإنه محمول على استحقاقه، لا يؤثر هنا للفرق بينه و بين المتنازع فيه، لأن جميع التركة مستحقه للموصى حال حياته إجماعاً، فقد أوصى بما يستحقه، و من ثم حكموا بصحه وصيته بما زاد على الثلث،

و صحه هبته له، و ان توقف على اجازته الورثه، لأن ذلك لهم كالخيار للبائع بالنسبه إلى ملك المشتري، بل أضعف، للخلاف في أن الملك هل ينتقل إليه في زمن الخيار أم لا؟ و الاتفاق على أن التركة مملوكه للموصى ما دام حيا، و من ثم لزم الهبه لو برء من مرضه، و كانت الاجازة تنفيذ الوصيه، لا عطيه متجدده، على مختار أصحابنا، و قد ادعى الشيخ في المبسوط عليه الإجماع، و انما الخلاف في التنفيذ، و العطيه للعامه، و أصحابنا يجعلون العطيه احتمالا مرجوحا، لا قولاً.

و إذا تقرر أن الإطلاق محمول على الوصيه الصحيحه فكل وصيه من المذكورات صحيحه، سواء كانت نافذه أم لا- لم تدل الوصيه المتأخره عن الوصيه بالثلث على أنها ناسخه للسابقه، و رجوع عنها، بل على اراده الموصى إعطاء كل واحد ما أوصى له به، و ان توقف ذلك على اجازته الورثه، فإن ذلك أمر آخر غير الوصيه المعتمده شرعا، و قد ظهر بذلك أنه لا تضاد بين قوله أوصيت لزيد بثلث، و لعمر و بربع، بطريق أولى، و انما يقع التضاد صريحا إذا قال بعد الوصيه لزيد بثلث، أوصيت لعمر و بالثلث الذى أوصيت به لزيد، أو بثلثي أو بالثلث الذى جعله الله تعالى غير متوقف على اجازته، و نحو ذلك، و فى مثل قوله بثلثي لزيد، ثم بثلثي لعمر و بالقرينه، لا بالتصريح كما حققنا، ثم نقل عن الشيخ (رحمه الله) عليه أنه اتفق له فى هذه المسئله غرائب، و شرح ذلك بما لا- مزيد فائده فى ذكره، و انما نقلنا كلامه (قدس سره) بطوله لوجوده محصوره فى تحقيق المسئله، زياده على ما قدمناه، و الاطلاع على ما وقع لهم من الاختلاف فى المسئله، زياده على ما ذكرناه، إلا أن الخلاف الذى ذكرناه أولا بالنسبه إلى المسئله الأولى من المسئلتين المفروضتين فى كلام المحقق، و الذى ذكره (قدس سره) بالنسبه إلى الثانية منهما، و الله العالم.

## الأول - لو اشبه السابق

في صورته الوصية بالثلث لاثنين، أحدهما بعد الآخر فإنه يستخرج بالقرعه، كما حكم به الأصحاب، لأنها لكل أمر مشتبه، فان قلنا بأن الوصية للأول، وأنه يلاحظ في الصحة الأول فالأول، فإنه يحكم بها للسابق و ان قلنا بأن ذلك عدول و فسخ، فإنه يحكم بها للثاني، و حيثئذ فلا- فرق في كتابه الرقاع بين أن يجعل باسم السابق أو المتأخر، و صفتها أن تكتب في رقعه اسم أحدهما و أنه السابق، و تكتب في رقعه اسم الآخر و أنه السابق، و يجمعان في موضع و يخفيان، ثم يخرج إحداهما فمن خرج اسمه كان هو السابق، و ترتب عليه الحكم من استحقاق أو حرمان، و لك أن تكتب عوض السابق المتأخر في كل من الرقعتين، و المرجع إلى أمر واحد.

## الثاني: لو أوصى بشيء واحد لاثنين

كان يقول أعطوا زيदा و عمرا مائة درهم، أو الدار الفلانية، و كان ذلك أزيد من الثلث، فان الشقص يدخل عليهما بالنسبه، و لو جعل لكل واحد منهما شيئا بأن يقول: أعطوا زيदा خمسين درهما، و أعطوا عمرا خمسين درهما، أو أعطوا زيदा نصف الدار، و عمرا نصفها، و أنفق الزيادة على الثلث، فإنه يبدأ بالعطيه الأولى، و يدخل النقص على الثانية.

## المسئله السادسة [في الوصيه بعق مماليكه و من جملتهم من هو مشترك]:

### اشاره

قال الشيخ في النهايه: إذا أوصى بعق جميع مماليكه، و له مماليك بخصوصه، و مماليك بينه و بين غيره، أعتق من كان في ملكه، و قوم من كان في الشركه، و أعطى حقه ان كان ثلثه يحتمل، فان لم يحتمل أعتق منه بقدر ما يحتمله، و به قال ابن البراج و العلامه في المختلف.

و يدل عليه ما رواه

المشايع الثلاثة (عطر الله تعالى مراقدهم) بأسانيدهم و فيها الصحيح عن أحمد بن زياد (1) و هو واقفي

«عن ابى الحسن عليه السلام» قال:

ص: ٤٤٤

سألته عن الرجل تحضره الوفاة و له مماليكه لخاصه نفسه، و له مماليكه فى شركه رجل آخر، فيوصى فى وصيته مماليكه أحرار، ما حال مماليكه الذين فى الشركه فقال: يقومون عليه ان كان ماله يحتمل ثم هم أحرار».

و قال ابن إدريس: الذى يقوى عندى أنه لا يقوم من فى الشركه، بل يعتق منهم بقدر ما يملكه، و لا يعطى شريكه ثمن حصته، و ان احتمل ثلثه ذلك، لأنه بعد موته لا يملك الثلث، إذا لم يوص به، لأن الموت يزول به ملكه إلا ما استثنى من ثلثه، و هذا ما استثنى شيئاً، و الى هذا القول مال المتأخرين و هو قول الشيخ فى المبسوط أيضاً، حيث قال: إذا أوصى بعق شقص له من عبد، ثم مات أعتق عنه ذلك الشقص، و لم يقوم عليه نصيب شريكه، و ان كان غنياً، لأن ملكه زال عن ماله بالموت إلا القدر الذى استثناه.

و العلامه فى المختلف حيث اختار مذهب الشيخ فى النهايه استدلل عليه بأن الموصى أوجد سبب السرايه فى العتق، فيوجد مسببه، أما المقدمه الأولى فلأن العتق فى الحقيقه مستند اليه، و لهذا كان ولائه له، و أما الثانيه فظاهره، ثم أورد الروايه المذكوره.

و اعترضه فى المسالك فيما أورده من التعليل العقلى بأنه ان أراد مطلق السبب أعم من التام لم يفده المطلوب، و ان أراد به التام منعاه هنا، لأن السبب التام للسرايه للعتق مع اليسار، و اليسار هنا منتف، لأنه لا يملك بعد الموت، أو تقول ان سبب السرايه انما هو العتق لا الوصيه به، و العتق انما وقع بعد الوفاة، فمسببه يجب أن يقع بعده كذلك مع اجتماع شرائطه الذى من جملته اليسار، و هو منتف هنا بعد الوفاة، لما ذكرناه، ثم قال: فان قيل: كما أن العتق سبب قريب فى السرايه، كذلك الوصيه سبب فيها، لأنها سبب العتق، و قد حصلت حاله اليسار. لأنه المفروض و العتق سبب فى السرايه، قلنا: مجرد وجود السبب لا يقتضى وجود المسبب، إلا إذا اجتمعت شرائطه، و إلا فيمكن تخلف المسبب عن

سببه، لفقده شرط، و هو هنا كذلك، لأن شرط العتق وفاء الموصى، لأنه جعله وصيه، و الوصيه انما تقع بعد الوفاء، فإذا تخلف المسبب و هو العتق عن سببه الى ما بعد الوفاء، لزم معه تخلف مسببه، و هو السرايه كذلك و تم المطلوب، حيث لم يصادف المال، ثم رد الروايه بأنها لا تصلح لتأسيس الحكم بذاتها لضعف سندها بأحمد بن زياد المذكور، فإنه واقفى غير ثقه، انتهى.

أقول: يمكن أن يقال ان محل البحث و موضوع المسئله من أوصى بعق مماليكه بمعنى أنهم يعتقدون بعد موته، أو يعتقدون، و فهم هذا المعنى من لفظ الروايه غير ظاهر، فان ظاهرها أنه كتب فى وصيته أو قال: بلسانه فى ذلك مماليكى أحرار، و ظاهر هذه العبارة محتمل للإنشاء، فيكون ذلك عتقا لهم فى ذلك الوقت، و محتمل للأخبار عن عتق سابق، و على كل من الأمرين، فالعتق قد وقع حال الحياه، فيترتب عليه ما ذكره فى الروايه من السرايه ان كان فى ثلثه ما بقى بذلك، و أما أن المراد بها الوصيه بأن يعتقد مماليكه بعد موته، فهو فى غايه البعد عن حاق لفظها، فان قيل: ان ذلك مفهوم من قوله فيوصى فى وصيته، و الوصيه بالعتق يقتضى الانعتاق بعد الموت لا قبله، قلنا يمكن ارتكاب التجوز فى هذا اللفظ، بمعنى أنه يقول: و يذكر هذا القول فى تلك الحال، و باب التجوز فى الكلام واسع، و ارتكاب ما قلناه أولى و أقرب مما ذهب إليه القائلون بالقول الأول من التقديم على الموصى، مع أنه لا مال له بعد الموت، كما أورده عليه، و أولى منه ما ذهب إليه من رد الخبر و إطراحه بالكليه، مع عدم وجود ما يصاده من الأخبار، و العمل بالخبر مهما أمكن أولى من طرحه، و على ما ذكرناه فالخبر لا يكون من محل الاستدلال فى شىء، فيبقى القول الأول خاليا من الدليل، و يكون العمل على القول الثانى، بناء على القاعده المذكوره، و هى أنه لا يقوم عليه إلا مع وجود المال له، و لا مال فى تلك الحال.

و بالجمله فإن الظاهر بهذا الفهم القاصر، و الذهن الخاسر، ان حمل الخبر

على ما ذكرناه ممكن بما عرفت من التقريب، فلا يلزم مخالفته للقواعد بناء على القول الأول، ولا رده بناء على القول الثاني، والله العالم.

### **إلحاق يشتمل على جملة من الفروع:**

#### **الأول [فى إجازة الوارث الوصيه بالنصف ثم دعواه قله المال] :**

قالوا: لو أوصى بنصف ماله مثلاً، وأجاز الورثة، ثم قالوا: ظننا أنه قليل، كما لو قالوا بعد إجازتهم الوصيه بالنصف، ظننا أنه ألف درهم، فظهر ألف دينار، فإنه يقبل قولهم فى دعوى ظن قله المال مع يمينهم، و يقضى عليهم بما ادعوا ظنه، فإذا حلفوا قضى عليهم بصحة الإجازة فى خمسمائة درهم، و علل قبول قولهم باستناده إلى أصله عدم العلم بالزائد، مضافا إلى أن المال مما يخفى غالباً، و أن دعواهم يمكن أن تكون صادقه، و لا يمكن الاطلاع على صدق ظنهم إلا من قبلهم، لأن الظن من الأمور النفسانيه، فلو لم يكتف فيه باليمين لزم الضرر، لتعذر إقامه البينه على دعواهم.

و ترد المحقق فى ذلك، و منشأه مما ذكرنا، و من تناول لفظ الموصى للقليل و الكثير، و قدومه على ذلك مع كون المال مما يخفى كما ذكر، فالرجوع إلى قولهم رجوع عن اللفظ المتيقن الدلاله على معنى يعم الجميع إلى دعوى ظن يجوز كذبه.

قال فى المسالك بعد ذكر ذلك: و الأقوى القبول، و حينئذ فيدفع إلى الموصى له نصف ما ظنوه، و ثلث باقى التركة، انتهى.

أقول: لا ريب فى قوه ما قواه بالنظر إلى هذه التعليقات المذكوره من الطرفين، إلا أن الاعتماد عليها فى تأسيس الأحكام الشرعيه كما عرفت فى غير مقام مما تقدم، لا يخلو عن الاشكال، و المسئله عاريه من النصوص على الخصوص و الصلح طريق الاحتياط، و الله العالم.

#### **الثانى [دعوى الورثه أن الوصيه أزيد مما ظنوا] :**

قالوا: لو أوصى بعبد أو بدار، فأجاز الورثه الوصيه، ثم ادعوا أنهم



ظنوا أن ذلك الثلث أو أزيد بيسير، مع ظهور كون ذلك أزيد بكثير، لقله المال لم يسمع دعواهم في هذه الصورة، لأن الإجازة هنا قد تضمنت معلوماً، بخلاف ما تقدم في سابق هذا الموضوع، وحاصل الفرق بين المسئلتين أن الإجازة في هذه الصورة وقعت على معلوم للورثة، وهي العين المخصوصة كيف كانت من التركة، فكانت الإجازة ماضية عليهم، بخلاف الصورة الأولى حيث أن الوصية فيها بجزء مشاع، وهو النصف من التركة مثلاً، والعلم بمقداره قله وكثره موقوف على العلم بالتركة كمالاً، والأصل عدمه، فتسمع فيه دعوى الجهالة، وأنت خير بما في هذا الفرق من تطرق احتمال المناقشة، ولهذا مال في الدروس إلى التسوية بين المسئلتين، والقبول في الحالين، وجعله العلامة في التحرير وجهاً، وفي القواعد احتمالاً.

ووجه المناقشة التي أشرنا إليها، وما ذكره في المسالك من أن الإجازة وإن وقعت على معلوم للورثة كما يدعونه، إلا أن كونه مقدار الثلث أو ما قاربه مما سامحوا فيه إنما يعلم بعد العلم بمقدار التركة، والأصل عدم علمهم بمقدارها، وبنائهم على الظن، فكما احتمل ظنهم قله النصف في نفسه، يحتمل ظنهم قله العين بالإضافة إلى مجموع التركة، وإن لم يكن قليلاً في نفسه، قال: ومخالفه الأصل هنا بظنهم كثره المال مع أن الأصل عدمه، لا يؤثر في رفع الظن عنه واعتقاد كثرته، بل يمكن عدم ظهور خلاف ما اعتقدوه من الكثرة، ولكن ظهر عليه دين قدم على الوصية، فقل المال الفاضل عنهما، وهذا موافق للأصل كأول، ثم قال: وأيضاً فمن جملة المقتضى للقبول في الأول، إمكان صدقهم في الدعوى، وتعذر إقامة البيه بما يعتقدونه، وهو متحقق هنا، لأن الأصل عدم العلم بمقدار التركة، وذلك يقتضى جهالة قدر المعين من التركة كالمشاع، ولعل القبول أوجه، انتهى.

و الغرض من التطويل بنقل كلامهم مع ما عرفت من عدم الاعتماد عليه،

مع خلوه من الدليل الواضح، هو وقوف الناظر في الكتاب على ما في هذه المسائل من كلام الأصحاب (رحمهم الله) فلعله يتشوق نفسه الى الوقوف على كلامهم، و نقضهم فيها و إبرامهم، وقد أشرنا في غير موضع مما تقدم أن الغرض من الكتاب هو أن لا يحتاج الناظر فيه الى مراجعته شيء من كتب الأخبار، لاحاطتهم فيه بجميع أخبار كل مسئلة مسئلة، وكذلك لا يحتاج إلى مراجعته كتب الأصحاب للاطلاع على ما ذكره في كل مسئلة حسب الإمكان، وإلا فاستقصاء كلامهم في كل مسئلة مسئلة مما يتعذر غالبا، فيكون كتابنا هذا مغنيا عن مراجعته غيره من كتب الأخبار، و كتب الفروع في الجملة ان شاء الله تعالى.

### الثالث [في الوصيه بثلاث ماله مشاعا] :

الظاهر أنه لا إشكال في أنه لو أوصى له بثلاث ماله مشاعا فان الموصى له من كل شيء من التركة ثلثه حاضرا كان أو غائبا عينا كان أو دينا فهو شريك للورثة في كل جزء جزء من التركة.

أما لو أوصى له بثلاث التركة معينا في عين مخصوصه، كدار مخصوصه، أو عبد مخصوص، فان الموصى له يملكه بالقبول، و موت الموصى، و لا- اعتراض، للورثة من حيث اختصاصه بالعين عنهم، و لهم منها الثلثان، لأنه لا- خلاف في أن للموصى ثلث ماله، يتصرف فيه كيف شاء، و أنه لا- يتوقف على اذن الورثة، غايه الأمر أنه بعد أن خصه بهذه العين من حيث كونها ثلث التركة، و هو لا يملك من هذه العين إلا ثلثها، جعل ما بأيديهم من ضعف الوصيه من جمله التركة كالقيمه الشرعيه عما يستحقونه من ثلثي هذه العين، هذا إذا كان ضعف الموصى به بأيديهم، كما هو المفروض.

أما لو لم يكن بأيديهم بأن كان له مال غائب، أو بيد متغلب، فان لم يكن بأيديهم من التركة شيء أصلا، فللموصى له ثلث تلك العين خاصه، و كان انتقال ثلثها موقوفا على تمكين الوارث من ضعفها من التركة، و ان كان بيدهم شيء لا يقوم بالنصف فله من العين ما يحتمله الثلث منها و مما بأيديهم من التركة،

و الباقي يصير موقوفا لا نحكم به لأحد منهما حتى يتضح الحال، فيجعل أمانه بيد الحاكم أو أمينه أو من يتفقان عليه الى أن يتبين الأمر، لحصول الغائب و عدمه.

ثم ان هذا القدر المتخرج من الثلث المنحصر في بعض هذه العين منجز هل يتسلط الموصى له عليه أم لا؟ بل يمنع من التصرف فيه و ان كان ملكا له، و جهان:

اختار أولها في المسالك، قال: لوجود المقتضى و هو ملكه له بالوصيه المحكوم بصحتها بالنسبه إلى الثلث على كل حال، لأن غايه ما هناك تلف الغائب بأجمعه فيكون الحاضر هو مجموع التركة فيملك ثلثه بغير مانع، ثم ذكر وجه المنع و رده بما هو المذكور ثمه.

### **الرابع [لو أوصى بثلث عبده فتبين أنه ليس له من العبد إلا ثلثه] :**

قالوا: لو أوصى بثلث عبده فتبين أنه ليس له من العبد إلا ثلثه، و أن ثلثيه، مستحق للغير، فإن الوصيه تصح في ذلك الثلث، ثم ان كان الموصى لا- يملك غير ذلك العبد لم تنفذ وصيته المذكوره، إلا- في ثلث الثلث الذي يستحقه، و وقف في ثلثيه على الإجازة، و ان ملك غيره اعتبر خروج ثلث العبد من ثلث التركة.

و نقل عن بعض العامه، أنه حكم بنفوذ الوصيه في المسئله المذكوره في ثلث الثلث خاصه، و الذي عليه الأصحاب كما عرفت أن الوصيه إنما تنصرف الى مستحقه خاصه، و هو الثلث على التفصيل المتقدم، و ما ذهب اليه ذلك القائل كأنه منزل على الإشاعه، و جواز الوصيه بمال الغير، بمعنى أنه لو أوصى بثلث شائع في العبد و هو ملك الجميع من الموصى و باقى الشركاء، فلا تنفذ وصيته فيه، بل انما تنفذ في ثلثه، و يرجع الى كون موصى به ثلث الثلث، و رده الأصحاب بأن الوصيه لا تصح إلا بما يملكه الموصى، فلو أوصى بمال الغير لغت، فلا تنزل على الإشاعه المستلزمه للوصيه بمال الغير.

### **الخامس [في انصراف الوصيه بما يقع اسمه على المحلل و المحرم إلى المحلل] :**

المشهور في كلام المتأخرين أنه لو أوصى بما يقع اسمه على المحلل و المحرم انصرف اللفظ الى المحلل، صونا للمسلم عن المحرم كما إذا

أوصى بعود من عيدانه و له عود لهو، و عيدان قسى، و عيدان عصى، و عيدان المسقف و البنيان، و أيده بعضهم بوجوب تنفيذ الوصيه بحسب الإمكان لعموم «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ» و هو لا يتم إلا بذلك.

و قال الشيخ فى المبسوط: إطلاق قوله عود من عيدانى ينصرف الى العود الذى يضرب به للهو، لأن ذلك يسمى بالإطلاق عودا فى العاده، ثم ينظر فان كان له منفعه غير الضرب صحت الوصيه، و ان لم تكن له منفعه مباحه و لا يصلح إلا للعب بطلت الوصيه.

أقول: لا- ريب أن لفظ العود هنا من الألفاظ المشتركه، و من شأن اللفظ المشترك ان لا يحمل على أحد معانيه إلا بالقرينه، و فى كون ما ذكره من صون المسلم عن المحرم قرينه على المحلل على إطلاقه محل اشكال، سيما مع شيوع استعمال المسلمين للهو و اللعب بالعود و غيره، فلو ثبت ذلك بحال الموصى و ما هو عليه من التورع عن المحرمات، أو عدم ذلك، و لو فى سائر الحالات لكان حسنا.

نعم لو لم يكن له عود بالكلية، انصرف الى المحلل بغير اشكال، و ان كان اللفظ أعم من المحرم، و لو لم يكن له إلا العود المحرم قيل تبطل الوصيه، لانصرافه الى غير المشروع، حيث لم يكن له غيره، و الحال أنه قد خصها بما هو له، فلا- ينتقل الى تحصيل غيره.

و ظاهر كلام الشيخ المتقدم أنه ان كان له منفعه مباحه غير الضرب صحت الوصيه، و إلا فلا، و قيل: تصح الوصيه به، و لكن تزال عنه الصفه المحرمه، بأن يحول منها الى غيرها من الصفات المحلله إن أمكن، و إلا بطلت الوصيه، و إطلاق العبارة يقتضى أن زوال الصفه المحرمه مع بقاء المنفعه لو تحقق بكسره و الانتفاع بخشبه فى بعض المنافع المحلله، يكفى فى الصحه على هذا القول.

و استشكل فى المسالك فى ذلك بأنه يخرج بالكسر عن كونه عودا لأن وصيته معتمده على وصف العود فكسره خروج عن الاسم، ثم قال: لا يقال: إذا

انتقل الى الموصى له فله أن يفعل به ما شاء، و من جملة كسره، بل هو واجب حيث يتوقف زوال الصفه المحرمه عليه، فلا يقدح ذلك فى جواز الوصيه، لأننا نقول ان جواز تصرفه فيه بالكسر و غيره موقوف على صحه الوصيه، و صحتها موقوف على كسره فيدور، و لو قيل: أنه يمكن كسره من غير الموصى له قبل دفعه اليه ليندفع الدور، جاء فيه ما تقدم من زوال اسم العود الذى هو متعلق الوصيه، فلا يكون بعد كسره موصى به، فلا يحصل بدفعه الى الموصى له الامتثال، انتهى.

أقول: لا يخفى أن مبنى كلامه (قدس سره) على أنه بالكسر يخرج عن كونه عوداً، فلو دفع بعد الكسر الى الموصى له لم يصدق الإتيان بالوصيه و الامتثال لها، و فيه أن أحد أفراد العود عود الخشب، و هذا بعد الكسر و ان خرج عن عود اللهو، إلا أنه لا يخرج عن عود الخشب، قال فى كتاب المصباح المنير: و عود اللهو و عود الخشب، جمعه أعواد و عيدان، و نحوه فى القاموس، و حيثئذ فيرجع الكلام إلى ما ذكره ذلك القائل من صحه الوصيه متى أزيلت عنه صفه المحرمه، و حول الى غيرها من الصفات المحلله، و أن هذا العود بكسره قد خرج عن عود اللهو، و صار من قبيل عود الخشب، الذى منافعه المترتبه عليه محلله.

ثم انه قال فى المسالك على أثر الكلام المتقدم: و الأقوى أنه إن أمكن إزاله الصفه المحرمه مع بقاء اسمه، صحت الوصيه، و إلا بطلت لحصره فيما عنده، و هو ينافى تحصيل عود من خارج، و لم يوجد عنده ما يتناوله الاسم شرعاً، فيكون ذلك بمنزله ما لو أوصى بالمحرم، انتهى.

أقول: قد عرفت بما أوضحناه بقاء اسم العود على الباقي بعد الكسر، فتصح الوصيه، و لا يحتاج الى تحصيل عود من خارج بأى معنى كان، فان الموجود عنده بعد الكسر مما يتناوله اسم العود، فلا موجب لبطلان الوصيه، و الله العالم.

### السادس [فى صحه الوصيه بالكلام المملوكه] :

قال المحقق فى الشرائع: و تصح الوصيه بالكلام المملوكه،

ككلب الصيد، و الماشيه، و الحائظ، و الزرع، قال الشارح في قوله المملوكه:

تنبيه، على أنا لو لم نقل بملكها لم تصح الوصيه بها لعدم كونها مالا منتفعا به و من ثم لم يصح بيعها عند القائل بعدم الماليه، و الأقوى جواز الوصيه بها و ان لم نقل بملكها و لم نجوز بيعها، لثبوت الاختصاص بها و انتقالها يدا الى يد بالإرث و غيره، و هو أعم من الملك.

أقول: قد حققنا في كتاب البيع (1) أن المستفاد من الأخبار اختصاص الملك و جواز البيع و نحوه بكلب الصيد خاصه، كما هو أحد الأقوال في المسئله، و أن ما عداه لا دليل على جواز تملكه و لا بيعه، و لا غيرهما من الأحكام، و منها الوصيه هنا، و أما ما ذكره الشارح هنا من جواز الوصيه بالكلاب و ان لم نقل بملكها و لم نجوز بيعها، فهو مشكل.

أما أولا فلما صرحوا به من أن من شروط صحه الوصيه صحه الملك لكل من الموصى و الموصى له، كما تقدم في المسئله الأولى من مسائل هذا المقصد، و قد اعترف بذلك الشارح المذكور، حيث قال بعد قول المصنف و يعتبر فيهما الملك؟ فلا يصح بالخمير و الخنزير و الكلب الهراش ما صورته: المراد هنا صلاحيه الملك للموصى و الموصى له، كما ترشد إليه الأمثله، فإن المذكورات لا تقبل الملك بالنسبه إلى المسلم، أو مطلقا بناء على اعتبار الواقع في نفس الأمر الى أن قال:

و احترز بكلب الهراش عن الكلاب الأربعة و الجر و القابل للتعليم، فتصح الوصيه بها، لكونها مملوكه لها قيمه و منفعه، و هو كما ترى صريح فيما ذكرناه، و على هذا المنوال كلمه غيره من الأصحاب في هذا المجال.

و أما ثانيا فلان الوصيه حكم شرعى يترتب عليها جمله من الأحكام كما في جمله الوصايا المبحوث عنها في هذا المقام، فلا بد في إثباته من الدليل الشرعى كما هو واضح لذوى الأفهام، و غايه ما يدل عليه الدليل صحه الوصيه بالمملوك، فغيره

ص: ٤٥٣

(١-١) ج ١٨ ص ٨٠.

يتوقف على الدليل، و مجرد هذه التعليقات العليله لا يجوز أن ترتب عليها الأحكام الشرعيه.

و اما ثالثا فان ما ادعاه من انتقالها من يد الى يد بالإرث و غيره مجرد دعوى، لا يخرج عن المصادره، فإن المانع للملك يمنع من حصول الإرث فيها، لكونه فرع الملك بلا خلاف نصا و فتوى و بالجملة فإن كلامه (قدس سره) هنا لا يخلو من تساهل ثم أنه قال فى المسالك: إذا تقرر ذلك فإذا أوصى بكلب تجوز الوصيه به، فان وجد فى التركة فذاك، و إلا فإن جوزنا شراءه اشترى من التركة و دفع الموصى له، و ان لم نجوز شراءه احتمال بطلان الوصيه حينئذ، لعدم إمكان إنفاذها على الوجه المشروع، و مراعاة تحصيله بغير البيع، إذ لا يلزم من عدم جواز بيعه عدم إمكان تحصيله بغيره، فيجب تحصيله على الوارث تفصيا من تبديل الوصيه مع إمكان إنفاذها، فإن أمكن تحصيله و الا بطلت و يشكل بأنه لا يلزم، من إمكان تحصيله للوارث وجوبه عليه إذ لا يجب عليه إنفاذ وصيه مورثه إلا من مال المورث و هو منتف هنا، و الأقوى البطلان مطلقا، لكن لو تبرع به متبرع من وارث و غيره صح، و ان لم يكن ذلك واجبا، انتهى.

**تتميم:**

**اشاره**

فى ذكر جمله من الوصايا المبهمه

**فمنها الوصيه بالجزء من ماله**

، و قد اختلف الأصحاب فى ذلك باختلاف الأخبار فيما هنالك، فذهب جمع منهم الشيخ فى كتابى الأخبار و الشيخ على بن بابويه و ابنه إلى أنه العشر، و اختاره العلامة فى المختلف، و هو ظاهر المحقق فى الشرائع حيث نسبه الى أشهر الروايتين، و ذهب جمع منهم الشيخ المفيد و الشيخ فى النهايه و ابن الجنيد و سلاز و ابن البراج إلى أنه السبع، و نقله فى المسالك عن أكثر المتأخرين.

و الذى يدل من الأخبار على الأول ما رواه فى الكافى و التهذيب فى الحسن

ص: ٤٥٤

و الصحيح في الثاني عن عبد الرحمن بن سيبه (١) وهو مجهول قال:

«ان امرأه أوصت الي و قالت ثلثي يقتضى به ديني، و جزء منه لفلانته، فسألت عن ذلك ابن أبي ليلى فقال ما أرى لها شيئا، ما أدري ما الجزء فسألت عنه أبا عبد الله عليه السلام بعد ذلك و خبرته كيف قالت المرأه و ما قال ابن أبي ليلى فقال:

كذب ابن أبي ليلى، لها عشر الثلث، ان الله تعالى أمر إبراهيم عليه السلام فقال (٢):

«اجعلْ عليّ كُلَّ جَبَلٍ مِنْهُنَّ جُزْءًا» و كانت الجبال يومئذ عشره، و الجزء هو العشر من الشئ».

و العلامه في المختلف روى هذه الروايه عن عبد الله بن سنان، و أنه هو الوصى و السائل عن هذه المسئله، و عد الخبر في الصحيح، و الذى في الكافى و التهذيب عن عبد الله بن سنان إنما هو راو عن عبد الرحمن بن سيبه، و به تكون الروايه على اصطلاحهم ضعيفه، و كان لفظ عبد الرحمن بن سيبه سقط، من نسخه الكتاب الذى عنده، أو أنه غفل عنه، إلا أن الشيخ في الاستبصار رواه كذلك فالظاهر أنه نقل الخبر عن الاستبصار، و لم يراجع الكافى و التهذيب، و مما يؤيد العمل على ما فى التهذيب كما ذكره شيخنا فى المسالك، من أن من المستبعد جدا أن عبد الله بن سنان الفقيه الجليل الإمامى يسأل ابن أبي ليلى فى ذلك، بل الموجود فى الأخبار أن ابن أبي ليلى كان يسأله، و يسأل أصحابه مثل محمد بن مسلم و غيره عن كثير من المسائل، و الشهيد فى الدروس قد تبع العلامه فى هذا المقام و ثوقا بكلامه فى المختلف، و اعتمادا على ما فى الاستبصار، و لم يراجع الكتابين الآخرين.

و منها ما رواه

المشايخ الثلاثة فى الموثق أو الحسن الذى لا يقصر عن الصحيح

ص: ٤٥٥

١- (١) الكافى ج ٧ ص ٣٩ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٨ ح ٨٢٤، الاستبصار ح ٤ ص ١٣١ ح ٤٩٤، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٢ ح ٢.

٢- (٢) سورة البقره- الايه ٢٦٠.



عن معاوية بن عمار (١) قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله، قال: جزء من عشرة، قال الله تعالى (٢) «اجْعَلْ عَلَيَّ كُلَّ جَبَلٍ مِنْهُمْ جُزْءًا» و كانت الجبال عشرة».

و ما رواه

في الكافي و التهذيب في الصحيح أو الحسن عن ابان بن تغلب (٣) قال:

«قال أبو جعفر عليه السلام الجزء واحد من عشرة، لأن الجبال كانت عشرة، و الطير أربعة».

و ما رواه

في التهذيب عن أبي بصير (٤)

«عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أوصى بجزء من ماله: قال: جزء من عشرة، و قال: كانت الجبال عشرة».

و رواه العياشي في تفسيره مثله (٥)، و زاد:

و كانت الطير الطاوس، و الحمامه، و الديك و الهدهد، فأمره أن يقطعهن. إلى آخره.

و ما رواه

الصدوق (قدس سره) في كتاب معاني الأخبار عن ابان بن تغلب (٦)

«عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يوصى بجزء من ماله؟ قال: الجزء واحد من عشرة، لأن الله تعالى يقول «ثُمَّ اجْعَلْ عَلَيَّ كُلَّ جَبَلٍ مِنْهُمْ جُزْءًا» و كانت الجبال عشرة، و الطير أربعة فجعل على كل جبل منهم جزء».

قال: و روى

أن الجزء واحد من سبعة، لقول الله عز و جل «لَهَا سَبْعَةُ أَبْوَابٍ لِكُلِّ بَابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَقْسُومٌ» .

و منها ما رواه

في الكتاب المذكور في الصحيح عن عبد الله بن سنان (٧) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة أوصت بثلاثها يقضى به دين ابن أخيها و جزء

- ١-١) الكافي ج ٧ ص ٤٠ ح ٢، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٨ ح ٨٢٥، الفقيه ج ٤ ص ١٥٢ ح ٥٢٨، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٣ ح ٣.
- ٢-٢) سورة البقره-الايه ٢٦٠.
- ٣-٣) الكافي ج ٧ ص ٤٠ ح ٣، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٩ ح ٨٢٦.
- ٤-٤) الكافي ج ٧ ص ٤٠ ح ٣، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٩ ح ٨٢٧، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٢ ح ١.
- ٥-٥) تفسير العياشي ج ١ ص ١٤٤ ح ٤٧٥، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٦ ح ١١.
- ٦-٦) معاني الأخبار ص ٢١٧ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٤ ح ٦.
- ٧-٧) معاني الأخبار ص ٢١٧ ح ٢ ط إيران سنه ١٣٧٩، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٤ ح ٦.

لفلان و فلانه فلم أعرف ذلك، فقدمنا الى ابن أبي ليلى، قال: فما قال لك؟ قلت:

قال: ليس لهما شيء فقال: كذب و الله، لهما العشر من الثلث».

و ما رواه

العياشي (١) في تفسيره عن عبد الصمد بن بشير في خبر يتضمن

«أن أبا جعفر المنصور جمع القضاء فقال لهم: رجل أوصى بجزء من ماله فكم الجزء؟ فلم يعلموا و اشتكوا اليه، فأبرد بريدا الى صاحب المدينة أن يسأل جعفر بن محمد فسأله فقال أبو عبد الله عليه السلام: هذا في كتاب الله بين، ان الله يقول لما قال إبراهيم رَبِّ أَرِنِي كَيْفَ تُحْيِي الْمَوْتَى .، (٢) «ثُمَّ اجْعَلْ عَلَيَّ كُلَّ جَبَلٍ مِّنْهُنَّ جُزْءًا»، فكانت الطير أربعة و الجبال عشره، يخرج الرجل من كل عشره أجزاء جزءا واحدا»، الحديث.

و ما رواه

العياشي في تفسيره عن محمد بن إسماعيل عن عبد الله بن عبد الله (٣) قال:

«جائني أبو جعفر بن سليمان الخراساني، و قال: نزل بي رجل من أهل خراسان من الحجاج، فتذاكرنا الحديث، فقال: مات لنا أخ بمرور و أوصى الي بمائه ألف درهم و أمرني ان أعطي أبا حنيفة منها جزءا، و لم أعرف الجزء كم هو مما ترك، فلما قدمت الكوفة أتيت أبا حنيفة فسألته عن الجزء، فقال لي الربع، فأبى قلبي ذلك فقلت: لا أفعل حتى أحج و أستقصى المسئله، فلما رأيت أهل الكوفة قد اجتمعوا على الربع، قلت لأبي حنيفة الي أن قال: و أنا أريد الحج فلما أتينا مکه و كنا في الطواف فإذا نحن برجل شيخ قاعد قد فرغ من طوافه، و هو يدعو و يسبح إذ التفت أبو حنيفة فلما رآه قال: ان أردت أن تسأل غايه الناس فاسئل هذا، فلا أحد بعده، قلت: و من هذا؟ قال: جعفر بن محمد، فلما قعدت و استمكنت إذ استدار أبو حنيفة خلف ظهر جعفر بن محمد، فقعد قريبا مني فسلم عليه و عظمه و جاء غير واحد مزدلفين مسلمين عليه، و قعدوا فلما رأيت ذلك من تعظيمهم له اشتد ظهري، فغمزني أبو حنيفة أن تكلم، فقلت: جعلت فداك اني

ص: ٤٥٧

١-١) تفسير العياشي ج ١ ص ١٤٣ ح ٤٧٣، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٤ ح ٨ الباب ٥٤.

٢-٢) سورة البقره-الايه ٢٦٠.

٣-٣) تفسير العياشي ج ١ ص ١٤٤ ح ٤٧٦، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٥ ح ٩ الباب ٥٤.

رجل من خراسان و ان رجلا- مات و أوصى الى بمائه ألف درهم و أمرنى أن اعطى منها جزءا، و سمي لى الرجل، فكم الجزء جعلت فداك؟ فقال جعفر بن محمد يا أبا حنيفه: قل فيها، فقال: الربع، فقال لابن أبى ليلى: قل فيها، فقال:

الربع، فقال جعفر عليه السلام: و من أين قلتم الربع؟ قالوا: لقول الله تعالى (١) «فَخُذْ أَرْبَعَهُ مِنَ الطَّيْرِ فَصُرْهُنَّ إِلَيْكَ ثُمَّ اجْعَلْ عَلَى كُلِّ جَبَلٍ مِنْهُنَّ جُزْأً»، فقال أبو عبد الله عليه السلام و أنا أسمع هذا قد علمت الطير أربعة، فكم كانت الجبال، إنما الأجزاء للجبال، ليس للطير، فقالوا: ظننا أنها أربعة فقال أبو عبد الله عليه السلام و لكن الجبال عشرة، و روى جزء من سبعة (٢) لقول الله عز و جل (٣) «لَهَا سَبْعَةٌ أَبْوَابٍ لِكُلِّ بَابٍ مِنْهُمُ جُزْءٌ مَقْسُومٌ». انتهى.

هذا جملة ما وقفت عليه من الأخبار الداله على القول الأول.

و أما ما يدل على القول الثانى من الأخبار فمنه ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن البرزنى (٤) قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله فقال:

واحد من سبعة، ان الله تعالى يقول «لَهَا سَبْعَةٌ أَبْوَابٍ لِكُلِّ بَابٍ مِنْهُمُ جُزْءٌ مَقْسُومٌ» قلت: رجل أوصى بسهم من ماله؟ فقال: السهم واحد من ثمانية، ثم قرأ «إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسْكِينِ» الى آخر الآية.

و عن إسماعيل بن همام الكندى (٥)

«عن الرضا عليه السلام فى الرجل يوصى بجزء من ماله و لم يعينه، فاختلف الوارث بعده فى ذلك فقضى عليهم بإخراج السبع من ماله و تلا قوله تعالى «لَهَا سَبْعَةٌ أَبْوَابٍ لِكُلِّ بَابٍ مِنْهُمُ جُزْءٌ مَقْسُومٌ»، و قد تقدم فى عبارته كتاب الفقه الرضوى و كذا فى عبارته المقنع الإشارة الى هذه الرواية.

ص: ٤٥٨

١-١ (١) سورة البقره-الايه ٢٦٠.

٢-٢ (٢) الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٤ ح ٦.

٣-٣ (٣) سورة الحجر-الايه ٤٤.

٤-٤ (٤) التهذيب ج ٩ ص ٢٠٩ ح ٨٢٨، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٧ ح ١٢.

٥-٥ (٥) التهذيب ج ٩ ص ٢٠٩ ح ٨٢٩، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٧ ح ١٣.

و روى العياشى فى تفسيره عن البنزطى (١)

«عن الرضا عليه السلام قال: سأله رجل عن الجزء و جزء الشىء، فقال: من سبعة، ان الله يقول لَهَا سَبْعَةُ أَبْوَابٍ لِكُلِّ بَابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَّقْسُومٌ».

و رووا أيضا عن إسماعيل بن همام الكوفى (٢)

«عن الرضا عليه السلام فى رجل أوصى بجزء من ماله؟ فقال: جزء من سبعة، ان الله يقول فى كتابه:

لَهَا سَبْعَةُ أَبْوَابٍ لِكُلِّ بَابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَّقْسُومٌ».

و فى الفقيه (٣) روى البنزطى عن الحسين بن خالد

«عن ابى الحسن عليه السلام قال: سألته عن رجل أوصى بجزء من ماله قال: سبع ثلثه».

هذا ما وقفت عليه من الروايات الداله على القول الثانى و الشيخ قد جمع بين الأخبار بحمل الجزء على العشر، فيجب أن ينفذ فى واحد من عشره، و حمل أخبار السبع على أنه يستحب للورثه إنفاذه فى واحد من سبعة، لتلائم الأخبار، و هو ان كان لا يخلو من بعد لأن ظاهر أخبار السبعة هو أن الحكم الشرعى ذلك، حيث فسروا عليهم السلام الجزء بأنه من سبعة، بقول مطلق، إلا أنه فى مقام الجمع لا- مندوحه عنه، و لا- صرح للحمل على التقيه فى أحد الطرفين، لما عرفت من حديث الخراسانى المتقدم، إلا أن يقال: بأن التقيه هنا انما هو بإيقاعهم عليهم السلام الاختلاف و ان لم يكن ذلك قولاً للعامه، كما قدمناه فى مقدمات الكتاب من جلد كتاب الطهاره (٤) و يمكن أن يؤيد القول الأول بفتوى الرضا عليه السلام فى كتاب الفقه بذلك، و نسبة الجزء من سبعة إلى الروايه.

و قال فى المسالك بعد ذكر حمل الشيخ (رحمه الله عليه): و لا بأس بهذا الحمل، حذرا من اطراح الروايات المعبره، و قال فى المسالك أيضا بعد ذكر بعض ما ذكرناه من روايات الطرفين: و هذا القول- و أشار به الى القول الثانى- أصح

ص: ٤٥٩

١-١) تفسير العياشى ج ٢ ص ٢٤٣ ح ٢٠.

٢-٢) تفسير العياشى ج ٢ ص ٢٤٤ ح ٢١. الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٧ ح ١٣.

٣-٣) الفقيه ج ٤ ص ١٥٢ ح ٥٢٩. الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٧ ح ١٤.

٤-٤) ج ١ ص ٤.

روايه و الأول أكثر، فلذلك قال المصنف: أشهرهما العشر، و تلك أشهر، و هذه أصح، و ينبغي ترجيح الصحيح.

نعم من حكم بصره روايه عبد الله بن سنان، و انضم إليها حسنه أبان، و الباقي من الموثق، توجه ترجيحه لمضمونها، و هو خيره العلامه في المختلف محتجا بكثرتها، و زيادتها على هذه، و موافقتها للأصل و بعدها عن الإضراب، إذ في روايه السبع أنه سبع ثلث و هي الروايه الثالثه التي أشار إليهما المصنف أخيرا، و رواها الحسين بن خالد عن أبي الحسن (1) عليه السلام ثم ساق الروايه كما قدمناه، ثم قال و هذه الروايه مع جهاله سندها بالحسين بن خالد، شاذه لا عامل بمضمونها، و الفرق بينها و بين روايه عبد الله بن سنان المتضمنه لعشر الثلث، أن الموصى صرح فيها بكون الجزء من الثلث، و هنا جعله من ماله، و لا إشكال في حمل الجزء على معناه من العشر أو السبع لأي شيء نسب الى المال، فهو عشره أو سبعة أو الى الثلث أو النصف أو غيرهما، فهو العشر أو السبع من ذلك الجزء المنسوب إليه فالروايه الأولى لا تخالف سوى روايه السبع، بخلاف هذه، فإنها مخالفه للجميع انتهى.

أقول: أما ما رجح به القول الثاني من صحه روايته مشيرا بذلك إلى صحيحه البزنطى المتقدمه، ففيه أن في روايات العشر أيضا ما هو صحيح، و هي صحيحه عبد الله بن سنان المتقدمه المرويّه في كتاب معانى الأخبار، و لكن العذر له ظاهر، حيث أن نظرهم مقصور على روايات الكتب الأربعة.

و أما ما طعن به في روايات السبع من الاضطراب بدلاله روايه الحسين بن خالد على أن الجزء سبع ثلثه، و أنه لا قائل بذلك، ففيه أولا- أن رد هذه الروايه لهذه العله التي ذكرها، لا- يستلزم رد غيرها من تلك الأخبار الخاليه من هذه العله، و ثانيا أنه يمكن الجواب عما ذكره بحمل ماله في الخبر على ما يجوز له

ص: ٤٦٠

التصرف فيه بعد موته، وليس إلا الثلث، فإذا أضيف الجزء إليه و كان الجزء بمعنى السبع كما هو المفروض في هذه الأخبار كان الحاصل سبع من ثلثه، ولا ينافي ذلك الأخبار المتقدمه بأن المراد بالجزء من ماله يعني عشر ماله أو سبع ماله، لأن المال في تلك محمول على ظاهره و هو ماله في حال الحياه و في هذا الخبر محمول على ماله بعد الموت فلا- يكون مخالفاً لشيء من الأخبار، كما ذكره (قدس سره) و التأويل في مثله بما ذكرنا للجمع بين الأخبار غير عزيز.

و بالجمله فالمسئله غير خاليه عن شوب الاشكال، و طريق الاحتياط فيها بالصلح مطلوب على كل حال، و الله العالم.

### و منها الوصيه بالسهم

، و المشهور أنه الثمن، و تدل عليه جمله من الأخبار منها ما تقدم في صحيحه البنظي، و ما رواه

المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) عن السكوني (1)

«عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن رجل يوصى بسهم من ماله فقال: السهم واحد من ثمانية، يقول الله تبارك و تعالى «إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسْكِينِ وَ الْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَ الْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَ فِي الرِّقَابِ وَ الْغَارِمِينَ وَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَ ابْنِ السَّبِيلِ» .

و ما رواه في الكافي (2) في الصحيح أو الحسن عن صفوان و البنظي

و رواه في التهذيب (3) أيضاً عنهما

«قالا: سألتنا الرضا عليه السلام عن رجل أوصى «لك» بسهم من ماله لا يدرى السهم أى شيء هو؟ فقال: أليس عندكم فيما بلغكم عن جعفر و لا- عن أبي جعفر عليهما السلام فيها شيء، قلنا له: جعلنا فداك ما سمعنا أصحابنا يذكرون شيئاً من هذا عن آبائك، فقال: السهم واحد من ثمانية، قلنا له: جعلنا الله فداك كيف صار واحداً من ثمانية؟ فقال: أما تقرأ كتاب الله عز و جل؟ قلت:

ص: ٤٦١

١- ١) الكافي ج ٧ ص ٤١ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ٢١٠ ح ٨٣٢، الفقيه ج ٤ ص ١٥٢ ح ٥٢٦.

٢- ٢) الكافي ج ٧ ص ٤١ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٩ ح ٣.

٣- ٣) التهذيب ج ٩ ص ٢١٠ ح ٨٣٣، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٨ ح ٢.

جعلت فداك أنى لأقرؤه، و لكن لا- أدرى أى موضع هو؟ فقال: قول الله تعالى (١) «إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسْكِينِ وَ الْعَامِلِينَ عَلَيْهِمْ وَ الْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَ فِي الرِّقَابِ وَ الْغَارِمِينَ وَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَ ابْنِ السَّبِيلِ» ثم عقد بيده ثمانيه قال: و كذلك قسمها رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) ثمانيه أسهم، فالسهم واحد من ثمانيه». و رواه الصدوق فى معانى الأخبار فى الصحيح عن صفوان (٢).

و روى الشيخ المفيد فى الإرشاد (٣) قال:

«قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل أوصى بسهم من ماله، و لم يبينه فاختلف الورثه فى معناه، فقضى بينهم بإخراج الثمن من ماله، و تلا عليهم «إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسْكِينِ» الآية، و هم ثمانيه أصناف، لكل صنف منهم سهم من الصدقات».

و القول بالثمن مذهب الشيخ فى النهايه، قال: و قد روى أنه سهم من عشره، و الأول أكثر فى الروايه، و هذا القول أيضا قول الشيخ المفيد، و ابن الجنيد، و الصدوق، و ابن البراج، و سيار، و ابن إدريس، و هو المشهور بين المتأخرين.

و قال الشيخ فى الخلاف و المبسوط: أنه السدس، و به قال الشيخ على بن بابويه (رحمه الله عليه).

أقول: و الروايه التى أشار إليها الشيخ فى النهايه بأن السهم من عشره هى ما رواه

فى التهذيب عن طلحه بن زيد (٤)

«عن أبى عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال:

من أوصى بسهم من ماله، فهو سهم من عشره». و الشيخ حملها فى التهذيب على و هم الراوى بالاشتباه عليه بين الجزء و السهم.

قال الصدوق فى الفقيه (٥) و قد روى

أن السهم واحد من ستة. ثم جمع

ص: ٤٦٢

١-١) سورة التوبه-الايه ٦٠.

٢-٢) معانى الأخبار ص ٢١٦ ح ٢ ط إيران سنه ١٣٧٩.

٣-٣) الإرشاد ص ١٠٦.

٤-٤) التهذيب ج ٩ ص ٢١١ ح ٧٣٤.

٥-٥) الفقيه ج ٤ ص ١٥٢ ح ٥٢٧. و هذه الروايات فى الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٨ ح ٢ و ص ٤٥٠ ح ٧ و ص ٤٤٩ ح ٤ و ٥.



بينها و بين الروايه الثانيه بحمل الستة على ما إذا اوصى بسهم من سهام المواريث، و الثمانيه على ما إذا أوصى بسهم من سهام الزكاه قال: فتمضى الوصيه على ما يظهر من مراد الموصى.

أقول: و الروايه بأن السهم واحد من ستة لم ينقلها أحد منهم بغير هذا العنوان المحمل، و الظاهر أن المراد بها ما ذكره

الرضا عليه السلام فى كتاب الفقه الرضوى (١) حيث قال:

«فإن أوصى بسهم من ماله فهو سهم من ستة أسهم، و كذلك إذا أوصى بشيء من ماله غير معلوم فهو واحد من ستة». و منه يعلم أن قول الشيخ على بن بابويه بما نقل عنه من أنه السدس انما أستند فيه الى الكتاب المذكور، و الأصحاب هنا مع نقلهم هذا القول عنه لم يستدلوا له بشيء لعدم وجود ذلك فى كتب الأخبار المتداوله بينهم، و منه يعلم كما قدمنا ذكره أن اعتماده على هذا الكتاب، و فتواه بما فيه مع كونه على خلاف الروايات المتكاثره، كما سمعت، و خلاف قول غيره من الأصحاب (رحمهم الله) أدل دليل على ثبوت كون الكتاب له عليه السلام و أن ذلك مقطوع به عنده، و فى الوسائل احتمال حمل هذه الروايه على التقيه، و هو غير بعيد.

و قال فى المسالك: و ذهب الشيخ فى أحد قوله إلى أنه السدس، لما روى

عن ابن مسعود (٢)

أن رجلا- أوصى لرجل بسهم من المال فأعطاه النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) السدس و قيل: أن السهم فى كلام العرب السدس. انتهى.

أقول: و الاستدلال بهذه الروايه العاميه يحتمل أن يكون من الشيخ كما هو الأقرب، و يحتمل أن يكون من صاحب المسالك، و أيا ما كان فى ذلك نوع تأييد بحمل كلامه عليه السلام فى كتاب الفقه على التقيه فى هذا الحكم، و كيف كان فالعمل على المشهور، لتكاثر الأخبار، و الله العالم.

ص: ٤٦٣

١- (١) المستدرک ج ٢ ص ٥٢٧ الباب ٤٨ ح ١.

٢- (٢) الخلاف ج ٢ ص ٣١٠ مسئله ٩ من كتاب الوصيه، المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ٤٤٦.

و ظاهر كلام الأصحاب من غير خلاف يعرف أنه السدس، و يدل عليه ما تقدم فى عبارته كتاب الفقه الرضوى (١) و ما رواه

المشايخ الثلاثة بأسانيدهم عن أبان بن تغلب (٢)

«عن على بن الحسين عليهما السلام أنه سئل عن رجل أوصى بشيء من ماله؟ فقال: الشيء فى كتاب على عليه السلام واحد من ستة».

و رواه الصدوق فى كتاب معانى الأخبار (٣) عن أبان بن تغلب عن

«على بن الحسين عليه السلام قال: قلت له: رجل أوصى بشيء من ماله؟ فقال لى: فى كتاب على عليه السلام الشيء من ماله واحد من ستة».

### و منها ما لو أوصى بكثير

قال الخلاف: إذا قال أعطوا كثيرا من مالى فإنه يستحق ثمانين، على ما رواه أصحابنا فى حد الكثير، و تبعه ابن حمزه و لم يفسر الكثير، قال فى المختلف: و الظاهر أن مرادهما ثمانون درهما كالنذر.

و قال الصدوق: إذا أوصى رجل بمال كثير، و نذر أن يتصدق بمال كثير، فالكثير ثمانون فما زاد، لقوله تعالى «لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ»، و كانت ثمانين موطنًا.

و قال الشيخ (رحمه الله عليه) فى كتاب الإقرار من الخلاف لو قال له: عندى مال كثير، فإنه يكون إقرارا بثمانين، على الرواية التى تضمنت أن الوصيه بالمال الكثير وصيه بثمانين.

و قال ابن إدريس فى قول الشيخ (رحمه الله عليه) تسامح و تجاوز، إنما الروايه وردت فيمن نذر أن يتصدق بمال كثير، و ما وردت فى الوصيه، و لا أوردها أحد من أصحابنا فى الوصايا، و الذى يقتضيه أصول المذهب، و تحكم به الأدله

ص: ٤٦٤

١- (١) المستدرک ج ٢ ص ٥٢٧ الباب ٤٨ ح ١.

٢- (٢) الكافى ج ٧ ص ٤٠، التهذيب ج ٩ ص ٢١١ ح ٨٣٥، الفقيه ج ٤ ص ١٥١ ح ٥٢٥.

٣- (٣) معانى الأخبار ص ٢١٧ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٠ الباب ٥٦.

و الاعتبار أن لا يتجاوز بالروايه، و ما وردت فيه فحسب، و لا تعداها الى غير النذر في تفسير الكثير الى المقر، و كذا في الوصيه في تفسير الكثير، انتهى.

أقول: و الى هذا القول مال كثير من المتأخرين، و الروايه المشار إليها بأنها وردت في النذر هي ما رواه

في الكافي عن علي بن إبراهيم (١) عن بعض أصحابه ذكره قال:

«لما سم المتوكل نذر ان عوفى أن يتصدق بمال كثير، فلما عوفى سأل الفقهاء عن حد المال الكثير، فاختلفوا عليه، فقال: بعضهم مائه ألف، و قال بعضهم: عشره آلاف، و قالوا فيه أقاويل مختلفه، فاشتبه عليه الأمر، فقال رجل من ندمائه يقال صفعان: ألا تبعث الى هذا الأسود فتسأله عنه، فقال له المتوكل: من تعنى ويحك؟ فقال له: ابن الرضا، فقال له: و هو يحسن من هذا شيئاً؟ فقال: يا أمير المؤمنين: ان أخرجك عن هذا فلى عليك كذا و إلا فاضربنى مائه مفرعه، فقال المتوكل: قد رضيت، يا جعفر بن محمود صر اليه و سله عن حد المال الكثير، فصار جعفر بن محمود الى أبي الحسن علي بن محمد عليهما السلام فسأله عن حد المال الكثير، فقال له: الكثير ثمانون، فقال له جعفر: يا سيدى إنه يسألنى عن العله فيه، فقال له أبو الحسن عليه السلام: ان الله عز و جل يقول (٢) «لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ» فعددنا تلك المواطن فكانت ثمانين موطناً».

و شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك ذكر أن الذى سأله المتوكل هو الجواد عليه السلام و هو غفله عن مراجعه الروايه، و الشيخ و الصدوق و جمع ممن تبعهما عدوا الحكم إلى الوصيه، و أضاف الشيخ: الإقرار، كما عرفت نظراً الى ان ذلك حد شرعى للكثير، حيثما أطلق كالجزاء و السهم، فلا يقتصر على موضع السؤال إذ لو حمل فى غير النذر على غيره لزم الاشتراك المخالف للأصل، و المتأخرين كشيخنا الشهيد الثانى فى المسالك طعنوا فى الروايه بالضعف و الإرسال، مضافاً

ص: ٤٦٥

١- (١) الكافي ج ٧ ص ٤٦٣ ح ٢١، الوسائل ج ١٦ ص ٢٢٣ ح ١.

٢- (٢) سورة التوبه- الايه ٢٥.

الى مخالفتها للأصل و اللغه و العرف، قال و استشهاده بالمواطن الكثيره المنصور فيها لا يقتضى انحصار الكثير فيه، فقد ورد في القرآن فيها، فأكفه كثيره، و ذكرها كثيرا، و لم يحمل على ذلك، و الحق الرجوع فيه الى الوارث، و بذلك صرح فى المختلف أيضا فقال: و الوجه عندى اختصاص هذا التقدير بالنذر، و للورثه أن يعطوا مهما شاءوا.

### و منها ما لو أوصى بوجوه من الوصايا فنسى الوصى بعضها

فالمشهور بين الأصحاب أنه يصرف الأبواب المنسيه فى وجوه البر.

و يدل عليه ما رواه

المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) عن محمد بن ريان (١) قال:

« كتبت الى أبى الحسن عليه السلام و فى الفقيه الى على بن محمد عليهما السلام أسأله عن إنسان أوصى بوصيه فلم يحفظ الوصى إلا بابا واحدا منها، كيف يصنع فى الباقي؟ فوقع عليه السلام: و الأبواب الباقيه اجعلها فى البر».

و ذهب ابن إدريس و الشيخ فى أجوبه الحائريات إلى بطلان الوصيه، فإنه يرجع الى الورثه.

و نقل عن ابن إدريس الاحتجاج على ما ذهب إليه بأنها وصيه بطلت، لامتناع القيام بها، فترجع الى الوارث، و احتج القائلون بالقول المشهور بان المال خرج عن الوارث بالوصيه النافذه أولا؟ لأنه المفروض، فعوده الى ملك الوارث يحتاج الى دليل، و جهاله مصرفه تصيره بمنزله المال المجهول المستحق، فيصرف فى وجوه البر، و لأنه لو رجع الى الوارث لزم تبديل الوصيه للنهى عنه، بخلاف البر، لأنه عمل بمقتضاها، غايته جهاله المصرف، فيصرف فيما يصرف فيه المال المجهول، و لأن الموصى ربما أراد بوصيته القربه المخصوصه، فإذا فات الخصوص بالنسيان، بقى العموم، فيكون أقرب إلى مراد الموصى كذا قرره شيخنا فى المسالك، ثم

ص: ٤٦٦

١-١) الكافى ج ٧ ص ٥٨ ح ٧، التهذيب ج ٩ ص ٢١٤ ح ٨٤٤، الفقيه ج ٤ ص ١٦٢ ح ٥٦٥، الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٣ الباب ٦١.

قال: و تشهد له روايه محمد بن ريان، ثم ساق الخبر كما قدمناه، و انما جعله شاهدا دون أن يجعله دليلا لضعف سنده عنده، بهذا الاصطلاح المحدث، فالدليل عنده انما هو ما قرره من هذه الوجوه التي ذكروها، و لا يخفى ما فيه على الفطن النبيه، و الأظهر هو الاعتماد على الخبر.

اما بناء على الاصطلاح القديم أو الجبره بالشهره بين الأصحاب، إذ لا- مخالف في الحقيقه إلا ابن إدريس، و الشيخ و ان قال بذلك في الحائريات، إلا أنه في كتبه موافق للأصحاب، و تجعل هذه التعليقات التي ذكروها وجوها للنص، و بيان الحكمه فيه.

و يعضد هذا النص جملة من النصوص أيضا في جزئيات الوصايا، و يستفاد من ضم بعضها الى بعض قاعده كليه، و هي أنه متى تعذر صرف الوصيه على الوجه الموصى به لأي عذر كان، فإنها تصرف في وجوه البر، و لا ترجع إلى الورثه، لتعذر المصروف.

فمن ذلك ما ورد في جملة من الأخبار (1) «من أن من أوصى للكعبه بمال أو غلام أو جاربه أو أهدي لها نحو ذلك، فإنه يصرف المال، و يباع الغلام و الجاربه، و يصرف ثمنها في المنقطعين من الحاج، معللا بأن الكعبه لا تأكل، و لا تشرب، و ما أهدي لها فهو لزوارها».

و من ذلك ما رواه

المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى ضرائحهم) عن علي بن مزيد صاحب السابري (2) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث طويل يتضمن أنه

أوصى رجل بتركته الى علي المذكور و أمره أن يحج بها عنه، و كانت التركه لا- تبلغ ذلك، فسأل الفقهاء فأفتوه بالصدقه بها، فتصدق بها ثم لقي أبا عبد الله عليه السلام فسأله و أخبره

ص: ٤٦٧

---

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ٢١٣ ح ٨٤٢ و ص ٢١٤ ح ٨٤٣، الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٣ الباب ٦٠.

٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ٢١ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٨ ح ٨٩٦، الفقيه ج ٤ ص ١٥٤ ح ٥٣٤، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٣ الباب ٨٧.

بما فعل فقال: ان كان لا يبلغ ان يحج به من مكه فليس عليك ضمان، و إلا فأنت ضامن،. و قد قرره عليه السلام على الصدقه مع عدم بلوغ الحج به من مكه، و لم يحكم ببطالان الوصيه، و الرجوع ميراثا، و ربما قيل: بالرجوع هنا ميراثا كما نقله بعض مشايخنا، و النص المذكور يرد.

و من ذلك ما رواه

المشايخ الثلاثة (رضى الله عنهم) عن مثني (١) قال:

«سألته عن رجل أوصى له بوصيه فمات قبل أن يقبضها و لم يترك عقبا، قال: اطلب لها وارثا أو مولى فادفعها اليه، قلت: فان لم أعلم له وارثا؟ قال: اجهد على أن تقدر له على ولي، فان لم تجده و علم الله منك الجهد، فتصدق بها».

و التقريب فيه ما تقدم من أنه مع تعذر التنفيذ فيما أوصى به يرجع الى الصدقه، و الخبر المذكور محمول إما على موت الموصى بتلك الوصيه، ثم موت الموصى له قبل الدفع له، أو على بقاء الموصى مع عدم الرجوع فى الوصيه الى أن مات، و قد تقدم الكلام فى هذه المسئله، و مما يلائم ذلك أيضا ما ورد (٢) فيمن أوصى أن يعتق عنه نسمة بخمسائة درهم، فاشترت بأقل فإنها تعطى الباقي و تعتق، الى غير ذلك من المواضع التى يقف عليها المتتبع.

### و منها ما لو أوصى بسيف معين و هو فى جفن

، فإنه يدخل الجفن و الحليه فى الوصيه، و كذا لو أوصى بصندوق فيه ثياب أو سفينه و فيها متاع، أو جراب و فيه متاع، فإن الوصيه تكون شامله للجميع، و هذا هو المشهور بين الأصحاب متقدميهم و متأخريهم، و قال الشيخ فى النهايه بذلك أيضا إلا أنه قيده بكون الموصى عدلا مأمونا، فان لم يكن عدلا و كان متهما لم تنفذ وصيته فى أكثر من ثلثه من الصندوق، و السفينه و الجراب و ما فيها.

ص: ٤٦٨

١- (١) الكافى ج ٧ ص ١٣ ح ٣، التهذيب ج ٩ ص ٢٣١ ح ٩٠٥، الفقيه ج ٤ ص ١٥٦ ح ٥٤٢، الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٩ ح ٢ الباب ٧٧، و ليس فى هذه النسخ «عن مثني».

٢- (٢) الكافى ج ٧ ص ١٩ ح ١٣، التهذيب ج ٩ ص ٢٢١ ح ١٨، الفقيه ج ٤ ص ١٥٩ ح ١٥، الوسائل ج ١٣ ص ٤٩٥ الباب ٧٧.

و الذى يدل على المشهور ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن أبى جميله (١) قال:

« كتبت الى أبى الحسن عليه السلام أسأله عن رجل أوصى لرجل بسيف، فقال الورثة: إنما لك الحديد و ليس لك الحليه ليس لك غير الحديد فكتب الى: السيف له و حليته». و ما رواه

المشايخ الثلاثة عن أبى جميله (٢) عن الرضا عليه السلام قال:

سألته عن رجل أوصى لرجل بسيف و كان فى جفن، و عليه حليه؟ فقال له الورثة إنما لك النصل، و ليس لك المال، قال: فقال: لا بل السيف بما فيه له، قال: فقلت: رجل أوصى لرجل بصندوق و كان فيه مال، فقال الورثة إنما لك الصندوق، و ليس لك المال، قال: فقال أبو الحسن عليه السلام: الصندوق بما فيه له». و ما رواه

فى التهذيب عن على بن عقبه (٣) عن أبيه قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى لرجل بصندوق و كان فى الصندوق مال، فقال الورثة: إنما لك الصندوق و ليس لك ما فيه، فقال: الصندوق بما فيه له».

و عن عقبه بن خالد (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

سألته عن رجل قال:

هذه السفينه لفلان، و لم يسم ما فيها، و فيها طعام أ يعطيها الرجل و ما فيها؟ قال:

هى للذى أوصى له بها، إلا أن يكون صاحبها متهما، و ليس للورثة شىء».

و رواه الصدوق إلا أنه قال

«إلا أن يكون صاحبها استثنى مما فيها و ليس للورثة شىء».

قال فى كتاب الفقه الرضوى (٥)

و إذا أوصى رجل لرجل بصندوق أو سفينه

- ١-١) الكافي ج ٧ ص ٤٤ ح ٣، التهذيب ج ٩ ص ٢١١ ح ٨٣٩. الوسائل ج ١٣ ص ٤٥١ ح ٢.
- ١-٢) الكافي ج ٧ ص ٤٤ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ٢١١ ح ٨٣٧، الفقيه ج ٤ ص ١٦١ ح ٥٦١. الوسائل ج ١٣ ص ٤٥١ ح ١.
- ٣-٣) التهذيب ج ٩ ص ٢١٢ ح ٨٤٠. الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٢ ح ١.
- ٤-٤) التهذيب ج ٩ ص ٢١٢ ح ٨٣٨، الفقيه ج ٤ ص ١٦١ ح ٥٦٢. الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٢ ح ٢.
- ٥-٥) المستدرک ج ٢ ص ٥٢٧ الباب ٥٠ ح ١. الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٢ ح ١ الباب ٥٩.



و كان فى الصندوق أو السفينه متاع أو غيره، فهو مع ما فيه لمن أوصى له، إلا أن يكون قد استثنى ما فيه».

و هذه الروايات كما ترى ظاهره الدلاله على القول المذكور إلا- روايه عقبه بن خالد الأخيره بناء على غير روايه الصندوق و سيأتى الكلام فيها ان شاء الله تعالى.

و قال فى المسالك- بعد الاستدلال للقول المشهور بروايه أبى جميله الثانيه و روايه عقبه بن خالد الأخيره- ما صورته: و هذه الروايات ضعيفه السند، إلا أن العرف شاهد لدخول جفن السيف و حليته فيه، و هو محكم فى أمثال ذلك، فإنه لو قال: خذ سيفك أو سافر فلان بسيفه، لا يفهم منه إلا مجموع هذه الأشياء حتى لو جرده عن غمده لعدده العقلاء سفيها، و العرف كاف فى إثبات ذلك و تبقى الروايه شاهده فالحكم بدخولها فيه قوى، و أما الباقي فلا يدل العرف على تناول الظرف للمظروف غالباً، و الروايه قاصره عن إثبات المطلوب فالقول بعدم الدخول أجود، نعم لو دل العرف أو القرينه على شىء فى بعض الأفراد اتبع، كما أنه لو دل على عدم دخول الجفن أو الحليه فى بعض الموارد لم يدخل، و جمله الأمر ترجع الى عدم الدخول إلا مع العرف و القرينه، و بنحو ذلك صرح فى المختلف.

أقول: لا- يخفى ما فيه، فان رد الأخبار بمجرد الاعتبار، جراه على الأئمه الأطهار، و الأحكام الشرعيه مبنيه على التوقف لا مسرح للقول فيها كما تقدم فى غير موضع و الأخبار المذكوره و ان ضعف سندها بهذا الاصطلاح الذى هو الى الفساد أقرب من الصلاح، كما أوضحناه فى مقدمات كتاب الطهاره، إلا أنه لا راد لها من الأصحاب، و ضعفه منجبر بالشهره بينهم، و قد جروا على ذلك فى مواضع لا تحصى من الأحكام كما لا يخفى على المتتبع.

نعم يمكن التوقف على نفيه فى مقام التهمه، بناء على روايه الشيخين فى الكافى و التهذيب، و أما على روايه الصندوق فلا اشكال، و هكذا هو مختاره فى الدروس.

و أما ما ذكره الشيخ مما قدمنا نقله فإنه استشكل فيه جملة ممن تأخر عنه، منهم العلامة في المختلف و شيخنا في المسالك بأن فيه أولا ان ما شرطه من عداله الموصى غير معتبر فى الوصيه مطلقا، و انما يعتبرها بعض الأصحاب فى الإقرار على بعض الوجوه على ما فيه.

و ثانيا أن نفوذها من الأصل على تقدير العداله، و من الثلث على تقدير عدمها، فإنه أيضا ليس من جملة أحكام الوصيه بل من أحكام إقرار المريض على بعض الوجوه، و سيأتى ان شاء الله تعالى ذكره عند ذكر المسئلتين.

و ثالثا تعميمه الحكم فى هذه الأشياء من الصندوق و السفينه و الجراب مع أن الروايه التى هى منشأ حكمه إنما موردها السفينه، و هى روايه خالد بن عقبه كما عرفت، بروايته فى الكافى، و التعديه إلى غيرها مع المخالفه للأصل بعيد.

و قال المحدث الكاشانى فى الوافى ذيل هذه الروايه، «يعنى بالتهمه» أن يظن به إرادته الإضرار بالورثه، و أن لا يبقى لهم شىء، و قوله و ليس للورثه شىء عطف على «هى للذى» و يحتمل أن يكون معناه و لم يبق لهم شىء من تتمه الاستثناء و فى نسخ الفقيه «إلا أن يكون صاحبها استثنى مما فيها»، و على هذا فلا يحتمل قوله «و ليس للورثه شىء» إلا معناه الظاهر، و على معناه الظاهر تحمل الوصيه على الإقرار، لعدم صحتها مشدودا كان أم لا.

و نقل عن الشيخ المفيد أنه قيد الصندوق بكونه مقفلا، و الجراب بكونه مشدودا، و النصوص كما عرفت مطلقه هذا، و ظاهر الأخبار المتقدمه و به صرح بعض الأصحاب كون ذلك الموصى به معينا، فلو كان مطلقا كما لو قال أعطوه سيفا أو سفينه أو صندوقا، فإنه لا يتناول إلا ما دل عليه اللفظ، و هذا فى السفينه و الصندوق ظاهر حيث ان ما فيها لا يدخل فى مدلول اللفظ، و أما فى السيف فأشكال لما تقدم نقله عن المسالك، من حيث دلالة العرف على تبعيه الجفن و الحليه و دخولهما فى إطلاق السيف، فيدخل حينئذ سواء كان معينا أو مطلقا و لا يخلو من قوه.

و فى المسالك هنا أن دخول الجفن قوى لأنه كالجزة عرفا، أما الحليه فلا تدخل إلا مع التعيين، و هو خلاف ما صرح به أولا مما قدمنا نقله عنه، بل الظاهر أن العكس أقوى لأن الحليه أقرب الى الجزئية من الجنس الذى هو متفرد على حده، و الله العالم.

### و منها ما لو أوصى فى سبيل الله

و قد اختلف الأصحاب فى ذلك فقال الشيخ فى النهاية و الشيخ المفيد فى المقنعه: إذا أوصى بثلث ماله فى سبيل الله و لم يسم أخرج فى معونه المجاهدين لأهل الضلال و الكافرين، و إن لم يحضره مجاهد فى سبيل الله وضع فى أبواب البر من معونه الفقراء و المساكين، و أبناء السبيل، و صله آل الرسول، بل يصرف أكثره فى فقراء آل محمد عليهم السلام و مساكينهم و أبناء سبيلهم، و يصرف ما بقى بعد ذلك فى أبواب البر، و تبعهما فى ذلك ابن البراج فى الكامل، و قال فى المبسوط: إذا أوصى بصرف ثلث ماله فى سبيل الله، فسبيل الله هم الغزاه، و هم على ضربين أحدهما المرابطون المترصدون للقتال، فهؤلاء لا تدفع إليهم من الزكاه، لأنه يصرف إليهم أربعة أخماس الغنيمه، و الضرب الثانى هم أصحاب الصنائع الذين إذا نشطوا غزوا، ثم عادوا الى حرفتهم، فهؤلاء تدفع إليهم من الزكاه مع الغنى و الفقر، و هكذا الوصيه، و فى أصحابنا من قال: ان سبيل الله يدخل فيه جميع مصالح المسلمين، من بناء القناطير و عماره المساجد، و المشاهد، و العمره، و نفقه الحاج، و الزوار، و غير ذلك.

دليلنا على هذا أخبار الطائفة، و أيضا فإن جميع ذلك طريق الى الله، و سبيل إليه، فالأولى حمل اللفظ على عمومه، و كذا الخلاف فى آيه الزكاه.

أقول: و ظاهره اختيار القول الثانى، و قال ابن الجنيد إذا قال فى السبيل، أو سبيل الله جاز ذلك لأهل الثغور، و أقربهم إليه أولى، و جاز أن يجعل فى الحج

لقول رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) (1) لأم معقل و قد سألته عن ابنها

ص: ٤٧٢

و قد جعل بغيره فى السبيل «اركبى بعيرك، فان الحج من سبيل الله»، و جاز أيضا فيمن كان مرابطا لأعداء الله و حابسا نفسه على جهادهم، و الذب عن دين الله و المسلمين.

و قال على بن بابويه: ان شاء جعله لإمام المسلمين، و ان شاء جعله فى حج أو فرقه على قوم مؤمنين، و بذلك قال ابنه فى المقنع.

و قال ابن إدريس: يصرف ذلك فى جميع مصالح المسلمين، مثل بناء القناطر و المساجد، و تكفين الموتى، و معونه الحاج، و الزوار، و ما أشبه ذلك لإجماع أصحابنا، و لأن ما ذكرناه طريق الى الله تعالى، و إذا كان كذلك فالأولى حمل لفظه «سبيل الله» على عمومها، و الظاهر أنه الى هذا القول مال جملة من تأخر عنه و المستند فيه ما أشار اليه، و توضيحه أن السبيل لغه الطريق، و المراد بسبيل الله الطريق إليه، أى إلى رضوانه و ثوابه، لاستحاله التحيز عليه جل شأنه، و هذا المعنى شامل لجميع ما يتقرب به الى الله تعالى، فيجب حمل اللفظ عليه، حيث لا مخصص من شرع أو عرف.

و نقل عن الشيخ و من تبعه من الحمل على الغزاه، انهم احتجوا بأن الشرع يقتضى صرف السبيل إلى الغزاه، و حكم كلام الآدميين مع إطلاقه حكم ما اقتضاه الشرع، قال فى المختلف و مثله المسالك: و المقدمتان ممنوعتان.

أقول: و الذى وقفت عليه من الأخبار فى هذا المقام ما رواه

المشايخ الثلاثة (نور الله مراقدهم) عن الحسن بن راشد (1) قال:

سألت العسكرى عليه السلام و فى الفقيه أبا الحسن العسكرى عليه السلام بالمدينة عن رجل أوصى بمال فى سبيل الله فقال:  
سبيل الله شيعتنا».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن حجاج الخشاب (2)

«عن

ص: ٤٧٣

١- ١) الكافى ج ٧ ص ١٥ ح ٢، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٤ ح ٨١١، الفقيه ج ٤ ص ١٥٣ ح ٥٣٠. الوسائل ج ١٣ ص ٤١٢ ح ١.

٢- ٢) الكافى ج ٧ ص ١٥ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٣ ح ٨١٠. الوسائل ج ١٣ ص ٤١٣ ح ٣.

ابى عبد الله عليه السلام قال: سألته عن امرأه أوصت الى بمال أن يجعل فى سبيل الله فقيل لها تحج به؟ فقالت: اجعله فى سبيل الله، فقالوا لها: فنعطيه آل محمد (صلى الله عليه وآله وسلم)؟ فقالت: اجعله فى سبيل الله، فقال أبو عبد الله عليه السلام: اجعله فى سبيل الله كما أمرت، قلت: مرني كيف اجعله؟ قال: اجعله كما أمرتك ان الله تبارك و تعالى يقول (١) «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ» أ رأيتك لو أمرتك ان تعطيه يهوديا كنت تعطيه نصرانيا؟ قال: فمكثت بعد ذلك ثلاث سنين ثم دخلت عليه فقلت له: مثل الذى قلت له أول مره فسكت هنيهة ثم قال: هاتها قلت: من أعطيها؟ قال: عيسى شلقان».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة عن الحسين بن عمر (٢) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام أن رجلا- أوصى الى بشىء فى السبيل فقال لى: اصرفه فى الحج، قال: قلت له أوصى لى فى السبيل؟ فقال: اصرفه فى الحج»، و فى التهذيب دون الآخرين «قلت له:

أوصى فى السبيل؟ فقال: اصرفه فى الحج فانى لا أعلم شيئا من سبيل أفضل من الحج». و جمع فى الفقيه بين هذا الخبر و الخبر الأول يصرفه إلى الشيعة لتحج به، و استحسنة الشيخ فى التهذيبين.

و أنت خبير بأن سبيل الله اما أن يخص بالجهاد كما هو أحد القولين فى المسئلة، أو يفسر بما هو أعم فيدخل جميع القربات، و المعنى الأول لا مجال لاعتباره هنا، و على الثانى فلا تنافى بين الحديثين، ليحتاج الى الجمع بين الخبرين.

و ما رواه

المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن محمد بن مسلم (٣)

«قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بماله فى سبيل الله فقال: أعطه لمن أوصى به و ان

ص: ٤٧٤

١-١) سورة البقره-الايه ١٨١.

٢-٢) الكافى ج ٧ ص ١٥ ح ٥، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٣ ح ٨٠٩، الفقيه ج ٤ ص ١٥٣ ح ٥٣٠، الوسائل ج ١٣ ص ٤١٢ ح ٢.

٣-٣) الكافى ج ٧ ص ١٤ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٣ ح ٨٠٨، الفقيه ج ٤ ص ١٤٨ ح ٥١٤، الوسائل ج ١٣ ص ٤١١ ح ١.

كان يهوديا أو نصرانيا، ان الله تبارك و تعالى يقول «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ» قال فى الفقيه «ماله هو الثلث».

و عن يونس بن يعقوب (١)

«أن رجلا كان بهمدان ذكر أن أباه مات و كان لا يعرف هذا الأمر أوصى بوصيه عند الموت، و أوصى بان يعطى شىء فى سبيل الله فسئل عنه أبو عبد الله عليه السلام كيف يفعل به، فأخبرناه أنه كان لا يعرف هذا الأمر، فقال: لو أن رجلا أوصى الى أن أضع فى يهودى أو نصرانى لوضعتة فيهما، ان الله عز و جل يقول «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ» فانظروا الى من يخرج الى هذا الوجه، يعنى بعض الثغور فابعثوا به اليه».

و قال الرضا عليه السلام فى كتاب الفقه الرضوى (٢):

و ان أوصى بماله فى سبيل الله و لم يسم السبيل فان شاء جعله لإمام المسلمين، و ان شاء جعله فى حج أو فرقه على قوم مؤمنين». و هذه العبارة عين عبارته الشيخ على بن بابويه فى المقنع كما تقدم، و منه يعلم أن مستنده فى ذلك انما هو الكتاب المذكور كما تلوناه عليك فى غير موضع، و لا سيما فى كتب العبادات.

أقول: مرجع الخلاف المذكور فى هذه المسئلة الى أن سبيل الله متى أطلق هل هو الجهاد أو جميع أبواب البر؟ فالشيخ و من تبعه على الأول، و ان جوز مع تعذر الصرف فى أنواع البر، و المشهور بين المتأخرين الثانى، و لا يخفى أن الأول مذهب أكثر العامة.

قال فى المنتهى فى كتاب الزكاه. و انما الخلاف فى تفسيره، و الشيخ فى النهايه و الجمل أنه الجهاد، و به قال الشافعى و أبو حنيفة و مالك و أبو يوسف، و قال أحمد و محمد بن الحسن: يجوز أن يصرف فى معونه الحاج.

و من ذلك يظهر أن ما دلت عليه روايه يونس بن يعقوب من أمره عليه السلام

ص: ٤٧٥

١-١) الكافى ج ٧ ص ١٤ ح ٤، الوسائل ج ١٣ ص ٤١٤ ح ٤.

٢-٢) المستدرک ج ٢ ص ٥٢٤ الباب ٣٠ ح ٣.

بدفع ذلك الى من يخرج الى بعض الثغور انما هو من حيث ان الموصى كان من العامه،القائلين باختصاص هذا اللفظ بالمجاهدين،فلا منافاه فيها لما تقدم.

و أما صحيحه محمد بن مسلم فظاهرها أن المراد بسبيل الله الذي أمر عليه السلام بالإعطاء له هو الجهاد،و هو إما محمول على كون الموصى مخالفاً،أو أن الحكم خرج مخرج التقيه،و الاستدلال بالآيه مضافا الى قوله«أعطه لمن أوصى» يؤيد الأول.

و أما روايه حجاج الخشاب فظاهرها أيضا أن المرأه الموصيه كانت مخالفه و أنها أرادت بسبيل الله الجهاد،و لهذا كلما كرر عليها بعض وجوه القربات،يأمر بالجعل فى سبيل الله،و قد أمر عليه السلام بصرفه فى ذلك محتجا بالآيه،و فيه إشاره إلى أنها انما قصدت الجهاد،فالمخالفه له تبديل منهى عنه،ثم قال له«أ رأيتك لو أمرتك أن تعطيه يهوديا كنت تعطيه نصرانيا»،و فيه أيضا إشاره إلى معلوميه الموصى إليه من هذا اللفظ،و ليس إلا الجهاد.

بقى الكلام فى عدوله عليه السلام بعد هذه المده الى ما ذكره فى آخر الخبر من الدفع الى ذلك الرجل،و يحتمل أن يكون من حيث عدم وجود المصرف فى ذلك الوقت أو إرادته أن جهادهم لم يكن مشروعا،عدل عنه الى صرفه فى الشيعة،كما هو مذهبهم عليهم السلام فى المسئله.

و أما باقى الأخبار فهى متلائمه متقاربه للدلاله على القول المشهور، و يؤيدها ما رواه

□  
الثقه الجليل على بن إبراهيم القمى فى تفسيره،فى تفسير قوله سبحانه فى آيه الزكاه «فِي سَبِيلِ اللَّهِ» (١)

□  
«عن العالم عليه السلام قال وَ«فِي سَبِيلِ اللَّهِ» قوم يخرجون الى الجهاد و ليس عندهم ما يتقون به،أو قوم من المؤمنين ليس عندهم ما يحجون به،أو فى جميع سبيل الخير»الحديث،. و بذلك يظهر أن الأقوى هو القول المشهور،و الله العالم.

ص: ٤٧٦

## و منها ما لو أوصى بإخراج بعض ولده من ميراثه

فان المشهور أنه لا تنفذ وصيته، وقيل، انها تصح، لكن في الثلث خاصة، وهو ظاهر اختيار العلامة في المختلف، قال في الكفاية: ولعله أقرب.

وقيل: بالصحة من الأصل فيمن أوصى أبوه بإخراجه لوقوعه على أم ولد له، فإنه يحرم من جميع التركة، وهو ظاهر الصدوق، والشيخ في كتابي الأخبار.

قال المحقق في الشرائع: لو أوصى بإخراج بعض ولده من تركته لم يصح، وهل يلغو اللفظ فيه؟ تردد، بين البطلان وإجرائه مجرى من أوصى بجميع ماله لمن عدا الولد، فتمضى من الثلث، ويكون للمخرج نصيبه من الباقي بموجب الفريضة، والوجه الأول، وفيه روايه بوجه آخر مهجوره، انتهى.

و علل وجه الصحة و اعتبار الثلث- كما ذهب إليه في المختلف- بأن إخراجه من التركة يستلزم تخصيص باقي الورثه بها، فكان كما لو أوصى بها، لمن عداهم فتمضى من الثلث بمعنى حرمان ذلك بإخراجه من الثلث، و مشاركته في الثلثين ان كان معه مساو، و الاختصاص ان لم يكن.

و لشيخنا الشهيد الثاني في المسالك هنا مؤاخذه على هذا القول، الظاهر أنها لا تخلو من تكلف، وهذا يدل على القول المشهور، و ظاهر الكتاب و السنه كقوله عز و جل (١) «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ، و أولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض».

و ما رواه

في الكافي و التهذيب عن سعد بن سعد (٢) قال:

«سألته يعني أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل كان له ابن يدعيه فنفاه و أخرجه من الميراث و أنا وصيه، فكيف أصنع؟ فقال عليه السلام: لزمه الولد بإقراره بالمشهد لا يدفعه الوصي عن شيء قد علمه»، و المسئلة بمحل من الاشكال لعدم النص المفصح عن تحقيق الحال.

ص: ٤٧٧

١- ١) سورة النساء- الايه ١١.

٢- ٢) الكافي ج ٧ ص ٦٤ ح ٢٦، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٥ ح ٩١٧، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٦ ح ١.



بقى الكلام فيما ذهب اليه الصدوق و الشيخ (طيب الله تعالى مرقيهما) من القول المتقدم نقله عنهما، فإنه يدل عليه ما رواه

في الكافي و الفقيه عن وصى على بن السرى (1) قال:

«قلت لأبى الحسن عليه السلام: ان على بن السرى توفى فأوصى الى قال: (رحمه الله) قلت: و ان ابن جعفر أوقع على أم ولد له فأمرنى أن أخرجته من الميراث، قال: فقال لى أخرجته من الميراث و ان كنت صادقاً فيصيبه خبل، قال: فرجعت فقدمنى الى أبى يوسف القاضى، فقال له، أصلحك الله أنا جعفر بن على بن السرى و هذا وصى أبى فمره، فليدفع إلى ميراثى من أبى، فقال أبو يوسف القاضى لى: فما تقول؟ فقلت له: نعم هذا جعفر بن على بن السرى و أنا وصى على بن السرى، قال: فادفع اليه ماله، فقلت: أريد أن أكلمك، قال فادن الى، فدنوت حيث لا يسمع أحد كلامى فقلت له: هذا وقع على أم ولد لأبيه فأمرنى أبوه، و أوصى الى أن أخرجته من الميراث، و لا- أورثه شيئاً، فأتيت موسى بن جعفر عليهما السلام بالمدينه، فأخبرته و سألته فأمرنى أن أخرجته من الميراث و لا أورثه شيئاً، فقال: الله ان أبا الحسن عليه السلام أمرك؟ قال: قلت: نعم، فاستحلفنى ثلاثاً ثم قال لى: أنفذ ما أمرك أبو الحسن عليه السلام فالقول قوله، قال الوصى: فأصابه الخبل بعد ذلك، قال أبو محمد الحسن بن على الوشاء: فرأيت بعد ذلك، و قد أصابه الخبل»، و هذه الروايه التى أشار إليها المحقق بأنها مهجوره.

قال الصدوق فى الفقيه: و متى أوصى الرجل بإخراج ابنه من الميراث، و لم يحدث هذا الحديث لم يجز للوصى إنفاذ وصيته فى ذلك، و تصديق ذلك ما رواه ابن عيسى عن عبد العزيز المهتدى عن سعد بن سعد ثم ساق الروايه المتقدمه.

و ظاهره تقييد إطلاق خبر سعد بخبر وصى على بن السرى و يأتى على هذا تقييد الآيات المتقدمه بالخبر المذكور أيضاً.

ص: ٤٧٨

١- (١) الكافي ج ٧ ص ٦١ ح ١٥، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٥ ح ٩١٧، الفقيه ج ٤ ص ١٦٢ ح ٥٦٧، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٦ ح ٢.

وقال الشيخ في كتابي الأخبار بعد نقل خبر وصى على بن السرى: هذا الحكم مقصور على هذه القضية، لا يتعدى به الى غيرها، و  
ظاهرهما أنهما عاملان بالخبر في كل من فعل ذلك.

قال الشيخ: فهو ظاهر عبارته المذكوره، و أما ابن بابويه فلما صرح به في أول كتابه من أنه لا يذكر فيه إلا ما يفتى به، ويعتمد  
عليه.

و أما الوجه في اطراح المتأخرين هذا الخبر و هجره، فمن حيث جهل الراوى و هو وصى على بن السرى فإنه مجهول الاسم و  
العدالة، و في طريقه أيضا المعلى، و هو مشترك بين الثقة و الضعيف، و المتقدمون كالشيخ و الصدوق و أمثالهما لما لم يكن لهذا  
الاصطلاح عندهم أثر عملوا بالروايه، لصحتها بوجودها في الأصول المعتمده، و هو الحق الحقيق بالاتباع.

قال في المسالك: و اعلم أنه لا فرق في الحكم بين الولد و غيره من الوارثان حكما بالبطلان أو بنفوذها من الثلث، و ان علمنا  
بالروايه، و جب قصرها على موردها، و هو الولد المحدث للحديث المذكور، و قوفا فيما خالف الأصل على مورده، انتهى.

## تنبيهات:

### الأول [في الرجوع في تفسير الوصيه بلفظ مجمل إلى الوارث]:

قالوا: إذا أوصى بلفظ مجمل لم يرد تفسيره في الشرع رجع في تفسيره الى الوارث، كقوله أعطوه حظا من مالى أو قسطا أو نصيبا  
أو قليلا أو يسيرا أو جليلا أو جزيلا و مرجعه الى أن كلما يتمول صالح لأن يكون متعلق الوصيه، و هو في نحو القسط و النصيب  
و الحظ و القليل و اليسير واضح.

قال في كتاب المصباح المنير: القسط: النصيب، و قال: النصيب: الحصة، و قال: الحصة: القسم، و هو ظاهر في أن مرجع هذه الألفاظ  
إلى معنى واحد، و هو جزء معين من المال، قل أو أكثر، و أما في الجزيل و الجليل و ما في معناهما كالعظيم و النفيس، فهو و ان  
كان يقتضى عرفا زياده على التمول، إلا أنه مع

ذلك يحتمل إرادته الأقل، نظرا الى أن الجميع متصف بذلك في نظر الشارع، و لا ينافيه مع ذلك وصفه بالقله و نحوها، لاختلاف الحيشه بقلته من حيث المقدار و جلالته من حيث الاعتبار.

و بالجمله فإن ظاهره الرجوع في ذلك الى الوارث على التفصيل المذكور، قالوا: و لو تعذر الرجوع اليه لسفه أو صغر أو امتناع، أعطى أقل ما يصدق عليه الاسم، لأنه متيقن.

### **الثاني [ادعاء الموصى له أن الموصى أراد قدرا مخصوصا]:**

إذا ادعى الموصى له أن الموصى أراد من بعض هذه الألفاظ المجمله قدرا مخصوصا كأن ادعى أنه أراد بقوله أعطوه مالا جليلا يعني ألف درهم، فأنكر الوارث، فالقول قوله، إلا أن يدعى الموصى له عليه العلم بذلك، فعلى الوارث اليمين على نفي العلم، لا نفي اراده الموصى، ذلك لأن إرادته لا- تلزم الوارث، إلا إذا علم بها، و ان كانت واقعه في نفس الأمر، فإذا ادعاها الموصى له لا تلتفت الى دعواه، إلا- أن يدعى علم الوارث بها، فيحلف له على نفي العلم، لا- على البت، لأنه حلف على نفي فعل الغير، و هذه قاعده مستمره.

### **الثالث [في ثبوت الرخصه في الوصيه بالثلث من دون كراهه]:**

المشهور بين الأصحاب أن الوصيه، بالخمس أفضل من الوصيه بالربع، و بالربع أفضل منها بالثلث، و قال ابن حمزه ان كانت الورثه أغنياء كانت الوصيه بالثلث أولى، و ان كانوا فقراء فبالخمس، و ان كانوا متوسطين فبالربع، قال العلامة في المختلف بعد نقله عنه: و لا بأس بهذا القول.

أقول: و الذي وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بهذا المقام ما رواه

في الكافي عن شعيب العرقوفى فى الصحيح (١)

«قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت، ماله من ماله؟ فقال: له ثلث ماله و للمرأة أيضا». و رواه

الصدوق عن حماد بن عيسى عن شعيب عن أبي بصير (٢) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت» الحديث.

ص: ٤٨٠

١- (١) الكافي ج ٧ ص ١١ ح ٣، التهذيب ج ٩ ص ١٩١ ح ٧٧٠.

٢- (٢) الفقيه ج ٤ ص ١٣٦ ح ٤٧٣. الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٢ ح ٢.

و ما رواه

فى التهذيب عن ابن سنان (١) و الظاهر أنه عبد الله فى الصحيح قال:

« للرجل عند موته ثلث ماله، و ان لم يوص فليس على الورثة إمضاؤه».

و عن على بن يقطين فى الصحيح (٢)

«قال سألت أبا الحسن عليه السلام ما للرجل من ماله عند موته؟ قال: الثلث، و الثلث كثير».

و ما رواه

الصدوق عن محمد بن عمير عن معاوية بن عمار (٣) فى الصحيح

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال: كان البراء بن معرور الأنصارى بالمدينة، و كان رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) بمكة، و أنه حضره الموت، و كان رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) و المسلمون يصلون الى بيت المقدس، فأوصى البراء بن معرور إذا دفن أن يجعل وجهه تلقاء النبى (صلى الله عليه و آله و سلم) إلى القبلة، و أوصى بثلث ماله، فجرت به السنه».

و ما رواه

فى الكافى عن أبى بصير (٤)

«عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل له الولد يسعه أن يجعل ماله لقرابته؟ فقال: هو ماله يصنع به ما شاء الى أن يأتية الموت، الى أن قال: فإن أوصى به ليس له إلا الثلث».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة (عطر الله تعالى مراقدهم) فى الصحيح عن محمد بن قيس (٥)

«عن أبى جعفر عليه السلام قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: لئن أوصى بخمس مالى أحب الى من أن أوصى بالربع، و لئن أوصى بالربع أحب الى من أن أوصى بالثلث، و من أوصى بالثلث فلم يترك فقد بالغ».

و زاد فى الكافى و التهذيب

ص: ٤٨١

١- ١) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٢ ح ٩٣٩. الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٣ ح ٧.

٢- ٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٢ ح ٩٤٠. الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٣ ح ٨.

- ٣-٣) الفقيه ج ٤ ص ١٣٧ ح ٤٧٩ و ليس فيه «إذا دفن»، التهذيب ج ٩ ص ١٩٢ ح ٧٧١، الكافي ج ٧ ص ١٠ ح ١. الوسائل ج ١٣ ص ٣٦١ ح ١.
- ٤-٤) الكافي ج ٧ ص ٨ ح ٨، التهذيب ج ٩ ص ١٨٨ ح ٧٥٥. الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٣ ح ٦.
- ٥-٥) الكافي ج ٧ ص ١١ ح ٤، التهذيب ج ٩ ص ١٩٢ ح ٧٧٣، الفقيه ج ٤ ص ١٣٦ ح ٤٧٦ بتفاوت يسير. الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٠ ح ١ و ص ٣٥٨ ح ١.

«قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل توفي و أوصى بماله كله أو أكثره فقال: ان الوصيه ترد الى المعروف غير المنكر فمن ظلم نفسه و أتى في وصيته المنكر و الحيف، فإنها ترد الى المعروف، و يترك لأهل المعروف ميراثهم، و قال: من أوصى بثلث ماله فلم يترك و قد بلغ المدى، ثم قال لئن أوصى بخمس مالى أحب الى من أن أوصى بالربع».

و ما رواه

في الكافي و الفقيه عن حماد بن عثمان (١)

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال: من أوصى بالثلث فقد أضر بالورثه، و الوصيه بالخمس و الربع أفضل من الوصيه بالثلث، و من أوصى بالثلث فلم يترك».

و عن السكوني (٢) عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام:

الوصيه بالخمس، لأن الله تعالى رضى لنفسه بالخمس، و قال الخمس اقتصاد، و الربع جهد، و الثلث حيف».

و ما رواه

في التهذيب عن يونس بن يعقوب (٣) قال:

«ان أبا عبد الله عليه السلام لما أوصى قال له بعض أهله: انك قد أوصيت بأكثر من الثلث، قال: ما فعلت و لكن قد بقي من ثلثي كذا و كذا و هو لمحمد بن إسماعيل».

و ما رواه

في الكافي و الفقيه في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج (٤) قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عما يقول الناس في الوصيه بالثلث و الربع عند موته أ شىء صحيح معروف؟ أم كيف صنع أبوك؟ فقال: الثلث ذلك الأمر الذى صنع أبى (رحمه الله).

أقول: لا ريب في دلالة جمله من هذه الأخبار على الرخصه في الثلث من

ص: ٤٨٢

١- (١) الكافي ج ٧ ص ١١ ح ٥، الفقيه ج ٤ ص ١٣٦ ح ٤٧٥. الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٠ ح ٢.

٢- (٢) الفقيه ج ٤ ص ١٣٦ ح ٤٧٢. الوسائل ج ١٣ ص ٣٦١ ح ٣.

٣- (٣) التهذيب ج ٩ ص ١٩٤ ح ١٧٧٩. الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٣ ح ١٠.

٤- (٤) الكافي ج ٧ ص ٥٥ ح ١١، الفقيه ج ٤ ص ١٧٢ ح ٦٠٢. الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٢ ح ٣.

غير كراهه، ولا سيما أخبار فعل الأئمة عليهم السلام و ذلك لا يبعد حمل ما دل على الكراهه و أن الأفضل الخمس أو الربع على مراتب حال الورثه فى الغنى و الفقر، كما تقدم نقله عن أبى حمزه، و لعل فعل الأئمة عليهم السلام ذلك، محمول على ذلك.

و نقل عن التذكرة التفصيل أيضا فى ذلك، فقال: لا يبعد عندى التقدير بأنه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثه لا تستحب الوصيه، لأن النبى (صلى الله عليه و آله و سلم) علل المنع من الوصيه بقوله (1) «إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ» لأن ترك ذريتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة، و لأن إعطاء القريب المحتاج خير من إعطاء الأجنبي، فمتى لم يبلغ الميراث غناهم، كان تركه لهم كعطيتهم فيكون ذلك أفضل من الوصيه لغيرهم، و حينئذ يختلف الحال باختلاف الورثه، و كثرتهم و قلتهم و غناهم و حاجتهم و لا يتقدر بقدر من المال، انتهى و هو جيد.

## المقصد الرابع فى أحكام الوصيه:

### إشاره

و فيه مسائل

[المسأله] الاولى [فى عدم اشتراط كون الموصى به موجودا بالفعل حين الوصيه]:

### إشاره

من المقرر فى كلامهم أنه لا يشترط فى الموصى به كونه موجودا بالفعل وقت الوصيه، بل لو أوصى بما تحمله الدابه أو الشجره فى هذه السنه أو السنه المستقبليه، فإنه يصح، إلا أنه لو أشار الى معين و أوصى بجمله الموجود- أو أوصى بالجمل الموجود لأتمته أو بحملها مطلقا فى مقام تدل القرينه على اراده الموجود- و بالجمله فإن الوصيه تعلقت بما هو موجود، فإنه يشترط أن يكون موجودا حال الوصيه، و لو بمقتضى الظاهر شرعا فلو كان الحمل لأمه ولدته لأقل من ستة أشهر و هى أقل الحمل من حين الوصيه، علم كونه موجودا البتة، و لو ولدته لأكثر من أقصى الحمل من حين الوصيه تبين بطلانها، لتبين عدم كونه موجودا حين الوصيه، لأنه إذا كان المده من حين الوصيه قد انقضت، و مضت من حين الوطى المتولد منه الحمل قبل الوصيه.

ص: ٤٨٣

و لو ولدته فيما بين أقصى مدته الحمل و أقله،احتمل وجوده حال الوصيه و عدمه،قالوا:و ينبغى أن ينظر حينئذ،فإن كانت الأمه فراشا بحيث يمكن تجددده بعد الوصيه لم يحكم بصحتها،لأن الأصل عدم تقدم حال الوصيه،و ان لم يكن فراشا بأن فارقها الواطئ المباح و طؤه لها من حين الوصيه حكم بوجوده، عملا بالظاهر،و أصاله عدم و طئ غيره فيحكم به للموصى له.

هذا مقتضى كلامهم كما صرح به فى المسالك و غيره،و ربما قيل:بأن الظاهر الغالب انما هو الولاده لتسعه أشهر تقريبا،فما تولد قبلها يظهر كونه موجودا،و ان كان لها فراش،و ان الخليه يمكن وطئها محللا- بالشبهه،و محرما لو كانت كافره،إذ ليس فيها محذور بعد الصيانه،بخلاف المسلمه،و دفعه فى المسالك بأن الحكم السابق مرتب على الأصل المقدم على الظاهر عند التعارض،إلا فيما شذ.

و بالجمله فالمسئله حينئذ من باب تعارض الأصل و الظاهر،فلو رجح مرجح الظاهر عليه فى بعض مواردنا كما يتفق فى بعض نظائره لم يكن بعيدا، ان لم ينعقد الإجماع على خلافه،و كيف كان فلا خروج عما عليه الجماعه،انتهى.

أقول:أنت خير بأن المسئله خاليه من النصوص،و الدليل الشرعى بالعموم و الخصوص،فالحكم فى هذه الصوره الثالثه محل الاشكال،ثم انه ينبغى أن يعلم أن فرض المسئله المذكوره فى ولد الأمه مبنى على كون الحمل مملوكا،و هو إما بكون الزوج مملوكا قد شرط مولى الجاربه على مولاه رق الولد،أو يكون الزوج مملوكا للموصى،و قد شرط على مولى الجاربه رق الولد،أو كون الزوج حرا على القول بجواز شرط رقيه الولد.

و لو كان الحمل لغير الأمه من البهائم قال فى المسالك:صح أيضا و اشترط وجوده حال الوصيه كحمل الأمه،إلا أن العلم به لا يتقيد بولادته قبل سته أشهر، و لا انتفاء وجوده حالتها يعلم بتجاوز العشره،لاختلاف الحيوان فى ذلك اختلافا



كثيرا، و المرجع فيها إلى العاده الغالبه لعدم ضبط الشارع حملها، كالآدمي و يختلف العاده باختلاف أجناسه، فان للغنم مقدارا معلوما عاده، و للبقر مقدارا زائدا عنه، و كذا الخيل و غيرها من الحيوان، فيرجع فيه الى العاده، لأنها المحكمه عند انتفاء الشرع، و حيث يقع الشك في الموجود حاله الوصيه لا يحكم بصحتها، و يشكل مع هذا حمل الآدمي على المتيقن، و الحيوان على الغالب، لا اشتراكهما في المقتضى على التقديرين، انتهى.

### تنبيه:

قد عرفت أنه لا يشترط في الموصى به كونه موجودا حال الوصيه، فتجوز الوصيه بالجدد مما تحمله المملوكه أو الشجره، أعم من أن يكون مضبوطا بمدته كالمتجدد في هذه السنه، أو خمس سنين أو مضبوطا بعدد كأربعه، أو يكون مطلقا، و عاما يتناول لجميع ما يتجدد من الأمه أو الشجره مدته وجودهما، كقوله كل حمل متجدد و كل ثمره يتجدد دائما و نحو ذلك، و كذا لا فرق في المضبوط بين أن يتصل بالموت أو يتأخر عنه، كالسنه الفلانيه مما يتجدد من السنين بعد الموت.

### المسئله الثانيه [في تقويم المنافع الموصى بها]

### اشاره

إذا أوصى له بالمنافع كخدمه عبده، أو غله بستانه، أو سكنى داره، أو ثمره شجرته، على التأييد أو مدته معينه قيل: قومت المنفعه، فإن خرجت من الثلث، و إلا كان للموصى له ما يحتمله الثلث.

أقول: أما ما يدل على جواز الوصيه بالمنافع مضافا الى الاتفاق على ذلك فمنه

روايه جعفر بن حيان (١) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوقف غله له على قرابه من أبيه و قرابه من أمه و أوصى لرجل و لعقبه من تلك الغله ليس بينه و بينه قرابه، بثلاثمائه درهم كل سنه، و يقسم الباقي على قرابته من أبيه و قرابته من أمه، قال: جائز للذي أوصى له بذلك، قلت: أ رأيت ان لم

ص: ٤٨٥

يخرج من غله الأرض التي وقفها إلا خمسمائه درهم، فقال: أليس في وصيته أن يعطى الذى أوصى له من الغله ثلاثمائة درهم و يقسم الباقي على قرابته من أبيه و قرابته من أمه، قلت: نعم، قال: ليس لقرابته أن يأخذوا من الغله شيئا حتى يوفى الموصى له ثلاثمائة درهم، ثم لهم ما بقى بعد ذلك» الحديث.

و قال فى كتاب الفقه الرضوى (١):

«و إذا أوصى لرجل بسكنى دار فلازم للورثه أن تمضى وصيته، و إذا مات الموصى له رجعت الدار ميراثا لورثه الميت».

و روى فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن سعد بن الأحوص (٢)

«قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى الى رجل أن يعطى قرابته من ضيعته كذا و كذا جريبا من طعام، فمرت عليه سنون لم يكن فى ضيعته فضل بل احتاج الى السلف و العينه أ يجرى على من أوصى له من السلف و العينه أم لا؟ فإن أصابهم بعد ذلك يجرى عليهم لما فاتهم من السنين الماضيه أم لا؟ فقال: كأنى لا أبالى أن أعطاهم أو أخر، ثم يقضى» الحديث.

و لفظ «كأنى» ليست فى روايه الكافى، و أما ما ذكره من تقديم المنفعه إلى آخر ما تقدم ذكره فالغرض منه بيان كيفية احتساب المنفعه، و إخراجها من الثلث، و هذا فى المنفعه الموصى بها إذا لم تكن مؤيدا ظاهرا، لا خلاف فيه، لأن العين تبقى لها قيمه معتبره بعد إخراج تلك المنفعه، فتقوم المنفعه على الموصى له، و الأصل بما بقى فيه من المنافع على الورثه، فإذا أوصى بمنفعه العبد مثلا خمس سنين، قوم العبد بجميع منافعه، و إذا قيل: قيمته مائه دينار، قوم مره أخرى مسلوب المنفعه تلك المده، و إذا قيل: قيمته خمسون، فالتفاوت خمسون حينئذ، و هى التى تخرج من الثلث، و تجعل ثلثا بالنسبه الى ما فى يدى الورثه، فلا بد أن يكون بيد الورثه حينئذ مائه منها، رقبه العبد التى

ص: ٤٨٦

١-١) المستدرک ج ٢ ص ٥١٥ الباب ٣ من كتاب السکنى.

٢-٢) الكافى ج ٧ ص ٦٤ ح ٢٤ مع اختلاف يسير، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٧ ح ٩٢٢ الوسائل ج ١٣ ص ٤٨١ ح ١.

قيمتها خمسون في المثل المذکور، و انما الخلاف في المنفعه المؤبده، و قد اختلفوا فيها على أقوال ثلاثه، و السبب في هذا الاختلاف - مع عدم النص - خلو العين من المنافع عند بعض، فالوصيه بمنافعها في قوه الوصيه بها، و ثبوتها عند بعض كما سيظهر لك ان شاء الله تعالى بيانه، و قد نقل هذه الأقوال الثلاثه الشيخ في المبسوط و من تأخر عنه، و الظاهر أنها كلها للعامه.

أحدها- أن تقوم العين بمنافعها و يخرج مجموع قيمه من الثلث، فان خرجت من الثلث لزم الوصيه في منفعتها، و ان لم تخرج من الثلث و ضاق الثلث عنها لزم الوصيه في القدر الذى يخرج منه، فيكون للموصى له من العبد بقدر ما يخرج من الثلث، و الباقي للورثه.

احتج من قال بهذا القول: بأن استحقاق المنفعه على التأيد بمنزله إتلاف الرقبه، لأن الغرض من الأعيان انما هو المنافع، فيجب أن تقوم الرقبه، و لأن تقويم المنفعه متعذر لأنها غير معلومه، و لا محدوده لأن مدته العمر غير معلومه فلا يمكن تقويمها إلا بتقويم العين، و بالجملة فإنها لسلب جميع منافعها قد خرجت عن التقويم، فقد فات على الورثه جميع قيمه، فكانت العين هي الغايه.

و ثانيها- تقويم المنفعه من الثلث على الموصى له، و الرقبه على الورثه، و ان كانت مسلوبه المنافع، و مرجعه الى أن المعتبر ما بين قيمتها بمنافعها أو قيمتها مسلوبه المنافع، و على هذا تحسب قيمه الرقبه عن التركه.

احتج القائل بهذا القول بأن الرقبه تنتقل إلى الورثه كما تنتقل المنفعه الى الموصى له، فوجب أن يقوم على من انتقلت اليه، و بأن الوارث يقدر على الانتفاع بها بالعتق لو كان مملوكا، و بيعها عن الموصى له أو مطلقا، و هبتها، و الوصيه بها، فلا وجه لاحتسابها على الموصى له كما ادعاه القائل الأول، و يمكن الانتفاع من البستان بما ينكسر من جزوعه و يبيس، و من الدار بآلاتها إذا خربت و خرجت عن صلاحيه السكنى، و لم يعمرها الموصى له بمنفعتها، فحيثذ

تقوم العين بما لها من المنافع مع صلاحيتها لما ذكرناه من المنافع المحدوده فى كل بنسبته، فإذا قيمتها على الأول مائه درهم، و على الثانى عشره دراهم، علم أن قيمه المنفعه الموصى بها تسعون، فيجب أن يكون مع الورثه ضعفها، و من جملته الرقبه بعشره، قال فى المسالك، و هذا هو الأصح.

و ثالثها- تقويم المنفعه على الموصى له فتحسب من الثلث، و أما الرقبه فلا تقوم على الموصى له، و لا على الورثه، أما الموصى له فظاهر، لأنها ليست له و أما الوارث فللحيلوله بينه و بينها، و سلب قيمتها بسلب منافعها فكأنها تالفه.

و منه يعلم وجه الاحتياج على القول المذكور، و مرجعه الى أن الرقبه لا قيمه لها من حيث سلب منافعها، فتكون من قبيل الحشرات و نحوها مما لا قيمه فيه، و ما لا قيمه له لا معنى لاحتسابه على أحد، و فيه ما عرفت فى توجيه القول الثانى.

**تذنيب:**

**اشاره**

يشتمل على مسألتين:

**الاولى [فيمن يجب عليه نفقه العبد الموصى بمنافعها مؤبده] :**

قالوا: إذ أوصى بخدمه عبد بعد مده معينه، فنفقته على الورثه، لأنها تابعه للملك. و لا إشكال فى الحكم المذكور لو كانت المنفعه الموصى بها معينه بوقت، و لا ريب و لا خلاف فى بقاء العين على ملك الورثه، و النفقه تابعه للملك.

و انما الكلام فيما إذا كانت المنفعه الموصى بها مؤبده، فمن الذى تلزمه نفقه العبد، قيل: فيه وجوه.

أحدها- و هو اختياره فى المسالك أنه الوارث، لما ذكر من أنها تابعه للملك، و الوارث هو المالك للرقبه، و هذا القول يتفرع على القول الثانى من الأقوال الثلاثه المتقدمه، و لهذا انه فى المسالك اختار هنا كونها على الوارث الذى هو المالك، لاختياره فى ذلك القول بتقويم العين على الورثه، و أنها تكون ملكا لهم.

ص: ٤٨٨

الثانى- أنه الموصى له، لكونه مالكا للمنفعه مؤيدا، وهذا الوجه مما يتفرع على القول الأول من الأقوال المتقدمه، فينبغى أن يعلل وجوب النفقه على الموصى له بما علل به تقويم العين عليه، و علل هنا زياده على ذلك بأنه لما كان مالكا للمنفعه مؤيدا كان كالزوج، ولأن نفعه له، فكان ضرره عليه، كالمالك لهما جميعا، ولأن إثبات المنفعه للموصى له، و النفقه على الوارث إضرار به منفى، ورد هذا التعليل المذكور هنا بأن ملك المنفعه لا يستتبع النفقه شرعا كالمستأجر، و القياس على الزوج باطل مع وجود الفارق، فإن الزوج غير مملوكه، و النفقه فى مقابله التمكين من الاستمتاع، لا- فى مقابله المنافع، و ثنوت الضرر بإيجابها على الوارث ممنوع، لانتفائه مع اليسار، و انتفائها مع عدمه.

الثالث- انه من بيت المال.

أقول: و هذا مما يتفرع على القول الثالث، حيث انه تضمن أن الرقبه لا تقوم على الموصى له، و لا على الورثه بالتقريب المتقدم، و لهذا قالوا هنا ان الوجه فى هذا الاحتمال هو أن الوارث لا نفع له، و الموصى له غير مالك، و بيت المال معد للمصالح، و هذا منها. و أورد عليه بأن النفقه من بيت المال مشروطه بعدم المالك المتمكن، و هو هنا موجود، و مجرد كونه لا نفع له لا يدفع الملك، و لا يرفعه و النفقه تابعه للملك كما عرفت.

و منه تظهر قوه الوجه الأول و ان كان أصل المسئله لخلوها من النص لا يخلو من الاشكال.

قال فى المسالك: و اعلم أنه لا فرق بين العبد و غيره من الحيوانات المملوكه.

و أما عماره الدار الموصى بمنافعها و سقى البستان و عمارته من حرث و غيره إذا أوصى بشماره، فان تراضيا عليه أو تطوع أحدهما به فذلك، و ليس للآخر منعه، و ان تنازعا لم يجبر أحد منهما، بخلاف نفقه الحيوان، لحرمة الروح،

و يحتمل طرو الخلاف فى العماره، و سائر المؤمن، بناء على و جوب ذلك على المالك حفظا للمال، و الفرق واضح.

نعم لو كانت المنفعه موقته اتجه و جوبها على المالك، و إجباره عليها حفظا لماله عن الضياع، لأن منفعته به مترقبه ان أوجبنا إصلاح المال.

### الثانيه [التصرف فى المنفعه و الرقبه] :

قالوا: و للموصى له التصرف فى المنفعه، و للورثه التصرف فى الرقبه، ببيع و عتق و غيره، و لا يبطل حق الموصى له بذلك.

أقول: فيه إشاره الى ما تقدم فى القول الثانى من أن الوصيه بجميع المنافع لا تستلزم عدم نفع بالكلية، بل هنا منافع تابعه للملك - مثل العتق و الهبه و البيع و نحوها - باقيه، و الوصيه بمنافع العبد من خدمته و غله البستان و سكنى الدار، و نحو ذلك لا ينافى بقاء هذه المنافع للمالك، و أنه يتصرف فى العين بذلك.

و بالجملة فإنه لما كانت الرقبه ملكه، فإنه يجوز له عتقها لو كان عبدا إذ لا مانع منه بوجه، و لا يستلزم بطلان حق الموصى له من تلك المنافع، لأن حق المالك هو الرقبه، و لا يملك إسقاط حق الموصى له من تلك المنافع، و ليس للعتيق الرجوع على الورثه بشىء فى مقابله تفويت منفعه عليه، لأن تفويت المنافع ليس من قبل الورثه، و انما هو من قبل الموصى، و هو متقدم على العتق، و أما بيبعه فان كانت المنفعه الموصى بها محدوده بوقت، فجوازه واضح، لعدم المانع كما يجوز بيع العبد الموجه، و ان كان المشتري إنما له التصرف بعد انقضاء مده الإجاره.

و ان كانت الإجاره مؤبده، ففي جوازه عندهم مطلقا أو على الموصى له خاصه أو المنع مطلقا أوجه قال فى المسالك: أوجودها الجواز، حيث تبقى له منفعه كالمملوك لا - مكان عتقه و تحصيل الثواب به أعظم المنافع، و لأنه يتوقع استحقاق الأرش بالجنايه عليه، أو الحصه منه و قد تقدم فى بيع المعمر ما يحقق موضع النزاع و يرجح الجواز له و لو لم تبقى له منفعه كبعض البهائم، فالمنع أجد، لانتفاء المالىه عنه بسلب

المنافع كالحشرات، نعم لو أوصى بنتاج الماشيه مؤيدا صح بيعها، لبقاء بعض المنافع و الفوائد كالصوف و اللبن و الظهر، و انما الكلام فيما استغرقت الوصيه قيمته، انتهى.

أقول: قد قدمنا فى مسئله بيع المعمر عنه (قدس سره) ما يؤذن بالتوقف، حيث ان جمله من الأصحاب صرحوا بالمنع، و منهم من استشكل، و قد أوضحنا قوه القول بالجواز بالنص الصريح فى ذلك، و منه تظهر قوه القول بالجواز هنا أيضا، و الله العالم.

### المسئله الثالثه [فى الوصيه بقوس و له قسى مختلفه]:

#### اشاره

قال الشيخ فى المبسوط: إذا قال أعطوه قوسا من قسى، و له قوس نشاب، و هو قوس العجم، و قوس نبل، و هو قوس العرب، و يكون له قوس حسبان، و هو الذى يدفع النشاب فى مجرى، و هو الوتر مع المجرى، و يكون له قوس جلاهدق، و هو قوس البندق، و يكون له قوس الندف، فان هذا الإطلاق يحمل على قوس النشاب و النبل و الحسبان، فان كان له شىء منها، فالورثه بالخيار يعطون أى قوس من هذه الثلاثه شأوا، و ان لم يكن له إلا الجلاهق و قوس الندف فالورثه بالخيار، يعطون أى القوسين شأوا، و تبعه ابن حمزه.

و قال ابن إدريس: الذى أرى أن الورثه بالخيار فى إعطائهم أى قوس شأوا من الخمسه، و تخصيص كلام الموصى العام يحتاج الى دليل.

قال فى المختلف بعد نقل ذلك عن الشيخ و ابن إدريس: أقول: و لعل الشيخ (رحمه الله عليه) نقل عرفا لغويا أو عاميا فى أن القوس انما يطلق حقيقه على الثلاثه السابقه، انتهى.

أقول: ما ذكره الشيخ هو الذى عليه المتأخرون، قال المحقق فى الشرائع: و لو أوصى له بقوس انصرف الى قوس النشاب و النبل و الحسبان إلا مع القرينه تدل على غيرها.

و قال شيخنا فى المسالك بعد نقل قولى الشيخ و ابن إدريس، و نعم ما قال:

و فى كل واحد من القولين نظر، لأن الذهاب الى التخيير بين الثلاثة يعترف بإطلاق اسم القوس على الخمسه، و لكن يدعى غلبته فى الثلاثه عرفاً، و بذلك يقتضى اتباع العرف فى ذلك، و هو يختلف باختلاف الأوقات و الأصقاع، و لا ريب أن المتبادر فى زماننا هو القوس العربيه خاصه، و قوس الحسبان لا يكاد يعرفه أكثر الناس، و لا ينصرف اليه فهم أحد من أهل العرف، فمساواته للأولين بعيد، و نظر ابن إدريس إلى الإطلاق اللغوى جيد، و لكن العرف مقدم عليه.

و الأقوى أنه ان وجدت قرينه تخصص أحدها حمل عليه، مثل أن يقول:

أعطوه قوسا يندف به، أو يعيش به و شبهه، فينصرف الى قوس الندف، أو قوس يغزا به، فيخرج قوس الندف و البندق ان لم يكن معتادا فى الغزو، و ان انتفت القرائن اتبع عرف بلد الموصى، فإن تعدد تخيير الوارث، و لو قال: أعطوه ما يسمى قوسا ففى تخيره بين الخمسه، أو بقاء الاشكال كالأول وجهان: أجودهما الأول، انتهى.

أقول: و مما يؤيد الاشتراك بين المعانى الخمسه لغه ما ذكره فى كتاب المصباح المنير حيث قال: و تضاف القوس الى ما يخصصها، فيقال: قول ندف، و قوس جلاهق، و قوس نبل و هى العربيه، و قوس النشاب و هى الفارسيه، و قوس الحسبان.

بقى الكلام فى أنه هل يدخل الوتر فى إطلاقه، فلو قال أعطوه قوسا فهل يصدق مع عدم الوتر أم لا؟ اشكال، قيل: بالدخول. فإنه لا يصدق إلا به، لأن المقصود منه لا يتم إلا به، فهو كالفص بالنسبه إلى الخاتم، و الغلاف بالنسبه الى السيف، بل أولى، لأنه بدونه بمنزله العصا، و قيل: بالعدم نظرا الى أن الظاهر الصديق بدونه عرفاً، و على هذا فالأجود الرجوع الى العرف أو القرينه، و إلا فلا يدخل.



**الأول [الخيار للورثة في تعيين المشتركات أو المتواطئات]:**

كل لفظ وقع على أشياء وقوعا متساويا سواء كان بطريق الاشتراك، أو التواطؤ، فإن للورثة الخيار في تعيين ما شاءوا من الأفراد، و هي قاعده كليه في هذا المقام و غيره مما تقدم، لان الموصى به لفظ يقع على أشياء وقوعا متساويا، إما لكونه متواطئا، بأن تكون الوصيه بلفظ له معنى، و ذلك المعنى يقع على أشياء متعدده كالعبد مثلا، أو لكون ذلك اللفظ مشتركاً بين معان متعدده كالقوس، فإن للورثة الخيار في تعيين ما شاءوا، أما في التواطؤ فلأن الوصيه به وصيه بالماهي الكليه، و خصوصيات الأفراد غير مقصوده أو لا بل تبعاً، فيتخير الوارث في تعيين أى فرد شاء، لوجود متعلق الوصيه في جميع الأفراد، و أما المشترك فلأن متعلق الوصيه هو الاسم، و هو صادق على المعانى المتعدده حقيقه، فيتخير الوارث أيضاً، و ربما قيل في المشترك بالقرعه، و هو بعيد.

**الثانى: لو قال: أعطوه قوسى بالإضافه إلى نفسه، و ليس له إلا قوس واحده**

، انصرف الوصيه إليها، لأن ما تقدم من التخيير بين الأفراد الثلاثة أو الخمسه انما هو مع إطلاقه إعطاء القوس من غير أن يضيفه الى نفسه، فإنه مشترك متعدد، بخلاف ما لو قال: أعطوه قوسى بالإضافه، و ليس له إلا أحدها، فإنه تنصرف الوصيه إليه من أى نوع كان لتقييده بالإضافه.

بقى الكلام فيما لو قال: أعطوه قوسى و له قسى متعدده، فإن علم اختصاصه بواحد منها من أى نوع كان انصرف الوصيه إليه، كالمصحف و الخاتم فى الحبوه، و إلا فإشكال، و يحتمل الرجوع الى ما تقدم من التخيير.

**الثالث: لو أوصى برأس من مماليكه**

، كان الخيار فى التعيين إلى الورثه، بأن يعطوا صغيراً أو كبيراً ذكراً أو أنثى صحيحاً أو مريضاً مسلماً أو كافراً، لأن اللفظ من الألفاظ المتواطئه بالنظر الى ما تحت معناه من الأفراد المعدوده، فيتخير

الوارث في إعطاء أيها شاء، لوقوع الاسم على كل واحد منها، وإنما يتخير مع وجود المتعدد في التركة، وإلا تعين الموجود، ولو لم يوجد له مملوك بطلت الوصية.

و هل الاعتبار بالوجود عند الوصية أو الموت؟ وجهان: استجود ثانيهما في المسالك، قال: لأنه وقت الحكم بالانتقال و عدمه، كما اعتبر المال حينئذ، و وجه الأول اضافته المماليك اليه المقتضية لوجود المضاف، انتهى.

و لو ماتت ممتلكه بعد وفاته إلا واحدا تعين للدفع في الوصية، فإن ماتوا كملا بطلت الوصية أما لو قتلوا لم تبطل، و كان للورثه أن يعينوا من شأوا، و وجه البطلان مع موت الجميع فوات متعلق الوصية، بخلاف القتل، لبقاء المالىه بثبوت قيمه على القاتل، و هى بدل عن العين، فيكون للموصى له، فكل فرد عينه الورثه يثبت له قيمته.

### المسئله الرابعه [في قبول شهاده عدول أهل الذمه في الوصيه في السفر إذا لم يوجد مسلم]:

#### اشاره

لا خلاف و لا إشكال في ثبوت الوصيه بشهاده العدلين من المسلمين، لان ذلك مما يثبت به جميع الحقوق عدا ما استثني مما يتوقف على أربعة، بل دائره حكم الوصيه أوسع، و من ثم تثبت بشهاده المرأه الواحده على بعض الوجوه، و شهاده عدول أهل الذمه كما دلت عليه الآيه، و استفاضت به الروايه، إلا أن ظاهر الآيه اشتراط قبولها بالسفر، و تحليفها مع الريبه في شهادتهما بعد الصلاه، قائلين ما دلت عليه الآيه (١) «لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَمِنَ الْآثِمِينَ» و أنه متى عشر على بطلان شهادتهما فليس له نقضها حتى يأتي بشاهدين يقومان مقام الشاهدين الأولين (٢) «فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتَيْهِمَا وَمَا اعْتَدَيْنَا إِنَّا إِذًا لَمِنَ الظَّالِمِينَ» .

و الأصل فيما ذكرناه من هذه القيود ما رواه

ثقه الإسلام في الكافي عن علي بن إبراهيم (٣) عن رجاله رفعه قال:

«خرج تميم الدارى و ابن بىدى و ابن

ص: ٤٩٤

١-١ (١) سورة المائده-الايه ١٠٥.

١-٢ (٢) سورة المائده-الايه ١٠٦.

٣-٣ (٣) الكافي ج ٧ ص ٥ ح ٧، الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٤ الباب ٢١.

أبى ماريه فى سفره و كان تميم الدارى مسلما، و ابن أبى ماريه و ابن بيدى نصرانيين و كان مع تميم الدارى خرج له فيه متاع، و آنيه منقوشه بالذهب، و قلاده أخرجها الى بعض أسواق العرب للبيع، فاعتل تميم الدارى عله شديد، فلما حضره الموت دفع ما كان معه الى ابن بيدى و ابن أبى ماريه و أمرهما أن يوصلاه الى ورثته، فقدموا المدينة و قد أخذوا من المتاع الآنيه و القلاده، و أوصلا سائر ذلك الى ورثته، فافتقد القوم الآنيه و القلاده، فقال أهل تميم لهما: هل مرض صاحبنا مرضا طويلا أنفق فيه نفقه كثيره؟ فقالا: لا، ما مرض إلا أياما قلائل، قالوا:

فهل سرق منه شىء فى سفره هذا؟ قالوا: لا، قالوا: فهل اتجر تجاره خسر فيها؟ قالوا: لا، قالوا: افتقدنا أفضل شىء، كان معه آنيه منقوشه مكلله بالجواهر، و قلاده، فقالا: ما دفع إلينا فقد أدينا إليكم، فقدموهما الى رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) فأوجب رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) عليهما اليمين، فحلفا فحلى عنهما ثم ظهرت تلك الآنيه و القلاده عليهما فجاء أولياء تميم الى رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) فقالوا: يا رسول الله قد ظهر على ابن بيدى و ابن أبى ماريه ما ادعيناه عليهما، فانتظر رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) من الله تعالى الحكم فى ذلك. فأنزل الله تبارك و تعالى (١) «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدِكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْمَأْرُضِ» - فأطلق الله تعالى شهادته أهل الكتاب على الوصيه فقط، إذا كان فى سفر، و لم يجد المسلمين - «فَأَصَابَتْكُمُ الْمَوْتُ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ، وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنْ آذَانُ لَمَنِ الْآثِمِينَ» فهذه الشهاده الأولى التى جعلها رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) فَإِنْ عُرِّرَ عَلَىٰ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّ إِثْمًا أَى أَنَّهُمَا حَلَفَا عَلَىٰ كَذِبٍ فَأَخْرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا، يعنى من أولياء المدعى

ص: ٤٩٥

مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأَوْلِيَانِ، فَيُقْسَمُ بِمَا نَبِيَّ اللَّهِ، يَحْلِفَانِ بِاللَّهِ أَنَّهُمَا أَحَقُّ بِهَذِهِ الدَّعْوَى مِنْهُمَا، وَ أَنَّهُمَا قَدْ كَذَبَا فِيمَا حَلَفَا بِاللَّهِ لَشَهَادَتِنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا وَ مَا اعْتَدَيْنَا إِنَّا إِذَا لَمِنَ الظَّالِمِينَ فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ (صلى الله عليه وآله وسلم) أولياء تميم الدارى أن يحلفوا بالله على ما أمرهم به، فحلفوا فأخذ رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) القلادة والآية من ابن بيدى و ابن أبى ماريه و ردهما إلى أولياء تميم الدارى:

ذَلِكَ أَذْنِي أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَيَّ وَجْهَهَا أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمَانٌ بَعْدَ أَيْمَانِهِمْ.»

و رواه

المرتضى (رضى الله عنه) فى رساله المحكم و المتشابه، نقلا من تفسير النعمانى (1) بإسناده عن على عليه السلام نحوه إلا قال

تَحْسِبُونَهُمَا مَتْنٌ بَعِيدُ الصَّلَاةِ يَعْنَى صَلَاةَ الْعَصْرِ، وَ رَوَاهُ عَلَى بْنُ إِبْرَاهِيمَ (2) فِى كِتَابِ التَّفْسِيرِ، وَ نَقَلَ فِى الْمَسَالِكِ عَنْ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ وَ مِنْهُمْ الْمُصَنِّفُ أَنَّهُمْ لَمْ يَعْتَبِرُوا فِى قَبُولِ شَهَادَةِ الذَّمِيِّينَ السَّفَرِ، بَلْ جَعَلُوهُ فِى الْآيَةِ وَ الْأَخْبَارِ إِنَّمَا خَرَجَ مَخْرَجَ الْغَالِبِ، وَ كَذَا لَمْ يَعْتَبِرُوا الْحَلْفَ، وَ تَقَلَّ عَنِ الْعَلَامَةِ أَنَّهُ أَوْجِبَ الْحَلْفَ بَعْدَ الْعَصْرِ بِصُورِهِ الْآيَةِ، وَ اسْتَحْسَنَهُ فِى الْمَسَالِكِ.

أقول: لا يخفى الخبر المذكور على اشتراط السفر

لقوله عليه السلام

«فأطلق الله شهاده أهل الكتاب على الوصيه فقط إذا كان فى سفر، و لم يجد المسلمين». و هو دال بمفهوم الشرط الذى هو حجه شرعيه عندنا بالأخبار، و عند محققى الأصوليين بالاعتبار على أنه لو لم يكن فى سفر أو وجد أحدا من المسلمين لم تقبل شهادتهما.

و من الأخبار الظاهره بل الصريحه فى ذلك

ما رواه فى الكافى و التهذيب عن حمزه بن حمران (3) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

سألته عن قول الله تعالى (4) «ذُوا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ»؟ قال: فقال: اللذان منكم مسلمان،

ص: ٤٩٦

١- (١) الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٤ الباب ٢١.

٢- (٢) الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٤ الباب ٢١.

٣- (٣) التهذيب ج ٩ ص ١٧٩ ح ٧١٨، الكافى ج ٧ ص ٣٩٩ ح ٨، الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٢ ح ٧.

٤- (٤) سورة المائده- الآية ١٠٥.

و اللذان من غيركم من أهل الكتاب، فقال: إذا مات الرجل المسلم بأرض غربه، فطلب رجلين مسلمين ليشهدهما على وصيته، فلم يجد مسلمين فليشهد على وصيته رجلين ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما».

و عن هشام بن الحكم فى الصحيح (١) و بسند آخر فى الموتق عن أبى عبد الله عليه السلام فى قول الله عز و جل

«أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ» قال: إذا كان الرجل فى أرض غربه لا يوجد فيها مسلم، جازت شهادته من ليس بمسلم على الوصيه».

و ما رواه

المشايع الثلاثة (نور الله تعالى مرادهم) عن يحيى بن محمد (٢)

«قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله تعالى (٣) «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ» قال: اللذان منكم مسلمان، و اللذان من غيركم من أهل الكتاب، فان لم تجدوا من أهل الكتاب فمن المجوس، لأن رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) سن فى المجوس سنه أهل الكتاب فى الجزيه، و ذلك إذا مات الرجل فى أرض غربه فلم يجد مسلمين أشهد رجلين من أهل الكتاب، يجلسان بعد العصر «فيقسمان بالله تعالى لا نشتري به ثمنًا و لو كان ذا قُربى، و لا نكتم شهادة الله إننا إذا لمن المآثمين» قال: و ذلك إذا ارتاب ولى الميت فى شهادتهما، فان عثر على أنهما شهدا بالباطل فليس له أن يقبض شهادتهما حتى يجيء بشاهدين فيقومان مقام الشاهدين الأولين، «فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما و ما اعتدنا إننا إذا لمن الظالمين» فإذا فعل ذلك نقض شهاده الآخرين يقول الله تعالى (٤) «ذَلِكَ أَدْنَى أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَى وَجْهِهَا أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمَانٌ بَعْدَ أَيْمَانِهِمْ».

ص: ٤٩٧

١-١) الكافى ج ٧ ص ٣٩٨ ح ٦، التهذيب ج ٩ ص ١٨٠ ح ٧٢٥. الوسائل ج ١٣ ص ٣٩١ ح ٤.

٢-٢) الكافى ج ٧ ص ٤ ح ٦، التهذيب ج ٩ ص ١٧٨ ح ٧١٥، الفقيه ج ٤ ص ١٤٢ ح ٤٨٧. الوسائل ج ١٣ ص ٣٩١ ح ٦.

٣-٣) سورة المائده-الايه ١٠٥.

٤-٤) سورة المائده-الايه ١٠٨.

في كتاب بصائر الدرجات لسعد بن عبد الله بسنده فيه عن المفضل بن عمر (١)

«عن أبي عبد الله عليه السلام في كتابه إليه، قال: وما ذكرت أنهم يستحلون الشهادات بعضهم لبعض على غيرهم، فإن ذلك لا يجوز ولا يحل، وليس هو على ما تأولوا إلا لقوله عز وجل «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ صَارْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ» وذلك إذا كان مسافرا فحضره الموت أشهد بالله اثنتين ذوى عدل من أهل دينه، فإن لم يجد فآخران ممن يقرأ القرآن من غير أهل ولايته، تحسبونهما من بعيد الصلح، فيقسمان بالله إن ارتبتم لا نشتري به ثمنا ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله إنا إذا لمن الأثمين» فإن عثر على أنهما استتحقا إنما فآخران يقومان مقامهما من الذين استتحق عليهم الأوليان من أهل ولايته فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتكم، وما اعتدنا إنا إذا لمن الظالمين، ذلك أذن أن يأتوا بالشهادة على وجهها أو يخافوا أن ترد أيمان بعيد أيمانهم، واتقوا الله واسمعوا».

وهذه الأخبار كلها كما ترى ظاهره بل صريحه في اعتبار السفر، وأنه لا تقبل في السفر إلا مع فقد المسلمين، وما ربما يوجد من الأخبار المطلقة يجب حمله على هذه الأخبار الصريحة في الاشتراط.

وقال في المسالك بعد نقل القول الذي نقله عن الأكثر من عدم اشتراط السفر: ويمكن استنادهم في عدم اشتراط السفر إلى

موثقه هشام بن الحكم (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام في قوله تعالى

«أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ» قال: إذا كان الرجل في بلد ليس فيها مسلم جازت شهادته من ليس بمسلم على الوصية. قال: فإنها متناوله بإطلاقها للسفر والحضر، وأنه حيث قد دلت الأخبار التي ذكرناها على

ص: ٤٩٨

١- (١) الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٣ الباب ٢٠ ح ٨.

٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ٣٩٨ ح ٦، الوسائل ج ١٣ ص ٣٩١ ح ٤.

الاشتراط كما عرفت، فوجه الجمع بين هذه الروايه و بين تلك الأخبار بحمل هذه الروايه على ما إذا سافر المسلم إلا بلد ليس فيها مسلم، لأنه من سكانها و أهلها، و القرينه فيما ذكرناه واضحه، لأن سكنى المسلم وحده فى بلد الكفر اختيارا نادر، بل غير جائز شرعا إلا من ضروره.

## [فوائد]

### اشاره

و تستفاد من هذه الأخبار عدده فوائد

### الأولى [اشتراط القبول بالسفر]

- ما ذكرناه و ان كان خلاف ما صرح به الأكثرون اشتراط القبول بالسفر، فلا تقبل فى الحضر، و الوجه فيه ما عرفت من وجود المسلمين فى الحضر، حيث ان المسلم لا يسكن إلا فى بلاد الإسلام.

### الثانيه - اشتراط الحلف

و أن يكون بالكيفيه التى دلت عليها الآيه، كما يدل عليه خبر يحيى بن محمد المذكور، و مثله مرفوع على بن إبراهيم، و خبر المفضل، و ما تقدم نقله عن العلامه من أنه يحلف بعد العصر، قد دل عليه مرفوع على بن إبراهيم بروايه النعمانى عن على عليه السلام كما تقدم، و روايه يحيى بن محمد كما فى بعض نسخ المشايخ المذكورين، و فى بعض آخر بلفظ الصلاه بقول مطلق، و ينبغى حمل الإطلاق على العصر لما عرفت.

### الثالثه [فى أن قبول شهاده الذمى فى المال خاصه]

- ان ظاهر أكثر الأخبار المذكوره هو قبول الشهاده على الوصيه، أعم من أن يكون بمال أو ولايه، إلا أن مورد الآيه و القضيه التى نزلت فيها كما دل عليه مرفوع على بن إبراهيم، إنما هو المال، و هو الظاهر أيضا من كلامه فى المسالك، حيث قال بعد أن صرح بثبوت الوصيه بشهاده عدلين مسلمين: و لا فرق فى قبولها بها بين كونها بمال أو ولايه، و مع عدم وجود عدول المسلمين تقبل شهاده عدول أهل الذمه بالمال، للآيه و الروايه، و دعوى نسخها لم يثبت، و هو ظاهر فى أن الوصيه تقبل بشهاده عدول المسلمين فى المال و الولايه، و أما عدول أهل الذمه فى المال خاصه، و على هذا فينبغى حمل إطلاق تلك الأخبار على مورد القصه.

## الرابعه [كيفيه العدالة فى الذميين]

-لا خلاف بين الأصحاب (رحمهم الله) فى اشتراط العدالة فى الذميين بالمعنى المعروف عندهم، و اليه يشير قوله عليه السلام فى روايه حمزه بن حمران مرضيين عند أصحابهما.

## الخامسه [حكم شهاده المجوس]

-ما دل عليه خبر يحيى بن محمد من أنه مع عدم وجود أهل الكتاب فمن المجوس، لم أقف عليه فى غيره من الأخبار، و لم يصرح به أحد من أصحابنا فيما حضرنى من كلامهم، و الخبر متى دل على حكم و لا معارض له و جب القول به، و ان لم يقل به قائل كما هو مقتضى التحقيق فى المسئله.

## السادسه [تعارض المسلمان الفاسقان و الذميان العدلان]

-قال: فى المسالك و لو وجد مسلمان فاسقان، و الذميان العدلان، فالذميان العدلان أولى للآيه، أما المسلمان المجهولان فيبنى على اعتبار ظهور العدالة، كما هو المشهور أو الحكم بها ما لم يظهر خلافها، كما ذهب إليه جماعه من الأصحاب، فعلى الثانى لا ريب فى تقديم المستور من المسلمين لأنه عدل، و على الأول ففى تقديمه على عدل أهل الذمه و جهان: و اختار العلامة تقديم المسلمين بل قدم الفاسقين إذا كان فسقهما بغير الكذب و الخيانه، و فيه نظر، انتهى.

أقول: أما ما ذكره من الفرد الأول فلا إشكال فى أن الحكم فيه كما ذكروا، أما المسلمان المجهولان فالكلام فيهما مبنى على أن العدالة هل هى أمر زائد على مجرد الإسلام، كما هو المشهور، و المؤيد المنصور، أو أنها عباره عن مجرد الإسلام كما هو اختياره فى المسئله؟ فعلى الثانى لا إشكال أيضا لحصول العدالة المشروطه فى الآيه، و على الأول فالأشهر الأظهر عدم الثبوت إلا بعد الفحص و ظهور العدالة، و ما نقل عن العلامة ضعيف لا يلتفت إليه، لأن الآيه و الروايه مصرحان باشتراط العدالة، و وجود المسلم بدونها فى حكم العدم، و الله العالم.

## [تنبيهات]

## اشاره

و ينبغى التنبيه على أمور:

**الأول [فى ثبوت الوصيه بالمال بشاهد و يمين]:**



لا ريب أنه كما تثبت الوصيه بالشاهدين تثبت أيضا فيما إذا كانت مالا بشاهد و يمين، أو شاهد و امرأتين، و هو موضع وفاق في المال، ووصيه كان

ص: ٥٠٠

أو غيرها، وقد دل قوله تعالى (١) «فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ» على الاكتفاء بالرجل و الامراتين و الأخبار بذلك مستفيضه، يأتي ان شاء الله تعالى في موضعها اللاتق بها، وكذا ثبت فيما إذا كانت مالا بشهاده الواحده ربع ما شهدت به، و بشهاده اثنتين، النصف، و بثلاث ثلاثه أرباع، و بالأربع الجميع،

روى الشيخ فى التهذيب فى الصحيح عن ربعى (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام

فى شهاده امرأه حضرت رجلا يوصى ليس معها رجل؟ فقال: يجاز ربع ما أوصى بحساب شهادتها.

و ما رواه فى الفقيه (٣) فى الصحيح عن حماد بن عيسى عن ربعى مثله بأدنى تفاوت.

و عن محمد بن قيس (٤) فى الصحيح عن أبى جعفر عليه السلام: قال:

قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى وصيه لم تشهدا إلا امرأه فقضى أن تجاز شهاده المرأه فى ربع الوصيه.

و رواه بسند آخر عن محمد بن قيس (٥) ايضاً مثله إلا انه

«زاد إذا كانت مسلمه غير مريبه فى دينها».

و عن أبان (٦) عن أبى عبد الله عليه السلام أنه

«قال فى وصيه لم تشهدا إلا امرأه فأجاز شهاده المرأه فى الربع من الوصيه حساب شهادتها».

و أما ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن إبراهيم بن محمد الهمداني (٧) قال:

« كتب أحمد بن هلال الى أبى الحسن عليه السلام امرأه شهدت على وصيه رجل لم يشهدا غيرها، و فى الورثه من يصدقها، و فيهم من يتهمها فكتب عليه السلام: لا، إلا أن يكون رجل و امرأتان، و ليس بواجب أن تنفذ شهادتها».

و ما رواه

محمد بن إسماعيل بن بزيع (٨) فى الصحيح قال:

«سألت الرضا عليه السلام

ص: ٥٠١

- ٢-٢) الكافي ج ٧ ص ٤ ح ٤.الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٥ ح ١.
- ٣-٣) الكافي ج ٧ ص ٤ ح ٥.الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٦ ح ٤.
- ٤-٤) التهذيب ج ٩ ص ١٨٠ ح ٧١٩.الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٦ ح ٣.
- ٥-٥) التهذيب ج ٩ ص ١٨٠ ح ٧٢٣.الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٦ ح ٢.
- ٦-٦) الفقيه ج ٤ ص ١٤٢ ح ٤٨٦.الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٧ ح ٨.
- ٧-٧) التهذيب ج ٦ ص ٢٦٨ ح ٧١٩.الوسائل ج ١٨ ص ٢٦٦ ح ٤٠.
- ٨-٨) التهذيب ج ٦ ص ٢٨٠ ح ٧٧١.الوسائل ج ١٨ ص ٢٦٦ ح ٤٠.

عن امرأه ادعى بعض أهلها أنها أوصت عند موتها من ثلثها بعق رقبه لها أيعتق ذلك و ليس على ذلك شاهد إلا النساء؟ قال: لا تجوز شهادة النساء في هذا».

فحملهما الشيخ في التهذيبيين على عدم نفاذها في الجميع، و ان نفذت في الربع، و جوز في الاستبصار الحمل على التقيه أيضا.

أقول: و هو الظاهر، فإن الأول بعيد عن سياق لفظ الخبرين المذكورين، و هل يتوقف بثبوت ما ذكر بشهادتهن على اليمين، المشهور العدم، لإطلاق النصوص المذكور فإنها ظاهره في ثبوت ذلك بمجرد الشهاده، و لا بعد فيه، و ان كان مخالفا لحكم غيره من الحقوق، فإنها مختلفه بحسب الشهاده اختلافا كثيرا، و نقل عن العلامة في التذكرة توقف الحكم في جميع الأقسام على اليمين، كما في شهاده الرجل الواحد، وورد بأن اليمين مع شهاده الواحد توجب ثبوت الجميع، فلا يلزم مثله في البعض، و لو فرض انضمام اليمين الى الاثنتين و الثلاث ثبت الجميع، لقيامهما مقام الرجل، أما الواحد فلا يثبت بها سوى الربع مطلقا، انضمت اليمين لها أم لا، على أن في ثبوت الجميع بانضمام اليمين الى الاثنتين أو الثلاث إشكالا أيضا، لأن مقتضى النصوص انما هو النصف في الأول، و ثلثه أرباع في الثاني، بمجرد الشهاده، و وجود اليمين حيث لم يعتبرها الشارع هنا في حكم العدم، و قيام الاثنتين مقام الرجل في بعض الموارد لا يستلزم قياس ما نحن فيه عليه، حتى أنه يخرج عن مقتضى ظواهر النصوص بذلك.

و بالجمله فالظاهر هو الوقوف على ظاهر النصوص المذكوره و لو شهد رجل واحد ففي ثبوت النصف بشهادته من غير يمين نظرا الى قيام شهادته مقام اثنتين، أو الربع خاصه، لأنه متيقن، من حيث انه لا يقصر عن المرأه، أو سقوط شهادته أصلا و قوفا فيما خالف الأصل على مورده أوجه، قال في المسالك: أو سعتها الأوسط.

أقول: بل أظهرها الأخير لما ذكر، و اختياره الأوسط باعتبار أنه لا يقصر

عن المرأه لمجرد خيال، و الأحكام الشرعيه لا- تبنى على تقریبات العقول، فكم من حكم يقربه العقل تحكم النصوص بخلافه، و كم من حكم يبعده العقل تحكم به النصوص.

و هل يشترط فى قبول شهاده المرأه فى الوصيه تعذر الرجال؟ المشهور العدم، عملا بعموم النصوص المتقدمه، و نقل عن إدريس و قبله ابن الجنيد الاشرط، و هو ضعيف.

### **الثانى [فى عدم قبول شهاده النساء منفردات فى الوصيه بالولايه]:**

المشهور فى كلام الأصحاب بل الظاهر أنه لا خلاف فيه كما نقله فى المسالك عدم قبول شهاده النساء منفردات فى الولايه، و علل بأنها ليست وصيه بمال، بل هى تسلط على تصرف فيه، و ليست أيضا مما يخفى على الرجال غالبا، و ذلك هو ضابط محل قبول شهادتهن منفردات.

و المشهور أيضا- بل الظاهر أنه لا خلاف فيه إلا ما يظهر من المحقق فى الشرائع حيث تردد فى ذلك- هو أنه لا تثبت الوصيه بالولايه بالشاهد و اليمين، و ذلك لأن ضابط الثبوت بالشاهد و اليمين ما كان من حقوق الآدميين مالا أو المقصود منه المال، و ولايه الوصايه لا تدخل فى ذلك.

و نقل عن الشيخ فى المبسوط أنه قوى قبول الوصيه بالولايه بالمرأتين مع الشاهد، و نقل عن ابن الجنيد أيضا، و أورد عليه أن اللازم من ذلك قبولها بالشاهد و اليمين أيضا، لأن كل ما ثبت بشاهد و امرأتين، ثبت بشاهد و يمين، و قيل- فى وجه تردد المحقق هنا-: أن منشأه مما ذكر، و من أن الوصيه بالولايه قد يتضمن المال، كما إذا أراد أخذ الأجره أو الأكل بالمعروف بشرطه، و لما فيه من الإرفاق، و التيسير، فيكون مرادا للآيه و الروايه.

قال فى المسالك: و لا يخفى ما فيه، و قد قطع الأصحاب بالمنع من غير نقل خلاف فى المسئله و لا تردد، و وافقهم المصنف فى المختصر، على القطع، و أبدل هذا التردد بالتردد فى ثبوت الوصيه بالمال بشاهد و يمين، و كلاهما كالمستغنى

عنه، للاتفاق على الحكم، والقاعده المفيده للحكم فيهما، انتهى و هو جيد.

### الثالث [فى قبول شهاده عبديه على حمل أمته منه و كراهه استرفاق الحمل لهما]

قالوا: لو أشهد إنسان عبدين له على حمل أمته و أنه منه، ثم مات و أعتق المملوكان ثم شهدا بذلك، فإنه تقبل شهادتهما، و هل يسترقهما المولود حينئذ؟ قيل: بالمنع، و قيل: بالجواز على كراهه.

أقول الأصل فى هذه المسئله ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن الحلبي (١)

«عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل مات و ترك جاريه و مملوكين، فورثه أخ له فأعتق العبدين، و ولدت الجاريه غلاما فشهدا بعد العتق أن مولاها كان أشهدهما أنه كان يقع على الجاريه و أن الحمل منه، قال: تجوز شهادتهما، و يردان عبدين كما كانا».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة عن داود بن فرقد فى الموثق (٢)

«قال سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل كان فى سفر و معه جاريه له و غلامان مملوكان فقال لهما: أنتما حران لوجه الله، و أشهد أن ما فى بطن جاريتى هذه منى فولدت غلاما، فلما قدموا على الورثه أنكروا ذلك و استرقوهما، ثم ان الغلامين عتقا بعد ذلك، فشهدا بعد ما أعتقا أن مولاها أشهدهما أن ما فى بطن جاريتيه منه، قال تجوز شهادتهما للغلام، و لا يسترقهما الغلام الذى شهدا له، لأنهما أثبتا نسبه».

قيل: و الاستدلال بالخبرين مبنى إما على قبول شهاده المملوك مطلقا أو على مولاه، لأنهما بشهادتهما للولد و الحكم بها صارا رقا له، لتبين أن معتقهما لم يكن وارثا، أو على أن المعتبر حرتهما حال الشهاده، و ان ظهر خلافها بعد ذلك، أو على أن الشهاده للمولى لا عليه، فتقبل.

و أورد على الأخير بأن الحكم بكون الولد مولى موقوف على شهادتهما

ص: ٥٠٤

١- (١) التهذيب ج ٦ ص ٢٥٠ ح ٦٤٢. الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٠ ح ١.

٢- (٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٢٢ ح ٨٧٠. الكافي ج ٧ ص ٢٠ ح ١٦، الفقيه ج ٤ ص ١٥٧ ح ٥٤٤. الوسائل ج ١٣ ص ٤٦١ ح ٢.

على كونه مولى، ليكون الشهاده له دارا.

أقول: الوجه عندى هو الأول، فإن الروايات و ان اختلفت فى قبول شهاده المملوك إلا أن ما دل على المنع محمول على التقيه، و الأظهر هو الجواز، فلا ضروره إلا ارتكاب ما ذكر من التعليلات فى الوجوه الباقية.

و نقل عن الشيخ أنه خص الحكم بالوصيه، فإن أمرها أخف من غيرها من الحقوق، كما قبلت فيها شهاده أهل الكتاب، و فيه أنه لا ضروره إلى التخصيص، فإن إطلاق الخبرين المذكورين مع صحه الأول بالاصطلاح المحدث «و عد الثانى فى الموثق إنما هو بواسطه الحسن بن فضال الذى لا يقصر حديثه عندهم عن الصحيح، مضافا الى اتفاق الأصحاب على الحكم المذكور- مع عدم معارض و لا مخالف- أقوى دليل على العموم.

بقى الكلام فى استرقاقهما للولد الذى شهدا له، و بذلك صرح صحیحه الحلبي، و بالعدم صرح موثقه، حيث نهى عن استرقاقهما، و طريق الجمع حمل النهى على الكراهه، كما يؤذن به التعليل المذكور، و ملخصه أنه يكره له استرقاقهما، لأنهما كانا سببا فى حرته بعد الرقيه، فلا يكون سببا فى رقيتهما بعد الحرية.

و المحقق فى الشرائع قد فرض المسئله كما دلت عليه صحیحه الحلبي، و العلامه فى القواعد قد فرضها بما دلت عليه موثقه داود، و كيف كان فشهادتهما بعق المولى لهما فى روايه داود شهاده لأنفسهما، فلا تسمع كما هو مقتضى القاعده.

و أنت خبير بأن هذه المسئله لا مناسبه لذكرها فى هذا المقام إلا من حيث أن الشيخ قد خصها بالوصيه، كما قدمنا نقله عنه، و الظاهر ان الأصحاب انما ذكروها هنا تبعا له فى ذلك، و ان خالفوه فى العمل بإطلاق الخبر من المذكورين كما ذكرنا، و الله العالم.

#### **الرابع [فى شهاده الوصى فيما هو وصى فيه] :**

قالوا: لا تقبل شهاده الوصى فيما هو وصى فيه، و لا ما يجر فيه

نفعاً أو يستفيد به ولايه، قالوا: والضابط أنه متى كان لنفسه حظ في الشهادة لم تقبل.

وعدوا من ذلك أمورا: منها- أن يشهد بما هو وصى فيه بأن يجعله الموصى وصيا على مال معين، فينازعه فيه منازع فيشهد به للموصى.

و منها أن يجز به نفعاً بأن جعله وصيا في تفرقه ثلثه، فشهد بمال للمورث، فإنه يجز به نفعاً باعتبار زياده الثلث.

و منها أن يجعله وصيا على ولده الصغير، فيشهد للولد بمال، فإنه يستفيد بها ولايه على المال.

و أنت خبير بما في ذلك من تطرق المناقشه، لعدم ورود نص بشيء مما ذكره، و الى ما ذكرناه يميل كلام ابن الجنيدي حيث نقل عنه أنه قال: «شهادة الوصي جائزه لليتيم في حجره و ان كان هو المخاصم للطفل، و لم يكن بينه و بين الشهود عليه ما يرد شهادته عليه» و مال اليه المقداد في شرحه.

قال في المسالك بعد نقله ذلك: و لا بأس بهذا القول، لبعده هذه التهمه من العدل، حيث انه ليس بمالك، و ربما لم تكن له أجره على عمله في كثير من الموارد، إلا أن العمل بالمشهور متعين، انتهى.

أقول: ان كان تعين العمل بالمشهور من حيث الشهره فهي ليست بدليل شرعي، بل الإجماع لو ادعى كما اعترف به في غير موضع من شرحه هذا، و تقدم نقله عنه، و سيأتى ان شاء الله في بعض مسائل هذا الكتاب، و ان كان لدليل آخر، فليس في الباب ما يدل على ذلك، و إلا لذكره و استند اليه، هذا مع أن الأحكام منوطه بالنصوص، و مقيده بها على العموم أو الخصوص، و لا نص في المقام سوى هذه التعليقات العليله، و قد عرفت ما فيها، و بالجملة فكلامه (قدس سره) لا يخلو من المجازفه.

ثم ان مما فرعوا على ذلك أيضا أنه لو كان وصيا في إخراج مال معين،



فشهد للميت بما يخرج به ذلك المال من الثلث لم تقبل، كما لو أوصى بإخراج ألف درهم و التركة ظاهرا ألفان، فشهد الوصى أن للميت على أحد ألفا مثلا، فان قبول هذه الشهاده يستلزم إخراج الألف المجمعول وصيا فيها من الثلث، و نفوذ الوصيه، فلا تقبل، و أنت خبير بما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه.

نعم ربما يقال: انه قد وردت هنا أخبار فيمن ترد شهادتهم، و عد منها المتهم، فمن ذلك

روايه عبد الله بن سنان (١) قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام ما يرد من الشهود؟ قال: فقال: الظنين و المتهم».

و فى روايه أبى بصير (٢) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الذى يرد من الشهود؟ قال: الظنين و المتهم و الخصم».

و مثلها غيرهما، و الوصى فى هذه الصور المفروضه يدخل فى المتهم بالتقريب الذى ذكره.

و فيه أنه لا يخفى أن التهمه عرفا إنما تتحقق بما يوجب جر النفع الى نفسه، لا الى غيره، كما هو المفروض فى هذه الفروض، و مجرد صرفه الوصايا عن الميت و القيام بأطفاله و نحو ذلك لا يتحقق له به نفع دنيوى، بل ربما أوجب الضرر الدنيوى له بما يوجب من اشتغاله بذلك، عن قضاء حوائجه، و السعى فى مطالبه و أموره، و كلما كثرت الوصايا و اتسعت الدائره فيها- و فى أموال الأطفال- كان الضرر أعظم، و المنع له عن السعى فى أموره أتم، و لهذا ان الشارع جوز له الأكل بالمعروف من أموالهم فى مقابله القيام بأحوالهم.

قال فى كتاب المصباح المنير: و التهمه- بسكون الهاء و فتحها-: الشك و الريبه، و اتهمته: ظننت به سوء، و لا يخفى أن هذا كله انما يترتب على ما يحصل به جر النفع الى نفسه، و ايثارها، و إلا فأى سوء و أى ريبه فى قيامه بوصايا

ص: ٥٠٧

١- (١) الكافى ج ٧ ص ٣٩٥ ح ١، التهذيب ج ٦ ص ٢٤٢ ح ٦٠١، الوسائل ج ١٨ ص ٢٧٤ ح ١.

٢- (٢) الكافى ج ٧ ص ٣٩٥ ح ٣، التهذيب ج ٦ ص ٢٤٢ ح ٥٩٨، الوسائل ج ١٨ ص ٢٧٥ ح ٣.

الغير، و صرفه لها فى مصارفها ما لم يتعد فيها الحدود الشرعية، و هذا بحمد الله سبحانه ظاهر لكل ناظر، و من وراء جميع ذلك اتصافه بالعدالة المانع من تطرق ما ينافيها.

و بالجمله فإن الأقرب عندى هو ما نقل عن ابن الجنيد و من تبعه، و لا اشكال عندهم فى القبول لو كان المشهود عليه خارجا عما هو وصى فيه، كما لو جعله وصيا على غله أطفاله، فيشهد لهم بدين أو جعله وصيا على تفريق مال معين، فيشهد للورثة بحق آخر لمورثهم، و نحو ذلك، و الله العالم.

### المسئله الخامسه: فى الوصيه بالعتق

#### اشاره

، و لذلك صور عديده.

#### منها- من أوصى بعتق عبيده و ليس له سواهم

، فان رتبهم فى الوصيه أعتق الأول فالأول حتى يتم الثلث، و لو بجزء عبد فيعمل فيه ما يأتى ذكره، و تبطل الوصيه فيمن بقى و إلا أعتق ثلثهم بالقرعه، بأن يجعلهم أثلاثا و لو بتعديلهم بالقيمه، ثم يقرع بين تلك السهام الثلاثه، و يعتق الثلث الذى أخرجته القرعه.

و روى (1)

«أن النبى (صلى الله عليه و آله و سلم) فعل ذلك فى سته عبيد أعتقهم مولاهم عند موته، و لم يكن له غيرهم، فجزاهم أثلاثا ثم أقرع بينهم».

نقل ذلك الأصحاب فى كتب الفروع، و الظاهر أن الروايه عاميه، فإنها غير موجوده فى كتب أخبارنا، إلا أن الظاهر أن الحكم لا اشكال فيه، لأن القرعه لكل أمر مشكل، و هذا من جملتها، و لو توقف التعديل على إدخال جزء من أحدهم، فإن خرجت القرعه على الثلث الذى فيه ذلك الجزء أعتق من العبد بحسابه، و سرى العتق فى الباقي، و سعى فى باقى قيمته، كما فى كل مبعوض.

قالوا: و انما لم يحكم بعتق ثلث كل واحد مع ان كل واحد منهم بمنزله الموصى له، و قد قرروا أن الوصايا إذا وقعت دفعه قسط عليها الثلث بالنسبه للحديث النبوى المتقدم ذكره، فإنه (صلى الله عليه و آله و سلم) انما جزى العبيد أثلاثا، و أعتق

ص: ٥٠٨

الثالث الذى خرجت فيه القرعه، و لم يحكم فى ثلث كل واحد واحد، و أيضا فإن العتق على هذا الوجه موجب للإضرار بالورثه، لانعتاق الجميع حينئذ، فإنه متى انعتق ثلث كل واحد و وجب السعى فى قيمته صار حرا فيصير الجميع أحرارا.

أقول: و من هنا يعلم أن المسئله غير خاليه من شوب الإشكال، لأن الخبر غير ثابت كما عرفت، و الإضرار بالورثه غير مسموع إذا اقتضته القواعد الشرعيه ان ثبت ما ذكره من تلك القاعده المذكوره، و الظاهر ثبوتها كما سيأتى ان شاء الله تعالى فى محله، هذا كله إذا لم يجز الورثه، و إلا فلا اشكال.

### و منها— ما لو أوصى بعتق عدد مخصوص من عبيده

و فيه قولان: فقيل:

انه يستخرج ذلك العدد بالقرعه، و قيل: انه يتخير الوارث فى ذلك المقدار، فيعينه فيمن أراد، و وجه الأول أن العتق للمعتق، و لا ترجيح فيه لبعضهم على بعض، فوجب التوصل إليه بالقرعه.

و وجه الثانى أن متعلق الوصيه متواطئ، فيتخير الوارث فى تعيينه كغيره و لأن المتبادر من اللفظ الاكتفاء بأى عدد كان من الجميع و هو اختيار المحقق فى الشرائع: و الشارح فى المسالك قال: و هذا أقوى، و ان كانت القرعه أعدل.

### و منها— ما لو أعتق مملوكه عند الوفاه منجزا و ليس له غيره

قيل: عتق كله، و قيل ينعق ثلثه، و يسعى للورثه فى باقى قيمته، و لو أعتق ثلثه سعى فى باقيه ان لم يكن للمعتق مال غيره، فاضل من مستثنيات الدين، و إلا سرى العتق عليه فى ثلث المال الفاضل.

أقول: أما المسئله الأولى فهى أحد جزئيات مسئله منجزات المريض، و الخلاف فيها بين كون ذلك من الأصل أو الثلث مشهور، و سيأتى تحقيق الحال فيها ان شاء الله تعالى فى المسائل الآتية.

و أما المسئله الثانیه فالوجه فى سعى العبد فى باقى قيمته بالشرط المذكور،

ان ذلك قاعده كليه فى كل موضع يصير بعضه حرا، فإنه يجب عليه السعى فى فك رقبتة من جميع ما يكتسبه فاضلا عن مؤنته، لا أنه يختص بنصيب الحر خاصة، كما صرحوا به.

و أما الوجه فى فك العتق له كان له مال فاضلا عما ذكرناه، فلان سبب السرايه هو العتق الذى وقع المال، و قد وقع فى حال المرض كما هو المفروض، و اعتبر من الثلث، فيكون مسببه و هو السرايه كذلك، يكون من الثلث، هذا خلاصه ما ذكروه فى المقام.

### و منها— ما لو أوصى بعتق رقبه مؤمنه

وجب، فان لم يجد أعتق من لا- يعرف بنصب، و المراد بالمؤمنه هو الايمان الخاص، و هو القول بإمامه الأئمه الاثنى عشر عليهم السلام و أنه مع تعذر ذلك يعتق من لا- ينصب، و المراد بهم المستضعفون، و الجاهلون بأمر الإمامه، و هم أكثر الناس فى زمان الأئمه عليهم السلام كما استفاضت به الأخبار من تقسيم الناس يومئذ إلى الأصناف الثلاثه، مؤمن، و ضال، و هو من لا يعرف و لا ينكر، و كافر، و هو من أنكر الولايه، و قد تقدم تحقيق ذلك فى مواضع، و لا- سيما فى كتاب الطهاره، و هذا القسم أعنى أهل الضلال مما صرحت الأخبار بأنهم من المسلمين، و ليسوا بالمؤمنين، و لا الكافرين، و أنهم فى الدنيا يعاملون بمعامله المسلمين، و تجرى عليهم أحكام الإسلام، و فى الآخره من المرجئين لأمر الله، إما يعذبهم، و إما يتوب عليهم، بل ربما دلت بعض الأخبار على دخولهم الجنه بسعه الرحمه الإلهيه، و أما المنكرون للإمامه و هم المشار إليهم فى الأخبار بالنصاب، فهم من الكفار الحقيقيين، خلافا للمشهور بين علمائنا المتأخرين، و لتحقيق المقام محل آخر.

و كيف كان فمما يدل على الحكم المذكور ما رواه

ثقه الإسلام فى الكافى عن على بن أبى حمزه (1) قال:

«سألت عبدا صالحا عن رجل هلك فأوصى بعتق

ص: ٥١٠

---

١-١) الكافى ج ٧ ص ١٨ ح ١٠ بزيادة كلمه مسلمه، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٢ ح ٢.

نسمه بثلاثين ديناراً فلم يوجد له بالذی سمي؟ قال: ما أرى لهم أن يزيدوا على الذی سمي، قلت: فان لم يجدوا؟ قال: يشترون من عرض الناس ما لم يكن ناصباً.

و ما رواه

الصدوق في الفقيه عن علي بن أبي حمزه (١) عنه عليه السلام أنه قال  
«فليشتروا من عرض الناس ما لم يكن ناصبياً».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة في الصحيح أو الحسن الى علي بن أبي حمزه (٢)

«قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بثلاثين ديناراً يعتق بها رجل من أصحابنا فلم يوجد بذلك قال: يشتري من الناس فيعتق».

و شيخنا في المسالك لم يورد دليلاً على القول المذكور إلا الرواية الأخيرة، ثم اعترضها بضعف السند بعلي بن أبي حمزه، قال فالحكم بها مع مخالفته مقتضى الوصية ضعيف، ثم قال: و مع ذلك فليس في الرواية تقييد بعدم النصب، لكن اعتبره الجماعة نظراً الى أن الناصبي كافر، و عتق الكافر غير صحيح، فالقييد من خارج، الى أن قال: و الأقوى أنه لا يجزى غير المؤمنه مطلقاً، فيتوقع الممكنه، انتهى.

أقول: أما الرد بضعف السند فليس بمسموع عندنا، و لا عند المتقدمين، و لا معتمد مع أن أصحاب هذا الاصطلاح متى اتفق الأصحاب على العمل بالخبر تلقوه بالقبول، و الأمر كذلك إذ لا مخالف في الحكم فيما أعلم، على أنه قد تقدم منه قريباً في مسئلة عدم قبول شهادته الوصي مع التهمة، ما يدل على تمسكه بالشهره و ان كانت خاليه من الدليل بالكليه، فإنه بعد أن استحسنت مذهب ابن الجنيد عدل عنه الى المشهور من حيث الشهره لا غير، كما تقدم إيضاحه.

و أما طعنه في الرواية بأنها خاليه من التقييد بعدم النصب، ففيه أن الروايتين

ص: ٥١١

١-١) الفقيه ج ٤ ص ١٥٩ ح ٥٥٤. الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٢ ح ٢.

٢-٢) الكافي ج ٧ ص ١٨ ح ٩، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٠ ح ٨٦٣، الفقيه ج ٤ ص ١٥٩ ح ٣٥٥، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٢ ح ١.

الأخيرتين قد صرحتا بما ذكره الأصحاب من الشرط المذكور.

فان قيل: ان الروایتين لا- دلالة لهما على كون الرقبة الموصى بها مؤمنة كما هو المدعى، و لعله لهذه الجهة لم يورد شيخنا المذكور هذين الخبرين.

قلنا: هذا غلط محض، فإن المسئول عنه و ان كان مجملا، لكن الحمل على المؤمنه معلوم من جوابه عليه السلام، و هو قرينه على أن المسئول عنه يومئذ إنما هو الرقبة المؤمنه، و ذلك فإن الأمر بالشراء بعد تعذر المأمور به بتلك القيمة لمن كان من عرض الناس، إلا- أن يكون ناصيبا، ظاهر في كون المأمور به رقبه مؤمنه، و التفصيل فيه جار على ما قدمناه من تقسيم الناس الى تلك الأقسام الثلاثة في وقتهم عليهم السلام، و ان المراد بهذا الذى هو من عرض الناس هم الضلال الذين لا يعرفون و لا ينكرون، فانا قد أشرنا سابقا الى أن المفهوم من الأخبار أن جل الناس فى وقتهم كانوا من هذا الصنف.

و بالجملة فإن الحكم بما هو مشهور صحيح، و لا يعتريه فتور و لا قصور و مما يدل على جواز عتق المستضعفين المشار إليهم فى هذه الأخبار بعرض الناس اختيارا لأنهم من المسلمين، فتجرى عليهم أحكام الإسلام التى من جملتها العتق.

صحيحه الحلبي (1) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرقبة تعتق من المستضعفين؟ قال: نعم». إلا أن الظاهر تقييده بما إذا لم تكن الرقبة مشروطا فيها أن تكون مؤمنه.

### و منها أنه لو أوصى بعتق رقبه بثمان معين فلم يجدها بذلك الثمن

، بل وجدها بأكثر منها لم يجب شراؤها، و لم تجب عليه الزيادة، و يدل عليه ما تقدم

فى روايه على بن أبى حمزه، حيث قال السائل

«فلم توجد بالذى سمى، فقال عليه السلام:

ما أرى لهم أن يزيدوا على الذى سمى». و حينئذ فيجب عليه الصبر، و توقع

ص: ٥١٢

وجودها بما عين له، فإن يئس من ذلك ففي بطلان الوصية أو صرفه في البر أو شراء شقص به، فإن تعذر فأحد الأمرين أوجه، استجود في المسالك شراء الشقص قال: لأنه أقرب إلى مراد الموصى من عدمه، و لعموم «فأتوا منه ما استطعتم».

أقول: لا- يخفى أن الأظهر بناء على ما تقدم في نظائر هذه المسئلة هو الصرف في وجوه البر، إلا أن يجعل ما ذكره من شراء الشقص داخلا في وجوه البر، و تكون هذه الوجوه التي ذكرها مؤيده.

و كيف كان فالظاهر هو الصرف في وجوه البر كيف كان، و نقل عن التذكرة الميل إلى القول بالبطلان، حيث نفى عنه البأس، و فيه ما عرفت في أصل المسئلة المتقدمه من صون هذا القول، لأن هذه الصورة أحد جزئيات تلك المسئلة، و لو وجدت بأقل اشتراها و أعتقها، و رفع إليها ما بقى من الموصى به.

و يدل على الحكم المذكور ما رواه

المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) في الصحيح إلى سماعه، فيكون الموثق (1) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى أن يعتق عنه نسمة بخمسائه درهم من ثلثه، فاشترى الوصى نسمة بأقل من خمسائه درهم، و فضلت فضله، فما ترى؟ قال: تدفع الفضله إلى النسمة من قبل أن تعتق، ثم تعتق عن الميت».

قال في المسالك: و الرواية مع ضعف سندها بسماعه دلت على اجزاء الناقصه و ان أمكنت المطابقه، لأنه لم يستفصل فيها، هل كانت المطابقه ممكنه أم لا؟ و ترك الاستفصال من وجوه العموم، إلا أن الأصحاب نزلوها على تعذر الشراء بالقدر، و لا بأس بذلك مع اليأس من العمل بمقتضى الوصيه، لوجوب تنفيذها بحسب الإمكان، و إعطاء النسمة الزائد صرف له في وجوه البر، و هو في محله حينئذ، و تبقى الرواية شاهدا ان لم تكن حجه، لأن سماعه و ان كان واقفيا

ص: ٥١٣

١- ١) الكافي ج ٧ ص ١٩ ح ١٣، التهذيب ج ٩ ص ٢٢١ ح ٨٦٨، الفقيه ج ٤ ص ١٥٩ ح ٥٥٧، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٥ الباب ٧٧.

لكنه ثقه،فتبنى حجيتها على قبول الموثق،أو على جبر الضعف بالشهره،و على ما بيناه لا ضروره الى ذلك،لموافقه مضمونها للقواعد إذا قيدت باليأس من تحصيل النسمه بالشرط،انتهى.

أقول:الظاهر-و الله سبحانه و أولياؤه أعلم-أن الموصى أوصى بشراء نسمه تكون مما يساوى هذا الثمن عرفا،و اتفق حصول بعض أفراد هذا النوع بأقل من هذا الثمن،فان الحكم فيه ما ذكر من صحه الشراء و إعطاء الزائد النسمه.

أما صحه الشراء فلأن المفروض أنه من النوع الذى أمر به،و ان اتفق حصوله بأقل من الثمن المعين،لأن الموصى إنما قصد بتعيين الثمن بيان النوع الذى يريده،بمعنى أنه يكون من الأنواع التى تكون قيمتها بحسب العرف و العاده خمسمائه درهم،فالغرض إنما هو بيان النوع،و الذى اشتراه الوصى من هذا النوع،إلا أنه اتفق له بأقل من الثمن المحدود،و حينئذ فزياده الثمن و نقصانه غير ملحوظ فى الأمر بالشراء،و انما الملحوظ تعيين النوع،و قد حصل،فلا مخالفه فى الروايه بوجه من الوجوه،و لا يحتاج الى تنزيلها على تعذر الشراء بالقدر،كما نقله عن الأصحاب،و لا الى الحمل على اليأس من العمل بمقتضى الوصيه كما ذكره،لأن العمل بمقتضى الوصيه قد حصل بشراء تلك النسمه،حيث انها من النوع الذى أراده الموصى،و الثمن لا مدخل له فى ذلك حيث انه انما ذكر لبيان ذلك النوع و معرفته،لا أنه ملحوظ له أولا و بالذات كما توهمه حتى أنه بالنقصان عنه قد خالف مقتضى الوصيه،و ما ذكرناه بحمد الله سبحانه صحيح،لا قصور فيه و لا ريب يعتريه.

و أما صرف الزائد فهو يرجع الى صرفه فى وجوه البر،كما هو المقرر فى مثله.



بقى الكلام فى أن الروايه دلت على أن المعتق بعد إعطاء الزائد النسمة و المفهوم من كلام الأصحاب عدم التقييد بذلك، و أنه لا فرق فى دفع الزائد إلى النسمة بين كونه قبل العتق أو بعده، و الله العالم.

### و منها أنه لو أعتق رقبه بظن أنها مؤمنه، ثم بان بخلاف ذلك

،قالوا:

أجزأت عن الموصى له، و علله فى المسالك بأنه متعبد فى ذلك بالظاهر، لا بما فى نفس الأمر، إذ لا يطلع على السرائر إلا الله، فقد امتثل الأمر، و هو يقتضى الإجزاء، انتهى و هو جيد.

أقول: و يدل عليه أيضا ما رواه

المشايخ الثلاثة (عطر الله تعالى مراقدهم) عن عمار بن مروان (١) عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث قال فيه

«قلت: و أوصى بنسمة مؤمنه عارفه فلما أعتقناه بان لنا أنه لغير رشده، فقال: فقد أجزأت عنه».

و زاد فى الكافى الفقيه

«إنما ذلك مثل رجل اشترى أضحيه على انها سمينه فوجدها مهزوله، فقد أجزأت»، و المراد بقوله «لغير رشده» يعنى ولد الزنا و فى الخبر إشاره واضحه الى عدم ايمان ولد الزنا كما هو حق عندى فى المسئله، و قد تقدم تحقيق القول فيه فى كتاب الطهاره.

### المقصد الخامس فى الموصى له:

#### إشاره

و فيه مسائل

#### الاولى [فى اشتراط وجود الموصى إليه حال الوصيه]:

الظاهر أنه لا- خلاف بين الأصحاب (رضوان الله عليهم) فى أنه يشترط فى الموصى إليه الوجود حال الوصيه، فلو أوصى لميت بطلت، و كذا لو أوصى لمن يظن وجوده، ثم تبين أنه قد مات حال الوصيه، قالوا، و الوجه فى ذلك أن الوصيه لما كانت عباره عن تمليك عين أو منفعه كما تقدم من تعريفها بذلك، فلا بد من أن يكون الموصى له قابلا للتمليك، ليتحقق مقتضاها، فلا تصح الوصيه للميت و لا لما تحمله المرأه، و لا لمن علم موته حين الوصيه، للعله المذكوره.

ص: ٥١٥

قال فى المسالك: و أما الوصيه لمن سيوجد، فقد أطلق الأصحاب و غيرهم المنع منه، و لو بالتبعيه للموجود، مع أنه قد تقدم جواز الوقف على المعدوم تبعاً للموجود، و دائره الوقف أضيق من دائره الوصيه، كما يعلم من أحكامها، و يمكن الفرق بينهما لافتراقهما فى هذا الحكم بأن الغرض من الملك فى الوقف ملك العين على وجه الحبس، و إطلاق الثمره، و الموقوف حقيقه هو العين، و ملكها حاصل للموقوف عليه الموجود، ثم ينتقل منه الى المعدوم، و ان كان يتلقى الملك من الواقف، ففائده الملك المقصوده منه متحققه فيهما، بخلاف الوصيه فإنه لو أوصى الى موجود، ثم الى معدوم بذلك الموصى به أولاً، فإن مقتضى الوصيه تمليك الموصى له، فيكون الموصى به ملكاً لذلك الموجود يتصرف فيه كيف يشاء، و لو بيعه و إخرجه عن ملكه، و هذا مما ينافى الوصيه للمعدوم بها، لأن الوصيه له يقتضى تمليكه أيضاً، و الحال أن العين الموصى بها قد صارت ملكاً للأول، و يلزم أيضاً أنه بالوصيه إلى المعدوم من أول الأمر ينتقل العين الموصى بها اليه، كما هو مقتضى الوصيه، مع أنه معدوم فى ذلك الوقت و لا يصلح للتملك.

نعم لو كانت الوصيه بثمره بستان لزيد، و لأولاده المتجددين من بعده و هذا موضع شبهه فى المقام، فإنه و ان لم يأت فيه ما تقدم من المحذور الأول، إلا أن الثانى آت فيه، لأنه بالوصيه الى زيد و لأولاده ينتقل الموصى به الى كل منهما، و كل منهما يوصى له بطريق الاستقلال لأن الثمره التى تملكها الأول بالوصيه غير الثمره التى تملكها الآخر فى زمانه، و مقتضى الوصيه التمليك، فيلزم بمجرد الوصيه تملك المعدوم، مع أنه غير قابل للتملك، و لو بالتبعيه، بخلاف الوقف، لأن الملك متحقق للموجود فى الأصل ابتداءً، و منه ينتقل الى المعدوم بعد وجوده، و يزيد ذلك تأييداً أو تعليلاً و تشييداً أن الوصيه كما عرفت من المملكات موجه لنقل الملك من الموصى الى الموصى له، فلا بد من الدليل الشرعى على صحه تملك الوصيه، ليرتب عليها الأثر المذكور، و الذى علم من الأدله و الأخبار الوارده فى

باب الوصيه هو تخصيص ذلك بالوصيه إلى الموجود، والحكم بالصحة في المعدوم يتوقف على الدليل، وليس فليس.

## الثانيه [في صحة الوصيه للوارث والأجنبي]:

الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب (رضى الله عنهم) في صحة الوصيه للوارث والأجنبي وغير الوارث من الأقارب، والخلاف هنا إنما هو من الجمهور، فإن أكثرهم على عدم جوازها للوارث، ورووا في ذلك

عنه (١) (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه قال:

«لا وصيه لوارث». ويدل على ما ذكره الأصحاب الآية، وهي قوله عز وجل (٢) «كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ» ومن الظاهر أن الوالدين يكونان وارثين البتة، فهي صريحه في جواز الوصيه للوارث، والأقارب قد يكونوا وارثين أيضا فتدل الآية أيضا على ذلك بإطلاقها، فالمراد بقوله في الآية «كُتِبَ» ليس للوجوب، بل المراد التأكيد والحث على ذلك.

وقد اضطرب كلام العامه في المقتضى عن الآية والجواب عنها، فقليل: بأنها منسوخه بآيه الموارث وقد رواه

العياشي في تفسيره عن ابن مسكان (٣) عن أبي جعفر عليه السلام

في قوله تعالى «كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ» قال: هي منسوخه نسختها آيه الفرائض التي هي الموارث. وجمله من أصحابنا حملوا هذه الروايه على التقيه، لما عرفت من أن المنع مذهب العامه.

ويحتمل قريبا حمل النسخ فيها على نسخ الوجوب، فان ظاهر الآية الوجوب وأنه قد نسخ بآيه الموارث، فلا ينافي الجواز بل الاستحباب.

ومنهم من حمل الوالدين على الكافرين، وباقي الأقارب على غير الوارث

ص: ٥١٧

١-١) الجامع الصغير ج ٢ ص ٢٠٤ الطبعة الرابعة-دار الكتب العلميه.

٢-٢) سورة البقره-الايه ١٨٠.

٣-٣) تفسير العياشي ج ١ ص ٧٧ ح ١٦٧، الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٦ الباب ١٥ ح ١٥.

منهم جمعا، و منهم من جعلها منسوخه فيما يتعلق بالوالدين خاصه.

قال فى المسالك: و يبطل الأول بأن الشىء إنما ينسخ غيره إذا لم يمكن الجمع بينهما، و هو هنا ممكن بحمل الإرث على ما زاد عن الثلث، كغيرها من الوصايا، و به يبطل الباقي، قال: و الخبر على تقدير تسليمه يمكن حمله على نفى وجوب الوصيه الذى كان قبل نزول الفرائض، أو على نفى الوصيه مطلقا، بمعنى إمضائها، و ان زادت عن الثلث، كما يقتضيه إطلاق الآيه، و المراد نفى الوصيه عما زاد عن الثلث.

ثم ان مما يدل على الوصيه للوارث الأخبار المتكاثره، و منها ما رواه

فى الكافى عن أبى بصير (1) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الوصيه للوارث، فقال:

تجوز.

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن أبى ولاد الحناط (2) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الميت يوصى للوارث بشىء؟ قال: نعم، أو قال جائز له.»

و ما رواه

فى الكافى عن محمد بن مسلم (3) فى الصحيح

«عن أبى جعفر عليه السلام قال: الوصيه للوارث لا بأس بها.»

و عن محمد بن مسلم (4) فى الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الوصيه للوارث؟ قال: تجوز.»

و ما رواه

المشايخ الثلاثة عن محمد بن مسلم (5) فى الموثق عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«سألت عن الوصيه للوارث؟ فقال: تجوز، قال: ثم تلا هذه الآيه «إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ» .

و فى هذا الخبر ما يؤذن بحمل خبر العياشى على المعنى الثانى، و هو أن

- 
- ١-١) الكافي ج ٧ ص ٩ ح ١. الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٤ ح ٣.
  - ٢-٢) الكافي ج ٧ ص ٩ ح ٢، التهذيب ج ٩ ص ١٩٩ ح ٧٩١. الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٣ ح ١.
  - ٣-٣) الكافي ج ٧ ص ٩ ح ٣. الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٤ ح ٤.
  - ٤-٤) الكافي ج ٧ ص ١٠ ح ٤. الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٤ ح ٥.
  - ٥-٥) الكافي ج ٧ ص ١٠ ح ٥، التهذيب ج ٩ ص ١٩٩ ح ٧٩٨، الفقيه ج ٤ ص ١٤٤ ح ٤٩٣. الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٣ ح ٢.

المراد نسخ الوجوب، فإن الإمام عليه السلام قد استدل بها على جواز الوصيه للوارث، و ما دان إلا باعتبار حمل قوله «كُتِبَ» على تأكيد الاستحباب.

و أما ما رواه

الشيخ عن القاسم بن سليمان (١)

«قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اعترف لوارث بدين في مرضه، فقال: لا تجوز وصيه لوارث و لا اعتراف».

فقد أجاب عنه الشيخ في التهذيبين بالحمل على التقية، قال لموافقته مذاهب العامه و مخالفته للقرآن، و حمله في الفقيه على أكثر من الثلث.

### الثالثه [في بيان الأقوال في الوصيه للذمي و الحربى]:

اختلف الأصحاب في جواز الوصيه للذمي على أقوال: فقيل:

بالصحة مطلقا رحما كان أو غيره، و هو قول ابن إدريس و من تبعه، و منهم المحقق و العلامة.

و قيل: بالعدم مطلقا و هو القاضى ابن البراج، و قيل: تصح إذا كان رحما، و لا تصح ان كان أجنبيا، نقله الشيخ في الخلاف عن بعض أصحابنا.

و يدل على الأول قوله عز و جل (٢) «لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ إِلَى قَوْلِهِ أَنْ تَبَرُّوهُمْ» و الوصيه بر.

و من الأخبار ما رواه

المشايخ الثلاثة (قدس الله أرواحهم) عن محمد بن مسلم (٣) في الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بماله في سبيل الله فقال: أعطه لمن أوصى به له، و ان كان يهوديا أو نصرانيا، أن الله تبارك و تعالى يقول (٤) فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ».

و ما رواه في الكافي و التهذيب بسند صحيح غير الأول عن محمد بن مسلم (٥)

ص: ٥١٩

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ٢٠٠ ح ٧٩٩، الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٥ ح ١٢.

٢- (٢) سورة الممتحنة-الايه ٨.

٣- (٣) التهذيب ج ٩ ص ٢٠٣ ح ٨٠٨، الكافي ج ٧ ص ١٤ ح ١، الفقيه ج ٤ ص ٤٨ ح ٥١٤، الوسائل ج ١٣ ص ٤١١ الباب ٣٢.

٤-٤) سورة البقره-الايه ١٨١.

٥-٥) الكافي ج ٧ ص ١٤ ح ٢، التهذيب ج ٩ ص ٢٠١ ح ٨٠٤، الوسائل ج ١٣ ص ٤١١ الباب ٣٢ ذيل الروايه الأولى.

عن أحدهما عليهما السلام مثله بأدنى تفاوت.

و ما رواه

المشايخ الثلاثة أيضا عن يونس بن يعقوب (١).

«أن رجلا كان بهمدان ذكر أن أباه مات، وكان لا يعرف هذا الأمر، فأوصى بوصيه عند الموت و أوصى أن يعطى شىء فى سبيل الله فسئل عنه أبو عبد الله عليه السلام كيف يفعل به؟ فأخبرناه أنه كان لا يعرف هذا الأمر، فقال: لو أن رجلا أوصى الى أضع فى يهودى أو نصرانى لوضعتة فيهما، أن الله عز و جل يقول «فَمَنْ يَدَّلْهُ بَعْدَ مَا سَجَعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ» فانظروا الى من يخرج الى هذا الوجه يعنى «بعض الثغور» فابعثوا به اليه».

و استدلل للشانى- بأن الوصيه تستلزم الموده، و هى محرمة بالنسبه إلى الكافر، بقوله تعالى (٢) «لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ  
الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ وَ لَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ» و هى متناوله للأرحام و غيرهم.

و رده فى المسالك فقال: و يضعف بمعارضته بقوله تعالى (٣) «لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ» الآية و الذمى مطلقا داخل فيها، و بما تقدم من الأخبار،

و بقوله (صلى الله عليه و آله و سلم) (٤).

«على كل كبد حرى أجرا»، و ينتقض بجواز هبته و إطعامه و يمنع كون مطلق الوصيه له مواده، لأن الظاهر أن المراد منها مواده المحاد لله من حيث هو محاد لله بقريته ما ذكر من جواز صلته، و هو عين المتنازع، لأننا لا نسلم أنه لو أوصى للكافر من حيث انه كافر لا من حيث أنه عبد لله و ذو روح من أولاد آدم المكرمين لكانت الوصيه باطله ثم انه اختار القول بالصحة مطلقا

ص: ٥٢٠

١- ١) الكافى ج ٧ ص ١٤ ح ٢، التهذيب ج ٩ ص ٢٠١ ح ٨٠٤، الوسائل ج ١٣ ص ٤١٤ ح ٤.

٢- ٢) سورة المجادله-الايه ٢٢.

٣- ٣) سورة الممتحنه-الايه ٨.

٤- ٤) الكافى ج ٤ ص ٥٧ ح ٢ و فيه «أفضل الصدقه إبراد كبد حرى» و فى هامش الجامع الصغير ج ٢ ص ٦٨ عن صحيح

الترمذى لك بكل ذات كبد حرى أجر الوسائل ج ٦ ص ٣٣٠ الباب ٤٩.



أقول: لقائل أن يقول: ان الأخبار المذكوره لا- دلالة فيها على أزيد من وجوب تنفيذ الوصيه كما أوصى به الموصى، و هو لا يستلزم جواز ذلك، بل من الممكن أن يكون ما فعله محرما يأنم عليه و ان وجب تنفيذه على الوصى، و اليه تشير الأخبار المذكوره، فإن الظاهر من الأخبار أن معنى سبيل الله هو جميع وجوه البر كما تقدم بيانه، و ان تفسيره بالجهاد إنما هو مذهب العامه، و لهذا انه عليه السلام فى خبر يونس بن يعقوب أمر بصرفه فى ذلك لكون الموصى مخالفا.

و بالجمله فإن النهى عن مواده الذمى و صلته التى من جملتها الوصيه له لا ينافى وجوب تنفيذها بالآيه المذكوره، ألا ترى أن البيع بعد النداء يوم الجمعة محرماً يأنم فاعله مع أنه صحيح لو وقع، و مرجع ذلك الى أن الآيه قد دلت على أنه يجب تنفيذ ما أوصى به حسبما أوصى به، سواء كان ما فعل من الوصيه جائزا أو محرما، و اثم تحريمه انما يتعلق به، لا بالموصى، نعم تبقى المعارضه بين الآيتين المذكورتين، و الجمع بينهما مشكل، و قد مر فى كتاب الوقف مزيد كلامه فى ذلك: و أما استناده فيما ذكره الى الخبر النبوى المذكور، و الى أنه تجوز هبته و إطعامه فهو ناش من الغفله عن مراجعه النصوص الواردة فى هذا الباب، و ذلك فإنه قد روى

ثقه الإسلام فى الكافى النهى عن إطعام الكافر، عن أبى يحيى (١) عن بعض أصحابنا

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال: من أشبع مؤمنا وجبت له الجنة، و من أشبع كافرا كان حقا على الله أن يملأ جوفه من الزقوم، مؤمنا كان أو كافرا».

و روى الصدوق قدس سره فى كتاب معانى الأخبار بسنده فيه عن النهيكي (٢) رفعه الى أبى عبد الله عليه السلام

«أنه قال من مثل مثالا أو اقتنى كلبا فقد خرج من الإسلام فقلت له: هللك إذا كثير من الناس، فقال: انما عينت بقولى «من مثل

١- ١) أصول الكافى ج ٢ ص ٢٠٠ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٥٢٣ ح ١.

٢- ٢) معانى الأخبار ص ١٨١، الوسائل ج ١٦ ص ٥٢٣ ح ٢.

مثالاً» من نصب ديناً غير دين الله و دعى الناس اليه، و بقولى «من اقتنى كلباً مبغضاً لأهل البيت اقتناه فأطعمه و سقاه من فعل ذلك فقد خرج عن الإسلام».

و عن معلى بن الحسين (١) عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث قال:

«من أشبع عدواً لنا فقد قتل ولياً لنا».

و فى وصيته (صلى الله عليه و آله و سلم) لأبى ذر المنقوله فى كتاب مجالس الشيخ (٢):

«يا أبا ذر لا يأكل طعامك إلا تقى. الى أن قال: أطعم طعامك من يحب فى الله، و كل طعام من يحبك فى الله».

و روى فى التهذيب عن عمر بن يزيد (٣)

«قال سألته عن الصدقه على النصاب و على الزيديه، فقال: لا تصدق عليهم بشىء و لا تسقهم من الماء ان استطعت، و قال: الزيديه هم النصاب».

و عن ابن أبى يعفور (٤) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: جعلت فداك ما تقول فى الزكاه؟ الى أن قلت: فيعطى السؤال منها شيئاً؟ قال: فقال: لا و الله إلا أن ترحمه فان رحمته فأعطه كسره ثم أو مى بيده فوضع إبهامه على أصول أصابعه».

و فى روايه أبى بصير (٥)

«عن الصادق عليه السلام قال: أبو عبد الله عليه السلام أ ترون أنما فى المال الزكاه و حدها، ما فرض الله فى المال من غير الزكاه أكثر، تعطى منه القرابه و المتعرض لك ممن يسألك فتعطيه ما لم تعرفه بالنصب، فإذا عرفته بالنصب فلا تعطه إلا أن تخاف لسانه فتشترى دينك و عرضك منه».

الى غير ذلك من الأخبار الكثيره الدلاله على ذلك، و هى مؤيده لما دلت

ص: ٥٢٢

١- (١) معانى الأخبار ص ٣٦٥.

٢- (٢) أمالى الشيخ الطوسى ج ٢ ص ١٤٨ ط النجف الأشرف.

٣- (٣) التهذيب ج ٤ ص ٥٣ ح ١٤١.

٤- (٤) التهذيب ج ٤ ص ٥٣ ح ١٤٢.

٥- (٥) الكافى ج ٣ ص ٥٥١ ح ٢. و هذه الروايات فى الوسائل ج ١٦ ص ٥٢٤ ح ٣ و ٤ و ج ٦ ص ٢٨٨ ح ٢ و ص ١٥٣ ح ٦ و



عليه الآيه المذكوره أعنى قوله تعالى (١) «لَا تَجِدُ قَوْمًا» الآيه و يعضده هذه الآيه أيضا قوله عز و جل (٢) «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا عِدُوِّي وَعِدْوَكُمْ أَوْلِيَاءَ تُلْقُونَ إِلَيْهِم بِالْمَوَدَّةِ وَقَدْ كَفَرُوا بِمَا جَاءَكُمْ مِنَ الْحَقِّ» الى أن قال «وَمَنْ يَفْعَلْهُ مِنْكُمْ فَقَدْ ضَلَّ سَوَاءَ السَّبِيلِ إِنَّ يَثْقُقُوكُمْ يُكُونُوا لَكُمْ أَعْدَاءً وَيَبْسُطُوا إِلَيْكُمْ أَيْدِيَهُمْ وَأَلْسِنَتُهُمْ بِالسُّوءِ وَوَدُّوا لَوْ تَكْفُرُونَ» .

و أنت خبير بما فيها من التسجيل على النهى عن المواده لهم على أبلغ وجه و أكدده، و لا ريب أن الوصيه لهم نوع محبه كما لا يخفى، و بما ذكرناه من الاعتضاد بهذه الآيه و الأخبار المذكوره يظهر ترجيح العمل بآيه «لَا تَجِدُ قَوْمًا» على الآيه الأخرى و هى (٣) «لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ» الآيه.

و من المحتمل قريبا تخصيص هذه الآيه بمعنى لا ينافى ما دلت عليه تلك الآيات و الأخبار، كما ذكره الطبرسى فى كتاب مجمع البيان، قال: أى ليس ينهاكم الله عن مخالطه أهل العهد الذين عاهدوكم على ترك القتال، و برهم و معاملتهم بالعدل، و هو قوله (٤) «أَنْ تَبْرُوهُمْ وَ تَقْسِبُوا إِلَيْهِمْ» أى و تعدلوا فيما بينكم و بينهم من الوفاء بالعهد، نقل ذلك عن الزجاج، و إذا قام هذا الاحتمال فلا دلالة فى الآيه على المخالفه، ثم نقل قولاً بأنها منسوخه بآيه (٥) «فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ» عن ابن عباس و الحسن و قتاده و على هذا فلا إشكال أيضا إلا أن ظاهر كلامه الأخير يؤذن بالمخالفه، و قد تقدم نقله فى كتاب الوقف.

و المراد بالناصب فى هذه الأخبار هو المخالف الغير المستضعف، و لا الجاهل بالإمامه لا ما يتوهمه متأخر و أصحابنا من المعلن بعداوه أهل البيت عليهم السلام كما

ص: ٥٢٣

- ١- ١) سورة المجادله-الايه ٢٢.
- ٢- ٢) سورة الممتحنه-الايه ١.
- ٣- ٣) سورة الممتحنه-الايه ٨.
- ٤- ٤) سورة الممتحنه-الايه ٨.
- ٥- ٥) سورة التوبه-الايه ٥.

تقدم تحقيقه في غير مقام، ولا سيما في كتب العبادات.

و بذلك يظهر لك ما في قوله «انا لا نسلم أنه لو أوصى للكافر من حيث انه كافر لكانت الوصيه باطله»، فإن فيه ما عرفت من أنه لا- منافاه بين إنفاذ الوصيه بعد وقوعها، وعدم جواز الوصيه له، ومحل البحث إنما هو جواز الوصيه، وقد دلت الأخبار التي سردناها على عدم جواز صله الكافر، و الوصيه من جمله ذلك، فلا يجوز حينئذ، ولكن بعد وقوعها و إن أثم الموصى بذلك لا تجوز مخالفته لمقتضى الأخبار المذكوره المعترضه بالآيه الداله على النهى عن التبديل و المخالفه لما أوصى به.

و استدل للقول الثالث بما ورد من الحث على صله الرحم مطلقا، فيتناول الذمي، ورد بأن ذلك غير مناف لما دل على صله غيره.

أقول: هذا الجواب انما يتم لو دل الدليل على صله غيره ممن هو محل البحث، و أما على ما ذكرناه من عدم جواز ذلك كما عرفت، فالقول المذكور و ما علل به جيد لا بأس به، إلا أنه يمكن أن يقال: انه قد تعارض هنا عمومان:

أحدهما- ما دل على صله الرحم متدينا كان أو غيره، و ثانيهما- ما دل على المنع من صله الكافر مطلقا رحما كان أو غيره، كما عرفت من الأخبار التي ذكرناها، و تخصيص أحد العمومين بالآخر يحتاج الى دليل، و من ذلك يظهر أن الأظهر هو القول بالمنع مطلقا، و يؤيده أنه الأحوط من هذه الأقوال، و الاحتياط أحد المرجحات الشرعيه في مقام التعارض بين الأدله، هذا بالنسبه إلى الذمي.

و أما الحربى و المراد به ما هو أعم من الوثنى أو الذمى الذى لا يقوم بشرائط الذمه، و الظاهر أن المشهور بينهم هو عدم صحه الوصيه له، و استدل عليه بقوله تعالى (1) «إِنَّمَا يَنْهَاكُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ» الآية، و الحربى ناصب نفسه لذلك.

ص: ٥٢٤

قال فى المسالك: وفى نظره، لأن الحربى قد لا يكون مقاتلا بالفعل بل ممتنعا من التزام شرائط الذمه، فلا يدخل فى الآيه، وقوله عليه السلام فى الخبر السابق «أعطه لمن أوصى له، وان كان يهوديا أو نصرانيا»، واستشهاده بالآيه يتناول بعمومه الحربى، لأن «من» عامه فى المتنازع وكذلك اليهودى والنصرانى شامل للذمى وغيره، حيث لا يلتزم بشرائط الذمه، انتهى.

أقول: من المحتمل قريبا- بل الظاهر أنه هو المراد- أن المراد بالقتال فى الدين انما هو بعد طلبهم الى الدخول فى الدين، أو القيام بالجزية ان كانوا من أهل الكتاب، بمعنى انكم إذا طلبتموهم الى ذلك قاتلوكم، و لم يجيبوا دعوتكم، و نصبوا لكم القتال، لا أن المراد أنهم يتدءونكم بالقتال، و ينصبون لكم الحرب، و ان لم تدعوهم إلى الإسلام، إذ من الظاهر أن أهل مكة الذين هم مورد الآيه و غيرهم انما قاتلوا رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) بعد الدعوه الى الإسلام، و طلبهم الى الدخول فيه، و إلا فلو كف عنهم لكفوا عنه و لم يقاتلوه بالكلية.

و أما الاستناد إلى ما ذكره من قوله عليه السلام فى الخبر السابق «أعطه لمن أوصى له و ان كان يهوديا»، فان فيه ما قدمنا تحقيقه من أنه لا يلزم من وجوب التنفيذ صحه الوصيه، بل يجب على الوصى إنفاذ ما أوصى به و ان كان أصل الوصيه منهيًا عنه، جمعا بين الآيات و الأخبار الداله على النهى عن صله الكافر و موادته، و الوصيه من قبيل ذلك، و بين الأخبار المشار إليها الداله صريحا على وجوب تنفيذ ما أوصى به، و ليس فيما ذكرناه من هذا القول ما يطعن به عليه، إلا كونه خلاف المشهور بينهم، و إلا فالقواعد الشرعيه لا تنافيه بل تعضده، كما تقدمت الإشارة إليه.

ثم ان ما استدل به على عدم صحه الوصيه للحربى و كذا الوقف عليه أن مال الحربى فىء للمسلمين، فلا يجب دفعه إليه لأنه غير مالك، فلو جازت

الوصيه له لكان إما أن يجب على الوصى دفعه اليه و هو باطل لما تقدم، أو لا يجب و هو المطلوب، إذ لا معنى لبطلان الوصيه إلا عدم وجوب تسليمها الى الموصى له.

و اعترضه فى المسالك بأن فيه منع استلزام عدم وجوب دفع الوصيه إليه بطلانها، لأن معنى صحتها ثبوت الملك له إذا قبله فيصير حينئذ ملكا من أملاكه يلزمه حكمه، و من حكمه جواز أخذ المسلم له، فإذا حكمنا بصحة وصيته، و قبضه الوصى ثم استولى عليه من جهه أنه مال الحربى، لم يكن منافيا لصحة الوصيه، و كذا لو منعه الوارث لذلك، و ان اعترفوا بصحة الوصيه.

و تظهر الفائده فى جواز استيلاء الوصى على العين الموصى بها الحربى، فيختص بها دون الورثه، و كذا لو استولى عليها بعض الورثه دون بعض، حيث لم يكن فى أيديهم ابتداء، و لو حكمنا بالبطلان لم يأت هذا، بل يكون الموصى به من جمله التركة، لا يختص بأحد من الورثه.

أقول: يمكن أن يقال: أن مراد المستدل المذكور هو أنه لما أباح الشارع ماله و جعله فيئا للمسلمين، دل ذلك على كونه غير أهل للملك، بمعنى أنه لا يدخل شىء فى ملكه، بأى نحو كان، و أن هذا المال الذى كان عنده انما هو بمنزله الأشياء المباحه للناس، كل من سبق اليه و حازه ملكه دون غيره، و كونه فى يده قبل الاستيلاء عليه بالقهر و الغلبه من المسلمين، لا يدل على الملك، و على هذا فلا يجوز إدخال شىء فى ملكه بوصيه أو غيرها، حتى أنه بعد الدخول فى ملكه، يصير فيئا للمسلمين، كما ذكره (قدس سره) بل تصير الوصيه إليه باطله، و يكون الموصى به من جمله التركة كما ذكره أخيراً، و هو احتمال قريب وجيه لا بد لفيه من دليل.

#### الرابعه [فى الوصيه لمملوك الأجنبى و مدبره]:

##### اشاره

قالوا: لا تصح الوصيه لمملوك الأجنبى و لا لمدبره، و لا لأم ولده، و لا لمكاتبه المشروطه، أو الذى لم يؤد من مكاتبته شيئاً، و ان أجاز مولاه.

أقول: أما عدم جواز الوصيه لمملوك الغير قنا كان أو مدبراً أو أم ولد،

فاستدلوا عليه بانتفاء أهليه الملك بالنسبه إلى هؤلاء، و هو شرط فى صحه الوصيه.

و فيه أن هذا إنما يتم على القول بأن المملوك لا يملك شيئاً مطلقاً، كما هو أحد الأقوال فى المسئله، و أما على القول بأنه يملك و ان كان فى التصرف محجوراً إلا- بإذن المولى، فإنه لا مانع من صحه الوصيه له، فيعتبر قبوله كغيره، و ربما استدل على عدم الصحه بروايه

عبد الرحمن بن الحجاج (١) عن أحدهما عليهما السلام قال:

«لا وصيه لمملوك».

و فيه أن الخبر كما يحتمل نفى الوصيه من الغير له، كذلك يحتمل نفى أن يوصى المملوك لغيره، لاحتتمال أن يكون الإضافه هنا الى الفاعل، أو المفعول.

و أما بالنسبه إلى مكاتب الغير إذا كان مشروطاً أو مطلقاً و لم يؤد شيئاً بالكلية، فالمشهور أن الحكم فيه كما فى سابقه، لبقاء المملوكيه.

و قيل: بصحه الوصيه للمكاتب مطلقاً، لانقطاع سلطنه المولى عنه، و لهذا يصح بيعه و اكتسابه، و قبول الوصيه نوع من الاكتساب.

أقول: و الذى وقفت عليه من الروايات المتعلقة بالمكاتب ما رواه

المشايخ الثلاثة (قدس الله أرواحهم) فى الصحيح عن محمد بن قيس (٢) عن أبى جعفر عليه السلام فى مكاتب كذا فى كتابى الكافى و التهذيب و فى الفقيه

«عن أبى جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى مكاتب كانت تحته امرأه حره، فأوصت له عند موتها بوصيه فقال: أهل الميراث لا نجيز وصيتها له، انه مكاتب لم يعتق و لا يرث، فقضى أنه يرث بحساب ما أعتق منه، و يجوز له من الوصيه بحساب ما أعتق منه، و قضى فى مكاتب أوصى له بوصيه و قد قضى نصف ما عليه فأجاز له نصف الوصيه و قضى فى مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصيه فأجاز ربع الوصيه، و قال فى رجل حر أوصى لمكاتبه، و قد قضت سدس ما كان عليها و أجاز بحساب ما أعتق منها».

ص: ٥٢٧

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ٢١٦ ح ٨٥٢. الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٦ ح ٢ الباب ٨٠.

٢- (٢) الكافى ج ٧ ص ٢٨ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٣ ح ٨٧٤، الفقيه ج ٤ ص ١٦٠ ح ٥٥٨. الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٨ الباب ٨٠.



و شيخنا فى المسالك بناء على ما حصل له من الوهم فى محمد بن قيس فى أمثال هذا السند من كونه مشتركاً، والحديث به ضعيف. رد هذه الروايه بذلك، بعد أن أوردها دليلاً للقول الأول، واختار القول الثانى و جعله الأقوى، وهو ضعيف، فان محمد بن قيس فى هذا السند و أمثاله هو الثقة، كما قطع به جملة من تأخر عنه، و منهم سبطه السيد السند فى شرح النافع، فتكون الروايه صحيحه بحسب العمل بمقتضى هذا الاصطلاح، هذا مع تأيدها بجملة من الأخبار الداله على أن المكاتب إذا أوصى صحت وصيته بقدر ما أعتق منه خاصه، و مقتضى كلامه المتقدم صحه وصيته مطلقاً، لانقطاع سلطنه المولى عنه الى آخر ما ذكره، مع أن الأخبار قد قصرت الصحه على قدر ما أعتق منه.

و منها

صحيحه محمد بن قيس (١)

«عن أبى جعفر عليه السلام قال قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى مكاتب قضى بعض ما كوتب عليه أن يجاز من وصيته بحساب ما أعتق عنه، و قضى فى مكاتب قضى نصف ما عليه فأوصى بوصيه فأجاز نصف الوصيه، و قضى فى مكاتب قضى ثلث ما عليه، و أوصى بوصيه فأجاز ثلث الوصيه».

و صحيحه أبان (٢) عن حدثه

«عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال: فى مكاتب أوصى بوصيه، قد قضى الذى كوتب عليه الأشياء يسيراً فقال: تجوز بحساب ما أعتق منه».

و روايه محمد بن قيس (٣)

«عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى وصيه مكاتب قد قضى بعض ما كوتب عليه أن تجاز من وصيته بحساب ما أعتق منه». و بذلك يظهر لك مزيد ضعف القول المذكور.

**تبيين:**

**الأول [رأى الشيخ فى المسأله]:**

قال فى المختلف: المشهور أنه لا تصح الوصيه لعبد الغير و لا لمكاتبه المشروط و غير المؤدى، و قال الشيخ فى المبسوط و تبعه ابن البراج: إذا أوصى

ص: ٥٢٨

- ٢-٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٢٣ ح ٨٧٥، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٩ الباب ٨١ ح ٢ و ص ٤٦٨ الباب ٨١ ح ١.
- ٣-٣) هذه الروايه تكرر منه (قدس سره).

لعبد نفسه أو لعبد ورثته كان ذلك صحيحا، لأن الوصيه للوارث عندنا تصح، و كذا ان أوصى لمكاتبه أو لمكاتب ورثته كانت الوصيه صحيحه، و لو أوصى لعبد الأجنبي لم تصح الوصيه، لما ورد في الخبر في ذلك، و في كلامه نظر، فإن الوصيه للعبد ان كانت وصيه لمولاه صحت، و ان كان العبد لأجنبي، لأنه تصح الوصيه له و ان لم يكن لم يبق فرق بين الوارث و الأجنبي، و بالجملة فهذا التفصيل مشكل، انتهى.

### الثانى [فى وصيه الإنسان لمكاتبه] :

قال فى المختلف: قال الشيخ المفيد (رحمه الله عليه) إذا أوصى لعبد له كاتبه جاز مما أوصى له بحساب ما أعتق عنه، و يرجع الباقي الى مال الورثه، و كذا قال سلا، و قال ابن البراج: يصح أن يوصى لمكاتبه، و هو المشهور، فان قصد المفيد برجوع الباقي الى الورثه من غير أن يسقط من مال الكتابه بقدره بل يكون لهم مجانا، لزم إبطال الوصيه للمكاتب، سواء كان الموصى المالك أو غيره، و هو مخالف لظاهر فتوى الأصحاب، و ان قصد رجوعه إليهم و إسقاط ما يقابله من مال الكتابه، فهو حسن، على أن إبطال الوصيه للمكاتب الغير المشروط لا يخلو عندى من نظر، انتهى.

أقول: ما نقله عن الشيخ المفيد (قدس الله روحه) هو القول الأول الذى دلت عليه صحيحه محمد بن قيس المتقدمه، و هى الاولى من رواياته، و ما نقله عن ابن البراج هو القول الثانى، و ظاهره أنه المشهور بينهم، و قد عرفت اختيار صاحب المسالك له، و عرفت ما فيه.

و أما ما أورده على الشيخ المفيد من أن حكمه برجوع الباقي من الوصيه على الورثه مجانا يعنى من غير احتساب ذلك من مال الكتابه الذى يستحقونه يلزم منه إبطال الوصيه.

ففيه أنه يجب أولا تحقيق البحث فى المسئله كما قدمنا ذكره من أنه هل الوصيه للمكاتب مطلقا صحيحه، أم لا؟ بل تكون مراعاه بأنه فى المطلق ان لم

ينعتق منه شيء فهي غير صحيحه، و ان انعتق منه شيء فيصح بنسبه ما انعتق منه، و أنت قد عرفت أنه لا- دليل للقول بالصحه مطلقا، إلا ما ذكره في المسالك من ذلك التعليل الاعتبارى العليل، و أن القول الثانى هو مدلول الصحيحه المتقدمه كما عرفت المعتضده بما ذكرناه من الأخبار الأخر، و ما ذكره من لزوم إبطال الوصيه لا ضير فيه إذا اقتضته الأدله الشرعيه، على أن الإبطال بالكلية انما يتجه لو لم ينعتق منه شيء بالكلية، و إلا فإنه يكون العتق بالنسبه.

و بالجمله فقول الشيخ المفيد هو الموافق للاخبار كما عرفت، و ما ذكره من أن كلام الشيخ المذكور مخالف لفتوى الأصحاب فلا ضير فيه إذا اعتضدته الأدله الشرعيه، خلا ما ذكره الأصحاب كما عرفت فى الباب.

### الخامسه [فى وصيه الإنسان لمملوكه]:

#### اشاره

اختلف الأصحاب (رحمهم الله) فى صحه وصيه الإنسان لمملوكه فقال الشيخ المفيد فى المقنعه و الشيخ فى النهايه: إذا أوصى الإنسان لعبده بثلث ماله ينظر فى قيمه العبد قيمه عادله، و ان كانت قيمته أقل من الثلث أعتق و أعطى الباقي، و ان كانت مثله أعتق و ليس له شيء، و لا- عليه شيء، و ان كانت القيمه أكثر من الثلث بقدر السدس أو الربع أو الثلث أعتق بمقدار ذلك، و استسعى فى الباقي لورثته، و ان كانت قيمته على الضعف من ثلثه، كانت الوصيه باطله، و تبعهما ابن البراج فى كتابى الكامل و المهذب.

و قال الشيخ فى الخلاف إذا أوصى لعبد نفسه صحت الوصيه، و قوم العبد و أعتق إذا كان ثمنه أقل من الثلث، و ان كان ثمنه أكثر من الثلث استسعى العبد فيما يفضل للورثه، و أطلق، و كذا قال أبو الصلاح.

و قال سلار: ان كانت أقل من الثلث عتق و أعطى ما فضل، و ان كانت أكثر بمقدار الربع و الثلث من الثلث عتق بمقدار الثلث، و استسعى فى الباقي.

و قال الشيخ على بن الحسين بن بابويه: إذا أوصى لمملوكه بثلث ماله، قوم المملوك قيمه عادله، فإن كانت أكثر من الثلث استسعى فى الفضل ثم أعتق و ان كانت قيمته أقل من الثلث أعطى ما فضلت قيمته عليه، ثم أعتق.

و قال ابن الجنيد: لو أوصى للمملوك بثلث ماله،

فقد روى (١)

«عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: فان كانت الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربع قيمه استسعى العبد فى ربع قيمه، وان كان الثلث أكثر من قيمة العبد أعتق العبد، و دفع اليه ما فضل من الثلث بعد قيمه».

و يخرج الثلث من جميع التركة، و لو كانت الوصيه للمملوك بمال مسمى لم يكن لعتاقه يجوز إخراج ذلك من غير رقبته، و لو كانت جزء من التركة كعشر أو نحوه كان العبد بما يملكه من ذلك الجزء من رقبته متحرراً، أو باقيه كما قلنا، و اختار ابن إدريس مذهب الشيخ فى الخلاف.

قال فى المختلف بعد نقل هذه الأقوال: و المعتمد أن نقول ان كانت الوصيه بجزء مشاع كثلث أو نصف أو ربع قوم العبد و أعتق عن الوصيه، فإن فضل من قيمته شىء استسعى فى الفضل للورثه، سواء كان الفضل ضعف قيمته أو أقل أو أزيد، و ان قضى عتق و أخذ الفضل، فان ساواه عتق، و لا شىء له و لا عليه، و ان كانت الوصيه بعين بطلت و لا شىء له، و لا يعتق منه شىء.

و قال المحقق فى الشرائع: و يعتبر ما أوصى به المملوك بعد خروجه من الثلث، فان كان بقدر قيمته أعتق، و ان كان قيمته أقل أعطى الفضل، و ان كانت أكثر سعى للورثه فيما بقى ما لم يبلغ قيمته ضعف ما أوصى له به، فان بلغت ذلك بطلت الوصيه، و قيل: تصح و يسعى فى الباقي كيف كان و هو حسن، انتهى.

أقول: و الذى وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بهذه المسئله ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن الحسن بن صالح الثورى (٢)

«عن أبي عبد الله عليه السلام فى رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله، قال: فقال: يقوم المملوك بقيمه عادله، ثم ينظر ما يبلغ ثلث الميت، فان كان الثلث أقل من قيمه العبد بقدر ربع قيمه استسعى العبد فى ربع قيمه، و ان كان الثلث أكثر من قيمه العبد أعتق العبد و دفع اليه

ص: ٥٣١

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ٢١٦ ح ٨٥١، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٧ ح ٢.

٢- (٢) التهذيب ج ٩ ص ٢١٦ ح ٨٥١، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٧ ح ٢.

ما فضل من الثلث بعد القيمة».

و ما ذكره

الرضا عليه السلام فى كتاب الفقه الرضوى (١) حيث قال:

«و ان أوصى لمملوكه بثلث ماله قوم المملوك قيمه عادله، فإن كانت قيمته أكثر من الثلث استسعى فى الفضله ثم أعتق». و هذه عين عبارته الشيخ على بن بابويه المتقدمه، إلا أنه عليه السلام لم يذكر ما إذا كانت قيمته أقل، و لعل هذه الزيادة كانت فى نسخه الكتاب الذى عند الشيخ المزبور، و يحتمل أنها من كلامه (رحمه الله) تميمًا لمعنى الكلام.

و كيف كان فينبغى أن يعلم أن الكلام هنا فى مقامين

### الأول [الفرق بين ما إذا كانت الوصيه بجزء مشاع و بينما إذا كانت بعين]

- أن مقتضى الروايتين - و هو صريح العلامة فى المختلف و ابن الجنىد، و ظاهر الشيخين فيما تقدم نقله عنهما، و كذا الشيخ على بن بابويه - هو الفرق بين ما إذا كانت الوصيه بجزء مشاع كثلث أو نصف أو ربع، فإن الحكم فيه ما ذكر من التفصيل، و بينما إذا كانت الوصيه بعين، فإنه تبطل الوصيه من رأس، لأن المملوك لا يملك، و على تقدير ملكه فإنه لا يجوز التخطى الى غير ما أوصى به، لأنه يكون تبديلاً للوصيه فالتخطى الى رقبته تبديل للوصيه حينئذ، فلا يجرى فيه الحكم المذكور فى الخبرين.

و حكم الوصيه بالمعين و ان كان غير مذكور فى كلام المشايخ الثلاثة المذكورين، إلا أن تخصيصهم هذا التفصيل بالوصيه بالمشاع، ظاهر فى أنه لا يجرى فى المعين، و ليس بعده إلا - البطلان، و ظاهر كلام الأكثر كالشيخ فى الخلاف و ابن إدريس و المحقق فيما نقلناه عنه و غيرهم هو العموم، و لهم فى تعليل ذلك كلمات عليه، و الظاهر هو القول الأول عملاً - بالخبرين المذكورين.

و انما يبقى الكلام فى صحه الوصيه له بالمعين و عدمها، و هو مبنى على صحه تملك العبد و عدمه، و إلا فالتخطى إلى الرقبه على تقدير الصحه مشكل

ص: ٥٣٢

لما عرفت، و نحن انما صرنا إلى التخطى إلى الرقبه فيما إذا كانت الوصيه بجزء مشترك، للخبرين المتقدمين، و بيان الوجه فيما دلا عليه، ما ذكره فى المختلف و هو أن الجزء المشاع يتناول نفسه. أو بعضها، لأنه من جمله الثلث الشائع، و الوصيه له بنفسه صحيحه، و الفاضل قد استحقه بالوصيه، لأنه يصير جزء، فيملك بالوصيه، فيصير كأنه قال أعتقوا عبدى من ثلثى، و أعطوه ما فضل منه، انتهى، و هذا كله مفقود فى صورته التعيين.

### **الثانى [فى رد تفصيل الشيخين فى وصيه الإنسان لمملوكه]**

-أن المفهوم من كلام الشيخين المتقدم أنه فى صورته ما إذا كانت قيمته أكثر من الثلث الموصى له بقدر ضعف ما أوصى به، كما لو كانت قيمته مائتين الموصى له به يبلغ مائه. فإنه تبطل الوصيه فى هذه الصوره، و انما تصح فيما إذا كانت أقل من الضعف و لو يسيرا فيعتق منه بقدر الوصيه ان خرجت من الثلث، و إلا فبقدر الثلث، و يستسعى للورثه فى الباقي كما لو أوصى له بمائه و خمسين، و قيمته مائتان، فإنه ينعق منه بالوصيه ثلاثه أرباعه، و يسعى للورثه فى ربع قيمته، و هو خمسون.

و ظاهر كلام المحقق و هو اختياره فى المسالك أيضا، أنه لا فرق بين الأمرين بأن يكون قيمته بقدر ضعف ما أوصى له به أو أقل، فإنه ينعق بحساب ما أوصى له به مطلقا، ما لم يزد عن الثلث، فان زاد فبحساب الثلث، و هذا هو ظاهر كلام الشيخ فى الخلاف، و أبى الصلاح و الشيخ على بن بابويه و ابن إدريس، و نقله الشهيد فى نكت الإرشاد عن المحقق فى النكت، قال: و استدل عليه الشيخ بإجماع الفرقه.

قال فى المسالك -بعد إيراد روايه حسن بن صالح المتقدمه دليلا للشيخين فيما ذهب اليه-: و وجه دلاله الروايه من جهه مفهوم الشرط فى قوله فيها «فان كان الثلث أقل من قيمه العبد بقدر ربع قيمه استسعى العبد فى ربع قيمه» فإن مفهومه أنه لو لم يكن أقل بقدر الربع لا يستسعى، و انما يتحقق عدم

الاستسعاء مع البطلان، ولا يخفى عليك ضعف هذا التنزيل، فان مفهومهما أن الثلث ان لم يكن أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة لا يستسعى في ربع القيمة، لأنه لا يستسعى مطلقا، وهذا مفهوم صحيح لا يفيد مطلوبهم، فلا ينافى القول بأنه يستسعى بحسابه، فان كان أقل بقدر الثلث يستسعى في الثلث أو بقدر النصف، فيستسعى في النصف، وهكذا و أيضا فلو كان المفهوم الذى زعموه صحيحا لزم منه أنه متى لم يكن الثلث أقل من قيمته بقدر الربع لا يستسعى بل تبطل الوصيه، وهذا شامل لما لو كانت القيمة قدر الضعف و أقل من ذلك الى أن يبلغ النقصان قدر الربع فمن أين خصصوا البطلان بما لو كانت قيمته قدر الضعف؟ ما هذا إلا عجب عجاب من مثل هذين الشيخين الجليلين، انتهى و هو جيد وجيه.

### السادسه [فى وصيه الإنسان بعق مملوكه و عليه دين] :

#### اشاره

إذا كان على الإنسان دين و أوصى بعق مملوكه، و ليس له سواه أو أعتقه منجزا فقد اختلف كلام الأصحاب (رضى الله عنهم) فى ذلك فقال الشيخ المفيد (قدس سره) فى كتاب المقنعه إذا كان على الإنسان دين، و لم يخلف إلا عبدا أو عبيدا فأعتقهم عند الموت، نظر فى قيمة العبد أو العبيد و ما عليه من الدين فان كان أكثر من قيمة العبد بطل العتق، و بيع العبيد و تحاص الغرماء بثمانهم، و كذا ان استوت القيمة و الدين، فان كانت قيمة العبد أكثر من الدين السدس أو الثلث و نحو ذلك بيع العبد، و بطل العتق، و ان كان قيمة العبد ضعف الدين، كان للغرماء النصف منهم، و للورثه الثلث، و عتق منهم السدس، لأن لصاحبهم الثلث من تركته يضع به ما يشاء، فوصيته نافذه فى ثلث مماليكه، و هو السدس، بهذا جاء الأثر من آل محمد عليهم السلام.

و قال الشيخ فى النهايه: إذا أوصى لإنسان بعق مملوك له، و كان عليه دين فان كان قيمة العبد ضعف الدين استسعى العبد فى خمسه أسداس قيمته، ثلاثه أسهم للديان، و سهمان للورثه، و سهم له، و ان كانت قيمته أقل من ذلك بطلت الوصيه و بذلك قال ابن البراج.



و قال ابن إدريس:الذى يقتضيه المذهب أنه لا وصيه قبل قضاء الدين،بل الدين مقدم على الوصيه،و التدبير عندنا وصيه،فلا تمضى الوصيه إلا بعد قضاء الدين،فان عمل عامل بهذه الروايه يلزمه أن يستسعى العبد،سواء كانت قيمته ضعفى الدين أو أقل من ذلك،لأنه متى كانت قيمته أكثر من الدين بأى شىء كان فان الميت الموصى قد استحق فى الذى فضل عن الدين ثلثه،فتمضى وصيته فى ذلك الثلث،و يعتق العبد،و يستسعى فى دين الغرماء و ما فضل عن ثلثه الباقي للورثه،ولى فى ذلك نظر،فإن أعتقه فى الحال،و بت عتقه قبل موته،مضى العتق و ليس لأحد من الديان،و لا الورثه عليه سبيل،لأنه ليس بتدبير،و انما هو عطيه منجزه فى الحال،و عطاياه المنجزه صحيحه،على الصحيح من المذهب، لا تحسب من الثلث بل من الأصل.

و قال العلامة فى المختلف:و المعتمد أن تقول ان أحاط الدين بقيمه العبد بطل العتق،سواء كان قد نجزه من مرض موته أو أوصى به،و ان قصر الدين عن قيمته عتق ثلث الفاضل،و استسعى فى الباقي.

و قال المحقق فى الشرائع:و لو أوصى بعتق مملوكه و عليه دين،فان كانت قيمه العبد بقدر الدين مرتين أعتق المملوك،و سعى فى خمسه أسداس قيمته، و ان كانت قيمته أقل بطلت الوصيه بعتقه،و الوجه أن الدين يقدم على الوصيه فيبدأ به،و يعتق منه الثلث فيما فضل عن الدين،أما لو نجز عتقه عند موته كان الأمر كما ذكر أولاً،عملاً بروايه عبد الرحمن عن أبى عبد الله عليه السلام.

أقول:و الواجب أولاً- نقل ما وصل الى من الأخبار فى المسئلة المذكوره، ثم الكلام فيها بما وفق الله سبحانه لفهمه منها،فمن ذلك ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن عبد الرحمن بن الحجاج (1)فى الصحيح قال:

«سألنى أبو عبد الله عليه السلام

ص: ٥٣٥

هل يختلف ابن أبي ليلى و ابن شبرمه؟ فقلت: بلغنى أنه مات مولى لعيسى بن موسى و ترك عليه ديناً كثيراً و ترك مماليك يحيط دينه بأثمانهم فأعتقهم عند الموت فسألتهما عيسى بن موسى عن ذلك، فقال ابن شبرمه: أرى أن يستسعيهم فى قيمتهم، فتدفعها الى الغرماء، فإنه قد أعتقهم عند موته، و قال ابن أبي ليلى:

أرى أن أبيعهم و ادفع أثمانهم إلى الغرماء، فإنه ليس له أن يعتقهم عند موته، و عليه دين يحيط بهم، و هذا أهل الحجاز اليوم يعتق الرجل عبده و عليه دين كثير، فلا يجيزون عتقه إذا كان عليه دين كثير، فرفع ابن شبرمه يده الى السماء فقال: سبحان الله يا ابن أبي ليلى متى قلت هذا القول؟ و الله ما قلته إلا طلب خلافى، فقال أبو عبد الله عليه السلام: فعن رأى أيهما صدر الرجل؟ قال: قلت: بلغنى أنه أخذ برأى ابن أبي ليلى، و كان له هوى فى ذلك، فباعهم و قضى دينه، قال:

فمع أيهما من قبلكم، قلت له: مع ابن شبرمه، و قد رجع ابن أبي ليلى إلى رأى ابن شبرمه بعد ذلك، أما و الله ان الحق لفى الذى قال ابن أبي ليلى، و ان كان قد رجع عنه، قلت: هذا ينكسر عندهم فى القياس فقال: هات قايسنى فقلت: أنا أقايسك؟ فقال: لتقولن بأشد ما يدخل فيه من القياس، فقلت له:

رجل ترك عبداً لم يترك مالا غيره، و قيمه العبد ستمائة درهم، و دينه خمسمائة درهم فأعتقه عند الموت، كيف يصنع؟ قال: يباع العبد و يأخذ الغرماء خمسمائة درهم، و يأخذ الورثة مائة درهم، فقلت: أليس قد بقى من قيمه العبد مائة درهم عن دينه؟ فقال: بلى، فقلت: أليس للرجل ثلثه يصنع به ما شاء، قال: بلى، قلت: أليس قد أوصى للعبد بالثلث من المائة حين أعتقه، فقال: ان العبد لا - وصيه له، انما ماله لمواليه، فقلت له: فإذا كان قيمه العبد ستمائة درهم، و دينه أربعمائه، قال: كذلك يباع العبد، فيأخذ الغرماء أربعمائه درهم، و يأخذ الورثة مائتين، فلا يكون للعبد شىء، قلت له: فإن قيمه العبد ستمائة درهم و دينه ثلاثمائه درهم فضحك و قال: من هيهنا أتى أصحابك فجعلوا الأشياء شيئاً واحداً،

و لم يعملوا السنه، إذا استوى مال الغرماء و مال الورثه أو كان مال الورثه أكثر من مال الغرماء لم يتهم الرجل على الوصيه، و أجزت وصيته على وجهها، فالآن يوقف هذا، فيكون نصفه للغرماء و يكون ثلاثه للورثه، و يكون له السدس».

و ما رواه

فى الكافى عن زرارہ (١) فى الحسن أو الصحیح عن أحدهما عليهما السلام

فى رجل أعتق مملوكه عند موته، و عليه دين، قال: ان كان قيمته مثل الدين الذى عليه و مثله، جاز عتقه، و إلا لم يجز».

و رواه الشيخ فى التهذيب فى الصحیح أو الحسن عن زرارہ الحديث مقطوعاً، و رواه فى الفقيه عن ابن أبى عمير عن جميل عن أبى عبد الله عليه السلام مثله.

و ما رواه

فى التهذيب عن حفص بن البخرى (٢) فى الصحیح

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال: إذا ملك المملوك سدسه استسعى و أجز».

قال فى الوافى: لعل الحكم مختص بما إذا كان العتق عند الموت أو بعده و كان على مولاه دين كما يظهر من سائر أخبار الباب و إلا يلزم تقييد أخبار السرايه الماضيه كلها بذلك، و هو مشكل، انتهى.

و ما رواه

فى التهذيب عن زرارہ (٣) فى الصحیح

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

إذا ترك الدين عليه و مثله أعتق المملوك و استسعى».

و ما رواه

فى الكافى عن الحسن بن الجهم (٤) فى الموثق قال:

«سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول: فى رجل أعتق مملوكاً له و قد حضره الموت، و أشهد له بذلك و قيمته ستمائة درهم، و عليه دين ثلاثمائة درهم و لم يترك شيئاً غيره، قال:

ص: ٥٣٧

- ١-١) الكافي ج ٧ ص ٢٧ ح ٢، التهذيب ج ٩ ص ٢١٨ ح ٨٥٦، الفقيه ج ٤ ص ١٦٦ ح ٥٨٠. الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٥ ح ٦.
- ١-٢) التهذيب ج ٩ ص ١٦٩ ح ٦٨٩. الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٢ ح ١.
- ٣-٣) التهذيب ج ٩ ص ١٦٩ ح ٦٨٨. الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٢ ح ٢.
- ٤-٤) الكافي ج ٧ ص ٢٧ ح ٣، التهذيب ج ٩ ص ٢١٨ ح ٨٥٥. الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٣ ح ٤.

يعتق منه سدسه، لأنه إنما له منه ثلاثمائة درهم، ويقضى منه ثلاثمائة درهم فله من الثلاثمائة درهم ثلثها و له السدس من الجميع». و رواه الشيخ في التهذيب مثله، «الا أن الذى فيه» لأنه إنما له منه ثلاثمائة و له السدس من الجميع» و ما بينهما لم يذكره.

و ما رواه

فى الفقيه و التهذيب عن الحلبي (1) فى الصحيح

«عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال: فى الرجل يقول: ان مّ فعبدى حر و على الرجل دين قال:

ان توفى و عليه دين قد أحاط بثمان العبد بيع العبد، و ان لم يكن أحاط بثمان العبد استسعى العبد فى قضاء دين مولاه، و هو حر إذا وفاه».

و الشيخ فى التهذيبين قيده بما إذا كان الدين أنقص من ثمن العبد بمقدار النصف جمعا بينه و بين الأخبار المذكوره قبله.

أقول: و تحقيق الكلام فى المقام هنا يقع فى موضعين

### **الأول [فى نقل الأقوال فى الوصيه بالعتق و عليه دين]:**

لا يخفى أنه من القواعد المقرره بينهم كما تقدم ذكره أن الوصيه المتبرع بها إنما تنفذ من ثلث المال، و أن الدين يقدم أولا، ثم تعتبر الوصيه من ثلث ما بقى بعد الدين، و أن المنجزات المتبرع بها فى مرض الموت بحكم الوصيه فى خروجها من الثلث عند الأكثر، و لا ريب أن العتق من جمله التبرعات.

و على هذا فإذا أوصى بعتق مملوكه تبرعا أو أعتقه منجزا بناء على أن المنجزات من الثلث، و كان عليه دين، فإن كان الدين يحيط بالتركة بطل العتق و الوصيه به، و هو مما لا - خلاف فيه، و لا - اشكال نصا و فتوى، و ان فضل من التركة فضل بعد الدين و ان قل، فمقتضى القواعد المذكوره صرف ثلث الفاضل فى الوصايا فيعتق من العبد بحساب ما يبقى من الثلث، و يسعى فى باقى قيمته سواء كانت قيمته بقدر الدين مرتين أو أقل، لأن العتق تبرع محض، فيخرج من الثلث و المعتبر منه ثلث ما يبقى من المال بعد الدين على تقديره، كغيره من التبرعات.

ص: ٥٣٨

و بهذا قال جماعه من الأصحاب، بل أكثر المتأخرين كما ذكره فى المسالك، و منهم العلامه فى المختلف و ابن إدريس على ما ذكره من التردد، و المحقق بالنسبه إلى الوصيه و القول الثانى - و هو أنه انما يصح العتق إذا كانت قيمته ضعفى الدين، و سعى فى خمسه أسداس قيمته، ثلاثه للديان و سهمان للورثه - للشيخ المفيد و الشيخ فى النهايه و القاضى استنادا الى ما قدمناه من الروايات الصحيحه الصريحه فى ذلك، و الأصحاب لم يوردوا منها إلا صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج، فمنهم من وقف عليها، و خص الحكم بتنجز العتق، كما هو مورد الروايه دون الوصيه، و قوفا فيما خالف الأصل على مورد.

و منهم من رده، و اطرحها لمخالفتها للروايه الداله على تلك القواعد، قال فى المسالك بعد ذكر صحيحه عبد الرحمن: و روى عن زراره فى الحسن مثله، إلا أن الروايه به مقطوعه، فلذا لم يذكرها المصنف هنا، و اقتصر على روايه عبد الرحمن لصحتها.

أقول: عذره فى ذلك واضح، و هو أنه اقتصر على مراجعه التهذيب و هى فى بعض مواضعه كما ذكره حسبما قدمنا ذكره، و إلا فهى فى الكافى بسنده الى الامام عليه السلام و نحوها الروايات الأخرى، و هى صريحه صحيحه، و لكنهم لم يقفوا عليها، و بذلك يظهر لك أن الأظهر هو الوقوف عليها، و العمل بمقتضاها، و بها تخصص أخبار تلك القواعد ان ثبتت.

نعم احتج القائلون بالقول الأول بصحيحه الحلبي المتقدمه، و لهذا ان الشيخ تأولها بما قدمنا نقله عنه، جمعا بين الأخبار و هو جيد.

أقول: و يمكن أن يقال: و لعله الأقرب العارى عن وصمه القيل و القال أن ما ذكره من الاشكال و المخالفه فى هذه الروايات لمقتضى القواعد المقرره مبنى على أن المنجزات فى حكم الوصيه مخرجها الثلث، و إلا فلو قلنا بأن مخرجها الأصل كما هو ظاهر كلام ابن إدريس المتقدم، و هو الحق الظاهر من الأخبار

كما سيأتى تحقيقه ان شاء الله تعالى فى المسئله عند ذكرها، فلا اشكال بحمد الملك المتعال، و على تقديره فالظاهر أنه لا يقيد بكون القيمه ضعف الدين أو غيره و بالجمله فإنه يندفع بذلك ما ذكروه من الإشكال الذى أوردوه على هذه الروايات، و ان بقى فيها اشكال من وجه آخر على هذا القول.

و كيف كان فالعمل على ما دلت عليه و الوقوف على مواردنا حسب، هذا بالنسبه إلى المنجزات.

و أما الوصيه فلم يتعرضوا عليهم السلام لها فى شىء من النصوص المذكوره، كما سيظهر لك ان شاء الله تعالى و مما حققناه يظهر لك صحه ما أشرنا إليه فى غير موضع مما تقدم أن الأظهر هو الوقوف فى الأحكام على موارد الأخبار، و لا يلتفت الى ما يدعون من القواعد فى مقابلتها، فان هذه القواعد غير معلومه، و ان دلت الأخبار على بعض أفرادها و مع ثبوت كونها قواعد فال تخصيص فيها ممكن، لا منافاه فيه

### **الثانى [فى نقل الأقوال فى العتق المنجز و عليه دين] :**

أن مورد الروايات المتقدمه هو العتق المنجز، و هو الذى صرح به الشيخ المفيد و من تبعه، و الشيخ فى النهايه و من تبعه عدوا الحكم إلى الوصيه بالعتق.

قال فى المسالك: و لعله نظر الى تساويهما فى الحكم و أولويته فى غير المنصوص، لان بطلان العتق المنجز على تقدير قصور القيمه عن ضعف الدين مع قوه المنجز لكونه تصرفا من المالك فى ماله، و الخلاف فى نفوذه من الأصل يقتضى بطلانه فى الأضعف، و هو الوصيه بطريق أولى انتهى، و لا يخفى ما فيه.

و أورد أيضا على الشيخ القائل بتعديها: بصحيحه عبد الرحمن إلى الوصيه، معارضتها فيها بصحيحه الحلبي المتقدمه، فإنها تدل بإطلاقها على انعقاقه متى زادت قيمته عن الدين، و هو الموافق لما تقرر من القواعد، فلا وجه لعمل الشيخ بتلك الروايه مع عدم ورودها فى مدعاه، و اطراح هذه الروايه و من الجائز اختلاف حكم المنجز و الموصى به فى مثل ذلك كما اختلفا فى كثير من الأحكام

على تقدير تسليم حكمها فى المنجز، انتهى.

أقول: لا يخفى أن تلك الرواية و إن كانت غير ظاهره فى مدعى الشيخ كما ذكره إلا أن صحيحه الحلبى المذكوره أيضا لا تخلو من الطعن فى متنها بما لا يقولون به، فإنها دلت على أنه يستسعى العبد فى دين مولاه، و أنه يكون حرا إذا وفاه، و لم يتعرض فى الرواية لحق الورثه، مع أن لهم فى قيمته مع زيادتها عن الدين حقا، و الروايات المتقدمه متفقه على أنه يستسعى فى الدين، و فى حق الورثه.

و بذلك يظهر أن ما تدل عليه الرواية لا يقولون به، و ما يقولون به لا تدل عليه، و لو قيل: بأن الرواية و إن لم تدل عليه لكنه يضم إليها دليل من خارج، و تخصيص الأمر بوفاء الدين لا تنافيه.

قلنا، هذا إنما يتم لو كانت الرواية مطلقه، و أما مع النص فيها بأنه بأداء الدين يكون حرا، فهذا التقييد مناف لما دلت عليه، و منه يعلم أن هذه الرواية على ما هى عليه لا تصلح المعارضه الخبر المذكور، فكيف مع انضمام تلك الأخبار الصحاح الصراح إليه، كما عرفت، فالأظهر حملها على ما قدمنا ذكره عن الشيخ (رحمه الله عليه).

و قد تلخص مما ذكرناه أن الأقوال فى العتق المنجز ثلاثة: الأول - مذهب الشيخ المفيد و من تبعه، و هو توقف العتق على بلوغ قيمه العبد ضعف الدين و إلا فهو باطل، و هذا مدلول الأخبار المتقدمه.

الثانى - قول العلامة و المحقق و من تبعهما، و هو أنه ينعق من ثلث الباقي كائنا ما كان، و لا يتقيد بضعف الدين، و فى هذا القول تقديم حق الديان من ثلث الباقي، و يستسعى فيما يخص الديان، و الوارث بالنسبه، مثلا - لو كانت قيمته ثلاثمائة درهم، و على المولى من الدين مائتا درهم، فإنه يكون للديان منه مائتان، تبقى مائه له ثلثها، و هى ثلاثه و ثلاثون و ثلث، و ثلثاها للورثه، و هذه الثلاثه



و الثلاثون و ثلث تسع الثلاثمائة، فعلى هذا ينعق منه التسع، و يسعى فى سته أتساع للديان، و فى تسعين للورثه، و حجه هذا القول كما عرفت صحيحه الحلبي، و قد عرفت ضعفها عن المعارضه متنا و عددا.

الثالث-قول ابن إدريس و هو تنفيذ العتق من الأصل و سقوط الدين، و هذا القول و ان كان جيدا بالنظر الى الأخبار الداله على أن منجزات المريض من الأصل كما ستلونها عليك ان شاء الله تعالى بعد ذكر المسئله، أعنى مسأله العتق منجزا مع الدين، يجب الوقوف فيها على هذه الروايات، لأنها أخص من تلك، و القاعده تقتضى تقديم الخاص و العمل به، و الله العالم.

### السابعه [فى الوصيه لأم ولده]:

لا خلاف بين الأصحاب (رضى الله عنهم) فى صحه الوصيه لأم الولد، و لا خلاف أيضا فى انعقادها على ولدها من حصته بعد موت سيدها، و لم يوص لها بشىء، و انما الخلاف فيما إذا أوصى لها بشىء فهل ينعق مما أوصى لها به أو من نصيب الولد أو من غيرهما؟ أقوال أربعه.

أحدها- ما ذهب اليه الشيخ فى النهايه من أنها تعتق من نصيب ولدها على تقدير وفاء نصيب ولدها بقيمتها، و يعطى ما أوصى لها به، و هو مذهب المحقق فى نكت النهايه و نقل عن العلامه فى المختلف، و علل ذلك أن التركة تنتقل من حين الموت الى الوارث، لعدم صلاحيه الميت للتملك، و عدم انتقالها للديان، و الموصى لهم إجماعا، و عدم بقائها بغير مالك، فتعين الوارث، و حينئذ فيستقر ملك ولدها على جزء من أمه، لأنها من التركة، فتعتق عليه، و تستحق الوصيه.

و ثانيها- أنها تعتق من الوصيه، فإن فضل منها شىء عتق من نصيب ولدها، و هو مذهب ابن إدريس، و المحقق فى باب الاستيلاء من الشرائع، و فى هذا الباب تردد بين القولين المذكورين، و وجه القول بكونها تعتق من الوصيه، لا من نصيب ابنها استنادا الى أن الإرث مؤخر عن الدين، و الوصيه بمقتضى الآيه (١)

ص: ٥٤٢

«مَنْ بَعْدَ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ» فلا يحكم لابنها بشيء حتى أنه يحكم لها بالوصيه، فإن وقت الوصيه بقيمتها أعتقت كملا، وان قصرت أكملت من نصيب ولدها، وأورد عليه بأن المراد بالآيات استقرار الملك بعد المذكورات، بمعنى أنه لا يملك الوارث ملكا مستقرا إلا- بعد الوصيه بالدين، وإلا- فاللازم من ذلك بقاء التركة من غير مالك، لما عرفت من أن الميت غير صالح للملك، والديان والوصى إليه لا يملك، فلم يبق إلا الوارث، أو صيروره التركة بغير مالك، والثاني ممتنع، فتعين الأول.

و ثالثها- أنها تعتق من ثلث الميت، وتأخذ الوصيه، وهو مذهب الشيخ أبي جعفر محمد بن علي بن بابويه نقله شيخنا الشهيد في شرح الإرشاد، واستدل له بصحيحه أبي عبيده الآتيه عن أبي عبد الله عليه السلام.

و رابعها- أنها تعتق من الوصيه أو نصيب الولد، وتعطي بقيه الوصيه، وهو مذهب ابن الجنيد.

والذي وقفت عليه من الأخبار في المقام ما رواه

المشايخ الثلاثة (رحمهم الله) في الصحيح عن أبي عبيده (1) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له أم ولد و له منها غلام فلما حضرته الوفاه أوصى لها بألفى درهم أو بأكثر للورثه أن يسترقوها، قال: فقال: لا- بل تعتق من ثلث الميت، وتعطي ما أوصى لها به» و زاد في الكافي و التهذيب و في كتاب العباس «يعتق من نصيب ابنها، و تعطى من ثلثه ما أوصى لها به».

و شيخنا الشهيد في شرح الإرشاد روى

عن الشيخ (رحمه الله عليه) في التهذيب عن أحمد بن محمد بن علي بن محبوب عن جميل بن صالح عن أبي عبيده (2)

«عن أبي الحسن عليه السلام في رجل أوصى لأم ولده بألفى درهم فقال: يعتق

ص: ٥٤٣

---

١- ١) الكافي ج ٧ ص ٢٩ ح ٤، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٤ ح ٨٨٠ عن جميل بن صالح الفقيه ج ٤ ص ١٦٠ ح ٥٥٩، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٠ ح ٤.

٢- ٢) لم نعثر عليه في التهذيب بهذا السند.

من ثلث الميت و يعطى ما أوصى لها به»، و فى كتاب العباس الى آخر ما تقدم، و لم أقف على هذه الروايه فى الوافى، و لا فى الوسائل فيحتاج إلى مراجعه التهذيب و ظاهره أن هذا خبر آخر غير خبر أبى عبيده المروى عن أبى عبد الله عليه السلام، فإنه جعل هذا الخبر المروى عن أبى الحسن عليه السلام دليلا للقول الأول، و الخبر المروى عن أبى عبد الله عليه السلام دليلا للقول الثالث، و الظاهر تغاير الخبرين، فإن المروى عنه فى أحدهما غير الأولى و المتن مختلف أيضا. فيكونان خبرين، فينبغى الملاحظه، لأنى لم أقف على من نقله غيره، و مدلولهما أنها تعتق من الثلث، و تعطى ما أوصى لها به.

و نحوهما أيضا ما رواه

المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن احمد بن محمد بن أبى نصر (١) قال:

«نسخت من كتاب بخط أبى الحسن عليه السلام فلان مولاك توفى ابن أخ له، و ترك أم ولد له، ليس لها ولد، فأوصى لها بألف هل تجوز الوصيه؟ و هل يقع عليها عتق و ما حالها؟ رأيك فدتك نفسى فى ذلك، فكتب عليه السلام يعتق من الثلث، و لها الوصيه». و استدل فى المختلف لابن بابويه أيضا زياده على صحيحه أبى عبيده الأولى و وجه الاشكال فيها هو أن العتق من الثلث هنا، لا يظهر له وجه، و لهذا ان العلامة حمل الخبرين على ما إذا أوصى بعتقها، و حملها آخر على ما لو كان نصيب ولدها بقدر الثلث، و لا يخفى ما فيه.

و بالجملة فهذان الخبران ظهران فيما ذهب اليه الصدوق، و أن الاشكال فيها بما عرفت ظاهر.

نعم ما نقل من كتاب العباس من روايه الخبر بهذه الكيفيه ظاهر فى الدلاله على القول الأول، و ظاهر شيخنا الشهيد فى شرح الإرشاد الميل الى مذهب الشيخ فى النهايه، قال: و الأقرب اختيار الشيخ، لبناء العتق على التغليب و السرايه، و لهذا لو لم يكن ثمة وصيه و لا مال للميت سواها عتق منها بنصيب ولدها، وسعت

ص: ٥٤٤

---

(١-١) الكافى ج ٧ ص ٢٩ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٤ ح ٨٧٧، الفقيه ج ٤ ص ١٦٠ ح ٥٦٠، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٩ ح ١.

فى الباقى لبقية الورثة.

و شيخنا فى المسالك طعن فى روايه كتاب العباس بأنها بمجرد وجودها فى الكتاب المذكور لا- يتم الاستدلال، و لو صح السند، ثم قال: و روايه أبى عبيده مشكله، على ظاهرها، لأنها إذا أعطيت الوصيه لا وجه لعتقها من ثلثه، لأنها حينئذ تعتق من نصيب ولدها كما ذكر فى الحملين المتقدمين، و قال: كلاهما بعيد، إلا ان الحكم فيها بإعطائها الوصيه كاف فى المطلوب إذ عتقها من نصيب ولدها يستفاد من دليل خارج صحيح، و يبقى ما نقل عن كتاب أبى العباس شاهدا على المدعى، و لعل هذا أجود، انتهى.

و المسئله لا تخلو من شوب الاشكال لما عرفت، و ان كان ما استجوده شيخنا المذكور لا تخلو من قرب، و ملخصه أن أقصى ما يمكن العمل به من هذه الأخبار هو أعطاها ما أوصى لها به، فتعطى فى ذلك، و أما عتقها فيرجع فيه الى الأخبار الأخر الداله على اعتناق أم الولد على ولدها من نصيبه بعد موت المولى، و كل من الأمرين المذكورين حق مطابق للقواعد الشرعيه.

و اما اعتبار الثلث فلا يظهر له هنا وجه وجيه يترتب عليه العتق و هو ظاهر، و الله العالم.

### **الثامنه [فى اقتضاء إطلاق الوصيه التسويه]:**

قد صرح الأصحاب بأن إطلاق الوصيه يقتضى التسويه، فإذا أوصى لأولاده أو لإخوانه و أخواته و أخواله و خالاته و أعمامه و عماته، فإن الجميع أسوه فى الوصيه، و لا خلاف فى ذلك إلا فى صورته الوصيه لأعمامه و أخواله.

و علل الأول بأن نسبه الوصيه إليهم على السواء، و ليس فى كلام الموصى ما يدل على التفضل، و حينئذ فلا فرق بين الذكر منهم و الأنثى، و لا- الصغير و لا- الكبير، و لا- الأعمام و لا- الأخوال، لما ذكرنا و اختلافهم فى استحقاق الإرث أمر خارج، بدليل من خارج، فلا- يقاس عليه، ما يقتضى التسويه بمجرد، إلا أن الخلاف هنا وقع فيما لو أوصى لأعمامه و أخواله، فإن الشيخ و جماعه ذهبوا الى

ص: ٥٤٥

أن للأعمام الثلثين، وللأخوال الثلث، استنادا الى ما رواه

المشايخ الثلاثة بأسانيدهم وفيها الصحيح والحسن والموثق عن زواره (١).

«عن أبي جعفر عليه السلام في رجل أوصى بثلاث ماله في أعمامه وأخواله، فقال: لأعمامه الثلثان، وللأخواله الثلث».

والى هذه الرواية أشار في الشرائع بأنها مهجوره، قال: لو أوصى الى أعمامه وأخواله كانوا سواء على الأصح، وفيه روايه مهجوره، وحملت على ما لو أوصى على كتاب الله، وعلى ذلك حملها غيره ايضا، ولا يخفى ما فيه من البعد.

و يؤيد الخبر المذكور أيضا ما رواه

المشايخ الثلاثة (قدس الله أرواحهم) عن سهل (٢) عن أبي محمد عليه السلام في حديث قال:

«و كتبت اليه: رجل له ولد ذكور وإناث فأقر لهم بضيعه أنها لولده، ولم يذكر أنها بينهم على سهام الله عز وجل وفرائضه، الذكر والأنثى فيه سواء؟ فوقع عليه ينفذون فيها وصيه أبيهم على ما سمى، فان لم يكن سمى شيئا ردوها الى كتاب الله عز وجل ان شاء الله تعالى». والظاهر أنه إلى هذه الرواية أشار في المسالك بقوله، وفي روايه أخرى ضعيفه، يقتضى قسمه الوصيه بين الأولاد الذكور والإناث على كتاب الله، وهي مع ضعفها لم يعمل بها أحد.

أقول: أشار بالضعف فيها الى كون الراوى لها سهل بن زياد، وهو ضعيف.

وفيه أولا أن ضعفها بهذا الاصطلاح المحدث لا يقتضى ضعفها عند المتقدمين الذين لا أثر عندهم لهذا الاصطلاح، فلا ضير فيه، وان أراد عدم العمل به من المتقدمين، فان مقتضى ما حرر الصدوق في صدر كتابه كونه عاملا بها، حيث نقلها ولم يتعرض للطعن فيها ولا ردها، وقد اشتهر بينهم نسبه المذاهب إليه في الفقيه بذلك، وثالثا أنه لا يخفى على المنصف أن الأحكام الشرعيه توقيفيه، لا مسرح للعقول فيها على السماع والورود من صاحب الشرع، ورد الأخبار بعد ورودها

ص: ٥٤٦

١-١) الكافي ج ٧ ص ٤٥ ح ٣، التهذيب ج ٩ ص ٢١٤ ح ٨٤٥ الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٤ الباب ٦٢.

٢-٢) الكافي ج ٧ ص ٤٥ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ٢١٤ ح ٨٤٦ الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٥ ح ٢.

من غير معارض لها من الأخبار بل بمجرد هذه الاعتبارات العقلية و التعليلات التخريجية لا يخلو من الجراه على صاحب الشريعة.

نعم لو كان هنا نص يدل الى ما ادعوه من أن الإطلاق يقتضى التسويه لثم ما ذكروه، و وجب التأويل فيما عارضه، و لكن ليس الأمر كذلك.

و بالجمله، فإنه يجب العمل بما دلت عليه النصوص المذكوره، و فيما خرج عن موضع النصوص اشكال، و الأقرب أنه كذلك أيضا، لأن الظاهر أن ذكر الأعمام و الأخوال فى الصحيحه المتقدمه إنما خرج مخرج التمثيل، و يؤيده أن ظاهر الثانيه كون ذلك قاعده كليه، و هو أنه ان سمى و عين التسويه أو التفصيل اتبع، و ان أطلق رد الى كتاب الله عز و جل، و لكن الألف بالمشهورات و لا سيما إذا زخرفت بالإجماعات ربما أوجب طرح الروايات كما فى هذا الموضع و غيره، و الله العالم.

### التاسعه [فى وصيه الإنسان لذوى قرابته و أهل بيته]:

لو أوصى لذوى قرابته أو لأهل بيته أو عشيرته أو قومه أو جيرانه، فإنه يجب الرجوع فيه الى معانى هذه الألفاظ، و ما ينصرف إليه إطلاقها.

فنقول أما لفظه القرابه فقد اختلف كلام أصحابنا، بل الواحد منهم فى تحقيق معناه المراد منه لعدم النص الوارد منه فى ذلك، و الأكثر منهم على الرجوع فيه الى العرف.

قالوا: لأنه المحكم فى مثل ذلك حيث لا نص، و مرجعه الى المعروفين بنسبته عاده، سواء فى ذلك الوارث و غيره، و قيل: لمن يتقرب إليه إلى آخر أب أو أم له فى الإسلام.

فقال الشيخ فى النهايه إذا أوصى لقرابته كان ذلك فى جميع ذوى نسبه الراجعين الى آخر أب أو أم فى الإسلام بالتسويه، و كذا قال الشيخ المفيد، إلا أنه قال: و لا يرجع على من يتعلق بمن نأى عنهم فى الجاهليه.

و قال فى الخلاف إذا أوصى بثلثه لقرابته فمن أصحابنا من قال: يدخل فيه

كل من تقرب إليه إلى آخر أب و أم في الإسلام، و اختلف الناس في القرابه.

فقال الشافعي: إذا أوصى بثلثه لقرابته و لأقربائه و لذى رحمه، فالحكم واحد، فإنه ينصرف الى المعروفين من أقاربه في العرف، فيدخل فيه كل من يعرف في العاده أنه من قرابته، سواء كان وارثاً أو غير وارث، قال: و هذا قريب يقوى في نفسى، و ليس لأصحابنا فيها نص عن الأئمه عليهم السلام.

و قال في المبسوط: قال قوم: ان هذه الوصيه للمعروفين من أقاربه في العرف فيدخل فيه كل من يعرف في العاده أنه من قرابته، سواء كان وارثاً أو غير وارث و هو الذى يقوى في نفسى، و قال قوم: انه يدخل فيه كل ذى رحم محرم، و أما من ليس بمحرم له فإنه لا يدخل فيه، و ان كان له رحم مثل بنى الأعمام أو غيرهم، و قال قوم: انها للوارث من الأقارب، و أما من ليس بوارث فإنه لا يدخل فيه، و الأول أقوى، لأن العرف يشهد به، و ينبغى أن يصرف في جميعهم، و فى أصحابنا من قال: انه يصرف ذلك الى آخر أب و أم له في الإسلام، و لم أجد به نصاً و لا عليه دليلاً مستخرجاً و لا به شاهداً.

و قال ابن الجنيد: و من جعل وصيه لقرابته و ذوى رحمه غير مسمين كان لمن تقرب اليه من جهه ولده أو والديه، و لا اختار أن يتجاوز بالتفرقه ولد الأب الرابع، لأن رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) لم يتجاوز ذلك فى تفرقه سهم ذوى القربى من الخمس.

و ابن إدريس فى هذه المسئله اختار ما ذهب اليه الشيخ فى الخلاف و المبسوط و كذا ابن السراج، و هو المشهور فى كلام المتأخرين.

قال فى المختلف: و المعتمد قول الشيخ فى المبسوط و الخلاف، حملاً للفظ على المعنى العرفى عند تجرده عن الوضع الشرعى، كما هو عاده الشرع فى ذلك و القول الذى اختاره فى النهايه قد اعترف فى المبسوط بأنه لم يجد عليه نصاً و لا عليه دليلاً و لا به شاهداً، و كفى به حجه على نفسه.

و المراد من هذا القول الارتقاء بالقرابه بالأدنى الى ما قبله، وهكذا الى أبعد جد و جده له فى الإسلام، و فروعهما، و يحكم للجميع بالقرابه، و لا يرتقى إلى آباء الشرك و ان عرفوا بقرابته، و ربما استدل على التخصيص بالإسلام و الانقطاع بالكفر

بقوله (صلى الله عليه و آله و سلم) (١)

«قطع الإسلام أرحام الجاهليه».

و قوله عز و جل لنوح فى حق ابنه (٢) «إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِكَ» و لا دلالة فى ذلك على مطلوب الشيخ، لأن قطع الرحم للجاهليه لا يدل على قطع القرابه مطلقا، مع أصناف الكفار، و كذا قطع الأهليه فى ابن نوح، و العرف و اللغه يشهد ان بأن من بعد جدا كالأجداد البعيده لا- يدخل فى القرابه، و ان كان مسلما، و من قرب جدا دخل و ان كان كافرا إلا أن تدل القرينه على اراده المسلم.

و لم أقف فى هذا المقام على شىء من الأخبار إلا على ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن أحمد بن محمد بن أبى نصر (٣) قال:

«نسخت من كتاب بخط أبى الحسن عليه السلام رجل أوصى لقرابته بألف درهم و له قرابه من قبل أبيه و أمه ما حد القرابه يعطى من كان بينه و بينه قرابه؟ أو لها حد ينتهى اليه رأيك فدتك نفسى؟ فكتب عليه السلام: ان لم يسم أعطاها قرابته». و هذا الجواب و ان كان لا- يخلو من نوع إجمال، إلا أن الظاهر أن المعنى فيه أنه لم يسم شخصا بعينه و لا صنفا بعينه، فإنه يعطى من شملته القرابه عرفا، و فيه تأييد للمعنى المشهور حينئذ.

و أما ما ذهب اليه ابن الجنيد فقليل عليه ان ما ذكره من عدم تجاوز الرابع غير لازم، و فعل النبى (صلى الله عليه و آله و سلم) بالخمس ذلك، لا- يدل على نفى القرابه مطلقا عما عداه ذلك: فان ذلك معنى آخر للقربى، فلا- يلزم ذلك فى حق غيره، حيث يطلق.

و كيف كان فإنه يدخل فيه الذكر و الأنثى، و الفقير و الغنى، و الوارث

ص: ٥٤٩

١-١) مسالك الافهام ج ١ ص ٤٠٩ و ما عثرنا على هذه الروايه بعد الفحص فى مظانه.

٢-٢) سورة هود-الايه ٤٦.

٣-٣) التهذيب ج ٩ ص ٢١٥ ح ٧٤٨، الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٩ الباب ٦٨.



و غيره، و القريب و البعيد، و لا فرق بين قوله أوصيت لأقاربي أو قرابتي، أو لذوي قرابتي أو لذوي رحمى، لأن مرجع الجميع الى معنى واحد.

و أما أهل بيته فقد قال المحقق فى الشرائع: لو قال لأهل بيته دخل فيه الآباء و الأولاد و الأجداد.

قال شيخنا فى المسالك بعد ذكر ذلك: لا إشكال فى دخول من ذكر، لاتفاق أهل التفاسير على ذلك، انما الكلام فى دخول غيرهم، فان الاقتصار على ما ذكر يقتضى كون على عليه السلام ليس من أهل البيت لخروجه عن الأصناف الثلاثة مع أنه داخل إجماعاً.

و قال العلامة: يدخل فيهم الآباء و الأجداد و الأعمام و الأخوال و أولادهم و أولاد الأولاد الذكر و الأنثى، ثم قال: و بالجمله كل من يعرف بقرابته، و هذا يقتضى كون أهل بيته بمنزلة قرابته، و حكى عن تغلب أنه قال: أهل البيت عند العرب آباء الرجل و أولادهم، كالأجداد و الأعمام و أولادهم، و يستوى فيه الذكور و الإناث، و ما اختاره العلامة من مساواة أهل البيت للقرابة، هو الظاهر فى الاستعمال، يقال: الفلانيون أهل بيت فى النسب، معروفون، و عليه جرى

قوله (صلى الله عليه و آله و سلم) (١)

«إننا أهل بيت لا- تحل لنا الصدقة»، و الأقوى الرجوع الى عرف بلد الموصى، و مع انتفائه يدخل كل قريب: و أما أهل بيت النبى (صلى الله عليه و آله و سلم) فإنهم أخص من ذلك بالرواية الواردة عنه (صلى الله عليه و آله و سلم) فى حصرهم فى أهل الكساء، انتهى كلامه، زيد مقامه و علت فى الخلد أقدامه.

أقول: قال الفقيه محمد بن طلحة الشافعى فى كتاب مطالب السؤال فى مناقب آل الرسول فى بيان معانى الآل و أهل البيت و العتره ما صورته: و أما اللفظه الثانیه و هى أهل البيت فقد قيل: هم من ناسبه الى جده الأدنى، و قيل:

ص: ٥٥٠

من اجتمع معه فى رحم، وقيل: من اتصل به بسبب أو نسب، وهذه كلها موجوده فيهم عليهم السلام، فإنهم يرجعون الى جده عبد  
المطلب بنسبهم، و يجتمعون معه فى رحم و يتصلون به بسببهم و نسبهم، فهم أهل بيته حقيقه، ثم

روى حديثا من صحيح مسلم (1) عن زيد بن أرقم، وفيه:

فقال له حصين: من أهل بيته يا زيد؟ نسائه أهل بيته؟ قال: أهل بيته من حرمت عليه الصدقه بعده.

أقول: والمعنى الثانى و الثالث مما ذكره ابن طلحه قريب من معنى القرباه المشهور، و يؤيده ما ذكره فى كتاب المصباح المنير  
قال: و أهل الرجل يأهل و يأهل أهولا- إذا تزوج، و تأهل كذلك، و يطلق الأهل على الزوجه، و الأهل أهل البيت و الأصل فيه  
القرباه، و قد أطلق على الاتباع، انتهى، و هو ظاهر فى أن الأصل إطلاق أهل البيت على قرباه الرجل، و قد أطلق على أتباعه، و ان لم  
يكن من قرابته، و بالجملة فما نقل عن العلامه لا يخلو من قرب.

و كيف كان فالظاهر أن معانى هذه الألفاظ أعنى أهل البيت و الآل و العتره و نحوها بالنسبه إلى إطلاقها على أهل بيته (صلى الله  
عليه و آله و سلم) و عترته أخص مما هو المشهور من معانيها عرفا أو لغه، و لتحقيق ذلك مقام آخر، و أما معانى باقى الألفاظ  
المتقدمه فقد تقدم تحقيق الكلام فيها فى كتاب الوقف، و هذان اللفظان حيث لم يتقدم لهما ذكر تعرضنا للكلام فيهما، و الله  
العالم.

### العاشره [فى صحه الوصيه للحمل الموجود و إن لم تحله الحياه]:

الظاهر أنه لا- خلاف فى أنه تصح الوصيه للحمل الموجود حين الوصيه، و ان لم تحله الحياه، لكن يكون ذلك مراعى بوضعه  
حيا، فتصح بمجرد وجوده و ان كان استقرارها مشروطا بوضعه حيا، فلو وضعته ميتا بطلت الوصيه، و ان كان حال الوصيه حيا فى  
بطن أمه، كما أنها تصح بوضعه حيا و ان لم يكن حال الوصيه حيا و لم تلجه الروح، و معنى استقرارها تحقق صحتها من حين  
موت الموصى، و مع وضعه ميتا يتبين البطلان من ذلك الوقت، و حينئذ

ص: ٥٥١

فالنماء المتخلل بين الولاده و موت الموصى يتبع العين، و لم أقف فى هذا المقام على نص، غير أن ظاهر الأصحاب الاتفاق على ما ذكرناه، فإنه لم ينقل هنا خلاف فى شىء من هذه الأحكام.

و إذا استقرت الوصيه بولادته حيا لا- يقدر فيها موته بعد ذلك، بل ينتقل الى ورثته، و هو ظاهر، إلا أن ظاهر كلامهم اشتراط القبول من الوارث، بل صرح فى المسالك أيضا باشتراط القبول فى الحمل، فأوجب القبول على وليه، قال فى الكتاب المذكور بعد أن ذكر أن الوصيه تنتقل الى الوارث لو مات بعد ولادته حيا ما صورته: لكن يعتبر هنا قبول الوارث لإمكانه فى حقه، و انما أسقطنا اعتباره عن الحمل لتعذره كما سقط اعتباره فى الوصيه للجهات العامه، و وجه سقوطه عن الوارث تلقيه الملك عن المولود المالك لها بدون القبول، ثم قال:

و المتجه اعتبار القبول فى الوصيه للحمل مطلقا، فيقبل وليه ابتداء، و وارثه هنا و تظهر الفائدة فيما لو ردها قبل قبوله، فان اعتبرناه بطلت، و إلا فلا أثر للرد انتهى أقول: قد تقدم القول فى تحقيق اشتراط القبول فى الوصيه لمعين و عدمه، و بينا أنه لا دليل على ما ذكره من الاشتراط، بل ظواهر جمله من النصوص العدم، تقدم ذلك فى المسئله الثانيه من المقصد الأول فى الوصيه (1) و كذا فى المسئله الخامسه و السادسه من المقصد المذكور، و أشرنا أيضا الى أن ما ادعوه - و ان اشتهر بينهم - من أن الوصيه عقد نفتقر إلى الإيجاب و القبول مما لم يقم عليه دليل، كما تقدم ذكره فى المسئله الاولى من مسائل المقصد المشار اليه.

و بالجمله فإنه ليس فى هذه المواضع ما يمكن الاعتماد عليه من الأدله الشرعيه، سوى مجرد كلامهم و تعليقاتهم، و من أراد تحقيق الحال يرجع الى المسائل المذكوره، ثم ان فى حكمه أولا بأن الحمل من قبيل الجهات العامه، فلا تتوقف الوصيه له على القبول، ثم رجوعه عن ذلك فى الحمل فحكمه بأنه

ص: ٥٥٢

يقبل وليه،لقائل أن يقول:أنه كما أن للحمل ولي،فكذا الجهات العامه لها ولي و هو الحاكم،فلم جوزت الوصيه لها من غير اشتراط القبول؟و لم لا- توجب أن يقبل لها الحاكم،لأنه وليها،والفرق بين مسئلتى الحمل و الجهات العامه مع وجود الولي لكل منهما غير ظاهر،كما لا يخفى،و بالجمله فإن البناء إذا كان على غير أساس حصل فيه الانعكاس،و ذكر فيه الالتباس.

بقى هنا شيء و هو أن القبول المشترط هنا هل يشترط فيه القبول اللفظي أو يكفي فيه القبول الفعلي،و الرضاء بذلك؟صرح العلامة في المختلف في هذه المسئله بالثاني،و هو جيد،و قد تقدمت الإشاره إليه في المسائل المتقدم ذكرها أيضا، و الله العالم.

### **الحادي عشر [في انتقال الوصيه إلى ورثه الموصى له إن مات قبل الوصى]:**

المشهور أن الموصى له إذا مات قبل الموصى و لم يرجع الموصى عن وصيته فإن الوصيه تنتقل إلى ورثه الموصى له،قال شيخنا المفيد (عطر الله مرقده)إذا أوصى الإنسان لغيره بشيء من ماله فمات الموصى له قبل الموصى بذلك كان ما أوصى به راجعا الى ورثته،فان لم يكن له ورثه رجع الى مال الموصى،الى أن قال:و لصاحب الوصيه إذا مات الموصى له قبله أن يرجع فيما أوصى له به،فان لم يرجع فهو لخلف الموصى له،و رواه ابن بابويه في كتابه و هو مذهب مشهور للأصحاب،انتهى.

و قال ابن الجنيد:و لو كانت الوصيه لأقوام بعينهم المذكورين مشار إليهم كالذى يقول لولد فلان،و هؤلاء،فإن ولد فلان غيرهم لم يدخل في الوصيه،و لو مات أحدهم قبل موت الموصى بطل سهمه.

قال العلامة في المختلف بعد نقل كلام ابن الجنيد:و لا بأس بهذا القول عندى،لأن الوصيه عقد يفتقر إلى إيجاب و قبول،و قد بينا أن القبول المعتمد به هو الذى يقع بعد الوفاء،فصار الموت حينئذ لا عبره به،انتهى.

و تدل على المشهور و هو المؤيد المنصور صحيحه محمد بن قيس (١) و قد تقدمت في المسئله الخامسه من مسائل المقصد الأول، و تقدم أيضا ذكر ما استند اليه العلامه في القول بالبطلان هنا و هو صحيحه أبي بصير و محمد بن مسلم (٢) و موثقه منصور بن حازم (٣)، و قد حققنا الكلام في المقام ثمه بما لا مزيد عليه.

و الفرق بين ما ذكرنا في المسئله السابعه و ما ذكر هنا أن مطرح البحث في المسئله السابعه هو أن الوارث هل يرث القبول لو مات الموصى له قبل الموصى و لم يقبل أم لا؟ و ليس فيها تعرض لملك الموصى به و عدمه، إلا أنا قد أوضحنا بالأدله الشرعيه في أثناء البحث، أنه يملكه الموصى له، و يملكه وارثه بعده و الغرض من هذه المسئله هنا بيان أن الموصى به ينتقل بموت الموصى له الى وارثه ان لم يرجع الموصى عن الوصيه أم لا، سواء كان مورثه قد قبل الوصيه قبل موت الموصى أم لا، فلو فرض أنه قبل الوصيه في حياه الموصى ثم مات في حياته و اكتفينا بالقبول الواقع في حياه الموصى لم يفتقر وارثه الى القبول، و لكن يبقى الخلاف في بطلان الوصيه و عدمه، و هو المقصود بالبحث هنا، و ان لم يكن قد قبل، انتقل الى الوارث حق القبول، و معه يملك الموصى به على الخلاف، و هو المقصود بالذكر هنا، و قد حققنا في المسائل المتقدمه المشار إليها ضعف جميع ما بنوا عليه، و فرعوا عليه من القول بأن الوصيه عقد يتوقف على الإيجاب و القبول و أنه لا دليل على القبول بوجه، بل الروايات ظاهره في خلافه، و ان الحكم في هذه المسئله المذكوره هنا، هو أنه بموت الموصى له تنتقل الوصيه إلى الوارث ما لم يرجع الموصى، سواء كان الموت في حياه الموصى أم بعد موته، و أن ما استند اليه العلامه، و قبله ابن الجنيد (رحمه الله عليه) من القول بالبطلان، ليس في الأدله ما يدل عليه صريحا، و الروايتان المذكورتان فيهما من الإجمال

ص: ٥٥٤

- 
- ١-١) الكافي ج ٧ ص ١٣ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٠ ح ٩٠٣. الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٩ ح ١.
  - ٢-٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٣١ ح ٩٠٦. الوسائل ج ١٣ ص ٤١٠ ح ٤.
  - ٣-٣) التهذيب ج ٩ ص ٢٣١ ح ٩٠٧. الوسائل ج ١٣ ص ٤١٠ ح ٥.

ما يمنع من الاستناد إليهما في الاستدلال، فلا تنهضان قوه في معارضه صحيحه محمد بن قيس، ونحوها مما دل على ما دلت عليه من الأخبار الصريحه في المطلوب.

و بالجمله فإن قوه القول المشهور في الظهور كالنور على الطور لا يعترها قصور و لا فتور، كما لا يخفى على من نظر بعين التأمل و التدقيق فيما قدمناه في المسائل المشار إليها من التحقيق الرشيق.

بقي الكلام فيما لو لم يخلف الموصى له أحدا فإن الظاهر من كلام الأصحاب من غير خلاف يعرف أنه يرجع الى ورثه الموصى، و بذلك صرح شيخنا المفيد (رحمه الله) فيما تقدم من نقل عبارته، و قال المحقق في الشرائع: و لو لم يخلف الموصى له أحدا رجعت الى ورثه الموصى.

قال في المسالك: هذا تتمه الحكم السابق: و حاصله ان الموصى له إذا مات في حياه الموصى و لم يخلف وارثا رجعت الوصيه الى ورثه الموصى، بمعنى بطلانها حينئذ، و هذا الحكم شامل بإطلاقه لما لو كان موت الموصى له قبل قبوله و بعده و الحكم في الأول واضح، لأنه بموته قبل القبول و عدم قيام أحد مقامه في القبول تبطل الوصيه، و يرجع الى ورثه الموصى، و يحتمل على هذا أن ينتقل حق القبول الى وارثه العام، و هو الإمام، لأنه وارث في الجملة، فيرث حق القبول كما يرثه وارثه الخاص، لقيامه مقامه في إرث جميع ما يورث عنه، و يتولاه نائبه العام، و هو الحاكم الشرعي مع غيبته، إلا أن هذا الاحتمال لم يذكره مع توجهه، و أما الحكم الثاني و هو ما إذا كان موته بعد القبول حيث اعتبرنا القبول المتقدم على الوفاء، فيشكل القول ببطلان الوصيه حينئذ، لتمام سبب الملك بالإيجاب و القبول، و توقفه على الشرط و هو الموت لا يوجب بطلانه، و من ثم انتقل الى الوارث لو كان، فكما أنه لحصول الشرط يتم الملك للوارث فينبغي أن يتم هنا أيضا.

و يمكن الجواب بأن الملك لما كان مشروطا بالموت لا يحصل بدونه كما هو ظاهر، و حينئذ فلا بد من مستحق صالح للملك لينتقل اليه الملك، فان مجرد السبب و ان كان تاما لم يوجب نقل الملك قبل حصول الشرط، و حينئذ فإن كان للموصى له وارث انتقل حق الوصيه اليه، و حكم بملكه، لأن له أهليه الملك و ان لم يقبل بناء على القبول السابق، و ان لم يكن له وارث لم يجد الملك محلا قابلا له لينتقل إليه، إذ ليس هناك إلا الموصى له، و قد فاتت أهليته للملك بموته أو وارثه و الغرض عدمه.

نعم يتمشى على الاحتمال السابق هنا بطريق الأولى، أن ينتقل الى الامام لتمام سبب الملك و حصول الشرط للملك، و الامام وارث للموصى له كالمخاص، فينتقل الملك اليه، و ان لم نقل بانتقال حق القبول إليه، لأن الحق هنا أقوى، انتهى كلامه زيد مقامه.

أقول قد عرفت مما حققناه في المسائل المشار إليها أننا لا دليل على هذا القول الذى يكررون ذكره، و يفرعون عليه ما يذكرونه من الفروع، و ان غايه ما يستفاد من الأخبار المتكثره فى باب الوصيه هو أنه متى أوصى أحد لأحد بشيء فإنه يصح، و يكون لزومه مراعى بموت الموصى قبل الرجوع فيه، فمتى مات الموصى كذلك وجب على الوصى أو الورثه إنفاذ الوصيه، هذا غايه ما يفهم من الأخبار، و هم انما رتبوا ذلك و استندوا فيما ذكروه الى كون الوصيه عقدا يشترط فيه الإيجاب و القبول، مع أنهم لم يوردوا على ذلك دليلا إلا مجرد ظاهر اتفاقهم إن تم، و حينئذ فيأتى على ما ذكرناه أنه متى أوصى الى أحد بشيء و مات الموصى له فى حياه الموصى، فإن كان له وارث فالأشهر الأظهر كما عرفت أنه تنتقل الوصيه الى الوارث، و يكون لزومها مراعى بموت الموصى، فان مات و لم يرجع وجب إنفاذها.

و أما إذا مات الموصى له و ليس له وارث و مات الموصى و الحال هذه من غير أن يرجع فى الوصيه فظاهرهم كما عرفت أنه تبطل الوصيه، لما ذكره هنا فى

المسالك من التعليقات المذكورة، و زاد احتمال رجوع الوصيه الى الامام عليه السلام و مرجع ما ذكرناه الى ما ذكره من الحكم الثانى.

و أما الإشكال الذى أورده عليه فقد عرفت الجواب عنه بما ذكره، و هو الحق فى المقام، و الأصحاب قد ذكروا هنا فى صورته البطلان أنه تنتقل الوصيه إلى ورثه الوصى، و حق الكلام أن يقال الى الوصى، لأن المفروض أن الوصى له مات فى حياه الوصى، و الحال أنه لا وارث له وقت موته، و مقتضى الحكم ببطلان الوصيه فى تلك الحال، هو الانتقال الى الوصى، لأن ذلك مفروض فى حياهه و هو ظاهر هذا.

و لو كان موت الوصى له إنما وقع بعد موت الوصى، و الحال أنه ليس له وارث، فيحتمل ما ذكره ابن إدريس من البطلان فى صورته ما لو تعذر صرف الوصيه فى الوجه الوصى به، و قد عرفت ضعفه، و يحتمل أن تكون الوصيه للإمام عليه السلام لأنه الوارث لمن لا وارث له، و الوصى له قد ملكها و استقر ملكه عليها بالوصيه و موت الوصى، و يحتمل و هو الأقرب الصدقه به عنه، لما تقدم فى المسائل السابقه من

صحيحه العباس بن عامر (1) قال:

«سألت عن رجل أوصى له بوصيه فمات قبل أن يقبضها، و لم يترك عقبا، قال اطلب له وارثا أو مولى فادفعها اليه، قلت: فان لم أعلم له وليا، قال: اجهد على أن تقدر له على ولى فان لم تجده و علم الله منك الجهد فتصدق بها».

و من هذه الروايه يعلم بعد ما احتمله فى صورته البطلان من الصحه بحمل الوارث على الامام بقوله نعم يتمشى على الاحتمال السابق الى آخره، فان المتبادر من إطلاق الوارث انما هو الوارث الخاص، فما ذكره من احتمال الإمام فى كلا الموضوعين بعيد جدا، و لهذا لم يذكره غيره من الأصحاب كما اعترف به، و الوجه فيه ما ذكرناه، و الله العالم.

ص: ٥٥٧



## الثانيه عشر [الوصايه للأقرب]:

قالوا: لو أوصى للأقرب نزل على مراتب الإرث من حيث المرتبه لا- من حيث الاستحقاق، فإن الوصيه يتساوى فيها الذكر و الأنثى، و المتقرب بالأبوين، و المتقرب بالأم، و ان كانوا اخوه، و المراد من تنزيله على المراتب مراعاة المرتبه الأولى من مراتب الإرث، و تقديمها على الثانيه، و كذا الثانيه على الثالثه، و حينئذ فلا يعطى الأبعد فى المرتبه مع وجود الأقرب و مقتضى ذلك تقديم العم من الأب على ابن العم من الأبوين، و ان كان ابن العم مقدما فى الإرث لدليل خارج، مع احتمال تقديمه هنا أيضا، نظرا إلى الأقربيه بحسب الإرث، لكنه يخرج بقيد المنع من إعطاء الأبعد مع وجود الأقرب، هذا ملخص ما ذكره فى ذلك، و الله العالم.

## المقصد السادس فى الوصايه:

### اشاره

بكسر الواو و فتحها و هى الولايه على إخراج حق أو استيفائه أو على طفل و مجنون يملك الموصى الولايه عليه أصاله كالأب و الجد له، أو بالعرض كالوصى عن أحدهما المأذون له فى الإيضاء، و لو نهى لم يوص و مع الإطلاق خلاف يأتى ذكره أن شاء الله تعالى.

و البحث فى هذا المقصد يقع فى مسائل

## الأولى [اشتراط الكمال و العدالة فى الوصى]:

يشترط فى الوصى الكمال بالبلوغ، و العقل فلا تصح إلى صبي بحيث يتصرف حال صباه مطلقا، و لو ضم الى كامل نفذ تصرف الكامل حتى يبلغ الصبي فيشتركان، و سيأتى ما فيه مزيد تحقيق للمسئله ان شاء الله تعالى، و لا الى مجنون، و لو طرأ الجنون على الوصى فقد صرحوا بأنه تبطل وصيته، و هل تعود بعود العقل؟ جزم العلامة بالعدم، و تردد فى الدروس، و لو كان المجنون يعتوره أدوارا، قال فى الدروس: الأقرب الصحه، و تحمل على أوقات الإفاقه، قال: و الفرق بينه و بين ما إذا طرأ الجنون انصراف الوصيه فى ابتدائها إلى أوقات الإفاقه، و انصرافها هناك الى دوام عقله، الذى لم

يعدم، و هل يشترط فيه العدالة؟ المشهور ذلك، و هو مذهب الشيخ فى المبسوط، و الشيخ المفيد فى المقنعه، و ابن حمزه و ابن البراج و سلار، و تبطل الوصيه إلى الفاسق، و قيل: بالعدم، و هو اختيار ابن إدريس بعد الاضطراب فى كلامه، و اليه ذهب المحقق فى النافع، و العلامه فى المختلف.

احتج الأولون بوجوه منها- أن الوصيه استيمان على مال الأطفال، و من يجرى مجريهم من الفقراء و الجهات التى لا- يراعيها المالك، و الفاسق ليس أهلا- للاستئمان على هذا الوجه، و ان كان أهلا- لوكاله، لوجوب التثبت عند خبره، و منها أن الوصيه تتضمن الركون باعتبار فعل ما أوصى اليه به، من تفرقه المال و إنفاقه و صرفه فى الوجوه الشرعيه، و الفاسق ظالم لا يجوز الركون اليه، لقوله تعالى (١) «وَلَا تَرْكُنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ» .

و منها- أن الوصيه استتابه على مال الغير لا على مال الموصى، لانقاله عنه بعد موته، و ولايه الوصى إنما تثبت بعد الموت فيشترط فى النائب العدالة، كوكيل الوكيل، بل أولى لأن تقصير و كيل الوكيل مجبور بنظر الوكيل و الموكل، و ذلك من أكبر البواعث على تحرز و كيل الوكيل من تجاوز الحد، بخلاف الوصى فإن ولايته بعد موت الموصى على الجهات التى أشرنا إليها، و هى مما لا يشارفه فيها أحد غالبا.

احتج العلامه فى المختلف على ما تقدم نقله عنه من عدم اشتراط العدالة، قال: لأنها نيابه فتتبع اختيار المنوب كالكاله.

و استند ابن إدريس إلى الإجماع على جواز إيداع الفاسق، قال: و هى أمانه فكذا الوصيه، و أورد عليه بظهور الفرق بين الكاله و الوصيه بما تقدم من مراعاة الموكل حال الوكيل فى كل وقت مختار، و بأنه فى الكاله تسلط على مال نفسه، و فى الوصيه على مال غيره، و لهذا اشترطت العدالة فى وكيل الوكيل.

ص: ٥٥٩

أقول: والتحقيق أن يقال ان الناس بالنسبه إلى العداله و عدمها على أقسام ثلاثه:أحدها-العدل،و هو من عرف بالقيام بالواجب و اجتناب المحرمات، و ثانيها-الفاسق،و هو من أخل بشيء من الواجبات أو ارتكب المحرمات، و ثالثها-مجهول،و هو من لا يعرف بشيء من الأمرين،و الدليلان الأولان- من أدله القول الأول-غايه ما يدلان عليه نفى الفاسق،دون المجهول الحال، و حينئذ فيجوز وصايه المجهول الحال و لا تلزم العداله.

و أما الدليل الثالث فإن أريد بالعداله المشترطه في وكيل الوكيل ظهور العداله فيه بالمعنى المتقدم،فالاستدلال به مصادره،لأنه عين المتنازع،و ان أريد عدم ظهور الفسق سلمناه،و لكنه لا يفيد الاشتراط المدعى.

و بالجمله فإن المسئله عاربه من النص و الاحتياط فيه مطلوب،و ظواهر جمله من النصوص بالنسبه الى من مات و له أموال،و ورثه صغار،و لا وصى له،اشتراط عداله المتولى لذلك،و هو و ان كان خارجا عما نحن فيه،إلا أن فيه إشعارا بأن المتولى لأمر الوصايه ينبغي أن يكون عدلا مؤتمنا،و لا- فرق بين الأمرين،إلا- كون الأول منصوبا من قبل الشرع،و هذا منصوب من قبل الموصى،و إلا فهو بالنسبه الى ما يتصرف فيه واحد،و حينئذ فكما تراعى العداله فيه من حيث ان الناصب له الشرع،كذا تراعى من حيث ان الناصب الموصى،فلا ينصب لذلك إلا عدلا،و الفرق بينهما بأن الموصى له التسلط على ماله بدفعه الى من يشاء،و يسلط عليه من يختاره،لأن

«الناس مسلطون على أموالهم» (1). بخلاف الحاكم الشرعى المنوط تصرفه بالمصلحه دون ما فيه مفسده ضعيف،فإن الموصى بعد الموت و انتقال التركة و فيهم الصغير،و فيها الوصايا الى الجهات العامه و نحو ذلك من التصرفات التى تحتاج الى الوثوق و الايمان،لا تعلق له بذلك،فتصرفه فيما ذكر إنما هو تصرف فى مال الغير،لا مال نفسه كما ذكره،و مما ذكرناه يعلم أنه لا ريب فى

ص: ٥٦٠

اشتراط عدم ظهور فسقه.

و أما اشتراط ظهور عدالته فقد عرفت أن الاحتياط-حيث ان المسئله غير منصوبه-يقتضيه.

بقى هنا شىء و هو أنه على تقدير اشتراطها ابتداء هل يشترط استدامتها بمعنى أنه لو نصب عدلا ثم ظهر فسقه بطلت وصايته أم لا؟ المشهور الأول، وكذا على القول بعدم اشتراطها لو أوصى الى العدل، ثم ظهر فسقه بعد موت الموصى، فإن المشهور بطلان وصايته، ووجوب عزله، و الوجه فى ذلك، أما على اشتراطها ابتداء فظاهر، لفوات الشرط، و أما على عدم الاشتراط فلان الظاهر أن الباعث له على اختيار العدل-مع جواز الوصيه إلى غيره، كما هو مقتضى القول المذكور- إنما هو عدالته، و الوثوق بأمانته، فإذا خرج عن حد العدالة فات الباعث، و خرج عن الاستيمان، إذ الظاهر أنه لو كان حيا لاستبدل به، كذا احتج به فى المختلف، و ذهب ابن إدريس إلى صحه الوصيه، و عدم بطلانها بذلك، قال-بعد أن نقل عن الشيخ فى المبسوط أنه لو تغيرت حاله الوصى لفسق أخرجت الوصيه من يده، لأن الفاسق لا- يكون أميناً- ما لفظه: هذا الكتاب معظمه فروع المخالفين، فى كلام الشافعى و تخريجاته، و لم يورد أصحابنا فى ذلك شيئاً، لا- روايه و لا- تصنيفاً، و الأصل صحه الوصيه اليه، و الاعتماد عليه مع قوله تعالى (۱) «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ» و عزله عن الوصيه و إخراجه منها تبديل و تغيير بلا خلاف.

أقول: لا ريب أن الشيخ هنا انما حكم بالبطلان، بناء على مذهبه فى المسئله من اشتراط العدالة ابتداء كما هو المشهور، و هو من القائلين بذلك، كما تقدم نقله عنه فى المبسوط، و حينئذ فرد ابن إدريس و حكمه بالصحه يعطى مخالفته فى هذه الصوره أيضاً، و أما فى صوره ما اختاره ابن إدريس من عدم اشتراط العدالة ابتداء فهو بطريق أولى.

ص: ٥٦١

و التحقيق أن يقال:إننا شرطنا العدالة كما هو المشهور،فإن الظاهر هو البطلان لو ظهر الفسق،لأن اشتراطها ابتداء يقتضى الاستداه،لما عرفت من أن الغرض من شرط العدالة هو الوثوق و الاطمئنان بعدم المخالفه فى شىء من الأمور الموصى بها،و الإتيان بها على الوجه المأمور به،و ذلك يقتضى الاستداه فى جميع تصرفاته.

و خلاف ابن إدريس على هذا التقدير ضعيف،مع أنه قد صرح فى كتاب الوصايا على ما نقله عنه فى المختلف بأنه لو مات الوصى أو فسق،أقام الحاكم مقامه من يراه،و ما استند اليه من النهى عن التبديل ليس على عمومه،بل يجب تقييده بما إذا لم يخالف المشروع فلو خالف جاز تبديله،و متى لم يشترط العدالة ابتداء كما هو القول الآخر فإن القول بعدم البطلان كما ذهب اليه ابن إدريس غير بعيد،و ما ذكره العلامة(رحمه الله عليه)فى تعليل البطلان من أن الظاهر أن الباعث له على اختيار العدل انما هو عدالته جيد،لو علم أن الباعث له على جعله وصيا هو عدالته،و إلا فمجرد احتمال ذلك لا يكفى فى الحكم بالبطلان، إذ من الجائز و القريب كون الباعث على نصبه أمرا آخر،من صحبته أو قرابته، أو نحو ذلك،و جاز أن يكون العدالة مزیده فى الباعث،لا سببا تاما،فلا يقدر فواتها،و من ثم ان المحقق فى الشرائع لم يجزم هنا بالبطلان،بل قال:أمكن القول بالبطلان.

و بالجمله فإن ما ذهب اليه ابن إدريس من الصحه على القول المذكور جيد،إلا مع تحقق العلم بأن الباعث على نصب العدل هو العدالة،و الله العالم.

## الثانيه [فى بيان مواضع اشتراط الحريه و الإسلام فى الوصى]:

### اشاره

قد صرحوا بأن من جمله الشروط أيضا فى الوصيه الحريه،فلا تصح وصايه المملوك،لاستلزامها التصرف فى مال الغير،لأن الوصايه يستدعى نظرا فى الموصى به و سعيا فى تنفيذه،و هو موجب للتصرف فى ملك الغير،فلا يصح إلا بإذن المولى،فتصح لزوال المانع،و لا يخفى أن هذا انما يتم فيما إذا

أوصى الى مملوك غيره.

و أما مملوك نفسه من قن أو مدبر أو مكاتب أو أم ولد فنقل في الدروس عن الشيخ عدم الصحه، و عن الشيخ المفيد و سلار أنهما جوزا الوصيه إلى المدبر و المكاتب مطلقا، و ظاهر المختلف أن محل الخلاف أعم من مملوك نفسه، و لم يحضرنى الآن ما يمكن تحقيق الحال منه، إذا عرفت ذلك فاعلم أنه متى أذن له المولى فى قبول الوصايه لم يكن له الرجوع من الأذن المذكور بعد موت الموصى، و ان كان فى حياته فله الرجوع بشرط إعلام الموصى، و الحكم هنا فى المولى كما فى الموصى الحر، باعتبار التفصيل فى الرجوع بين الموت و الحياه بشرط الاعلام و عدمه، فيصح الرجوع بشرط كون ذلك فى الحياه، و بشرط الاعلام، و يبطل فى ما عدا ذلك كما سيأتى تحقيقه ان شاء الله تعالى بعد ذكر المسئله، و المولى هنا فى حكم الوصى المذكور فى ذلك، و ان كان فعل ما تعلقت به الوصيه منوطا بالمملوك.

و من جملة الشروط عندهم أيضا الإسلام إذا كان الموصى مسلما، أو كافرا و الوصيه على أطفال المسلمين، فلا تصح الوصيه إلى كافر و ان كان رحما، لأنه ليس من أهل الولاية على المسلمين، و لا من أهل الأمانه، إلا أن يوصى الكافر الى مثله ان لم يشترط العدالة فى الوصى، و أما مع اشتراطها فهل يكفى عدالته فى دينه أم تبطل مطلقا؟ وجهان: من أن الكفر أعظم من فسق المسلم، و من أن الغرض صيانته مال الطفل و أداء الأمانه، و هو يحصل بالعدل منهم، و اضطرب كلام شيخنا الشهيد الثانى (قدس سره) هنا، فرجح فى المسالك الحكم بالصحه، و فى الروضه المنع، قال فى المسالك: و يحتمل قويا الحكم بصحتها مطلقا مع عدالته فى دينه، لأن الغرض منها صيانته مال الطفل، و حفظ حاله و أداء الأمانه، و إذا كان الكافر فى دينه مجانبا للمحرمات، قائما بالأمانات حصل الغرض المطلوب بخلاف فاسق المسلمين، و قال فى الروضه: و الأقوى المنع بالنظر الى مذهبا، و لو أريد صحتها عندهم و عدمه فلا غرض لنا فى ذلك، و لو ترافعوا إلينا فإن

ص: ٥٦٣

رددناهم الى مذهبهم، وإلا فاللازم الحكم ببطالانها، بناء على اشتراط العدالة، إذ لا وثوق بعدالته في دينه، ولا ركون إلى أفعاله لمخالفتها لكثير من أحكام الإسلام، انتهى.

و أطلق الأكثر كالمحقق في الشرائع و الشهيد في اللمعه و الدروس و العلامه في جمله من كتبه و غيرهم جواز وصيه الكافر الى مثله، مع أن المشهور عندهم اشتراط العدالة في الوصى، و هو مؤذن بالقول بالاكْتفاء بعداله الكافر في دينه، و به يظهر رجحان ما قواه في المسالك.

و من جملتها البلوغ، و قد تقدم الكلام في أنه لا تجوز الوصيه إلى الصبي إلا أن يكون منضمًا إلى بالغ، و أنه لا يتصرف الصغير قبل البلوغ، فإذا بلغ صار شريكًا، و للبالغ الاستقلال بالتصرف ما دام صغيرًا، قيل: و فائده صحه الوصيه إلى الصغير منضمًا مع عدم صحه تصرفه تأثير نصيبه في تلك الحال في جواز تصرفه بعد البلوغ.

أقول: و يدل على هذه الأحكام أعنى صحه وصايه الصغير منضمًا إلى البالغ و صحه تصرف البالغ وحده قبل بلوغ الصبي، و عدم جواز تصرف الصبي قبل البلوغ ما رواه

المشايخ الثلاثة (قدس الله أرواحهم) عن علي بن يقطين (١) قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى إلى امرأه و أشرك في الوصيه معها صبيًا؟ فقال:

يجوز ذلك و تمضى المرأه الوصيه و لا تنتظر بلوغ الصبي و إذا بلغ الصبي فليس له أن لا يرضى إلا ما كان من تبديل و تغيير فان له أن يرده إلى ما أوصى به الميت».

و ما رواه

المشايخ المذكورون في الصحيح عن محمد بن الحسن الصفار (٢) قال:

«كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: رجل أوصى إلى ولده و فيهم كبار قد أدركوا، و فيهم صغار أ يجوز للكبار أن ينفذوا وصيته و يقضوا دينه لمن صح على الميت

ص: ٥٦٤

١-١) الكافي ج ٧ ص ٤٦ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ١٨٤ ح ٧٤٣، الفقيه ج ٤ ص ١٥٥ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٩ ح ٢.

٢-٢) الكافي ج ٧ ص ٤٦ ح ٢، التهذيب ج ٩ ص ١٨٥ ح ٧٤٤، الفقيه ج ٤ ص ١٥٥ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٨ ح ١.

بشهود عدول قبل أن يدركوا الأوصياء الصغار؟ فوقع عليه السلام نعم على الأكبر من ولدان أن يقضوا دين أبيهم ولا يحبسوه بذلك».

و ما ذكره

الرضا عليه السلام في كتاب الفقه (١) حيث

«قال عليه السلام: وإذا أوصى رجل الى امرأه و غلام غير مدرک، فجائز للمرأة أن تنفذ الوصيه، و لا تنتظر بلوغ الغلام، و ليس للغلام إذا أرادت هي و أدرك الغلام أن يرجع في شيء مما أنفذته المرأة إلا ما كان من تغيير أو تبديل».

و روى الصدوق في الفقيه عن علي بن الحكم عن زياد بن أبي الحلال (٢) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) هل أوصى الى الحسن و الحسين مع أمير المؤمنين عليه السلام قال: نعم، قلت: و هما في ذلك السن قال:

نعم، و لا- يكون لغيرهما في أقل من خمس سنين». و ظاهر هذا الخبر المنع من الوصيه إلى الصبي قبل بلوغ خمس سنين، و لم أطلع على قائل به، و الأخبار الداله على الجواز غير مطلقه، و ظاهر الأصحاب الفتوى بإطلاقها، و مقتضى الجمع بين تقييد الجميع إطلاقها بهذا الخبر، و يحتمل أن يكون المراد بالوصيه الى الحسن و الحسين بالنسبه الى ما يجري عليهما بعده من امتثال ما أمرهما به من الصبر، و العمل بما وقع عليهما امتثالاً لوصيته، (صلى الله عليه و آله و سلم).

بقي الكلام في أنه لو مات الصغير أو بلغ فاسد العقل فالمشهور أن للبالغ الانفراد بالوصيه، و لا يداخله الحاكم، و علل بأن شرکه الصبي مشروطه ببلوغه كاملاً، و لم يحصل، فيبقى الاستقلال الثابت له أولاً بالنص على حاله عملاً بالاستصحاب، و مداخله الحاكم مشروطه بعدم وجود الوصي المستقل، و هو هنا موجود.

و قيل: باحتمال بطلان استقلاله بذلك، لأن الموصى إنما فوض اليه الاستقلال

ص: ٥٦٥

١- ١) المستدرک ج ٢ ص ٥٢٦.

٢- ٢) الفقيه ج ٤ ص ١٧٦ ح ٦١٩، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٩ ح ٣.



الى حين بلوغ الصبي، فكأنه جعله مستقلا إلى مده مخصوصه لا مطلقا.

أقول: و الظاهر أنه من هنا نقل عن العلامة في التذكرة و الشهيد في الدروس التردد في هذا الحكم، و في المسالك رجح الأول، ثم قال: نعم لو بلغ رشيدا ثم مات بعده و لو بلحظه زال الاستقلال، لفقد شرطه.

### إلحاق [في وقت اعتبار هذه الصفات]

ما ذكرنا من الصفات المشترطه في الوصى و هى الكمال و الإسلام و الحرية و زاد بعضهم اهتداء الوصى إلى فعل ما أوصى فيه، و قد وقع الخلاف في وقت اعتبارها على أقوال ثلاثه، نقلها الشيخ في المبسوط:

الأول- أنها تعتبر حال الوصيه، لأنها حاله القبول و الاستيمان و الركون اليه، و مخاطبته بالعقد، و حاله الوفاء، لأنها حاله ثبوت التصرف له، و هذا القول اختيار الشيخ و ابن إدريس و ظاهر اختيار المحقق.

الثانى- اعتبار حاله الوفاء لأنها حاله ثبوت الولاية، و لا عبره بالتقدم لعدم نفوذ تصرفه حينئذ.

الثالث- اعتبارها في جميع الحالات من حين الوصيه إلى حين الوفاء، عملا بالاحتياط، و هذه الأقوال كلها مشتركه في اعتبار حال الوفاء، و قد نقلها الشهيد في شرح الإرشاد، و سيأتى ان شاء الله تعالى مزيد تحقيق في ذلك.

### الثالثه [في حكم الوصايه إلى اثنين]:

#### إشاره

لو أوصى الى اثنين فلا يخلو إما أن يشترط اجتماعهما، و حينئذ فلا يجوز لأحدهما أن يتفرد عن صاحبه بشىء من التصرف، لأن الظاهر من شرط الاجتماع أنه لم يرض برأى أحدهما منفردا، و بالجملة فإن ولايتهما لم تثبت إلا على هذا الوجه.

و إما أن يجوز لهما الانفراد، و لا ريب أن تصرف كل منهما منفردا جائز بمقتضى الوصيه، لأن كل واحد منهما وصى مستقل، و يجوز لهما حينئذ اقتسام

المال، و تصرف كل منهما فيما يخصه، و لكن ليست هذه القسمة حقيقه بل لكل منهما التصرف فى نصيب الآخر، لأن كلا منهما وصى فى المجموع و لهذا انه لا فرق فى القسمة بين كونها متساويه أو متفاوتة، حيث لا تحصل بها ضرر.

و إما أن يطلق، و هذا هو محل الاشكال و البحث، فقيل -و هو مذهب الشيخ فى الاستبصار و المبسوط و قبله الصدوق فى الفقيه و غيرهما و عليه أكثر المتأخرين كالمحقق و العلامه و الشهيد و غيرهم-: بأن الواجب الاجتماع، لأن المفهوم من الإطلاق اراده الاجتماع، لو حصل الاشتباه، فللقائل أن يقول ثبوت الولايه لهما مجتمعين معلوم و متفق عليه، و ثبوتها لكل واحد منفردا مشكوك فيه و مختلف فيه، فالواجب الأخذ باليقين المؤيد بالاتفاق عليه، و يرجع الى أصاله انتفائها عن كل واحد منفردا.

و قيل -و هو مذهب الشيخ فى النهايه-: بجواز الانفراد، و هذا الاختلاف نشأ من اختلاف إفهامهم فى روايات المسئله.

و منها ما رواه

فى الكافى فى الصحيح عن محمد بن يحيى (١) قال:

«كتب محمد بن الحسن الصفار الى أبى محمد عليه السلام: رجل مات و أوصى الى رجلين أ يجوز لأحدهما أن ينفرد بنصف التركه، و الآخر بالنصف، فوقع عليه السلام: لا ينبغي لهما أن يخالفا الميت، و أن يعملا على حسب ما أمرهما ان شاء الله تعالى».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن بريد بن معاويه (٢) قال:

«ان رجلا- مات و أوصى إلى و إلى آخر أو الى رجلين فقال أحدهما لصاحبه: خذ نصف ما ترك، و أعطنى النصف مما ترك فأبى عليه الآخر، فسألوا أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال:

ذلك له». و هاتان الروايتان هما الدائرتان فى كلام الأصحاب و هما محل البحث و الاختلاف.

ص: ٥٦٧

١- (١) الكافى ج ٧ ص ٤٦ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ١٨٥ ح ٧٤٥، الفقيه ج ٤ ص ١٥١ ح ٥٢٣، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٠ ح ١.

٢- (٢) الكافى ج ٧ ص ٤٧ ح ٢، التهذيب ج ٩ ص ١٨٥ ح ٧٤٦، الفقيه ج ٤ ص ١٥١ ح ٥٢٤، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٠ ح ٣.

و قال عليه السلام فى كتاب الفقه الرضوى (١)

و إذا أوصى رجل الى رجلين فليس لهما أن ينفرد كل منهما بنصف التركة، و عليهما إنفاذ الوصيه على ما أوصى الميت،.

و بهذه العبارة عبر الشيخ على بن الحسين بن بابويه على ما نقله عنه فى المختلف.

قال فى الفقيه بعد نقل حديث الصفار، و هذا التوقيع عندى بخطه عليه السلام و عليه العمل، ثم قال بعد إيراد الخبر الثانى: لست أفتى بهذا الحديث بل أفتى بما عندى بخط الحسن بن على عليه السلام و لو صح الخبران جميعا لكان الواجب الأخذ بقول الأخير كما أمر به الصادق عليه السلام.

قال الشيخ فى التهذيب و نعم ما قال: رادا على الصدوق ظن أنهما متنافيان، و ليس الأمر على ما ظن، لأن قوله عليه السلام: ذلك له، يعنى «فى الحديث الأخير» أن له أن يأبى عليه و لا يجيبه الى ملتسمه. فلا تنافى.

أقول: و الصدوق (رحمه الله عليه) ظن رجوع الإشاره الى صدر الخبر المتضمن لطلب أحدهما القسمه و أن الامام عليه السلام جواز ذلك له، و هو بعيد جدا، بل الحق هو رجوع الإشاره الى الامتناع من القسمه، فيكون موافقا للخبر الأول، فإنه ظاهر فى عدم جواز القسمه، و أن مقتضى الإطلاق بجعلهما و صفيين هو الاجتماع.

و الظاهر أن الشيخ فى النهايه إنما قال: بجواز الانفراد، تعويلا على روايه بريد المذكوره، بحمل الإشاره فيها على الرجوع، الى صدر الخبر، كما توهمه الصدوق (رحمه الله عليه)، و لكنه فى التهذيبين رده بما عرفت.

و بالجمله فالظاهر من الخبرين المذكورين هو ما ذكره الشيخ فى كتابى الأخبار و هو وجوب الاجتماع، و عدم جواز الانفراد، و أصرح منهما فى ذلك كلامه عليه السلام فى كتاب الفقه الرضوى.

و أما ما ذكره فى المسالك من عدم دلالة روايه الصفار على وجوب الاجتماع، قال: لأن لفظ لا ينبغى ظاهر فى الكراهه لا الحظر، ففيها دلالة على جواز الانفراد

ص: ٥٦٨

على كراهه، و تبقى تلك مؤيده لها كما فهمه الشيخ فى فتوى النهايه، فإنه أجد مما فهمه فى التهذيب، مع أن المتأخرين كالعلامه فى المختلف و من بعده فهموا من الروايه المنع من الانفراد، و استحسنا حمل الروايه الأخرى على ما ذكره الشيخ (رحمه الله عليه)، و ربما رجح الحمل بأن الإباء أقرب من القسمه، فعود اسم الإشاره إليه أولى، و فيه أن الإشاره بذلك الى بعيد فحمله على القسمه أنسب باللفظ، انتهى.

ففيه: أولاً- أن ما ذكره من أن لفظ لا ينبغى ظاهر فى الكراهه ان أراد باعتبار العرف الجارى بين الناس الآن فهو كذلك، و لكن لا حجه فيه، و ان أراد باعتبار عرفهم عليهم السلام فهو ممنوع، فإن ورود لا- ينبغى فى التحريم و ينبغى فى الوجوب أكثر كثير فى الأخبار، كما لا يخفى على من جاس خلال الديار، و قد حققنا فى غير موضع مما تقدم، سيما فى كتاب العبادات، ان هذا اللفظ من الألفاظ المتشابهه بحسب العرف الشرعى و الحمل على أحد معنيه يحتاج إلى القرينه، و القرينه هنا واضحه فى التحريم، و أن لا ينبغى بمعنى لا- يجوز، لأن مرجع الكلام و محصله إلى النهى عن مخالفه الميت، و لا- ريب أن المخالفه محرمة، لأنها متضمنه للتبديل المنهى عنه فى الآيه، و إذا ثبت أن المخالفه محرمة علم أن لفظ «لا- ينبغى فى المقام» بمعنى لا يجوز، كما هو واضح، و يؤكد قوله ثانياً «و يعمل- على حسب ما أمرهما» و فى الجميع إشاره الى أن القسمه و الانفراد المسئول عنه فى الخبر مخالفه للميت فيما أمر به، و أنهما متى فعلا ذلك لم يعمل على حسب ما أمرهما، و منه يعلم أن مقتضى الإطلاق هو الاجتماع كما ذكرنا سابقاً.

و ثانياً- أن ما ذكره فى ترجيح عود الإشاره إلى القسمه- من أن الإشاره فى الخبر وقعت بلفظ ذلك، و هى أنسب بالحمل على البعيد، فتكون الإشاره راجعه إلى القسمه- مردود، بأن الذى فى الروايه انما هو الإشاره بذاك التى هى للقريب، لا بذلك كما توهمه (قدس سره) فتكون الإشاره راجعه إلى الامتناع،

لأنه هو الأقرب، هذا مع الجرى على مقتضى هذه المضايقات البعيده، وإلا فباب المجاز فى الكلام أوسع من أن يتطرق اليه هذا الإلزام، سيما مع ظهور الحكم من الأخبار بما عرفت من التحقيق، و الى بعض ما أوردناه عليه أولا- تنبه أخيرا فعدل الى القول بالتحريم.

و أما ما ذكره فى الوافى اعتراضا على الشيخ فى الاستبصار أنه لو لا تفسير الحديث بما فسره لكانا متناهين، و ليس الأمر على ما ظن، لان حديث الصفار ليس نصا على المنع من الانفراد، لجواز أن يكون معناه أنه ليس عليهما إلا إنفاذ وصاياهما على ما أمرهما، و ان لا يخالفا فيها أمره تفردا أو اجتماعا، أو يكون معناه أنه ان نص على الاجتماع وجب الاجتماع، و ان جاز الانفراد جاز الانفراد، و بالجمله انما الواجب عليهما أن لا يخالفا، انتهى.

فلا يخفى ما فيه، و لولا أنه اعترف بعد هذا الكلام بما أشرنا إليه، فقال فى تتمه الكلام المذكور: إلا أن ما ذكره صاحب الاستبصار هو الأحسن و الأوفق و الأصوب، انتهى، لأوضحنا ما فيه، و قد تلخص مما ذكرناه و جوب الاجتماع فى صورته الإطلاق، كما هو الأشهر الأظهر، فشرط الاجتماع لو وقع حينئذ محمول على التأكيد، و المراد بوجوب اجتماعهما فى صورتين اتفاقهما، و أن لا يصدر شىء من الأمور الموصى بها إلا عن اتفاق منهما على كونه مصلحه، و إذا توقف على عقد وقع من أحدهما بإذن الآخر، أو إذنا لثالث.

و تمام تحقيق البحث فى المقام يتوقف على بيان أمور

### **الأول [فى تشاح الوصيين فى صورته وجوب الاجتماع] :**

إذا تشاح الوصيان فى صورته وجوب الاجتماع عليهما من الإطلاق، بناء على الأشهر الأظهر أو فى صورته اشتراط الموصى بمعنى أنهما تمانعا، و أبى كل واحد على صاحبه ما يريد، فقد أطلق جمع منهم الشيخ فى المبسوط عدم جواز تصرف أحدهما، و الوجه فيه ظاهر، لأن الموصى لم يرض برأى أحدهما منفردا فيكون تصرفه حينئذ تصرفا بغير اذن، كتصرف الأجنبى.

و استثنى جماعه منهم المحقق ما تدعو الحاجه اليه، و لا يمكن تأخيره إلى وقت الاتفاق، من نفقه اليتيم و الرقيق و الدواب، و مثله شراء كفن الميت، و زاد بعضهم قضاء ديونه، و إنفاذ وصيه معينه، و قبول الهبه عن الصغير مع خوف فوات النفع.

و فصل العلامه فى القواعد، ففرق بين صوره الإطلاق فى الوصيه، و بين صوره النهى عن الانفراد، فاحتمل ضمان المنفرد فى الصوره الثانيه، و جوز ما لا بد منه فى الصوره الأولى، و حمل كلام الأصحاب على ذلك.

و أورد عليه بأن من الأصحاب من صرح بعدم الفرق بين الحالين، فلا يمكن حمل كلامه على ما ذكره من التفصيل، و بأن حاله الإطلاق ان حملت على اراده الاجتماع كما فهمه الأكثر فلا فرق بينهما و بين حاله النهى عن الانفراد إلا باعتبار التأكيد فى هذه دون تلك كما تقدمت الإشارة إليه، فلا وجه للفرق بالكليه حينئذ، و قيل: و يضمن المنفرد مطلقاً، و هو الأوفق بالعله المتقدمه، و نقل عن أبى الصلاح أنه مع التشاح يرد الناظر فى المصالح الأمر الى من كان أعلم بالأمر و أقوى عليه، و يجعل الباقي تبعاً له، و فيه ما عرفت من أن الموصى لم يوص برأى أحدهما منفرداً، حيث أمر بالاجتماع إما بالتصريح به، أو لكونه مقتضى الإطلاق كما عرفت، فكيف يخص به أحدهما، و ان كان أعلم أو أقوى و قد منعه الموصى من ذلك.

ثم انه قد صرح جملة من الأصحاب بأنه مع التشاح و التعاسر منهما يجبرهما الحاكم على الاجتماع، فان اتفق و إلا استبدل بهما، و هو على إطلاقه مع القول باشتراط العداله فى الوصى كما عليه الأكثر لا يخلو من الإشكال، لأنه بالتشاح و التعاسر منهما مع إمكان الاجتماع و انما قصداً بذلك محض العناد من كل منهما للآخر يثبت فسقهما الموجب لعزلهما عن الوصيه، فيجب أن يستبدل الحاكم بهما، لا أنه يجبرهما على الاجتماع، و الحال كما عرفت.

و لقد أحسن ابن إدريس هنا حيث قال في مسئلة التشاح: و ان ناقض نفسه بما ذكره في المسئلة الأولى قال: ان تشاحا في الوصيه و الاجتماع لم تنفذ بشيء مما تصرفا فيه، الى أن قال: و للناظر في أمور المسلمين الاستبدال بهما، لأنهما حينئذ قد فسقا، لأنهما أخلا بما وجب عليهما القيام به، و قد بينا أن الفسق يخرج الوصيه من يده، انتهى مع أنه في مسئلة اشتراط العدالة و عدمه، صرح أولا بالاشتراط، ثم عدل عنه في آخر كلامه، فقال: و الذى يقتضيه أصول مذهبنا و يشهد به أصولنا و روايتنا أن العدالة في الوصى ليست شرطا في صحه الوصيه، للإجماع على صحه إيداع الفاسق و هى أمانه فكذا الوصيه، انتهى، ثم عقب ذلك بمسئلة الوصيين، و قال فيها ما عرفت، و الجميع في موضع واحد، و ربما أمكن فرض التشاح من غير استلزام الفسق فيما إذا اختلف رأيهما في وجه المصلحه مثلا، فلا يمكنهما الاجتماع على رأى واحد، لأن كل واحد مكلف بما يقتضيه رأيه من الحكم، و ينبغى أن يستثنى هذا من محل البحث المذكور، فإنه لا يمكن إجبار الحاكم هنا لهما على الاجتماع، و على هذا يخص محل البحث بما يمكن فيه الاجتماع و يكون التشاح ناشيا عن التشهى و الميل الطبيعى كأن يريد أحد الوصيين تفرقه صدقه المال الموصى به لذلك على أناس مخصوصين، و يريد الآخر غيرهم مع تساوى الجميع فى الاستحقاق، أو أراد أحدهما شراء نوع من المأكول و الملبوس للطفل، و أراد الآخر غيره مع التساوى فى المصلحه، و نحو ذلك فان هذا هو محل البحث.

و نقل عن العلامة فى التذكرة أنه بالغ فى المسئلة، و صرح بأنهما لا ينعزلان بالاختلاف، و أن اللذين أقامهما الحاكم نائبان عنهما و هو عجيب، و الله العالم.

### **الثانى [فى وجوب ضم الحاكم إلى أحد الوصيين لو تعذر الآخر]:**

قالوا: لو مرض أحدهما أو عجز ضم اليه الحاكم من يقويه، و هذه العبارة لا تخلو من الإجمال، و تعدد الاحتمال، فيحتمل أن يكون المراد

منها أن المضموم اليه هو المريض و العاجز بأن يكون الضمير في «اليه» و«يقويه» راجعا الى المريض، و العاجز، بمعنى أن الحاكم يضم إليهما شخصا يقويهما و يعينهما على التصرف، و يساعدهما على ذلك، فان المرض و العجز لا يخرجهما عن الوصاية، لجواز الوصيه ابتداء الى المريض و العاجز، فكما لا يقدح في الابتداء، كذا لا يقدح في الاستدامه، و أيضا على هذا فيعتبر اجتماع الثلاثة في التصرف.

و يحتمل أن يكون المراد أن المضموم اليه هو الوصى الآخر المدلول عليه بأحدهما ضمنا، و حينئذ يكون الضمير في «اليه» و«يقويه» راجعا إلى الوصى الآخر المشار اليه، و على هذا يراد بالعجز و المرض البالغين حد المنع و عدم إمكان التصرف، و بهذا صرح في الدروس فإنه جعل الضميمة مع عجز أحدهما كما لو جن أو فسق، و من الظاهر أن جعل العاجز و المريض كالمجنون و الفاسق اللذين لا-وصايه لهما يعطى بلوغ العجز و المرض الى حد يمنع من القيام بشيء من الوصايا، فيكون المضموم اليه هو الوصى الآخر البته.

و بالجمله فإنه ينبغي أن يكون المدار في ذلك على مرتبتي العجز و المرض، فان بلغتا إلى حد العجز الكلى و هو الحد الذي يمنع من القيام بشيء من الوصايا، فإنه يكون للضم إلى الوصى الآخر، و إلا فإن الضم الى المريض و العاجز، لأن العجز و المرض إنما منع عن القيام بالجميع مع ثبوت أصل القدره، فيكون المضموم إليهما مساعدا لهما في الأشياء التي تضعف عنها قوتهما، و على هذا فتكون الأوصياء ثلاثة، كما تقدم.

### **الثالث [حكم ما لو مات أحد الوصيين أو فسق] :**

قالوا: لو مات أحد الوصيين أو فسق لم يضم الحاكم الى الآخر.

و جاز له الانفراد، لأنه لا ولاية للحاكم مع وجود وصي، و تردد فيه بعضهم.

أقول: ينبغي أن يعلم أن ذكر الموت و الفسق إنما خرج مخرج التمثيل، و المعنى أنه لو تعذرت مشاركته أحد الوصيين للآخر على الاجتماع، لأحد الموانع



كموت أو فسق أو عجز كلي أو جنون أو غيبه بعيده، فالمشهور هو أن الحكم في ذلك ما ذكر من استقلال الآخر بالوصيه، من غير أن يضم إليه الحاكم بدلا من الوصى الآخر، لأنه لا ولاية للحاكم مع وجود الوصى، وهو هنا موجود و نصب الآخر معه لا يخرج من كونه وصيا، ولهذا يقال: نصب وصيين، هكذا قيل.

و فيه أن الظاهر من نصب الوصيين الذي قد عرفت آنفا أن مقتضاه الاجتماع، و هو أن الموصى لم يرض برأى أحدهما منفردا كما تقدم ذكره، فتصرفه وحده مناف لمقتضى الاجتماع المفهوم من الإطلاق، و منه يعلم أنه مناف لغرض الموصى.

و قولهم أنه لا ولاية للحاكم مع وجود الوصى مسلم لو كان الوصى منفردا، و أما في صورته الاشتراك فهو ممنوع، و صدق وجود الوصى حقيقه هنا ممنوع، بل الموجود جزء وصى، و إطلاق الوصى عليه مجاز، و به يثبت المنع من انتفاء ولاية الحاكم هنا، بل الولاية له ثابتة، لأن ولايته تتعلق بما لا يشرع إنفاذه لغيره من أحكام الميت، و هو هنا كذلك.

قال في المسالك: و الأقوى وجوب الضم، و ليس للحاكم أن يفوض إليه وحده، و ان كان عنده صالحا للاستقلال، لأن الموصى لم يرض برأيه وحده، و عند وجود اراده الموصى لا- تعتبر اراده الحاكم، لأن ذلك كمنعه من كونه وصيا بالانفراد، فلا- يتخطاه الحاكم، انتهى و هو جيد.

#### الرابعه [في جواز رد الوصيه ما دام الموصى حيا]:

#### اشاره

لا- خلاف بين الأصحاب (رضى الله عنهم) في أن للوصى أن يرد الوصايه ما دام الموصى حيا بشرط أن يبلغه ذلك، فلو مات الموصى قبل الرد أو بعده و لم يبلغه لزمه القيام بها، و بذلك تكاثر الأخبار.

و منها ما رواه

المشايخ الثلاثة (طيب الله تعالى مراقدهم) عن محمد بن مسلم (1) في الصحيح

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ان أوصى رجل الى رجل و هو غائب فليس له أن يرد وصيته، فإن أوصى إليه، و هو بالبلد، فهو بالخيار ان شاء قبل، و إن شاء لم يقبل.»

ص: ٥٧٤

١- (١) الكافي ج ٧ ص ٦ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٥ ح ٨١٤، الفقيه ج ٤ ص ١٤٤ ح ٤٩٦، الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٨ ح ١.

و المراد أنه مات الموصى فى تلك الغيبه، قبل أن يعلمه الوصى بالقبول أو عدمه، فإنه يجب عليه القيام بالوصايه، و ان لم يقبل».

و ما رواه

فى الكافى و الفقيه عن فضيل بن يسار (١) فى الصحيح

«عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل يوصى اليه فقال: إذا بعث بها اليه من بلد فليس له ردها، و ان كان فى مصر يوجد فيه غيره فذلك اليه».

و التقريب فيه ما تقدم فى سابقه، بمعنى أنه لو مات الموصى بعد البعث و قبل وصول الجواب اليه بالقبول و عدمه، و حاصله أنه إذا أوصى اليه و الوصى غائب عن البلد، ثم مات لزمه القيام بالوصيه قبل أو لم يقبل، و ان أوصى اليه و هو حاضر فإنه مخير بين القبول و عدمه، لأن المصر يوجد فيه غيره.

و عن منصور بن حازم (٢)

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال: أوصى الرجل إلى أخيه، و هو غائب فليس له أن يرد عليه وصيته، لأنه لو كان شاهدا فأبى أن يقبلها طلب غيره».

و ما رواه فى الكافى فى الصحيح أو الحسن عن الفضيل (٣) و كذلك

الشيخ فى التهذيب

«عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يوصى اليه؟ قال: إذا بعث بها من بلد اليه، فليس له ردها».

و قال فى كتاب الفقه الرضوى (٤)

«و إذا أوصى رجل الى رجل و هو شاهد فله أن يمتنع من قبول الوصيه، و كان الموصى إليه غائبا، و مات الموصى من قبل أن يلتقى مع الموصى إليه، فإن الوصيه لازمه للموصى إليه».

ص: ٥٧٥

١- ١) الكافى ج ٧ ص ٦ ح ٢، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٥ ح ٨١٥، الفقيه ج ٤ ص ١٤٤ ح ٤٩٧، الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٨ ح ٢.

٢- ٢) الكافى ج ٧ ص ٦ ح ٣، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٦ ح ٨١٦، الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٨ ح ٣.

٣- ٣) الكافى ج ٧ ص ٦ ح ٤، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٦ ح ٨١٧، الفقيه ج ٤ ص ١٤٥ ح ٥٠٠، الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٩ ح ٥.

٤- ٤) المستدرک ج ٢ ص ٥٢٢ الباب ٢١ ح ٢.

أقول: وهذا الخبر مبين لما اجعل في الأخبار المتقدمه كما ذيلناها به، و تحقيق الكلام في المقام أنك قد عرفت فيما تقدم أن الوصيه من العقود الجائزه في حياه الموصى فلكل من الموصى و الموصى له بمال و نحوه، و الموصى إليه بالولاية، فسخرها في حياه الموصى إجماعا.

و أما بعد موته فان قبل كل من الموصى له و الموصى إليه فليس له الرد اتفاقا، و ان لم يقبل في حال الحياه جاز له الرد بعد وفاته، إلا أنه في الموصى إليه مشروط بأن يبلغ الموصى و يعلمه الرد في حال حياته، فلو لم يعلمه ذلك في حال الحياه لزمه القيام بذلك، و لم يكن لرده أثر يترتب عليه، هذا هو المشهور.

و عليه تدل الأخبار المذكوره، لأنها كما عرفت متفقه في أنه لو كان الموصى إليه غائبا و مات الموصى بعد الوصيه فليس له الرد، سواء بلغه الخبر و ردها، و لكن لم يبلغ الرد الموصى أو لم يبلغه الخبر إلا بعد موت الموصى، فإنه ليس له الرد، بل يجب عليه القبول، و حينئذ فالحكم في هذه الصوره كما في الصوره الأولى أعنى موت الموصى بعد قبول الوصى، فإنه ليس للموصى الرد بعد موته اتفاقا.

و ذهب العلامه في التحرير و المختلف إلى أنه يجوز له الرجوع ما لم يقبل، قال في المختلف: أطلق الأصحاب عدم جواز رد الوصيه إذا لم يعلم الوصى بها حتى يموت الموصى، أو يعلم و يرد، و لما يعلم الموصى بالرد، لروايات كثيره ثم نقل روايه منصور بن حازم، و صحيحه محمد بن مسلم قال: و الوجه عندى المصير الى ذلك ان كان قد قبل الوصيه أولا، و ان لم يكن قبل و لا علم جاز له الرجوع، للأصل، و لازاله الضرر الواصل بالتحمل غير المستحق، و قد قال الله تعالى (١) ﴿مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾

و قال عليه السلام (٢)

«لا ضرر و لا ضرار في الإسلام». و تحمل الأحاديث على حصول القبول، لأنه عقد و لا بد فيه من القبول،

ص: ٥٧٤

١- ١) سورة الحج-الايه ٧٨.

٢- ٢) الكافي ج ٥ ص ٢٩ ح ٢، الوسائل ج ١٧ ص ٣٤١ ح ٣.

وقد نبه الشيخ في المبسوط و في مسائل الخلاف، عليه، فقال: إذا قبل الوصيه له أن يردها ما دام الموصى حيا، فإن مات فليس له ردها، و استدل بإجماع الفرقه، و بأن الوصيه قد لزمته بالقبول، انتهى.

و قال في الدروس بعد ذكر القول المشهور في المختلف: يجوز الرد إذا لم يعلم بالوصيه حتى مات، للخرج و الضرر، و لم نعلم له موافقا عليه، انتهى.

أقول: يظهر من شيخنا في المسالك الميل الى ما ذكره العلامة هنا حيث قال بعد ذكر القول المشهور: و أن الأصحاب استندوا فيه الى الأخبار التي قدمنا هنا، ثم نقل قول العلامة و دليله ما هذه صورته:، و الحق أن هذه الأخبار ليست صريحه في المدعى، لتضمنها أن الحاضر لا يلزمه القبول مطلقا، و الغائب يلزمه مطلقا، و هو غير محل النزاع، نعم في تعليل الروايه المتقدمه إيماء إلى الحكم، إلا- أن إثبات مثل هذا الحكم المخالف للأصول الشرعيه بإثبات حق الوصايه على الموصى اليه على وجه القهر، و تسليط الموصى على إثبات وصيته على من شاء، بحيث يوصى و يطلب من الشهود كتمان الوصيه إلى حين موته، و يدخل على الوصى الحرج و الضرر غالبا بمجرد هذه العله المستنده إلى سند غير واضح بعيد، و لو حملت هذه الأخبار على سبق القبول، أو على شدة الاستحباب كأن أولى، و لو حصل للوصى ضرر ديني، أو دنيوي أو مشقه لا يتحمل مثلها عادة أو لزم من تحملها عليه ما لا يليق بحاله من شتم و نحوه قوى جواز الرجوع، انتهى.

أقول: قد عرفت مما ذيلنا به بعض الأخبار المتقدمه و به صرح عليه السلام في كتاب الفقه الرضوى أن حكمه عليه السلام في تلك الأخبار على الغائب بأنه يلزمه القيام بالوصيه متى أوصى اليه في حال الغيبه و مات الموصى أعم من أن يكون الوصى قد قبل الوصيه لما بلغه الخبر أو لم يقبل، فإنه لا أثر لعدم قبوله بعد موت الموصى، أما على الأول فظاهر، و هو مما لا خلاف فيه، و أما على الثاني و هو محل الخلاف، فلظاهر هذه الأخبار، فإنها دلت كما عرفت على أنه بالوصيه إليه حال

غيبته و موت الموصى يجب على الوصى القيام بالوصيه،رضى بالوصيه أو امتنع، فان امتناعه لا أثر له بعد موت الموصى و هذا هو محل الخلاف.

و أما إذا كان حاضرا للوصيه مشافها لها،فإنه لا يلزمه القبول،و له أن يردھا و لا ضير فيه،لأن الموصى حى.

و حينئذ فكيف يتم قوله«أن ما تضمنته الأخبار غير محل النزاع و أنها غير صريحه فى المدعى»و قد عرفت من كلام العلامه و من كلامه هو أيضا أن محل النزاع هو أن يثبت للموصى إلزام بالقيام بوصيته مع عدم قبوله،و لا علمه بذلك، بل يكون قهرا عليه،و هذا هو الذى دلت عليه الأخبار بالتقريب الذى ذكرناه، و لهذا أن غيره من الأصحاب كالعلامه فى المختلف و غيره ممن قال بالقول المشهور متفقون على دلالة الأخبار على القول المذكور،و هو الذى فهموه منها،و غايه ما يتمسك به العلامه معارضتها بالأدله الداله على نفي الضرر و الحرج،فتأمل الأخبار المذكوره جمعا بين الأدله بالحمل على القبول،و هو الظاهر من كلامه أيضا،و هو زاد احتمال الحمل على شدة الاستحباب.

و أنت خبير بما فى التأويلين المذكورين من البعد،و أما المعارضه بالأدله على نفي الضرر و الحرج،فإننا نمنع حصول الضرر و الحرج بمجرد الوصيه اليه، و إلا للزم عدم جواز قبول الوصايه مطلقا،فإنه لا يجوز للإنسان أن يلقى نفسه فى الضرر،لو كان مجرد الوصيه إليه يستلزم ذلك،نعم لو فرض اتفاق ذلك فى بعض الموارد كما فرضه(قدس سره)فى آخر كلامه،فإنه يجوز له الرجوع دفعا للضرر عن نفسه،و به يحصل الجمع بين أخبار الضرر و أخبار المسئله،و لا يحتاج الى ما ذكره من التأويلين البعيدين.

و أما ما ذكره من أن إثبات هذا الحكم مخالف للأصول الشرعيه بإثبات حق الوصايه على الموصى اليه على وجه القهر الى آخر كلامه فى ذلك.

ففيه أنه إذا ثبت ذلك بالأدله الصحيحه كما عرفته من هذه الروايات مع

صحتها باصطلاحهم من غير معارض لها في البين، فإنه يجب تخصيص الأصول التي ذكرها بهذه الأخبار، إذ ما من عام إلا وقد خص، ولم يبق حينئذ إلا مجرد الاستبعاد العقلي الذي فرضه، وهو غير مسموع في مقابله الأخبار، سيما مع صحتها و تكاثرها، و وضوح دلالتها كما فصلناه، و الله العالم.

### **إلحاق [في وجوب قبول الابن وصيه الأب إذا دعاه إلى قبوله]**

قال الصدوق: إذا دعى الرجل ابنه إلى قبول وصيته فليس له أن يأبى و إذا أوصى رجل إلى رجل فليس له أن يأبى ان كان حيث لا يجد غيره، و إذا أوصى رجل إلى رجل و هو غائب عنه، فليس له أن يمتنع من قبول وصيته.

أقول: أما الحكم الأول فيدل عليه ما رواه

المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) عن علي بن الريان (1) قال:

« كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام رجل دعاه والده إلى قبول وصيته هل له أن يمتنع من قبول وصيته؟ فوقع عليه السلام: ليس له أن يمتنع.»

و أما الثاني فالظاهر أن الدليل عليه ما رواه

المشايخ الثلاثة أيضا في الصحيح أو الحسن عن هشام بن سالم (2)

« عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يوصى إلى الرجل بوصيه فأبى أن يقبلها؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام لا يخذله على هذه الحال.»

و ظاهره (قدس سره) حمل الخبر على وجوب القبول، و لذا قيده بأن لا يجد غيره، و فيه تأكيد لما ذكرناه ردا على شيخنا المتقدم ذكره، و ينبغي تقييد كلامه بما قيدت به الأخبار المتقدمه من موت الموصى بعد الوصيه و العلامه في المختلف حمل القبول في الأولين أولا- على شدة الاستحباب، ثم قال: على أن امتناع الولد نوع عقوق، و من لا يوجد غيره يتعين عليه، لأنه فرض كفايه، و بالجمله فأصحابنا

ص: ٥٧٩

١- (١) الكافي ج ٧ ص ٧ ح ٦، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٦ ح ٨١٩، الفقيه ج ٤ ص ١٤٥ ح ٤٩٨، الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٠ الباب ٢٤.

٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ٦ ح ٥، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٦ ح ٨١٨، الفقيه ج ٤ ص ١٤٥ ح ٤٩٩، الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٩ ح ٤.

لم ينصوا على ذلك، ولا بأس بقوله، انتهى.

و فيه عدول الى القول بوجوب القبول، و في حكمه- بكون القبول فرض كفايه يتعين مع عدم وجود فرد آخر- ما يوجب الإيراد عليه فيما تقدم نقله عنه من عدم وجوب قيام الموصى إليه بالوصاية بعد موت الوصى، إذا أوصى اليه و هو غائب و ان لم يعلم، و لم يقبل، لأن وجوب قبول الوصيه كفايه انما هو حال حياه الموصى أما بعد موته فإنها يتعين فيمن أوصى اليه كما لو لم يكن غيره حال الحياه، فإنه يصير القبول واجبا عينيا.

### **إلحاق آخر [هل يكفى فى جواز الرد مجرد بلوغ الخبر و ان لم يوجد وصى غيره؟]**

قد عرفت أنه يشترط فى جواز الرد فى الحياه بلوغ الخبر الموصى، لكن يبقى الكلام فى أنه لو بلغه الخبر، و لم يمكنه إقامه وصى غيره، فهل يكفى فى جواز الرد مجرد بلوغ الخبر و ان لم يوجد وصى غيره، أو لا بد من تقييده بإمكان وجود وصى آخر عوض الأول؟ و ظاهر إطلاق الفتاوى الأول، و ظاهر النصوص الثانى.

و منها صحيحه هشام بن سالم أو حسنته المتقدمه، و قوله عليه السلام فيها «لا يخذله على هذه الحال»، و قد عرفت حملها على عدم وجود غيره، كما صرح به الصدوق و غيره.

و منهم العلامه فى المختلف كما تقدم، و الشهيد فى الدروس، و مقتضاها كما عرفت أنه مع عدم وجود الغير لا يجوز له الرد، و يشير الى ذلك قوله عليه السلام فى صحيحه الفضيل بن يسار المتقدم «و ان كان فى مصر يوجد غيره فذاك اليه» و قوله فى صحيحه منصور بن حازم «لأنه لو كان شاهدا فأبى أن يقبلها يطلب غيره» فإنهما ظاهران فى تعليق جواز الرد على وجود الغير، فلو لم يوجد الغير لقبول الوصيه لم يجوز له الرد، و الله العالم.

لا خلاف بين الأصحاب (رضى الله عنهم) فى أن الوصى أمين، لا يضمن ما بيده من الأموال التى تعلق بها الولايه إلا بتعد أو تفريط، و ينبغى أن يكون المدار فى التعدى و عدمه على مخالفه شرط الوصيه و عدمها، فلو ربك الدابه أو لبس الثوب لا لغرض يعود الى الطفل أو نفع يترتب عليه، كان ذلك تعدياً لأن مقتضى الوصيه حفظهما أو بيعهما و صرفهما فى الوجهه المأمور بها، فتصرفه فيها كذلك لأغراض نفسه تعد البتة.

أما لو تعلق بذلك غرض يعود الى الطفل، كأن يركب الدابه للمضى فى حوائج الطفل من استيفاء دينه، أو جمع حواصله أو نحو ذلك، و لبس الثوب لدفع الضرر عنه باللبس، كما فى ثياب الصوف و نحوها فى أوقات الحر و نحو ذلك، فإنه لا يكون تعدياً، بل ربما صار فى بعض الأفراد واجبا عليه إذا علم حصول الضرر بدون ذلك.

و ظاهر كلامهم أن غايه ما يوجب التعدى و التفريط و جوب الضمان عليه مع بقاءه على الوصايه، و لا يوجب ذلك عزله، مع أنهم قد صرحوا بأنه ان ظهر منه خيانه و جب على الحاكم عزله، و الظاهر أن التعدى و التفريط نوع خيانه أيضاً إلا أنهم لم يصرحوا بذلك، بل ربما ظهر من كلامهم فى الحكم الأول عدم كون ذلك خيانه، فينبغى التأمل فى ذلك، ثم ان ما ذكره من أنه متى ظهرت منه خيانه و جب على الحاكم عزله، و نصب غيره ظاهر فيما لو لم يشترط عداله الوصى فإن للحاكم أن يعزل الخائن مراعاة لحق الأطفال، و مصارف الصدقات، و نحوها من تنفيذ الأمور الموصى بها.

و أما على تقدير اشتراط العداله كما هو المشهور، فإنه ينزل بنفس الفسق و ان لم يعزله الحاكم، و لعل المراد بعزل الحاكم فى كلامهم ما هو أعم من قوله عزلتك كما هو الحكم بالنسبه إلى القول الأول أو منعه من التصرف، لأنه قد انزل بنفس الفسق كما هو القول الثانى، فالمراد بعزله يعنى منعه من التصرف،



و لو عجز الوصى عن القيام بما أوصى به إليه، قالوا: ضم إليه الحاكم من يساعده.

و ظاهر كلامهم أنه لا فرق فى العجز بين أن يكون عن الاستقلال بالوصيه حال الوصيه إليه، أو تجدده بعد الوصيه قبل موت الموصى أو بعده، و به صرح فى التذكرة على ما نقل عنه حيث قال: الظاهر من مذهب علمائنا جواز الوصيه الى من يعجز عن التصرف، و لا يهتدى إليه لمشقه أو هرم أو غيرهما، و يجبر نقصه بنظر الحاكم، انتهى.

و على هذا فكما لا تبطل الوصيه بالعجز الطارى كذا لا تبطل لو كان متصفا به ابتداء، و لا يخلو من اشكال، لأن الوصيه إليه مع العلم لعدم إمكان قيامه بذلك لا فائده فيها، و لا يترتب عليها أثر، فكيف يحكم بصحتها، و ضم الحاكم بعد ذلك شخصا آخر للقيام بها يكون من قبيل نصبه وصيا لمن لم يوص بالكلية، فلا أثر له فى صحه الوصيه الاولى.

و الى ما ذكرنا يميل كلام شيخنا الشهيد فى الدروس حيث انه توقف فى صحه الوصيه إلى العاجز ابتداء، فقال: ففى بطلانها من رأس، و صحتها و يضم الحاكم إليه مقويا نظرا، ينشأ من وجوب العمل بقوله ما أمكن، و من عدم الفائده المقصوده بالوصيه، انتهى.

أقول: لا- ريب أن وجوب العمل بقوله انما يتم مع ترتب الأثر المقصود من الوصيه عليه، و إلا- فمتى لم يترتب عليه أثر كما هو المفروض، فإنه لا معنى لهذا الوجوب بالكلية.

و أما ما ذكره فى المسالك فى الاستدلال على ما ذكره الشهيد من أنه يمكن منع عدم الفائده على هذا التقدير، لجواز أن يكون العاجز ذا رأى و تدبير و لكنه عاجز عن الاستقلال، فيفوض إليه الموصى أمره لذلك، و يعتمد فى إتمام الفعل على نصب الحاكم له معينا، فتحصل الفائده المطلوبه من الوصيه، و يسلم من تبديلها المنهى عنه.

ففيه أولاً أن المفروض في كلامهم كما سمعت من عبارته التذكيره «يعجز عن التصرف ولا يهتدى إليه» هو العجز عن ذلك بجميع أنواعه في رأى كان أو فعل، والعاجز عن الاستقلال مع كونه ذا رأى و تدبير في قوه العاجز عن البعض مع قدره على البعض، وهو خلاف محل البحث.

و ثانياً أن الاعتماد على نصب الحاكم أمر خارج عن الوصيه، لأنه كما عرفت في قوه نصب وصى لمن لا وصى له بالكليه، ومحل البحث انما هو وصيه الوصى على هذا الوجه الذى لا يترتب على وصيته أثر بالكليه، لأن الوصيه إلى العاجز الذى يعلم عدم قيامه بشيء مما يوصى به إليه فى قوه العدم، و من المقطوع به عقلا ان مثل هذا لا يصدر عن عاقل، و انما هو فرض ذكروه.

و بالجمله فما ذكروه من الصحه لا أعرف له وجهها وجيها، و المسئله باقيه فى قالب الاشكال و للتوقف فيها مجال، و الله العالم.

### السادسه [فى عدم جواز أخذ الوصى ماله على الميت من تحت يده إلا بالبينه]:

#### اشاره

قال الشيخ فى النهايه: إذا كان للوصى على الميت مال لم يجوز له أن يأخذه من تحت يده، إلا ما تقوم له به البينه، و تبعه ابن البراج و نازعه ابن إدريس فى ذلك، فقال: هذا خبر واحد أورده (رحمه الله) إيراداً لا اعتقاداً و الذى يقتضيه أصول مذهبنا أنه يأخذ من ماله فى يده، لأن من له على انسان مال و لا بينه له عليه، و لا يقدر على استخلاصه ظاهراً، فله أخذ حقه باطناً، لأنه يكون بأخذ ماله من غير زياده عليه محسناً لا مسيئاً، و قد قال الله تعالى (١) «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ»، انتهى.

و بما ذكره ابن إدريس صرح الشهيد فى الدروس و اللمعه، و ظاهر المحقق فى الشرائع الميل الى ما ذكره الشيخ فى النهايه حيث أفتى أولاً بتقييد الجواز بغير اذن الحاكم بما إذا لم يكن له حجه، ثم قال: و قيل يجوز مطلقاً، و أنت خبير بأن ظاهر كلام الشيخ هو أنه لا يجوز له الأخذ إلا مع الإثبات بالبينه عند

ص: ٥٨٣

الحاكم، فلو تعذر الإثبات امتنع الأخذ.

و ظاهر كلام المحقق و مثله ظاهر كلام العلامة في المختلف هو التوقف على الإثبات لو كان ثمة بينه، إلا أنه في المختلف جعله الأولى و لو لم تكن له بينه كان له الأخذ من غير توقف على الإثبات، و هو قول متوسط بين قولى الشيخ حيث أطلق توقف الجواز على بينه، و قول ابن إدريس حيث جوز الأخذ مطلقاً.

و الأصل في هذا الاختلاف ما رواه

المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) عن بريد بن معاوية (1) في الموثق

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قلت له: ان رجلاً أوصى الى فسألته أن يشرك معى ذا قرابه له ففعل، و ذكر الذى أوصى الى أن له قبل الذى أشركه فى الوصيه خمسين و مائه درهم، و عنده رهن بها جام من فضه، فلما هلك الرجل أنشأ الوصى يدعى أن له قبله أكرار حنطه، قال:

ان أقام البينه، و إلا فلا شىء له، قلت له أ يحل له أن يأخذ مما فى يده شيئاً؟ قال: لا يحل له، قلت أ رأيت لو أن رجلاً عدا عليه فأخذ ماله، فقدر على أن يأخذ من ماله ما أخذ، أ كان ذلك له؟ قال: ان هذا ليس مثل هذا».

و هذه الروايه هى مستند الشيخ فيما ذهب إليه فى النهايه، و هى ظاهره بل صريحه فيما ذهب اليه من العموم، و ابن إدريس قد اعتمد على الروايات الكثيره الداله على جواز الأخذ مقاصه ممن له عليه الدين، و لم يتمكن من إثباته و أخذه، كما صرح به، و الامام عليه السلام فى هذه الروايه قد أشار الى الفرق بين المسئلتين، لما عارضه الراوى بتلك المسئله، و حينئذ فالاستناد الى تلك الأخبار فى الحكم، كما ذكره ابن إدريس مع إشارته عليه السلام الى أن هذه المسئله ليست مثل ذلك مشكل.

و لعل المراد بخروج هذه المسئله عن تلك القاعده التى تكاثرت بها الأخبار،

ص: ٥٨٤

---

١- (١) الكافي ج ٧ ص ٥٧ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٢ ح ٩١٠، الفقيه ج ٤ ص ١٧٤ ح ٦١٣، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٩ ح ١.

أن هذا الوصى المدعى له شريك في التصرف و التنفيذ، وهو الوصى الآخر، فلا يجوز له التصرف بدونه، و جواز التصرف للوصى الآخر بحيث يدفع اليه ما ادعاه موقوف على الإثبات شرعا، لأنه ليس له أن يمكنه بمجرد دعواه، كغيره ممن يدعى على الميت مالا، بل يجب عليه طلب البيئه منه و اليمين، كما هو المقرر فى الدعوى على الميت، و لا يكفى هنا مجرد الثبوت فى الواقع، كما فى تلك المسئلة، لأن ذلك مخصوص بما إذا لم يطلع عليه أحد سواه، فإنه يجوز له الأخذ مقاصه، و على هذا فالحكم المذكور مختص بمورد الروايه، و هو وجود وصيين، و دعوى أحدهما ليتمكن توجيه الفرق بين المسئلتين.

و أما على ما ادعاه الشيخ من فرض المسئله فى الوصى، و ان كان واحدا و ادعى دينا على الموصى، فإن الظاهر هنا ما ذهب اليه ابن إدريس، لأن هذا الفرد أحد أفراد تلك القاعده التى تكاثرت بها الأخبار، و قد تقدم تحقيق الكلام فيها فى صدر الفصل الأول فى البيع من كتاب التجاره (1) و بذلك يظهر أيضا ما فى فتوى المحقق، بتوقف جواز أخذ الوصى و استيفاء حقه على الإثبات ان وجدت البيئه، فإنه ان كان هذا مذهبه فى تلك المسئله كما هو أحد القولين فيها فلا اشكال، و ان كان مذهبه ثمه، كما هو المشهور من جواز الأخذ مقاصه و ان أمكن الإثبات، فإنه لا معنى لهذا الاشتراط هنا، مع كون هذه المسئله أحد أفراد تلك القاعده.

و بالجملة فالواجب الوقوف على مورد الروايه من وجود وصيين، أحدهما يدعى المال كما ذكرناه، فإنه أخص من تلك المسئله، و أما لو كان الوصى متحدا فإنه من جملة أفراد تلك المسئله، يحكم فيها ما يحكم فى تلك المسئله من جواز الأخذ مقاصه، كما هو الأشهر الأظهر، و علة فى المسالك بأن الغرض كونه وصيا فى إثبات الديون، فيقوم مقام الموصى فى ذلك، و الغرض من البيئه و الإثبات

ص: ٥٨٥

عند الحاكم جواز كذب المدعى في دعواه، فنيطت بالبينه شرعا، و علمه بدينه أقوى من البينه التي يجوز عليها الخطأ، و لأنه بقضاء الدين محسن (١) «وَمَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» قال: و بهذا يظهر الفرق بين دين الموصى و غيره، حيث لا يعلم به الوصى، و على تقدير علمه يمكن تجدد البراءة منه، فلا بد من إثباته، حتى باليمين مع البينه بذلك، انتهى.

و الأولى جعل ذلك وجها للنصوص الداله على جواز الأخذ و المقاصه للوصى الذى هو أحد أفراد تلك القاعده، فإنها هى الأصل فى إثبات الحكم المذكور.

### تذنيب [حكم ما لو كان الدين لغير الوصى، و هو عالم به]

قد ظهر مما قرناه أنه متى كان الوصى متحدا فان الظاهر كما هو المشهور أنه يجوز له استيفاء دينه عملا بروايات تلك القاعده المشهوره.

بقى الكلام فيما لو كان الدين لغيره، و هو عالم به، بمعنى أنه سمع إقرار الموصى به قبل الموت بزمان لا يمكن فيه القضاء، و يكون المستحق ممن لا- يمكن فى حقه الإبراء، كالطفل مثلا و المسجد و نحوهما، فان ظاهر الأصحاب أن للوصى أداء الدين المذكور، أما لو كان أصحاب الدين كبارا يمكن الإبراء فى حقهم، فلا- بد من إحلافهم على بقائه، و ان علم به سابقا، إلا أنهم (رضى الله عنهم) صرحوا بأنه لا يكفى إحلاف الوصى إياهم، إلا إذا كان مستجمعا لشرائط الحكم، بمعنى كونه فقيها جامع الشرائط، و صرحوا بأنه ليس للحاكم أن يأذن له فى التحليف، بناء على علمه بالدين، بل لا بد من ثبوته عند الحاكم، لأن الحكم لا يجوز لغير أهله، نعم له بعد ثبوته- عنده بالبينه- توكيله فى إحلافهم.

أقول: و على هذا تخرج المسئلة عن الاكتفاء بعلم الموصى فى جواز أداء الدين العالم به، و تبقى ثمره ذلك فى توليه تحليفهم.

ص: ٥٨٦

## السابعه [فى جواز إيصاء الوصى لو أذن له الموصى] :

لا خلاف فى أن الموصى لو أذن لوصيه بالإيصاء، فإنه يجوز له إجماعاً، وكذا لا خلاف فيما لو منعه، فإنه لا يجوز له، وإنما محل الخلاف السكوت عن كل من الأمرين وإطلاق الوصيه، فالمشهور المنع، وأن النظر بعده للحاكم الشرعى، وهو مذهب الشيخ المفيد وأبى الصلاح وابن إدريس والمحقق والعلامة وغيرهم، وذهب جمع منهم الشيخ فى النهايه وابن الجنيد والقاضى ابن البراج الى الجواز، والشيخ فى النهايه بعد أن قال: بجواز الإيصاء.

قال: وقال بعض أصحابنا: أن ليس له أن يوصى الى غيره بما كان يتصرف فيه، فإذا مات كان على الناظر فى أمر المسلمين أن يقيم من ينظر فى ذلك، فإن لم يكن هناك امام كان لفقهاء آل محمد عليهم السلام، وذوى الآراء منهم أن يتصرفوا فى ذلك إذا تمكنوا منه، وان لم يتمكنوا فليس عليهم شىء، ولست أعرف بهذا حديثاً مروياً.

وقال فى الخلاف: إذا أوصى الى غيره وأطلق الوصيه، ولم يقل إذا مات فوصى فلان، ولا قال: فمن أوصيت إليه فهو وصى، لأصحابنا فيه قولان: المروى أن له أن يوصى الى غيره، وقال بعض أصحابنا: ليس له أن يوصى فإذا مات أقام الناظر فى أمر المسلمين من ينظر فى تلك الوصيه. دليلنا على القولين، روايات أصحابنا (رضى الله عنهم) بجواز الإيصاء.

أقول: أنظر الى ما دل عليه الكلام الأول من أنه ليس يعرف بهذا حديثاً والى ما دل عليه الكلام الآخر، من أن دليل القولين روايات أصحابنا.

وقال ابن الجنيد والقاضى ابن البراج:

وقد روى ابن بابويه فى كتابه فى الصحيح عن محمد بن الحسن الصفار (١)

«أنه كتب الى أبى محمد الحسن بن على عليه السلام رجل كان وصى رجل فمات فأوصى الى رجل آخر هل يلزم الوصى وصيه الرجل الذى كان هذا وصيه؟ فكتب عليه السلام: يلزمه بحقه، ان كان له قبله حق ان شاء الله

ص: ٥٨٧

---

(١-١) الفقيه ج ٤ ص ١٦٨ ح ٥٨٧، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٠ الباب ٧٠ ح ١.

تعالى». الظاهر أن المراد بالحق هنا حق الإيمان.

أقول: أنت خبير بما فى الروايه المذكوره من الإجمال، و تعدد الاحتمال، و المستدل بها قد استدل بها بناء على ما ذكره من تفسير الحق بحق الإيمان، فكأنه عليه السلام قال: يلزمه القيام بوصيته ان كان مؤمنا وفاء لحقه، بسبب الايمان، فإنه يقتضى معونه المؤمن و قضاء حوائجه.

و لا- يخفى ما فيه، و الأقرب فى معنى الخبر ما ذكره شيخنا فى المسالك، و اليه أشار العلامه فى المختلف من حمل الحق فى الخبر على حق الوصيه إلى الوصى الأول، بمعنى أن الوصيه تلزم الوصى الثانى بحق الأول ان كان له، أى للأول قبله، يعنى قبل الوصى الأول حق، بأن يكون قد أوصى اليه، و أذن له أن يوصى، فقد صار له قبله حق الوصيه، فإذا أوصى بها لزم الثانى، و هذا الاحتمال ان لم يكن أرجح لا أقل أن يكون مساويا، و به يسقط الاستدلال بالخبر فى هذا المجال، على أن حق الايمان لا يختص بهذا الوصى الثانى، بل يجب على كل مؤمن كفايه، و الكلام فى اختصاص هذا الوصى من حيث الوصايه، لا من حيث جهه المعونه العامه.

و بالجملة فالأصل يقتضى المنع من التعدى الى غير الوصى الأول، لأن المتبادر من استنابته فى التصرف مباشرته بنفسه، و بموته يسقط ذلك، و تفويض التصرف الى غيره يحتاج الى دليل ظاهر، و الروايه على ما عرفت من الإجمال، و تعدد الاحتمال لا تصلح للاستدلال.

فان قيل: ان ما ادعيتوه من أن المتبادر من استنابه الوصى فى التصرف مباشرته بنفسه، ينتقض عليكم بالتوكيل فيما هو وصى فيه، فان للوصى أن يوكل فيما جرت العاده بالتوكيل فيه، بل و غيره على ما اختاره فى المسالك أيضا، فلو اقتضى إطلاق الإيضاء المباشره، لما جاز التوكيل، و بعضهم اعتمد على هذا دليلا للقائلين بهذا القول، فقال: و يدل عليه جواز الوكاله، فكما جازت الوكاله جاز الإيضاء.

و الجواب عن ذلك أولا- بأنه يرجع الى قياس الوصايه على الوكاله،و مع قطع النظر عن كونه قياسا مع الفارق،غير صحيح على أصولنا معشر الإماميه و ثانيا ما ذكره شيخنا في المسالك و اليه أشار الشهيد قبله في شرح الإرشاد من الفرق بين الوكاله و الوصايه،لأن الوكاله على جزئيات مخصوصه ملحوظه بنظره حيا يمضى منها ما وافق غرضه،و يرد ما خالف،بخلاف الإيضاء الذى لا يحصل أثره إلا بعد الموت،و فوات نظره،و أيضا فإن الوصى فى حال حياته مالك للتصرف على الوجه المأذون فيه،و وكيله بمنزلته،بخلاف تصرف الوصى بعد وفاته، لزوال ولايته المقصوره بنفسه،و ما فى حكمه بموته.

و كيف كان فالظاهر بناء على المشهور أنه يرجع الأمر فى تنفيذ وصايه الموصى الأول إلى الحاكم،أو عدول المؤمنين مع عدمه،كما صرحوا به فى غير موضع،إلا أن الظاهر من عباره الشيخ المتقدم نقلها عن كتاب النهايه الاختصاص هنا بالإمام أو نائبه الفقيه الجامع الشرائط،و مثلها عباره الشيخ المفيد أيضا، و يمكن تقيدهما بما أشرنا إليه مما صرح به الأصحاب فى أمثال هذا الموضوع، كما سيأتى فى المسئله ان شاء الله تعالى،و الله العالم.

### **الثامنه [فى ثبوت النظر للحاكم و الثقه فى أموال الميت و أطفاله إن لم يكن له وصى]:**

لا- خلافاً بين الأصحاب فى أنه لو مات و لم يوص الى أحد و كان له تركه و أموال و أطفال،فإن النظر فى تركته للحاكم الشرعى،و انما الخلاف فى أنه لو لم يكن ثمه حاكم فهل لعدول المؤمنين تولى ذلك أم لا؟الذى قد صرح الشيخ و تبعه الأكثر الأول،و قال ابن إدريس بالثانى.

قال الشيخ فى النهايه:إذا مات انسان من غير وصيه كان على الناظر فى أمر المسلمين أن يقيم له ناظرا ينظر فى مصلحه الورثه،و يبيع لهم و يشتري، و يكون ذلك جائزا فان لم يكن السلطان الذى يتولى ذلك أو يأمر به،جاز لبعض المؤمنين أن ينظر فى ذلك من قبل نفسه،و يستعمل فيه الأمانه و يؤديها من غير إضرار بالورثه،و يكون ما يفعله صحيحا ماضيا.



و قال ابن إدريس:و الذى يقتضيه المذهب أنه إذا لم يكن سلطان يتولى ذلك فالأمر فيه الى فقهاء شيعة آل محمد عليهم السلام من ذوى الرأى و الصلاح، فإنهم عليهم السلام قد ولوهم هذه الأمور،و لا يجوز لمن ليس بفقهاء ان يتولى ذلك بحال، فان تولاه فإنه لا يمضى شىء مما يفعله،لأنه ليس له ذلك بحال،فأما إن تولاه الفقيه مما يفعله،صحيح جائز ماض،انتهى.

و تردد المحقق فى الشرائع،و الواجب أولاً- ذكر ما وصل إلينا من الأخبار المتعلقة بالمقام،ثم الكلام فيها بما رزق الله فهمه منها بتوفيق الملك العلام و بركة أهل الذكر عليهم السلام.

و منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن محمد بن إسماعيل بن بزيع (١)قال:

«مات رجل من أصحابنا،و لم يوص فرفع أمره الى قاضى الكوفة فصير عبد الحميد القيم بماله،و كان الرجل خلف ورثه صغاراً و متاعاً و جوارى، فباع عبد الحميد المتاع فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه فى بيعهن إذ لم يكن الميت صير إليه الوصيه و كان قيامه فيها بأمر القاضى لأنهن فروج قال:فذكرت ذلك لأبى جعفر عليه السلام فقلت له:يموت الرجل من أصحابنا و لا يوصى الى أحد و يخلف جوارى فيقيم القاضى رجلاً- منا لبيعهن أو قال:يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه، لأنهن فروج،فما ترى فى ذلك؟قال:فقال:إذا كان القيم مثلك و مثل عبد الحميد فلا بأس».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة(نور الله تعالى مراقدهم)عن على بن رئاب (٢)فى الصحيح فى بعض طرقه قال:

«سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل بينى و بينه قرابه،مات و ترك أولاداً صغاراً و ترك مماليك و غلمان و جوارى و لم يوص فما ترى

ص: ٥٩٠

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٢٠٩ ح ٢، التهذيب ج ٩ ص ٢٤٠ ح ٩٣٢. الوسائل ج ١٢ ص ٢٧٠ ح ٢.

٢- (٢) الكافى ج ٧ ص ٦٧ ح ٢، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٩ ح ٩٢٨، الفقيه ج ٤ ص ١٦١ ح ٥٦٤. الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٤ ح ١.

فيمن يشتري منهم الجارية يتخذها أم ولد؟ وما ترى في بيعهم؟ قال: فقال: ان كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم و نظر لهم و كان مأجورا فيهم، قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية يتخذها أم ولد؟ قال: لا بأس بذلك، إذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم و ليس لهم أن يرجعوا فيما صنع القيم لهم و الناظر لهم فيما يصلحهم».

و ما رواه

في الكافي و التهذيب عن إسماعيل بن سعد الأشعري (١) في الصحيح قال:

«سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصيه و ترك أولادا ذكرا و غلمانا صغارا، و ترك جوارى و مماليك هل يستقيم أن تباع الجوارى؟ قال: نعم، و عن الرجل يصحب الرجل في سفره فيحدث به حدث الموت، و لا يدرك الوصيه كيف يصنع بمتاعه و له أولاد صغار و كبار؟ أ يجوز أن يدفع متاعه و دوابه الى ولده الأكبر أو الى القاضى؟ و ان كان في بلده ليس فيها قاض كيف يصنع؟ و ان كان دفع المال الى ولده الأكبر و لم يعلم به فذهب و لم يقدر على رده كيف يصنع؟ قال: إذا أدرك الصغار و طلبوا فلم يجد بدا من إخراجه، إلا أن يكون بأمر السلطان، و عن الرجل يموت بغير وصيه و له ورثه صغار و كبار أ يحل شراء خدمه و متاعه من غير أن يتولى القاضى بيع ذلك، فان تولاه قاض قد تراضوا به، و لم يستعمله الخليفه أ يطيب الشراء منه أم لا؟ فقال: إذا كان الأكبر من ولده معه في البيع فلا بأس به إذا رضى الورثه بالبيع، و قام عدل في ذلك».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة عن سماعه (٢) في الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مات و له بنون و بنات صغار و كبار من غير وصيه و له خدم و مماليك و عقد كيف يصنع الورثه بقسمه ذلك الميراث، قال ان قام رجل ثقه قاسمهم ذلك

ص: ٥٩١

١- ١) الكافي ج ٧ ص ٦٦، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٩ ح ٩٢٧. الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٥ ح ٣.

٢- ٢) الكافي ج ٧ ص ٦٧ ح ٣، التهذيب ج ٩ ص ٢٤٠ ح ٩٢٩، الفقيه ج ٤ ص ١٦١ ح ٥٦٣. الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٤ ح ٢.

كله فلا بأس.

أقول: لا يخفى ان الظاهر من هذه الأخبار باعتبار ضم بعضها الى بعض، و حمل مطلقها على مقيدها و مجملها على مفصلها هو ما صرح به الأكثر، فإنه هو الأقرب منها و الأظهر.

أما صحيحه محمد بن إسماعيل بن بزيع فإنه عليه السلام قد أجاب فيها (1) «إذا اتفق أن القيم الذي نصبه القاضي مثلك و مثل عبد الحميد يعنى فى الوثاقه و العداله فلا بأس» و من المعلوم أن نصب القاضي عندنا فى حكم العدم، فمرجع الكلام إلى أنه ان تولى ذلك ثقة فلا بأس، و هو أظهر ظاهر فى المراد.

أما صحيحه على بن رثاب فالولى فيها مجمل، يجب حمله على ما يدل عليه غيرها من الحاكم الشرعى أو عدول المؤمنين كما عرفت و ستعرف ان شاء الله تعالى.

و أما صحيحه إسماعيل بن سعد الأشعري فقد دل صدرها على جواز بيع الجوارى مع عدم وجود وصى كما هو المفروض فى السؤال و هو و ان كان مطلقا، لكن يجب تقييد إطلاقه بتولى العدول لذلك، كما نبه عليه فى آخر السؤال الأخير، بقوله فلا بأس إذا رضى الورثه بالبيع يعنى الكبار منهم، و قام عدل فى ذلك يعنى بالنسبه إلى الصغار، و أظهر من ذلك موثقه سماعه حيث شرط عليه السلام فى صحه الميراث المذكور قيام ثقة عن الأطفال يقاسم البالغ منهم.

و بالجملة فإن الروايات المذكوره ظاهره فى جواز قيام العدل الثقة بذلك، و أنه بهذه الأخبار مأذون فى الدخول، سواء وجد الإمام أم لا، و لا يبعد القول بجواز توليه ذلك أيضا مع وجود الفقيه الجامع للشرايط، و ان كان ظاهر الأصحاب خلاف ذلك، لأن القائلين بهذا القول قيدوا ذلك بتعذر الفقيه، لأنه النائب العام كما تضمنته مقبوله عمر بن حنظله (2) و نحوها إلا أنه يمكن أن يقال: انه بهذه الأخبار قد حصل الإذن للثقة العدل منهم عليه السلام بتولى ذلك مطلقا،

ص: ٥٩٢

(١-١) نقل بالمعنى.

(٢-٢) الكافي ج ٧ ص ٤١٢ ح ٥، الوسائل ج ١٨ ص ٣ ح ٤.

كما هو ظاهرها.

و أخبار النيباه موردها كما هو الظاهر من سياقها انما هو الفتوى فى الأحكام، و القضاء بين الخصوم، و أما مثل الولاية على طفل أو مال غائب أو نحو ذلك، فليس فى الأخبار ما يدل على اختصاصه بالإمام أو الفقيه الجامع للشرائط.

نعم ذلك وقع فى كلام الأصحاب، و بذلك يظهر لك ما فى كلام ابن إدريس من الضعف و القصور لبنائه على أن الثقة غير مأذون له فى الدخول فى هذه الأمور.

قال فى المسالك: و يستثنى من موضع الخلاف ما يضطر إليه الأطفال و الدواب من المؤنه، و صيانه المشرف على التلف، فان ذلك و نحوه واجب على الكفايه على جميع المسلمين، فضلا عن العدول منهم، حتى لو فرض عدم ترك مورثهم مالا- فمؤنه الأطفال و نحوهم من العاجز عن التكسب واجب على المسلمين من أموالهم كفايه، كإعانه كل محتاج، و إطعام كل جائع يضطر إليه، فمن مال المحتاج إليه أولى، انتهى.

و مرجع كلامه (قدس سره) الى أن هذه الأشياء التى يضطر إليها يجب إخراجها عن محل الخلاف، بمعنى أنها لا يتوقف على وجود الإمام أو النائب أو الثقة، فلو لم يوجد أحد منهم امتنع النظر فيه، بل يجب ذلك على الكافه و جوبا كفايا ان لم يوجد أحد من هؤلاء، و هو جيد.

و قال فى المسالك أيضا: اعلم أن الأمور المفتقره إلى الولاية إما أن يكون أطفالا أو وصايا أو حقوقا أو ديونا فان كان الأول فالولاية فيهم لأبيه، ثم لجدته لأبيه، ثم لمن يليه من الأجداد على ترتيب الولاية، الأقرب منهم الى الميت فالأقرب، فإن عدم الجميع فوصى الأب، ثم وصى الجد، و هكذا فان عدم الجميع فللحاكم، و الولاية فى الباقي غير الأطفال للوصى، ثم للحاكم، و المراد به السلطان العادل أو نائبه الخاص أو العام مع تعذر الأولين، الى ان قال: فان فقد الجميع

ص: ٥٩٣

فهل يجوز أن يتولى النظر حينئذ في تركه الميت من يوثق به من المؤمنين؟ قولان: ثم نقل القولين المتقدمين في المسئلة، ونفى البأس عن القول المشهور، والله العالم.

### التاسعة: لو أوصى بالنظر في مال ولده إلى أجنبي و له أب

فالأصحاب في ذلك أقوال ثلاثة: أحدها-البطلان مطلقاً، لما تقدم في كلام شيخنا الشهيد الثاني من أن ولاية الجد و ان علا على الولد مقدمه على ولاية وصى الأب، و حينئذ إذا نصب الأب وصياً على ولده المولى عليه مع وجود أبيه أى جد الطفل لم يصح مطلقاً، لأن ولاية الجد ثابتة بأصل الشرع، فليس للأب نقلها عنه، و لا جعل شريك له في ذلك.

و ثانيها-بطلان الولاية زمان ولاية الجد خاصة، بمعنى أنه لو أوصى الأب إلى أجنبي فإن ولايته تبطل ما دام الجد موجوداً، و بعد موت الجد تعود الولاية إلى الوصى، لأن ولاية الأب شامله للأزمان كلها إلا زمان ولاية الجد، فيختص البطلان بزمان وجوده.

و رد بأن الأب لا ولاية له بعد موته مع وجود الجد، فإذا انقطعت ولاية الأب بموته لم يقع ولاية وصيه، فإذا مات الجد افتقر عود ولايته-لتؤثر في منصب الوصى-إلى دليل، إذ الأصل عدم عودها، فلا تصح في حال حياة الجد، و لا بعد موته.

و دعوى-أن ولاية الأب ثابتة في جميع الأزمان المستقبله التي من جملتها ما بعد موت الجد-غير معلوم، بل هو محل البحث و النزاع، كما لا يخفى، و انما المعلوم انقطاع ولايته بعد موته، مع وجود الجد بعده، لا ثبوتها بعد موت الجد.

و ثالثها-صح الولاية في الثلث خاصة، لأن له إخراجاً عن الوارث أصلاً، فيكون له إثبات ولاية غيره عليه بطريق أولى، و رد بمنع الولاية بل الملازمه،

فان ازاله الملك يقتضى إبطال حق الوارث منه أصلا، و هو الأمر الثابت له شرعا و أما بقائه فى ملك الوارث فإنه يقتضى شرعا كون الولاية عليه لمالكه، أو وليه الثابت ولايته عليه بالأصل، فلا يكون للأب عليه ولاية بالنسبة إليه أصلا، و من ذلك ظهر أن أجود الأقوال الأول، و نقل الأول و الأخير عن الشيخ فى المبسوط نقله فى المسالك.

### العاشره [فى نقل الأقوال فى وقت اعتبار الشروط فى صحه الوصايه]:

اختلف الأصحاب و غيرهم فى وقت اعتبار الشروط المعتبره فى صحه الوصايه من الكمال و الإسلام و الحريه و العداله و نحوها مما تقدم، هل هو عند الوصيه؟ أو عند الموت؟ أو من حين الوصيه مستمرا الى أن ينفذها بعد الموت، فقيل: بالأول، و هو مختار الأكثر، كما نقله فى المسالك، و المراد باعتبار وجودها حال الوصيه بمعنى وجودها قبلها، و لو بآن ما قضيه للشرطيه، فإن الشرط يعتبر تقدمه على المشروط.

قالوا: و الوجه فى هذا القول أن هذه المذكورات شرائط صحه الوصيه، فإذا لم تكن حال إنشائها موجوده لم يكن العقد صحيحا، لأن عدم الشرط يوجب عدم المشروط كما فى شرائط سائر العقود، و لأنه فى وقت الوصيه ممنوع من التقويض الى من ليس بالصفات، و النهى فى المعاملات إذا توجه الى ركن العقد دل على الفساد، و لأنه يجب فى الوصى أن يكون بحيث لو مات الموصى كان نافذ التصرف، مشتملا على صفات الوصايه، و هو هنا منتف، لأن الموصى لو مات فى هذه الحال لم يكن الوصى أهلا لها.

وقيل: بالثانى و أن المعتبر اجتماعها عند الوفاه، حتى لو أوصى الى من ليس بأهل، فاتفق كماله عند الوفاه و استكمال الشرائط صحت الوصيه، لأن المقصود منها التصرف بعد الموت، فيعتبر اجتماع الشروط حينئذ، لأنه محل الولاية، و لا حاجه الى وجودها قبل ذلك، لانتفاء الفائده.

وقيل: بالثالث، و هو الاعتبار من حين الوصيه إلى حين الوفاه، و الى هذا

القول مال شيخنا الشهيد فى الدروس، حيث قال (عطر الله مرقدہ) بعد ذكر الشرائط: ثم هذه الشرائط معتبره منذ الوصيه إلى حين الموت، فلو اختلف أحدها فى حاله من ذلك بطلت. وقيل: يكفى حين الوصيه، وقيل: حين الوفاه.

قالوا: والوجه فى هذا القول، أما حين الوصيه، فلما تقدم فى توجيه القول الأول، وأما الاستمرار الى حين الوفاه، فلأن الوصايه من العقود الجائزه، فمتى عرض اختلال أحد شرائطها بطلت كظائرها، ولأن المعتبر فى كل شرط حصوله فى جميع أوقات المشروط، فمتى أخل فى أثناء الفعل وجب فوات المشروط إلا ما استثنى فى قليل من الموارد بدليل من خارج.

قال فى المسالك: وربما يقال: أنه لا يستثنى منه شيء لأن ما خرج عن ذلك يدعى أن الفعل المحكوم بصحته عند فوات الشرط ليس مشروطا به مطلقا، بل فى بعض الأحوال دون بعض، وهذا أولى، انتهى.

وقيل: وهو الرابع أن المعتبر وجود الشرائط من حال الوصيه الى أن ينتهى متعلقها بأن يبلغ الطفل و يخرج الوصايا و يقضى الديون و غير ذلك، لأن اشتراط هذه الأمور يقتضى فوات مشروطها متى فات بعضها فى كل وقت، فلو فرض فوات بعضها بعد الوصيه الى قبل انتهاء الولايه بطلت، قال فى المسالك بعد ذكر ذلك: وهذا هو الأقوى.

أقول: مبنى هذه الأقوال كلها على أن الوصيه عقد، فيجب أن يراعى فيه ما يراعى فى سائر العقود و من القواعد المقرره عندهم أن العقد إذا كان مشروطا بشرط، فهو عدم عند عدم شرطه، فهذا العقد إذا كان مشروطا بكون الموصى إليه معتبرا بهذه الصفات، فلا بد من وجود هذه الصفات، وإلا لبطل.

بقى الكلام و الخلاف فى وقت اعتبارها، هل هو حال الوصيه خاصه، أو عند الوفاه؟ أو من حين الوصيه إلى حين الوفاه؟ أو إلى ان ينتهى متعلق الوصايه؟ أو أنت خبير بأن كون الوصيه عقد مثل سائر العقود، فيشترط فيها ما يشترط فيها، وان كان

هو المشهور في كلامهم، بل ظاهرهم الاتفاق عليه، إلا أنه لم يقيم عليه دليل تركز النفس اليه، بل ربما ظهر من الأخبار خلافه، فإنهم قد جعلوا أيضا من جملة الواجبات فيه بناء على كونها عقدا القبول، مع أننا لم نقف فيه على دليل، بل ربما دل الدليل على خلافه، وقد تقدم الكلام في ذلك في جملة من مسائل المقصد الأول، وغايه ما يستفاد من الأخبار أن الوصيه بالنسبه الى الموصى له لا يخرج عن العطييه، و بالنسبه إلى الوصايه لا يخرج عن الاذن و الاستنابه، و لا عقد هنا بالكلية.

فمما يدل على ما قلناه في الوصايه ما تقدم في المسئله الثانيه من خبر

على بن يقطين (١) في

«رجل أوصى الى امرأه و أشرك في الوصيه معها صبيا فقال عليه السلام:

يجوز ذلك، و تمضى المرأه الوصيه، و لا تنتظر بلوغ الصبي». الخبر فإنه لا يدل على أزيد من أن الرجل أمر المرأه بأن تنفذ ما عينه لها فيه، و استناها، و ضم إليها الصبي المذكور، و أى عقد هنا يفهم من هذا الكلام أو قبول لفظى كما اعتبروه فى المقام، و نحو ذلك

صحيحه الصفار المذكوره (٢) ثمه فى

«رجل أوصى الى ولده و فيهم كبار و صغار أ يجوز للكبار ان ينفذوا وصيته، و يقضوا دينه، قبل أن يدرك الأوصياء الصغار؟ فوقع عليه السلام: نعم» الخبر. فان المتبادر من هذا الكلام أن الموصى استناها أولاده، و أمرهم و اذن لهم فى تنفيذ هذه الوصايا بأن قال:

افعلوا كذا و كذا، فوجب عليهم بعد موته القيام بذلك، و أى دلالة لهذا الكلام على عقد فى المقام، و على هذا النهج جملة الأخبار، كما لا يخفى على من جاس خلال الديار، فان سموا مثل هذا الأمر و الاذن و الاستناها عقدا فلا مشاحه فى التسميه، و لكن ما ذكروه من ترتب أحكام العقود عليه ممنوع، و إلا لجرى ذلك فى كل من أمر شخصا بأمر، و اذن له فى فعل.

و بالجملة فإنك عرفت فى المباحث السابقه أن ما يدعونه من العقد فى كثير من تلك المواضع لا يخلو من الإشكال أيضا.

ص: ٥٩٧

١- (١) الكافي ج ٧ ص ٤٦ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٩ ح ٢.

٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ٤٦ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٨ ح ١.



إذا عرفت ذلك و ثبت أن غايه ما تدل عليه الأخبار هو الاذن و الاستنايه فى تنفيذ هذه الأمور الموصى بها.

فنقول:ينبغى أن تكون تلك الشروط محلها وقت التنفيذ،و اعتبارها فى ذلك الوقت،و هذا يرجع الى القول الثانى من الأقوال المتقدمه،و ما طعن به فى المسالك-على هذا القول و رده به-من قوله و يضعف بأن الوصايه لما كانت عقدا و لم يحصل شروطها حاله الإيجاب وقع العقد فاسدا،فيه ما عرفت من أنه لا دليل على هذا العقد الذى بنوا الكلام عليه فى المقام و غيره،و كلامنا انما هو مبنى على عدمه،فلا يرد علينا ما أورده،و لعل القائل بهذا القول من أصحابنا أيضا يمنع كون الوصيه عقدا فلا يرد عليه ما أورده،و هذه الأقوال مع التعليقات التى ذيلت بها كلها للعامه،كما لا يخفى على من راجع كتاب التذكره،و غيره من الكتب التى تصدوا فيها لنقل أقوالهم.

و فيها من البعد عن ساحه الأخبار ما لا- يخفى على ذوى البصائر و الأبصار، و لأصحابنا فى عدد الأقوال فى المسئله اضطراب،فمنهم من أنها إلى أربعه حسبما ذكرناه كشيخنا الشهيد الثانى فى المسالك،و منهم من جعلها ثلاثه كشيخنا الشهيد فى الدروس و شرح الإرشاد،و منهم من رجعها الى اثنين خاصه،كالمحقق و الشيخ،و لكل وجه اعتبارى يدفعه ما ذكره غيره،و الله العالم.

## المقصد السابع فى اللواحق:

### اشاره

و فيه أيضا مسائل

### [المسأله] الاولى [فى حكم منجزات المريض] :

### اشاره

اختلف الأصحاب(رضى الله عنهم)فى منجزات المريض،و المراد بها المعجله حال الحياه إذا كانت تبرعا كالمحابات فى المعاوضات من البيع بأقل من ثمن المثل،و الشراء بأزيد منه،و الهبه،و الصدقه،و الوقف، و العتق،و بالجمله فما اشتمل على تفويت المال بغير عوض،كالهبه و ما بعدها، و المحاباه كالأولين،و نحوهما،هل يخرج من الأصل أو الثلث؟مع الاتفاق على

أنه لو برء، من مرضه لزم ذلك، و كان مخرجه من الأصل، و انما الخلاف فيما لو مات في مرضه ذلك، فذهب الشيخان في النهايه و المقنعه و ابن البراج و ابن إدريس إلى أنه من الأصل، و هذا القول هو الظاهر عندى من الأخبار بعد النظر فيها بعين التأمل و الاعتبار، و اليه مال جملة أفضل متأخرى المتأخرين، كالمحدث الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملى، و الفاضل المولى محمد باقر الخراسانى فى الكفايه، و المحدث الصالح الشيخ عبد الله بن صالح البحرانى (قدس الله أرواحهم).

و ذهب الشيخ فى المبسوط، و الصدوق، و ابن الجنيد الى أن ذلك من الثلث و هو المشهور بين المتأخرين و منشأ الخلاف المذكور اختلاف الأخبار فى ذلك و اختلاف الأنظار و الأفهام فى تلك المدارك، و ها أنا أذكر أدله كل من القولين مذيلا لها بما تنكشف به ان شاء الله تعالى غشاوه الاشكال، و يجتمع به على وجه لا يعتريه الاختلال مستمدا منه سبحانه إفاضه الصواب، و العصمه من الوقوع فى شباك الاضطراب و الارتياب.

فأقول: مما يدل على القول الأول و هو الذى عليه القول، ظاهر قوله عز و جل (١) «فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا» .

و قد روى الشيخ فى الصحيح عن زراره (٢)

«عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث قال: فقال «فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا» و هذا يدخل فيه الصداق و الهبه».

و التقريب أنه دل بإطلاقه على ما يشمل الصحه و المرض، فتكون الآيه داله بمعونه تفسيرها بالخبر المذكور على صحه الهبه فى مرض الموت مطلقا من غير تقييد بالثلث.

و منها ما رواه

المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) فى الموثق عن عمار

ص: ٥٩٩

١-١) سورة النساء-الايه ٤.

٢-٢) الكافى ج ٧ ص ٣٠، التهذيب ج ٩ ص ١٥٢ ح ٦٢٤، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٩ ح ١.

السبابطى (١) أنه سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول: صاحب المال أحق بماله ما دام فيه شيء من الروح، يضعه حيث يشاء».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن سماعه (٢) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام الرجل يكون له الولد أيسعه أن يجعل ماله لقرابته؟ قال: هو ماله يصنع به ما يشاء، الى أن يأتيه الموت».

و رواه المشايخ الثلاثة عن أبى بصير (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام مثله.

و ما قيل: من احتمال أن يكون المراد بإتيان الموت ما يشمل حضور مقدماته، فيشمل مرض الموت، فهو من الاحتمالات الباردة، و التخريجات الكاسده كما يكشف عنه تتمته فى بعض طرق

صاحب الكافى فإنه رواه بطريق آخر الى أبى بصير (٤) عنه عليه السلام و زاد فيه

«ان لصاحب المال أن يعمل بماله ما شاء ما دام حيا ان شاء وهبه، و ان شاء تصدق به، و ان شاء تركه، الى أن يأتيه الموت، فان أوصى به فليس إلا الثلث، إلا أن الفضل فى أن لا يضع من يعوله، و لا يضر بورثته».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الحسن بإبراهيم بن هاشم (٥) أو الصحيح على القول بصحة حديثه، و هو المختار، وفاقا لجمع من علمائنا الأبرار عن أبى شعيب المحاملى عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

الإنسان أحق بماله ما دامت الروح فى بدنه».

ص: ٦٠٠

١- (١) الكافى ج ٧ ص ٧ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ١٨٦ ح ٧٤٨، الفقيه ج ٤ ص ١٤٩ ح ٥١٧.

٢- (٢) الكافى ج ٧ ص ٨ ح ٥، التهذيب ج ٩ ص ١٧٨ ح ٧٤٩، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨١ ح ٤.

٣- (٣) الكافى ج ٧ ص ٨ ح ٨، التهذيب ج ٩ ص ١٨٧ ح ٧٥٠، الفقيه ج ٤ ص ١٤٩ ح ٥١٨، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨١ ح ١.

٤- (٤) الكافى ج ٧ ص ٨ ح ١٠، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨١ ح ٢.

٥- (٥) الكافى ج ٧ ص ٨ ح ٩، التهذيب ج ٩ ص ١٨٧ ح ٧٥١، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨١ ح ٤ و ١ و ٢ و ص ٣٨٣ ح ٨، الوسائل ج

١٣ ص ٣٨٣ ح ٨.

و عن إبراهيم بن أبي بكر السمال الأزدي (١) عن أخبره

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الميت أولى بماله ما دام فيه الروح».

و ما رواه

فى الكافى و الفقيه عن مرزم (٢) عن بعض أصحابنا

«عن أبي عبد الله عليه السلام فى الرجل يعطى الشىء من ماله فى مرضه؟ فقال إذا أبان فيه فهو جائز، و ان أوصى به فهو من الثلث».

أقول: المراد بقوله «أبان فيه» أبى ينزه و عزله و سلمه الى من أعطاه إياه و لم يعلق إعطائه على موته.

و ما رواه

المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) عن عمار الساباطى (٣) فى الموثق

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الميت أحق بماله ما دام فيه الروح يبين به فان تعدى فليس له إلا الثلث»، هكذا فى الفقيه و بعض نسخ الكافى، و فى التهذيب عوض «فان تعدى» «فان قال بعدى، و هو الأنسب، بقوله يبين به، و فى بعض نسخ الكافى هكذا» قال: قلت له: الميت أحق بماله فيه الزوج و يبين به؟ قال: نعم، فإن أوصى به فليس له إلا الثلث» و هذا هو المناسب.

و ما رواه

المشايخ المذكورون أيضا عن عمار بن موسى (٤) الموثق من بعض طرقه

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح، ان أوصى به كله فهو جائز له»، و هذا الخبر حملة الشيخ بالنظر الى ما تضمنه عجزه تاره على وهم الراوى، و أخرى على فقد الوارث، و ثالثه على ما إذا أجاز الورثه.

و ما رواه

فى التهذيب فى الموثق عن عمار الساباطى (٥)

«عن أبي عبد الله عليه السلام

ص: ٦٠١

١- ١) الكافى ج ٧ ص ٧ ح ٣، التهذيب ج ٩ ص ١٨٧ ح ٧٥٢. الوسائل ج ١٣ ص ٣٨١ ح ٣.

٢- ٢) الكافى ج ٧ ص ٨ ح ٦، الفقيه ج ٤ ص ١٤٩ ح ٥١٩. الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٢ ح ٦.

- ٣-٣) الكافي ج ٧ ص ٨ ح ٧، التهذيب ج ٩ ص ١٨٨ ح ٧٥٦، الفقيه ج ٤ ص ١٣٧ ح ٤٧٧ الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٢ ح ٧.
- ٤-٤) الكافي ج ٧ ص ٧ ح ٢، التهذيب ج ٩ ص ١٨٧ ح ٧٥٣، الفقيه ج ٤ ص ١٥٠ ح ٥٢٠ الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٢ ح ٥.
- ٥-٥) التهذيب ج ٩ ص ١٩٠ ح ٨٦٤ الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٣ ح ١٠.

فى رءل ءءءل بعء ماله ل رءل فى مرءه؟ قال: إذا أبانه ءاز».

هءا ما ءءرنى من أدله القول المءكور، وهى كما ترى على ما قلناه ظاهره الءلاله ءمام الظهور، لا يعءربها ءور و لا قءور.

و أما ما ىءل على القول الآخر، فمنه

روابه على بن عقبه (١)

«عن الصاءق عليه السلام فى رءل ءءره الموت فأعءق مملوكا له لىس له ءبىره، فأبى الورءه أن ءءبوا ذلك ءبف القءاء فىه؟ قال: ما يعءق منه إلا ءءه، و سائر ذلك، الورءه أءق بءلك، و لهم ما بقى».

و موءقه سماعه (٢) قال:

«سألءه عن عءبه الوالء لولءه؟ فقال أما إذا كان صءبءا فهو له يصنع به ما شاء فأما فى مرض فلا ىصلء».

و صءبءه الءلبى (٣) قال:

«سئل أبو عبء الله عليه السلام عن المرأه ءبرا زوجها من صءاءها فى مرضها؟ قال: لا».

و موءقه سماعه (٤) قال:

«سألءه عن الرءل ءكون لامرأءه عليه الصءاق أو بعءه ءءبرءه منه فى مرضها؟ قال: لا- و لكنها ان وهبء له ءازما وهبء له من ءءءها».

و روابه أبى ولاء (٥) قال:

«سألءه أبا عبء الله عليه السلام عن الرءل ءكون لامرأءه عليه الءبىن ءءبرءه منه فى مرضها؟ قال: بل ءهبه له ءءءوز هبءها له، و ءءبب ذلك من ءءءها ان كانت ءرءء شءئا».

و صءبءه على بن ءقءبىن (٦) قال:

«سألءه أبا الءسن عليه السلام ما للرءل من ماله عنء موءه؟ قال: ءءء و ءءء ءءب».

ص: ٦٠٢

- 
- ١-١) ءءبب ء ٩ ص ١٩٤ ء ٧٨١. الوساءل ء ١٣ ص ٣٦٥ ء ٤.
  - ٢-٢) ءءبب ء ٩ ص ٢٠٠ ء ٨٠٠. الوساءل ء ١٣ ص ٣٨٤ ء ١١.
  - ٣-٣) ءءبب ء ٩ ص ٢٠١ ء ٨٠٢. الوساءل ء ١٣ ص ٣٨٤ ء ١٥.

- ٤-٤) التهذيب ج ٩ ص ٢٠١ ح ٨٠٣. الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٤ ح ١٦.
- ٥-٥) التهذيب ج ٩ ص ١٩٥ ح ٧٨٣. الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٧ ح ١١.
- ٦-٦) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٢ ح ٩٤٠. الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٣ ح ٨.

و صحيحه يعقوب بن شعيب (١) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت ماله من ماله؟ قال: له ثلث ماله، و للمرأه أيضا».

و روايه عبد الله بن سنان (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«للرجل عند موته ثلث ماله، و ان لم يوص فليس على الورثه إمضاء».

هذا ما حضرني من الأخبار التي استدلووا بها لهذا القول، و أنت خبير بأن ترجيح أخبار القول الأول ظاهر من وجوه: أحدها- اعتضادها بظاهر القرآن بالتقريب الذي قدمنا ذكره، و هو أحد المرجحات الشرعيه التي دلت عليها مقبوله عمر بن حنظله (٣) و غيرها من عرض الأخبار عند الاختلاف على القرآن، و الأخذ بما وافقه و طرح ما خالفه.

و ثانيها- أن أخبارنا مخالفه للعامة، و أخبار الخصم موافقه لهم، كما نبه عليه كثير من أصحابنا من أن أكثر العامه على القول بمضمون الأخبار الأخيره، و من أخبارهم في هذه المسئله ما نقله

شيخنا في المسالك عن صحاحهم (٤)

«من أن رجلا- من الأنصار أعتق سته أعبد في مرضه لا مال له غيرهم، فاستدعاهم النبي (صلى الله عليه و آله و سلم)، و جزأهم ثلاثه أجزاء و أقرع بينهم فأعتق اثنين و أرق أربعة». قال (قدس سره): و على هذه الروايه اقتصر ابن الجنيد في كتابه الأحمدي، و هذه القاعده أيضا أحد القواعد المنصوصه عنهم (صلوات الله عليهم) في مقام الترجيح بين الأخبار في مقام الاختلاف.

و لكن أصحابنا (رضوان الله عليهم) كما قدمنا ذكره في غير موضع و لا- سيما في كتب العبادات قد ألغوا العمل بهذه القواعد المنصوصه عن أئمتهم (صلوات الله

ص: ٦٠٣

١- ١) التهذيب ج ٩ ص ١٩١ ح ١٧٧٠. الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٢ ح ٢.

٢- ٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٢ ح ٩٣٩. الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٣ ح ٧.

٣- ٣) الكافي ج ٧ ص ٤١٢ ح ٥. الوسائل ج ١٨ ص ٣ و ٤.

٤- ٤) المسالك ج ١ ص ٤٢٤، المستدرک ج ٢ ص ٥٢١ الباب ١٦ ح ٣.



عليهم) واتخذوا لهم قواعد لا- دليل عليها، و لا- مستند لها من الجمع بين الأخبار بحمل الأمر على الاستحباب، والنهي على الكراهة، وجعلوا ذلك قاعده كليه فى جميع أبواب الفقه، و ان عارضتها تلك القواعد المنصوصه كما لا- يخفى على المتتبع لكلامهم فى الخائض فى بحور نقضهم و إبرامهم.

و ثالثها- أن ما استدللنا به من الأخبار صريح الدلاله على المطلوب و المراد، عار عن وصمه الطعن و الإيراد، و لهذا ان متأخرى أصحابنا القائلين بالمشهور بينهم انما يتيسر لهم الطعن فى أساسيدها، بناء على هذا الاصطلاح المحدث- و على هذا فمن لا يرى العمل به- كما هو الحق الحقيق بالاتباع حسبما جرى عليه متقدمو علمائنا للصدور عنهم، و الاتباع- فلا- مجال للطعن بذلك عنده، على أنك قد عرفت أن فيها الصحيح و الموثق، و هم قد عملوا بالموثقات فى مواضع لا- تحصى، و غمضوا العين عن مخالفه اصطلاحهم.

و بالجمله فإنك قد عرفت أنه لا مسرح للطعن فى داليتها، بخلاف أخبارهم، فإنها غير خاليه عن الإجمال، المانع من الاستناد إليها فى الاستدلال، كما سيأتيك بيانه ان شاء الله تعالى فى المقام.

و رابعها- اعتضاد أخبارنا بالإجماع على صحه التصرف المدلول عليه

بقوله (صلى الله عليه و آله و سلم) [\(١\)](#)

«الناس مسلطون على أموالهم». خرج منه ما خرج من التصرف المعلق على الموت بدليل، و بقى الباقي لعدم الدليل الناص على الخروج كما سيظهر لك ان شاء الله تعالى.

و خامسها- اتفاق القائلين من الطرفين على لزوم التصرف لو برء عن مرضه، و أنه ينفذ من الأصل، و هذا لا وجه له على القول الآخر، إلا باعتبار أن يكون صحيحا غير لازم، موقوفا على الإجازة من الوارث ان مات، فيكون البرء كاشفا عن الصحه و اللزوم و إجازة الوارث، و عدمها كاشفا عن اللزوم و عدمه، حسبما

ص: ٦٠٤

قالوه فى بيع الفضولى.

و أنت خبير بأنه و ان اشتهر ذلك فى كلامهم، و بنوا عليه فى نقضهم و إبرامهم، إلا- أنا لم نظفر له بدليل فى أمثال هذه المقامات، إلا على وجوه اعتباريه لا تصلح أن تكون مستندا فى الأحكام الشرعيه، كما حققنا ذلك بما لا مزيد عليه فيما تقدم فى مسئلة البيع الفضولى من كتاب البيع (1) حيث إن المشهور بينهم صحته لوجوه اعتباريه، لفقوها و تخريجات وهميه صوروها، مع أن الأخبار تردها و تمنعها كما أوضحنا ذلك فى الموضوع المشار إليه بأوضح بيان، لم يسبق إليه أحد من علمائنا الأعيان، و يزيده تأكيداً أنه لا يخفى أن مقتضى الأدله كتاباً و سنه هو وجوب الوفاء بالعقود، و ترتب أثرها عليها من جواز التصرف بجميع أنواع التصرفات، و إبطال ذلك يحتاج الى دليل قاطع، ليمكن الخروج به عن الدليل الأول، فما خرج بدليل وجب الوقوف فيه على ما اقتضاه الدليل، و ما لم يقم عليه دليل من كتاب و سنه فهو باق على مقتضى الدليل الأول و حينئذ فلزوم التصرف بعد البرء فى موضع النزاع كما وقع عليه الاتفاق، انما نشأ من لزوم الوصيه أولاً فى حال المرض، كما ندعيه، الا انه انما وقعت الوصيه صحيحه غير لازمه كما يدعونه، حتى فرعوا عليه هذا القول.

و سادسها- ما تقدمت الإشاره إليه من عدم صلوح هذه الروايات لمعارضه ما ذكرناه من الأخبار، لما فيها من الإجمال، بل الاختلال فى جمله منها، و الاعتلال الموجب لسقوطها عن درجه الاستدلال، و ها نحن نشير الى تلك الأخبار على التفصيل.

فمنها روايه على بن عقبه، و هى أوضح أدله القائلين بذلك القول المشهور، و أظهر الوجوه فيها عندى هو الحمل على التقيه، لمطابقتها كما عرفت للروايه العاميه، و تعارضها على الخصوص، بما رواه

فى الفقيه عن هارون بن مسلم عن

ص: ٦٠٥

مسعده بن صدقه (1) عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام أن رجلا- من الأنصار توفى و له صبيه صغار، و له ستة من الرقيق، فأعتقهم عند موته، و ليس له مال غيرهم، فأتى النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) فأخبر فقال: ما صنعتم بصاحبكم؟ قالوا: دفناه قال: لو علمت، ما دفناه مع أهل الإسلام، ترك ولدته يتكفون الناس».

و ظاهر الخبر نفوذ الوصيه حيث لم يحكم (صلى الله عليه و آله و سلم) بتخصيص الصحه بالثلث، كما تضمنه خبر علي بن عقبه، و كذا الخبر العامي، بل حكم بصحتها، حيث ذمه «بأنه ترك ولدته يتكفون الناس» أى يسألونهم بأكفهم، فلو لا الحكم بصحتها لما كان لهذا الكلام معنى، و الخبر إما محمول على الكراهه المؤكده كما ظاهر من كلام الأصحاب، و اليه يشير قوله عليه السلام فى روايه سماعه المتقدمه بروايه صاحب الكافى «إلا أن الفضل فى أن لا يضيع من يعوله، و لا يضر بورثته»، أو التحريم، و لا ينافيه نفوذ الوصيه، كما صرح به المحدث الكاشانى فى الوافى.

و كيف كان فالخبر المذكور من الأخبار الداله على ما ذكرنا، و ان لم نذكره فيما سبق.

و احتمال فى المسالك أيضا حمل روايه على بن عقبه على الوصيه، قال:

لأن حضور الموت قرينه منعه من مباشره العتق، و يجوز نسبه العتق اليه لكونه سببه القوى بواسطه الوصيه، قال: و هذا و ان كان بعيدا، إلا أنه مناسب، حيث لم يبق للروايه عاضد، انتهى.

و لا- يخفى ما فيه، و ما ذكرناه من الحمل على التقيه هو الأظهر، لكنهم (رضى الله عنهم) حيث لم يلتفتوا الى هذه القواعد فى الجمع بين الأخبار، كما قدمنا ذكره، اضطروا الى مثل هذه التحزيجات البعيده.

ثم إنه على تقدير تسليمها فموردها خاص، و المدعى أعم من ذلك، و دعوى

ص: ٦٠٦

الأولويه ممنوعه، بل هو قياس محض، و عدم القائل باختصاص الحكم به لا يسوغ قياس غيره عليه.

و منها موثقه سماعه الأولى و فى معناها روايه جراح المدائنى، و أول ما فيهما أنه لا قائل بهما على ظاهرهما، لأن ظاهرهما المنع من عطيه الوالد لولده فى المرض مطلقا، زاد على الثلث أم لا، بل بلغ الثلث أو لم يبلغ، و الحمل على معناه أنه لا يصلح من الأصل، بل يصلح من الثلث، و ان كان صحيحا فى حد ذاته، إلا- أنه بعيد من سياق الخبرين، إذ لا يعتبر فى شىء من الخبرين للأصل و الثلث، و انما السؤال عن العطيه بقول مطلق، فأجاب عليه السلام «أنه فى حال الصحه يفعل ما يشاء، و فى حال المرض فليس له ذلك».

و الثانى- انهما أخص من المدعى، فلا ينهضان حجه على العموم.

الثالث- احتمال حمل العطيه فى المرض على الوصيه، و لعله الأقرب للاعتبار، ليحصل به الجمع بين الأخبار، بمعنى أنه حينئذ أنه لا يوصى له بما زاد على الثلث، و أما فى الصحه فإن له أن يعطيه ماله جميعا، و يبينه به، و الشيخ فى التهذيبيين حمل حديث سماعه المذكوره تاره على الكراهه، لأنه إضرار بسائر الورثه و إيحاش لهم، و أخرى على ما إذا لم يكن على جهه الوصيه، بل يكون هبه من غير ابانه و تسليم، و اعترضه المحدث الكاشانى فى الوافى، فقال: التأويل الأول ينافيه ما مر من تحريم الإضرار، و الثانى ينافيه قوله مع اشتراط الجواز بالصحه، بينه فى حديث جراح، بل سائر ما بعده من أخبار هذا الباب، فإن الإبراء و هبه ما فى الذمه لا يفتقران إلى الإبانه، فالصواب أن تحمل هذه الأخبار على ظواهرها، و يخص المنع من العطيه فى المرض بمورده أعنى الوارث، و سره ما ذكره فى التهذيبيين من الايحاش، فان فعل حسبت من الثلث، كما تدل عليه الأخبار الأخيره، انتهى.

أقول: فيه أولا أن ما ذكره الشيخ من تأويل روايه سماعه بحمل المنع

من عطيه الولد فى المرض على الكراهه جيد، لا بأس به.

قوله «أنه ينافيه ما مر من تحريم الإضرار» إشاره إلى ما قدمنا نقله عنه من جمله حديث مسعده بن صدقه الدال على قوله (صلى الله عليه و آله و سلم) ما دفناه مع أهل الإسلام على تحريم العتق، كذلك مردود، بأن الظاهر انما هو حملة على تأكيد الكراهه، كما يشير اليه خبر سماعه الذى أشرنا إليه ثمه و قوله عليه السلام فيه «إلا أن الفضل أن لا يضع من يعوله، و لا يضر بورثته» فان الخبر صريح فى كراهيه الإضرار، دون التحريم الذى توهمه، و كم لهم عليهم السلام من المبالغه فى النهى عن المكروهات ما يلحقها بالمحرمات، و الأمر بالمستحبات مما يدخلها فى حيز الواجبات كما لا يخفى على الفطن البصير، و لا ينبئك مثل خبير.

و ثانيا- أن تخصيصه هذه الأخبار بمعنى المنع من العطيه فى المرض بالوارث، مردود بما قدمناه من تكاثر الاخبار و اتفاق الأصحاب على جواز الوصيه للوارث، و عطيته فى المرض، و أن المنع من ذلك انما هو مذهب العامه، كما تقدم فى المسئله الثانيه من المقصد الخامس، و تقدم أن ما دل على خلاف ذلك فهو محمول على التقيه.

و ثالثا- أنه مع تسليم ما ذكره من تخصيص المنع من العطيه فى المرض بالوارث، ففيه أن إثبات حكم كلى بورود ذلك فى جزئى خاص سيما مع عدم الصراحه كما عرفت لا يخلو من الاشكال.

و رابعا- أنه إذا كان متى فعل، صح و حسب من الثلث، فأى اختصاص بالمنع بالوارث، إذ الاحتساب من الثلث مما لا نزاع فيه، لو ارث كان أو أجنبى، فلا يظهر لمنع الوارث هنا وجه.

و بالجمله فإن كلامه هنا لا يخلو عندى من النظر الظاهر، للخبير الماهر

و منها صحيحه الحلبي (١) و ما فى معناها من موثقه سماعه الثانيه (٢)، و روايه أبى ولاد (٣) و أول ما فيها ما ذكره شيخنا فى المسالك من أن مضمونها لا يقول به أحد، لأن الإبراء مما فى الذمه صحيح بالإجماع، دون هبته، فالحكم فيها بالعكس، فكيف يستند الى مثل ذلك.

الثانى- أنها أخص من المدعى فلا تنهض حجه على العموم.

الثالث- معارضتها بظاهر الآيه المفسره فى صحيحه زواره (٤) بالصداق، و أنه متى طابت نفسها عنه بإبراء أو هبه حل له فى مرض كان أو صحه زاد على الثلث أو نقص، كل ذلك لإطلاق الآيه، و الخبر المذكور، فان قيل: ان إطلاق الآيه و الخبر المفسر لها يجب تخصيصه بهذه الأخبار، قلنا: هذه الأخبار حيث كانت معلومه بما عرفت من المنع من جواز الإبراء الذى لا خلاف و لا إشكال فى جوازه، يشكل الاعتماد عليها فى التخصيص، سيما ان الآيه و الخبر المذكورين قد اعتضدا بالأخبار الكثيره المتقدمه فى أدله القول الأول، فالتخصيص لهما تخصيص للجميع، و هذه الأخبار للعله المذكوره مع خصوص موردها كما عرفت يضعف عن تخصيص الجميع.

و أما ما تكلفه جمع من متأخرى مشايخنا (رفع الله أقدارهم) فى الجواب عن الطعن الأول فى هذه الروايات، بالحمل على أنه عليه السلام كان يعلم أن حق المرأه لم ينتقل إلى ذمه الرجل، و انما كان عينا موجوده، فلأجل ذلك منع من الإبراء الذى لا يقع إلا على ما فى الذمه، و أمر بالهبه، فلا يخفى ما فيه، على الفطن النبیه، من التكلف و التعسف الذى يدركه كل ناظر و يعيه، على أن هذا الاحتمال إنما ذكره فى روايه سماعه، و غايه إمكانه، قصره على قضيه واحده، مع أن روايه

ص: ٦٠٩

- 
- ١- (١) التهذيب ج ٩ ص ٢٠١ ح ٨٠٢. الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٤ ح ١٥.
  - ٢- (٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٠١ ح ٨٠٣. الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٤ ح ١٦.
  - ٣- (٣) التهذيب ج ٩ ص ١٩٥ ح ٧٨٣. الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٧ ح ١١.
  - ٤- (٤) التهذيب ج ٩ ص ١٥٢ ح ٦٢٤. الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٩ ح ١.

أبى ولاد قد تضمنت الدين، و وقع الجواب فيها بهذا التفصيل، فكيف يكون المراد بذلك العين الخارجة في الذمه خاصة.

و منها صحيحه على بن يقطين و نحوها صحيحه يعقوب بن شعيب، و روايه عبد الله بن سنان، و الظاهر من الجميع هو الحمل على ما بعد الموت، أما صحيحه يعقوب بن شعيب فهي كالصريحه في ذلك، حيث قال: الرجل يموت فما له من ماله؟ أى بعد موته، فلا وجه حينئذ للاستدلال بها على المنجزات، كما هو محل البحث، و قريب منها الروايتان الأخريان لقوله «عند موته».

و بالجمله ان لم يكن ما ذكرنا هو الأظهر، فلا أقل لأن يكون مساويا في الاحتمال، و به يسقط الاستناد إليها في الاستدلال، و يؤيد ما ذكرناه من الحمل على الوصيه، تكرر هذا المعنى في الأخبار، و دلالتها على أن غايه ما للميت الوصيه به من ماله هو الثلث. و قد تقدمت، و لعل وجه الحكمة في منع الشارع له من الزيادة على الثلث في الوصيه التي يكون تنفيذها بعد الموت، و تجويز التصرف له في حال مرضه في ماله مطلقا، و ان يفعل ما يشاء، و يعطيه و يبينه لمن يشاء، كما صرحت به أخبار القول الأول، هو أن المال بعد الموت لما ينتقل إلى الورثه، و يخرج عن ملكه و تصرفه، فإنه يسهل على النفس السخاء به، و الجود به لمن يشاء، فمن أجل ذلك اقتضت الحكمة الربانيه منعه من الزيادة في الوصيه على الثلث، خوف الإضرار بالورثه، و التعدي عليهم، بل صرحت بكراهه الوصيه بالثلث، رعايه لهم هذا مع حفظه له، و شحه به و حرصه عليه، و هذه الحكمة ليست حاصله في الحي، و ان كان مريضا، فان البرء ممكن، و الشح بالمال في الجمله حاصل، فيكون كتصرف الصحيح في ماله، لا في مال غيره، و توهم كون حال المرض في معرض أن يكون للورثه بخلاف الصحيح مطلقا ممنوع، فرب مريض عاش، و صحيح عجل به الموت، كما هو المشاهد بالوجدان في غير زمان و لا مكان.

و بالجمله فإن التصرف فى الصورة الأولى لما كان بعد زمان الموت الذى ينتقل فيه المال الى الوارث صار كأنه تصرف فى مال الوارث، فمنع منه، و التصرف فى الصورة الأخرى لما كان فى الحياه و لا- تعلق له على الموت، كان كتصرف الصحيح فى ماله، يفعل به ما يشاء.

و بما شرحناه يظهر لك أن أكثر هذه الأخبار غير ظاهره الدلاله، و ما ربما يظهر منه ذلك فسيبيله الحمل على التقيه التى هى الأصل فى اختلاف الأخبار، و أما روايات القول الأول الذى عليه المعول، فهى جميعا صريحه الدلاله، و اضحه المقالاه، لا مجال للطعن فى دلالتها بوجه من الوجوه، نعم بناء على هذا الاصطلاح المحدث الذى قد عرفت أنه لا أصل له، و لا دليل عليه، بل الأدله على بطلانه لمن نظر بعين الإنصاف و رجع اليه، اتجه لأصحاب هذا الاصطلاح الطعن فيها بضعف السند، مع أنك قد عرفت أن فيها الصحيح، و من أجل ما قلنا توقف شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك بعد البحث فى المسئله فى ترجيح أحد القولين، و تبعه المحدث الكاشانى فى المفاتيح، كما هى عادته فيه غالباً، فقال فى المسئله المذكوره:

و فى منع المريض من التبرعات المنجزه التى لا تستلزم تفويت المال على الورثه من غير عوض زياده على الثلث من دون إذنههم أو إجازتههم قولان: و فى الأدله من الجانبين نظر، إذ ما صح سنده غير دال، و ما هو دال غير صحيح السند و لا معتبر، إلا موثق فى طرف الجواز، مؤيد بالأصل، و هو أن صاحب المال أحق بماله ما دام حياً، و لكنه معارض بالأكثرية و الأشهرية، انتهى.

و بالجمله فإن من لا- يرى العمل بهذا الاصطلاح المحدث، و انما عمله على الاصطلاح القديم فى الحكم بصحه جميع الأخبار، فإنه لا يرتاب و لا يشك فى صحه ما اخترناه.



ممن اختار القول المشهور بين المتأخرين العلامه فى المختلف، و احتج عليه بروايه على بن عقبه، و روايه أبى ولاد و صحيحه على بن يقطين المتقدم جميعه فى المقام.

و روايه على بن أبى حمزه عن أبى بصير (١).

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال: ان أعتق رجل عند موته خادما له، ثم أوصى بوصيه أخرى ألغيت الوصيه، و أعتقت الجاربه من ثلثه، إلا أن يفضل من ثلثه ما يبلغ الوصيه».

و استدل أيضا

بصحيحه زراره (٢).

«عن الصادق عليه السلام قال: إذا ترك الدين عليه و مثله أعتق المملوك، و استسعى».

و روايه حفص بن البخرى (٣) و روايه الحسن بن الجهم (٤) الدالتين على ما دلت عليه صحيحه زراره المذكوره.

و هذه الروايات و أمثالها قد تقدمت فى المسئله السادسه فيما إذا كان على الإنسان دين، فأعتق مملوكه الذى ليس له سواه منجزا، من القصد الخامس فى الموصى له، ثم احتج ببعض الأدله الاعتباريه كما هى قاعدتهم الى أن قال:

احتج المخالف بأنه مالكك تصرف فى ملكه، فكان سائغا ماضيا كالصحيح، و الجواب المنع من الملازمه، و القياس باطل فى نفسه، و الفرق ظاهر، انتهى.

أقول: انظر الى هذه المجازفه الظاهره فى عدم استدلاله للقول المذكور بشىء من تلك الروايات المتعدده الصريحه مع كثرتها، كما عرفت، و انما أورد هذا التعليل الاعتبارى و رده بما ذكره، و هو عجب من مثله (قدس سره) فان كان ذلك عن عدم اطلاع على شىء من تلك الأخبار فهو عجيب من مثله، و ان كان

ص: ٦١٢

١- (١) الكافى ج ٧ ص ١٧ ح ٢، التهذيب ج ٩ ص ١٩٧ ح ٧٨٦. الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٥ ح ٦.

٢- (٢) التهذيب ج ٩ ص ١٦٩ ح ٦٨٨. الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٢ ح ٢.

٣- (٣) التهذيب ج ٩ ص ١٦٩ ح ٦٨٩. الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٢ ح ١.

٤- (٤) التهذيب ج ٩ ص ١٦٩ ح ٦٩٠. الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٣ ح ٤.

مع الاطلاع عليها فهو أعجب، و من نظر في كلامه هذا و رأى الأخبار الداله على القول الذى اختاره، و لم ير فى مقابلتها إلا هذا التعليل العليل، فإنه لا- يعتريه الشك فى تقليده، و الحزم بما ذكره، و أما الروايات التى استدلت بها فقد عرفت الجواب عن جملة منها.

بقى الكلام فيما استدلت به من صحيحه زواره و روايتى الحفص و الحسن بن الجهم و أمثالها مما قدمنا ذكره فى المسئله، فإنه لا ريب فى دلالتها على ما ذكره، إلا أنا قد قدمنا فى تلك المسئله أن وجه الجمع بين هذه الأخبار و بين الأخبار التى استندنا إليها هنا فى الدلاله على ما اخترناه من خروج المنجزات من الأصل، هو العمل بتلك الأخبار، لأنها أخص فيخصص بها عموم هذه الأخبار و إطلاقها، لأن مورد تلك الأخبار العتق مع الدين المزاحم له، فيجب العمل فيها بما دلت عليه تلك، و يجب الوقوف فيه على ما دلت عليه اخبار هذه المسئله.

و أما روايه أبى بصير التى استدلت بها، فالجواب عنها ما عرفت فى الجواب عن روايه على بن عقبه، و لنا بناء على اصطلاحهم رد هذه الروايه و أمثالها من روايه على بن عقبه و غيرهما مما ليس بصحيح باصطلاحهم بضعف الاستناد، إلزاما لهم باصطلاحهم، فلا تقوم لهم بها حجه علينا كما لا يخفى، و الله العالم.

### المسئله الثانيه [حكم إقرار الإنسان فى مرض موته] :

#### اشاره

اختلف الأصحاب (رضوان الله عليهم) فى إقرار المريض إذا مات فى مرضه على أقوال: أحدها- أنه ينفذ من الأصل مطلقا، من غير فرق بين إقراره فى حال مرضه، أو صحته، و هو مذهب سلار حيث قال: من كان عاقلا يملك أمره فيما يأتى و يذر، فإقراره فى مرضه كإقراره فى صحته و لم يفرق بين الدين و لا العين، و لا بين الوارث و لا الأجنبى، و لا بين أن يكون المقر متهما فى إقراره أو غير متهم، و هو اختيار ابن إدريس.

و ثانيها- أنه من الأصل أيضا لكن بشرط عداله المقر، و انتفاء التهمه، لو ارث كان الإقرار أو لأجنبى، و من الثلث مع انتفاء أحد القيدىن، و هو مذهب

الشيخين و ابن البراج، و المحقق فى الشرائع، و الشهيد الثانى فى المسالك، و سبطه السيد السند فى شرح النافع، و المحدث الشيخ بن الحسن الحر العاملى فى الوسائل و غيرهم، بل صرح فى المسالك أنه مذهب المحقق فى النافع.

حجه القول الأول كما ذكره عموم (١)

«إقرار العقلاء على أنفسهم جائز».

و لأنه بإقراره يريد إبراء ذمته من حق عليه فى حال الصحة، و لا يمكن التوصل إليه إلا بالإقرار، فلو لم يقبل إقراره بقيت ذمته مشغولة، و بقى المقر له ممنوعاً من حقه، و كلاهما مفسده، و اقتضت الحكمة قبول قوله.

و أنت خبير بما فيه من إمكان المناقشه و تطرق البحث إليه، أما الحديث المذكور فإنه يخص عمومه بالأخبار الآتية الداله على أنه مع التهمة و عدم العدالة لا ينفذ إقراره.

و أما التعليل الآخر ففيه، الإقرار كما يحتمل أن يكون لما ذكره من اراده إبراء ذمته، و أن ذمته مشغولة واقعا، كذلك يحتمل أن يكون قصده من الإقرار مجرد حرمان الوارث و منعه، و ان ذمته غير مشغولة، كما تشير الى ذلك الأخبار الآتية المصرحه باشتراط نفي التهمة، و كونه مرضيا، و الاستدلال المذكور مبنى على الاحتمال الأول، و هو غير متعين، سيما مع دلالة الأخبار المذكوره على ما ذكرناه.

و بالجملة فترجيح أحد الاحتمالين على الآخر ليتمكن التفرع عليه و البناء على ما يقتضيه يحتاج الى دليل، و ليس فليس.

و أما القول الثانى فيدل عليه أما بالنسبه إلى الوارث

فصحيحه منصور بن حازم (٢) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديناً، فقال: ان كان الميت مرضياً فأعطه له،.

و موثقه أبى أيوب (٣)

«عن أبى

ص: ٦١٤

١- (١) الوسائل ج ١٦ ص ١٣٣ الباب ٣ ح ٢.

٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ٤١ ح ٢. الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٦ ح ١.

٣- (٣) التهذيب ج ٩ ص ١٦٠ ح ٦٥٧. الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٨ ح ٨.

عبد الله عليه السلام فى رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه دينا فقال: ان كان الميت مرضيا فأعطه الذى أوصى له. و أما بالنسبه إلى الأجنبى،

فصحيحه ابن مسكان عن العلاء بياح السابرى (1) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه استودعت رجلا مالا فلما حضرها الموت قالت له: ان المال الذى دفعته إليك لفلان، وماتت المرأه، فأتى أولياءها الرجل، فقالوا له: أنه كان لصاحبتنا مال، لا- نراه إلا- عندك، فأحلف لنا ما قبلك شىء، أفيحلف لهم؟ فقال: ان كانت مأمونه عنده فيحلف لهم، و ان كانت متهمه فلا يحلف، و يضع الأمر على ما كان، فإنما لها من مالها ثلثه».

و أما القول الثالث فيدل عليه بالنسبه إلى الإقرار للأجنبى، و أنه من الثلث، صحيحه ابن مسكان (2) عن العلاء المتقدمه، و أما بالنسبه إلى الوارث، و أنه من الثلث مطلقا، فاستدل عليه

بصحيحه إسماعيل بن جابر (3) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أقر لوارث له و هو مريض بدين قال: قال: يجوز عليه إذا أقر به دون الثلث». و قوى جماعه منهم شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك، و سبطه السيد السند فى شرح النافع، حمل الروايه المذكوره و ما اشتملت عليه من اعتبار الثلث على حاله التهمه جمعا بينها، و بين صحيحه منصور المتقدمه.

و زاد فى المسالك احتمال أن نفوذه كذلك بغير قيد، و هو لا- ينافى توقف غيره عليه، قال: مع أن ظاهرها غير مراد، لأنه اعتبر نقصان المقر به عن الثلث، و ليس ذلك شرطا إجماعا، انتهى.

أقول: بل الوجه هو الأول الذى يحصل به الجمع بينها و بين الصحيحه المشار إليها، و الروايه التى معها.

و احتمال بعض مشايخنا (عطر الله تعالى مراقدهم) أن يكون «دون» فى

ص: ٦١٥:

١- ١) الكافى ج ٧ ص ٤٢ ح ٣، التهذيب ج ٩ ص ١٦٠ ح ٦٦١، الفقيه ج ٤ ص ١٧٠ ح ٥٩٥، الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٧ ح ٢.

٢- ٢) الكافى ج ٧ ص ٤٢ ح ٣، التهذيب ج ٩ ص ١٦٠ ح ٦٦١، الفقيه ج ٤ ص ١٧٠ ح ٥٩٥، الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٧ ح ٢.

٣- ٣) الكافى ج ٧ ص ٤٢ ح ٤، التهذيب ج ٩ ص ١٦٠ ح ٦٥٩، الفقيه ج ٤ ص ١٧٠ ح ٥٩٢، الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٧ ح ٣.

الروايه بمعنى «عند» و أن يكون المراد الثلث و ما دون، و يكون الاكتفاء مبنيًا على الغالب، لأن الغالب أما زيادته عن الثلث، أو نقصانه، و كونه بقدر الثلث بغير زياده و لا نقص نادر، انتهى.

أقول: و الحمل الثانى غير بعيد فقد وقع التعبير بمثل هذه العبارة فى إرادته المعنى المذكور فى جملة من موارد الأحكام، و عليه حمل قوله (١) عز و جل «فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ» أى اثنتين فما فوق.

ثم أقول: قد روى

ثقه الإسلام فى الكافى و الشيخ فى التهذيب فى الصحيح عن أبى ولاد (٢) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مريض أقر عند الموت لوارث بدين له عليه؟ قال: يجوز ذلك، قلت: فإن أوصى لوارث بشيء؟ قال:

جائز». و ظاهر هذه الروايه إنما ينطبق على القول الأول، لكنها معارضة بصحيحه منصور بن حازم (٣) و موثقه أبى أيوب (٤) المتقدمين، و قضيه الجمع بين الجميع تقييد إطلاق هذه الروايه بتلك الروايتين.

و كيف كان فهى كما ترى ظاهره فى رد القول الثالث بالنسبه إلى الوارث، سواء قيدت أم لم تقيّد، لأنه قد حكم بكون الإقرار للوارث من الثلث مطلقاً، و هذه الروايه بحسب ظاهرها قد دلت على كونه من الأصل مطلقاً، فهى ظاهره فى رده من أصله، و بالنظر الى تقييدها بتلك الروايتين يكون رداً عليه فى بعض ما أطلقه، مضافاً الى ذلك ما عرفت فى الروايه التى استدلت به، و بما حررناه يظهر لك أن أظهر الأقوال الثلاثة المذكوره هو القول الثانى.

و فى المسئله أيضاً أقوال آخر، منها الفرق بين المضى من الأصل و الثلث بمجرد التهمه، و انتفائها.

ص: ٦١٦

١-١) سورة النساء-الايه ١١.

٢-٢) الكافى ج ٧ ص ٤٢ ح ٥، التهذيب ج ٩ ص ١٦٠ ح ٦٦٠، الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٧ ح ٤.

٣-٣) الكافى ج ٧ ص ٤١ ح ٢، التهذيب ج ٩ ص ١٥٩ ح ٦٥٦، الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٦ ح ١.

٤-٤) التهذيب ج ٩ ص ١٦٠ ح ٦٥٧، الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٨ ح ٨.

و منها جعل مناط الفرق المذكور العدالة.

و منها تعميم الحكم للأجنبي بكونه من الأصل، و تقييد ذلك فى الوارث بعدم التهمه.

و قد ذكر جمع من الأصحاب (رضى الله عنهم) أن المراد بالتهمه هنا الظن المستند إلى القرائن الحالیه و المقاليه الداله على أن المقر لم يقصد بإقراره الاخبار عن حق متقدم، و إنما المراد تخصيص المقر له بما أقر به، و حرمان الوارث من حقه أو بعضه، و التبرع به للغير، فلذلك جرى مجرى الوصيه فى الخروج من الثلث خاصه.

و الظاهر أن المراد من العدالة فى كلامهم هو ما أشار إليه فى صحيحه منصور، و موثقه أبى أيوب بقوله مرضيا، أى يعتمد على قوله، و لا- يظن به التهمه و قصد حرمان الورثه بإقراره، و هو المراد أيضا من قوله عليه السلام فى روايه العلاء بياع السابري «ان كانت مأمونه».

و بالجمله فإنه لما كان الميت ليس له من ماله بعد الموت إلا الثلث خاصه، و ما زاد فهو للوارث، منع من تصرفه فيه بالوصيه و نحوها، و حينئذ فإذا اعترف بالدين-الذى مخرجه من حيث هو من الأصل لتعلقه بالذمه-من حيث احتمال اعترافه للصحة و البطلان، و جب التفصيل فيه بما دلت عليه هذه الأخبار، من أنه إذا كان مرضيا مأمونا، له ديانه و ورع يحجزه عن مخالفه الحدود الشرعيه و الأوامر الإلهيه، و جب العمل بظاهر اعترافه، و أخرج من الأصل، و إلا فإنما يخرج من الثلث.

و بهذا فيظهر ما فى كلام جملة من الأصحاب من أن الإقرار انما يكون من الثلث مع ظهور التهمه، و مع الشك و الجهل بالحال يرجع فيه الى أصاله عدمها، فيجب الخروج من الأصل، فإنه خلاف ظاهر الأخبار المذكوره حيث إنها صريحه فى كون الإخراج من الأصل مشروطا بكون المقر مرضيا مأمونا، و مقتضاه

أنه مع الجهل و عدم العلم بوجود الشرط،أو العلم بعدم وجوده يكون الإخراج من الثلث،لعدم وجود الشرط الموجب لانتفاء المشروط.

و هذا التحقيق يرجع فى الحقيقه إلى القول المتقدم بأن مناط الفرق المذكور العداله، كما هو منقول عن علامه فى التذكره،و أنها هى الدافعه للتهمه،و هذا هو ظاهر الأخبار المتقدمه.

و يظهر الفرق بين هذا القول و القول الثانى ما لو كان المقر على ظاهر العداله، و قامت القرائن الحالیه أو المقاليه على التهمه،فعلى الاكتفاء بظاهر العداله، يكون الإخراج من الأصل،و لا- يلتفت الى ما دلت عليه القرائن المذكوره،و على تقدير المشهور من ضم عدم التهمه إلى العداله و جعلهما شرطين،يكون الإخراج من الثلث،لانتفاء أحد الشرطين.

و أنت خير بأن اعتبار انتفاء التهمه منفردا أو منضمما الى شرط العداله لا يعرف له مستند من الاخبار،إلا ما يفهم من شرط الامانه و كونه مرضيا الذى هو عباره عن العداله عندهم بالتقريب الذى قدمناه.

اللهم إلا- أن يقال:ان قيام القرائن بالتهمه الموجب لظنها ينافى العداله المذكوره،و لا يجامعها و هو غير بعيد،و ان صرح فى المسالك بخلافه،و جوز اجتماعهما،بناء على أن العداله المبنيه على الظاهر لا تزول بالظن،و فيه منع ظاهر فإن العداله انما تبنى على الظن،و اللازم من ذلك تقابل الظنين و ترجيح أحدهما على الآخر يحتاج الى مرجح،و الظاهر أنه لما ذكرناه ذهب صاحب الكفايه إلى قول آخر فى المسئله،فقال-بعد أن فسر التهمه بما قدمنا نقله عن جمع من الأصحاب-ما هذا لفظه:و الأقوى أن التهمه بالمعنى المذكور توجب المضى من الثلث مطلقا،و كون المقر ممن يوجب قوله الظن بصدقه،لكونه أمينا مصدقا يوجب المضى من الأصل،و فى غير ذلك تأمل،انتهى.

و محل التأمل فى كلامه ما لو انتفى الوصفان كما فى غير العدل،أو المجهول

العدالة الذى لم تظهر قرائن التهمة عليه، وقد عرفت آنفا أن مقتضى ظواهر الأخبار الداله على اشتراط كونه مرضيا فى الخروج من الأصل، أنه متى فقد الشرط وجب انتفاء المشروط، فالحكم بأنه من الثلث فى هذه الصورة بناء على ذلك الظاهر أنه لا اشكال فيه، إلا أن ما ذكره من التأمل فى أمثال هذه المواضع لا يخلو من وجه.

هذا: وقد صرح جملة من الأصحاب منهم العلامة فى التذكرة و الشهيدان بأنه لو برء المريض فالظاهر نفوذ إقراره من الأصل، تمسكا (١).

«بأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز». السالم عما يصلح للمعارضه، فإن روايه العلاء مفروضه فى الإقرار الواقع فى مرض الموت، وغيرها لا عموم فيه بحيث يتناول من برء بعد المرض، و اليه مال السيد السند فى شرح النافع، و هو جيد.

### تذنب [فى الإشاره إلى الروايات الوارده فى المقام]

بقى فى المقام روايات تتعلق بالمسئله لا بأس بنقلها، و بيان ما اشتملت عليه، و منها

صحيحه الحلبي (٢).

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قلت له: الرجل يقر لوارث بدين؟ فقال: يجوز إذا كان مليا».

و صحيحته (٣) الأخرى قال:

«سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل أقر لوارث بدين فى مرضه أ يجوز ذلك؟ فقال: نعم إذا كان مليا». و ضمير اسم كان يحتمل رجوعه الى الوارث الذى أقر له، و الغرض من ذكر ملاءته كون ذلك قرينه على صدق المقر فى إقراره له، و يحتمل عوده الى المقر، و يجعل ذلك كناية عن صدقه و أمانته، و على هذين الاحتمالين يكون مخرجه من الأصل، و يحتمل رجوعه الى المقر أيضا لا باعتبار الأول بل باعتبار التخصيص بالثلث، بأن تبقى ملاءته

ص: ٦١٩

١-١) الوسائل ج ١٦ ص ١٣٣ ح ٢.

٢-٢) الكافى ج ٧ ص ٤١ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ١٥٩ ح ٦٥٥. الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٨ ح ٥.

٣-٣) التهذيب ج ٦ ص ١٩٠ ح ٤٠٥. الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٨ ح ٧.



بالتلثين، و حاصل الجواب أنه يجوز إقراره في الثلث خاصة، فيكون مخرجه منه دون الأصل.

و يمكن تأييد هذا المعنى

بموثقه سماعه (١) قال:

«سألته عن أقر للورثه بدين عليه و هو مريض؟ قال يجوز عليه ما أقر به إذا كان قليلا».

بحمل القليل فما دونه، بمعنى أن مخرج هذا الذى أقر به من الثلث، و على هذا تكون هذه الروايات مطابقه لمذهب المحقق فى النافع إلا- أن تحمل على التهمه كما تقدم ذكره فى صحيحه إسماعيل بن جابر (٢) إلا- أن الاستناد إليها مع ما هى عليه من الإجمال الموجب لاتساع دائره الاحتمال لا يخلو من الاشكال، و الحق أن هذه الأخبار لا يظهر لها معنى يعتمد عليه، و لا يفهم منها حكم يرجع اليه.

و منها

صحيحه سعد بن سعد (٣)

«عن الرضا عليه السلام قال: سألته عن رجل مسافر حضره الموت، فدفع مالا الى رجل من التجار، فقال: ان هذا المال لفلان بن فلان ليس لى فيه قليل و لا كثير، فادفعه اليه يصرفه حيث شاء، فمات و لم يأمر فيه صاحبه الذى جعل له بأمر، و لا يدري صاحبه ما الذى حملة على ذلك كيف يصنع؟ قال: يضعه حيث شاء».

قال بعض مشايخنا (رضوان الله عليهم): قوله «يضعه حيث شاء» أى هو ماله يضعه حيث يشاء، إذ ظاهر إقراره أنه أقر له بالملك، و يكفى ذلك فى جواز تصرفه، فلا يلزمه بيان سبب الملك، و يحتمل أن يكون المراد أنه أوصى اليه بصرف هذا المال فى أى مصرف شاء، فهو مخير فى الصرف فيه مطلقا أو فى وجوه البر، انتهى.

ص: ٦٢٠

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ١٦٠ ح ٦٥٨. الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٩ ح ٩.

٢- (٢) الكافى ج ٧ ص ٤٢ ح ٤. الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٧ ح ٣.

٣- (٣) الكافى ج ٧ ص ٦٣ ح ٢٣ و فيه «عن سعد بن إسماعيل عن أبيه»، التهذيب ج ٩ ص ١٦٠ ح ٦٦٢. الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٨ ح ٦.

أقول: لا يخفى أن سياق الرواية المذكوره ظاهر في أن اعتراف الرجل بذلك المال لذلك الشخص الذي سماه، ليس له أصل بالكلية، ولهذا ان الرجل المسمى لم يقبض المال، ولم يأمر فيه بأمر، بل تعجب من ذلك، ولم يدر ما الذى حمل ذلك الرجل على الاعتراف له، مع أنه لا يستحق فى ذمته مالا بالكلية، وحينئذ فقرينه التهمه فى هذا الاعتراف ظاهره، فيجب بمقتضى ما تقدم أن يكون مخرجه من الثلث خاصه، وظاهره أن المال باق فى يد الأمين، وحينئذ فيجب أن يحمل جوابه عليه السلام «بأن ذلك له يضعه حيث يشاء» اما على عدم وجود وارث لذلك الرجل المقر، فان من لا- وارث له، له أن يوصى به كملا إلى من نشاء، أو يعترف به كما هو أصح القولين فى المسئله، أو على أن ذلك المال يخرج من الثلث، أو أن الغرض من الجواب بيان صحه الانتقال و التملك بمجرد هذا الاعتراف مع قطع النظر عن هذه المسئله بالكلية.

و كيف كان فالخبر غير خال من شوب الاشكال، لما فيه من الإجمال.

و منها

روايه أبى بصير (١)

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل معه مال مضاربه فمات و عليه دين، و أوصى أن هذا الذى ترك لأهل المضاربه أ يجوز ذلك؟ قال: نعم إذا كان مصدقا».

أقول: هذا الخبر مما ينتظم فى سلك أخبار القول الثانى، و التعبير بقوله «مصدقا» مثل قوله فى تلك الاخبار «مرضيا و مأمونا».

و منها

روايه السكونى (٢)

«عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام أنه كان يرد النحله فى الوصيه، و ما أقر عند موته بلا ثبت و لا بينه رده».

أقول: الظاهر أن المراد من قوله «يرد النحله فى الوصيه» بمعنى يجعلها داخله فى الوصيه و من قبيلها، فيكون الجار و المجرور متعلقا بيرد، و أما احتمال

ص: ٦٢١

١- ١) التهذيب ج ٩ ص ١٦٧ ح ٦٧٩، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٠ ح ١٤.

٢- ٢) التهذيب ج ٩ ص ١٦١ ح ٦٦٣، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٠ ح ١٢.

تعلقه بالنحله فإنه يقتضى رد النحله مطلقا، وهو مخالف لظاهر الأخبار المتقدمه، وغيرها، والمراد بقوله «و ما أقر به عند موته» الى آخر ما ذكره الشيخ فى كتابى الأخبار من الحمل على ما إذا كان غير مرضى بل متهما على الورثه فيكون معنى رده يعنى من الأصل و أن اخرج من الثلث، و ظاهر الخبر رده مطلقا، إلا أنه لما كان مخالفا لما تقدم من الأخبار، فالواجب حمله على ما ذكره الشيخ (رحمه الله عليه).

و منها روايه

محمد بن عبد الجبار (١) قال:

«كتب الى العسكرى عليه السلام:

امراه أوصت الى رجل و أقرت له بدين ثمانيه آلاف درهم، و كذلك ما كان لها من متاع البيت من صوف و شعر و شبه و صفر و نحاس، و كل مالها أقرت به للموصى اليه، و أشهدت على وصيتها و أوصت أنه يحج عنها من هذه التركه حجتان، و يعطى مولاه لها أربعمائه درهم و ماتت المرأه، و تركت زوجها و لم ندر كيف الخروج من هذا، و اشتبه علينا الأمر، و ذكر الكاتب أن المرأه استشارته فسألته أن يكتب لها ما يصح لهذا الوصى فقال: لا تصح تركتك لهذا الوصى إلا بإقرارك له بدين يحيط بتركتك بشهاده الشهود، و تأمره بعد أن ينفذ ما توصيه به، فكتب له بالوصيه على هذا، و أقرت للوصى بهذا الدين، فأرىك أدام الله عزك فى مسئله الفقهاء قبلك عن هذا، و تعرفنا ذلك لنعمل به ان شاء الله؟ فكتب عليه السلام بخطه: ان كان الدين صحيحا معروفا مفهوما فيخرج الدين من رأس المال ان شاء الله و ان لم يكن الدين حقا أنفذ لها ما أوصت به من ثلثها كفى أو لم يكف».

أقول: لما كان ظاهر سياق هذه الحكايه أن المرأه المشار إليها قاصده بهذا الإقرار حرمان الوارث لم يرتب الحكم فيها على عداله المقر، و كونه مرضيا، لأن المعلوم من السياق خلافه بل رتب على ثبوت الدين و معلوميه صحته، و هو

ص: ٦٢٢

نظير ما تقدم في روايه السكوني من قوله عليه السلام «بلا- ثبت و لا- بينه رده» بناء على ما ذيلنا به من التأويل بأنه إذا كان متهما احتيج إلى إخراجه من الأصل إلى البينه الموجبه لثبوته، وإلا فمن الثلث.

و أما قوله في الخبر المذكور «فأريك أدام الله عزك في مسئله الفقهاء قبلك» فإنه لا يخلو من غموض، قال المحدث الكاشاني في الوافي: ما رأيك أو أعلمنا رأيك في سؤالنا الفقهاء الذين يكونون عندك من شيعتك عن هذا، وفي تعرفنا ذلك منهم، إذ ليس لنا إليك وصول، و كان غرضه الاستئذان في مطلق سؤالهم من المسائل، انتهى.

أقول: الظاهر أنه لا يخلو من بعد، و قال: شيخنا المجلسي في حواشيه على كتب الأخبار لعل المراد بالفقهاء الأئمه عليهم السلام أي نطلب رأيك أو نتبعه، أو ان رأيت المصلحه في أن تعرفنا ما أجاب به الأئمه المتقدمه عليك عند سؤالهم عن هذه المسئله، فعلى الأخير يكون و تعرفنا معطوفا على مسئله، تفسيراً لها، و يحتمل أن يكون المراد السؤال عن فقهاء أهل البلد، و تعريف الجواب بأن يقرأ قبلك بكسر القاف و فتح الباء، و على التقديرين يكون هذا النوع من الكلام الغير المعهود من أصحابهم للتقيه، و على الثاني لنهايه التقيه و يمكن أن يكون المراد ما رأيك في مسئله سألنا الفقهاء قبل أن نسئلك فيها يعني فقهاء بلد السائل، انتهى.

أقول: و الذي يظهر لي من العبارة المذكوره أن المراد انما هو عرفنا رأيك في هذه المسئله التي سئل الفقهاء قبلك لنعمل بما تعرفنا دون ما قالوا أولئك الفقهاء فيها، و حينئذ يكون المراد بالفقهاء فقهاء العامه.

و منها

روايه مسعده بن صدقه (1)

«عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهم السلام قال:

قال علي عليه السلام لا وصيه لوارث و لا إقرار بدين». يعني إذا أقر المريض لأحد من

ص: ٦٢٣

١-١) التهذيب ج ٩ ص ١٦٢ ح ٦٦٥، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٠ ح ١٣.

الورثه بدين فليس له ذلك، و حمله الشيخ في التهذييين تاره على التقيه و أخرى على المتهم، و ما زاد على الثلث.

أقول: ما تضمنه من النهى عن الوصيه للوارث فلا- ريب في حمله على التقيه، لأن ذلك مذهب الجمهور، و أخبارنا المعتضده باتفاق أصحابنا داله على الجواز كما تقدم تحقيقه في المسئله المذكوره من المقصد الأول، و أما المنع من الإقرار بالدين فهو يتعين الحمل على أحد الحملين، و الله العالم.

### المسئله الثالثه [في صحه الوصيه بجميع المال إذا لم يكن له وارث]:

اختلف الأصحاب (رضوان الله عليهم) في أن من مات و لا وارث له، هل له أن يوصى بجميع ماله الى من شاء أم لا؟ فذهب الشيخ في الخلاف و ابن إدريس و العلامه في المختلف الى الثانى، و ذهب ابن الجنيد و الصدوق فى المقنع و هو ظاهر الشيخ فى كتابى الأخبار الى الأول، و هو ظاهر المحدثين المحسن الكاشانى فى الوافى و الحر العاملى فى الوسائل، و هو المختار.

و قال فى المختلف: قال الشيخ فى الخلاف: من ليس له وارث قريب أو بعيد، و لا مولى نعمه لا يصح أن يوصى بأكثر من الثلث، و ذهب أبو حنيفه و أصحابه و شريك، الى أن له أن يوصى بجميع ماله، و روى ذلك فى أحاديثنا، ثم استدل بصحه الوصيه بالثلث إجماعاً و لا دليل على الزائد،

و روى معاذ بن جبل (١)

«عن النبى (صلى الله عليه و آله و سلم) أنه قال: ان الله تعالى تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زياده فى حسناتكم». و لم يفرق بين أن يكون له وارث أم لا، و قال ابن إدريس أيضاً: لا يصح الا فى الثلث، و قال ابن الجنيد:

روى عن أمير المؤمنين عليه السلام (٢) أنه قال:

«و من أوصى بالثلث فقد بلغ المدى». يعنى بذلك إذا كان له ورثه و من تجاوز ذلك الى الثلث لم يجز إلا أن تشاء الورثه، فأما من لا وارث له فجائز أن يوصى بجميعه لمن شاء، و فيما شاء مما أبيع الوصيه فيه،

ص: ٦٢٤

١- (١) المستدرک ج ٢ ص ٥١٩ الباب ٩ ح ٣.

٢- (٢) التهذيب ج ٩ ص ١٩٢ ح ٧٧٣، الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٠ ح ١.

وقال الصدوق في المقنع: إذا مات الرجل و لا- وارث له و لا- عصبه قال: يوصى بماله حيث شاء في المسلمين و المساكين، و المعتمد الأول، لما تقدم، و احتج الآخرون بما

روى السكوني (١)

«عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أنه سئل عن الرجل يموت و لا وارث له و لا عصبه، قال: يوصى بماله حيث شاء في المسلمين و المساكين و ابن السبيل.

و قد روى الشيخ و الصدوق معا عن عمار بن موسى (٢)

«عن الصادق عليه السلام قال: الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح ان أوصى به كله فهو جائز له». و تأوله بأنه إذا لم يكن وارث قريب أن بعيد، فيوصى به كله، و استدلا بما سبق من حديث السكوني، و الوجه ترك هذه الرواية لضعفها، انتهى كلامه في المختلف.

أقول: العجب من الشيخ (قدس سره) أنه استدل على ما ذهب إليه في الخلاف من عدم صحة الوصية في الصورة المذكورة بأن الوصية بالثلث مجمع عليه، و ما زاد لا دليل عليه مع أنه بعد أن نقل عن أبي حنيفة أن له أن يوصى بجميع ماله قال: و روى ذلك في أحاديثنا، و حينئذ إذا اعترف بروايه ذلك في أحاديثنا كيف يتم له قوله «و الوصية بما زاد على الثلث لا دليل عليه» و الدليل موجود باعترافه، إلا أن يبين وجه قبح فيه يوجب عدم العمل به، و مع ذلك يستند الى هذه الرواية العامية، و يطرد هذه الرواية التي اعترف بها.

و أعجب من ذلك قول العلامة بعد ذلك، و المعتمد الأول، بما تقدم، و أشار بالأول إلى مذهب الشيخ في الخلاف، و أشار بما تقدم الى الاستدلال الشيخ مع ما عرفت فيه من القصور الظاهر لكل ناظر.

نعم يمكن أن يستدل لما ذهب اليه الشيخ في الخلاف و من تبعه بإطلاق بعض الروايات الداله (٣) على أنه متى أوصى بما زاد على الثلث و جب رده الى

ص: ٦٢٥

١-١) التهذيب ج ٩ ص ١٨٨ ح ٧٥٤. الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٠ ح ١.

٢-٢) التهذيب ج ٩ ص ١٨٧ ح ٧٥٣، الفقيه ج ٤ ص ١٥٠ ح ٥٢٠. الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٢ ح ٥.

٣-٣) التهذيب ج ٩ ص ١٩٢ ح ٧٧٣. الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٨ الباب ٨ ح ١.

الثالث و بطلت الوصيه بالزائد، بإطلاقها داله على وجوب الرد الى الثالث، وجد وارث ثمه أم لم يوجد، إلا أن فيه أن أكثر الأخبار قد تضمنت وجود الوارث في البين، ففي جملة منها أنه تمضى الوصيه في الثالث، وترد الباقي على الورثه، و في جملة إلا أن تجيز الورثه، و حينئذ فيحمل إطلاق تلك الأخبار على هذه.

و مما يعضد روايه السكوني موثقه عمار المتقدمه في كلام العلامه الداله على أنه ان أوصى بماله كله فهو جائز، بحملها على عدم الوارث، إذ لا- جائز أن يعمل بها على ظاهرها فيلزم طرحها، والعمل بالخبر مهما أمكن أولى من طرحه، كما صرحوا به في غير موضع، و العلامه في المختلف انما تمسك في ردها بضعف السند، بناء على هذا الاصطلاح الغير الصحيح و لا المعتمد، و من لا يعمل به لا يصح عنده رد الخبر بغير معارض.

فان قيل: أخبار كون (١)

«الامام وارث من لا- وارث له». تعارض هذه الروايه، قلنا: ما ذكرت من الأخبار مطلق أو عام، و هذه الروايه خاصه أو مقيده فالقاعده تقتضى تقديم العمل بهذه الروايه و تخصيص تلك الأخبار أو تقييدها بها.

على أنه مما يعضد هذه الروايه ما رواه

الشيخ في الصحيح عن احمد بن محمد بن عيسى (٢) قال:

«كتب اليه محمد بن إسحاق المتطيب: و بعد أطال الله بقاءك نعلمك يا سيدنا انا في شبهه من هذه الوصيه التي أوصى بها محمد بن يحيى درياب، و ذلك أن موالى سيدنا و عبيده الصالحين ذكروا أنه ليس للميت أن يوصى إذا كان له ولد بأكثر من ثلث ماله، و قد أوصى محمد بن يحيى بأكثر من النصف مما خلف من تركته، فان رأى سيدنا و مولانا أطال الله بقاءه أن يفتح غياب هذه الظلمه التي شكونا و يفسر ذلك لنا نعمل عليه ان شاء الله تعالى فأجاب عليه السلام: ان كان أوصى بها من قبل أن يكون له ولد فجائز وصيته و ذلك أن ولده ولد من بعده».

ص: ٦٢٦

١- ١) التهذيب ج ٩ ص ٣٨٦، الباب ٤٤، الوسائل ج ١٧ ص ٥٤٧، الباب ٣.

٢- ٢) التهذيب ج ٩ ص ١٩٧ ح ٧٨٩، الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٠ ح ٢.

و ظاهر الخبر المذكور أنه لو أوصى بأكثر من الثلث و لو بالمال كله قبل وجود الوارث، ثم تجدد له وارث، و لم يعدل الموصى عن الوصيه الى أن مات، فإنه يجب العمل بتلك الوصيه، و يحرم الوارث من المال الموصى به، و هو حكم غريب و فرع عجيب لم أقف على من نبه عليه، و لا تنبه اليه.

و ربما يقال: ان أدله الإرث كتابا و سنه يقتضى وجوب رد ما زاد على الثلث الى الوارث، إلا أنه يمكن القدح فيه، بأن تلك الأدله مطلقه، و هذا الخبر خاص بصوره الوصيه بالمال و تقدمها على وجود الوارث، و القاعده تقتضى تقديم العمل به، سيما مع صحه الخبر باصطلاحهم، و كيف كان فالخبر المذكور ظاهر فيما دلت عليه روايه السكونى من صحه الوصيه بالمال كله مع عدم وجود الوارث، فالقول بذلك متعين. وفاقا لما قدمنا ذكره عن أصحابنا.

و قال فى الدروس بعد ذكر استحباب إقلال الوصيه: و أن الخمس أفضل من الربع، و الربع أفضل من الثلث: و قال على بن بابويه: إذا أوصى بماله كله فهو أعلم، و يلزم الوصى إنفاذه

لروايه عمار (1)

«ان أوصى به كله فهو جائز له».

و حملها الشيخ على من لا- وارث له، فجوز الوصيه بجميع المال لمن لا- وارث له، و هو فتوى الصدوق و ابن الجنيد لروايه السكونى، و منع الشيخ فى الخلاف من الزيادة على الثلث مطلقا، و هو مختار ابن إدريس و الفاضل، انتهى.

أقول: ظاهر كلام شيخنا المذكور هو التوقف فى المسئله حيث اقتصر على نقل الخلاف الذى فيها، و لم يرجح شيئا من القولين، و لا- طعن فى أحد الجانبين و أما ما نقله عن الشيخ على بن بابويه فقد تقدم الكلام فيه، و بينا أن مستنده فى ما ذكره من الحكم المذكور انما هو كتاب الفقه الرضوى، فإن عبارته هنا عين عبارته الكتاب كما أوضحناه فى جملة من الأبواب، و لكنهم خفى عليهم ذلك استدلووا له بهذه الروايه، و الله العالم.

ص: ٦٢٧



## المسئله الرابعه [عدم ضمان الوصى مقدار الدين مع العزل و عدم التفريط] :

قال الشيخ فى النهايه: إذا قال الموصى لوصيه اقض عنى دينى، ووجب عليه أن يبدأ به قبل الميراث فان تمكن من قضائه و لم يقض و هلك المال كان ضامنا له، و ليس على الورثه لصاحب الدين سبيل، و ان كان قد عزل من أصل المال و لم يتمكن من إعطائه أصحاب الديون و هلك من غير تفريط من جهته كان لصاحب الدين مطالبه الورثه بالدين من الذى أخذوه، و تبعه ابن البراج، و بهذه العبارة قال ابن إدريس، إلا أنه زاد فى عبارته الشيخ، فقال فى كتابه: و إذا قال الموصى لوصيه اقض عنى دينى، ووجب عليه أن يبدأ به قبل الميراث، فان تمكن من قضائه و لم يقضه و هلك المال كان ضامنا له، و ليس على الورثه لصاحب الدين سبيل ان كان قد صار إليهم من التركة حقهم، فان كان قد عزله الوصى من أصل المال، و قسم الباقي بينهم، و لم يتمكن من إعطائه أصحاب الديون و هلك من غير تفريط من جهته، كان لصاحب الدين مطالبه الورثه بالدين من الذى صار إليهم و أخذوه و اقتسموه، انتهى.

و العلامه فى المختلف قد استدرك عليه الزيادة الأولى، و اعترضه فيها، فقال بعد نقل ذلك: و المعتمد أن نقول فى الفرض الأول إذا كان قد بقى من المال شىء و أخذه الورثه سواء كان حقهم، أو أزيد، أو أنقص، كان لصاحب الدين مطالبه الورثه بأقل الأمرين من حقه و مما صار إليهم، ثم يرجع الورثه على الوصى بتفريطه لعدم انحصار حق صاحب المال فيما تلف، و ان حمل المال فى قول الشيخ و هلك المال بأن هلك جميعه قبل أن يصل الى الوارث منه شىء استقام الحكم و انتظم، و الظاهر أن مراد الشيخ و ابن البراج ذلك، و لكن ابن إدريس لقله تفتنه زاد ما أفسد به الكلام من حيث لا يشعر، انتهى.

أقول: و هذه المناقشات بعد ظهور المعنى بقرائن الحال و المقال من ابن إدريس للشيخ، و من العلامه لابن إدريس مما يستغنى عنه، فان من الظاهر أن الورثه ما لم يصل إليهم شىء من التركة، لا يتعلق بهم حق من الديون بالكلية،

و مع وصول شىء لهم لا يتعلق بهم و لا يجب عليهم وفاء ما زاد عنه، و مع هلاك التركة فى يد الوصى بتفريطه يلزمه الضمان، و لا رجوع على الورثة بشىء، لأنه لم يصل إليهم منها شىء، و هذه أحكام معلومه متفق عليها بينهم.

ثم أن الذى وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بهذه المسئلة ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن الحلبي (١)

«عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال: فى رجل توفى فأوصى الى رجل و على الرجل المتوفى دين فعمد الذى أوصى اليه فعزل الذى للغرماء فرفعه فى بيته و قسم الذى بقى بين الورثة، فسرق الذى للغرماء من الليل ممن يؤخذ؟ قال: هو ضامن حين عزله فى بيته يؤدى من ماله».

و عن أبان (٢) عن رجل قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى الى رجل أن عليه ديناً؟ فقال: يقضى الرجل بما عليه من دينه، و يقسم ما بقى بين الورثة، قلت: فسرق ما أوصى به من الدين، ممن يؤخذ الدين أمن الورثة أم من الوصى؟ فقال: لا يؤخذ من الورثة، و لكن الوصى ضامن لها».

قال فى التهذيبين: انما يكون الوصى ضامناً للمال إذا تمكن من إيصاله إلى المستحق فلم يفعل، انتهى و هو جيد، فان الضمان انما يلزم مع التفريط، و التفريط ليس إلا- مع إمكان الدفع الى صاحبه، و الإخلال بذلك كما تكاثرت به الأخبار فى جملة من الأحكام.

و الذى يكشف عن ذلك ما رواه

فى الكافى فى الصحيح أو الحسن عن محمد بن مسلم (٣) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل بعث زكاه ماله ليقسم فضاع، هل عليه ضمانها حتى تقسم؟ فقال: إذا وجد لها موضعاً فلم يدفعها فهو لها ضامن، الى أن قال: و كذلك الوصى الذى يوصى اليه يكون ضامناً لما دفع

ص: ٦٢٩

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ١٦٨ ح ٦٨٥. الوسائل ج ١٣ ص ٤١٧ ح ٢.

٢- (٢) التهذيب ج ٩ ص ١٦٨ ح ٦٨٤. الوسائل ج ١٣ ص ٤١٨ ح ٤.

٣- (٣) الكافى ج ٣ ص ٥٥٣ ح ١. الوسائل ج ٦ ص ١٩٨ ح ١.

إليه إذا وجد ربه الذى أمر بدفعه إليه،فان لم يجد فليس عليه ضمان».

ثم انه مع التفريط و لزوم الضمان للوصى لا- يتعين رجوع الديان على الوصى، بل يتخيرون بين الرجوع على الوصى أو على الورثة فيما قبضوه من حصصهم، و ترجع الورثة على الوصى،لأن ما عزله الوصى لا يتعين للدين بمجرد عزله ما لم يصل الى الديان،بل الدين يتعلق بالتركة كائنا ما كانت،و كيف كان فالضمان انما هو على الوصى،و النقصان انما هو عليه من ماله،لأن الورثة متى أخذ منهم الديان الدين رجعوا به عليه،فلا يلحقهم ضمان و لا نقص،و الله العالم.

### المسئله الخامسه [فى حكم انتقال من ينعق على المريض إليه]

#### إشاره

إذا انتقل الى المريض من ينعق عليه كأبيه و ابنه مثلاً- فلا- يخلو إلا- أن يكون بغير عوض أو بعوض،و على التقديرين فإما أن يكون الملك اختيارياً أو قهرياً،و على تقدير الملك بعوض،فإما أن يكون العوض موروثاً أولاً،فهذه صور ست:

#### الأولى- أن يملكه بغير عوض و يكون الملك اختيارياً

،كما لو أوصى له أحد بأبيه أو أمه فقبل الوصيه أو وهبه له بغير عوض،فقبل الهبه،فإن قلنا أن منجزات المريض من الأصل كما هو أحد القولين فى المسئله،كان انعقاقه من الأصل،و لا- اشكال فيه،و ان قلنا أن المنجزات من الثلث كما هو المشهور بين المتأخرين فوجهان:بل قولان:أحدهما-للمحقق فى الشرائع مدعياً عليه الإجماع و هو أن عتقه من الأصل أيضاً،قال:و لو أوصى له بأبيه فقبل الوصيه،و هو مريض،عتق عليه من أصل المال إجماعاً،لأنه انما يعتبر من الثلث ما يخرج عن ملكه،و هنا لم يخرج بل بالقبول ملكه،و انعق عليه تبعا لملكه،و مرجع استدلاله إلى أمرين:أحدهما الإجماع،و ثانيهما ما ذكره من أن المعتبر من الثلث على القول به فى المنجزات،انما هو بالنسبه الى ما يخرج المريض عن ملكه بنفسه اختياراً،كما لو أعتق العبد أو وهب أو تصدق أو نحو ذلك،و هنا لم يخرج المريض شيئاً على هذا الوجه،و انما المخرج له هو الله سبحانه حين ملكه بالقبول،و انعق

عليه قهرا تبعا للملك. فلم يكن مفوتا شيئا باختياره، و انما جاء الفوات من قبل الله عز و جل».

و ثانيهما- للعلامه في التحرير و هو أن عتقه من الثلث، كالعق اختيارا، استنادا الى أن اختيار السبب و هو قبوله الوصيه و قبوله الهبه في المثالين المتقدمين اختيار للمسبب، و هو العتق المترتب على القبول، فمتى كان الأول معذورا كان الثاني كذلك، و هو يرجع الى منع كون العتق قهريا كما ادعاه ذلك القائل، بل هو اختياري له، فإنه لو لم يقبل لما دخل في ملكه، و لما انعتق عليه، و لما قبل باختياره ترتب عليه ذلك، فيكون من قبيل عتق العبد باختياره، و بالجمله فإنه لا يلزم من كون الخروج قهريا كونه من الأصل، و انما يلزم ذلك لو لم يكن مستندا الى اختيار المريض المتملك بالقبول، كما ذكرناه لكنه مستند اليه، و بذلك يظهر الجواب عن أحد الدليلين المتقدمين.

و أما الثاني و هو الإجماع ففيه ما ذكره شيخنا في المسالك و لنذكره بطوله لقوه و جوده محصوله، و ان كان قد قدمنا نبذه منه في غير موضع فيما تقدم، و هو أيضا قد خالفه في غير موضع من كتابه هذا، لكنه الحق الحقيقي بالاتباع، و ان كان قليل الاتباع، قال قدس سره: و لا- يقدر دعواه الإجماع في فتوى العلامه بخلافه، لأن الحق أن إجماع أصحابنا انما يكون حجه مع تحقق دخول المعصوم في جملة قولهم، فان حجيته انما هو باعتبار قوله عندهم، و دخول قوله في قولهم في مثل هذه المسئلة النظرية غير معلوم، و قد نبه المصنف في أوائل المعبر على ذلك، فقال: ان حجيه الإجماع لا يتحقق إلا مع العلم القطعي بدخول قول المعصوم في قول المجمعين، و نهى عن الاعتراض بمن يتحكم، و يدعى خلافا ذلك، و هذا عند الإنصاف عين الحق، فإن إدخال قول شخص غائب لا يعرف قوله في قوله جماعه معروفين بمجرد اتفاهم على ذلك القول بدون العلم بموافقه لهم تحكم بارد، و بها يظهر جواز مخالفه الفقيه المتأخر لغيره من المتقدمين في كثير من المسائل التي ادعوا

فيها الإجماع، إذا قام عنده الدليل على ما يقتضى خلافهم، وقد اتفق لهم ذلك كثيرا، لكن زله القدم متسامحه عند الناس دون المتأخر، انتهى و هو جيد متين كما لا يخفى على الحاذق المكين.

### **الثانيه-الصوره بحالها و لكن ملكه بغير اختيار**

كحصوله له بالإرث، و ينبغى القطع بكونه من الأصل هنا، و ان قلنا فى سابق هذه الصوره بكونه من الثلث، لعدم الاختيار فى السبب و لا- فى المسبب، و نقل عن التذكرة أنه جعل العتق أقرب، و ربما قيل: بأنه متى قلنا فى الصوره الأولى بكونه من الثلث، فيحتمل كونه هنا كذلك، فيتحقق الملك للمريض فيكون معدودا من جملة أمواله، فانعتاقه يفوت عليهم المالىه، و فيه أنه لم يتلف على الوارث شىء مما هو محسوب مالا- لأنه بمجرد الإرث يعتق عليه، و أيضا فإن العتق قهرى و الملك قهرى، و قد عرفت فى الصوره السابقه: أن وجه القول بكونه من الثلث انما هو لكون السبب اختياريا و هنا ليس كذلك كما عرفت.

### **الثالثه-أن يملكه بعوض موروث اختيارا**

بمعنى أن يملكه باختياره بعوض لو بقى فى مده، لأنه ينتقل بعد الموت لوارثه كالشركاء بضمن المثل، فمن قال: ان المنجزات مخرجها من الأصل، فإنه يكون هنا من الأصل، و هو ظاهر، و من قال انها من الثلث ففى انعتاقه قولان: أحدهما- أنه من الثلث كما اختاره العلامة فى الإرشاد، و فى الأحكام المعنويه من القواعد، و علل بأن تملكه له باختياره سبب فى عتقه فجرى مجرى المباشره خصوصا عند من يجعل فاعل السبب فاعل المسبب كالجائين، قال فى المسالك: و هذا هو الأصح.

و ثانيهما- نفوذه من الأصل، لأنه إنما يحجر عليه فى التبرعات، و الشراء بضمن المثل ليس بتبرع، فلا يكون محجورا عليه، و العتق حصل بغير اختياره، فلا يعتبر فيه الثلث، و هذا القول اختيار العلامة فى كيفية التنفيذ من كتاب القواعد.

و رد بأن بذل الثمن فى مقابله ما قطع بفواته و زوال ماليتة بالانعتاق تضييع على الوارث كما لو اشترى ما يقطع بموته عاجلا.  
و شيخنا الشهيد فى شرح الإرشاد اقتصر على نقل القولين المذكورين، و نقل دليل كل منهما و لم يرجح شيئا منهما و لا طعن فى شىء من الدليلين المذكورين و هو مؤذن بالتوقف فى ذلك.

#### **الرابعه- أن يملكه بعوض موروث ملكا قهريا بغير اختياره**

بأن يكون مستندا الى حكم الشارع و أمره له به كما لو كان نذر فى حال الصحة، أو فى حال المرض ان قلنا بكونه من الأصل، بأنه ان وجد قريبه يباع بعوض، و هو قادر عليه اشتراه، فان هذا من الأصل على القولين، و يحتمل ضعيفا كونه من الثلث بحصول السبب المقتضى للتصرف فى المرض، و وجه ضعفه بإسناد ذلك الى إيجاب الشارع فكان عليه بمنزله الدين.

#### **الخامسه- أن يملكه بعوض غير موروث**

كما لو آجر نفسه للخدمه به، فإنه عندهم يعتق من الأصل لعدم تفويته شيئا على الوارث.

#### **السادسه- أن يملكه كذلك بغير اختياره، بل بإلزام الشارع**

كما لو نذر تملكه بالإجاره كذلك، و الحكم فى هذه الصور كسابقتها بطريق أولى، و الله العالم.

#### **المسئله السادسه [فى صحه الوصيه بالإشاره و الكتابه]:**

الظاهر أنه لا خلاف و لا إشكال فى صحه الوصيه بالإشاره على المراد مع تعذر اللفظ، و كذا الكتابه مع التلفظ أيضا، و القرينه الداله على الداله قصد الوصيه بها.

و يدل على الأول ما رواه

فى الفقيه عن محمد بن أحمد عن السندي بن محمد عن يونس بن يعقوب عن أبى مریم (1) ذكره عن أبيه

«أن أمامه بنت أبى العاص

ص: ٦٣٣

---

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ٢٤١ ح ٩٣٥، الفقيه ج ٤ ص ١٤٦ ح ٥٠٦، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٧ ح ١ و ج ١٦ ص ٥٩ ح ١.

و أمها زينب بنت رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) كانت تحت علي بن ابي طالب عليه السلام بعد فاطمه عليها السلام فخلف عليها بعد علي عليه السلام المغيرة بن النوفل فذكر أنها وجعت وجعا شديدا حتى اعتقل لسانها، فجاءها الحسن و الحسين عليهما السلام ابنا علي عليه السلام و هي لا تستطيع الكلام: فجعلا يقولان لها و المغيرة كاره لذلك: أعتقت فلانا و أهله؟ فجعلت تشير برأسها نعم، و كذا و كذا فجعلت تشير برأسها أى نعم لا تفصح بالكلام، فأجازا ذلك لها.

و رواه الشيخ بهذا السند مثله،

و رواه بسند آخر فى الصحيح عن الحلبي (١)

«عن أبى عبد الله عليه السلام أن أباه حدثه أن أمامه.» الحديث.

و ما رواه

عبد الله بن جعفر الحميرى (٢) فى كتاب قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن عن علي جعفر عن أخيه قال:

«سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأه فجعل أهليهما يسأله أعتقت فلانا و فلانا فيومئ برأسه أو تومئ برأسها، فى بعض نعم، و فى بعض لا، و فى الصدقه مثل ذلك، أ يجوز ذلك؟ قال: نعم هو جائز.»

و ما رواه

فى الكافي بسنده عن محمد بن جمهور (٣) عن بعض أصحابنا

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال: ان فاطمه بنت أسد أم أمير المؤمنين عليه السلام كانت أول امرأه هاجرت الى رسول الله (صلى الله عليه و آله) من مكة إلى المدينة على قدميها الى أن قال: و قالت لرسول الله (صلى الله عليه و آله): انى أريد أن أعتق جاريتى هذه فقال لها: ان فعلت أعتق الله بكل عضو منها عضوا منك من النار، فلما مرضت أوصت الى رسول الله (صلى الله عليه و آله) و أمرت أن يعتق خادمها و اعتقل

ص: ٦٣٤

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٥٨ ح ٩٣٨. الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٧ الباب ٤٩ ح ٢.

٢- (٢) قرب الاسناد ص ١١٩. الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٧ الباب ٤٩ ح ٢.

٣- (٣) أصول الكافي ج ١ ص ٢٥٣ ح ٢. الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٧ الباب ٤٩ ح ٣.

لسانها، فجعلت تومئ إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله) إيماء، فقبل رسول الله (صلى الله عليه وآله) وصيتها» الحديث.

و يدل على الثاني ما رواه

الصدوق عن عبد الصمد بن محمد عن حنان بن سدير (1) عن أبيه

«عن أبي جعفر عليه السلام قال: دخلت على محمد بن الحنفية، وقد اعتقل لسانه فأمرته بالوصيه فلم يجب، قال: فأمرت بالطست فجعل فيه الرمل فوضع فقلت له: فخط بيدك قال: فخط وصيته بيده في الرمل و نسخت أنا في صحيفه». و ما رواه الشيخ عن محمد بن أحمد بن يحيى عن عبد الصمد بن محمد مثله، إنما الخلاف و الاشكال في الاكتفاء بالكتابه في الاختيار، فظاهر أكثر الأصحاب عدم الاكتفاء بذلك.

قال شيخنا الشهيد الثاني في الروضه بعد قول المصنف انه يكفي الإشاره و الكتابه مع تعذر اللفظ- ما صورته: و لا تكفيان مع الاختيار و ان شوهد كاتباً أو علم خطه أو عمل الورثه ببعضها، خلافاً للشيخ في الأخير أو قال: انه بخطي، و أنا عالم به، و هذه وصيتي فاشهدوا على بها، و نحو ذلك بل لا بد من تلفظه أو قرائته عليه و اعترافه بعد ذلك، لأن الشهاده مشروطه بالعلم، و هو منفي هنا خلافاً لابن الجنيد حيث اكتفى به مع حفظ الشاهد له عنده، ثم قال: و الأقوى بقراءه الشاهد له مع نفسه مع اعتراف الوصي بمعرفه ما فيه و أنه موصى به، و كذا القول في المقر، انتهى.

أقول: أما ما نقله عن الشيخ فإنه إشاره الى ما ذكره في النهايه حيث قال:

إذا وجدت وصيه بخط الميت، و لم يكن اشهد عليها و لا- أقر بها كان الورثه بالخيار بين العمل بها و بين ردها و إبطالها، فإن عملوا بشيء منها لزمهم العمل بجميعها، و اعترضه ابن إدريس في ذلك، فقال: و قد روى أنه إذا وجدت وصيه بخط الميت

ص: ٦٣٥

---

١- ١) الفقيه ج ٤ ص ١٤٦ ح ٥٠٥، التهذيب ج ٩ ص ٢٤١ ح ٩٣٤، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٦ ح ١.



و لم يكن أشهد عليها و لا أمر بها، فإن الورثة بالخيار بين العمل بها و بين ردها و إبطالها، فإن عملوا بشيء منها لزمهم العمل بها جميعا، على ما روى فى بعض الأخبار و أورده شيخنا أبو جعفر فى نهايته، و الذى يقتضيه أصول مذهبنا أنهم إذا أقرؤا بشيء منها و قالوا به، و قالوا: إن هذا حسب صحيح أوصى به دون ما عداه مما فى هذا المكتوب، فإنه لا يلزم العمل بجميع ما فى المكتوب إلا بما أقرؤا به دون ما عداه، و إنما هذه روايه و خير واحد أورده الشيخ إيرادا، و قد بينا أن أخبار الآحاد لا يجوز العمل بها فى الشرعيات، انتهى.

أقول و الذى وقفت عليه فى الاخبار مما يتعلق بهذه المسئله هو ما رواه

الصدوق (قدس الله روحه) عن إبراهيم بن محمد الهمداني (1) قال:

« كتبت الى أبى الحسن عليه السلام: رجل كتب كتابا بخطه و لم يقل لورثته هذه وصيتى و لم يقل انى قد أوصيت، إلا أنه كتب كتابا فيه ما أراد أن يوصى به، هل يجب على ورثته القيام بما فى الكتاب بخطه و لم يأمرهم بذلك؟ فكتب عليه السلام: ان كان له ولد، ينفذون كل شيء يجدون فى كتاب أبيهم فى وجه البر أو غيره». و رواها الشيخ فى التهذيب أيضا الا أنه قد سقط من قلمه ما بين كتاب الأول الى كتاب الثانى، و الأقرب من سقط قلمه كما وقع له أمثال ذلك مما لا يحصى فى متون الأخبار و أسانيدها، و قد قدمنا التنبيه عليه فى جملة من مواضع كتب العبادات.

و أنت خبير بأن الروايه المذكوره ظاهره فى وجوب تنفيذ ما يجدونه فى وصيته بخطه بخلاف ما ذكره الأصحاب من منع ذلك، و تخصيص الجواز بحال الضروره و عدم إمكان التلطف.

و أما ما ذكره الشيخ فى النهايه من أن الورثه بالخيار بين العمل بها إذا كانت كذلك، و بين ردها و ابطالها، و أنه مع اختيار العمل بشيء منها يلزمهم

ص: ٦٣٦

---

(١-١) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٢ ح ٩٣٦ مع اختلاف يسير، الفقيه ج ٤ ص ١٤٦ ح ٥٠٧، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٧ ح ٢.

العمل بجمعها، فلم يصل إلينا فيه خبر، ولا ورد به أثر، فقول ابن إدريس «و قد روى أنه إذا وجدت وصيه» إلى آخر كلامه الظاهر أنه من قبيل ما قدمنا ذكره في غير موضع، من أن الشيخ لما كانت عادته غالباً الإفتاء في كتاب النهايه بمتون الأخبار، توهم ابن إدريس أن هذه الفتوى من الشيخ مستنده إلى خير وصل إليه بذلك، فنازعه فيه بناء على ذلك، واحتمال وصول خبر إلى الشيخ بذلك مع عدم وصوله لنا و ان أمكن، إلا أنه بعيد، سيما بعد ما عرفت من النظائر التي قدمنا ذكرها من إفتاء الشيخ في الكتاب المذكور، و اعتراض ابن إدريس عليه بأنه خبر واحد، مع أنه لم يرد في تلك الفتوى خبر بالكلية، وكيف كان فحيث قد عرفت أن هذه الفتوى من الشيخ لما لم يرد لها مستند من الأخبار فلا تعويل عليها.

و انما يبقى الكلام في خبر الهمداني المذكور، و ما دل عليه من وجوب العمل بالوصيه المكتوبه بخطه، و ان لم تخبر ورثته بها بالكلية، فإن ظاهر الأصحاب (رضوان الله عليهم) كما عرفت عدم العمل بهذه الوصيه، و الظاهر أنهم لم يقفوا على الخبر المذكور، و إلا- لأجابوا عنه، وورد الخبر من غير معارض شرعى و لا- دليل مرعى غير مسموع، و ظاهر صاحب الفقيه العمل به، و القول بما دل عليه، و سند الخبر المذكور في الفقيه صحيح أو حسن، لأن طريقه إلى إبراهيم المذكور حسن، أو صحيح بإبراهيم بن هاشم، و أما إبراهيم بن محمد الهمداني المذكور فهو و ان لم يكن حديثه في الصحيح فلا أقل ان يكون في الحسن، لما ذكره علماء الرجال فيه، من أنه كان و كيل الناحيه، و كان حج أربعين سنه، و عن الكشي توثيقه في ترجمه أحمد بن إسحاق، و روى توكيله و جلاله قدره في بعض التوقيعات.

و بالجمله فإن الخبر المذكور حسن السند، و واضح المتن، لا تطرق للطعن فيه بوجه من الوجوه و لا معارض له كما عرفت إلا مجرد كلامهم، فالعمل به متعين، و الله العالم.

يشمل على جملة من أخبار نوادر الأحكام.

روى المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) عن علي بن يقطين (١) قال:

« سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى الى امرأه، وأشرك في الوصية معها صبيا؟ فقال: يجوز ذلك، وتمضى المرأة الوصية ولا تنتظر بلوغ الصبي فإذا بلغ الصبي فليس له أن لا يرضى إلا ما كان من تبديل أو تغيير، فإن له أن يرده الى ما أوصى به الميت». وهو صريح في جواز الوصية إلى المرأة.

و روى في التهذيب و الفقيه عن السكوني (٢)

«عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آباءه عليهم السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: المرأة لا يوصى إليها، لأن الله تعالى قال وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ. وهذا الخبر حمله في التهذيبيين على الكراهة أو التقيح، قال: لأنه مذهب كثير من العامة قال: وإنما قلنا بذلك لإجماع علماء الطائفة على الفتوى بالخبر الأول، وأشار به الى خبر علي بن يقطين المذكور، و قال في الفقيه بعد أن عنون الباب بكراهة الوصية إلى المرأة تم أورد

خبر السكوني قال: و في خبر آخر (٣)

«سئل أبو جعفر عليه السلام عن قول الله عز و جل (٤) وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ قال: لا تؤتوها شارب الخمر و لا النساء، ثم قال:

و أى سفه أسفه من شارب الخمر». ثم قال: فى الفقيه و إنما يعنى كراهة اختيار المرأة للوصية، فمن أوصى إليها لزمها القيام بالوصية على ما تؤمر به و يوصى إليها ان شاء الله تعالى، انتهى.

ص: ٦٣٨

١- ١) الكافي ج ٧ ص ٤٦ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ١٨٤ ح ٧٤٣، الفقيه ج ٤ ص ١٥٥ ح ٥٣٨. الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٩ ح ٢.

٢- ٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٥ ح ٩٥٣، الفقيه ج ٤ ص ١٦٨ ح ٥٨٥. الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٢ ح ١.

٣- ٣) الفقيه ج ٤ ص ١٦٨ ح ٥٨٦. الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٢ ح ٢.

٤- ٤) سورة النساء- الآية ٤.

أقول: والأقرب الحمل على التقيه التي هي أحد القواعد المنصوصه فى الجمع بين الأخبار، دون الكراهه، وان كانت هى المعمول عليها بينهم و بلغ فى الاشتهار غايته.

و روى ثقه الإسلام عن أبى بصير (1) فى الموتق عن ابى عبد الله عليه السلام قال:

أعتق أبو جعفر عليه السلام من غلمانة عند موته شرارهم، و أمسك خيارهم، فقلت له: أبه تعتق هؤلاء، و تمسك هؤلاء فقال: انهم قد أصابوا منى ضربا فيكون هذا بهذا.

و رواه الشيخ و الصدوق مثله.

أقول: فيه دلالة على استحباب عتق من ضربه السيد، و ان كان هو استحقاق.

و روى المشايخ الثلاثة عن عمر بن يزيد (2)

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

مرض على بن الحسين عليه السلام ثلاث مرضات، فى كل مرض يوصى بوصيه، فإذا أفاق أمضى وصيته».

أقول: يفهم من هذا الخبر استحباب إمضاء الوصيه بعد البرء من ذلك المرض الذى أوصى فيه.

و عن أحمد بن حمزه (3) قال:

«قلت له: ان فى بلدنا ربما أوصى بالمال لآل محمد عليهم السلام، فيأتونى به فأكره أن أحمله إليك حتى أستأمرك، فقال:

لا تأتنى به و لا تعرض له».

أقول: الظاهر أنه محمول على التقيه، لأن الظاهر أن المسئول هو الكاظم عليه السلام و كانت التقيه فى وقته شديده، و أحمد بن حمزه فى زمانه عليه السلام كان من الوكلاء.

ص: ٦٣٩

١- (١) الكافى ج ٧ ص ٥٥ ح ١٣ التهذيب ج ٩ ص ٢٤٦ ح ٩٥٦، الفقيه ج ٤ ص ١٧١ ح ٦٠٠، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٢ الباب ٨٤.

٢- (٢) الكافى ج ٧ ص ٥٦ ح ١٤ التهذيب ج ٩ ص ٢٤٦ ح ٩٥٥، الفقيه ج ٤ ص ١٧٢ ح ٦٠١، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٢ الباب ٨٥.

٣- (٣) الكافى ج ٧ ص ٥٨ ح ٣ التهذيب ج ٩ ص ٢٣٣ ح ٩١١، الفقيه ج ٤ ص ١٧٤ ح ٦١١، الوسائل ج ١٣ ص ٤٨٠ ح ١.

و عن حماد بن عثمان (١) في الصحيح أو الحسن

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

أوصى رجل بثلاثين ديناراً لولد فاطمه عليها السلام قال: فأتى بها الرجل أبا عبد الله عليه السلام فقال له أبو عبد الله عليه السلام ادفعها الى فلان، شيخ من ولد فاطمه عليها السلام، وكان معيلاً مقلاً، فقال له الرجل: إنما أوصى بها الرجل لولد فاطمه عليها السلام فقال له أبو عبد الله عليه السلام:

انها لا تقع من ولد فاطمه عليها السلام وهي تقع من هذا الرجل وله عيال».

أقول: الظاهر أنه لما علم عليه السلام أن هذا الموصى به لا يسع ولد فاطمه عليها السلام جميعاً لكثرتهم، أو لا يمكن إيصاله إليهم لتفرقتهم، وإنما يمكن إعطاؤه لبعض منهم خص هذا الشيخ المعيل به، حيث انها يقع منه و ينتفع بها.

و روى في الكافي قال:

و كتب إبراهيم بن محمد الهمداني (٢) إليه عليه السلام ميت.

و روى في التهذيب عن إبراهيم بن محمد الهمداني قال: كتبت اليه ميت، و رواه الشيخ بسند آخر عن أحمد بن هلال قال:

«كتبت الى أبي الحسن عليه السلام ميت أوصى بأن يجرى على رجل ما بقى من ثلثه، و لم يأمر بإنفاذ ثلثه هل للموصى أن يوقف ثلث الميت بسبب الاجراء فكتب عليه السلام: ينفذ ثلثه و لا يوقف».

أقول: الظاهر أن معنى الخبر المذكور أنه أوصى أن ينفق على رجل من ثلثه ما بقى ذلك الرجل، فلو مات الرجل قبل نفاذ الثلث يرجع الباقي الى ورثته الموصى و لم يأمر بإنفاذ الثلث، أى لم يوص اليه بالثلث كملاً على وجه ينحصر استحقاقه فيه و فى ورثته من بعده، فهل للموصى أن يقطع الاجراء عليه و يجعله موقوفاً؟ حيث انه لم يوص له بالثلث كملاً و لم يستحقه كملاً بالوصيه، فكتب عليه السلام:

ليس له أن يوقفه، بل يجب أن يجرى عليه النفقه من الثلث ما دام الرجل موجوداً و الثلث باقياً كما هو مقتضى الوصيه.

ص: ٦٤٠

١- (١) الكافي ج ٧ ص ٥٨ ح ٢، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٣ ح ٩١٢. الوسائل ج ١٣ ص ٤٨٠ ح ٢.

٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ٣٦ ح ٣٢، التهذيب ج ٩ ص ١٤٤ ح ٥٩٩ و ص ١٩٧ ح ٧٨٧، الفقيه ج ٤ ص ١٧٧ ح ٥٢٥. الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٠ الباب ٧.

و أما ما توهمه بعض متأخري المتأخرين (١) من مشايخنا (رضوان الله عليهم) من احتمال حمل يوقف على أنه يجعل الثلث وقفا و يجرى عليه من حاصل الوقف، فهو بعيد سحيق بل غريب من مثله (قدس سره).

و روى الشيخ فى التهذيب عن صفوان بن يحيى (٢)

«عن أبى الحسن عليه السلام قال: سألته عن الرجل يوقف ثلث الميت بسبب الاجراء؟ فكتب: ينفذ ثلثه و لا يوقف».

أقول: إجمال هذا محمول على التفصيل الذى تقدم فى سابقه، و حاصل السؤال أنه هل للوصى إذا أوصى الميت بإجراء ثلثه و صرفه فى مصرف مخصوص أن يجعله موقوفا و لا- يجرىه فى ذلك المجرى، فممنوع عليه السلام من ذلك و أوجب إنفاذه فيما أوصى به الموصى.

و روى فى الكافى و التهذيب عن الحسين بن إبراهيم بن محمد الهمداني (٣) قال: كتب محمد بن يحيى و روى فى الفقيه عن الحسين بن إبراهيم قال:

«كتب مع محمد بن يحيى هل للوصى أن يشتري شيئا من مال الميت إذا بيع فيمن زاد و يزيد؟ و يأخذ لنفسه؟ فقال: يجوز إذا اشترى صحيحا.

أقول: المشهور بين الأصحاب هو الجواز فى هذه الصورة، و نقل عن الشيخ القول بالمنع استنادا الى أن الواحد لا يكون موجبا و قابلا فى عقد واحد، لأن الأصل فى العقد أن يكون بين اثنين إلا ما أخرجه دليل و هو الأب و الجد، و ورد بأن مرجعه الى منع توليه طرفى العقد و هو ممنوع، إذ لم يقم عليه دليل مع أصالة الجواز، و وجود النظر فى الأب و الجد كما اعترف به، و لا دليل على

ص: ٦٤١

١- ١) هو شيخنا محمد تقى والد محمد باقر المجلسى (رحمه الله).

٢- ٢) التهذيب ج ٩ ص ١٤٤ ح ٦٠٠. الوسائل ج ١٣ ص ٣٣١ ح ٢.

٣- ٣) الكافى ج ٧ ص ٥٩ ح ١٠، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٣ ح ٩١٣. الفقيه ج ٤ ص ١٦٢ ح ٥٦٦. الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٥ الباب ٨٩.

اختصاصهما بذلك، وهذه الرواية كما ترى ظاهره في الجواز، وجملة من الأصحاب قد ذكروها، لكن لم يجعلوها دليلاً لضعف رجالها وجهالة المكتوب اليه، وإنما جعلوها شاهداً ومؤيداً، وقد تقدم الكلام في المسئلة في غير موضع وبينا أنه لم يقدّم دليل على المنع من توليه الواحد طرفي العقد إلا في النكاح كما دلت عليه موثقه عمار (١).

و روى المشايخ الثلاثة (تعمدهم الله تعالى برحمته) عن سعد بن إسماعيل عن أبيه (٢) قال:

«سألت الرضا عليه السلام عن وصي أيتام تدرك أيتامه فيعرض عليهم أن يأخذوا الذي لهم فيأبون عليه، كيف يصنع؟ قال: يردّه عليهم و يكرههم».

و هو دال على وجوب القبض عليهم، وكذا كل من له مال حال دفعه من غريمه فإنه يجب عليه قبضه.

و روى في الكافي عن محمد بن عيسى (٣) في الصحيح عن رواه

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال: في رجل مات و أوصى الى رجل و له ابن صغير فأدرك الغلام و ذهب الى الوصى فقال: رد على مالى لأتزوج فأبى عليه فذهب حتى زنى قال:

يلزم ثلثي إثم زنا هذا الرجل ذلك الوصى الذى منعه المال و لم يعطه، فكان يتزوج».

أقول: لعل التمثيل بالثلثين كناية عن بيان القسط الذى يلزم بسبب المنع، و أنه المعظم من الإثم و الأكثر منه.

و روى في الكافي و التهذيب عن جعفر بن عيسى (٤) قال:

«كتبت الى أبى

ص: ٦٤٢

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٨ ح ٥. الوسائل ج ١٤ ص ٢١٧ ح ٤.

٢-٢) الكافي ج ٧ ص ٦٨ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ٢٤٥ ح ٩٥١، الفقيه ج ٤ ص ١٦٥ ح ١. الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٦ الباب ٤٧.

٣-٣) الكافي ج ٧ ص ٦٩ ح ٩. الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٥ ح ١.

٤-٤) الكافي ج ٧ ص ٥٩ ح ٩، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٣ ح ٩١٤. الوسائل ج ١٣ ص ٤٨٠ ح ١.

الحسن عليه السلام أسأله في رجل أوصى ببعض ثلثه من بعد موته من غله ضيعه له الى وصيه، يضعه في مواضع سماها له معلومه في كل سنه، و الباقي من الثلث يعمل فيه ما شاء و رأى الوصى، فأنفذ الوصى ما أوصى به اليه من المسمى المعلوم، و قال في الباقي: قد صيرت لفلان كذا، و لفلان كذا في كل سنه، و في الحج كذا، و في الصدقه كذا في كل سنه، ثم بدا له في ذلك فقال: قد شئت الأول و رأيت خلاف مشيتي الأولى و رأيت، إله أن يرجع فيها و يصير ما صيرهم لغيرهم و ينقصهم، أو يدخل معهم غيرهم، ان أراد ذلك، فكتب: ذلك له أن يفعل ما شاء إلا أن يكون كتب على نفسه كتابا.

أقول: لعل المراد من الاستثناء هو أن يكون قد كتب كتابا على نفسه لمن عين له شيئا من تلك الوصايا، بحيث انه يلزم عند القضاء لو رفع الأمر إليهم، و ان كان يجوز له الرجوع بالنظر الى الواقع و فيما بينه و بين الله تعالى.

و يحتمل على بعد أن يكون قد ملكهم ذلك بوجه شرعى على وجه لا يجوز له الرجوع، و كتب لهم كتابا بذلك، أو يكون كتابه الكتاب كناية عن التملك.

و روى في التهذيب عن علي بن سالم (١) قال:

«سألت أبا الحسن موسى عليه السلام فقلت: ان أبى أوصى بثلاث وصايا فأيهن آخذ؟ فقال: خذ بأخرهن، قال:

قلت: فإنها أقل، قال: فقال: و ان قل.»

أقول الظاهر ان هذه الوصايا الثلاث على البدل، و الرجوع عن المتقدم منها إلى المتأخر، فلذا أمره بالأخذ بالوصيه الأخيره، لأنها ناسخه لما تقدمها، و قد استفاضت الأخبار، بأن له العدول ما دام حيا بالتقديم و التأخير، و الزيادة و النقصان، و نحو ذلك.

و منها ما رواه

في الفقيه عن محمد بن عيسى بن عبيد (٢) قال:

«كتبت الى

ص: ٤٤٣

١- ١) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٣ ح ٩٤٢. الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٧ ح ٧.

٢- ٢) الفقيه ج ٤ ص ١٧٣ ح ٨. الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٧ ح ٦.



على بن محمد عليهما السلام رجل أوصى لك بشيء معلوم من ماله و أوصى لأقربائه من قبيل أبيه و أمه، ثم أنه غير الوصيه، فحرم من أعطى، و أعطى من حرم، أ يجوز ذلك؟ فكتب عليه السلام: هو بالخيار فى جميع ذلك الى أن يأتية الموت».

و روى فى الكافى عن سعيد بن يسار (١)

«عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل دفع الى رجل مالا و قال: إنما أدفعه إليك ليكون ذخرًا لابنتى فلانه و فلانه، ثم بدا للشيخ بعد ما دفع المال أن يأخذ منه خمسة و عشرين و مائه دينار فاشتري بها جاريه لابن ابنه، ثم ان الشيخ هلك فوقع بين الجاريتين و بين الغلام أو إحداهما فقالتا له: ويحك و الله انك لتنكح جاريتك حراما، انما اشتراها أبونا لك من مالنا الذى دفعه الى فلان فاشتري لك منه هذه الجاريه، فأنت تنكحها حراما لا تحل لك، فأمسك الفتى عن الجاريه فما ترى فى ذلك؟ قال: أ ليس الرجل الذى دفع المال أبا الجاريتين، و هو جد الغلام و هو اشترى له الجاريه؟ قلت بلى فقال: قل له فليأت جاريته إذا كان الجد هو الذى أعطاه و هو الذى أخذه». أقول:

الوجه فى هذا الخبر ما تقدم فى سابقه.

و روى فى الكافى عن عمار بن مروان (٢) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ان أبى حضره الموت فقيل له: أوص فقال: هذا ابنى يعنى عمر فما صنع فهو جائز، فقال أبو عبد الله عليه السلام: فقد أوصى أبوك و أوجز قلت: فإنه أمر لك بكذا و كذا فقال أجره، قلت؟ و أوصى بنسمة مؤمنه عارفه فلما أعتقناه بان لنا أنه لغير رشده، فقال: قد أجزأت عنه، انما مثل ذلك مثل رجل اشترى أضحية على أنها سمينه فوجدها مهزوله فقد أجزأت عنه».

أقول: فيه إشاره إلى كفر ابن الزنا كما هو أحد القولين، و قد تقدم تحقيق القول فيه فى كتاب الطهاره، و فيه دلالة على حصول الوصيه بالحواله إلى اختيار الوصى

ص: ٦٤٤

١- ١) الكافى ج ٧ ص ٦٦ ح ٣١، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٨ ح ٩٢٦. الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٦ ح ٥.

٢- ٢) الكافى ج ٧ ص ٦٢ ح ١٧، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٦ ح ٩٢٠. الوسائل ج ١٣ ص ٤٨١ ح ٢.

و روى الشيخ فى التهذيب عن عنبسه العابد (١) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

أوصنى فقال: أعد جهازك و قدم زادك و كن وصى نفسك و لا تقل لغيرك يبعث إليك بما يصلحك».

و روى المشايخ الثلاثة عن السكونى (٢)

«عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال:

أول شىء يبدأ به من المال الكفن، ثم الدين ثم الوصيه ثم الميراث».

و رواه فى التهذيب بسند آخر عن إسماعيل بن أبى زياد (٣)

«عن جعفر عن أبيه عليهما السلام قال: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله): أول ما يبدأ به من المال الكفن» الحديث.

و روى المشايخ الثلاثة عن محمد بن قيس (٤) فى الصحيح

«عن أبى جعفر عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين: إن الدين قبل الوصيه ثم الوصيه على أثر الدين ثم الميراث بعد الوصيه، فإن أول القضاء كتاب الله».

أقول: لا خلاف بين الأصحاب فى تقديم الكفن على ما بعده كما دلت عليه جملة من الأخبار، و إنما الإشكال فى شموله للواجب و المستحب، أو التخصيص بالأول، و لم أقف لأحد من الأصحاب على كلام فى ذلك، و الظاهر التخصيص بالواجب أخذاً بالمتيقن فيما خالف الأصل، و أما تقديم الدين على الوصيه فهو ظاهر لتعلق الدين بدمه الميت، و لهذا وجب خروجه من الأصل بخلاف الوصيه و أما تقديم الجميع على الميراث فلما تكاثرت فى الآيات من قوله عز و جل (٥)

ص: ٦٤٥

١-١) الكافى ج ٧ ص ٦٥ ح ٢٩، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٧ ح ٩٢٤. الوسائل ج ١٣ ص ٤٨٣ الباب ٩٨.

٢-٢) الكافى ج ٧ ص ٢٣ ح ٣، التهذيب ج ٩ ص ١٧١ ح ٦٩٨، الفقيه ج ٤ ص ١٤٣ ح ٤٨٨. الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٦ ح ١.

٣-٣) التهذيب ج ٦ ص ١٨٨ ح ٣٩٨. الوسائل ج ١٣ ص ٩٨ ح ٢.

٤-٤) الكافى ج ٧ ص ٢٣ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ١٦٥ ح ٦٧٥، الفقيه ج ٤ ص ١٤٣ ح ٤٨٩. الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٦ ح ٢.

٥-٥) سورة النساء-الايه ١٢.

«مَنْ بَعْدَ وَصِيَّتِهِ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ» .

و روى فى الكافى و التهذيب عن سعد بن إسماعيل (١) عن أبيه قال:

«سألت الرضا عليه السلام عن رجل حضره الموت فأوصى الى ابنه و أخوين شهد الابن وصيته، و غاب الأخوان، فلما كان بعد أيام أبا أن يقبل الوصيه مخافه أن يتوثب عليهما ابنه و لم يقدر أن يعمل بما ينبغي، فضمن لهما ابن عم لهما و هو مطاع فيهم أن يكفيهما ابنه، و قد خلا بهذا الشرط فلم يكفهما ابنه و قد اشترط عليه ابنه، و قال: نحن نبرأ من الوصيه و نحن فى حل من ترك جميع الأشياء و الخروج منه، أ يستقيم أن يخليا عما فى أيديهما و يخرجنا منه؟ قال: هو لازم لك، فارق على أى الوجوه كان، فإنك مأجور لعل ذلك يحل بابنه».

قال المحدث الكاشانى فى الوافى: لما استفرس عليه السلام أن السائل هو أحد الأخوين خاطبه باللزوم و الرفق، و لعل المراد بالمشار اليه بذلك الموت لما ثبت ان مثل هذه المناقشات الماليه مما تعجل الأجل، أو المراد به ان رفق يعنى لعله بسبب رفقك به يصير رفيقا منقادا، انتهى و هو جيد، و فيه إشارة الى ما تقدم مما اخترناه فى المسئلة الرابعه من المقصد السادس فى الوصايه من وجوب القيام بالوصيه على من جعل وصيه فى حال غيبته، و مات الموصى و ان لم يقبل بعد بلوغ الخبر له، و على ذلك دلت جملة من الأخبار المتقدمه ثمه، و لهذا أنه عليه السلام ألزم السائل لما عرف أنه أحد الوصيين بالقيام بالوصيه حسب الإمكان، و أمر بالرفق مع الابن و لم يرخص له فى الخروج و الترك بالكليه، و فيه رد على من خالف فى المسئلة ممن قدمنا ذكره ثمه.

و روى فى التهذيب عن صفوان (٢) قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل كان لرجل عليه مال فهلك، و له وصيان، فهل يجوز أن يدفع الى أحد الوصيين

ص: ٦٤٦

١- ١) الكافى ج ٧ ص ٦٠ ح ١٤، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٤ ح ٩١٦.

٢- ٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٣ ح ٩٤١. و هما فى الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٩ ح ٦ و ص ٤٤٠ ح ٢.

دون صاحبه؟ قال: لا يستقيم إلا أن يكون السلطان قد قسم المال فوضع على يد هذا النصف، وعلى يد هذا النصف، أو يجتمعان بأمر السلطان.

أقول: لا- يخفى ما فى هذا الخبر من الغموض، قال فى الوافى لعل المراد «إلا أن يكون السلطان أمر بوضع هذا المال عند أحد الوصيين بمقاسمته بينهما أو يجتمع أحد الوصيين مع المدين بأمره»، انتهى.

و لا يخفى ما فيه من الضعف، و ظاهر كلامه أن المراد بالمال الذى قسمه السلطان هو مال المدين، و المتبادر من الخبر انما هو مال التركة، و على كل منهما فإنه لا- يحصل الدفع الى أحد الوصيين كما يقتضيه الاستثناء، و بالجمله فإنه لا يظهر لى منه معنى، يمكن الاعتماد عليه.

و الشيخ فى الاستبصار حمله على السلطان العادل دون الجائر، إلا للتقيه، و هو أمر خارج عن محل الإشكال، فإنه نظر أن مقتضى حكم المسئلة كما تقدم هو عدم جواز انفرد الوصيين متى شرط الاجتماع أو أطلق، فتجوز المقاسمه و الانفرد هنا انما رخصه، ان حمل السلطان على السلطان العادل، و ان حمل على الجائر و جب الحمل على التقيه، لما عرفت من أن الحكم عدم جواز الانفرد و المقاسمه، و هذا أمر آخر غير ما ذكرنا أولاً.

و روى المشايخ الثلاثة (قدس الله أرواحهم عن البنظى (1) بإسناد له

«أنه سئل عن رجل يموت و يترك عيالا و عليه دين، أ ينفق عليهم من ماله؟ قال:

ان استيقن ان الذى عليه، يحيط بجميع التركة فلا ينفق عليهم، و ان لم يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال».

و رواه فى الكافى و التهذيب بسند آخر عن عبد الرحمن بن الحجاج (2) عن أبى الحسن عليه السلام مثله، إلا أنه قال

«ان كان يستيقن أن الذى تركه يحيط

ص: ٦٤٧

١- ١) الكافى ج ٧ ص ٤٣ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ١٦٤ ح ٦٧٢، الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٧ ح ١.

٢- ٢) الكافى ج ٧ ص ٤٣ ح ٢، التهذيب ج ٩ ص ١٦٥ ح ٦٧٣، الفقيه ج ٤ ص ١٧١ ح ٥٩٩، الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٨ ح ٢.

بجميع دينه فلا ينفق عليهم، و ان لم يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال».

قال فى الكافى: و كأنه سهو من بعض الرواه.

و روى فى الكافى و التهذيب عن على بن أبى حمزه (١).

«عن أبى الحسن عليه السلام قال: قلت له: ان رجلا من مواليك مات و ترك ولدا صغارا و ترك شيئا و عليه دين و ليس يعلم به الغرماء، فان قضاه بقى ولده ليس لهم شىء، فقال أنفقه على ولده».

و الشيخ فى التهذيب طعن فيه بقطع الاسناد حيث ان المروى عن على بن أبى حمزه بعض أصحابنا، و طعن فيه بمخالفه القرآن، و احتمال بعض مشايخنا المحدثين حملة على أنه عليه السلام كان عالما بأنه لا حق لأرباب الديون فى تلك الواقعة أو أنهم كانوا نواصب، فأذن فى التصرف فى أموالهم، أو على أنهم كانوا بمعرض الضياع و التلف، فيلزم الإنفاق عليهم من أى مال تيسر.

أقول: و كيف كان فان الخبر على ظاهره غير معمول عليه، لما تقدم من أن الدين متقدم على الإرث، فلا بد فى تصحيح ما دل عليه من التأويل بأحد الوجوه المذكوره و نحوها، كأن يكون الأخذ قرضا من حيث الضروره أو ضمان الوصى ذلك، أو نحو ذلك.

و روى المشايخ الثلاثة فى الصحيح أو الحسن عن معاوية بن عمار (٢) قال:

«أوصت الى امرأه من أهلى بثلث مالها، و أمرت أن يعتق و يحج و يتصدق فلم يبلغ ذلك، فسألت أبا حنيفه عنها فقال: يجعل أثلاثا، ثلثا فى العتق، و ثلثا فى الحج، و ثلثا فى الصدقه، فدخلت على أبى عبد الله عليه السلام فقلت له ان امرأه من أهلى ماتت و أوصت الى بثلث مالها، و أمرت أن يعتق عنها و يتصدق و يحج عنها. فنظرت فيه فلم يبلغ، فقال: ابدأ بالحج فإنه فريضه من فرائض الله

ص: ٦٤٨

- 
- ١- (١) الكافى ج ٧ ص ٤٣ ح ٣، التهذيب ج ٩ ص ١٦٥ ح ٦٧٤، الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٨ ح ٣.  
٢- (٢) الكافى ج ٧ ص ١٩ ح ١٤، التهذيب ج ٩ ص ٢٢١ ح ٨٦٩، الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٥ ح ١.

تعالى، و تجعل ما بقى طائفه فى العتق و طائفه فى الصدقه، فأخبرت أبا حنيفه بقول أبى عبد الله عليه السلام، فرجع عن قوله و قال: بقول أبى عبد الله عليه السلام. و بهذا المضمون أخبار آخر.

أقول: حكمه عليه بتقديم الحج لكونه فريضه، إما لعلمه عليه بكونها لم تحج حجه الإسلام، أو لفهم ذلك بقريته المقام، و إلا فالسؤال بحسب الظاهر مجمل، و ظاهره أنه لو كان الحج مستحباً كان الحكم فى ذلك ما ذكره أبو حنيفه من القسمة أثلاثاً.

بقى فى الحديث اشكال من وجه آخر، و هو أن السائل أخبر بأن الثلث الموصى به لا- يقوم بالحج و الصدقه و العتق، بل متى صرف فى واحد أو اثنين لزم الإخلال بالباقي فكيف عليه السلام يأمره بالبدأ بالحج، ثم بعد ذلك يجعل ما بقى طائفه فى العتق و طائفه فى الصدقه، فإنه ظاهر فى أن الثلث يقوم بالجميع، اللهم إلا أن يراد انه ان بقى شىء يقوم بهذين الآخرين صرف فيهما، أو بواحد منهما صرف فيه، و إلا فلا.

و بالجملة فإن النقص انما يدخل فيما عدا الحج خاصة، و يحتمل أن يكون المراد أن ما بقى يصرف فيهما فيشتري نسمة للعتق بما يناسب الباقي من القله و الصدقه يكفى فيها المسمى.

و روى الشيخ فى التهذيب عن محمد بن الحسن (١) أنه

«قال لأبى جعفر عليه السلام:

جعلت فداك قد اضطر الى مسئلتك فقال: هات فقلت: ان سعد بن سعد أوصى حجوا عنى مبهما و لم يسم شيئاً و لا ندرى كيف ذلك؟ فقال يحج عنه ما دام له مال».

أقول: المراد بالمال الثلث، فإنه هو الذى له بعد موته.

و يفسره ما رواه

فى التهذيب عن محمد بن الحسن بن أبى خالد (٢) قال:

»

ص: ٦٤٩

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ٢٢٦ ح ٨٨٨ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ٨ ص ١٢٠ ح ١.

٢- (٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٢٦ ح ٨٨٩، الوسائل ج ٨ ص ١٢٠ ح ٢.

سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أوصى أن يحج عنه مبهما فقال: يحج عنه ما بقي من ثلثه شيء.

و روى المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن إبراهيم بن مهزيار (١) قال:

«كتبت اليه عليه السلام أن مولاك على بن مهزيار أوصى أن يحج عنه من ضيعه صير ربعها الى حجه فى كل سنه الى عشرين ديناراً، وأنه قد انقطع طريق البصره فتضاعف المؤنه على الناس و ليس يكتفون بالعشرين ديناراً، وكذا أوصى عده من مواليك فى حجهم فكتب: يجعل ثلاث حجج حجتي ان شاء الله.»

قال إبراهيم:

و كتب اليه على بن محمد الحضيني: أن ابن عمى أوصى ان يحج عنه حجه بخمسه عشر ديناراً فى كل سنه فليس يكفى فما تأمرنى فى ذلك؟ فكتب عليه السلام: يجعل حجتي حجه فان الله عالم بذلك.

أقول: يعنى ان الله عالم بالعدر المذكور، فإن الإخلال بما أوصى ليس على سبيل الاختيار، وهو مؤيد لما اشتهر من حديث «إذا أمرتم بأمر فأتوا منه ما استطعتم» و ينبغى أن يحمل هذا الخبر و ما تضمنه من السؤالين المذكورين على كون الوصيه بالحج من البلد كما ينبى ظاهر السؤال الأول، و إلا فلو كانت مطلقه فإن الظاهر ان حج عنه من أى مكان اتفق، و لو من الميقات.

كما يدل عليه ما رواه

الشيخ فى التهذيب فى الموثق عن ابن بكير (٢)

«عن ابى عبد الله عليه السلام أنه سئل عن رجل أوصى بمال فى الحج فكان لا يبلغ ما يحج به من بلاده قال: فيعطى فى الموضع الذى يبلغ أن يحج به منه.»

و عن ابن مسكان عن ابى سعيد (٣)

«عمن سأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بعشرين درهما فى حجه قال: يحج بها عنه رجل من حيث يبلغه.» و نحوهما غيرهما من الأخبار.

ص: ٦٥٠

١-١) الكافى ج ٤ ص ٣١٠ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٦ ح ٨٩٠، الفقيه ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٢. الوسائل ج ٨ ص ١١٩ ح ١.

٢-٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٢٧ ح ٨٩٢. الوسائل ج ٨ ص ١١٧ ح ٢.

٣-٣) التهذيب ج ٩ ص ٢٢٩ ح ٨٩٧. الوسائل ج ٨ ص ١١٨ ح ٥.

و روى فى الكافى عن على بن فرقد (١) صاحب السابرى قال:

«أوصى الى رجل بتركته و أمرنى أن أحج بها عنه فنظرت فى ذلك فإذا شىء يسير لا يكفى للحج، فسألت أبا حنيفه و فقهاء أهل الكوفه فقالوا: تصدق بها عنه، فلما حججت لقيت عبد الله بن الحسن فى الطواف، فسألته و قلت له: ان رجلا من موالىكم من أهل الكوفه مات و أوصى بتركته الى، و أمرنى أن أحج بها عنه، فنظرت فى ذلك فلم يكف للحج فسألت من قبلنا من الفقهاء فقالوا: تصدق بها، فتصدقت بها، فما تقول؟ فقال لى: هذا جعفر بن محمد فى الحجر فأتته و أسأله، قال: فدخلت فى الحجر فإذا أبو عبد الله عليه السلام تحت الميزاب، مقبل بوجهه على البيت يدعو، ثم التفت الى فرأنى فقال: ما حاجتك؟ قلت: جعلت فداك انى رجل من أهل الكوفه من موالىكم قال: فدع ذا عنك، حاجتك؟ قلت: رجل مات و أوصى بتركته ان أحج بها عنه، فنظرت فى ذلك فلم يكف للحج، فسألت من عندنا من الفقهاء قالوا: تصدق بها، فقال: ما صنعت؟ قلت: تصدقت بها فقال: ضمنت إلا أن يكون لا يبلغ أن يحج به من مكه، فإن كان لا يبلغ ان يحج به من مكه فليس عليك ضمان، و ان كان يبلغ به من مكه فأنت ضامن.

أقول: يستفاد من هذا الخبر فوائد: منها ضمان الوصى مع التبدیل و العمل بخلاف الوصيه إذا كانت الوصيه على وجه المشروع، و هو مما لا اشكال فيه، و منها أنه مع تعذر العمل بالوصيه و صرفها فيما أوصى به الموصى، يصرف الموصى به فى وجوه البر كما هو المشهور، و لا تبطل الوصيه كما هو القول الآخر.

و قد تقدم الكلام فى ذلك فى التتميم الذى ذكر فى الوصايا المبهمه من المقصد الثالث فى الموصى به فى تقدم نقل مضمون هذه الروايه دليلا على ذلك، و منها ما تقدمت الإشارة إليه قريبا، من أنه متى أوصى بوجه للحج، و لم يقيد

ص: ٦٥١

---

١-١) الكافى ج ٧ ص ٢١ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٨ ح ٨٩٦ و فيه على بن مزيد الفقيه ج ٤ ص ١٥٤ ح ٥٣٤، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٣ الباب ٨٧.



بالبلد و لا غيرها، فإنه يجب الحج بما أوصى به من أقرب الأماكن التي يمكن الحج و لو من مكة، كما تضمنه الخبر فإنها أحد المواقيت في الجملة.

بقي الكلام هنا في شيء آخر، وهو أن السائل قال: انه أمرني أن أحج بها، والظاهر أن لفظ أحج من الرباعي من أحج غيره، إذا أعطاه ما يحج به، لا من الثلاثي المجرد بأن يكون الموصى هو الذي يحج بنفسه، و أن الميت أوصى اليه بذلك، و صدر الخبر و ان كان محتملا- لكل من الأمرين، إلا- أن حكمه في الجواب لما سأله السائل عن ذلك، بأنه ان بلغ المال لأن يحج به من مكة فأنت ضامن، انما يتجه على تقدير كونه مأمورا بأن يستأجر من يحج عنه، بناء على كون أحج من الرباعي، و إلا فلو كان الوصى هو المأمور بالحج بنفسه بناء على كون اللفظ من الثلاثي المجرد، و الرجل من أهل الكوفة، فكيف يوجب عليه الامام عليه السلام أن يتحمل مؤنه النفقه إلى مكة من ماله حتى إذا وصل مكة حج عنه بذلك الوجه الموصى به، و هذا بحمد الله سبحانه ظاهر لا ستره عليه.

و روى الشيخ في التهذيب عن أبي حمزه الثمالي (1) قال:

«قال: ان رجلا- حضرته الوفاة فأوصى الى ولده: غلامى يسار هو ابني فورثوه مثل ميراث أحدكم، و غلامى يسار فأعتقوه، فهو حر، فذهبوا يسألونه أيما يعتق و أيما يرث، فاعتقل لسانه، قال: فسألوا الناس فلم يكن عند أحد جواب، حتى أتوا أبا عبد الله عليه السلام فعرضوا المسئلة عليه قال: فقال: معكم أحد من نسائك؟ قال: فقالوا: نعم معنا أربع أخوات لنا، و نحن أربع إخوة، قال: فاسألوهن أى الغلامين كان يدخل عليهن فيقول أبوهن لا تسترن منه، فإنما هو أخوكن، قالوا: نعم كان الصغير يدخل فيقول أبونا: لا- تسترن منه انما هو أخوكن، فكنا نظن أنه يقول ذلك لأنه ولد في حجورنا، و انما ربينا، قال: فيكم أهل البيت علامه؟ قالوا: نعم، قال:

انظروا أ ترونها بالصغير؟ قالوا: فرأوها به، قال: تريدون أعلمكم أمر الصغير؟

ص: ٤٥٢

١- (١) التهذيب ج ٩ ص ١٧١ ح ٧٠٠، الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٧ الباب ٤٣.

قال: فجعل عشره أسهم للولد، وعشره أسهم للعبد، قال: ثم أسهم عشر مرات، قال: فوقعت على الصغير سهام الولد، قال: فقال: أعتقوا هذا، وورثوا هذا».

أقول: الظاهر أن الحكم الشرعي في المسئلة المذكوره هو القرعه، كما تضمنه آخر الخبر، و ما ذكره أولا من الأمرين المذكورين مؤيدين لمزيد الإيضاح، و لو حصلت العدالة في النساء الأربع المذكورين لكان الظاهر العمل بما أخبرن به من اعتراف الأب به، و لم يحتج إلى القرعه، إلا أن يكون لمزيد الإيضاح.

و روى في الفقيه عن يونس بن عبد الرحمن عن داود بن نعمان عن الفضيل (1) مولى أبي عبد الله عليه السلام

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال: أشهد رسول الله (صلى الله عليه و آله) على وصيته الى على عليه السلام أربعة من عظماء الملائكة جبرئيل و ميكائيل و إسرافيل و آخر لم أحفظ اسمه».

أقول: الظاهر أن المراد بالوصيه هنا أو عنه أمير المؤمنين عليه السلام في بيت أم سلمه حين خلا به من الصبح الى قرب الظهر من الأمور التي يحدث عليه، و يتجدد بعد موته، و أمره باحتمالها و الصبر عليها، و نحو ذلك كما يدل عليه خبر أم سلمه و هو طويل ليس هذا موضع ذكره.

و روى الشيخ في التهذيب عن على بن الحسن بن فضال عن محمد بن عبدوس (2) قال:

«أوصى رجل بتركته متاع و غير ذلك لأبي محمد عليه السلام فكتبت اليه: جعلت فداك رجل أوصى الى بجميع ما خلف لك، و خلف ابنتي أخت له، فأريك في ذلك؟ فكتب الى: بع ما خلف، و ابعث به الى، فبعث به اليه، فكتب الى: قد وصل».

«قال على بن الحسن: و مات محمد بن عبد الله بن زراره فأوصى الى أخى أحمد و خلف دارا و كان أوصى في جميع تركته أن تباع و يحمل ثمنها الى أبي الحسن عليه السلام

ص: ٦٥٣

١-١) الفقيه ج ٤ ص ١٧٥ ح ٦١٦.

٢-٢) التهذيب ج ٩ ص ١٩٥ ح ٧٨٥. و هما في الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٧ الباب ٤٣ و ص ٣٦٩ ح ١٦ و ١٧ و ١٨.

فباعها فاعترض فيها ابن أخت له، و ابن عم له، فأصلحنا أمره بثلاثه دنانير، و كتب إليه أحمد بن الحسن و دفع الشيء بحضرتي إلى أيوب بن نوح، و أخبره أنه جميع ما خلف، و ابن عم له و ابن أخته عرض. فأصلحنا أمره بثلاثه دنانير فكتب: قد وصل ذلك و ترحم على الميت و قرأت الجواب»،.

«قال علي: و مات الحسين بن أحمد الحلبي و خلف دراهم مائتين فأوصى لامرأته بشيء من صداقتها و غير ذلك و أوصى بالبقية لأبي الحسن عليه السلام فدفعها أحمد بن الحسن إلى أيوب بحضرتي، و كتب اليه كتابا، فورد الجواب بقبضها و دعا للميت».

أقول: لا يخفى ما فى ظاهر الخبر من الاشكال، و الشيخ لذلك قد حمله تاره على تخصيصه بهم عليهم السلام، و آخر على كون حمل المال إليهم لا على جهة الوصيه بل على جعلها صلح لهم فى حال حياه الموصى، و ثالثه على أن يكون ذلك قبل أن تكون لهم وارث ثم يوجد الوارث كما تقدم فى حديث المتطيب، و رابعه على كون الوارث مخالفا، ثم جوز فى الوجه الأخير فقد الوارث، و لا- يخفى ما فى الجميع عن البعد سوى الأخير فإنه أقرب قريب، و أما بالنسبه الى وصيه محمد بن عبد الله بن زراره المشتمله على اعتراض ابن الأخت و ابن العم، فالاحتمالان فيهما متساويان، و لعل الأقرب الأول منهما، و هو كونهما مخالفين.

و أما بالنسبه الى وصيه الحسين بن أحمد الحلبي فظاهره أنه ليس له وارث إلا الزوجه، و من المحتمل أنه أوصى لها بصداقتها و ميراثها المعبر عنه بغير ذلك، فلا اشكال بحمد الملك المتعال.

و لنقطع الكلام حامدين للملك العلام على نعمه الجسم التي لا تحصيلها الأقلام التي من جملتها التوفيق للفوز بسعاده الاختتام لهذا الجلد الشريف و المؤلف المنيف و هو الجلد الثامن (1) من كتاب

ص: ٦٥٤

١ - ١) بحسب تجزأه المؤلف، و الجلد الثانى و العشرون بحسب تجزئتها، و يتلوه ان شاء الله تعالى الجلد الثالث و العشرون فى كتاب النكاح، و ما يلحق به.

«الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة» و يتلوه ان شاء الله تعالى الجلد التاسع في كتاب النكاح و ما يلحق به من الكتب المتعلقة به،مصلين بعد الحمد له سبحانه على نبينا أشرف الأنبياء و المرسلين و آله الطيبين الطاهرين

ص: ٦٥٥

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام  
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية  
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب  
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات  
توسيع عام لفكرة المطالعة  
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية  
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة  
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة  
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات  
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ( sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية  
اصبحان  
الغمامة



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
**www.Ghaemiyeh.com**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

