

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين و صلى الله على سيدنا محمد و آله الطاهرين

خلاصه بحث گذشته

بحث در این است که اگر کسی وصیت کند تا بعد از مرگش مالی را در اختیار دیگری قرار بدهند و این مال به مقداری است که کفایت برای حج می‌کند، آیا در چنین فرضی استطاعت برای موصی له حاصل می‌شود یا خیر؟ گفته شد امام خمینی (قدس سره) در تحریر الوسیله فرمودند اینجا استطاعت حاصل نمی‌شود، برخلاف مرحوم سید در عروه که فرمودند اینجا استطاعت حاصل می‌شود.

حال عمده بحث در این مسئله آن است که آیا وصیت (آن هم وصیت تملیکیه نه وصیت عهدیه)، عقد است تا محتاج به قبول باشد و ایجابش را موصی انجام داده و قبولش را موصی له انجام بدهد یا این که ایقاع است و به مجرد وصیت این مال در ملک موصی له رفته و موصی له لازم نیست قبول کند؟ در اینجا برخی می‌گویند: «انما كان له الرد»؛ یعنی موصی له می‌تواند رد کند اما نیاز به قبول ندارد. از آنجا که بحث وصایا کمتر در بحث‌های خارج مطرح می‌شود و بحث مهمی است، اجمالی از این بحث را در اینجا بیان خواهیم نمود.

دیدگاه فقهایان پیرامون وصیت تملیکیه

در جلسه گذشته گفتیم سه قول در این مسئله وجود دارد، اما با بررسی بیشتر اقوال و احصاء آنها مجموعاً شش قول اینجا وجود دارد:

1. قول اول این است که وصیت تملیکیه عقد بوده و محتاج به قبول است و قبول هم مثل سایر قبول‌ها در عقود دیگر، جزء السبب برای ملکیت است. از کلمات مشهور از جمله مرحوم نائینی همین نظر استفاده می‌شود.
2. قول دوم این است که وصیت تملیکیه عقد است، اما این قبول عنوان جزء السبب نیست بلکه عنوان شرط کاشف را دارد. لذا وصیت مانند سایر عقود متعارفه نیست؛ زیرا در عقود متعارفه قبول مثل ایجاب رکن برای ملکیت است و در سببیت برای ملکیت جزئی است، اما قبول در وصیت شرط کاشف است. صاحب جواهر (قدس سره) و محقق عراقی (قدس سره) در حاشیه عروه همین نظریه را دارند.
3. قول سوم آن است که بعضی گفته‌اند: وصیت عقد است و قبول در آن شرط است، اما شرط برای لزوم است نه شرط برای ملکیت؛ یعنی با خود وصیت این ملکیت برای موصی له تحقق پیدا می‌کند، اما این ملکیت اگر بخواهد به فعلیت برسد قبول شرط

برای لزوم آن است.

4. قول چهارم این است که وصیت ایقاع است و متوقف بر قبول نمی‌باشد؛ یعنی وقتی موصی وصیت کرد این مال به مجرد مرگ موصی داخل در ملک موصی له می‌شود، منتهی موصی له می‌تواند رد کند «انما یکون الرد مانعاً». این دیدگاه مرحوم سید در عروه است.^[1] ایشان می‌فرماید: «و لا یبعد أن تكون ایقاعاً»، مرحوم سید ابوالحسن اصفهانی در وسیله النجاة نیز همین نظریه را دارد.^[2]

5. قول پنجم از کلمات مرحوم خوئی استفاده می‌شود که می‌فرماید وصیت ایقاع است و رد مالیت هم ندارد مگر این که اجماعی در بین باشد. لذا اگر یک اجماع و تسالمی در کار باشد بر مانعیت الرد ما می‌پذیریم، اما اگر نباشد این مانعیت هم ندارد، نظیر باب ارث که وارث نمی‌تواند بگوید: من این مال را نمی‌خواهم و اگر رد کند به این معنا نیست که از ملکش خارج شود، در اینجا نیز به همین صورت است.

6. قول ششم از کلام مرحوم بروجردی و مرحوم امام استفاده می‌شود. دیروز هم حاشیه امام خمینی (قدس سره) را خواندیم (چون حواشی مرحوم امام در عروه به حواشی مرحوم بروجردی نظر دارد و در بسیاری از موارد همان حاشیه مرحوم بروجردی را اختیار فرمودند). مرحوم بروجردی می‌گویند: خود وصیت ایقاع است؛ یعنی وصیت «من حیث إنَّها وصیة» نیاز به قبول ندارد و وصیت محقق شده، اما تملک موصی له محتاج به قبول است؛ یعنی اگر موصی له بخواهد مالک بشود قبول لازم دارد. ثمره‌اش در این است که وقتی می‌گوئیم وصیت خودش با ایجاب موصی تمام می‌شود و ایقاع است، احکام وصیت بر آن بار می‌شود، حرمة التبدیل بر آن بار می‌شود، حرمة التصرف در آن موصی به بر آن بار می‌شود، بقیه حق ندارند در اینها تصرف کنند، وصیت واقع شده و از این جهت ایقاع است، لکن از حیث تملک موصی له، تا موصی له قبول نکند مالک نمی‌شود قبول برای تملک موصی له لازم است.^[3]

ادله عقد بودن وصیت تملیکیه

یکی از مباحثی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که باید دید مقتضای ادله چیست؟ برای عقد بودن وصیت سه دلیل وجود دارد:

دلیل اول

دلیل اول ارتکاز متشرعه است، به این بیان که متشرعه می‌گویند: هر جا پای تملیک من جانب و تملک من جانب آخر است این می‌شود عقد و دو طرف لازم دارد. بله، در مواردی تملک هست و تملیک نیست مثل ارث، اما هر جایی که تملک و تملیک هر دو هست این عنوان عقد را دارد.

دلیل دوم

صاحب جواهر (قدس سره) می‌فرماید: عدم احتیاج به قبول «مخالفٌ للاصل بل الاصول»^[4]، ایشان توضیح نمی‌دهد که «اصل» در اینجا به چه معناست، اصل به این معناست که بگوئیم شک می‌کنیم آیا این تملک بدون قبول طرف دیگر حاصل می‌شود یا نه؟ اصل عدم تحقق تملک بدون قبول طرف دیگر است. به بیان دیگر، شک می‌کنیم که بدون این که موصی له قبول کند آیا مالک می‌شود یا نه؟ اصل عدم ملکیت است؛ یعنی استصحاب کرده و می‌گوئیم قبل از این مالک نبود و حالا هم اصل عدم ملکیت

است.

ایشان در ادامه می‌فرماید: «بل الاصول»؛ یعنی این‌که بگوئیم اینجا نیاز به قبول ندارد و در نتیجه می‌خواهد ایقاع بشود «مخالفٌ للاصول» است. یکی از اصول همان اصل قبلی است؛ (1) اصل عدم ملکیت بدون قبول. (2) اصل دیگر این است که انسان سلطنت دارد که مالی بدون اجازه و اختیار او در ملکش قرار نگیرد و این یک قاعده است: «اصالة سلطنة الانسان على دخول مال في ملكه».

این قاعده را جزء قواعد فقهیه بحث نکردند و اگر هم بخواهد بحث بشود در ذیل «الناس مسلطون علی اموالهم» باید یک قسمت دیگر و یک تنبیهی را اضافه کنند و آن این است که «الناس مسلطون علی دخول المال فی ملکهم»، یک کسی می‌گوید: من می‌خواهم این مال را داخل در ملک شما کنم، شما می‌گوئی من نمی‌خواهم چنین مالی داخل در ملک من بشود، اصل این است که انسان مسلط است. بعد بگوئیم این موصی له اصلاً خبر ندارد، موصی در خانه‌اش نشسته و این مال را به موصی له تملیک می‌کند و این داخل در ملک او شد و نیازی به قبول آن هم ندارد، با این سلطنت انسان بر دخول مال در ملک او منافات دارد، لذا دلیل می‌خواهد.

دلیل سوم

دلیل دیگر آن است که ایقاع برخلاف عقد است و عقد یک امر عقلائی است؛ یعنی عقلاً می‌گویند: اگر دو نفر با تراضی یک معامله‌ای انجام دادند، «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل إلا أن تكون تجارةً عن تراضی» شامل آن شده و این همان عقد است. به بیان دیگر، بنای اولیه عقلاً در معاملات بین یکدیگر و در نقل و انتقالات این است که به صورت عقد باشد، یک سری امور داریم که عقلاً هم قبول دارند ایقاع است مانند ابراء، من از کسی مالی را می‌خواهم بدون این‌که به او بگویم، یا به او هم می‌گویم می‌گوید من قبول ندارم، این اثر ندارد، می‌گویم: «ابراء نمتک» یا «اسقطتُ حقّی من نمتک» و تمام می‌شود، ولی در مواردی که نمی‌دانیم آیا عقلاً با این معامله عقد می‌کنند یا ایقاع؟ قاعده این است که عقد باشد، البته در تملیک و تملک. لذا اگر در یک‌جا تملیک و تملکی بود، قاعده این است که عقد باشد همانند ارتکاز متشرعه که خود عقلاً نیز چنین بنایی دارند.

دلیل چهارم

چهارمین دلیل اجماع است که صاحب جواهر (قدس سره) می‌گوید: عقد بودن وصیت اشهر است، بعد ترقی می‌کند: «بل المشهور» که مکرر گفتیم مشهور از اشهر قوی‌تر است، بعد می‌فرماید: «بل کادت أن تكون اجماعياً»؛ ادعای اجماع بر این مسئله شده است. پس اجماع هم بر این است که وصیت عنوان عقد را دارد و ما دلیلی بر ایقاع بودن دلیل آن نداریم، بلکه برای عقد بودن ادله متعدد داریم. بنابراین باید بگوئیم وصیت تملیکیه عقد است و تا زمانی که موصی له قبول نکرده این عقد و ملکیت واقع نشده است.

لذا به حسب قاعده طبق همان استدلالی که صاحب جواهر داشت (که در جلسه گذشته اشاره شد) این قبول به این ایجاب می‌خورد و قبول تنفیذ مفاد ایجاب است، ایجاب در وصیت این است که به مجرد مُردن موصی این مال ملک موصی له بشود، حال اگر موصی له یک سال بعد «قبلتُ» را گفت، باز کشف از این می‌کند که از همان موت موصی مالک شده است. لذا می‌گوئیم مقتضای ادله آن است که وصیت تملیکیه عقد است اما نه مانند سایر عقود و قبول شرط کاشف است.

یکی از حواشی دقیق ذیل این مسئله حاشیه مرحوم گلپایگانی است که در فقه واقعاً دقیق‌النظر بوده است. ایشان یک تحقیق جدیدی نسبت به کلمات دیگران ارائه داده و می‌فرماید: این‌که بحث کنیم آیا وصیت عقد است یا ایقاع، غلط است؛ زیرا وصیت در عرض سایر عقود و ایقاعات نیست. شما یک وقت می‌گوئید اجاره، صلح، جعاله، عقد است یا ایقاع؟ آن جای بحث دارد، ولی وصیت از نظر لغوی دو معنا دارد: (1) یکی به معنای «وصل» است که انسان تصرفات بعد از موت خودش را به حال حیاتش متصل می‌کند، (2) غالباً وصیت را به همان «عهد و سفارش» معنا کردند.

ایشان می‌فرماید: انسان در زمان حیات خودش یک تصرفاتی را در اموالش انجام می‌دهد که پنج نوع را ذکر می‌کنند: (1) گاهی اوقات بیع، اجاره یا صلحی را انجام می‌دهید که اینها از عقود هستند، (2) گاهی از ایقاعات است، (3) بعضی از تصرفات عنوان شرایط را دارد، (4) بعضی‌هایش عنوان «وعد» را دارد، (5) بعضی عنوان استعدا را دارد.

بعد می‌فرماید: «العقود الراجعه إلى بعد الموت إن كان تملیک عين أو منفعة أو نقل حق، أو تسليطاً أو وكالة فهو عقد»؛ ایشان می‌گویند: باید دید که متعلق وصیت چیست؟

1. اگر متعلق وصیت تملیک عین است، مثلاً خانه‌ای را می‌خواهد به دیگری تملیک کند یا تملیک منفعت است، یا نقل یک حقی است (حق قصاص یا حق خیار دارد)، اینها عقد هستند.

2. اگر متعلق وصیت عتق یا ابراء و یا اسقاط است، مثلاً می‌گویند من وصیت می‌کنم بعد از مرگم صد هزار تومانی که از فلانی می‌خواستم از ذمه او بری باشد، اینها معلق بعد از موت است. چطور اگر در زمان حیاتش این کار را می‌کرد می‌گفتیم ایقاع است؛ الان هم ایقاع است.

3. گاهی اوقات متعلق وصیت یک امر عهدی است که می‌گویند: من را در کجا دفن کنید، این مقدار بر من نماز بخوانید، این مقدار روزه بگیرید، حج بدهید، این امانت پیش من هست رد کنید. ایشان می‌گویند: این عنوان اذن و استعدا را دارد.

بنابراین نکته اصلی و دقتی که ایشان فرموده آن است که وصیت من حیث هی وصیت اصلاً چیزی نیست و نمی‌توانیم به آن عقد، ایقاع، اذن یا استعدا بگوئیم. بلکه باید دید متعلق وصیت چیست؟ متعلقش گاهی اوقات در دایره عقود می‌رود، گاهی اوقات در دایره ایقاعات، گاهی هم در دایره استعداست. در نتیجه ایشان در وصیت تملیکه همان قول مشهور را می‌پذیرد؛ یعنی وصیت تملیکه عقدی است که متوقف بر قبول می‌باشد و نیاز به قبول دارد.

ایشان می‌گویند: «الحاصل إنه يعتبر فی التملیکة القبول و کذا فی العهدة إن کانت راجعة إلى التصرف فی ماله أو بدنه»، هم سید یزدی (قدس سره) در عروه و هم مرحوم سیدابوالحسن اصفهانی در وسیله النجاة می‌گویند: وصیت عهدیه نیاز به قبول ندارد، اما مرحوم گلپایگانی مخالفت کرده و می‌فرماید: در عهدیه سه نوع است:

(1) «إن کانت راجعة إلى التصرف فی ماله»؛ مثلاً می‌گویند: این مال من را در حرم امام حسین (علیه السلام) قرار دهید یا این مال من را صرف فقرا کنید، «أو بدنه، أو إلى امر من یكون علیه الولاية»؛ وصیت می‌کند که بر اولادش این توجهات و کارها را انجام بدهید، این موارد چون در حقیقت وکالت است نیازمند قبول می‌باشد.

(2) «و إن لم تکن راجعة إليه»؛ اگر وصیت عهدیه مربوط به تصرف در مال و بدن خودش نباشد، «کاستعداء عمل بعد موته فلا يعتبر فی جواز العمل بها القبول»؛ نیاز به قبول ندارد، مثلاً می‌گویند: برای من قرآن بخوانید. ایشان می‌گویند در اصل جواز عمل

نیاز به قبول ندارد، «و إن كان في وجوبه على موسى إليه يحتاج إليه أحياناً»؛ اما در وجوب عمل بر موصی‌الیه در برخی موارد نیازمند قبول است.

3) «و أما إذا كانت عهداً بتملیک الغير»؛ به وصی‌اش می‌گوید: من به تو وصیت می‌کنم که بعد از من این مال را تملیک به غیر کنی، یک وقت خودش می‌گوید: من الآن وصیت می‌کنم که این مال ملک غیر باشد، این می‌شود وصیت تملیکه، ولی یک وقت می‌گوید من به توی وصیّ سفارش و عهد می‌کنم بعد از من تو این مال را تملیک به غیر کنی، در اینجا هم غیر باید قبول کند.^[5]

خلاصه آن که، اساس فرمایش ایشان آن است که خود وصیت «من حیث إنها وصیّة» چیزی نیست، بلکه باید دید متعلقش چیست؟

ارزیابی دیدگاه مرحوم بروجردی

در اینجا آن نکته‌ای که در فرمایش مرحوم بروجردی و امام خمینی (قدس سره) بود را جواب داده و می‌گوئیم این‌که می‌فرمایید: وصیت «من حیث إنها وصیّة ایقاع» به چه دلیل می‌فرمائید؟ حرمت تصرف جایی است که اصل وصیت محقق بشود و اگر کسی گفت: وصیت متوقف بر قبول است، قبل از این‌که موصی له قبول کند وراثت تصرفش کنند، البته باید قبلاً از موصی له بپرسند آقا تو قبول می‌کنی یا نه؟ ولی قبل از قبول موصی له وصیتی هنوز محقق نشده است.

این آیه شریفه «من بعد وصیّة یوصی بها أو دین»^[6]؛ یعنی اگر وصیت کامل شد آن مالی که از موصی له هست را جدا کنید و بقیه‌اش برای وراثت می‌شود، اما اگر گفتیم وصیت عقدی است متوقف بر قبول، حالا موصی له را هم هنوز پیدا نکردند، نمی‌دانیم موصی له قبول می‌کند یا نه؟ می‌شود گفت اینجا وراثت می‌توانند تصرف کنند، منتهی بعداً اگر موصی له قبول کرد باید جبران کنند؛ چون هنوز وصیت (یعنی «من بعد وصیّة») محقق نشده است.

لذا اشکال ما بر این فرمایش مرحوم امام و مرحوم بروجردی (که خود وصیت «من حیث إنها وصیّة» حرمت تبدیل بر آن مترتب است) آن است که این حرمت تبدیل در جایی است که ابتدا وصیت محقق بشود. مشهور که می‌گویند: نیاز به قبول دارد هنوز وصیت محقق نشده است، بعد که موصی له قبول کرد اینجا حرمت تصرف و حرمت تبدیل می‌آید، اما قبل از قبول دلیل بر حرمت تبدیل و حرمت تصرف نداریم؛ چون هنوز وصیت محقق نشده است.

جمع‌بندی بحث

فرمایش مرحوم گلپایگانی این نتیجه را به ما می‌دهد که خود وصیت «من حیث إنها صدرت من الموصی»، این به تنهایی اثر و حکمی ندارد. لذا این حاشیه امام (قدس سره) و مرحوم بروجردی را نمی‌شود پذیرفت. در وصیت تملیکه‌اش هم ما قبل از حاشیه ایشان چند دلیل آوردیم بر این‌که عقد است، پس ثابت شد که وصیت تملیکه عقد است. از عبارت مرحوم سید در عروه در ما نحن فیه استفاده می‌شود که چه ما بگوئیم وصیت تملیکه «عقد متوقف علی القبول» و چه بگوئیم ایقاع است، به مجرد وصیت موصی، موصی له مستطیع است.

مرحوم والد ما می‌فرماید: این عبارت امام خمینی (قدس سره) «مشعرٌ بأن الوصیة التملیکية غیر مفتقرٌ إلى القبول غایة الامر ثبوت حق الرد له»، بعد می‌فرماید: «لکان مقتضی القاعده حصول الاستطاعة له»؛ یعنی از عبارت امام (قدس سره) تفصیل بین این‌که ما وصیت تملیکه را عقد بدانیم یا ایقاع، استفاده می‌شود.^[7]

عبارت امام(قدس سره) این است: «ولو اوصى له بما يكفيه له فلا يجب عليه بمجرد موت الموصى كما لا يجب عليه القبول»^[1]، می‌توانیم بگوئیم از عبارت استفاده می‌شود که اگر بگوئیم وصیت تملیکیه عقد است، آن وقت عقد هم متوقف بر قبول است، قبول واجب نیست. حال که قبول واجب نیست استطاعت هم حاصل نمی‌شود، اما اگر قائل شدیم وصیت تملیکیه ایقاع است استطاعت حاصل می‌شود. در حالی که مرحوم سید در عروه می‌گوید: ما چه بگوئیم وصیت تملیکیه عقد است و چه بگوئیم وصیت تملیکیه ایقاع است، در هر دو صورت استطاعت محقق می‌شود و با وصیت، موصی له مستطیع می‌شود، خصوصاً اگر بگوئیم وصیت ایقاع است و بعد هم می‌گویند: بعید نیست که وصیت ایقاع باشد.

بنابراین اگر گفتیم وصیت تملیکیه عقد است و عقد قبول می‌خواهد، این قبول مسلم واجب نیست پس استطاعت حاصل نیست و اگر گفتیم وصیت تملیکیه ایقاع است به مجرد وصیت موصی له مالک شده و مستطیع شده، اینجا مستطیع است، منتهی فقط امام(قدس سره) در آن عبارت حاشیه عروه می‌گویند: «الوصية ایقاع»، از طرف دیگر می‌گویند: موصی له اگر بخواهد مالک باشد نیاز به قبول دارد که با آن فرمایش مرحوم بروجردی توضیح دادیم.

روی این تفصیل نتیجه روشن است، اما ما باشیم و متن عروه این سؤال پیش می‌آید که فقیهانی مثل سید(قدس سره) که می‌گویند اگر وصیت تملیکیه اگر هم بگوئیم عقد است باز استطاعت حاصل است، به چه دلیل می‌گویید استطاعت حاصل است؟! زیرا قبول برایش واجب نیست و وقتی قبول واجب نیست چرا شما می‌گوئید حتی بنا بر قول به این‌که عقد باشد این موصی له مستطیع است؟!

و صَلَّى اللهُ عَلَى مُحَمَّدٍ وَآلِهِ الطَّاهِرِينَ

[1] العروة الوثقى (المحشى)، ج5، ص: 652، مسأله1.

[2] وسيلة النجاة (مع حواشي الإمام الخميني)، ص: 557، مسأله3.

[3] «الَّذِي يَقْتَضِيهِ التَّحْقِيقُ هُوَ أَنَّ الْقَبُولَ وَإِنْ كَانَ مَعْتَبَرًا فِي تَحَقُّقِ الْمَوْصِي بِهِ جِزَاءً أَوْ شَرْطًا لَكِنَّهُ غَيْرُ مَعْتَبَرٍ فِي تَحَقُّقِ الْوَصِيَّةِ حَتَّى تَكُونَ مِنَ الْعُقُودِ بِذَلِكَ فَالْإِجَابُ مِنَ الْمَوْصِي كَافٍ فِي صَدَقِ أَنَّهُ أَوْصَى بِكَذَا وَفِي تَرْتِبِ أَحْكَامِهَا مِنْ حَرَمَةِ التَّبْدِيلِ وَالتَّصَرُّفَاتِ الْمَزَاحِمَةِ وَإِنْ كَانَ غَيْرَ كَافٍ فِي تَحَقُّقِ الْمَوْصِي بِهِ فِي الْجُمْلَةِ فَالْوَصِيَّةُ بِمَا هِيَ وَصِيَّةٌ مِنَ الْإِبْقَاعَاتِ مُطْلَقًا وَإِنْ كَانَتْ جِزَاءً السَّبَبِ لِلْمَلِكِيَّةِ وَلِذَا لَا تَبْطُلُ بِتَخَلُّلِ الْمَوْتِ بَيْنَ إِجَابِهَا وَقَبُولِهَا مَعَ أَنَّ اعْتِبَارَ الْمَعَاقِدَةِ مَعَ تَخَلُّلِهِ غَيْرُ مَعْقُولٍ.» العروة الوثقى (المحشى)؛ ج5، ص: 652.

[4] «قلت: و لعله لأنه مخالف للأصل بل الأصول، و للمعهود من عدم الملك القهري في التمليكات، و لسائر العقود، و لغير ذلك.» جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج28، ص: 251.

[5] «و الظاهر أن الوصية اصطلاحاً عبارة عن العهد المتعلق بأمر راجعة إلى بعد الموت و هي ليست عنواناً قبال سائر العناوين من العقود و الإيقاعات حتى يبحث في أنها من أيهما، فكما أن العهود الراجعة إلى أمور الناس حال حياتهم مختلفة بعضها عقود و بعضها إيقاعات و بعضها شرائط و بعضها وعد و بعضها استدعاء، فكذلك العهود الراجعة إلى بعد الموت، فإن كان تملك عين أو منفعة أو نقل حق أو تسليطاً أو وكالة فهو عقد كما في حال الحياة. و إن كان عتقاً أو إبراءً أو إسقاطاً فهو إيقاع. و إن كان عهداً راجعاً إلى تجهيزه و صلاته و صومه و حجّه و ردّ أمانته و أمثال ذلك فهو إذن و استدعاء. و الفرق أن العهود الراجعة إلى بعد الموت معلقة بالموت بخلاف الراجعة إلى حال الحياة حيث إنها منجزة. و أمّا نفوذ أيّ عقد أو إيقاع و جواز العمل بأيّ عهد أو وجوبه أو عدمه فهو تابع للدليل. و حيث إنها اعتبرت للتصرف بعد الموت فلا يضرّها التعليق بالموت، و تخلل الموت بين الإيجاب و القبول و لا بين الإنشاء و المنشأ عقداً كان أو إيقاعاً. و الحاصل أنه يعتبر في التمليكية القبول و كذا في العهديات إن كانت راجعة إلى التصرف في ماله أو بدنه أو إلى أمر من يكون عليه الولاية، لأنّ هذه في الحقيقة وكالة و يحتاج إلى القبول. و إن لم تكن راجعة إليه كاستدعاء عمل بعد موته فلا يعتبر في جواز العمل بها القبول و إن كان في وجوبه على الموصي إليه يحتاج إليه أحياناً. و أمّا إذا كانت عهداً بتمليك الغير أو إعطاء شيء إياه فلا إشكال في اعتبار قبول ذلك الغير بعد تملك الوصي أو إعطائه

إيَّاه وإن ردَّ فالمال للوارث أو يصرف في الخيرات إن كان من الثلث.» العروة الوثقى (المحشى)؛ ج5، ص: 653.

[6] □ سورة نساء، آيات 11 و 12 .

[7] □ «الفرع الثاني ما إذا أوصى له بما يكفيه للحج من الزاد والراحلة أو ثمنهماو صريح المتن عدم تحقق الاستطاعة الموجبة للحج بمجرد الموت و عدم وجوب القبول عليه و الظاهر ان المنشأ لعدم وجوب القبول عليه هي كون الوصية التمليلية عقدا عنده مفتقرا الى القبول و عليه فالقبول يرجع الى تحصيل الاستطاعة و هو غير لازم لما عرفت غير مرة من عدم لزوم تحصيل الاستطاعة و عدم وجوبه و المتن مشعر بأنه لو قلنا بأن الوصية المذكورة إيقاعا غير مفتقر الى القبول غاية الأمر ثبوت حق الرد له بلحاظ ان سلطنة الغير على تملك ماله اليه من دون اختياره و رضاه مناف للسلطنة الثابتة له لكان مقتضى القاعدة حصول الاستطاعة له و لازمة عدم جواز الرد له في هذا المورد لعدم جواز رفع الاستطاعة المحققة و إتلاف الاستطاعة الثابتة.» تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - الحج؛ ج1، ص: 165-166 .

[8] □ تحرير الوسيلة، ج1، ص: 377، مسأله 28.