

بسم الله الرحمن الرحيم

موضوع : مسئله ۸۲ ، جهت دوم : وصیت به اخراج حجه الاسلام ثلث مال

بحث در اخراج حج از ترکه میت برکسی که حج بر او مستقر شده ، بود و اینکه اگر وصیت نکرده باشد حج از صلب مالش خارج می شود و یا اگر وصیت کرده است بدون تعیین ثلث باز از اصل مال خارج میشود . این جهت اول از بحث بود که در روز گذشته عرض شد.

جهت دوم : ((و إما إن أوصى بإخراجها من الثلث وجب إخراجها منه و تقدم على الوصايا المستحبة و إن كانت متأخرة عنها في الذكر و إن لم يف الثلث بها أخذت البقية من الأصل))^۱ مرحوم سید رحمته الله در این جهت می فرماید : اگر میت وصیت کرده است که حجه الاسلام را از ثلث خارج کنند چنانچه موصی ، وصایای دیگری نداشته باشد از ثلث مالش خارج می شود و اگر وافی نبود ، بقیه آن از اصل مالش خارج میشود لیکن چنانچه وصایای دیگر هم بود باز هم حج مقدم میشود هرچند ذکر وصیت به حج متاخر باشد که اگر ثلث مال میت ، به همه وافی باشد فبها و اگر وافی نبود حج مقدم میشود.

^۱ العروة الوثقى (للسید الیزدی)؛ ج ۲، ص: ۴۶۹

عرض شد که در اینجا دو بحث است (۱-) یک بحث در مقتضای قاعده است و (۲-) بحث دیگر در روایات خاصه است ؛ این فتوا مبتنی بر روایات خاصه است.

اما این که در جایی که ثلث مال برای عمل به وصیت کافی نیست مقتضای قاعده چیست در اینجا بحث می شود اما قبل از اینکه وارد این بحث بشویم بحثی را - که در مستمسک^۲ ذکر کرده اند- بیان می کنیم که اگر شک کنیم که آیا این وصیت به حج مانند وصایای دیگر از ثلث بوده است یا خیر باز هم از ثلث مال خارج میشود چون وقتی وصیت مجمل باشد شک می کنیم که مثلا وصیت کرده بیش از دو ثلث از وصیت صرف در عتق و صدقه شود یا خیر یعنی شک می کنیم که ثلث سوم - که مقابل حج است - مشمول وصیت به صدقه و عتق است یا خیر ؟ اصل عدم آن برای صدقه و عتق جاری است و باید آن را صرف حج کرد .

البته این بحث تمام نیست چون اصل وصیت به عتق و صدقه از ثلث محرز است چه بگوید از ثلث و چه نگوید یعنی چه به زبان بیاورد و چه نیارد از اصل مال نیست پس اگر مزاحمی نداشته باشد باید کل ثلث در آنها صرف شود و اگر وصیت مزاحمی داشته باشد ، باید آن وصیت هم اعمال شود و این جا شک می کنیم که آیا حج را از ثلث اخراج کرده است تا مزاحم باشد یا نه و اصل عدم ایفاء به حج از ثلث مال است و موضوع اخراج حج از صلب مال احراز می شود چون اصل اخراج حج که بر ذمه مکلف واجب و مستقر شده است باید از صلب مالش باشد الا این که وصیتی کند که از خصوص ثلث خارج شود و هر چند که اصل وصیت به حج محرز است ولی این کافی نیست زیرا که وصیت مقید به ثلث مشکوک است و احراز نمی شود بلکه

^۲ مستمسک العروة الوثقی ، ج ۱۰ ، ص : ۲۴۴

اصل آن را نفی می کند و مقتضای قاعده در اینجا عدم اخراج حج از ثلث است پس آن مزاحم عتق و صدقه از ثلث نفی می شود و این نکته ، هم علی القاعده همین است و هم روایات خاصه آن را اثبات کرد .

اما اگر تصریح کند که حج را از ثلث مالم بدهید و نیز وصیت کند که صدقه و عتق را هم از ثلث مالم بدهید در این جا از روایات خاصه استفاده میشود که در آنها گفته شده که حج از ثلث مال خارج می شود و بر مستحبات دیگر مقدم می شود و در نهایت اگر از ثلث مقداری باقی ماند صرف در آن مستحبات میشود .

لیکن در این بحث شده است که آیا این مفاد روایات مقتضای قاعده است یا خلاف قاعده ؟ و مقتضای قاعده در این جا چیست ؟ آیا تقدیم حج است یا خیر؟

تعبیراتی در رابطه با مقتضای قاعده شده است مثلا گفته اند که چون امر دائر بین فعل صدقه یا عتق - که مستحب است - و بین حجه الاسلام که واجب است می باشد پس وقتی که تزاحم میشود و ثلث وافی به همه نیست حجة الاسلام ، مقدم است بر مستحب چون که مستحب نمی تواند مزاحم واجب شود.

اشکال : این مطلب قابل قبول نیست زیرا که استحباب و وجوب نسبت به اصل آن دو فعل است بر مکلف که نسبت به زمان حیاتش داشته و با موتش مستحب یا واجب ساقط شده است و بحث سر وجوبی است که با وصیت بر ذمه ولیّ یا وصی می آید که می خواهد بداند کدام یک را انجام دهد زیرا که عمل به وصیت ، واجب است چه وصیت به مستحب باشد و چه به واجب، پس هر چند خود فعل بر میت در زمان حیاتش واجب بوده است و

لکین در اینجا بحث از تکلیف موصی - که با مرگش از او ساقط شده است - نیست بلکه نسبت به وصی یا ولیّ و وجوب عمل به وصیت بحث می شود که از باب تزاحم بین واجبین است

ممکن است گفته شود که مقصود این است که چون هم به واجب و هم به مستحب وصیت شده است گرچه عمل به وصیت واجب است ولی عمل به وصیت به واجب ، اهم است از عمل به وصیت به مستحب و باید به جهت اهمیت و یا محتمل الاهیة بودن وجوب عمل به وصیت به حج ، آن را مقدم کنیم

اشکال اول : این مطلب تمام نیست زیرا که فعل موصی به ، دخلی در ملاک نفوذ وصیت ندارد و هر دو از نظر تخلف از وصیت و یا مخالفت با آن ، علی حد سواء است

اشکال دوم : مضافاً بر این که در این مقام اصلاً اهم و مهم جا ندارد زیرا که بحث در حکم وضعی است که این وصیت ، در فرض عدم وفای ثلث به همه نمیتواند صحیح و نافذ باشد و بحث بر سر چگونگی شمول دلیل نفوذ و صحت وصیت نسبت به آنها است شبیه وصیت به متضادین است که اگر کسی وصیتی کند به این نحو که ثلث مال را به زید بدهید و وصیت کند همان ثلث را به عمرو بدهید در این صورت نمی شود هر دو مشمول صحت وصیت باشد ممکن نیست و این مطلب همانند جایی است که یک چیز متعلق دو بیع قرار گیرد در این جا هم همینگونه است پس بحث در این است که نفوذ این وصیت چون که از ثلث است و ثلث هم وافی به همه نیست و صرف نمودن آن در هر دو ممکن نیست یکی از این دو یا هر دو باطل می باشد یا شق سومی معین می گردد در کتاب الوصیه گفته شده

است که مقتضای قاعده تقسیط است در جایی که خود موصی ترتب بین وصیت ها را قائل نشود و هم عرض باشند.

البته برخی در هم عرض هم تفصیل داده اند که اگر در مقام ذکر ، یکی مقدم بود و یکی متاخر ، ترتب ذکر باعث می شود که آن عملی که مقدم در ذکر است مقدم شود و برخی این را قائل نیستند و منشا آن بحث ظهور عقلائی و استظهار از وصیت است و گفته اند ظاهر حال این است که وقتی همه را هم عرض قرار می دهد پس ثلث را هم برای همه قرار دهد و نقص ، علی السویه بر همه تقسیم می شود مثلاً از هر کدام نصف را کم کند و ظاهر حال وصایا این است که به هر مقداری که می شود بایست انجام دهند و وصیت ظهور در انحلالیت دارد .

همچنین بحث شده در جایی که بعضی واجب و برخی مستحب باشد گفته اند اگر مال وافی به هر دو نبود بعید نیست ظاهر حال این باشد که وصی آن واجب را مقدم بداند و باید در ابتداء آن واجب را از ثلث بدهد ؛ یعنی در اینجا استظهار می شود که ثبوتاً وصیت ترتبی است چون واجب در نظر میت هم مقدم است و این گونه موارد را از تقسیط استثنا کرده اند و چون عرف و عقلاء واجب را اولی به تقدیم می دانند پس نظر میت موصی هم همین است و در حقیقت وصیت ترتبی است . بنابر این که این واجب اهم است بحث تمامی نیست باید دید که دلیل وجوب تنفیذ وصیت با استظهاری که از وصیت میت استفاده می شود ، چه اقتضایی دارد.

ممکن است گفته شود شما استثناء کردید و قائل شدید که اگر وصیتی به واجب و مستحب هر دو باشد ، آن یکی که واجب است مقدم می شود و در این جا هم وصیت به حجه الاسلام ، وصیت به واجب بوده است پس این

داخل در استثنا می شود چون صدقه و عتق مستحب است و حج واجب ،
و اولی است نسبت به نظر موصی و روایات هم طبق قاعده میشود

اشکال : این بیان هم تمام نیست زیرا این استظهار در جایی صحیح است
که وصیت به واجب باشد در این جا ، درست است که اصل حج واجب است
ولی این که از ثلث داده شود واجب نیست پس در جایی آن استظهار
درست است که واجب از اصل ترکه خارج نشود - مثل وصیت به نماز قضای
واجب و کفارات واجب - در آنجاها می توان گفت : وصیت ، ترتبی است
ولی در اینجا بر وصی ، اخراج از ثلث که واجب نبوده است و الزام و وجوبی
بر میت نبوده است که وصیت کند که حج را از ثلث بدهند تا استظهار مذکور
بشود و این یک نظر استحابی و ترجیحی از نظر موصی است .

بنابر این در این جا استظهار ترتبی بودن تمام نیست و لذا از این راه هم
نمی توان گفت که مقتضای قاعده این است که واجب است در ابتدا ثلث را
برای حج در نظر گرفت و در اینجا این استظهار درست است .

برخی از اعلام گفته اند که مقتضای قاعده در این جا هم تقسیط است
یعنی جایی که آن واجب از اصل ترکه بیرون می رود باز هم همان ظهور در
تقسیط درست است که اگر بر ای هزینه حج کم آورد از صلب مال آن نقصان
را تکمیل می کنند