مع ما فی سندهٖ کما اشرنا الیه لا یدل علی مساواة النسب من کل وجه والفرق بینه
وبین النسب هنا واضح لان المنتقل عن مولی الام هو نفس الولا فعوده یحتاج
الی دلیل بخلاف المنتقل من البعید فی النسب الی القریب فانه حق الارث لا نفس النسب
وانما النسب باق وان لم یرث فاذا زال العارض وهو القریب الاول عمل النسب
المستقر مقتضاه والولا لمولی الام ولا یقال انه بقی وزال اثره خاصة کما لا یخفی
فالقول بعدم عوده اقوی فیکون المیراث للامام ان لم یکن هناک اقرب قوله
فی ولا تضمن الجریرة ومن توالی احدا یضمن حدثه ویکون ولاوه له صح ذلک ویثبت
به المیراث هذا العقد کان فی الجاهلیة یتوارثون به دون الاقارب فاقرهم الله
تعالی فی صدر الاسلام علیه وانزل فیه قوله تعالی والذین عاقدت ایمانکم فاتوهم
نصیبهم ثم نسخ بالاسلام والهجرة فاذا کان للمسلم ولد لم یهاجر ورثه المهاجرون دون
ولده والیه الاشارة بقوله تعالی والذین امنوا ولم یهاجروا ما لکم من ولایتهم
من شیء ثم نسخ بالتوارث بالرحم والقرابة وانزل الله تعالی فیه ایات الفرایض وقوله
واولوا الارحام بعضهم اولی ببعض وبقی الارث بضمان الجریرة منسوخا عند الشافعی
مطلقا وعندنا انه باق لکن علی بعض الوجوه لا مطلقا فی شرطان لا یکون
للمضمون وارث مناسب ولا معتق بان یکون سایبة او فاقدا للقریب وقد
وردت لصحته روایات کثیرة صحیحة منها صحیحة عمر بن یزید عن ابی عبد الله ع
فی حدیث طویل وفیه یذهب یتوالی من احب فاذا ضمن جریرته وعقله کان
مولاه وورثه وصحیحة هشام بن سالم عنه علیه السلام قال اذا ولی الرجل الرجل فله
میراثه وعلیه معقلته وصحیحة ابی بصیر عنه علیه السلام انه سئل عن المملوک یعتق سایبة
فقال یتولی من شاء وعلی من یتولی جریرته وله میراثه اذا تقرر ذلک فهذا العقد
یفتقر الی ایجاب وقبول کغیره من العقود بان یقول المضمون عاقدتک علی ان

تضمنی

تضرنی وتدفع عنی وتعقل عنی وترثنی فیقول قبلت وما اشبه ذلک ولو کان المتعاقدان
لیس لهما وارث واراد التوارث من الجانبین قال احدهما فی العقد علی ان تنصرنی
وانصرک وتعقل عنی واعقل عنک وترثنی وارثک ونحو ذلک وهو من العقود
اللازمة لا الجایزة قال الشیخ فی الخلاف بالثانی وجعل لکل منهما فسخه ونقل
الولا الی غیره الا ان یعقل عنه وتبعه ابن حمزة لاصالة عدم اللزوم وذهب
ابن ادریس والاکثر الی لزومه لعموم قوله تعالی اوفوا بالعقود والمسلمون عند
شروطهم وهذا اقوی قوله ولکن لا یتعدی الضامن یعنی انه لا یتعدی الی غیره من
اقاربه وورثته فان فقد الوارث انما یعتبر فی طرف المضمون فلو کان للضامن
اولاد مثلا ومات فی حیوة المضمون الذی لا وارث له بطل الضمان ولم
ینتقل الارث الی اولاد الضامن قصرا للحکم علی موضع الشرط ووقوفا فیما خالف
الاصل علی موضع الیقین قوله ولا یضمن الا سایبة لا ولاء علیه کالمعتق فی الکفارات
والنذور او من لا وارث له اصلا لان هذا الارث متاخر عن الارث بالنسب
والعتق فیکون ضمانه مشروطا بذلک وقد تقدم فی النصوص ما یدل علیه
قوله ولا یرث هذا الا مع فقد کل مناسب ومع فقد المعتق لا فرق بین هذا
الحکم والسابق مع اشتراکهما فی اشتراط فقد المناسب والمعتق ان ذلک شرط صحة
العقد وهذا شرط للارث والمعنی انه مع صحة العقد واجتماع شرایطه بان لا
یکون للمضمون وارث مناسب ولا معتق عند العقد لا یثبت الارث للضامن
الا مع فقد الوارث المذکور عند موت المضمون ایضا فلو فرض تجدد
وارث للمضمون بان تزوج بعد العقد وولد له اولاد کان ارثه لهم دون
الضامن وان کان سببه صحیحا سابقا وهل یبطل العقد بتجدد الوارث
او یقع مراعا بفقدهم عند الموت وجهان من الحکم بصحته فیستصحب ولا ینافیه

Copyright © King Saud University