

بُلْغَةُ الْفَقِيهِ

مُؤَلَّفَةُ الْفَقِيهِ

الْحُجَّةُ الْمُحَقِّقُ السَّيِّدُ مُحَمَّدُ آلِ بَحْرِ الْعُلُومِ

قُدْسُ سِرِّهِ

الْجُزْءُ الثَّالِثُ

مَكْتَبَةُ الزَّيْنِ

طَهْرَانَ نَاصِرِ خُصْرُو بَاسِائِرِ مُجِيدِ

بلغت الفقيه

مَنْشُورَاتُ مَكْتَبَةِ الصَّادِقِ

طَهْرَانُ نَاصِرْخَسْرُو بِاسْمِ اثْرَجِيدِي

الطَّبْعَةُ الرَّابِعَةُ

١ ١٩٨٤ مِيلَادِي

١٣٦٢ شَمْسِي

١٤٠٣ قَمَرِي



بلغة الفقيه

مجموعة بحوث ورسائل وقواعد لفهبة قيمة نادرة
ضرورة الفراغ في التشريع الاسلامي والفقه
الاستدلالي ، لا غنى للفقيه والحقوقى عن معرفتها .

تصنيف

الحجة المحقق للسيد محمد آل بحر العلوم - قدس سره -

تحقيق وتعليق

السيد حسين ابن السيد محمد نقي آل بحر العلوم

بسمه تعالى

اقد طبع الجزءان : الاول والثاني من الكتاب - بتعاليق وشروح سيدنا الولد - قدس سره -
في حياته . ولهدم مشورنا - بعد وفاته - على تعاليق أخرى من قبله ، رجحنا لإكمال
الكتاب بجزئيه الآخرین بتعليقاتنا الموجزة ، حرصاً منا على اكمال للكتاب ، والله
الموفق للصواب . ١ رجب / ١٣٩٦ هـ الحسين بن التقي آل بحر العلوم

رِسَالَةٌ

فِي مُنْخَرَاتِ الْمَرِيضِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على محمد (ص) خاتم
النبيين ، وعلى آله الطيبين الطاهرين ، المعصومين ، حجج الله على الخلق أجمعين
ولعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين .

(مسألة) : اختلفت كلمات الأصحاب في نفوذ منجزات المريض

في مرض موته : من الأصل ، أو الثلث - على قولين :

ونقيح المسألة هو أن يقال : ان تصرف المريض في ملكه - عيناً أو
منفعة في مرض موته ، تملكياً كان التصرف أو فك ملك كالتق
ونحوه (١) - لا يخلو : اما منجز ، أو معلق والمعلق : اما معلق على غير
موته - وان وجد المعلق عليه بعد الموت - أو معلق على الموت وهو :
اما أن يكون زمان ما بعد الموت ظرفاً للمنشأ دون الانشاء ، أو يكون ظرفاً
لها معاً ، كقوله : أعطوا زيداً بعد وفاتي ألفاً .

ثم المنجز : اما ان يكون عن حق واجب عليه كالديون والكفارات
وأروش الجنايات وبدل الغرامات - ومنه النذر المطلق - او متبرعاً به
، مجاناً كان كالوقوف والصدقات ، والعطايا والهبات المجانية ، او بمعاوضة
تساويه في المثل او القيمة كالبيع او الاجارة بضمن المثل وأجرته ، او بما
دون ذلك ، ويعبر عنها بالمعاوضة المحاباتية :

(١) مثال الأول واضح ، كأن يقول : ملكت فلاناً داري ، وشبهه

ومثال الثاني ، كالوقوف العامة على عموم المنتفعين بها من مواردها ، مثل
الحسينيات والمدارس والمساجد والمرابط ونحوها . فانها تحرير الملكية
وفكها الى غير عودة ، وليست تملكياً ، لالجهة ، ولا لشخص .

إذا عرفت ذلك فنقول (١) : أما ما كان معلقاً على الموت ومؤجلاً به ، فمخرجه الثلث إجمالاً - بقسميه - (٢) من غير فرق بين ما كان وصية تمليكية أو عهدية (٣) وما هو ملحق بها حكماً ، وإن كان خبرها (١) الملاحظ ، أن تفصيل الأقسام المذكورة غير جار على ضوء ترتيبها الإجمالي :

(٢) الإجماع : هو اتفاق خاص من قبل عامة الفقهاء على فتوى شرعية ، بحيث يعلم إجمالاً بدخول المعصوم (ع) مع المجمعين - بنحو مقرر في علم الأصول - .

وهو قسمان : محصل ، وهو تحصيل ذلك الاتفاق المذكور على مسألة شرعية من قبل مدعيه ، والحق امتناع ذلك الاطلاع المباشر عادة في هذا الزمان ونحوه :

ومنقول ، وهو نقل ذلك الاتفاق المذكور بالخبر الواحد ، فيكون من صغرياته ، غير أن الفرق بينهما : أن الراوي للخبر ينقل قول المعصوم (ع) رأساً ، ونقل الإجماع ينقل السبب المثبت للحجة التي يعرف منها رأي المعصوم (ع) .

وهذا القسم من الإجماع سهل الادعاء ، يمكن الوقوع في هذه الأزمنة (لزيادة الاطلاع والتعرف على حقيقة الإجماع وحجتيه وإمكانه تراجع كتب الأصول من للفريقين) .

(٣) الوصية : هي عهد خاص بتمليك عين أو منفعة أو تسليط على تصرف - بعد الوفاة - .

واختلفت الفقهاء في أنها : من العقود أو الإيقاعات . والظاهر أنها من الإيقاعات ، ولكنها - مع ذلك - بحاجة إلى القبول في تنفيذها . وأركانها أربعة : الموصي ، الوصي ، الموصى به ، الموصى إليه =

موضوعاً ، كالتدبير ، بناء على انه عتق ، لا وصية بالعتق (١) والتدبير المقيد بالموت - على الأقوى فيه (٢) وليكون الخروج عن الملك في ذلك مقيداً = أو له . ولكل منها شروط وأحكام مفصلة في مضامنها من كتب الفقه وبحكم تعلق الوصية بالمال والمنفعة - نارة - وبالتصرف أخرى - يصح انقسامها الى :

وصية تملكية . وهي انشاء الموصي تملك عين او منفعة لشخص معين أو أشخاص ، أو جهة معينة أو جهات ومن ملحقاتها : الإيصاء بالتسليط على حق من حقوقه القابلة للانتقال كالشفعة - مثلاً -

وصية عهدية . وهي : إيصاء الموصي لشخص معين أو أكثر بتنفيذ وصيته التي رسمها مما يتعلق بتجهيزه أو استئجار الحج والصلاة والصوم ونحوها من العبادات عنه . ومن ذلك : الولاية على اولاده الصغار أو المجانين والسفهاء من الكبار في ادارة شؤونهم

ومن ملحقات العهدية - كما اشار في المتن : الإيصاء بتحرير الملك وفكه كإيقاف داره مسجداً أو حسينية ، ونحوهما . ومن ذلك ، عتق عبده في سبيل الله ، ولتفصيل الموضوع يرجع باب الوصايا من كتب الفقه للفريقين :

(١) التدبير : هو عتق المملوك مقيداً بوفاة مالكه . وإنما سمي بذلك بحكم صيغته المتعارفة كأن يقول المالك لمملوكه : « انت حر دبر وفاتي » . وهو قسمان : مطلق ، كقول المالك لعبده : « اذا مت فأنت حر » ، او انت حر دبر وفاتي . ومقيد كقول المالك لعبده - مثلاً - « اذا مت في سفرى هذا فأنت حر » .

والظاهر ان التدبير - بقسميه - عتق وتحرير ملك ، لا وصية بالعتق وان جاز رجوع المولى فيه - بعد ذلك اذا كان بنحو الوصية .

(٢) الضابط في متعلق التدبير الملكية الناذر للمندور ، والقدرة على =

بما لا يملك عند تحققه الا الثلث من ماله .

واما المعلق على غير الموت ، فيحكم المنجز في التفصيل الآتي ، وان تحقق الشرط والمعلق عليه بعد الموت ، ما لم يبطل التصرف به .

واما المنجز : فان كان عن حق واجب عليه قبل المرض ، فلا اشكال في خروجه عن محل النزاع ، وانه ينفذ من الأصل

وان كان عن حق وجب عليه في مرضه بسبب من الأسباب ، فان كان من التسييبات القهرية كالانلاف ونحوه ، نفذ من الأصل - بلا خلاف أيضاً - . وان اوجد السبب في المرض اختياراً . وان كان من قبيل الاستدانة المجانية كالضمان تبرعاً عن الغير ، والكفالة التبرعية الموجبة لغرامة ما على المكفول عند تعذر احضاره ، فالظاهر نفوذه من الأصل ايضاً ، خلافاً لبعض كالمحقق في (الشرائع) (١) لأن التصرف انما هو في نفسه وذمته ، دون ماله المتعلق به حق الوارث على القول بنفوذه من الثلث وان استتبع الوفاء

= الوفاء به ، لأن النذر تكليف ، وهو محال في غير المقدور ، ولقوله (ص) : « لا نذر فيما لا يملك ابن آدم » - كما في سنن أبي داود ج ٣ باب النذر فيما لا يملك - وهل يكتفى بتحقيق ذلك الشرط حين النذر - فقط - أم لا بد من استمراره الى حين الوفاء بالنذر ؟ فان اكتفى بمحض تحققه حين العقد كما - في المتن - فيصح النذر المقيّد بالموت ، لتحقق التملك والقدرة حينئذ - . والا فيشكل صحة النذر (التفصيل في كتاب النذر من كتب الفقه الموسعة) .

(١) قال - في لواحق كتاب الضمان ضمن مسائل - : « الثانية اذا ضمن المريض في مرضه ومات فيه ، خرج ماضيه من ثلث تركته على الأصح - » ويظهر رأيه ايضاً في مسائل القسم الثاني من لواحق كتاب الوصية الخاص بتصرفات المريض .

من ماله فإن الذمة غير داخلية في الحجر المسبب عن المرض ، كما أنها غير داخلية في الحجر المسبب عن الفلس بعد أن كان الحجر فيه متعلقاً بالمال دون الذمة .

لا يقال بالفرق بين الحجر لفلس والحجر لمرض بتقريب : ان شغل الذمة في الأول لأبزاحم حق الغرماء بناء على اختصاص الحجر فيه بالموجود من المال بخلاف الذمة هنا فإنها تزاحم حق الوارث لتعلق حقه بماله الموجود ، وبما يوجد عند تحققه الى زمان الموت ، والوفاء انما يكون من ماله الذي لا يمكن فرض تحققه إلا متعلقاً به حق الوارث ، فالذمة هنا مزاحمة لحقوق الورثة ، وفي الفلس لا تزاحم حقوق الغرماء ، فالضمان مثلاً يستلزم تفويت مال على الوارث اولاه لكان موروثاً له .

لأننا نقول : لا يجدي الفرق المذكور لو سلم بعد أن كان الضمان بنفسه ليس تصرفاً في المال الممنوع عنه ، وبه يتحقق عنوان الدين المقدم على حق الوارث ، ضرورة أنه لا إطلاق في معقد إجماع أو متن رواية بالنسبة الى ما يمنع عنه في مرضه حتى يعارض مادل على نفوذ الدين من الأصل بنحو العموم والخصوص المطلق أو من وجه حتى يمكن تقديمه عليه ، بل الدليل الدال على نفوذه من الثلث بعد تسليمه وارد في موارد مخصوصة ، وإنما يتسرى منها الى ما يكون مثلها بعد القطع باتحاد المناط ، فيبقى دليل تقدم الدين سليماً عن المعارض مندرجاً تحت الأصول والقواعد الموجبة لنفوذه من الأصل .
وأما النذر المطلق المتبرع به الواقع في مرضه : فإن كان متعلقاً بمال في ذمته نفذ من الأصل أيضاً ، كما لو نذر في الصحة لما عرفت في الدين (١) وينفذ من الثلث - بناء عليه - لو تعلق بعين من أمواله ، كما لو نذر في مرضه (١) وذلك من التعليل الذي ذكره - آنفاً بقوله : لأن التصرف انما هو في نفسه وذمته ، دون ماله .

أن يعطي فوراً من أفرامه أو كتاباً من كتبه ، للمنع عن التصرف فيه المرجب لعدم انعقاد النذر عليه فيما زاد على الثلث الا بالاجازة ومنه يظهر الوجه في التفصيل فيما لو اشترى من يعتق عليه في مرضه بين ما لو اشتراه بضمن في الدمة فان الثمن دين والانعقاد قهري بحكم الشرع ، وما لو اشتراه بعين من أمواله ، فان الانعقاد وان كان قهرياً الا أن الثمن مفوت على الوارث ، فينفذ من ثلثه ، وفي الزائد يتوقف على الاجازة ، من غير فرق بين كون الشراء بملزم كالنذر أو بغير ملزم في الصورتين .

ودعوى أن بذل الثمن المعين فيه انما هو بازاء ما يساويه في القيمة ومثل هذه المعاوضة ينفذ من الأصل بلا خلاف ، لعدم المحاباة فيه : (مدفوعة) باتحاد المناط بينه وبين المحاباة في صدق النفويت عرفاً عند الاقدام على هذه المعاوضة بعد احراز عدم سلامة المعوض له فتأمل .
ولو تصدق طلباً للعافية لالرجاء الثواب فكبذل الأجرة للطبيب وشراء الدواء في نفوذه من الأصل أيضاً .

بل ينفذ منه أيضاً بذل كل ما تعود منفعته لنفسه كمؤنته ومؤونة عياله وأضيافه ولو بنحو التوسعة ، كما لو وقع منه ذلك في حال الصحة ، بلاخلاف أجده فيه . ولو أجاز المريض المعقود على ماله فضولاً بما يفيد التملك بالمحاباة أو مجاناً . بناء على جريانه في غير البيع أيضاً ، نفذ من الثلث على القول به ، بناء على النقل ، وكذا على الكشف لو وقع العقد في المرض أيضاً ولو وقع قبله فالأظهر ذلك أيضاً لكون الاستناد إلى المالك إنما هو بالاجازة الواقعة في المرض ، لاسيما على الكشف الحكيم . ويحتمل نفوذه من الأصل فيه على الكشف الحقيقي (١)

(١) أي بناء على جريان العقد الفصولي في غير البيع من أنواع -

ثم إن التصرف الممنوع عنه يعم التصرف في العين أو المنفعة المملوكة بحيث لولاه لكان موروثاً ، فلا يشمل تصرفه هاجارة نفسه بدون أجره المثل ،
- العقود - كما هو الصحيح - لانطباق الأدلة عليه .

أقول : ذكر فقهاؤنا رضوان الله عليهم - في كتاب البيع من موسوعاتهم الفقهية : أن من جملة شروط المتعاقدين أن يكونا نافذتي التصرف - فعلاً - وفرعوا على ذلك مسألة عقد الفضولي وهو الشخص الثالث الكامل للتصرف ، غير المتعاقدين وهو : إما أن يعقد للمالك ، أو لنفسه ، والأول : فقد يسبقه منع المالك ، وقد لا يسبقه

والقدر المتيقن من شمول أدلة الجواز والصحة هو للفضولي العاقد للمالك غير المسبوق بالمنع ، وإن قيل بالبطلان لأدلة ضعيفة .

وأما في صورة سبق المنع من المالك ، فالقول بالبطلان معروف ، وإن كان الأقوى والأشهر الصحة أيضاً لشمول الأدلة العامة له .

وكذلك الكلام في الصورة الثالثة المتمحضة في الغاصب - غالباً - فقد اشتهر القول بالبطلان لعدة أدلة ، ولكن الحق والأشهر هو الصحة لشموليته أيضاً للعمومات غير المفرقة بين المقامين .

هذا وقد اختلفوا في أصل جواز عقد الفضولي وعدمه مطلقاً ، والتفصيل المذكور بين العاقد للمالك - بقسميه - جوازاً ، ولنفسه منعاً . والتفصيل بين العقود جوازاً ، والابقاعات منعاً ، إلى غيرها من الخلافات المفصلة في بابها من كتب الفقه . ولكل قول أدلة ومؤيدات ، لا يسهل المجال استعراضها . والظاهر - كما تعرضه الأدلة المفصلة في مضامنها - صحة عقد الفضولي بل وابقاعه أيضاً ، للعمومات الشاملة لجميع الأنواع ، ولخصوص بعض الأدلة الواردة في موارد التفصيل المذكورة .

وكذلك - بناء على صحة الفضولية - لا فرق بين كون الثمن -

وتزويج المرأة نفسها بأقل من مهر المثل ، لعدم التفويت على الوارث بخلاف نقل منفعة العبد أو الأمة بدون المثل لدخولها في المحياة بعد أن كانت متمولة

= شخصياً ، أو كلياً في ذمة الأصيل ، كما لا فرق أيضاً في صحة الفضولي بين العقود اللفظية أو المعاطاة - على القول بإفادتها للملك في نفسها - : ولا بد أن يتعقب عقد الفضولي - بناء على جوازه مطلقاً أو على بعض التفصيلات الآتية الذكر - : أما اجازة المالك ذلك العقد - بحكم كونه أحد طرفيه ، فيصح ، وأما الرد ، فيبطل . فالكلام - بإيجاز إذا - حول الاجازة ، والمجيز ، والمجاز ، فنقول :

أما الاجازة بالنسبة الى عقد الفضولي ، فلا بد من حصولها في تصحيحه : أما بناء على كونها جزء السبب في التأثير ، أو شرط الصحة على غرار الشرط المتأخر - بناء على امكانه في نفسه - أو شرطية وصف التعقب المقارن للعقد - كما ستعرف - وعلى كل فقد اختلفوا في تخريج ارتباط الاجازة المتأخرة بالعقد المتقدم على اقول :

الأول - النقل ، أي انها ناقلة ومصححة للعقد من حين صدورها من المالك ، ولا تترتب آثار العقد من النقل والانتقال والثمرات الأخرى إلا من حين صدورها ، لامن حين صدور العقد ، حتى كأن العقد الصحيح وقع من الآن ، لامن ذي قبل .

هكذا قيل في تصور النقل ، وإن أشكل عليه بلزوم تأثير المعلوم ، فإن العقد المتقدم - حال الاجازة المتأخرة - معدوم ، وليست الاجازة تمام السبب في النقل ، بل هي أما جزؤه مع العقد ، أو شرط صحته ، وتام السبب هو العقد .

ولكن الحق صحة التصوير ودفع الأشكال بأن العقد ليس نفس الألفاظ حتى ينعدم بتصرم الزمن ، وانها هو المعنى الاعتباري الحاصل من -

مملوكة ، بل ولا يشمل ما كان من الحقوق باسقاطها نحو حق الشفعة وحق الخيار ، وإن كان مآله المال ، بخلاف الإبراء من الدين .

- الألفاظ الى حين الإجازة ، فهي ليست لاحقة بأمر معدوم ، وليس للمعدوم - وهو الألفاظ - أي صعيدية في ترتب الآثار والأحكام .

الثاني - الكشف ، بمعنى أن الإجازة المتأخرة كاشفة عن صحة العقد السابق ، وباعثة على ترتب الآثار من حينه ، لا من حينها ، حتى كأن الإجازة وقعت مقارنة للعقد

وربما قبل بامتناع الكشف على هذا التصوير لاستلزامه القول بالشرط المتأخر ، وهو محال التعقل كتأثير المعدوم ، وتقدم المعلول على علته ،

ولكن الحق إمكان تصور الشروط المتأخرة في التشريعات - كالتكويذات -

ولذلك عدة تخريجات ، منها على رأي المحقق الخراساني - قدس سره -

في كفايته : من أن العلة في الأمور الاعتبارية التي لا وجود لها إلا بمنشأ

انتزاعها ليس الا لحاظ ماهو منشأ الانتزاع ، فكما يمكن لحاظ المقارن يمكن

لحاظ المتقدم والمتأخر على حد سواء . ومنها على رأي صاحب الفصول

- على ما حكي عنه - من أن شرط الصحة في العقد الفضولي ، هو وصف

تعقب الإجازة ، لانفسها ، وهذا الوصف وانعوان حاصل حين العقد ،

فليس من قبيل الشرط المتأخر واقعاً .

وبظهر من القائلين بالكشف أنهم صوروه بتصويرات ثلاثة :

كشف حقيقي بمعنى أن الإجازة المتأخرة تكشف عن تأثير العقد من

حين تحققه تأثيراً تاماً ، وهو القول المشهور بين الفقهاء الذين يتهمون

تأثير الشرط المتأخر - بالرغم من تأخر زمانه .

وكشف تعديدي ، وهو نفس الأول مع تخريج التأخير بتصوير اللحاظ

- كما عليه الآخوند - أو التعقب - كما عليه الفصول - وذلك مذهب =

فظهر أن محل النزاع إنما هو في المنجزات المتبرع بها ، تملكاً كان أو فلك ملك مجازاً أو بمعاوضة محاباة .

= غير المنتهضمين لتأثير الشرط المتأخر من الفقهاء فيها - بحسب الواقع - معنى واحد ، ، وإن اختلفا بحسب المبنى ، والتخريج .
وكشف حكيم ، وهو معنى وسط بين الكشف الحقيقي ، والنقل ، والتفصيل بين آثار العقد وأحكامه في ترتيب بعضها من حيث العقد وتعطيل بعضها الآخر إلى حين الاجازة ، فالاجازة المتأخرة لا تؤثر بالنقل والانتقال في الملكية من حين العقد ، ولكنها تؤثر - من حينه - في النماءات غير المملوكة ، فهو من حيث ترتيب النماءات غير المملوكة ، كشف حقيقي ، ومن حيث عدم ترتيب ملكية المبيع إلى المشتري الأصل ، نقل حقيقي ، ولهذا كان وسطاً بين الاثنين .

وهناك ثمرات وآثار تختلف في ترتيبها باختلاف المباني في الاجازة بين الكشف بأنواعه والنقل ، ولعل من أهمها موضوع النماءات الحاصلة بعد العقد ، فبناء على الكشف الحقيقي والتعديدي هي لمن التقلت العين إليه ، وهو المشتري الأصل ، وعلى الكشف الحكمي والنقل هي لمن انتقلت عنه ، وهو المالك .

وهناك ثمرات بين أنواع الكشف والنقل ذكرت في أبوابها من كتب الفقه ، لا يسعنا استعراضها في هذا المجال .

ثم إن الأنسب بالقواعد من أقوال الاجازة هو النقل ثم الكشف الحكمي ثم التعديدي . وأما الحقيقي - مع اعتبار الاجازة جزء سبب أو شرطاً للتأثير ، فمشكل بدون تأويل وتخريج - كما عرفت - . والاجازة من المالك قد تكون بالقول الصريح مثل (أجزت وأمضيت) ونحوهما ، وقد =

إذا عرفت ذلك ، فنقول : ليعلم أولاً ، إن معنى كون المنجزات من الأصل - على القول به - واضح ، ومعناه - على القول به من الثلث - تكون بغيره ، كالكتابة والإشارة والفعل ، وكل ما يدل بصراحة على الرضا بمضمون العقد .

ولا تورث الإجازة ، لأنها من الأحكام ومن شؤون السلطنة على الملك ، وليست من الحقوق القابلة للارث . ويلبغى مطابقة الإجازة للعقد المجاز ، إطلاقاً وتقييداً من حيث الثمن والمثمن ، والاعتبارات الأخرى ، لأنها من متمماته ، سواء قلنا بكونها جزء سبب أو شرطاً في الصحة . ويشترط في الإجازة : أن لا يسبقها الرد من المالك ، لأنها تجعل المجيز أحد طرفي العقد ، فلا بد من تحقق رضاه به ، ومع سبق الرد لا يتحقق ذلك .

ولا تعتبر الفورية فيها ، بل للمالك حق الإجازة أو الرد في أي وقت شاء ، بحكم ارتباط العقد به ، ولصدق العمومات عليه كآبني البيع ، والعقود في أي وقت ، غاية الأمر أن يفتح باب خيار الفسخ للمشتري الأصل عند تضرره بالتأخير .

وأما المجيز - وهو المالك - فلا بد من كونه جازئ التصرف بالبلوغ والعقل ، والاختيار وعدم الحجر المالي لفلس أو سفه ونحوهما أو مرض موت بناء على عدم نفوذ منجزات المريض من الأصل كما هو الحق في المسألة - بلافرق في ذلك بين البناء في الإجازة على الكشف - بأنواعه - أو النقل .

وهل يكفي توفر ذلك الشرط - وهو جواز التصرف - حين الإجازة ، أم لا بد من تحققه حين العقد أيضاً ؟ قولان في المسألة :
والظاهر كفاية توفره حين الإجازة فقط ، وإن كان حين العقد ممنوع -

كونه موقوفاً مراعى إلى أن يكشف الحال بالبرء الكاشف عن النفوذ من الأصل من حين التصرف ، أو بالموت الكاشف عن نفوذه . من التثليث كذلك = التصرف ، فلو كان محجوراً حين العقد ، وارتفع حجره حين الاجازة صحت اجازته ، بخلاف العكس ، إذ الملاك صحة تصرفه فيما يؤول إليه من التصرفات بالخصوص ، فان الاجازة تصرفه ، والعقد تصرف غيره .

وأما المجاز - وهو عقد الفضولي - فلا كلام لنا في إعتبار مايعتبر في غيره من العقود اللفظية ، لانه من مصاديقها ، بحكم الأدلة المجوزة وإنما الكلام في أن الشروط ههنا هل يعتبر اجتماعها في العقد حين العقد ، أم لحين الاجازة ؟ ، أم من زمان العقد الي زمان الاجازة ؟ وجوه ثلاثة في المسألة ؟

والتحقيق - كما يترائي من أدلة المقام - التفصيل بين الشروط ، فبعضها دخیل في ماهية العقد وتقومه كالقصد والعقل والتميز والبلوغ - هل القول به - في المتعاقدين ، وكالمالية والملكية في العوضين ، وكالتنجيز والعربية - بناء عليها - في ألفاظ العقود ، فهذه ونحوها لابد من إعتبارها في حال العقد ، لإضافة إلى حال الاجازة ، إذ بدونها يخلل صدق العقدية حينئذ ، وعقد الفضولي - كما هو الحق - هو العقد المتكامل القابل للتأثير لولا رضا المالك .

وبعض الشروط ليس لها دخالة في تقوم العقد ككون المعاملة غير غريبة أو غير ربوية وكون العوضين هببر نجسي العين أو مجرمين كالخمر وآلات القمار ، ونحو ذلك ، فلا حاجة الى توفرها حين العقد ، بل يكفي توفرها حين تحقق الاجازة ، وان كانت حين العقد مفقودة .

(وفي كتاب البيع من الموسوعات الفقهية بحوث مفصلة وفروع مفيدة في الاجازة والمجيز والمجاز لا يسع المقام ذكرها) .

إذا كان بقدره ، ونفوذ قدر الثلث منه إذا كان قاصراً عنه ، وبطلانه في الزائد عليه مع عدم الاجازة من حين التصرف ، فيكون الموت كاشفاً عن تعلق حق للورثة بالمال من حين المرض الموجب لعدم نفوذ التصرف فيما لهم فيه حق الا باجازتهم ، كالوصية التي تبطل من حينها فيما زاد على الثلث مع عدم الاجازة

(وتوهم) الفرق بأن الوصية اخراج للمال عن الملك في زمان ينتقل فيه المال الى الورثة لا يملك منه الا الثلث ، وفي المقام اخراج له عن ملكه حينما يملك المال كله (فاسد) لانه يكفى في المنع تعلق حق الغير به كالأمر المنوع عن تصرف المالك فيه ، لتعلق حق الاستيفاء به ، وان كان مملوكاً له .

لا يقال : لم لانحكم بنفوذه من الأصل في الواقع ، وللوارث ابطاله عند الانتقال إليه ، فينفذ حينئذ من الثلث من حين الموت كالفسخ بالخيار الموجب للبطلان من حينه لا من حين العقد .

لأننا نقول : بعض التصرفات - بعد فرض وقوعه صحيحاً في الواقع - لا يمكن طرو الفساد عليه كالعتق الموجب للتحرير ، إذ لا يعود الحر ملكاً وكالوقف المأخوذ في معناه التأيد ، ولا قائل بالتفصيل بين ما يقبل طرو الفساد وغيره . هذا بالنسبة الى حكمة المسألة في الواقع : وأما في مرحلة الظاهر ، فهل للمالك المتصرف في مرضه تنفيذ تصرفه وتبسيط المعطى له على المال بالتسليم له ، أو التخليه بينه وبينه مطلقاً أم لا كذلك ؟ وجهان : والأوجه - بل الأقوى - هو الأول

ويحتمل التفصيل بين ما يسهه الثلث حين التصرف وما لا يسهه كذلك ، فله التنفيذ في الأول ، لأصالة سلامة المال عن التلف مع عدم تعيين حق الوارث في خصوص ما تصرف فيه ، وليس له ذلك في الثاني ، لأصالة

عدم تجديد مال له بعد التصرف حتى يتدارك به حق الوارث فيما تصرف فيه .
وفيه : أن شرط الصحة وفاء الثلث به عند الوفاة ، لاحتين التصرف ،
واصاله سلامة المان لا يثبت بها عنوان الوفاء عند الوفاة ، لأنها من الأصول
المتبعة التي لا معمول عليها (١) .

(١) المتيقن ان الشارع المقدس يأمر بعدم نقض اليقين والمضي عليه
الا بيقين مثله : وذلك هو معنى أصل الاستصحاب . أي أنه يوجب ترتيب
آثار الشيء المتيقن الثابتة بواسطة اليقين ، وتلك الآثار لابد أن تكون هي
الآثار الشرعية المجعولة من قبل الشارع لأله هو الأمر بترتيبها ولأنها هي
القابلة للجعل الشرعي دون غيرها من الآثار العقلية والعادية .
وعليه فان المتيقن المستصحب : اما أن يكون نفسه حكماً من الأحكام
الشرعية المجعولة من قبل الشارع كوجوب شيء أو حرمة أو اباحته وأمثاله ،
واما أن يكون من الموضوعات الخارجية أو اللغوية ونحوها كحياة زيد
وموته ، وكربة الماء ورطوبة الاناء وغير ذلك مما هو سوى الأحكام الشرعية
ومعنى الاستصحاب في القسم الأول هو أن المجعول في زمان الشك حكم
ظاهري مساو للحكم المتيقن في زمان اليقين في جميع الآثار المترتبة عليه ،
وذلك هو معنى وجوب البقاء عليه .

وأما في القسم الثاني فليس المجعول - في زمان الشك - جميع الآثار
المترتبة على المتيقن في زمان اليقين ، بل المجعول الآثار الشرعية منها فقط
دون العقلية والعادية ودون ملزوماته وما هو ملازم معه لملازم ثالث يشتركان
في الترتب عليه وغير ذلك ، فاستصحاب حياة زيد مثلاً معناه الأمر بوجوب
ترتيب الآثار الشرعية فقط - التي كانت في حال اليقين - حال الشك كحياة
أمواله وحرمة تزويج زوجته وأمثاله ، وليس معناه ترتيب جميع الآثار
حتى العادية والعقلية كاستمرار نموه ونبات شعره ونحوها . على أنه ربما -

ووجه الثاني وهو المنع مطلقاً - أن المريض بالمرض المعقب بالموت ليس له سلطنة تامة في ملكه كما كان له في حال الصحة ، وجواز التنفيذ فرع وجود السلطنة كذلك عليه ، وهو غير محرز بهد أن كان المرض مخفوفاً بظهور الامارات الردية الكاشفة غالباً عن تعقب الموت . نعم ليس له أن يتصرف تصرفاً منافياً للتصرف الأول ان كان ملزماً ، للزومه من قبله ، وان توقفت نفوذه على انكشاف الحال ، فهو نظير الأصيل في البيع الفضولي قبل الاجازة ، بناء على لزومه بالنسبة اليه (١) ، بل هنا أولى منه .
وفيه أيضاً أن مرجع الشك في الجواز وعدمه الى الشك في تعلق

- يترتب على تلك الآثار العادية حكم شرعي كما لو نذر الصدقة عند نبات شعر ولده ، ولكن المستصحب هو الحياة ، فلا بد أن يكون المترتب عليها مباشرة هي الآثار المجعولة شرعاً . وما سوى ذلك من ترتب الآثار العادية أو العقلية هي المصطلح عليها بالأصول (المثبتة) التي لا يعول عليها الشارع الأمر بالاستصحاب . ونأتي في التطبيق على ما نحن فيه فنقول : إن سلامة المال من التلف ليس بنفسه حكماً شرعياً حتى يصح إستصحابه على ضوء القسم الأول ، بل هو من الموضوعات الخارجية ، وعليه ففواؤه بالثلث وسعته له ليس من الآثار الشرعية للسلامة ليصح إستصحابه على ضوء القسم الثاني منه . وانما ذلك أثر عادي ولازم خارجي للمال لا ينتمي الى الشارع بصلة حتى يأمر بترتيبه على المال حال الشك ، كما كان حال اليقين ، الا على تخريج الأصل المثبت غير المعنبر شرعاً - كما عرفت - هذا بايجاز ، ولانفصيل مظانه من كتب الأصول .

(١) يريد بالأصيل : طرف الفضولي ، سواء كان بائناً أم مشترئاً ، فان المعاملة من قبله لازمة الى أن يأتي دور الاجازة أو الرد من قبل المالك الحقيقي ، وان لم يجوز له التصرف بما تحت يده حينئذ -

حق الغير به وعدمه ، والأصل عدمه ، وهو مقدم على الظاهر حيث فرض وجوده إلا في مورد قام الدليل على تقديمه عليه .

وبالجملة : ليس مطلق المرض سبباً للمنع عن التصرف وموجباً لتعلق حق الغير بالمال ، بل السبب المرض الخاص ، وهو المعقب بالموت ، فالشك فيه شك في وجود السبب ، والأصل عدمه ، وإستصحاب الساطنة السابقة على المرض محكم ، فالأقوى الجواز مطلقاً ، ولعله الوجه في قيام السيرة على عدم الضبط على المريض في تصرفاته والمنع عن بعضها ، منع أن القول بنفوذ من الثلث منسوب إلى مشهور المتأخرين ، بل في موضع من (المسالك) إلى عامتهم (١) ومنه يظهر ضعف الاستدلال به للقول بنفوذ من الأصل كما ستعرف .

هذا ولا فرق فيما ذكرنا من جواز التنفيل مطلقاً بين كون المنع عن التصرف لتعلق حق الغير به ، أو للتعب ، وإن كان الحكمة الارتفاع بالوارث لأن الشك فيه حيثئذ شك في التكليف ، والأصل عدمه ، غير أن الأصل فيه على الأول موضوعي ، وعلى الثاني حكمي (٢) .

(١) قال الشهيد الثاني - رحمه الله - في كتاب الوصايا القسم الثاني من اللواحق في تصرفات المريض عند شرحه لقول المحقق : وأما منجزات المريض إذا كانت تبرعاً إذا تقرر ذلك فنقول : يختلف الأصحاب في تصرفات المريض المنجزة المتبرع بها على ذلك الوجه ، فذهب الأكثر ومنهم الشيخ في المبسوط والصدوق وابن الجنييد وسائر المتأخرين إلى أنها من الثلث كغير المنجزة

(٢) والفرق بينهما أن الأصل الموضوعي ما كان فيه مجرى الاستصحاب من الموضوعات الخارجية كحياة زيد وموته - مثلاً - والأصل الحكمي ما كان مجرى الاستصحاب فيه حكماً من الأحكام الشرعية كوجوب الامتنال وحرمة -

ج ٣) (الفرق بين كون المنع عن تصرف المربض لحق الغير أو للتعبد، وثمرة الخلاف) - ٣٣ -

نعم ربما يظهر الفرق بينهما في نفوذ الاجازة وتأثيرها لو أجال قبل الموت على الأول ، لتضمنها معنى الاسقاط ، وعدمه على الثاني ، لعدم جريانها في الأحكام .

اللهم الا أن يقال بتأثيرها ، وإن لم يتعلق حق بالمال ، كالوصية التي تنفذ فيما زاد على الثلث لو أجاز الوارث في حياة الموصي وصحته ، بناء على الأشهر فيه ، مع عدم تعلق حق للوارث بالمال حين الاجازة ، وليس معنى الاجازة فيها الا الرضا بعدم الارث ، لا الاسقاط الذي لا يتعقل قبل ثبوت الحق ، فليكن هنا كذلك وان قلنا به للتعبد :

ولكن فيه مع ذلك : أن لزوم الالتزام بعدم الارث في الوصية - على القول به - إنما هو لقيام الدليل عليه فيها المحمول على ذلك ، دون الاسقاط المفروض كونه من إسقاط ما لم يجب ، ولم يقدّم مثله دليل في المقام حتى يجب حمله على ذلك .

وعليه فتظهر الثمرة بينهما في ذلك ، بل ربما احتمال ظهور الثمرة بينهما أيضاً في نفوذ اقراره في مرض الموت على تقدير كون المنع للتعبد ، لأن المنع عن التصرف لذلك لا يستلزم المنع عن نفوذ الاقرار بعدم عموم دليله ، وعدم نفوذه على تقدير كون المنع مسبباً عن تعاق حق الغير به - لكونه حينئذ من تعلق الاقرار بحق الغير فلا ينفذ ، ولذا وقع الخلاف في نفوذه من أهل القول بنفوذ المنجزات من الثلث كما ستعرف .

وهو فاسد في كل من طرفيه ؛ أما الأول ، فعلى اطلاقة لأنه يمكن أن نقول بنفوذ المنجز من الثلث تعبداً ، ونقول - مع ذلك - بعدم نفوذ - الارتكاب مثلاً ، ففي مثال مانحن فيه : يكون إستصحاب تعلق حق الغير موضوعياً ، لا ترتب عليه إلا آثاره الشرعية المجعولة فقط ، بخلاف ما إذا كان المنع للتعبد الشرعي فإنه ، إستصحاب حكمي بنفسه .

الاقرار مع التهمة ، للدليل الدال على عدمه معها ، المخصص لعمومات أدلة الاقرار . وأما الثاني فلأن حق الوارث بناء عليه إنما هو متعلق بمال المورث وتركنه التي ليس المقر به منها يحكم أدلة الاقرار ، ولا يقاس بعدم نفوذه في المفلس المحجور عليه لو أقر بالعين دون الدين ، إذ لعل المانع عنه فيه هو حجر الحاكم الذي هو بمنزلة حكمه الناقل لا لتعلق حق الغرماء ، وإن علل به في بعض عباراتهم ، لكونه من المصادر المحضة (١) ، كيف ولولاه لأمكن دعوى نفوذ إقراره فيه أيضاً ، كما قيل به ، وإن كان الأقوى عدم نفوذه هناك ونفوذه في المقام :

إذا بين لك ذلك كله ، فلنرجع الى الأقوال في المسألة وأدلتها فنقول : القول بنفوذه من الأصل هو المحكي عن (المفنعة) واختاره الشيخ (في النهاية) والخلاف ، وهو ضريح (الانتصار) و (الغنية) وبني حمزة والبراج وادريس و (كشف الرموز) والشمي (ره) في (أجوبة مسائله) وجدي في (الرياض) وولده الخال في (المناهل) وصاحب (الخدائق) حاكياً له أيضاً عن الشيخ الحر العاملي ، والمحدث الشيخ عبد الله بن صالح البحراني ، واختاره المقدس الأردبيلي في (شرح الارشاد) والمبزواري في (الكفاية) وشيخنا المرتضى في بعض تحريراته ، وعرضا الأستاذ في (ملحقات برهانه) بل في (السرائر) : انه الأظهر بين الطائفة ، وفي موضع آخر منه : أنه الصحيح من المذهب ، وفي (الكشف الآبي) نسبته الى الأكثر وقيل : أنه المشهور عند القدماء ، بل في (الانتصار) و (الغنية) دعوى الإجماع عليه :

وها نتلو عليك جملة من عباراتهم تسهيلاً للوقوف عليها عند الحاجة : قال الشيخ في (هبة النهاية) : « والهبة في حال المرض صحيحة

(١) المقصود من المصادر : هو فرض الحكم والدعوى بلا دليل ..

إذا قبضها وليس للورثة الرجوع فيها ، فإن لم يقبضها ومات كان ما وهب راجعاً إلى الميراث ، وكذلك ما يتصدق به في حال حياته ، والبيع في حال المرض صحيح كصحته في حال الصحة إذا كان المريض مالكا لرأيه وعقله (١) وقال في (الخلاف في باب الهبة) : « إذا وهب في مرضه المخوف شيئاً وأقبضه ثم مات فمن أصحابنا من قال : لزمت الهبة في جميع الموهوب ، ولم يكن للورثة فيها شيء ، ومنهم من قال : يلزم في الثلث ويبطل فيما زاد عليه ، وبه قال جميع الفقهاء ، دليلنا على الأول : أخبار الطائفة المروية في هذا الباب ، والرجوع إليها هو الحجة في هذه المسألة (٢)

وفيه أيضاً في باب الوصية : « تصرف المريض فيما زاد على الثلث إذا لم يكن منجزاً لا يصح بلا خلاف ، وإن كان منجزاً مثل العتاق والهبة والمحابة فلأصحابنا فيه روايتان : لأحدهما أنه يصح . والأخرى أنه لا يصح وبه قال الشافعي وجميع الفقهاء ، ولم يذكروا فيه خلافاً . دليلنا على الأول الأخبار المروية من طرق أصحابنا ذكرناها في الكتاب الكبير » (٣)

وفيه أيضاً في باب الشفعة : « إذا باع في مرضه المخوف شقصاً وجاني فيه من وارث صح البيع ، ووجب به الشفعة بالثمن الذي وقع عليه البيع ، وعند الفقهاء يبطل البيع لأن المحابة هبة ووصية ، ولا وصية أوارث ، ويبطل في قدر المحابة - إلى أن قال - دليلنا أن هذا بيع صحيح فمن جعل المحابة فيه وصية فعليه الدلالة ، (٤) .

(١) راجع : كتاب الوصايا ، باب الاقرار في المرض والهبة فيه ، ص ٦٢٠ طبع دار الكتاب العربي بيروت .

(٢) راجع : مسألة (٢١) وهي آخر مسألة من كتاب الهبة .

(٣) راجع : مسألة ١٢٤ من كتاب الوصايا . ويقصد بالكتاب الكبير : التهذيب .

(٤) راجع : مسألة ٤٠ من كتاب الشفعة .

وقال في (السرائر) في (باب الهبات) : « اذا وهب في مرضه المخوف شيئاً وأقبضه ثم مات فمن أصحابنا من قال : تلزم الهبة في جميع الشيء الموهوب ، سواء كان الثلث أو أكثر من الثلث ، وهو الصحيح من المذهب الذي تقتضيه الأصول » (١) .

وأيضاً فيه في باب الوصية : « لأن ذلك ليس بتدبير ، وإنما ذلك عطية منجزة في الحال ، والعطايا المنجزة صحيحة على الصحيح من المذهب لا تحسب من الثلث ، بل من أصل المال » (٢) .

وأيضاً في موضع آخر منه : (قال محمد بن ادريس (ره) ان أراد بأنه هت عتقه في حال حياته ولم يجعله مديراً بعد موته فإنه ينعق جميعه ولا يستسعى في شيء لأن هذه عطية منجزة في الحال - الى أن قال - : الا على مذهب من قال من أصحابنا أن العطايا المنجزة تكون أيضاً مثل المؤخرة تخرج من الثلث اذا كانت في مرض المورث ، والأول هو الأظهر بين الطائفة وعليه الفتوى وعليه العمل » (٣) .

وفيه أيضاً في باب المهور من كتاب النكاح : « والصحيح أنها اذا

(١) راجع باب الهبات والنحل من كتاب الوقوف والصدقات ص ٣٨٢ الطبعة الثانية المطبعة العلمية في قم سنة ١٣٩٠ هـ .

(٢) راجع باب الوصية من كتاب الصدقات ص ٣٨٦ الطبعة الثانية في قم ، أثناء عرض مسألة : ما اذا أوصى بعق عبده وكان عليه دين .

(٣) المسألة في كتاب الصدقات ، باب الوصية المبهمة والوصية بالعنق ص ٣٩٠ من الطبعة الآتية . وهذه الجملة ذيل لسكلام الشيخ الطوسي رحمه الله وأصل المسألة هكذا : قال شيخنا رحمه الله في نهايته : وإن أعنت مملوكاً له بعد موته ولا يملك غيره أعنت ثلثه واستسعى فيما بقي لورثته ، قال محمد

ابن ادريس : . . .

أبرأته من مهرها سقط جميعه ، وصح الإبراء لأن هذا جميعه ليس بوصية وإنما هو عطية منجزة قبل الموت والوصية بعد الموت ، وإنما هذه الرواية على مذهب من قال من أصحابنا : إن العطاء في المرض ، وإن كان منجزاً يخرج من الثلث مثل العطاء بعد الموت ، والصحيح من المذهب أن العطاء المنجز في حال مرض الموت يخرج من أصل المال لا من الثلث لأنه قد أهانها من ماله وتسلمها المعطى وخرجت من ملك المعطي ، لأنه لا خلاف أن له أن ينفق جميع ماله في حال مرضه ، فلا كان ما قاله بعض أصحابنا صحيحاً لما جاز ذلك ولما كان يصح منه النفقة بحال » (١) .

وقال السيد في (الانتصار) : « وما انفردت به الامامية أن من وهب شيئاً في مرضه الذي مات فيه إذا كان عاقلاً مميزاً تصح هبة ولا يكون من ثلثه ، بل يكون من صلب ماله ، وخالف باقي الفقهاء في ذلك وذهبوا الى أن الهبة في مرض الموت محسوبة من الثلث ، دليلنا الإجماع المتعدد ، ولأن تصرف العاقل في ماله جائز ، وما تعلق للورثة بماله حق ، وهو حي ، فهبته جائزة ، ولذلك صح بلا خلاف نفقة جميع ماله على نفسه

(١) راجع هذه المسألة في باب المهور من كتاب النكاح ص ٣٠٣ من الطبعة الآتفة الذكر ، والعبارة هذه تنفع مسألة ما إذا ألجأت المرأة زوجها من جميع مهرها في حال مرضها ولم تملك سواء . وقبل هذه العبارة هكذا : وروي أنه لا يجوز للمرأة أن تبرئ زوجها من صداقها في حال مرضها إذا تملك غيره ، فإن أبرأته سقط عن الزوج ثلث المهر وكان الباقي لورثتها ، أورد هذه الرواية شيخنا في نهايته إيراداً لا اعتقاداً ، كما أورد أمثالها مما لا يعمل هو به ورجع عنه ، لأنها مخالفة للدلالة لأن الإنسان العاقل الغير مولى عليه مساط على التصرف في ماله ، يتصرف فيه كيف يشاء ، والصحيح

في مأكّل ومشرب ، (١) .

وقال في (الغنية في باب الهبة) : « والهبة في المرض المتصل بالموت محسوبة من أصل المال لا من الثلث بدليل الاجماع المشار اليه ، (٢) .
وقال ابن البراج في الوصية : « اذا جمع بين عطية منجزة وعطية مؤخرة دفعة واحدة ولم يخرجها من الثلث كيف يفعل بهما ؟ الجواب : اذا جمع بين ذلك ولم يخرجها من الثلث قدمت العطية المنجزة لأنها سابقة وتلزمه في حق المعطي فيجب فيها ما ذكرناه من التقديم على المؤخرة التي لم تلزم انتهى ، فنأل (٣) .

وقال في الرسالة في باب الوصية : « فان أوصى في حال الصحة أو في المرض لغير المخوف أو المشتبه ونجز كان من أصل المال ، انتهى (٤)
وظاهره يعطي القول به من الثلث وان كان المحكي عنه على لسان غير واحد القول به من الأصل

وفي (كشف الرموز) بعد ذكر أدلة القولين : « والأشبه أن جميع تصرفاته من الأصل لوجوه - الى أن قال - الرابع : لفتوى أكثر

(١) راجع (الانتصار للمرتضى) بعنوان مسائل شتى : مسألة في الهبة أيضاً : ص ٢٢٤ طبع النجف الأشرف سنة ١٣٩١ هـ .

(٢) راجع : الغنية للسيد أبي المكارم بن زهرة المطبوعة لعمد الجوامع الفقهية) : فصل في الهبة :

(٣) راجع كتاب : جواهر الفقه للقاضي بن البراج المطبوع ضمن الجوامع الفقهية في ايران آخر باب المسائل التي تتعلق بالوصايا .

(٤) وتنمة العبارة هكذا : وان لم ينجز كان من الثلث ، راجع الوسيلة الى نيل الفضيلة لابن حمزة المطبوع ضمن الجوامع الفقهية بعنوان فصل في بيان أحكام الوصية .

الأصحاب (١) وقال السبزواري في (الكفاية) : وأما التبرعات المحضة كالهدايا والصدقات وما في حكمها كالبيع بأقل من ثمن المثل والشراء بأزيد منه في القدر الزائد مما أخذه من العوض ، فاختلف الأصحاب في حكمها فقيل لأنها تمضي من الثلث ، وقيل : من الأصل ، وهو أقرب ، للاصل ، (٢) .

وأما القول بنفوذه من الثلث ، فهو مذهب جم غفير من الأصحاب نقلوا عليك أيضاً جملة من عباراتهم :

قال الشيخ في (المبسوط) في باب الوصية : رجل أعتق عبداً له ، لآمال له غبر ، في مرضه المخوف ، نظر فيه : فإن لم يجزه الورثة بطل العتق في ثلثي العبد ، وصح في الثلث ، ويكون الولاء في الثلث له ، (٣) .

(١) كشف الرموز للمحسن البوسفي الآبي ، وهو كشف وشرح لرموز كتاب (المختصر النافع) لاستاذه المحقق الخلي ، ولعله أول شرح لهذا الكتاب . والكتاب لا يزال من نفائس المخطوطات ، بقول السيد بحر العلوم في رجاله المطبوع (ج ٢ ص ١٨٢) : في آخر الحديث عن الكتاب ومؤلفه : « وعندي من كتابه نسخة قديمة بخط بعض العلماء ، وعليها بخط العلامة المجلسي - طاب ثراه - وفي آخرها : ان فراغه من تأليف الكتاب في شهر شعبان سنة اثنتين وسبعين وستائة ، وتاريخ نقل النسخة سنة ثمان وستين وسبعمائة » .

(٢) راجع : أخريات كتاب الوصية ، الثالثة - من مسائل تصرفات المريض وقبل كلمة : (للاصل) هذه الجملة : وهو أقرب ، مع قبول الأحاديث المعارضة للمحمل على الوصية وعدم إبطالها عن ذلك ، كما فعل مولانا . « .

(٣) راجع ذلك في أوائل كتاب الوصايا (ج ٤ ص ١٠) طبع المكتبة المرتضوية ايران .

وقال في (الغنية) في عتق المالك عبده : « العتق في مرض الموت من أصل التركة ، ان كان واجباً ، وان كان متبرعاً به فهو من الثلث » (١) . وفي (النافع) في كتاب الوصية : « الثامنة - تصرفات المريض : ان كانت مشروطة بالوفاء فهي من الثلث ، وان كانت منجزة وكان فيها محاباة أو عطية محضه ، فقولان ، أشبههما أنها من الثلث » (٢) . وفي موضع آخر منه في الوصية أيضاً : « ولو أعتق مملوكه عند الوفاة أو وصى بعتقه - ولأمال له سواهم - أعتق ثلثهم بالقرعة » (٣) . وفي باب الحجر منه أيضاً : « والمريض ممنوع من الوصية بما زاد عن الثلث ، وكذا في التبرعات المنجزة على الخلاف » (٤) .

وقال في (انشرايع) في باب الحجر : « والمريض ممنوع من الوصية فما زاد عن الثلث إجماعاً ، ما لم يحجز الورثة ، وفي منعه من التبرعات المنجزة الزائدة عن الثلث خلاف بيننا ، ونالوجه المنع » (٥) . وفي كتاب الوقف منه أيضاً : « أما لو وقف في مرض الموت : فان أجاز الورثة ، وإلا أعتبر من الثلث كالهبة والمحاباة في البيع ، وقبل :

(١) بهذا المضمون - لابن عاصم - يوجد في فصل الهبة من كتاب الغنية .

(٢) المختصر النافع للمحقق الحلبي ، كتاب الوصايا ، آخر أحكام

الوصية ص ١٩٣ طبع النجف .

(٣) نفس المصدر الآنف ، وأرائل المسألة هكذا : « الخامسة

إذا وصى بعتق عبده أو أعتقه عند الوفاة ، وليس له سواه ، إنعتق ثلثه ولو أعتق ثلثه عند الوفاة ، وله مال ، أعتق الباقي من ثلثه . . . » .

(٤) أنظر : آخر كتاب الحجر ص ١٧٠ من نفس الطبعة .

(٥) راجع : آخر الفصل الأول من كتاب الحجر ، أول ص ١٠٢

من ج ٢ طبع النجف سنة ١٣٨٩ هـ ،

بمضي من أصل الشراكة ، والأرل أشبه ، (١) .

وفي كتاب الهبة منه أيضاً : « السابعة إذا وهب في مرضه المخوف ويره صحت الهبة ، وإن مات في مرضه ولم تجز الورثة أعتبرت من الثالث على الأظهر » (٢)

وفي كتاب العتق منه أيضاً : « الحادية عشرة : العتق في مرض الموت بمضي من الثالث ، وقيل : من الأصل ، والأرل مروى » (٣) .
وقال العلامة في التبصرة « الخامس : المريض وتمضي وصيته في الثالث خاصة ، ومنجزاته المتبرع بها كذلك إذا مات في مرضه » (٤) .
وقال في وصيته أيضاً : « وتصرفات المريض من الثالث ، وإن كانت منجزة ، وأما الإقرار : فإن كان متهماً فكذلك والا فمن الأصل ، (٥) :

وقال في (التحرير) في كتاب الحجر : « الرابع عشر : المريض محجور عليه إلا في ثلث ماله في الترعات كالهبة والصدقة والعتق ، ولو
(١) راجع : أوائل كتاب الوقف : (ج ٢ ص ٢١٢) من نفس الطبعة .

(٢) راجع : آخر كتاب الهبات : (ج ٢ ص ٢٣٢) من نفس الطبعة .

(٣) راجع : آخر مسألة من الملحقات بالفصل الأول (ج ٣ ص ١١٠) من طبع النجف .

(٤) راجع : الفصل الثالث - من كتاب الديون - في الحجر وأسبابه الستة ، وهي : الصغر والجنون والسفه والملك والمرض والفلس . . .

(٥) راجع ذلك في آخريات الفصل الثالث في الوصايا من كتاب الهبات .

اشتمل البيع على الحباقة مضى ما قابل رأس المال من الأصل ، والزيادة من الثلث ، ولو أجازت الورثة صح جمع ما أجازوا فيه ، (١) .
وقال في كتاب الهبة منه أيضاً : « الثاني عشر : المريض ، اذا وهب وأقبض : فان برأ أو شرط ثواباً يوازن القيمة ، خرجت من صلب المال ، وان تبرع بالهبة ومات في ذلك المرض أخرجت من الثلث ، (٢) .
وفي كتاب الوقف منه أيضاً : « وأما المريض فان برأ من مرضه صح وقفه ، وان مات فيه أخرج من ثلث المال ، ولو أجاز الورثة خرج من الأصل ، (٣) »

وفي الوصية منه أيضاً : « تصرفات المريض قسمان : مؤجلة ومنجزة - الى أن قال - : وان وقعت في مرض الموت فقولان . أقربها خروجهما من الثلث ، وكذا اذا وهب في الصحة وأقبض في مرض الموت ، أما الاقرار : فان كان المريض متهماً كان من الثلث ، وان كان مأموناً أخرج من أصل المال » (٤) .

وفي كتاب العتق منه أيضاً : « وكذا لو أعتقه عند موته منجزاً ، ولا شيء غيره ، عتق من الثلث ، (٥) » .

وفي موضع آخر منه : « والعتق في مرض الموت من الثلث على

(١) راجع ذلك في آخر الفصل الأول من المقصد الرابع من كتاب الحجر برقم (يد) أي (١٤) بالحساب الأيجدي .

(٢) الفصل الثاني من كتاب الهبة بعنوان (يب أي ١٢)

(٣) راجع ذلك في خلال الفصل الثالث في شرائط الوقف من فصول المقصد الثاني في الوقف .

(٤) راجع : الفصل الثامن منه في تصرفات المريض بعنوان (آ) :

(٥) راجع : الفصل الرابع منه في الأحكام بعنوان (ط ٩) .

الأقوى ، (١) .

وموضع آخر منه : « العاشر : لو أعتق المريض ثلاثة متساوية هي الزركة ، فعتق أحدهم بالقرعة ، ثم ظهر عليه دين مستوعب ، بطل العتق والقسمة » (٢) .

وقال في موضع آخر بعده : « إذا نذر المريض العتق فالوجه أنه من الثلث » (٣) .

وقال في (التذكرة) في باب الوقف : « مسألة : يصح وقف المريض كما يصح وقف الصحيح ، إلا أن بين علمائنا خلافاً في أنه هل يمضي من الأصل أم الثلث ، والمعتمد الثاني » (٤) .

وقال بعده بمسألة : « تذييب : ولو وقف في مرض موته وعليه دين مستوعب بطل الوقف على الأقوى ، لأن منجزات المريض كالوصية عندنا » (٥) .

وقال أيضاً في كتاب العتق منه : « قد بينا أن الوصية تعتبر من الثلث فتمضي فيه خاصة ، وكذا التبرعات للصادرة في مرض الموت على الأقوى » ثم فرغ على وقوعها من الثلث فروعاً .

وفي (المختلف) : بعد نقل القول بالثلث عن جماعة قال : « وهو المعتمد » (٦) .

(١) راجع : (حرف ز أي ٧) من نفس الفصل .

(٢) راجع : رقم (ي أي رقم ١٠) من نفس الفصل .

(٣) راجع : رقم (يا أي ١١) من نفس الفصل الآنف :

(٤ و ٥) راجع المسألة العاشرة من مسائل البحث الرابع في

اللاوحي ، والتذييب في المسألة الحادية عشرة منه .

(٦) راجع : كتاب الهبات وتوابعها ، الفصل الخامس في الوصايا : -

وقال في (الارشاد) في باب الوصية : « وأما المنجزات الواقعة في مرض الموت المتبرع بها كالمهبة والعق ، ففيها قولان ، أقربهما أنها من الثلث ولو برأ لزمت لإجماعاً » (١) .

وفي الوقف منه : « ولو لإشترى المدبون المريض أباه ، لم يعتق إلا بعد الدين من الثلث ، ولو لإشتراه عصابة عتق قدر المحاباة . »

وقال في (القواعد) في باب الوصية : « الفصل الثالث في تصرفات المريض ، وهي قسمان - إلى أن قال - وأما المعجلة للمريض ، فإن كانت تبرعاً فالأقرب أنها من الثلث - ان مات في مرضه - وان برأ لزمت لإجماعاً ، (٢) :

وقال ولده في (الايضاح) في شرحه : « اختلفت الفقهاء في تصرفات المريض المنجزة المتبرع بها ، أعني التي بلا عوض غير الافرار ، فقال بعضهم : أنها من الثلث كالمعلقة بالموت ، وهو إختبار والذي المصنف والشيخ في (المبسوط) والصدوق وابن الجنييد ، ومفهوم قول الشيخ في (الخلاف) . وقال المفيد في (المقنعة) والشيخ في النهاية وابن البراج وابن ادريس أنها من الأصل ، والأول هو الأصح عندي ، لوجوه » (٣)

= مسألة : عطايا المريض المنجزة ، قال : وللشيخ قول آخر في المبسوط إنها من الثلث وهو قول الصدوق : . الخ .

(١) راجع : لإرشاد العلامة : المطلب الرابع في تصرفات المريض ضمن المقصد الرابع في الوصايا من كتاب العطايا .

(٢) راجع : قواعد العلامة : الفصل الثالث في تصرفات المريض ضمن المقصد الرابع في الوصايا ضمن كتاب الوقوف والعطايا .

(٣) راجع : (ج ٢ ص ٥٩٢ - ٥٩٤) الطبعة العلمية بقسم

وقال أيضاً في آخر المسألة : و خاتمة : المنجزة المتبرع بها
تشارك الوصايا في خروجها من الثلث عندنا ، وتأخرها عن الديون وتزاحم
الوصايا ، (١) .

وفي (القواعد) في كتاب الوقف منه : و لو وقف المريض على
ابنه وبنته ولا وارث غيرهما دفعة داراً هي تركته ، فإن أجاز لزم ، والا
صح في الثلث ، (٢)

وفي (جامع المقاصد في شرحه) : و أي لو وقف المريض على
ابنه وبنته - الى أن قال - فإذا رد لم يصح تصرفه فيما زاد على الثلث « (٣) .
وفي وصية القواعد أيضاً : و الفصل الثالث في تصرفات المريض ،
وهي قسمان : منجزة ومعلقة - الى أن قال - وأما المعجلة للمريض ،
فإن كانت تبرعاً فالأقرب أنها من الثلث ، إن مات في مرضه ، (٤) .

وأيضاً بعده قال : و الأقرب عندي أن كل تصرف وقع في مرض
اتفق الموت معه سواء أكان مخوفاً أم لا ، فإنه يخرج من الثلث ، إن
كان تبرعاً والا فمن الأصل ، وقيل : إن كان مخوفاً فكذلك والا فمن
الأصل كالصحيح ، (٥) .

وقال أيضاً بعده : و مسائل : - الأولى - الهبة والعتيق والوقف

(١) راجع : (ج ٢ ص ٥٩٢ - ٥٩٤) الطبعة العلمية بقسم

سنة ١٣٨٨ هـ .

(٢) راجع : الفصل الثاني في اللواحق من الكتاب .

(٣) راجع . ذلك في نفس العنوان (قوله) : و لو وقف المريض . . .

(٤ و ٥) راجع : الفصل الثالث في تصرفات المريض من المقصد

الرابع في صفحة واحدة .

والصدقة المندوبة محسوبة من الثلث كالوصية ، (١) .

وقال في (جامع المقاصد) في شرح كلام الماتن في المواضع الثلاثة :
قال في شرح الموضع الأول : « إختلف الأصحاب في تصرفات المريض
المنجزة إذا كانت تبرعاً : فقال الشيخ في (المبسوط) والصدوق وابن
الجنيد : أنها من الثلث كغير المنجزة ، واختاره المصنف ، وقال المفيد
في (المقنعة) والشيخ في (النهاية) وابن البراج وابن ادريس : أنها من
الأصل ، والمختار الأول ، (٢) .

وقال في شرح قول الماتن في الموضع الثاني : « بعد أن علم أن تصرفات
المريض من الثلث وإن كانت منجزة إذا كانت تبرعاً ، الخ (٣) .
وقال في شرح الموضع الثالث : « وجه القرب عموم الأخبار الدالة
على الحجر على المريض فيما زاد عن الثلث ، (٤) .
وفي كتاب الحجر منه بعد قول الماتن : « وإن كانت منجزة على
مريض بشرط موته في ذلك المرض قال : « هذا هو الأصح عملاً بصحيح
الأخبار ، (٥) :

وقال الشهيد في (اللمعة) في باب الهبة : « ولو وهب أو وقف

(١) راجع : الفصل الثالث في تصرفات المريض من المقصد الرابع
في صفحة واحدة :

(٢) العنوان الآنف الذكر في شرح قوله : « وأما المعجلة للمريض . . . الخ

(٣) راجع : نفس العنوان بعد ذلك في شرح قوله : « في بيان مرض

الموت : الأقرب عندي . . . الخ .

(٤) راجع : نفس العنوان بعد ذلك بصفتين - تقريباً - في

شرح قوله : « في التبرعات وفيه مسائل . . . الخ .

(٥) راجع ذلك - في نفس الكتاب - في شرح قوله : « وإن كانت منجزة .

أو تصدق في مرض موته فهي من الثلث إلا أن يجيز الوارث ، (١) .
وفي باب الحجر منه أيضاً : « والمريض ممنوع مما زاد عن الثلث ،
وان تنجز على الأقوى » (٢) .

وفيه أيضاً في باب العتق في شروط المعتق : « ويشترط بلوغ المولى
واختياره - إلى أن قال - وكونه غير محجور عليه لفلس أو مرض فيما
زاد عن الثلث » (٣) .

وفي موضع آخر منه : « فمن أعتق شقصاً من عبده عتق كله ،
إلا أن يكون المعتق مريضاً ولم يبره ، ولم يخرج من الثلث إلا مسح
الاجازة » (٤) .

وقال (في الدروس في باب العتق) : « ووقف المريض : ماض
من الثلث إذا لم يجزه الوارث » (٥) .

وأيضاً فيه في كتاب الوصية : « درس ، منجزات المريض المشتبهة على

(١) راجع ذلك بعنوان : الثاني - الهبة - (ج ٣ ص ١٩٦)
طبع النجف الأشرف سنة ١٩٨٧ هـ ، وصاحب اللعنة هو الشهيد الأول .
(٢) راجع ذلك بنفس المصدر الآنف (ج ٤ ص ١٠٦ من طبع
النجف الأشرف) .

(٣) راجع ذلك في كتاب العتق من شرح اللعنة للشهيد الثاني (ج ٦
ص ٢٤٠ - ٢٤١) طبع النجف والعبارة هي المنن للشهيد الأول .

(٤) المصدر الانف نفسه (ص ٢٦١ - ٢٦٢) بعنوان السراية في
العتق . والمقصود بالشقص - بالكسر - : الجزء .

(٥) هذه الجملة المذكورة في أول كتاب الوقف بعنوان (ولله
شروط ، أحدها - أهلية الواقف)

نفويت المال بغير عوض كالهبة والعنق والوقف ، أو على محاباة كالبيع بالثمن الناقص أو الشراء بالزائد ، حكمها حكم الوصية في أصح القولين ، (١) .
وفي (غاية المرام في باب الوصية) : « القول لأنها من الأصل قول الشيخ في النهاية - إلى أن قال - : وقال : في (المبسوط) ومحمد بن بابويه وابن الجنييد : أنها من الثلث ، واختاره المصنف والعلامة وهو المعتمد ، والمستند الروايات ، (٢) .

وقال في المسالك في كتاب الحجر - بعد قول المصنف وفي منعه من التبرعات المنجزة - « وفي وقوع هذه وشبهها من أصل المال أو من الثلث قولان : أحدهما لأنها من الأصل - إلى أن قال - والثاني أنها من الثلث ، ذهب إليه جماعة من المتقدمين ، منهم الصدوق والشيخ في أحد قوليه ، واختاره عامة المتأخرين . ومنهم المصنف وهو الأفوى ، (٣) .

(١) راجع : أوائل كتاب الوصية من الدروس للشهيد الأول بعنوان : (ويعتبر في الموصي شروط ثلاثة - إلى قوله - : وثالثها - خروجه من الثلث أو اجازة الوارث) .

(٢) غاية المرام في شرح شرائع الاسلام لمؤلفه الشيخ مفلح بن الحسن الصيمري ، تلميذ أبي العباس أحمد بن فهد الحلبي ، والكتاب لا يزال من نفائس المخطوطات ، رأيناه في مكتبة الشيخ الهادي من آل كاشف الغطاء جد الشيخ علي كاشف الغطاء حفظه الله . وقد عين نسبة الكتاب لمؤلفه المذكور المحقق الثبت الامام الطهراني - قدس سره . راجع : هذه الجملة في أخريات كتاب الوصية من الكتاب المذكور في منجزات المريض .

(٣) مسالك الأفهام في شرح شرائع الاسلام للشهيد الثاني - قدس سره - راجع ذلك في آخر الفصل الأول من كتاب الحجر ، وعبارة المتن الكاملة - كما مرت عليك آنفاً - هكذا : « والمريض ممنوع من الوصية =

وأيضاً فيه في كتاب العتق - بعد قول الماتن : أما لو وقف في مرض الموت فإن أجاز الورثة ، والا أعتبر من الثلث كالهبة والحباة في البيع . وقيل بمضي من أصل البركة ، والأول أشبه - قال : « هذا هو الأظهر » (١) . وقال أيضاً في باب الهبة : « وأما إذا إتفق موته في مرضه : فإن كان المرض مخوفاً بمعنى غلبة الهلاك معه فالأظهر أن منجزاته من الثلث حيث لا يميز الوارث » (٢) .

وقال في (الروضة) في كتاب الحجر - بعد قول الماتن : « وان تنجز على الأقوى : « للاخبار الكثيرة الدالة عليه منطوقاً ومفهوماً وقيل : يمضي من الأصل » (٣) .

= بما زاد عن الثلث إجماعاً ، ما لم تجز الورثة ، وفي منعه من التبرعات المنجزة الزائدة عن الثلث خلاف بيننا والوجه المنع .

(١) وجدنا هذه العبارة . متناً وشرحاً - في أوائل كتاب الوقوف والصدقات . وتنمة عبارة الشرح تحت عنوان (وقيل بمضي ...) هكذا : « . . . وقد تقدم الكلام فيه وسيأتي تحقيقه في الوصايا » .

(٢) راجع : آخر كتاب الهبات في شرح قول الماتن « اذا وهب في مرضه المخوف وبريء صحت الهبة . . . » ، وقبل هذه الجملة قوله : « لا خلاف في أن المريض اذا برىء من مرضه ينفذ تصرفه مطلقاً ، وأما اذا اتفق . . . » وتنمة العبارة : « وقيل : يكون من الأصل ، وسيأتي تحقيق في الوصايا . . . » . ويشير في هذين الموردين الى التحقيق المسهب الذي شرح به قول الماتن « القسم الثاني في تصرفات المريض » من كتاب الوصايا .

(٣) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية للشهيد الثاني - قدس سره - راجع ذلك في شرح قول الماتن « والمريض ممنوع مما زاد على الثلث =

وفي باب الوصية منه : « واعلم أن المنجزة تشارك الوصية في الخروج من الثلث في أجود القولين » (١) :

وفي باب الهبة منه أيضاً - بعد قول الماتن : فهي من الثلث - قال : « على أجود للقولين » (٢) .

وفي (المهذب البارع) بعد قول الماتن : وكذا في التبرعات المنجزة على الخلاف : « أقول المشهور أنها من الثلث ، وهو أحد قولي الشيخ في (المبسوط والنهاية) قاله الصدوق وأبو علي - وظاهره الخلاف ، واختاره المصنف و (العلامة) وقال الشيخان في النهاية والمقنعة : أنها من الأصل - إلى أن قال - والروايات بالأول » (٣) . انتهى .

وعنه في (المختصر) اختياره أيضاً .

وفي (المعالم لابن قطان) : « ويجوز على المريض في ثلثي ماله ، فلو تبرع منه بشيء منجزاً أو وصية لم يصح ان مات في مرضه ولم يجز الورثة » (٤) .

= وإن نجز على الأقوى ، : ج ٤ ص ١٠٦ طبع النجف .

(١) راجع : الفصل الثالث في الأحكام من كتاب الوصايا (ج ٥ ص ٦٤) من طبع النجف .

(٢) راجع : ج ٣ ص ١٩٦ من طبع النجف في شرح قول الماتن : ولو وهب أو وقف أو تصدق في مرض موته فهي من الثلث .

(٣) المهذب البارع في شرح الشرائع لمصنفه أحمد بن محمد بن محمد بن فهد الحلبي ، ولا يزال من نفائس المخطوطات ، رأينا نسخته الخطية في مكتبة الشيخ علي حفيد (الهادي من آل كاشف الغطاء) حفظه الله . والمسألة المذكورة في أخريات كتاب الوصية منه

(٤) معالم الدين للشيخ محمد بن شجاع القطان تلميذ الشيخ المقداد . -

وفي (المقابيس للشيخ أسد الله التستري) بعد حكاية القولين عن الأصحاب قال : « والمعتمد الأول وهو أنها من الثلث » (١) .
وفي التنقيح بعد ذكر أدلة الثلث ، قال : « والفتوى على هذا » (٢) .
وهو مختار الفاضل الجواد في (شرح اللمعتين) (٣) وشيخنا في (الجواهر) (٤)
وجدنا في رسالة مستقلة ، وإن عدل عنه الى الأصل في الرياض (٥) .
هذا ما وسعنا من نقل عباراتهم ، والانصاف أن القولين متكافئان
= والكتاب من نفائس المخطوطات .

(١) راجع : ذلك في كتاب الوصية منه بعنوان (مقباس ، اختلف
الأصحاب في منجزات المريض) .

(٢) التنقيح الرائع من مختصر النافع ، شرح مفصل للمختصر في
مجلدين ضخمين ، تأليف الفاضل المقداد السبوري من أعلام القرن التاسع
الهجري ، والكتاب لا يزال من نواذر المخطوطات .

(٣) أشرنا في تعليق ص ١٢٤ من الجزء الأول من البلغة : أنه يحتمل
أن يريد المصنف : شرح اللمعة المسمى بالانوار الغروية للفاضل الشيخ
محمد جواد بن الشيخ محمد تقي بن الشيخ محمد الأحدي ، الشهير بـ « كتاب
وهو من نفائس المخطوطات .

(٤) قال - في كتاب الحجر : والسادس - المريض ، وهو ممنوع
من الوصية بما زاد عن الثلث - كالصحيح - إجماعاً محصلاً ومحكياً مستفيضاً
أو متواتراً . . . الى آخر عبارة المتن والشرح ويقول بعد ذلك : وفي
منعه من التبرعات المنجزة الزائدة عن الثلث خلاف بيننا - الى قوله - :
ولكن مع ذلك كله فالوجه المنع من التبرع بالزائد فلا ينفل على
الورثة الا مع اجازتهم

(٥) قال السيد الطباطبائي في كتاب الرياض (ج ٢ كتاب الوصايا) متناً =

- في المعروفة بين الأصحاب ، والظاهر - تحقق الشهرة على الأصل بين القدماء ، وعلى الثالث بين المتأخرين . وأما عند متأخري المتأخرين ، ولاسيما بين المعاصرين فلا استبعد انقلاب الشهرة الى ماعليه أكثر القدماء .
وكيف كان يدل على النفوذ من الأصل بعد الأصل (١) وعمومات

= وشرحاً : « الثامنة - تصرفات المريض اذا كانت مشروطة بالوفاة ، ويعبر عنها بالوصية ، فهي من الثالث مع عدم اجازة الورثة . . . وان كانت منجزة غير معلقة عليها . . . فقولان ، أشبههما وأشهرهما بين المتأخرين أنها تخرج من الثالث . . . الى قوله : والحلي والمرضى وابن زهرة أخرجه من الأصل ، وهو المشهور بين القدماء ظاهراً ، بل لعله لا شبهة فيه جداً - الى قوله - والمسألة محل اشكال وريبة لاختلاف النصوص وقبول جل منها التأويل مما يؤول الى الآخر مع غموض المرجحات وتعارض الوجوه الاعتبارية من الطرفين ، الا أن الترجيح للاخبار الأخيرة (أي اخبار الأصل) - الى قوله - : ولقد كتبت في المسألة رسالة منفردة رجحت فيها خلاف ما هنا (أي الثالث) لغفلي عن الشهرة القديمة ، فالمصير الى القول الثاني أقوى ثم أقوى . .
وسبب تعبير سيدنا صاحب المتن - عن صاحب الرياض به - (جلدنا) باعتبار أن السيد مير علي الطباطبائي - رحمه الله - صاحب الرياض أبو أمه ، فهو جده لأمه .

(١) المراد من الأصل هنا : الاستصحاب التجيزي ، وهو استصحاب الساطنة على ماله التي كانت له قبل المرض الى ما بعده التي من آثارها نفوذ تصرفاته من الأصل . وأما جريان الاستصحاب التعليقي بأن يقال : كان بحيث لو تصرف نفذ تصرفه من الأصل فيستصحب ، فمبني على كون المستصحب حكماً شرعياً وهو فرع كون الملازمة الثابتة بين التصرف والنفوذ من الأصل حكماً للشارع مجعولاً منه للمالك من حيث هو مالك ، لا أمراً =

سلطنة الناس على أموالهم ، وإجماعي الانتصار والغنية المعتضدين بذلك وبالشهرة المحكية ، بل المحققة بين القدماء - : الأخبار الخاصة التي منها موثقة عمار المروية في الكتب الأربعة : وعن ابن أبي عمير عن مرازم عن عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الميت أحق بماله مادام فيه الروح ، وبين به ، فإن قال بهدي فليس له الا الثلث « غير أن في (الفقيه) ومحضرني من نسختي الكافي مكان فإن قال بهدي (فإن تعدى) (١) وعليه فمعناه التعدي من زمن الحياة الى ما بعد الموت ، فيكون موافقاً لما في (التهذيبين) (٢) في المعنى لاجمعي التعدي عن الثلث

= اعتبارياً ينزعه العقل من الموضوع فيحكم به - فحكم من فرق واضح بين قولنا : عصير العنب اذا غلا كان حكمه كذا ، وقولنا : العصير المغلي حكمه كذا ، فيجري الاستصحاب التعليقي في الأول لكون الملازمة بين الغليان والنتجس مثلاً ثابتة شرعاً مجعولة منه للعصير بما هو عصير ، وان كان تنجزه بالغليان ، ولا يجري في الثاني ، إذ لا حكم للعصير شرعاً مطلقاً قبل الغليان . وفي المقام يحتمل كون النفوذ حكماً للتصرف بأن يكون موضوعه المالك للتصرف لا المالك اذا تصرف كان حكمه النفوذ ، وعليه فلا يجري الاستصحاب التعليقي أبصاً ، إذ لا حكم للشارع مطلقاً قبل التصرف ، وان أريد كون النفوذ من آثار السلطنة المجعولة للمالك فهو من الاستصحاب التنجيزي لا التعليقي فافهم (منه قدس سره) .

(١) راجع : الكافي المكلبني ، كتاب الوصايا ، باب أن صاحب المال أحق بماله مادام حياً ، حديث رقم (٧) ولم نجد نص الحديث بسنده المذكور في كتاب الفقيه للصدوق (ج ٤ ص ١٤٩) طبع النجف باب ٩٧ في أن الانسان أحق بماله . . .

(٢) لعنه يربد بالتهذيبين : كتابي الشيع الطوسي في الأخبار (التهذيب -

الى ما يزيد عليه ، كما احتمله في (الجواهر) لعدم تقدم ذكر الثلث قبله حتى يوافق التعدي عنه الى ما زاد عليه .

ومنها في (الكافي) بالسند المتقدم مروي هكذا : « قال قلت ، الميت أحق بماله ما دام فيه الروح يبين به ، قال نعم فان أوصى به فليس له الا الثلث ، (١) والظاهر أنها رواية مستقلة ، وهي موافقة لما في (التهذيب) ومؤيدة لما احتملناه من (التعدي) في بعض نسخ الكافي ، ودلائها على النفوذ من الأصل بمكان من الظهور .

ومنها موثقته الثالثة في (التهذيب ، والاستبصار) : « عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يجعل بعض ماله لرجل في مرضه ؟ فقال : اذا أبانه جاز ، (٢) رظاهر السؤال يعطي كون المرض مرض الموت ، لأنه مظنة المنع عن التصرف فيه فيما زاد على الثلث ، والنفوذ منه اذا كان بقدره فما دون كما عاينه العامة ، فتناسب السؤال عنه من الامام .

- والاستبصار) والثنية باسم أحدهما للتغليب كالحسين والقمرين - لأهمية كتاب التهذيب وشهرته

راجع من التهذيب : (باب ١٠ الرجوع في الوصية ، حديث رقم (٧٥٦) ج ٩ ص ١٨٨ طبع النجف ، وفيه جملة (فان قال بعدى) كما في المتن . وهكذا يوجد في الاستبصار (ج ٤ ص ١٢٢) . طبع النجف ، حديث رقم (٤٦٣) .

(١) لم نجد في الكافي بهذا الباب المذكور والسند المزبور الا تلك - الرواية الآتفة الذكر - فالظاهر أن الرواية واحدة - في المقامين - لا اثنان ، والله العالم

(٢) راجع - من التهذيب - : (ج ٩ ص ١٩٠ طبع النجف) حديث رقم (٨٦٤) باب الرجوع في الوصية ، ومن الاستبصار : =

ومنها موثقته الرابعة المروية في (الكتب الأربعة) : و عنه عليه السلام قال : الرجل أحق بماله مادام فيه الروح ان أوصى به كله فهو جائز له ، (١) واشتأها على مالا نقول به : من نفوذ الوصية بكل ماله لا يضر في الاستدلال بصدرها على المطلوب ، فلتحمل الوصية فيها على التنجيز أو غيره من المحامل - كما قبل - وان كان يحتمل غير بعيد - عندي لإرادة أن الرجل أحق بماله في تعيين وصيته فيما شاء من أعيان ماله كله ، اذ له تعيين ذلك ، وعليه فلا دلالة في الرواية على المنجزات بالكلمة لا من الأصل ولا من الثالث .

ومنها موثقته الخامسة في (التهذيب والفقهاء والكافي) : و عنه عليه السلام قال : صاحب المال أحق بماله مادام فيه شيء من الروح ، يضعه حيث شاء ، (٢) . ومنها في (الكافي والتهذيب والاستبصار) : عن أبي بصير - ج ٤ ص ١٢٠ طبع النجف باب ٧٤ أنه لا تجوز الوصية بأكثر من الثالث (حديث رقم (١١) .

(١) راجع من التهذيب : (باب ١٠ الرجوع في الوصية حديث رقم (٧٥٣) ج ٩ طبع النجف بسنده عن عمار الساباطي ، ومن الاستبصار (ج ٤ ص ١٢١ طبع النجف) باب ٧٤ لا تجوز الوصية بأكثر من الثالث حديث رقم (٩) . ومن الكافي للكليني ج ٧ ص ٧ طبع الجديد طهران باب أن صاحب المال أحق بماله ، حديث رقم ٣ بنفس السند . ومن كتاب (من لا يحضره الفقيه للصدوق) ج ٤ ص ١٥٠ طبع النجف ، باب ٩٧ أن الانسان أحق بماله ، بنفس السند

(٢) راجع من التهذيب : ج ٩ ص ١٨٦ طبع النجف باب ١٠ حديث رقم (١) ، ومن الفقيه (ج ٤ ص ١٤٩ طبع النجف) باب ٩٧ حديث رقم (١) ، ومن الكافي (ج ٧ ص ٧ باب أن صاحب المال أحق بماله) =

عنه عليه السلام : « قال قلت له الرجل له الولد يسعه أن يحمل ماله لقربته ؟ فقال : هو ماله يصنع به ما شاء الى أن يأتيه الموت ، أن لصاحب المال أن يعمل بماله ما شاء ما دام حياً ان شاء وهبه وان شاء تصدق به وإن شاء تركه الى أن يأتيه الموت ، فان أوصى به فليس له إلا الثلث ، إلا أن الفضل في أن لا يضيع من يعوله ولا يضر بورثته » (١)

ومنها خبر سماعة في (الكافي والتهذيب) : « قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يكون له الولد يسعه أن يحمل ماله لقربته ؟ قال : هو ماله يصنع به ما شاء الى أن يأتيه الموت » (٢) .

ومنها حسنة أبي شعيب المحاملي في (التهذيب والكافي) : « عنه عليه السلام قال : الانسان أحق بماله ما دامت الروح في بدنه » (٣) .
ومنها صحيح صفوان الذي أجمعوا على تصحيح ما يصح عنه في (الكافي) : « عن مرزم عن بعض أصحابنا عنه عليه السلام في الرجل

= حديث رقم (١) :

(١) راجع من الكافي : (باب ان صاحب المال أحق بماله حديث رقم ١٠) ، ومن التهذيب : باب الرجوع في الوصية حديث رقم ٨ ج ٩ ص ١٨٨ طبع النجف . ومن الاستبصار : باب أنه لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث ، حديث رقم (١٢) .

(٢) راجع من الكافي : كتاب الوصايا ، باب أن صاحب المال أحق بماله ، حديث رقم (٥) . ومن التهذيب ، كتاب الوصايا باب ١٠ الرجوع في الوصية ، حديث رقم (٢) تسلسل (٧٤٩) .

(٣) راجع من التهذيب : كتاب الوصايا ، باب ١٠ الرجوع في الوصية ، حديث رقم (٤) تسلسل (٧٥١) ، ومن الكافي : كتاب الوصايا ، باب أن صاحب المال أحق بماله ، حديث رقم (٥) طبع طهران

يعطي الشيء من ماله في مرضه ؟ فقال : إذا أبان به فهو جائز وإن أوصى به فهو من الثلث ، (١) .

ومنها رسالة الكليني في (الكافي) عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم : « أنه أحاب رجلاً من الأنصار أعتق مملوكه لم يكن له غيره فقال : تركت صبية صفاراً يتكففون الناس ، (٢) . والاعابة مستلزمة للنفوذ من الأصل لأنه الموجب لحزمان الصبية الصفار .

ومنها صحبة محمد بن مسلم في (الكافي والاستبصار) : « عنه عليه السلام قال : سألت عن رجل حضره الموت فأعتق مملوكه وأوصى بوصية وكان أكثر من الثلث ؟ قال : يمضي عتق الغلام ويكرن النقصان فيما بقي » (٣) بناء على أن تقديم العتق للنفوذ من الأصل ، وإلا فينبغي تقديم ما هو مقدم في الذكر ، والنقصان فيما بقي من المسؤول عنه ، وهو الوصية لكونها أكثر من الثلث ، لا كون مجموع العتق والوصية أكثر من الثلث حتى يكون دليلاً على نفوذه من الثلث :

ومنها رسالة ابن أبي عمير في (الكافي) : « عنه عليه السلام في رجل أوصى بأكثر من الثلث وأعتق مملوكه في مرضه ؟ فقال : إن كان

(١) راجع من الكافي : كتاب الوصايا ، باب أن صاحب المال أحق بماله ، حديث رقم (٦) ، طبع طهران الحديث .

(٢) راجع من الكافي نفس المصدر الآنف الذكر ، آخر حديث رقم ١٠ : ج ٧ ص ٩ طبع طهران الحديث .

(٣) راجع من الكافي : المصدر الآنف الذكر ، باب من أوصى بعتق أو صدقة ، حديث رقم (٤) ومن الاستبصار : ج ٤ ص ١٢٠ ، طبع النجف ، حديث لسلسل (٤٥٤) ..

أكثر من الثلث ، رد إلى الثلث ، وجاز العتق ، (١) بإرادة جوازه من الأصل لا من الثلث بالتقريب المتقدم .

وبالجملة فالانصاف : أن هذه الروايات وافية الظهور في الدلالة على النفوذ من الأصل ، سيما ما كان فيها مقابلا للوصية النافذة من الثلث .
وأما ما أستدل به على النفوذ من الثلث فأخبار : بعضها لا ظهور فيه على المدعى ، بل على خلافه أظهر ، وبعضها - مع ضعف السند - متضمن لما لا يلتزم به أحد ، وبعضها - لو سلم ظهوره - فمع معارضته لما هو أقوى منه دلالة لا تكافئ ما تقدم من أدلة الأصل .

فمن الأول - أخبار : منها . النبوي : « ان الله قد تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم » (٢) .

وفيه أنها ظاهرة في إرادة بقاء مقدار مما ينتقل عنه إلى غيره بالموت لينتفع به بالوصية بعد الموت وهو المناسب للصدقة ، دون التصديق ببعض ما كان كله له ، كيف وهومن حرمانه من أكثر ماله حين ما يملكه .

ومنها ما عن (البحار) : « وليس للميت من ماله إلا الثلث فاذا أوصى بأكثر من الثلث رد إلى الثلث » (٣) .

(١) الكافي للكليني : كتاب الوصايا ، باب من أوصى بعق أو صدقة أو حج الحديث الأول .

(٢) في مستدرک الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب جواز الوصية بثلاث المال الحديث هكذا : « وفي درر اللثالي عن معاذ بن جبل عن النبي (ص) أنه قال : ان الله تعالى تصدق عليكم عند وفاتكم بثلاث أموالكم زيادة في حسناتكم »

(٣) في الوسائل : كتاب الهدايا باب ١٠ جواز الوصية بثلاث المال روايات كثيرة بهذا المضمون .

(عرض الاداة على اعتبار المنجزات من الثلث والجواب عنها) - ٤٩ -

فهو كما ترى من ظهوره في الوصية . والعجب ممن استدل به على المنجز .
ومنها خبر أبي حمزة : « ان الله يقول يا بن آدم تطولت عليك
بثلاث الى قوله وجعلت لك نظرة عند موتك في ثلثك فلم تقدم خبراً » (١) .
وفيه ما تقدم : من أن التطول يناسب العطية حيث ما يكون مقتضي
للمحرمان موجوداً ، وهو هنا الموت الموجب لانتقال ماله كله الى وارثه
لولا التطول عليه ببقاء ثلثه له للوصية به فجا ينفعه بعد موته .
ومنها مصححة علي بن يقطين : « ما للرجل من ماله عند موته ؟ قال :
الثلث ، والثلث كثير » (٢) .

ومنها مصححة يعقوب بن شعيب « عن الرجل يموت ، ماله من
ماله ؟ فقال : له ثلث ماله » (٣) .

ومنها خبر عبد الله بن سنان : « للرجل عند موته ثلث ماله - قال
بعد ذلك - : وان لم يوص فليس على الورثة امضاؤه » (٤) .

(١) في الوسائل ، كتاب الوصايا باب كراهة ترك الوصية لص
الحديث هكذا : « عن أبي حمزة عن بعض الأئمة عليهم السلام قال :
ان الله تعالى يقول يا بن آدم تطولت عليك بثلاثة : سترت عليك ما لو يعلم
به أهلك ما واروك واوسعت عليك فاستقرضت منك فلم تقدم خبراً ،
وجعلت الخ . . . » .

(٢) في الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٣ الطبعة الحديثة باب ١٠ حديث رقم ٨
هكذا : قال : سألت أبا الحسن عليه السلام ما للرجل : . الخ .

(٣) في الوسائل الجديدة (ج ١٣ ص ٣٦٢) حديث تسلسل (٢٤٥٧٠)
يرويه عن شعيب بن يعقوب ويرويه عن الكليني والشيخ عن يعقوب بن
شعيب - كما في المتن - ولعله الأصح ، وتكلمته : والمرأة أيضاً .

(٤) راجع الوسائل ج ١٣ باب ١٠ حديث تسلسل (٧) طبع الجديد

والتقريب هو ظهور كلمة (عند) وقوله (يموت) في الاشراف على الموت ، دون تحققه بظهور اماراته المتحققة في المرض المتضمنة لكون الذي له في هذا الحال هو الثلث وما عداه ليس له ، المحمول على ارادة نفي مطلق التصرف فيما زاد عليه الذي منه المنجز .

وفيه مع وجوب تقييدها حينئذ بالتصرفات التبرعية ظاهرة أو محمولة على ارادة الوصية المتحققة قبل الموت عند الاشراف عليه غالباً ، سيما بقربة ذيل خبر ابن سنان ، مع أن اطلاق (يموت) (وعند الموت) وارادة وقوعه وتحققه شايع كثير فيه وفي أمثاله من نحو الرجل يبيع ويتكح ويهب ويقف ونحو ذلك ، مع أن خبر البحار المعبر فيه بالميت قريبة على ارادة السؤال عنه عليه السلام من حيث تحقق الموت وتلبسه به .

وبالجملة فلا مجال لانكار ظهورها في الوصية .

ومنها خبر السابري : « عن امرأة استودعت رجلاً ما لا فلما حضرها الموت قالت له : ان المال الذي دفعته اليك لفلانة الى أن قال في ذيله : وان كانت متهمة فلا يحلف ويضع الأمر على ما كان ، فانما لها من مالها ثلثه » (١) .

وفيه - مع كوله من مسألة الاقرار في مرض الموت دون المنجز فيه ، واستعرف القول به من الثلث مع التهمة - ضعيف السند ممنوع جبره .
ومن الثاني أخبار : منها خبر أبي ولاد : « عن الرجل يكون لامرأته عليه الدين فتبرئه منه في مرضها ؟ قال : بل تهبه له فتجوز هبتها . وبحسب

(١) الوسائل الجديدة كتاب الوصايا باب ١٦ حديث تسلسل (٢)

ونص الحديث بسنده هكذا : عن العلاء يباع السابري قال : سألت أبا عبد الله عن امرأة . : . :

ذلك من ثلثها ان كانت تركت شيئاً ، (١)

ونحوه خبر سماعة أيضاً : « عن الصادق عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه صداق أو بعضه فتهرب ذمته في مرضها ؟ قال : لا ، ولكن ان وهبت جاز له ما وهبته من ثلثها ، (٢) .

ومنها مصححة الحلبي « عن الرجل يكون لامرأته عليه الصداق أو بعضه فتهرب منه في مرضها ؟ فقال : لا ، (٣) .

وفيه : أنها متضمنة لبطلان الإبراء رأساً ، ولم يقل به أحد ، وصحة هبة الدين لمن هو عليه ، ولعل الأكثر لا يصححونه كبيع الدين ممن هو عليه ، وان كان من المحتمل قويا صحته ، وكون مفاده الإبراء ، لا التمليك الحقيقي ، كما احتملناه أيضاً في شراء أحد العمودين : أنه بيع يكون مفاده الانعتاق لا التمليك حقيقة ، ولو ائتما بناء على أن هدلية الثمن عن الدين في الأول مفاده السقوط ، وعن الرقية في الثاني مفاده الانعتاق .

وبالجملة فالتفصيل بين الإبراء والهبة ببطلان الأول ، وصحة الثاني لم يقل به أحد ، فكيف يمكن رفع اليد بها عن تلك الأدلة ، مع ضعف السند ، وعدم الجابر أيضاً .

ومن الثالث : روايات العتق التي هي العمدة لهم في الاستدلال على مطلوبهم .

(١) الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب إن من أوصى بأكثر من الثلث حديث رقم (١١) .

(٢) الوسائل الجديدة ، كتاب الوصايا ، باب ١٧ حديث تسلسل ١٦

(٣) المصدر الآنف الذكر باب ١٧ حكم التصرفات المنجزة حديث ١٥

ومنها خبر علي بن عقبة : « في رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً له ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك ، كيف القضاء فيه ؟ قال : ما يعتق منه الا ثلثه ، وسائر ذلك الورثة أحق بذلك ، ولهم ما بقي » (١) ونحوه خبر عقبة بن خالد (٢) .

ومنها خبر أبي بصير : « أن اعتق رجل عند موته جارية له ثم أوصى بوصية أخرى ألغيت الوصية وأعتقت الجارية من ثلثه ، الا أن يفضل من ثلثه ما يبلغ الوصية » (٣) .

ومنها خبر السكوني : « ان رجلاً أعتق عبداً له عند موته لم يكن له مال غيره ، قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول : يستسعي في ثلثي قيمته للورثة » (٤) :

ومنها النبوي العامي : « ان رجلاً من الأنصار أعتق ستة أعبد له في مرضه ولا مال له غيرهم ، فاستدعاهم رسول الله صلى الله عليه وآله

(١) راجع : الوسائل للحر العاملي ، كتاب الوصايا (باب ١١ ان من أوصى بأكثر من الثلث) حديث رقم (٤) .

(٢) ذكر نصه في الوسائل باب ١٧ حديث (١٣) . وهذا نصه : « : : : عن عقبة بن خالد عن أبي عبد الله (ع) قال : سألته عن رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً له ليس له غيره : فأبى الورثة أي يجيزوا ذلك ، كيف القضاء فيه قال : ما يعتق منه الا ثلثه » .

(٣) الوسائل باب ١١ حديث رقم (٦) الا أن فيه كلمة (خادماً) في أول الحديث بدل كلمة (جارية) :

(٤) في الوسائل ، كتاب العتق باب ٦٤ من أعتق بعض مملوكة حديث رقم (٥) « ... عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي (ع) : قال : إن رجلاً »

وجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة، (١)
ومنها رواية اسماعيل بن أبي همام : « في رجل أوصى عند موته
بمال لدوي قرابة واعتق مملوكاً وكان جميع ما أوصى به يزيد على الثلث
كيف يصنع في وصيته ؟ قال : يبدأ بالعتق فينقلده ، (٢) .

ومنها صحيحة ابن مسلم : « عن رجل حضره الموت فاعتق غلامه
وأوصى بوصية وكان أكثر من الثلث ؟ قال : يمضي عتق الغلام ويكون
النقصان فيما بقي ، (٣) .

ومنها حسنة : « في رجل أوصى بأكثر من ثلثه واعتق مملوكه في
مرضه ؟ فقال : إذا كان أكثر من الثلث يرد الى الثلث ويجاز العتق » (٤)
بدعوى ظهور لفظ (اعتق) في العتق المنجز ، لأن الوصية بالعتق عتق
في المستقبل دون الماضي ، فيجب حل اللفظ على معناه الحقيقي فإن تم في
العتق لم في غيره بالأولوية ، وعدم القول بالفصل .

(١) ذكر هذا الحديث المرسل عن النبي - صلى الله عليه وآله -
عن علي عليه السلام وعن الامام الكاظم عليه السلام بمضامين متقاربة
في كتاب الجواهر كتاب الوصايا - في شرح قول المصنف : مسائل أربع :
الأولى - إذا أعتق أو أوصى بعتق عبده وليس له سواهم - .

(٢) الكافي للكليني ، كتاب الوصايا ، باب من أوصى بعتق أو صدقة
أو حج حديث رقم (٣) .

(٣) سبق آنفاً تخرج هذا الحديث عن الكافي والاستبصار .

(٤) الكافي للكليني كتاب الوصايا باب من أوصى بعتق أو صدقة .

حديث رقم (١) :

وفيه - مضافاً الى معارضتها لمرسلة الكافي المتقدمة (١) المتضمنة لاعابة النبي صلى الله عليه وآله المستلزمة لنفوذ العتق من الأصل ، والى شيوع اطلاق (اعتق) على التدبير والوصية به في الأخبار وكلمات الفقهاء تبعاً لها - يجب حملها على ذلك لوجود القرينة الصارفة عن الظهور - لو سلم في بعضها كخبر أبي بصير الموصف فيه - للوصية المعطوفة على العتق بشم كلمة أخرى الصريحة في كون الأولى وصية بالعتق لا عتق منجز ، وتقديمه للتقدم بالذكر مع كونه مدلولاً عليه بشم أيضاً ، مع ظهور البداية بالعتق في بعضها والجواز مطلقاً في الآخر في كون العتق منجزاً ينفذ من الأصل والا يقتضي البداية بالأقدم فالأقدم ، والجواز مع وفاء الثلث به لا مطلقاً . ومنها : الأخبار الواردة في عتق المملوك وعلى المعتق دين لا يملك غيره وهي ثلاثة .

الأولى - صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج : « قال سألني أبو عبد الله عليه الصلاة والسلام : هل يختلف ابن أبي لبلبى وابن شبرمة ؟ فقلت : بلغني انه مات مولى لعيسى بن موسى وترك عليه ديناً كثيراً وترك ممالك يحيط دينه بأثمانهم فأعتقهم عند الموت فسألهما عيسى بن موسى عن ذلك فقال ابن شبرمة : أرى ان يستسعيهم عند الموت في قيمتهم فيدفعها الى الغرماء فانه قد اعتقهم عند موته ، وقال ابن أبي لبلبى ، ارى ان أبيهم وادفع اثمانهم الى الغرماء فانه ليس له ان يعتقهم عند موته وعليه دين يحيط بهم ، وهذا اهل الحجار اليوم يعتق الرجل عبده وعليه دين كثير فلا يجزؤون عتقه

(١) تقدمت الإشارة اليها ففي آخر باب ان صاحب المال احق بماله من الكافي : كتاب الوصايا : « وروي ان النبي قال لرجل من الأنصار اعتق ممالك له لم يكن له غيرهم فعابه النبي (ص) وقال : ترك صبية صفاراً يتكففون الناس » .

إذا كان عليه دين كثير ، فرفع ابن شبرمة يده الى السماء ، فقال : سبحان الله يا بن ابي ليلى ، متى قلت : هذا القول ؟ والله ماقلته الا طلب خلا في فقال ابو عبد الله عليه السلام : وعن رأي ايها صدر؟ قال قلت : بلغني انه اخذ برأي ابن ابي ليلى ، وكان له في ذلك هوى فباعهم وقضى دينه قال : فمخ ايها من قبلكم ؟ قلت مع ابن شبرمة وقد رجع ابن ابي ليلى الى رأي ابن شبرمة بعد ذلك ، فقال : اما والله ان الحق لفي الذي قال ابن ابي ليلى وإن كان قد رجع عنه ، فقلت له : هذا ينكسر عندهم في القياس ، فقال : هات قابسني ، فقلت : انا اقباسك ؟ فقال : لتقولن بأشد ما يدخل فيه من القياس ، فقلت له : رجل ترك عبداً لم يترك مالا غيره ، وقيمة العبد ستمائة درهم ودينه خمسمائة درهم ، فاعتقه عند الموت كيف يصنع ؟ قال : يبيع العبد فيأخذ الغرماء خمسمائة درهم ، ويأخذ الورثة مائة درهم فقلت : أليس قد بقي من قيمة العبد مائة درهم عن دينه ؟ فقال : بلى قلت : أليس للرجل ثلثه يصنع به ما يشاء ؟ قال : بلى ، قلت : أليس قد أوصى للعبد بالثلث من المائة حين أعتقه ؟ فقال : ان العبد لا وصية له انما أمواله لمواليه ، فقلت له : فان كان قيمة العبد ستمائة درهم ودينه أربعمائة ؟ قال كذلك يبيع العبد فيأخذ الغرماء أربعمائة درهم ، ويأخذ الورثة مائتين ، ولا يكون للعبد شيء ، قلت له : فان كان قيمة العبد ستمائة درهم ودينه ثلثمائة درهم ؟ فضحك ، وقال : من ههنا ، أتى أصحابك : فجعلوا الأشياء شيئاً واحداً ، ولم يعلموا السنة ، اذا استوى مال الغرماء ومال الورثة او كان مال الورثة اكثر من مال الغرماء ونم ينهم الرجل على وصيته ، اجيزت وصيته على وجهها . فالآن يوقف هذا فيكون نصيبه للغرماء ، ويكون ثلثه للورثة ويكون له السادس (١) .

(١) الكافي للكليني ، كتاب الوصايا ، باب من اعتق وعليه دين ، الحديث الأول ،

والخبر صريح في التفصيل بين ما كان الدين نصف قيمة العبد فما دون ، وبين ما زاد عليه ، صح العتق ونفذ من الثلث في الأول وبطل في الثاني ، وكان بين الورثة والغرماء .

واليه يرجع الخبر الثاني ، وهو صحيحة زرارة : « عن أحدهما عليهما السلام في رجل أعتق مملوكه عند موته وعليه دين ؟ قال : ان كان قيمته مثل الذي عليه ومثله جاز عتقه والا لم يجوز » (١)

والخبر الثالث في الصحيح : « اذا ملك المملوك سدسه استسمى » (٢) بتقريب انه لا يملك السدس الا حيث يكون الدين نصف قيمته فما دون ، وذكر السدس لبيان اقل المربة .

وفيه : انها محمولة على الوصية بقربة ذكرها مكرراً في الأول ، وان تضمنت ما يخالف القاعدة فيها ايضاً ، لاقتضائها في الوصية نفوذ العتق في ثلث ما زاد على الدين مطلقاً ، وان ملك أقل من السدس المنبعث عن زيادة الدين على النصف ، واختصاص البطلان بما اذا كان الدين محيطاً بالقيمة كما يعطيه إطلاق الصحيح : « في الرجل يقول : ان مت فعبدني حر ، وعلى الرجل دين ؟ قال : ان توفي وعليه دين قد احاط بثمان العبد بيع العبد ، وان لم يكن احاط بثمان العبد استسمى في قضاء دين مولاه

(١) الكافي ، كتاب الوصايا باب من اعتق وعليه دين ، حديث ٢

(٢) الرواية عن أبي البختري عن أبي عبد الله الصادق (ع) كما

استدل بها العلامة في المختلف في باب منجزات المريض ، مسألة عطايا المريض المنجزة وفي الوسائل كتاب الوصايا باب ٣٩ إن من اعتق مملوكاً لا يملك له برة حديث رقم (١) .

وهو حر اذا وفّاه (١) لكن يجب تقييده بتلك الاخبار المفصلة ، حملاً للمطلق منها على المقيد .

ومنها ماورد في عطية الوالد لولده ، المفصل فيه بين وقوعه في حالتي الصحة والمرض ، كخبر جراح المدائني : « عن عطية الوالد لولده ؟ قال اذا اعطاه في صحته جاز » (٢) .

وخبر سماعة : « عن عطية الوالد لولده ؟ فقال : أما ما كان صحيحاً فهو ماله يصنع به ما يشاء ، فأما في مرضه فلا يصلح » (٣) المحمولة على الكراهة لايجابه الشحنة والقبضاء بينهم ، بقرينة التعبير في الأخير بلا يصلح ، وبما ورد في الخبر الآخر من التفصيل بين الاعسار والايثار (٤) . واستدلوا ايضاً بعد الاخبار بأدلة لا يخفى ومنها .
منها التمسك باصالة عدم انتقال الزائد على الثالث .

(١) الوسائل ، المصدر الآنف حديث رقم (٣) . باسقاط بعض الكلمات .

(٢) في الوسائل باب ١٧ حديث (١٤) . . . عن جراح المدائني قال : سألت أبا عبد الله (ع) عن عطية الوالد لولده يبينه ؟ قال : اذا اعطاه في صحته جاز .

(٣) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٧ حكم التصرفات المنجزة حديث (١١) .

(٤) يشير الى خبر أبي بصير - كما في الوسائل بنفس المصدر حديث (١٢) قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يخلص بعض ولده بالعطية ؟ قال : ان كان مؤسراً فنعم ، وان كان معسراً فلا » وجملة (وبما ورد الخ) عطف على جملة « لكن يجب تقييده بتلك الاخبار » .

وفيه : انها محكومة لاصالة بقاء سلطنة المالك ، لكون الشك فيه مسبباً عن الشك في بقائها .

ومنها مافي (المختلف) قائلا : « لنا ان امضاء الوصية من الثلث مع القول بخروج العطايا المنجزة من الأصل مما لا يجتمعان ، والمقدم حق فالتالي باطل ، أما صدق المقدم فبالاجماع والاخبار المتواترة الدالة عليه . وأما بيان عدم الاجتماع ، فلأن المقضى لحصر الوصية في الثلث انما هو النظر الى حق الورثة والابقاء عليهم ، وفي الاحاديث دالة على التنبيه على هذه العلة وهي موجودة في المنجزات ، فتساويا في الحكم ، (١) ونبه عليه ولده في الابيضاح أيضاً (٢) .

وفيه : ان عدم نفوذ الوصية فيما زاد على الثلث انما هو لكونه تصرفاً في مال الوارث وملكه فيتوقف على اجازته ، واين ذلك من المنجز الذي هو تصرف من المالك في ملكه ، فكيف يقاس المنجز بالوصية ؟ .

(١) راجع أول مسألة منه في منجزات المريض في أخريات كتاب العطايا الفصل الخامس في الوصايا ويشير بذلك إلى وحدة المناط بين المسألتين فلا بد أن يتحدا في الحكم أيضاً ، وهذا القياس يسمى بقياس تنقيح المناط المفروض الحجية كقياس منصوص العلة والأولية .

(٢) قال فخر المحققين في آخر كتاب الوصايا منه الفصل الثالث في تصرفات المريض : (ج ٢ ص ٥٩٣ طبع قم) : « لو كانت من الأصل لقدم العتق المتبرع به على الدين ، والتالي باطل فالمقدم مثله . بيان الملازمة : ان المرض لا يصلح للمانعة حينئذ ، فبقي حكم الصحة لاصالة البقاء ، وأما بطلان التالي فلما رواه زرارة في الصحيح عن الصادق (ع) : « اذا ترك الدين عليه ومثله أعتق المملوك واستسمى » .

ومنها ما قيل من : لزوم خروج المنجز من الأصل اختلال حكمة
حصر الوصية في الثلث لامكان التجاء كل من يريد الزيادة في الوصية الى
عقد منجز فيعاض جميع ماله بدرهم - مثلاً - فراراً عن رد الوصية .
وفيه : ان جريان مثل ذلك في الفقه غير هرب بل نظائره اكثر من
أن نحصى ، فان بيع الاثمان يعتبر فيه التقاض بخلاف الصلح عليها فيجوز
الالتجاء الى الصلح ، وكذلك الربا ، بناء على اختصاصه بالبيع ، مع ما ذكر
في محله من الحيل الشرعية لتحصيل ما يراد أخذه من الربا . وكذا التخلص
عن حق الشفعة بالصلح ، بناء على اختصاصها بالبيع ، وعن خيار المجلس
بغير البيع من العقود ، الى غير ذلك ،

ومنها كونه مقتضى الجمع بين النصوص بالجمع الدلالي (١) حلاً
لاطلاق الأحقية ونحوه القاضي بنفوذ جميع التصرفات على التقييد بما دل
على المنع عن بعضها من التبرع والمحاباة .

(١) التعارض - بمصطلح الأصوليين - : هو تنافي الدليلين اللفظيين
التامين من حيث الحجية ولقد اشتهر بينهم أن الجمع بينهما أولى من الطرح
إذ بحكم التكاذب بينهما لا يمكن الأخذ بهما معاً فلا بد إذاً - إما من تدويب
التكاذب واقعاً بالجمع بينهما ، أو اللجوء إلى المرجحات السنية المشهورة
الخمس أو الستة ، واخيراً فيتساقطان . ولقد بحث الاصوليون طرقاً للجمع
بينهما بعضها محل وفاق ، وبعضها محل خلاف في الصحة ، وأهم طريق
متفق عليه في كيفية الجمع الجمع الدلالي ، وهو الجمع العرفي وقد يسمى
بالجمع المقبول أي عند العرف ، وموارده كثيرة ، بعضها أظهر من بعض
وربما نوقش في صحة بعضها . ومن موارده المتفق عليها ما اذا كان احد
الدليلين قرينة وشاهدأ على التصرف بمذلول الآخر فيحمل ذلك الآخر عليه
فحينئذ يدوب التكاذب واقعاً بين الدليلين وان كان ظاهراً بينهما . =

وفيه عدم قابلية النصوص المقيدة بعدما عرفت لتقييد تلك المطابقات الآتي ظهورها عن التقييد المؤيدة بمعمومات : سلطنة الاسان عن ماله ، والاجماع المحكيمة المعتضدة بالشهرة بين القدماء ومتأخري المتأخرين ، ومخالفتها لمذهب العامة الموجبة لحمل ما يخالفها لو سلم ظهورها على النقية وان لم يكن فيها اشعار بها واشارة اليها ، إذ لم يعتبر ذلك في الحمل عليها في الاخبار العلاجية إذ يكفي في الحمل عليها الموافقة لفتوى بعضهم فضلاً عن الموافقة لفتاويهم اجمع ، بل ربما يحتمل قوياً ارادة خصوص المنجزات من تلك الاخبار سؤالا وجواباً حيث كان اتفاق الجمهور على المنع عنه فيما زاد على الثلث فأوجب ذلك السؤال عنه من الامام (ع) فأجاب عليه السلام عن ذلك بما يفيد تلويحاً ، ومن البعيد ان يكون مفاد هذه الاخبار على كثرتها مفاد : الناس مسلطون على اموالهم ، فافهم .

وبالجملة فلا مناص عن القول بنفوذ المنجزات من الأصل لما ذكر مؤيداً ذلك كله بما قيل : من قيام السيرة على عدم الضبط عن المريض في تصرفاته ، الكاشف ذلك عن نفوذه من الأصل . الا أنه فيه ما تقدم من كونه اعم منه ومن جواز التسليم والتنفيذ للمعطى من حين التحيز انكالا على مقتضى الأصول في ذلك ، بناء على الثلث أيضاً

= ويعم هذا الباب كل موارد تقديم النص على الظاهر أو الأظهر على الظاهر وذلك لأن الجمع العرفي كذلك يخرج الدليلين عن واقعية التكاذب فلا تصل النوبة الى دور المرجحات السندية لأنها في حال الحيرة ولا حيرة حينئذ . فمن مواد هذا الجمع ما إذا كان بين الدليلين عموم وخصوص من وجه أو مطلق فيقدم الخاص على العام عراً ، لا قوائية ظهوره وهكذا إذا كان بينهما اطلاق وتقييد فيقدم المقيّد على المطلق لنفس ملاك الاقوائية في الظهور ، ومافي المتن اشارة الى ذلك الجمع .

هذا وما يتفرع على النفوذ من الثلث أمور :

الأول - تقدم الدين عليها كالوصية لأن الثلث لا يكون إلا بعد اخراج الدين وعلى نفوذها من الأصل تقدمها على الدين ، إذ على القول بالأصل لم يفرق المنجز بين وقوعه في المرض أو في الصحة التي لا اشكال في تقدمه على الدين وان لم يكن له مال غيره ، فيبقى الدين حينئذ بلا وفاء .

والمعجب من شبخنا في (الجواهر) بنى على تقديم الدين عليه عند أهل القول بنفوذه من الأصل أيضاً غير الحلي منهم ، حيث قال - بعد أن حكى عن ابن ادريس نفوذ عتق المريض من الأصل وسقوط الدين من رأس - ما لفظه : « واصحابه الموافقون له في كون المنجزات من الأصل لا يوافقونه فيما إذا زاحم التنجيز الدين ، بل يخصونه بالنسبة الى الورثة والا كانوا محجوجين بهذا الصحيح وغيره ، بل لعل مقلبلته بالقول بالخروج من الثلث المعلوم كون المراد منه بعد خروج الدين تشهد بعدم المزاحمة المزبورة » انتهى (١) .

ولعل مراده تقديم الدين عليه في خصوص العتق إذا كان على المعنى دين يبلغ نصف قيمة العبد فما دون ، للاخبار المتقدمة ، لا تقديمه عليه مطلقاً ، إذ مع عدم مساعدة دلائل عليه لا يقول به احد من أهل القول بالنفوذ من الأصل ، بل يوافقون الحلي في تقديمه المنجز على الدين . نعم في خصوص العتق المذكور ربما يقال به ، تبعداً بالنصوص الواردة فيه

(١) راجع : هذا المطلب ونص العبارة المذكورة في اوائل كتاب الحجر من الجواهر ، أثناء العرض المفصل عن منجزات المريض ، في شرح قول المحقق : « وفي منعه من التبرعات المنجزة الزائدة عن الثلث خلاف بيننا ، فالوجه المنع » .

واطلاق الحلي بتقديم المنجز مطلقاً على الدين مبني على أصله : من عدم العمل بأخبار الاحاد ، (١)

(١) الخبر الواحد : هو غير البالغ درجة التواتر المفيد للقطع ، وان تعددت رواة .

وهو نوعان : منه - ما يفيد القطع ، وان كان مخبره واحداً ، كما اذا احتف بقرائن تفيد اليقين بصدوره ، وهذا النوع مما لا شك في حجيته - لا لذاته - بل لانتهائه الى القطع المفروض بالحجية

ومنه - ما ليس بتلك الدرجة من افادة القطع . وفي حجية مثل هذا النوع من الخبر الواحد وعدمها وقع الخلاف بين السيد المرتضى وأتباعه والشيخ الطوسي وأتباعه ، فانكر السيد حجيته إذا لم يكن محفوفاً بقرائن تدل على صحته ، وتبعه من الخاصة : القاضي ابن البراج ، وابو المكارم ابن زهرة . والطبرسي صاحب الجمع ، وابن ادريس الحلي صاحب السرائر ، وغيرهم . ومن العامة : ابن علية ، والأصم ، والقاشاني من اهل الظاهر ، وغيرهم .

وقال شيخ الطائفة الطوسي بحجيته ، وان لم يفد العلم ولم يكن محفوفاً بقرائن تدل على صحته ، وعليه عامة الفقهاء المتأخرين من الامامية . وربما نسب القول بالحجية ايضاً الى كثير من العامة كابن شريح والحسن البصري والصيرفي - من الشافعية - واحمد بن حنبل ، وداود الظاهري ، والحسين الكرابيسي ، وحكي ذلك عن مالك بن أنس ايضاً - كما ذكر ذلك ابن حزم في الاحكام - .

وفي الحقيقة إن مركز الخلاف بين الفريقين في وجود الدليل على الجواز وعدمه ، فالمتمكر - كفريق السيد المرتضى علم الهدى - ينكر وجود الدليل القطعي على الحجية . والقائل بالحجية كفريق الشيخ الطوسي =

وبالجملة فالأخبار المفصلة في عتق المديون ان قلت بظهورها في الوصية - كما عرفت - قلت بتقديم المنجز على الدين مطلقاً ، بعد البناء على نفوذه من الأصل ، عملاً بالقاعدة مع عدم المخرج عنها ، وان قلت - يرى قيام الدليل على ذلك .

فالخلاف ليس في حجية الخبر غير المفيد للعلم وعدم الحجية . وانما في قيام الدليل على الحجية وعدمه ، فهو صفروي في الحقيقة مع اعتراف كل من الفريقين بحجية الخبر المفيد للعلم .

وكل من الفريقين يعضد رأيه بالأدلة الأربعة ، الكتاب والسنة والاجماع والعقل ، وبالمؤيدات الكثيرة ، ولايسع المجال لاستعراضها ومناقشتها وابن ادريس الحلبي من مؤيدي السيد المرتضى في انكار حجية الخبر الواحد غير المفيد للعلم - كما في المتن - . ولكن الذي يستعرض أدلة الفريقين ويستوعب المسألة درساً وتحقیقاً في مظانها من كتب اصول الفقه للعامة والخاصة ، لا يبعد بدأ من موافقة الشيخ الطوسي من القول بحجية الخبر الواحد - بحد ذاته - وان لم يقد القطع ، وذلك لكثرة الآيات الواردة في هذا الخصوص كمفهوم آية النبأ ، ومنطوق آية النهر ، وآية حرمة الكتمان ، وآية الذكر .

وكذلك لورود السنة النبوية عملاً وقولاً في ذلك ؛ فمن العملية - ما تواتر نقله من إنفاذ رسول الله (ص) امرائه وقضائه ورسله وسعائه الى الاطراف - وهم آحاد - لقبض الصدقات وحل العهود وتقربها وتبليغ الأحكام ، وذلك يدل بالملزمة على حجية اقوالهم ووجوب الاخذ منهم ، ومن القولية : روايات متواترة لفظاً ومضموناً ، استعرضتها عامة كتب الأصول وقد ذكرت منها طوائف كثيرة ، منها - ماورد في مقام الترجيح بين الخبرين المتعارضين بالأعدل والاشهر والأصدق والقول -

بظهورها في المنجز حملاً للماضي على معناه الحقيقي أو الأعم منه ومن
الوضعية من باب عموم المجاز ، التزمنا بالتفصيل المتقدم تبعداً بالأخبار
= بالتخبير عند التساوي ، ومنها - ماورد في ارجاع آحاد الرواة إلى
آحاد أصحاب الأئمة عليهم السلام ، ومنها - ما دل على وجوب الرجوع
الى الرواة والثقة والعلماء ، ومنها - ما دل على الترغيب في كتابة الروايات
وحفظها وبثها . ومنها - ما دل على ذم الكذب والتحذير من الكذابين
والوهابين . ومنها - ماورد في تسويغ الرجوع إلى أمثال كتب الشلمغاني
وبني فضال ، ونحوهم من المنحرفين في الرأي ، الصدوقين في النقل ،
إلى غير ذلك من طوائف الروايات التي يستفاد من مجموعها رضى الأئمة
عليهم السلام ، بل رغبتهم بالعمل بالخبر الواحد ، وان لم يفد القطع
- هكذا في رسائل الشيخ الأنصاري وكفاية الآخوند وغيرهما من كتب الاصول -
وأما دعاوي الاجماع على العمل بالخبر الواحد مطلقاً ، فقد توارت
- باستمرار - على السنة عموم الفقهاء منذ عهد الشيخ الى اليوم .
وأما دليل العقل واستقراء طريقة العقلاء في ذلك ، فمن الحجة
النائبي - كما في تقارير تلميذه الكاظمي - قدس سرهما - قوله : « واما
طريقة العقلاء ، فهي عمدة أدلة الباب بحيث لو فرض أنه كان سبيل إلى
المناقشة في بقية الأدلة فلا سبيل إلى المناقشة في الطريقة العقلانية القائمة على
الاعتماد على خبر الثقة والاتكال عليه في محاوراتهم » .
وأخيراً ، نقول ان من يستعرض المسألة في مظانها من كتب اصول
الفريقين : الخاصة والعامه ، ويتأمل في أدلة الطرفين ، لا يجد مناصاً إلا
الاعتراف بحجية العمل بالخبر الواحد - افاد العلم أم لم يفد - .
ولزيادة التفصيل في هذا الموضوع راجع بابه من كتب الاصول للفريقين
ككفاية الآخوند ورسائل الأنصاري وارشاد الفحول والاحكام لابن حزم وغيرها .

الخاصة مع الاقتصار على موردها من التفصيل في دين المعتقد من غير تعدد منه إلى غيره من سائر المنجزات ، فيرجع فيها إلى تقديم المنجز على الدين مطلقاً

الثاني - بتعيين المنجز ثلثاً ، إن كان بقدره ، وتعيينه من الثالث ، ان كان دونه لأن ذلك يحكم بتعيين الميت ثلثه في مال مخصوص بعد أن كان له تعيين ذلك ، وليس للوارث مزاحمة المنجز له في العين المنجزة وتبديلها بغيرها .

الثالث - كون العبرة بثلث المال عند الموت لاجل التنجيز كالوصية التي يعتبر فيها الثلث حين الموت لاجئها .

الرابع - تقديم المتقدم منها فالمقدم في المنجزات المرتبة مع زيادتها على الثلث مطلقاً . وان كان فيها عتق متأخر ، فيقدم المنجز المتقدم عليه اجمالاً كالوصايا المتراحة ، غير أنه في الوصايا قبل بتقديم العتق وإن كان متأخراً في الذكر كما عن الشيخ والاسكافي ، ولكن المشهور فيها بنوا على العمل بالترتيب المذكور فيها ، وإن كان فيها عتق متأخر ولعل مستند الشيخ وابن الجنييد (١) ما تقدم من قوله : « يبدأ بالعتق » في الأخبار المتقدمة .

(١) ابن الجنييد هو الاسكافي ، وهو محمد بن أحمد بن الجنييد أبو علي الكاتب الاسكافي ، من أعظم الفرقة وأعيان الطائفة وأفاضل قدماء الامامية وأكثرهم علماً وفقهاً وأدباً ، وأكثرهم تصنيفاً وأحسنهم تحريراً ، وأدقهم نظراً ، متكلم فقيه ، محدث أديب ، واسع العلم ، صنف في الفقه والكلام والاصول والأدب والكتابة وغيرها . تبلغ مصنفاته - عدا أجوبة مسائله - نحواً من خمسين كتاباً . . . هكذا ذكره أطراف السيد بحر العلوم في فوائده الرجالية (ج ٣ ص ٢٠٦ طبع النجف) ويستمر في استعراض كتبه ومؤلفاته - إلى قوله في آخر ص ٢٠٧ - : وهذا الشيخ على جلالته في =

ولو اجتمعت منجزات ووصايا وزاد المجموع على الثلث ، فلا اشكال بل لا خلاف في تقديم المنجزات على الوصايا مطلقاً ، وان تأخر عنها في الذكر وكان النقصان في الوصية ، لان التنجيز تمليك فعلي ، وقد تم السبب من قبل المعطى ، وإن كان مراعى في التخريج بالموت . ولا كذلك الوصية فانها معلقة على الموت الذي هو بمنزلة الجزء من السبب .

هذا كله في المنجزات ، وأما الاقرار في مرض الموت ، فلا يخلو : أما أن يكون الاقرار بدين أو بعين ، وعلى التقديرين : فاما أن يكون لأجنبي أو للوارث . وعلى التقادير : فاما أن يكون متهماً في إقراره أو لا يكون متهماً فيه :

اختلفت كلماتهم في نفوذه من الأصل مطلقاً ، أو التفصيل بحسب الصور المتقدمة والقيود الواردة في بعض النصوص من التقييد بكونه عدلاً أو مريضاً أو مليئاً أو مصداقاً : على أقوال .

وليعلم أولاً كما سبق أنه لا ملازمة بين القول بنفوذ المنجزات من الأصل ونفوذ الاقرار منه أيضاً - كما ادعاه في (المهلب) - (١) لا مكان

= الطائفة ورياسته وعظم علمه : قد حكي القول عنه بالقياس ، ونقل ذلك عنه جماعة من أعظم الأصحاب ، ومع ذلك فقد أثنى عليه علماءنا وبالغوا في إطرائه ومدحه وثنائه . . . » . وهو من اعلام القرن الرابع الهجري ومن معاصري الشيخ الكليني - قدس سرهما - .

(١) المهلب البارع في شرح المختصر النافع للمحقق الحلي ، تأليف الشيخ أحمد بن محمد بن فهد الحلي المتولد سنة ٧٥٧ هـ والمتوفى سنة ٨٤١ هـ ، ولا يزال الكتاب من نفائس المخطوطات في مكتبة آل كاشف الغطاء الخاصة ، وهو مجلد ضخم مستوعب للشرح والتفصيل والتحقيق ، قال - في آخر كتاب الوصايا منه في شرح قول المحقق : « أما الاقرار للأجنبي =

التخلف في الثاني بنفوذ من الثالث في مورد التهمة ، تعيداً بالأدلة الخاصة فيه ، كما أنه لا ملازمة بين القول بنفوذ المنجز من الثالث ونفوذ الاقرار منه أيضاً وإن نسب إليه ذلك أيضاً في (ملحقات البرهان) (١) إلا أنني لم أجده فيما حضرني من نسخة (المهلب) بل الموجود فيه التصريح بالعدم (٢) .

وانما نمنع الملازمة فيه لخروج المقرر به عن كونه تركة الميث وماله ومتعلقاً به حق الغير بعمومات أدلة (إقرار العقلاء) فيكون خارجاً من

= فإن كان متهماً على الورثة فهو من الثالث ، وإلا فهو من الأصل » :
« أقول : إقرار المريض هل يمضي من الأصل ، أويتقيد بالثالث كالوصية ؟

ابن ادريس على الاول ، وهو لازم لكل من جعل المنجزات من الأصل » .

(١) هي مجموعة صغيرة تحتوي على أربعة رسائل موجزة : في المسافة

الملفقة ، والرجوع عن قصد الإقامة ، وميراث الزوجة ، وتصرفات المريض

اعتبرها مصنفها - وهو الفقيه المحقق السيد علي بحر العلوم الطباطبائي

صاحب البرهان القاطع - من ملحقات كتابه (البرهان) .

قال - أعلى الله مقامه - في آخريات الرسالة الراهة من المجموعة - :

« وأما الاقرار من المريض بمال الغير ، فربما استظهر - من اتفاق الاصحاب

غير الحلي وسائر على عدم نفوذه مطلقاً من الأصل - القول بخروج المنجزات

من الثالث - إلى قوله : وعن المهلب : إن القول بكون المنجز من

الأصل يلزمه القول بنفوذ الاقرار من الأصل ، والقول بكونه من الثالث

يلزمه القول بأن الاقرار من الثالث . . » .

(٢) ففي المهلب تمة العبارة الآتية الذكر هكذا : « ومن قال :

انها من الثالث : منهم من قال : الاقرار من الأصل . . ومنهم من فصل

والتفصيل في موضعين : (١) في الفرق بين العين والدين (٢) وفي الفرق

بين الوارث والأجنبي - إلى آخر كلامه . : . :

الأصل ، وإن قلنا بخروج المنجزات من الثالث .

هذا وامتنع شيوخنا في (الجواهر) على خروج المنجزات من الثالث بالأدلة الدالة على نفوذ الاقرار منه في مورد التهمة ثم قال : « ولا ينافيه النفوذ من الأصل مع عدم التهمة ، إذ لعله تعلق لا يمنع من الاقرار مع عدم التهمة ، فان تعلق الحقوق بالنسبة إلى ذلك مختلف . » (١) انتهى . وتقريب الاستدلال بها على مدعاه في المنجز انما هو ان يكون المانع عن النفوذ فيما زاد على الثالث في غير مورد التهمة تعلق حق الوارث به وهو كما يمنع من نفوذ الاقرار فيه كذلك يمنع من نفوذ المنجز فيه أيضاً لوجود المالك ، وهو تعلق حق الغير به ، فيكون من تنجز ما تعلق به حق الغير ، وهو باطل .

قلت : لنا - في كلا طرفي كلامه - تأمل أما التعليل بعدم المنافاة ففيه أن حق الغير - بعد فرض تعلقه - لا يمكن نفوذ الاقرار في متعلقه وان لم يكن متهماً ، لعدم شمول دليل الاقرار له ، بعد أن كان مورده النفوذ على نفسه دون غيره . (ودعوى) اختلاف الحقوق بالنسبة إلى ذلك (أمر) لانهقله بعد فرض التعلق .

وأما التهرب ه ففيه أنه كما يحتمل أن يكون المانع تعلق حق الغير به - وعليه فيمنع في المنجز أيضاً - كذلك يحتمل أن يكون المانع لزوم التقييد على الوارث والاضرار به ، وان لم يتعلق له به حق فعلي ، وحيث

(١) فقد ذكر قبل هذه الجملة قوله : مضافاً إلى نصوص الاقرار

المضممة لنفوذ من الثالث مع التهمة ، وهدونها من الأصل ولولا تعلق حق الوارث في الجملة بحيث لا يمضي الاقرار عليه ، لم يكن وجه للنفوذ من الثالث . . . ولا ينافيه . . . راجع : كتاب الحجر في أخريات شرح قول المحقق : وفي منعه من التبرعات المنجزة الزائدة عن الثالث خلاف بيننا .

لا ضرر ولا تفرق على الوارث لو نفذ من الثلث التزمنا بنفوذه فيه ،
 عملاً بدليل الاقرار - في الجملة - (١) ولا يتوهم على هذا الوجه لزوم
 القول بالتفصيل بين التهمة وعدمها في المنجز ايضاً . مع أنه لا قائل به
 لأن التمنجز انشاء للنقل وايجاد لسببه وداعي التفويت لا يوجب سقوط أثر
 الانشاء وليس هو كالاقرار من مقولة الخبر المحتمل فيه الصدق والكذب
 حتى يلغي الشارع احتمال الكذب في غير التهمة ويعتبره فيها .

وبعبارة أخرى : الاقرار ، وان كان خبراً عن أمر سابق يحتمل
 فيه الصدق والكذب ، الا أن غلبة الصدق فيما عليه أوجب جعله الشارع
 طريقاً إلى الواقع ، لأن العاقل لا يقر غالباً بما فيه ضرر عليه ، وفي
 مورد التهمة بضعف ذلك الظهور ، ويقوى احتمال الكذب فيه لداع من
 الدواعي ، فيسقط عن الطريقية ، ولا كذلك الأسباب والانشائات في
 تأثيرها وايجاد مسبباتها ، وان اختلفت الدواعي . نعم يلزم القول بالتفصيل
 في المنجز ايضاً ، لو كان وجه المنع في الاقرار مع التهمة تعلق حق الوارث
 وهو مما بضعف كونه الوجه في ذلك ايضاً .

إذا عرفت ذلك ، فلنرجع إلى ذكر الأقوال وأدلتها فنقول : اختلفت
 كلماتهم في نفوذ الاقرار في مرض الموت على أقوال :

(١) اشارة إلى الحديث النبوي المشهور على ألسنة الفقهاء والمذكور
 في كتبهم الفقهية في مقام الاستدلال على إلزام المقر بما أقر به ، وهو
 قوله (ص) : « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز » قال : الحر العاملي
 في الوسائل أوائل كتاب الاقرار ، باب صحة الاقرار من البالغ العاقل :
 « وروى جماعة من علمائنا في كتب الاستدلال عن النبي (ص) أنه قال :
 إقرار العقلاء على أنفسهم جائز »

أحدها : نفوذه من الأصل مطلقاً ، وهو المحكي عن السرائر ، والغنية ، والمراسم وكشف الرموز وعن الأولين : دعوى الاجماع عليها (١) .

(١) ففي أخريات كتاب الصدقات من (كتاب السرائر) لمحمد ابن إدريس الحلبي ، باب الاقرار في المرض ص ٣٩١ طبع حجري ، قوله : « لإقرار المريض على نفسه جائز للاجنيين وللوارث وعلى كل حال ، اذا كان عقله ثابتاً في حال الاقرار ، يكون ما أقر به من أصل المال ، سواء كان عدلاً أو فاسقاً ، متهماً على الورثة أو غير متهم ، وعلى كل حال سواء كانت مع المقر له بينة أو لم تكن ، لاجماع أصحابنا المنعقد : أن اقرار العقلاء جائز فيما يوجب حكماً في شريعة الاسلام » .

وفي كتاب الغنية للسيد أبي المكارم حمزة بن زهرة الحسيني بعنوان (فصل في الاقرار) ضمن كتاب التجارة ، عبارته في أول الفصل هكذا : « ويصح لإقرار المحجور عليه وإقرار المريض للوارث وغيره بدليل الاجماع المشار إليه . . » ، وعبارته في آخر الفصل هكذا : « ومن أقر بدين في حال صحته ثم مرض فأقر بدين آخر في حال مرضه صح ، ولا يقدم دين الصحة على دين المرض إذا ضاق المال عن الجميع بل يقسم على قدر الدينين بدليل قوله تعالى : « من بعد وصية يوصي بها أو دين » من غير فضل » .

ومن ملاحقة العبارتين يظهر رأيه جلياً في تقديم الاقرار بالدين من الأصل مستدلاً بالاجماع .

وفي كتاب المراسم العلوية في الاحكام النبوية المطبوع ضمن الجوامع الفقهية في ايران للشيخ حمزة أبي يعلى سلار بن عبد العزيز الديلمي من أعلام القرن الخامس الهجري ، قال - في أخريات كتاب العتق والتدبير =

ثالبها - التفصيل بين التهمة ، فينفذ من الثالث مطلقاً ، وعدمها فينفذ من الأصل كذلك ، سواء كان بدين أو بعين لأجنبي أو للوارث ، وهو المنسوب إلى الأكثر .

ثالثها - إله من الأصل مع العدالة وعدم التهمة مطلقاً ، ومن الثالث مع عدمها مطلقاً ، وهو المحكي عن القاضي ، ونهاية الشيخ (١) .

رابعها - ان كان المقر عدلاً فهو من الأصل ، والا فمن الثالث حكاه في مفتاح الكرامة والجواهر قولاً ولم ينسبها إلى قائل .

خامسها - انه للاجنبي من الأصل مطلقاً ، وللوارث كذلك مع عدم التهمة ، ومن الثالث معها ، وهو محكي عن ابن حمزة (٢) .

- والمكاتبه ، بعنوان ذكر الاقرار في المرض : « من كان عاقلاً يملك أمره فيما يأتي ويلد ، فاقراره في مرضه كاققراره في صحته ، أى في الاخراج من الأصل .

(١) لم نجد ذلك جلياً في مظانه من كتاب جواهر الفقه للقاضي ابن البراج ، ولكن رأيه هذا منقول في عامة الموسوعات الفقهية ،

وفي نهاية الشيخ الطوسي - قدس سره - آخر كتاب الوصايا ، باب

الاقرار في المرض والهبة ، ص ٦١٧ طبع دار الكتاب العربي في بيروت

هكذا : « اقرار المريض جائز على نفسه للاجنبي وللوارث على كل حال

إذا كان مرضياً موثقاً بعدالته ، ويكون عقله ثابتاً في حال الاقرار ، ويكون

ما أقر به من أصل المال ، فان كان غير موثق به ، وكان متهماً ، طواب المقراه

بالبينة ، فان كانت معه بينة أعطي من أصل المال وإن لم يكن معه بينة

أعطي من الثالث ، إن بلغ ذلك . فان لم يبلغ فليس له أكثر منه .

(٢) قال ابن حمزة المشهدي في كتاب الوسيلة المطبوع بالحجر ضمن

الجوامع الفقهية ، في فصل الاقرار ، قبل كتاب النفقات : « واقرار =

سادسها - ما هو المحكي عن المقتنع : من نفوذه من الثالث في حق الوارث ، ولم يعلم فتواه في الأجنبية (١) .

سابعها - ما هو المحكي عن المقتنعة : من أنه ان كان بدين فهو من الأصل مطلقاً ، وان كان بعين وكان عليه دين يحيط بما في يده قبل إقراره ان كان عدلاً مأموناً ، ولم يقبل إقراره ان كان متهماً (٢) .

ثامنها - انه ان كان مأموناً فهو من الأصل ، صحيحاً كان أو مريضاً لوارث أو لأجنبي بدين أو بعين ، وان كان متهماً فهو من الثالث مطلقاً وهو المحكي عن أبي الصلاح ، ولم أجد موافقاً له في التفصيل بين التهمة وعدمها في حال الصحة ، بل قبل - بعد حكايته عنه - لا خلاف في نفوذه من الأصل في الصحة مع التهمة أيضاً

تاسعها - نفوذه من الثالث للورثة مطلقاً مع التهمة وعدمها ، والأجنبي

= المريض إذا كان صحيح العقل مثل اقرار الصحيح إلا في حق بعض الورثة اشياء إذا كان متهماً ، فإذا أقر له ولم يكن للمقر له بيئة على ما أقر له به ، كان في حكم الوصية .

(١) المقتنع للصدوق - رحمه الله - طبع بالججر في ايران مع الجوامع الفقهية ، قال - في أوائل باب الوصايا - « وإذا أقر الرجل - وهو مريض لوارث بدين ، فانه يجوز إذا كان الذي أقر به دون الثالث ، ولم يذكر غير الوارث .

(٢) كمال العبارة في مقنعة الشيخ المفيد طبع حجري في ايران ، باب الاقرار في المرض هكذا : « واقرار العاقل في مرضه للأجنبي والوارث سواء ، وهو ماض واجب لمن أقر به . وإذا كان على الرجل دين يحيط . في يديه ، فأقر بأله ودبعة لوارث وغيره ، قبل إقراره إن كان عدلاً مأموناً ، وإن كان متهماً لم يقبل إقراره . » .

التفصيل بين التهمة وعدمها ، وهو اختيار النافع (١) .

ومنشأ هذا الاختلاف اختلاف الأخبار التي :

منها خبر منصور بن حازم : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديناً ؟ فقال : ان كان الميت مرضياً فأعطه الذي أوصى له ، (٢) .

ومنها خبر أبي أيوب عنه أيضاً (٣) .

ومنها خبر العلاء بن الساري : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلاً مالا فلما حضرها الموت قالت له : ان المال الذي دفعته اليك الملائنة ، وماتت المرأة فأتى أولياؤها للرجل فقالوا له : انه كان لصاحبتنا مال ولا نراه إلا عندك فاحلف لنا ما لها قبلك شيء ، فبجلف لهم فقال : ان كانت مأمونة عنده فيحلف لهم ، وان كانت متهمة فلا يحلف لهم ويضع الأمر على ما كان فانما لها من مالها ثلثه ، (٤) .

ومنها خبر أبي بصير : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل معه مال مضاربة ، فمات وعليه دين وأوصى ان هذا الذي ترك لاهل

(١) تمام العبارة في المختصر النافع للمحقق آخر كتاب الوصايا هكذا . . . أما الاقرار للجاني ، فان كان متهماً على الورثة فهو من الثلث وإلا فهو من الاصل . وللوارث من الثلث على التقديرين .

(٢) الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ١٦ صحة الاقرار للوارث حديث رقم (١) .

(٣) في نفس المصدر آخر الحديث الثاني يشير الحر العاملي الى خبر أبي أيوب عن الامام الصادق (ع) . وبهذا النص برقم (٨) بنفس الباب .

(٤) المصدر نفسه حديث رقم (٢) :

المضاربة أيجوز ذلك ؟ قال : نعم اذا كان مصدقاً ، (١) :
وصحيح الحلبي : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يقر
لوارث يدين فقال يجوز اذا كان ملياً ، (٢) .
ومنها خبره الآخر : « انه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل
أقر لوارث يدين في مرضه أيجوز ذلك قال : نعم اذا كان ملياً ، (٣) .
ومكاتبة محمد بن عبد الجبار إلى العسكري عليه السلام : « عن امرأة
أوصت إلى رجل وأقرت له بدين ثمانية آلاف درهم وكذلك ما كان لها
من متاع البيت من صوف وشعر وشبة وصفرة ونحاس وكل ما لها أقرت به
للموصى له وأشهدت على وصيتها وأوصت أن يحج عنها من هذه التركة
حجتان ويعطى مولى لها أربعمأة درهم وماتت المرأة وترك زوجها ، فلم
نذكر كيف الخروج من هذا واشتبه علينا الأمر ، وذكر كاتب ان المرأة
استشارته فسألته أن يكتب لهم ما يصح لهذا الوصي فقال لها لا تصح تركتك
لهذا الوصي الا باقرارك له بدين يحيط بتركته بشهادة الشهود وتأمر به
بعد أن ينفذ ما توصيه به ، فكتبت له بالوصية على هذا . وأقرت للوصي
بهذا الدين ، فأريك أدام الله عزك في مسألة الفقهاء قبلك عن هذا وتعمدنا
ذلك لنعمل به ان شاء الله تعالى ؟ فكتبت عليه السلام بخطه ان كان الدين
صحيحاً معروفاً ومفهوماً فيخرج الدين من رأس المال ، وان لم يكن الدين
حقاً انفذ لها ما أوصت به من ثلثها كلى أو لم يكف ، (٤) ،
ومنها خبر اسماعيل بن جابر : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن

(١) المصدر نفسه حديث رقم (١٤) .

(٢) المصدر نفسه بنفس الباب . حديث رقم (٥) .

(٣) المصدر نفسه بنفس الباب . حديث رقم (٧) .

(٤) المصدر نفسه حديث رقم (١٠) .

رجل أقر لوارث وهو مريض بدين له عليه ؟ قال : يجوز إذا أقر به دون الثلث ، (١) .

ومنها خبر سماعة : « سألته عن أقر لوارث بدين عليه وهو مريض قال يجوز عليه ما أقر به إذا كان قليلا ، (٢) ،

ومنها خبر أبي ولاد : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اعترف لوارث له بدين في مرضه ؟ فقال لا تجوز وصيته لوارث ولا اعتراف له بدين ، (٣) .

ومنها خبر السكوني : « قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أقر عند موته لفلان وفلان : لأحدهما عندي الف درهم ثم مات على تلك الحال أيهما أقام البينة فله المال فإن لم يقم واحد منهما البينة فالمال بينهما نصفان ، (٤) .

ومنها خبر سعد بن سعد : « عن الرضا عليه السلام قال : سألته عن رجل مسافر حضره الموت فدفع مالا إلى رجل من التجار فقال له إن هذا المال لفلان ابن فلان ليس لي فيه قليل ولا كثير فادفعه إليه بصرفه حيث شاء ، فمات ولم يأمر فيه صاحبه الذي جعله له بأمر ولا يدري صاحبه ما الذي حمله على ذلك كيف يصنع ؟ قال يضعه حيث شاء ، (٥) .

(١) الوسائل كتاب الوصايا ، باب الأقرار للوارث ، حديث رقم (٣) .

(٢) المصدر نفسه ، حديث رقم (٩) :

(٣) في الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ١٥ جواز الوصية للوارث

حديث (١٢) هكذا : وعنه عن القاسم بن سليمان قال : سألت أبا عبد الله . الخ

(٤) راجع : مستدرك الوسائل ، كتاب الوصايا باب ٢٤ إن من

أقر الواحد من اثنين .

(٥) الوسائل كتاب الوصايا ، باب ١٦ حديث رقم (٦) .

وأنت خير بأن القول المشهور وهو التفصيل بين التهمة وعدمها بالنفوذ من الثلث مطلقاً أو من الأصل كذلك هو مقتضى الجمع بين هذه الأخبار بعد ارجاع بعض القيود التي فيها ككونه عدلاً أو مرضياً أو نفة أو مصداقاً أو ملياً ، سيما بناء على تفسير الملاءة بالوثاقة - كما عن الصحاح - إلى المأمونية المقابلة للتهمة ، فيكون مرجح الكل إلى التفصيل بين التهمة وعدمها ، بها تخصص عمومات أدلة الاقرار التي مقتضاها نفوذه من الأصل ولو مع التهمة في مرض الموت ، ضرورة ان في كل من الأقوال المتقدمة - عدا القول بالتفصيل المذكور - طرْحاً لبعض هذه النصوص أو جلها مع عدم الداعي اليه ، فراجع .

بقي هنا إشكال في ضمن إشكال .

الأول - ان مقتضى مفهوم النصوص المتقدمة - كما قيل - سقوط الاقرار مع التهمة رأساً ، لا نفوذه من الثلث .

الثاني - بعد فرض النفوذ عليه يقتضى نفوذه على قدر نسبة ما يخصه من المال وهو الثلث ، لا نفوذ كله منه كما ينقل على المعترف من الورثة مع انكار الباقي بدين على مورثهم بقدر نصيبه من الارث ، لا كله .

والجواب : اما عن الأول ، فمع قيام الاجماع - بقسميه - على عدم حرمان المقر له مما أقر به المقر ونفوذه من ثلثه ، إشعار بحلته من النصوص به بل دلالتها عليه ، كما في ذيل خبر العلا من التعليل لعدم الحلف بأنما لها من مالها الثلث ، فانه لا ربط للذكر ذلك إلا من حيث نفوذ ما أقرت به من الثلث ، وذيل روايتي اسماعيل بن جابر ، وسماعة ، بناء على ظهور إرادة الثلث فما دون من الأولى ، وإرادة الثلث من القليل في الثانية .

ومنه يعلم الجواب عن الثاني أيضاً ، مضافاً إلى وضوح الفرق بينه وبين اعتراف أحد الورثة بدين على الميت ، ضرورة ان المخاطب بالوفاء

هنا هو المقر بعد ثبوت الدين عليه باقراره ، فيكون وفاء ما عليه مما له من المال وهو الثلث ، ولا كذلك في الوارث ، فان المخاطب بالوفاء جميع الورثة ، فعلى المعترف بنسبة ما يخصه من الارث باعترافه ، فما أبعد ما بين المقيس والمقيس عليه . نعم يقاس المقام بما لو علم الوصي بدين على الميت مع انكار الورثة وعجزه عن اثباته ، فانه يجب عليه وفاؤه من الثلث مع عدم التمكن من غيره وليس إلا لكون الدين على الميت ، والوصي نائب عنه ومخاطب به ، حيث لا طريق له على الوارث ، فظهر لك من مجموع ما ذكرنا أن الأقوى في مسألة المنجزات في مرض الموت نفوذها من الأصل وفي مسألة الاقرار فيه نفوذه منه أيضاً ، سواء كان بدين أو بعين لأجنبي كان أو للوارث ، إلا في صورة التهمة ، فانه ينفذ من الثلث مطلقاً في الصور المزبورة . وحيث قوينا نفوذ المنجز من الأصل كفيينا مؤنة التعرض لبقية الفروع المبتنية على نفوذه من الثلث .

والله

العالم بمقتائق أحكامه

رِسَالَةٌ

فِي عِرْمَانِ الزَّوْجَةِ مِنْ بَعْضِ الْأَرْثِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أجمعت الامامية - على ما قيل عدا الاسكافي - (١) على حرمان الزوجة - في الجملة - لإرثاً من تركة زوجها . وانما اختلفوا في موضعين (الأول) : فيما تحرم منه من أعيان التركة (الثاني) : فيمن تحرم منه من الزوجات مطلقاً ، أو خصوص غير ذات الولد منها .

أما الموضع الاول ، فقد اختلفت كلماتهم في ذلك على أقوال : أحدها - وهو المنسوب إلى الشيخ في (النهاية) وابن حمزة وابن البراج - وأبي الصلاح والتقى (٢) : بل قيل هو المشهور - حرمانها

(١) نسبة إلى (إسكاف) بالكسر ، وهي النهاراوات بين بغداد وواسط . وهو نفسه ابن الجنيد محمد بن أحمد أبو علي الكاتب ، وكان من أعظم الفقهاء الامامية ، ومن مقدمهم في العلم وكثرة التصنيف في مختلف فنون العلم والأدب ، وكان يقول بحجية القياس ، ويوافق العامة في كثير من فتاواه توفي بالري سنة ٣٨١ هـ (راجع عن تفصيل ترجمته : رجال السيد بحر العلوم - مع تعليقاته : ج ٣ ص ٢٠٥ - ٢٢٤) طبع النجف . (٢) هكذا في الأصل مع العطف . ولعل الصحيح بدون واو العطف

فان أبا الصلاح هو نفسه التقى بن نجم بن عبيد الله الحلبي المعاصر للعلمين السيد المرتضى والشيخ الطوسي ، وله مصنفات في الفقه كثيرة منها (الكافي) وأعماله لا يزال من نفائس المخطوطات (ترجم له السيد بحر العلوم في رجاله ج ٢ ص ١٣١ - ١٣٤) طبع النجف الأشرف .

من مطلق الارض ، سواء كانت بياضاً أو مشغولة بزرع أو بناء أو نخل أو شجر أو غير ذلك (١) ويقوم البناء وما فيه من الآلات كالطوب (٢) والبواب والخشب والقصب وغير ذلك من الآلات المستدخلة في البناء ، ويعطى حقها من قيمة ذلك ، ونسب إلى أهل هذا القول توريتها من عين النخل والشجر ، وعليه يكون حرمانها عندهم من مطلق الارض مطلقاً عيناً وقيمة ، ومن البناء وما فيه من الآلات عيناً لقيمة ، وتوريتها من عين

(١) ففي (النهاية للشيخ الطوسي ص ٦٤٢) طبع دار الكتاب العربي : « والمرأة لا ترث من زوجها من الأرضين والقرى والرباع من الدور والمنازل ، بل يقوم الطوب والخشب وغير ذلك من الآلات وتعطى حصتها منه ، ولا تعطى من نفس الأرض شيئاً وقال بعض أصحابنا ان هذا الحكم مخصوص بالدور والمنازل دون الأرضين والبساتين والأول اكثر في الروايات ، واطهر في المذهب »

وفي (الوسيلة إلى نيل الفضيلة لأبي جعفر محمد بن علي بن حمزة الطوسي ، المطبوع مع الجوامع الفقهية طبعة حجرية في ايران) في فصل ميراث الازواج : « . . . وإن لم تكن (أي الزوجة) ذات ولد منه (أي الزوج) لم يكن لها حق في الأرضين والقرى والمنازل والدور والرباع » :

وأما القاضي ابن البراج . فلم نجد رأيه في ذلك صريحاً في مظانه من كتابه جواهر الفقه ، المطبوع ضمن الجوامع الفقهية ، ولكن ينسب إليه ذلك في عامة الموسوعات الفقهية - كما في المتن - .

وأما ابو الصلاح النقي الحلبي ، فلم يحضرني كتابه (الكافي) المخطوط - كما عرفت - ولكن المنقول عنه ذلك أيضاً في عامة الموسوعات الفقهية .
(٢) الطوب - بالضم - : الآجر - كما عن القاموس .

النخل والشجر .

لكن لم أجد في النهاية ذكر النخل والشجر (١) حتى يعلم توريثها من عيبتها أو من قيمتهما ولعل النسبة من جهة اختصاص الحرمان في الذكر بالأرض واختصاص التقويم في الذكر بالبناء والآلات ، وليس النخل والشجر منها فيكونان باقيين في عمومات الارث ، الموجب للارث من عيبتها كسائر الأموال ، إلا انه كما يحتمل ذلك ، مع عدم جواز النسبة بمجرد ذلك ، كذلك يحتمل ادخالهما في الآلات التي ترث من قيمتهما لا من عيبتها ، وكيف كان

الثاني مثل الأول مع توريثها من قيمة النخل والشجر ، وهو العلامة في القواعد والشهيد في الدروس (٢) وجمع كثير ، بل نسيه غير واحد كالقواعد وغيره - إلى المشهور . بل لعله قول من تقدم من القدماء بناء على إلحاقها بالآلات ، كما عرفت وعليه فتحرم من مطلق الأرض عيناً وقيمة ، وتعطى من قيمة ما عليها من الأعيان الثابتة مطلقاً ، فتحرم (١) ولعل في آخر عبارة (النهاية) الآنف الذكر إشارة إلى ذلك حيث يقول « وقال بعض أصحابنا . . . فان كلمة (البساتين) ترمز إلى النخل والشجر ، والله العالم .

(٢) قال العلامة في قواعده في أخريات الفصل الرابع من كتاب الفرائض - : « أما الزوجة : فان كان لها ولد . . . وان لم يكن لها ولد ، فالمشهور أنها لا ترث من رقبة الأرض شيئاً . وتعطى حصتها من قيمة الآلات والأهنية والنخل والشجر . . . »

وقال الشهيد الأول في دروسه : كتاب الميراث بعنوان (درس وثالث عشرها) : « الثالث - لو خلت الزوجة عن ولد لم ترث من رقبة الأرض شيئاً ، وتعطى قيمة الآلات والأهنية والشجر . . . »

من عينها لا من قيمتها ، ولو كان نخلا أو شجراً .

الثالث - اختصاص الحرمان بخصوص أرض الرباع ، وهي الدور والمساكن عيناً وقيمة ، ومن عين ما فيها من البناء دون قيمته وترث من غير ذلك عيناً ، وإن كان أرضاً ، كسائر أمواله . وهو منسوب إلى المفيد (١) وابن ادريس (٢) وكاشف الرموز (٣) . ومال إليه في

(١) قال الشيخ المفيد - كما في المقنعة - باب ميراث الأزواج غير ذوي الأولاد - : « . ولا ترث الزوجة شيئاً مما يخلفه الزوج من الرباع وتعطى قيمة الخشب والطوب والبناء والآلات فيه ، وهذا هو متصوص عليه عن نبي الهدى عليه وآله الصلاة والسلام وعن الأئمة من عترته . والرباع : هو الدور والمساكن دون البساتين والضياع » .

(٢) قال محمد بن إدريس العجلي الحلبي في كتابه (السرائر : كتاب الفرائض أثناء فصل : وإذا انفرد الولد من الأبوين وأحد الزوجين) : « وكذا ذهب السيد المرتضى - فيما رواه أصحابنا وأجمعوا عليه : من أن الزوجة التي لا يكون لها من الميراث ولد لا ترث من الرباع والمنازل شيئاً والحق بعض أصحابنا جميع الأرضين من البساتين والضياع وغيرها وهذا اختيار شيخنا أبي جعفر ، والأول اختيار الشيخ المفيد - إلى قوله - : والصحيح أنها لا ترث من نفس التربة ولا من قيمتها ، بل يقوم الطوب والآلات وتعطى قيمته » .

(٣) كشف الرموز أول شرح للمختصر النافع للمحقق الحلبي ، تصنيف الفقيه الحسن بن أبي طالب الآبي اليوسفي معاصر المحقق الحلبي وتلميذه الأقدم وهو من نفائس المخطوطات (راجع عنه وعن مؤلفه ، رجال السيد بحر العلوم ج ٢ ص ١٧٩ - ١٨٦ مع التعليقات) طبع النجف . ويظهر من السيد =

(المختلف) الا أن قرار فتواه على قول الشيخ (١). وقواه في الكفاية (٢)

= في رجاله : أن المحقق المنقول عنه في هذا الكتاب يرى الحرمان من
الرباع لمطلق الزوجة ، حتى لو كانت ذات ولد فلاحظ

(١) مختلف الشيعة في أحكام الشريعة للعلامة الحلي - قدس سره -
ففي كتابه الفرائض منه ، مسألة حرمان الزوجة من الأرض والرباع يقول :
« مسألة - قال الشيخ في النهاية : المرأة لا ترث من زوجها من الأرضين
والقرى والرباع من الدور والمنازل . . . » وبعد أن يستعرض آراء
الفقهاء القدماء في المسألة كالفاضل بن البراج وأبي الصلاح الحلي وابن
حمزة والشيخ المفيد وابن ادریس والسيد المرتضى وغيرهم - يقول :
« والذي يقوى في نفسي أن هذه المسألة تجري مجرى المسألة المتقدمة في
تخصيص الأكبر من الذكور بالمصحف والسيف ، وأن الرباع ، وإن لم
يسلم في الزوجات ، فقيمتها محسوبة لها . : » وفي آخر المسألة يختم كلامه
بقوله : « وبعد هذا كله فالفتوى على ما قاله الشيخ رحمه الله » .

(٢) راجع - من كفاية السبزواري ، كتاب الموارث ، البحث الرابع
في الميراث بحسب السبب ، وفيه فصول : الأول - في بعض الأحكام
المتعلقة بميراث الأزواج ، وفيه مسائل : « الثالثة - المشهور بين علمائنا
حرمان الزوجة عن شيء من ميراث الزوج في الجملة - إلى قوله - :
وللاصحاب اختلاف في هذه المسألة في موضعين : (الأول) - فيما يحرم
منه وقد اختلف فيه الاصحاب على أقوال - إلى قوله - : الثالث -
حرمانها من الرباع ، وهي الدور والمساكن دون البساتين والضباع ،
وتعطى قيمة الآلات والابنية من المساكن ، وهو قول المفيد وابن ادریس ،
وبعد ذكر الأقوال في المسألة يستعرض الروايات التي يظهر منها الخلاف =

وهو ظاهر النافع (١) والمحكي عن تلميذه في شرحه (٢) .

الرابع - وهو للمرتضى رحمه الله تعالى : (٣) لإختصاص الحرمان

= في الأقوال ، ثم يأخذ في ترجيح الأقوال على ضوء ترجيح أدلتها والجمع بين متعارضاتها ، فيرجح - أولاً - قول السيد المرتضى ، وهو رابع الأقوال لقوة دليله . وأخيراً : يختم المورد بقوله : « وبعد قول السيد فقول المفيد ومن تبعه لا يخلو عن قوة »

(١) وذلك لقول المحقق الحلبي الصريح في (مختصر النافع ، كتاب

الميراث ، المقصد الثاني في ميراث الأزواج : « ويرث الزوج من جميع ما تركته المرأة ، وكذلك المرأة عدا العقار ، وترث من قيمة الآلات والأهنية . . . »

(٢) لا ندرى ماذا يقصد - المانن - بـ (تلميذه وشرحه) بعد أن

ذكر (كشف الرموز للمحقق الآبي) تلميذ المحقق الحلبي وهو أول شروح النافع - بعد شرح المصنف نفسه له - والذي يستعرض شروح (النافع) .

المندرجة في (الذريعة للمرحوم الطهراني) ويواكب تلاميذ المحقق الحلبي المذكورة في مصادر ترجمته لم يجد تلميذاً شارحاً للكتاب غير المحقق الآبي المذكور ، فإن أقدم ما أطلعنا عليه من شروح ، هو (التنقيح الرائع)

للفاضل المقداد السيوري المتوفى سنة ٨٢٦ هـ . و (المهذب البارع للشيخ أحمد بن محمد بن فهد الحلبي المتوفى سنة ٨٤١ هـ . وهذان العالمان لا يمكن

لهما معاصرة أو تلمذة المحقق الحلبي المولود سنة ٦٠٢ والمتوفى سنة ٦٧٦ هـ - عادة - بحكم البون الشاسع بين التاريخين . وأخيراً ، فلم نجد تخريجاً واضحاً لما يريد المانن - قدس سره - من هذه الجملة على أن عدم الوجدان لا يدل على عدم الوجود . والله العالم .

(٣) قال السيد في كتابه (الانتصار : ص ٣٠١) طبع النجف =

بأربع أرضاً وعمارة ، لكن عيناً لا قيمة ، فتعطى حقها من قيمتها أرضاً وعمارة ، وتوريثها من غير ذلك عيناً ولو كان ضيعة وعقاراً .
هذه أربعة أقوال في حرمان الزوجة . إن صححت نسبة توريثها من عين النخل والشجر الى الشيخ وأتباعه .

وقول وهو لابن الجنيدي : عدم حرمانها من شيء وتوريثها من عين كل شيء كغيرها من الورثة (١) . فالمسألة بالنسبة الى ميراث الزوجة خماسية الأقوال أو رباعيتها :

ومنشأ هذا الاختلاف اختلاف الاخبار الواردة في المقام عن الأئمة الاطهار عليهم السلام . وها نتاولا عليك جملة ما وقفنا عليه :

منها - موثقة عبيد بن زرارة والبقاق : « قلنا لأبي عبد الله عليه السلام : ما تقول في رجل تزوج امرأة ثم مات عنها وقد فرض لها الصداق ؟ قال : لها نصف الصداق ، وورثه من كل شيء ، وإن مات

- سنة ١٣٩١ : « مسألة ، ومما انفردت به الامامية القول بأن الزوجة لا ترث من رباغ المتوفى شيئاً ، بل تعطى بقيمة حقها من البناء والآلات دون قيمة العراص ، وخالف باقي الفقهاء في ذلك ، ولم يفرقوا بين الرباع وغيرها في تعلق حق الزوجات : والذي يقوى في نفسي أن هذه المسألة تجري مجرى المسألة المتقدمة في تخصيص الأكبر من الذكور بالسيف والمصحف ، وأن الرباع ، وإن لم تسلم الى الزوجات ، فقيمتها محسوبة لها .
(١) كما مرث الاشارة من الماتن الى قوله هاستثنائه في أول المسألة .

وتذكر مخالفته هذه في عامة كتب الفقه بهذا الموضوع . ولا عجب منه فانه كثير المخالفة للامامية في آرائه الفقهية ، بالرغم من كونه من مفاخرهم وأعاضمهم - كما عرفت ذلك من السيد بحر العلوم في رجاله - .

فهي كذلك « (١) .

ومنها - رواية البقباق وابن أبي يعفور عن أبي عبد الله (ع) : قال :
« سألته عن الرجل هل يرث من دار امرأته أو أرضها من الثروة شيئاً ،
أو يكون في ذلك بمنزلة المرأة فلا يرث من ذلك شيئاً ؟ قال : يرثها ونثره
من كل شيء ترك وتركت » (٢) .

ومنها - رواية محمد بن مسلم ، قال : « قال أبو عبد الله عليه السلام
ترث المرأة الطوب ولا ترث من الرباع شيئاً ؟ قال : قلت : كيف ترث
من الفرع ولا ترث من الرباع شيئاً ؟ فقال لي : ليس لها منهم نسب ترث به
وانما هي دخيل عليهم فنرث من الفرع ، ولا ترث من الأصل ، ولا يدخل
عليهم داخل بسببها » (٣) .

ومنها - رواية زرارة ومحمد : « لا ترث النساء من عقار الدور شيئاً
ولكن يقوم البناء والطوب ، وتعطى منها ثمنها أو ربعها » (٤) .
ومنها - رواية يزيد الصائغ : « ان النساء لا يرثن من رباع الأرض
شيئاً ، ولكن لهن قيمة الطوب والخشب » (٥) .

ومنها روايته أيضاً : « عن النساء : هل يرثن من الأرض ؟

(١) كتاب الوسائل للحر العاملي كتاب النكاح ، أبواب المهور باب
٥٨ ، حديث (٨) : عن عبيد بن زرارة وفضل أبي العباس قالوا : قلنا
لأبي عبد الله (ع) . وفضل هو الملقب بالبقباق .

(٢) الاستبصار للشيخ الطوسي ، باب ٩٤ حديث رقم ١٢

(٣) الاستبصار باب ٩٤ حديث (٤) .

(٤) الوسائل ، كتاب الفرائض باب ٦ ، حديث رقم (٧) :

(٥) في الوسائل ، كتاب الفرائض باب ٦ ، حديث (١١) قال :

سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : إن النساء . . .

فقال لا ، ولكن يرثن قيمة البناء ، قال : قلت فان الناس لا يرضون ابدأ فقال : إذا ولينا ولم يرض الناس ضربناهم بالسوط ، فان لم يستقيموا ضربناهم بالسيف ، (١) .

ومنها - رواية الصغار عن بصائر الدرجات عن عبد الملك : قال دعا ابو جعفر - عليه السلام - بكتاب علي - عليه السلام - فجاء به جعفر مثل فخذ الرجل مطوياً ، فاذا فيه : ان النساء ليس لهن من عقار الرجل اذا توفي عنهن شيء ، فقال : ابو جعفر عليه السلام : هذا والله خط علي - عليه السلام - واملاء رسول الله - صلى الله عليه وآله - ، (٢) . ومنها - رواية موسى بن بكير الواسطي : قال : قلت لزرارة : إن بكيراً حدثني عن أبي جعفر - عليه السلام - ان النساء لا ترث امرأة مما ترك زوجها من تربة دار ، ولا أرض الا أن يقوم البناء والجنود والخشب ، فتعطى نصيبها من قيمة البناء ، وأما التربة فلا تعطى شيئاً من الأرض ولا تربة دار ، قال زرارة : هذا مما لا شك فيه ، (٣) .

ومنها - ما كتبه الرضا عليه السلام الى محمد بن سنان فيما كتب من جواب مسأله : « علة المرأة أنها لا ترث من العقار شيئاً إلا قيمة الطوب والنقص ، لان العقار لا يمكن تغييره وقبه ، والمرأة قد يجوز أن ينقطع ما بينها وبينه من العصمة ، ويجوز تغييرها وتبديلها ، وليس الولد والوالد كذلك ، لأنه لا يمكن التفصي بينهما ، والمرأة يمكن الاستبدال بها فما يجوز

(١) الوسائل ، المصدر الآنف الحديث قبل ذلك رقم (٨) عن يزيد الصائغ عن أبي عبد الله (ع) قال سألته عن النساء

(٢) الوسائل ، أبواب ميراث الأزواج ، باب ٦ حديث (١٧) .

(٣) الوسائل . بنفس المصدر الآنف ، حديث رقم (١٥) والاستبصار

باب ٩٤ ، حديث رقم (١١) طبع النجف

أن يجيء ويلهب كان ميراثه فيما يجوز تغييره وتبديله اذا أشبهه ، وكان الثابت المقيم على حاله كمن كان مثله في الثبات والقيام ، (١) .

ومنها - رواية مجد وزرارة : « ان النساء لا يرثن من الدور ولا من للضباع شيئاً ، الا أن يكون أحدث بناء فيرثن ذلك البناء » (٢) .

ومنها - رواية حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام : « قال إنما جعل للمرأة قيمة الخشب والطوب لثلاث يتزوجن ، فيدخل عليهن من يفسد مواربهن » (٣) .

ومنها - رواية ميسرة بباع الزطي عن عبد الله - عليه السلام - : « قال : سألت عن النساء ما لهن من الميراث ؟ فقال : لهن قيمة الطوب والبناء والخشب والقصب ، فأما الأرضون والعقار فلا ميراث لهن فيه ، قال قلت : فالثياب ؟ قال : الثياب لهن نصيبهن ، قال : قلت : كيف صار ذا ولهذه الثمن والربع مسمى ؟ قال : لأن المرأة ليس لها نسب ترث به وانما هي دخيل عليهن ، وانما صار هذا هكذا لثلاث تزوج المرأة فيجبيء زوجها أو ولد من قوم آخرين ، فيزاحم قوماً في عقارهم » (٤)

(١) الوسائل ، كتاب الفرائض والموارث ، باب ٦ حديث (١٤) :

(٢) الاستبصار ، باب ٩٤ ، حديث (١٠) عن مجد بن مسلم وزرارة

عن أبي جعفر . . .

(٣) الوسائل ، كتاب الفرائض والموارث ، باب ٦ حديث (٩) :

(٤) الاستبصار باب ٩٤ ، حديث (٨) . والزط - بالضم -

طائفة من أهل الهند ، معرب (جت) ولإيهم تنسب الثياب الزطية - هكذا في كتب اللغة - : فيكون المقصود من (بباع الزطي) بباع الثياب المنسوبة إلى الزط . ولعل في الرواية شاهداً على ذلك لسؤال الراوي عن الثياب والله العالم .

ومنها - رواية مؤمن الطاق : « لا يرثن النساء من العقار شيئاً ، ولهن من قيمة البناء والشجر والنخل » (١) .
ومنها رواية زرارة ومجد : « لا ترث النساء من عقار الأرض شيئاً » (٢) ،
ومنها - رواية عبد الملك بن أعين : « ليس للنساء من الدور والعقار شيء » (٣) .

ومنها - روايه الفضلاء الخمسة : « المرأة لا ترث من تركه زوجها من تربة دار أو أرض الا أن يقوم الطوب والخشب قيمة ، فتعطى ربعها أو ثمنها ، إن كان له ولد ، من قيمة الطوب والجذوع والخشب » (٤) .
ومنها - رواية طربال المتضمنة لما ستعرف ، ومنها موثقة زرارة .
ومنها صحيحة زرارة : « ان المرأة لا ترث فيما ترك زوجها عن القرى والدور والسلاح والدواب شيئاً ، وترث من المال والفرش والثياب

(١) في الوسائل ، أبواب ميراث الأزواج ، باب ٦ حديث (١٦) :
عن الأحول عن أبي عبد الله ، قال : سمعته يقول . . والمقصود بالأحول :
هو مؤمن الطاق ، أبو جعفر محمد به علي بن النعمان الكوفي الصيرفي ،
تلميذ الامامين الباقرين عليهما السلام .

(٢) في الاستبصار ، طبع النجف كتاب المواريث باب ٩٤ ، حديث
رقم (٣) الحديث عن أبي جعفر عليه السلام .

(٣) في الوسائل ، كتاب الفرائض باب ٦ من ابواب ميراث الأزواج
حديث (١٠) عن أحدهما عليهما السلام . . .

(٤) المصدر الآنف حديث (٥) . ويقصد بالفضلاء الخمسة هم :
زرارة وبكير وفضيل وبريد ومجد بن مسلم ، فالهم بجمعهم روي الحديث
عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام .

ومتاع البيت مما ترك ، ويقوم النقص والابواب والجدوع والقصب ، فتعطى حقها منه ، : (١) وموئنته مثلها الا أن (الرقيق) فيها بدل (الفرش) وليس فيها الأبواب ورواية طربال نحو الموقنة الا انه قال فيها (ويقوم النقص والاجذاع والقصب والابواب) (٢) .

ومنها - رواية محمد بن مسلم : « النساء لا يرثن من الأرض ولا من العقار شيئاً » (٣) .

ومنها - رواية الصدوق في (الفقيه) عن ابن أبي عمير عن ابن اذينة : « في النساء اذا كان لهن ولد أعطين من الرباع » (٤)

اذا وقفت على ما تلوناه عليك من الأخبار فاعلم إن كلا من هذه الأقوال - عدا المشهور - يركن قائله الى بعض منها ، فنقول :

حجة الاسكاني : عمومات الكتاب ، منضمماً إليها روايتا عبيد بن زرارة ، وابن أبي يعفور المتقدمة ، وقريب منهما خبر أبي الجارود الدالة على توريتها من كل شيء .

وفيه : أنها مخصصة بعد الاجماع المحصل ، فضلاً عن المنقول البالغ فوق حد الاستفاضة على حرمانها في الجملة - بالأخبار المتقدمة ،

(١) الوسائل كتاب الفرائض باب ٦ من ميراث الأزواج حديث (١)

(٢) في الاستبصار ، باب ٩٤ حديث (٩) ، الحديث بسنده عن

خطاب ابن أبي محمد الهمداني عن طربال بن رجا عن أبي جعفر (ع) : « أن المرأة لا ترث مما ترك زوجها من القرى والدور والسلاح والدواب شيئاً ، وترث من المال والرقيق والثياب ومتاع البيت مما ترك ويقوم النقص والجدوع والقصب فتعطى حقها منه »

(٣) الوسائل كتاب الفرائض باب ٦ من ميراث الأزواج حديث (٤) .

(٤) الوسائل ، أبواب ميراث الأزواج ، باب ٧ حديث (٢) .

فلتحمل تلك الأخبار (١) على التقية ، لأن الحرمان من منفردات الامامية مع إشعار الثانية بها حيث أقر السائل - على ما هو ركوز في ذهنه : من حرمان الزوجة ، وانما سأل عن حرمان الزوج وعدمه وأجاب بالمساواة بينهما تقية .

حجة المرتضى : الجمع بين عمومات الارث ، والمتيقن مما دل على الحرمان ، وهو الرباع ، بحمل الحرمان فيها على الحرمان من العين ، والارث فيها من القيمة :

وفيه : - مع منافاته لما دلت عليه نصوص الرباع : من التفصيل القاطع للشركة باختصاص التقويم فيها بالآلات والأبنية دون عراسها - أن ذلك ليس جمعاً بين الدليلين بل هو طرح لهما ، إذ ليس كل من العين والقيمة مندرجاً في العام اندراج المصاديق في مفهوم الكلي حتى يكون حل كل منهما على بعض أفراده عملاً به في الجملة ، بل هو طرح لهما بالكلية ، ولو سلم فلا شاهد لهذا الجمع الذي لا يمكن المصير اليه إلا بعد قيام شاهد عليه .

حجة المفيد : تخصيص عموم الكتاب بما تواترت عليه نصوص الباب : من أرض الرباع التي هي القدر المتيقن منها ، واختصاص التقويم ببنائها وآلاتها البنائية ، القاضي بالحرمان من عراسها عيناً وقيمة ، ومن البناء عيناً لا قيمة ، فيبقى غيرها من سائر الأرضين وما عليها باقياً تحت عموم الموارد ، لأصالة العموم مع عدم اليقين بالتخصيص ، ومقتضاه الارث من أعيان ذلك مطلقاً .

وفيه : ان العمومات ، كما هي مخصصة بالرباع ، كذلك مخصصة

(١) أي رواية عبيد وابن أبي يعفور وخبر أبي الجارود الدالة على عموم التورث من كل شيء .

بما دل على حرمانها من مطلق الأرض والضبعة والعقار والقرى : من النصوص المتقدمة ، واختصاص بعضها بالرباع في الذكر لا ينافي ذكر ما يعمها في غيره ، كما أن اشتغال بعضها على ما لا تحرم من عينها كالسلاح والدواب لا يضر بالتمسك بها في غيرها ، اذ هو كالعام المخصص في كونه حجة في الباقي ، مع احتمال تنزيلهما — كما قيل — على أعيان الحياة بارادة السيف من السلاح والراحلة من الدواب ، كما وردت في بعض أخبار الحياة وان لم نقل بأنها منها ، وحينئذ فلا يبقى شك في التخصيص حتى يتمسك فيه باصالة العموم .

حجة الشيخ وأتباعه — بناء على توريثها عندهم من عين النخل والشجر — تخصيص عمومات الارث بما دل على حرمانها من مطلق الأرض : من تلك النصوص القاضية بحرمانها منها عيناً وقيمة ، وتخصيصها بالحرمان من عين البناء وآلاته بما دل مستفيضاً على تقويمها واعطائها من القيمة ، ويبقى غير البناء مما هو ثابت في الأرض كالنخل والشجر وغيرهما باقياً في عمومات الارث الموجب لاستحقاقها من العين دون القيمة .

وفيه : مع أن النصوص النافية للارث من العقار والقرى التي مقتضاها نفى الارث من الأرض وما فيها عيناً وقيمة بعد تخصيصها بما دل على تقويم البناء وإعطائها من قيمته — ، هي أخص من عمومات الارث ومقتضاها بعد الحمل عليه حرمانها في غير البناء مما هو ثابت في الأرض كالنخل والشجر من العين والقيمة معاً كالعراص ، لا توريثها من عينها ودعوى الاجماع على عدم حرمانها من النخل والشجر عيناً وقيمة — فمع أن ثاني الشهيدين في (رسالته) يظهر منه التأمل في تحققه لا يثبت الاستحقاق من عين ذلك دون القيمة ان أغلب النصوص ، وان اختص في التقويم بالبناء والآلات الخارج عنهما النخل والشجر ، الا أن مصححة

(مؤمن الطاق) صرحت بتقويم النخل والشجر ايضاً ، المنتجة - بعد التخصيص بها - حرمانها من عينها ، دون القيمة كغيرها من الأبنية وآلاتها .

ومن ذلك يظهر لك حجة القول المشهور المنصور ، وهو حرمانها من مطلق الأرض مطلقاً عيناً وقيمة ، وإرثها من قيمة مطلق ما هو ثابت عليها حتى النخل والشجر ، وانه مقتضى الجمع والعمل بالنصوص المتقدمة المؤيدة بالشهرة المحكية مطلقاً ، أو بين المتأخرين ، وبموافقة المحكمة المعبر عنها بالعلّة في مكاتبة (ابن سنان) (١) لعدم الفرق في الامساح بين الرّباع وغيره من العقار المقصر بكل ملك ثابت له أصل ، فيشمل الدار والأرض والنخل والضبعة ، فهي أعم من الرّباع المفسرة بخصوص المنازل والمساكن . فظهر من ذلك كله أن الأقوى في المسألة حرمانها من مطلق الأرض مطلقاً ، عيناً وقيمة ، ومن مطلق أعيان ما عليها من الأبنية ، وآلاتها المثبتة والنخل والشجر ونحوهما هيئاً لا قيمة ، فترث من قيمة ذلك كله دون أعيانها ، إلا أنه مع ذلك لا يحيص عن الصلح عند العمل حيثما يمكن ، لأن الاحتياط لا يترك في مثل المقام

(الموضع الثاني) : هل يعم الحرمان - مطلق الزوجة - أو يختص بغير ذات الولد منها ؟ قولان معروفان .

الأول : منسوب - كما في الرياض وغيره - إلى ظاهر الكلياني والمفيد والمرضى والشيخ في الاستبصار والحلي وابن زهرة وصرّح الحلي وجماعة من المتأخرين ، ومنهم المحقق في النافع ، وتلميذه الآبي ، بل في الرياض

(١) وهي ما كتبه الامام الرضا عليه السلام : إلى محمد بن سنان - فيما

كتب من جواب مسائله - كما تقدم . والمقصود بالعلّة هي قوله (ع) : . لأن العقار لا يمكن تغييره .

- بعد أن قواه - نسب الاجماع عليه الى السرائر ومحكي الخلاف (١) .
والثاني : منسوب الى الشيخ في النهاية والتهذيب والصدوق في الفقيه
بل في (المسالك) نسبه الى اجلاء المتقدمين ، وجملة المتأخرين بعد أن
نسبه - أولاً - الى المشهور خصوصاً بين المتأخرين (٢) وفي (الكفاية)
نسبته أيضاً : الى المشهور بين المتأخرين (٣) ، وفي الرياض الى أكثر المتأخرين (٤)

(١) قال - في أخريات المقصد الثاني في ميراث الأزواج من كتاب
المواريث - « واعلم إن مقتضى اطلاق العبارة وغيرها من عبائر الجماعة
مما أطلق فيه الزوجة ، عدم الفرق فيها بين كونها ذات ولد من زوجها
أم لا ، وهو الأقوى وفاقاً لكثير من أصحابنا كالكليني والمفيد والمرغني
والشيخ في الاستبصار والحلي وابن زهرة ظاهراً ، والحلي وجماعة من
المتأخرين صريحاً وفي السرائر ، وعن الخلاف الاجماع عليه » .

(٢) قال - في هذا الباب من كتاب الفرائض : « الثاني في بيان
من تحرم من الارث مما ذكر من الزوجات ، وقد اختلف الاصحاب فيه
أيضاً : فالمشهور - خصوصاً بين المتأخرين - وبه صرح المصنف في الكتاب :
اختصاص الحرمان بغير ذات الولد من الزوج - الى قوله - مضافاً الى
ذهاب جماعة من اجلاء المتقدمين كالصدوق والشيخ في التهذيب وجملة
المتأخرين اليه . »

(٣) قال السبزواري في كفايته ، أخريات كتاب المواريث : « ولهم
ههنا اختلاف آخر فيمن تحرم من الارث من الزوجات ، فالمشهور خصوصاً
بين المتأخرين اختصاص الحرمان بغير ذات الولد من الزوج » .

(٤) فانه قال - بعد عبارته الآنفه الذكر - : « واكثر المتأخرين
خصصوا الحكم بغير ذات الولد . »

وعليه المحقق في الشرايع (١) والعلامة في المختلف (٢) والتحرير والارشاد والقواعد والتبصرة ، والشهيد في الملمعة (٣) واستحسنه الفاضل المقداد في (التنقيح) (٤) :

وبالجملة الانصاف ، أن القولين متكافئان في المعروفة ، إلا أنه لا دليل على التفصيل المذكور إلا مقطوعة ابن أذينة المتقدمة ، أما يجعلها شاهد جمع بين الروايات المطلقة بالحرمان ، والمطلقة بتوريثها من عين كل شيء كوثقة

(١) قال في المسألة الخامسة من المقصد الثاني في مسائل من أحكام الأزواج : « إذا كان للزوجة من الميث ولد ، ورثت من جميع ما ترك ، ولو لم يكن لم ترث من الأرض شيئاً ، وأعطيت حصتها من قيمة الآلات والأبنية » .

(٢) قال - في أخريات كتاب الفرائض وأحكامه : « مسألة ، قال الشيخ في النهاية : المرأة لا ترث من زوجها من الأرضين والقرى والرباع من الدور والمنازل - إلى قوله - : وهذا الحكم الذي ذكرناه إنما يكون إذا لم يكن للمرأة ولد من الميث ، فإن كان لها منه ولد أعطيت حقها من جميع ما ذكرناه ، ونكتفي بهذا عن مراجعة بقية كتبه المذكورة .

(٣) قال - ضمن عنوان القول في ميراث الأزواج - : « وتمنع الزوجة غير ذات الولد من الأرض مطلقاً عيناً وقيمة ، وتمنع من الآلات والأبنية عيناً لا قيمة . » وأيضاً فإنه مختار الروضة ، فإنه - بعد ذلك يقول : « واعلم إن النصوص - مع كثرتها في هذا الباب - خالية عن الفرق بين الزوجتين ، بل تدل على اشتراكهما في الحرمان : « وإن كان في الخالية من الولد أقوى » .

(٤) هو من الشروح القديمة للمختصر النافع ، ولا زال من نفائس المخطوطات - كما عرفت سابقاً - :

عبيد بن زرارة ، ورواية ابن أبي يعفور المتقدمين بحملها على ذات الولد ، وحمل تلك المطلقات النافية على غير ذات الولد بشهادة المقطوعة عليه ، أو تخصيص المطلقات النافية بالمقطوعة ، لكون التعارض بينهما من تعارض العام والخاص المطلق - بعد حمل المطلقات المثبتة للارث على النقية ، لكونه مذهباً للجمهور كافة ، مع إشعار رواية ابن أبي يعفور بها - كما عرفت . لكن الشأن في ثبوت كونها رواية لا رأياً منه

والذي يعطى كونها رواية رواية أجلاء الرواة عنه ، بارسالها على نسق الرواية وتدوين مشايخ الحديث لها في أصولهم المعمولة لتدوين الروايات فيها ، مع كون - من عرفت - من أعظم فقهاءنا - رضوان الله عليهم - الداهيين إلى القول بالتفصيل اليها ، والاعتماد فيه عليها وابن ادريس يني على كونها رواية ، وإن رماها بالشذوذ ، ولم يعمل بها بناء على أصله في أخبار الأحاد (١) .

ويؤيد ذلك أيضاً - مضافاً إلى كونه من أجلاء الرواة ومشايخهم من أصحاب الصادق والكاظم عليهما السلام - أنه صاحب أصل وكتاب ، له كتاب في الموارث أيضاً (٢) ، ومن المعلوم أن المدون في أصولهم

(١) فانه قال في أخريات الفصل : وإذا انفرد الولد من الأبوين وأحد الزوجين من كتاب الفرائض من السرائر آخر ص ٤٠١ طبع إيران حجري : « هذا إذا لم يكن لها من الميت ولد ، فأما إذا كان لها منه ولد أعطيت سهمها من نفس جميع ذلك ، على قول بعض أصحابنا ، وهو اختيار محمد بن علي بن الحسين بن باهويه ، تمسكاً منه برواية شاذة وخبر واحد لا يوجب علماً ولا عملاً . . . »

(٢) ففي (رجال النجاشي حرف العين باب عمر وعمر وعثمان) قوله : عمر بن محمد بن عبد الرحمان بن أذينة . . . إلى آخر نسبه الذي =

رواياتهم التي يتلقونها من الأئمة عليهم السلام . ومن مجموع ذلك كله ربما يحصل للفقهاء العلم العادي بكونها رواية ، مضافاً الى لزوم القول بالتفصيل أقلية التخصيص في عموم الكتاب .

الا ان الانصاف مع ذلك كله ، أن تقييد تلك المطلقات - على كثرتها وعموم بعضها الناشيء من ترك الاستفصال واختلاف روايتها مع تفاوت زمانها - بمقموعة واحدة عندي محل تأمل ، وان اقتضت الصناعة بعد فرض كونها حجة ، لأن الخاص - وان كان واحداً - مقدم على العمومات وان كثرت .

فالأوجه هو الحرمان مطلقاً ، وان كانت ذات ولد ، كما تقتضيه الحكمة المنصوص عليها في الأخبار المتقدمة للحرمان أيضاً ، وان كانت أضعف منها في غير ذات الولد - كما قيل - .

وأقلية التخصيص انما يركن اليها عند الشك فيه ، لا مع قيام الدليل عليه .

وأما اجماع الحلبي - بعد تسليمه فموهون بما عرفت من الخلاف في المسألة ، ولعل دعواه منه الاجماع على القاعدة المستفادة من تلك المطلقات المتواترة معنى في الدلالة عليها .

نعم ربما يتوهم في المقام ، بل قد توهمه بعض المعاصرين ، تخصيص المطلقات بغير ذات الولد مع قطع النظر عن مقموعة ابن أذينة (١) بدعوى

= بنهيه الى عدنان ، ثم يقول : شيخ أصحابنا البصريين ووجههم ، روى عن أبي عبد الله عليه السلام بمكاتبة ، نه كتاب الفرائض . . . ، وفي رجال الشيخ الطوسي باب أصحاب الكاظم عليه السلام - قوله : « عمر بن أذينة ثقة ، له كتاب » .

(١) - الآنف الذكر - القائلة : « في النساء اذا كان هن ولد =

اقتضاء الترتيب في علاج الأخبار المتعارضة ، وذلك ، بتقريب أن الأخبار الآمرة بآرئها مطلقاً من كل شيء ، مخصصة - أولاً - بالإجماع على حرمان غير ذات الولد ، والخارجة به عن عمومها ، وبعدة تنقلب النسبة ، وتكون بينها وبين المطلقات النافية للآرث نسبة العام والخاص المطلق ، فتخصص تلك المطلقات بها ، المنتج للتفصيل بعد الحمل عليه ، كما لو ورد عن المولى الأمر باكرام العلماء وورد عنه النهي عن اكرامهم ، وورد عنه : لا تكرم النحويين ، فالتعارض بين أكرم العلماء ، ولا تكرم العلماء من تعارض المتباينين ، الا أنه بعد تخصيص عموم (أكرم العلماء) بخصوص النهي عن اكرام النحويين ، لكونه أخص منه مطلقاً ، انقلبت النسبة بين عموم (أكرم العلماء) بعد إخراج من خرج منهم بالخاص ، وبين عموم (لا تكرم العلماء) الى العموم والخصوص المطلق ، فيحمل العام منها على الخاص ، المنتج بعد الحمل عليه لوجوب إكرام غير النحويين من العلماء ، وحرمة إكرام النحويين منهم ، وفيما نحن فيه كذلك .

الا أنه توهم فاسد ، وان كانت الكلية مسلمة في التخصيص بالمتصل وما يجري مجراه من كلام الأئمة - عليهم السلام - المنزل منزلة كلام واحد من متكلم واحد ، الا أنها لا تجري في المقام ، لعدم قيام الإجماع عليه = أعطين من الرابع ، فانها كالصريحة في التقييد ، منطوقاً ومفهوماً ، فلا مجال للتصرف فيها بخلاف غيرها من المطلقات . ووجه تسميتها بالمقطوعة لعدم اسناد القول فيها الى إمام ، وانما هي عن ابن أبي عمير عن ابن أذينة في النساء الى آخر الحديث ، فلم يعرف أنها عن إمام معصوم . وإن كان المعروف عن ابن أبي عمير أنه لا يروي إلا عن إمام معصوم ، وذلك مما يوثق الرواية ويعطيها اعتماداً ، وان كانت مقطوعة : خصوصاً اذا اعتمدنا على رواية الصدوق فانه في الفقيه رواها عن ابن أبي عمير فقط .

ب عنوانه المخصوص ، والأخذ بالفدر المتيقن لا يكشف عن رأي المصوم عليه ، فلفل رأيه موافق لما يعمه وعليه فيكون مباناً لتلك الأخبار لا أخص منه ، وهو واضح .

بقي هنا أمور ينبغي التنبيه عليها :

الأول : الظاهر من كلام من خص الحرمان بالرباع ، كالمفيد ومن تبعه : إرادة ما يعم الدار وغيرها من مطلق الأبنية الشامل لبيوت الدواب والغنم ومحارز القلة وعلف الدواب وغير ذلك من الخانات والدكاكين والحمامات والمسالك ، بل كل بنية أعدت لأي مصلحة كانت ، فتحرّم من أرضها وترث من بنائها ، في مقابل الأرض الفارغة أو المشغولة بغير البناء : من زرع أو نخل أو شجر أو غير ذلك . قال جدنا في (الرياض) : « الظاهر كما صرح به جماعة من غير خلاف بينهم أجده : أنه لا فرق في الأبنية والمسكن - على القول باعتبارها - بين ما يسكنه الزوج وغيره ولا بين الصالح للسكنى كالحمامات والأرحية وغيرها ، إذا صدق عليه اسم البناء » (١) وفي المختلف : « قال المفيد : ولا ترث الزوجة شيئاً مما يخلفه الزوج من الرباع وتعطى قيمة الخشب والطوب والبناء والآلات فيه ، وهذا منصوص عليه عن نبي الهدى عليه وعلى آله السلام ، وعن الأئمة عليهم السلام ، من عترته عليهم السلام . والرباع هي الدور والمسكن دون البساتين والضباع » (٢) انتهى .

(١) ذكر ذلك في آخر المقصد الثاني في ميراث الأزواج من كتاب الموارث ، وأول العبارة هكذا : « وهنا فوائد مهمة يطول الكلام بذكرها جملة إلا أنا نذكر منها ما لا بد منه وهو أن الظاهر . . . »

(٢) هذه العبارة ضمن : « مسألة قال الشيخ في النهاية : المرأة لا ترث من زوجها . في بحث ارث الزوجة من كتاب الفرائض وأحكامه .

ولعله مستفاد من مقابلته للبساتين والضباع ، والا فالظاهر عدم شمول المنازل والمساكن المفسرة بها الرابع ، لمطلق الأبنية حتى الدكاكين والحمامات ونحوهما ، ولكن الظاهر ذلك بقرينة المقابلة ، ورواية يزيد الثانية عن النساء : « هل يرثن الأرض ؟ فقال : لا ولكن يرثن قيمة البناء ، والبناء في كلامه مطلق ، وكل بناء ترث من قيمته لا من عينه تحرم من أرضه عيناً وقيمة ، بل لعل الكلية عكساً أيضاً مسلمة ، فكل أرض تحرم منها عيناً وقيمة ، يقوم ما عليها من البناء والآلات ، فترث منها قيمة لا عيناً .

ومنه يظهر دخول النخل والشجر في الآلات ، ولذا نسب القول بآرائها من قيمتهما إلى المشهور ، وإلى الشيخ وأتباعه أيضاً - كما في المختلف - مع أنه لا نص عليهما في كلامهم ،

الثاني : الآلات التي تحرم من عينها وترث من قيمتها .

منها - ما هو معلوم الدخول فيها كالطوب ، وهو الآجر المفخور المستدخل في البناء الثابت في الأرض ، ومطلق الأخشاب والأعتاب والشبابيك ، ولو كانت حديداً المستدخلة في البناء ، بل الثابتة بنحو العمود ، لوضع البناء والآتة عليه كالدقائق (١) المعمولة للطوارم في عصرنا ، بل والسلم المنصوب للصعود والآنزول المستدخل في البناء ولو كان من الخشب ، بل والمرأة والزجاج المستدخلة في البناء والأبواب والشبابيك . ومن ذلك أيضاً حائط البستان المعبر عنه بالطوف ، سواء قلنا بآرائها من عين النخل وللشجر أو من قيمتهما ، لكونه من البناء المقوم ، خلافاً للمحكي عن ثاني الشهيدين في (رسالته) حيث قال : « وأما حيطان البساتين وغيرها من

(١) الدقائق بفتحين مصطلح خاص في الاسطوانات الخشبية ، المستعملة

الأملاك فبحكم البناء إن لم نقل باختصاصه بالرباع ، وإن قلنا بارتئها من عين الأشجار تبعه البناء ، (١) انتهى . وفيه : أنه لا ملازمة بين حكم المحاط والمحيط بعد صدق البناء عليه ، إذ كل منهما يتبع دليله .

ومنها - ما هو معلوم الخروج عنها ، فترث من عينها ، لا من قيمتها ، وهو الآلات المنفصلة عن البناء ، سواء كانت مبنية ثم انفصلت بالهدم والقلع ، أم أعدت للبناء والوضع فيه ، ولكن بعد لم يوضع فيه ، بل ولو وضع على البنيان بنحو السقف ولكن بعد لم يثبت فيه بالبناء عليه ولو ببناء أطرافه ، ترث من عينها أيضاً .

ومها - ما هو مشكوك كالجنود المنصوبة على الأرض لوضع أغصان الكرم عليه ، والقذور المنصوبة في الدكاكين لطبخ (الهرايس) والرؤوس ومحال صنع الجلوى ، فيرجع في حكمه إلى الأصل الموجب للارث من عينها ويمكن جعل الضابط فيما يقوم وتعطى من القيمة ، ومالا يقوم وتعطى من العين : جزئيته من بناء ذلك المحل والمقار من دار ودكان أو حانوت أو حمام أو مسبك فما عد جزء منها تعطى من قيمته ، والا فترث من عينه ، لا كل ما يثبت في الأرض بحيث لا يعد من أجزاء البناء ، والعمارة كالتخت المنصوب في البيت ، وإن ثبت أركانه في الأرض ، والمنبر من الخشب المثبت كذلك ، فإنها ترث من أعيانها ، لا من قيمتها . والظاهر دخول (صفرية الحمام) فيما تقوم ، لثبوت جزئيتها منه ، وإن لم نقل بجزئية القذور المنصوبة في الدكاكين للمطابخ المذكورة ، إذ لا أقل من الشك في جزئيتها منها .

(١) هي رسالته المطبوعة ضمن مجموعة رسائله الصغيرة: في صلاة

الجمعة ، والخبوة وكشف الريبة وغيرها ، راجع هذه العبارة في الرابع من مباحث المطلب الخامس من الرسالة .

الثالث - في كيفية التفويم . والكلام فيه يقع في مرحلتين :

الأولى : يقوم ما نرث من قيمته من الاعيان ثابتة مستحقة للبقاء .
إلى أن تفتى مجاناً ، لا بأجرة . أما كونها ثابتة ، فلكونها موروثة كذلك
ولو بالقيمة . وأما كونها مجاناً ، فلعدم وجود موجب لاستحقاق الأجرة
لان السبب لهاً اشغال ملك الغير بوضع ما يملكه فيه . والمرأة - على
الأقوى - لم تملك العين الشاغلة للملك الغير حتى تستحق عليها الأجرة ،
وليس اعطاؤها القيمة بدلا عن العين المملوكة لها ، بل تملكها بالقيمة
بأصل الارث ، ولو بنحو البدلية عن العين (١) والتدارك للماليتها .

ومما ذكرنا ظهر لك ضعف ما احتمله ثالي الشهيدين في (رسالته)
من تقويمها باقية بأجرة ، معللاً بأن الارض لا تستحق فيها شيئاً ، وما تستحق

(١) توضيح المطلب : أن من ملك الحال او المظروف ولم يملك المحل
والمظرف فتملكه للحال بمجردة لا يوجب استحقاق البقاء في محل يملكه
غيره ولو ثبت استحقاقه للبقاء بدليل خارج ، فبمجردة لا يثبت أيضاً ،
لوضع بنحو المجانية لأن جواز الوضع يمكن بنحو المجان أو بالعوض ،
والعام لا يدل على خصوص الخاص ، فمالم يثبت من الخارج كون الوضع
بنحو المجان اقتضت القاعدة كونه بالأجرة ، لأنه شاغل للملك الغير ،
فلا بد من تداركه بالأجرة عوضاً عن المنفعة المستوفاة ، ومعلوم أن لزوم
التدارك انما هو مسبب عن التصرف في ملك الغير بإبقاء ملكه فيه فهذا
السبب مفقود في المقام ، اذ الزوجة لم تملك العين أولاً ، ثم ينتقل حقها الى
اليدل ، بل تملك القيمة من أول الأمر ، ولو بدلا عن العين وتداركاً
لماليتها فالموجب للأجرة بوضعه لم تملكه أبداً ، وما ملكته - وهو القيمة -
غير موجب للأجرة (منه دام ظله) .

فيه موضوع في تلك الارض (١) ، وان ضعفه هو بما يرجع محصله الى التمسك في نفيها باطلاق النصوص باستحقاقها قيمة ذلك ، وبالاقتصار على القدر المتيقن : من تخصيص هومات القرآن تقليلا للتخصيص بقدر الامكان (٢) ، الا أن التضعيف ضعيف ، لامكان دعوى كون المطلقات مهملة من حيث الكيفية ، وانما هي مسوقة لبيان توريثها من للقيمة ، لامن العين (ودعوى) التقليل والاقتصار على القدر المتيقن (موهونة)

(١) قال : في رسالته الصغيرة المطبوعة في ضمن رسائل صغيرة أخرى من مباحث المطلب الخامس في بيان الحكمة في هذا الحرمان : « الخامس : كيفية التقويم لما تستحق فيه القيمة من البناء والشجر على القول به : أن يقوم مستحق البقاء في الارض مجاناً الى أن يفتى ، ثم تعطى من قيمة الربح أو الثمن ، هذا هو الظاهر الموافق للاصول ، لأن الاصل ارثها من عين كل شيء ، فاذا عدل عنه الى القيمة في بعض الموارد وجب الاقتصار فيما خالف الاصل على ما به يتحقق المعنى المخصص ، وهنا كذلك ، ولان البناء والشجر موضوع بحق في ملك مالكه ، فلا وجه لتقويمه مستحقاً بأجرة ، ويحتمل تقويمه كذلك بأجرة ، لالتفاتاً الى أن الأرض لا يستحق فيها شيئاً ، والبناء والشجر الذي يستحق فيه موضوع في تلك الأرض التي ليست لها ، ومشغل لها ، فيجمع بين حقها وحق الورثة في الارث بتقويمها مستحقة البقاء بأجرة ، وأشار بذلك الى المرحلة الثانية من التقويم .

(٢) قال بعد ذلك - : « ويضعف بأن النصوص مطلقة في استحقاقها قيمة ذلك ، والاصل فيه كونه على هيأله التي هو عليها وقت التقويم ، ولأن ذلك تخصيص لعموم القرآن ، فيقتصر فيه على موضع اليقين تقليلا للتخصيص بقدر الامكان ، فيجب زيادة القيمة ما أمكن لكونه خلاف الاصل . . . »

جداً (كما أن) ما ذكره وجهاً للمجازية بقوله : « هذا هو الظاهر الموافق للأصول لان الأصل ارثها من عين كل شيء ، فاذا عدل عنه الى القيمة في بعض الموارد وجب الاقتصار فيما خالف الأصل على ما به يتحقق المعنى المخصص ، وهو هنا كذلك . ولان البناء والشجر موضوع بحق في ملك مالكة ، فلا وجه لتقويمه مستحقاً بأجرة (١) انتهى (ليس) بوجبه من وجوه غير خفية .

الرابع : لو لم يكن مع الزوجة وارث غير الامام ، وقلنا بعدم الرد عليها ، فهل تحرم مما كانت تحرم منه ، لو كان معها وارث أم لا ؟ وجهان : من دعوى عدم انصراف المطلقات في الأخبار المخصصة اليها مع عدم اتيان حكمة الحرمان هنا أيضاً ، ومن اقتضاء التدرج في طبقات الارث وقيام اللاحقة مقام السابقة الحرمان أيضاً ، مضافاً الى مفاد الاخبار عدم استحقاقها الارث ، لا تقديم الوارث عليها من باب المزاحة والتقديم .

الخامس : هل يتعين على الوارث دفع حصة الزوجة من القيمة ، أم له الدفع من العين وتجب الزوجة حينئذ على القبول ؟ قولان :

اخترنا ثانيهما جماعة نظراً الى ظهور علة الحرمان في الارفاق بالوارث والتوسعة له ، وعدم ظهور الأمر بالتقويم والدفع من القيمة على أزيد من الجواز لكونه في مظنة توهم إرثها من العين ، فلا يفيد أزيد من الجواز كالأمر الوارد في مورد الحظر الذي لا يفيد أزيد من الاباحة ، والى انه ابقاء لآية المواريث على عمومها في الآلات والأبنية ، لانه على تقديره يتعلق ارثها بنفس الأعيان ، وان كان الموارث غيرها ولاية التبديل والمعارضة

(١) - وهذه الجملة بعض عبارته التي نقلناها بنصها - آنفاً - في

كيفية المرحلة الثانية من التقويم ، فلاحظ

عنها بالقيمة كازكاة ، بناء على تعلق حق الفقراء بالعين (١) ولمالك التصاب دفع بدله من القيمة .

الا ان الاقوى : هو الأول ، نظراً الى ظاهر الاخبار الدالة على نفي لارثها من العين وانما ترث من القيمة ، وان مفادها تعلق ارثها بالقيمة من أول الامر ، الا انها ترث حينئذ من العين ، ثم ينتقل حقها الى القيمة (وكون) العلة هي الارفاق والتوسعة (فمع) انها حكمة ، وأن عبر عنها بالعلة (٢) يمكن أن تكون منشأ لتشريع الحكم بذلك يجعل ارثها من القيمة ولو حسماً لمادة الفساد غالباً ، (وكون) الأمر بالتقويم في مظنة توهم الارث من العين ، ليس بأولى من كونه في مظنة توهم حرمانها من العين والقيمة معاً كالأرض فيكون ظاهراً في تعيين الارث من القيمة ، وبقاء العام على عمومه يرجع اليه عند الشك في التخصيص ، لامع وجود المخصص ، لما عرفت من كون الارث من القيمة مفاد ظواهر الاخبار المستفيضة ، بل المتواترة معنى . وقياسه بالزكاة قياس مع الفارق

(١) المشهور - بل عن مصابيح السيد بحر العلوم - : انه كاد أن يكون اجماعاً ، تعلق الزكاة بالعين ، لا بالذمة بدليل قوله عليه السلام : **« فيما سقت السماء العشر ، وفيما سقى بالدوالي نصف العشر . وفي غيرها من الروايات الكثيرة المذكورة في الرسائل باب ٤ من أبواب زكاة الأنعام وباب ١ من أبواب ما تجب فيه الزكاة . ثم اختلف القائلون بالتعلق بالاعيان هل على نحو الاشاعة في الكل والشركة ، أم على نحو انكلي في المعين (التفصيل في كتاب الزكاة من كتب الفقه) .**

(٢) والحكمة ليست كالعلة في دوران الحكم مدارها وجوداً وعدمًا - كما هو المسلم في باب الأصول - .

لظهور أخبارها نحو قوله عليه السلام : فيما سقت السماء العشر « (١) في تعلق حق الفقراء بالعين ، غير أنه قام الدليل على جواز إعطاء القيمة بدلا عن العين ، ويكون من قبيل المعاوضة القهرية على للفقراء ، ولم يقم مثله دليل هنا على تعلق ارثها بالعين الا ظاهر العموم الذي قد عرفت تخصيصه بظواهر المستفيضة الدالة على كون ارثها من القيمة دون العين ، مع احتمال جريان ذلك في الزكاة أيضاً - كما ستعرف - .

السادس : هل يجوز للوارث قبل اعطاء الزوجة حقها من القيمة التصرف في تلك الأعيان بالتصرفات المتلفة أو الناقلة ، أو يكون كالحجور عليه ليس له ذلك ، بل يكوك مراعى بدفع القيمة لها ؟ وجهان ، بل قولان :

لإختار الأول منها : شيخنا في (الجواهر) تبعاً لثاني الشهيدين في (رسالته) نظراً إلى أن القيمة حق لها في ذمته كسائر ديونه التي لا يمنع الامتناع عن أدائها عن التصرف في أمواله . نعم يجبر على الوفاء ، مع المماطلة ويجوز التقاوص من ماله ، حيث لا يمكن جبره .

قلت : الأقوى هو الثاني - على كل من القولين في التنبيه السابق - . أما بناء على تعلق حقها بالعين وللوارث دفع القيمة فواضح ، لأن الحق لا يتحول عن العين ، الا بدفع القيمة ، فهو ثابت مادام لم يدفع البدل لان النقل لا يحصل إلا بالدفع ، وليس كالبيع الذي فيه يحصل النقل والانتقال بالعقد ، ووجوب دفع العوضين حينئذ من آثار ملك العينين ، بل يشبهه المقام بالمعاطاة التي يحصل فيها النقل بنفس التسليم والتعاطي ،

(١) بهذا النص وبمضامينه روايات كثيرة عن أئمة أهل البيت - عليهم السلام - ذكرت في ابواب زكاة الغلابة من كتاب الزكاة في الوسائل وغيرها من كتب الأخبار .

فما دام لم يدفع القيمة إلى الزوجة لم ينتقل حقها من العين إلى البدل ، فلا ينفذ التصرف فيه قبله ، لكونه من التصرف في متعلق حق الغير أيضاً ، وأما بناء على تعلق إرثها بالقيمة من أول الأمر - كما هو الأقوى - فلأن إرثها ، وإن لم يتعلق بعين البناء والآلات ، إلا أنه متعلق بماليتها ، ولزوم دفع القيمة من باب التدارك لما لها من مالية الأعيان فأشبه الضمان بالقيمة لما يثقله من القيميات من كونه تداركاً للمالية التآلف بعد لقاء الخصوصيات المشخصة عند العقلاء في التآلف القيمي ، فالتصرف في العين باتلافها أو نقلها بماليتها موقوف على تدارك ما للزوجة في ماليتها بالارث . وبالحجملة : نسبة مالية الأعيان المقومة المتعلقة بها حق الزوجة ، نسبة نفس الأعيان ، لو كان حقها متعلقاً بها في عدم نفوذ التصرف إلا بعد التدارك . وبما ذكرنا : يظهر لك دفع توهم ورود التوالي الفاسدة على القول بآرثها القيمة من أول الأمر : من وجوب دفع القيمة على الوارث ، وإن لم يتمكن من العين ، كالمغصوبة عند الموه لدخولها في ملكه قهراً الموجب لشغل ذمته لها بالبدل ، ومثله مالو تلقت بعد الموت فوراً باستقرار القيمة في ذمته ، مع أنه لا أظن أحداً يلتزم به ، وإن التزم به الاستاذ عمنا - رحمه الله - في (ملحقات برهانه) (١) أو ليس إلا لكون القيمة تداركاً للمالية ، فإذا تلقت تلف العين لا بتفريط لم يضمنها الوارث ، وإنما يضمنها لو تأخر التدارك وكان بتفريط منه ، فنستحق القيمة عليه حينئذ .

وأما النماء المنتحق بعد الموت كاجرة المساكن وثمره النخل ، بناء

(١) ففي آخر الرسالة المخطوطة ضمن رسائل أخرى يقول في عرض ذكره لثمرات المسألة : « منها أن تلف البناء أو الشجر بعد الموت بأن جاء سبل وأخذ ما على الأرض طالبت الزوجة الورثة بضمنها أو ربعها من قيمتها لأن محل القيمة التي للزوجة هو ذمة الورثة . . . » .

على حرمانها من العين دون القيمة ، فهو مختص بغيرها من الورثة لاستحقاق
هي منه مطلقاً ، وان تأخر التدارك ، وكان بتفريط ، لان النماء من توابع
ملك العين ، لا ملك المالية .

وبذلك يظهر ضعف . ابي (ملحقات البرهان) : من ابتناء ذلك
على ما قواه : من دخولها بمجرد الموت في ملك الوارث واشتغال ذمته
بالقيمة ، حيث قال : « منها ان تلف البناء والشجر بعد الموت ، بأن جاء
سبل وأخذ ماعلى الارض طالبت الزوجة الورثة بشئها أوربعها من قيمتها
لان محل القيمة التي للزوجة هو ذمة الورثة ، وبمجرد الموت تنتقل العين
الى ملك الورثة ، وبمجردده أيضاً تستقر قيمتها في ذمتهم ، ولذا لو نمت
بعد الموت بأن أثمر الشجر بعد موت الزوج ليس للزوجة في الثمر شيء
واذا تلف ملك أحد لا يوجب سقوط حق الآخر . لكن في (المفتاح
الكرامة) : ان هذه القيمة مستحقة من التركة ، وليست متعلقة في ذمة
الورثة ، فلو حصبت التركة من الورثة لم يضمونها لها ، وان عادت بعد
الغصب عاد حقها ، وهذا غير موافق لظاهر الأدلة ، (١) انتهى .

ولا يخفى عليك مواقع التأمل في كلامه ، ولعل ماعن (المفتاح)
إشارة إلى ما ذكرنا .

(١) (ملحقات البرهان) هي مجموعة من رسائل أربعة صفار : في
المسافة الملفقة ، والرجوع عن قصد الإقامة ، وتصرفات المريض وميراث
الزوجة ، تأليف الحجة آية الله المحقق السيد علي بحر العلوم صاحب
(البرهان الفاطح) اعتبرها من ملحقاته . وهذه العبارة توجد في أخريات
رسائله الأخيرة ، في ميراث الزوجة . وتاريخ خط هذه المجموعة من
الرسائل بخط المؤلف سنة ١٢٨٦ هـ .

ثم انه يحتمل قوياً جريان مثل ما ذكرناه هنا في الزكاة أيضاً ، بدعوى تعلق حق الفقراء بمالية الاعيان الزكوية ، فللفقير العشر من المالة أو مالة العشر من النصاب . ودفع القيمة تدارك لماله من مالة الاعيان دون البدلية عن نفسها ، غير أنه مخير في تداركها بدفع المالة القائمة بتلك الاعيان أو بغيرها ، وهو مقتضى الجمع بين ما ورد مما هو ظاهر في التعلق بالعين كالعشر في الغلات (١) ، وما هو ظاهر في التعلق بالمالة كالشاة في الابل (٢) ، الظاهر من كون ذلك تقديرأ للمالة المجعولة للفقير في نصاب الابل - مثلاً - بل وكذلك الشاة من نصب الغنم مما هو من جنسه (٣) ، فان مرجع ذلك تعيين ما يستحقه الفقير من المالة

(١) كرواية زرارة : عن أبي جعفر عليه السلام : - كما في احواب زكاة الغلات من الوسائل - قال : « ما أنبت الأرض من الحنطة والشعير والتمر والزبيب ما بلغ خمسة أوسق ، والوسق ستون صاعاً ، فذلك ثلثمائة فقيه العشر وما كان منه يسقى بالرشا والدوالي والنواضح ، ففيه نصف العشر ، وأمثالها في الباب كثير

(٢) كما ورد كثيراً في باب تقدير النصب في الابل من كتاب زكاة الوسائل كصححة زرارة : عن أبي جعفر عليه السلام قال : « ليس فيما دون الخمس من الابل شيء ، فاذا كانت خمساً ففيتها شاة ، الى عشرة ، فاذا كانت عشرأ ، ففيتها شاتان ، فاذا بلغت خمسة عشر ففيتها ثلاث من الغنم ، فاذا بلغت عشرين ففيتها أربع من الغنم ، فاذا بلغت خمساً وعشرين ففيتها خمس من الغنم ، فاذا زادت واحدة ففيتها ابنة مخاض الى خمس وثلاثين . . . »

(٣) كرواية الفضلاء الخمسة - كما في المصدر الآنف الذكر - باب تقدير النصب في الغنم : « عن أبي جعفر . وأبي عبد الله عليهما السلام : -

القائمة بتلك الاعيان المنتشرة في جميع اجزائها بما يساوي شاة - مثلاً - .
وبذلك يظهر : ان ما ثبت جوازه للمالك من العزل والقسمة والتبديل
ونحو ذلك مما هو مخالف لقواعد الشركة ، كله جار على القاعدة ، لا مخالفت
لها ، وانما ثبت تخصيصها بدليل خاص .

السابع : انه على القول بالتفصيل بين ذات الولد وغيرها ، لو اجتمعتا
فهل يجوز الأولى - كمال النصيب من العراض وغير البناء ، وعليها دفع
نصف قيمة البناء للآخرى ، لانها ترث الثمن في ذلك بالفريضة ، غير
انه مع التعدد تقسم بينهن والمحرومة بحكم المعدومة في ذلك ، فتختص هي
بها ، وعليها دفع ما ترث الاخرى منها ؟ أم لها نصف ذلك ، ويرجع
الباقى الى الورثة ، وعليهم دفع نصيب الاخرى من القيمة ، لانها تحجب
الاولى عن الكمال ، لصدق التعدد بوجودها ، وان لم ترث لحرمانها
بالدليل ؟ وجهان : والاول هو الاقوى ، لما عرفت من عدم الدليل على
الحجب ، مع الحرمان .

الثامن : الاقوى لتوزيع الدين على ما ترث منه الزوجة وما تحرم منه
لتعلق الدين استيفاء بمجموع التركة ، وليس للوارث ، غيرها ، اخراج
الدين كله مما ترث منه لبس له ما تحرم منه ، كما أن ليس لها اخراجه
بكله مما تحرم منه ، لان في كل منها ضرراً على الآخر ، وهو منفي
عقلاً ونقلاً ، مضافاً الى أن العدل والانصاف يقتضيان التوزيع .

= في كل أربعين شاة ، وليس فيما دون الأربعين شيء ، حتى تبلغ
عشرين ومائة ، فاذا زادت على مائة وعشرين ففيها شاتان . . . فاذا
زادت على المائتين شاة واحدة ، ففيها ثلاث شياه . فاذا بلغت ثلثمائة
ففيها مثل ذلك ثلاث شياه ، فاذا زادت واحدة ففيها أربع شياه حتى
تبلغ أربعمائة ، فاذا نمت أربعمائة كان على كل مائة شاة

التاسع - حق الزوجة حق مالي يجوز الصلح عليه ، فلو صالح المحرمة - عن حقها - مصالح وجب دفع القيمة إلى من انتقل الحق اليه بالصلح ، سواء كان أجنبياً أو بعض الورثة ، وهو واضح ، وإن توهم بعض المعاصرين بطلان الصلح مطلقاً ، بناء على ما احتمله في دفع القيمة من كونه حكماً تكليفياً محضاً لا شائبة فيه للوضع كما لو نذر اعطاء درهم لزيد ، وفساد المبني بإمكان من الوضوح لمخالفته صريح الاختيار الناطقة بآرائها من القيمة ،

وما أبعد ما بين هذا القول ، والقول بتعلق حقها بالأعيان ، وللوارث تبديله بالقيمة .

العاشر الأقوى - على القول بالتفصيل بين ذات الولد وغيرها - أنه لا فرق في الولد بين الذكر والانثى والخنثى ، ولا بين الولد وولد الولد ، وإن لم يكن وارثاً ، أوجود الولد الصليبي ، ولا بين كونها ولدته في نكاح ترث به أولاً ، كما لو أولدها في المتعة ثم تزوجها بعقد دائم ومات عنها كذلك ، هل ولا بين ما لو أولدها بنكاح صحيح أو ملحق به كالشبهة لو تزوجها بعد ذلك ومات عنها ، إذا كانت الشبهة لهما ، بل وإن اختصت به دونها لكونها ذات ولد منه . وفيما لو اختصت بها دونه إشكال : من أنه زان ، فليست به ذات ولد منه شرعاً ، ومن أنها ذات ولد صحيح بالنسبة إليها ، كل ذلك لا طلاق (المقطوعة) بناء على الاعتقاد عليها في التفصيل بين ذات الولد وغيرها : و (دعوى) الانصراف في بعض الصور المذكورة - ان سلمت - (فهو) من الانصراف البدوي الذي لا تعويل عليه .

الحادي عشر - لو ملكت الزوجة شيئاً من رقبة الأرض يساوي فرضها أو أزيد في حياة زوجها بأحد الأسباب المملوكة ، فحكمها بالنسبة

إلى البناء والآلات حكم مالو لم تملك شيئاً من العراض ، لان ذلك حكمها بالارث ، فلا ينافي ملكها الرقبة بغيره من الأسباب :
 الثاني عشر - اذا كان في الأرض التي لم ترث منها - لا عيناً ولا قيمة - زرع ولم يبلغ أوان حصاده ، ورثت من عين الزرع ، فهل للمالك الأرض أمرها بالقلع ، أو عليه التيقية بالاجرة ؟ وجهان :
 وهذه من فروع مسألة من ملك زرعاً في أرض لم يملك بقائه فيها وكان الوضع فيها بحق ، وقد اختلفوا هناك على أقوال :
 وتقيقح المسألة هو أن يقال : ان الملكية بهذا النحو (مرة) تكون بالاجارة (وأخرى) بالمزارعة (وثالثة) بالانتقال بالارث .

أما اذا كانت بالاجارة ، كما لو استأجر أرضاً مدة لم يدرك الزرع فيها ، فأما أن تكون المدة غير كافية لبلوغ الزرع عادة ، أو كانت كافية غير أنه اتفق تأخير . وعلى الثاني : فأما أن يكون التأخير بتفريط من المستأجر ، أولاً بتفريط منه . فان كان الأول ، بأن استأجر مدة تقصر عادة عن ادراك الزرع فيها ، فللمالك الأرض بعد انقضاء المدة أمره بقلعه من دون أرش عليه ، وان تضرر به الزارع ، لأنه أتى من قبله ، حيث أقدم على مدة لا تفي للزرع فيها ، وإلزام مالك الأرض بالتيقية ، ولو بأجرة ، نوع ضيق عليه لا يجب تحمله ، ولا يجدي كون الزرع في مدة الاجارة كان بحق ، إذ لا يوجب ذلك حقاً له فيما زاد عليها ، فهو فيه ظالم مندرج في منطوق : « ليس لعرق ظالم حق » (١) ومثله مالو كانت المدة كافية ، ولكن التأخير كان بتفريط من الزراع ، لوحدة المناط .

(١) حديث نبوي شريف وقوله : « لعرق ظالم » بالتنوين في كليهما . وغلط من قرأه بالاضافة ، هكذا رواه أبو داود عن سعيد بن بريد والذسائي والترمذي كذلك ، وأخرجه الطيالسي وغيره عن زمعة بن صالح -

وأما لو كان التأخير بتفريط منه ، بل بأفة سماوية من كثرة برد أو قلة الامطار ، فعليه التيقية ، ولكن بأجرة لا مجازاً ، لأن في القلع قبل بلوغه ضرراً على الزارع من غير تسببيه ، والافدام منه عليه ، وابقاؤه في المدة الزائدة ضرر على المالك ، وكل منهما منهى عن الاضرار ، فلا بد من تدارك هذا الضرر الحادث بأفة سماوية ، وهو انما يحصل بأحد وجهين أما القلع مع الارش ، أو الابقاء مع الارش ، أو الابقاء بأجرة (١) إلا أن التدارك هنا يتعين على الزارع بدفع الاجرة ، لأن الضرر ، وإن لم يأت منه ، إلا أنه جاء من قبل زرعه ، دون الارض ، فعليه تداركه ان اراد الابقاء ، والا فله قلع زرعه ، وإن كان قصيلاً . وبعبارة أخرى ، شمول (لا ضرر) للضرر المجبور بالاجرة ، وتوجهه نحو الزارع أضعف ظهوراً من شموله لضرر القلع المجبور بالأرض المتوجه نحو مالك الأرض فإذا قدم دليل نفي الضرر في جانب الزارع عليه في جانب المالك فلا يتمسك حيثئذ ، بعموم (الناس مسلطون) لكونه محكوماً لدليل نفي الضرر .

وأما اذا كان بالمزارعة ، فإذا كان التأخير بتفريط من الزارع ، فتحكمه حكم الاجارة فيه : من أنه للمالك قلعه بلا ارش عليه ، وإن لم يكن بتفريط منه ، فيتخير المالك بين القلع وعليه الارش ، والابقاء وله

= وعبد الله بن عمر وذكرته عامة كتب الأخبار من العامة والخاصة كما ورد ذكره في كتاب كشف الخفاء للعجلوني وغيره من معاجم الحديث .

(١) في النسخ المطبوعة والمخطوطة ذكر وجهين في حين أن الصور المذكورة ثلاثة . فلا بد من تأويل الوجهين ، من حيث القلع والابقاء ، وإن كان الابقاء بصورتين .

الاجرة ، وانما كان له الخيرة بينهما في المزارعة دون الاجارة ، لان الزرع مشترك بينهما ، ولا يجبر المالك على ابقاء حصته من الزرع ، فله قلعه قصيلا كما كان للمستأجر ذلك ، غير ان قلعه لحصته مستلزم لضرر الزارع في حصته ، فوجب عليه حينئذ تداركه بالارش ، ولما كان مالك الارض في المزارعة مخيراً . بين القلع وعليه الارش ، وبين الابقاء ، وله الاجرة وليس له القلع في الاجارة ، وان كان بأرش ، بل ينبغي عليه الابقاء بالاجرة .

والى ما ذكرنا - من الفرق في الحكم بالتمخير والتعيين ، بين المزارعة والاجارة - صرح العلامة في (القواعد) حيث قال : في باب الاجارة : « فان استأجر للزرع وانقضت المدة قبل حصاده : فان كان لتفريط المستأجر كأن يزرع ما يبقى بعدها فكالمغاصب ، وان كان لعروض برد أو شبهه ، فعلى المؤجر التبقية ، وله المسمى عن المدة وأجرة المثل عن الزائد ، (١) .

وقال - في باب المزارعة منه : « فلو ذكر مدة يظن فيها الادراك فلم يحصل ، فالاقرب ان للمالك الازالة مع الارش ، أو التبقية بالاجرة سواء كان بسبب الزارع كالتفريط بالتأخير أو من قبل الله كتأخير الأهوية وتأخر المياه ، (٢) انتهى . غير أن حكمه في التسوية بين التفريط وعدمه في المزارعة ، يتاني قوله : في الاجارة مع التفريط « كالمغاصب الذي حكمه جواز القلع للمالك بلا ارش ، .

(١) راجع كتاب الاجارة الثالث في اجارة الأرض والعقارات .

(٢) راجع الفصل الثاني من المقصد الثاني في المزارعة ، وأوله :

الثاني في تعيين المدة .

وأما فيما نحن فيه ، وهو الانتقال بالارث فحكمه حكم المزارعة ،
لكون الزرع أو الشجرة على النخل والشجر مشتركة بين الزوجة لكونها
نرث من عين ذلك ، وبين الوارث غيرها ، فيتخير الوارث غيرها بين القلع
ودفع الارش اليها والبقاء واخذ الاجرة منها ، لوجود ما ذكرنا من ملاك
التخيير في المزارعة هنا أيضاً ، فافهم :

هذا آخر ما أردنا بيانه في هذه المسألة .

ولله الحمد أولاً وآخراً

رِسَالَهُ

فِي الرِّضَا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مسألة

انطقت كلمة فقهائنا ، بل الفقهاء كافة اتفقوا ، على سببية الرضاع لنشر الحرمة في الجملة .

ولنصدر المسألة تيمناً بما يدل عليه من الكتاب والسنة المستفيضة - بل المتواترة معنى - .

فمن الأول قوله : عز من قائل : « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وإخوانكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم ، وإخوانكم من الرضاعة ، وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، فإن لم تكونوا دخلتم بهن ، فلا جناح عليكم ، وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ، وإن تجمعوا بين الأختين ، إلا ما قد سلف ، إن الله كان غفوراً رحيماً » (١) وهذه الآية الشريفة مع قوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم » (٢) دلت على أسباب التحريم من النسب والرضاع والمصاهرة .

ومن الثاني أخبار : منها - ما رواه في الكافي والتهذيب : « عن عبد الله بن سنان في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : سمعته يقول : يحرم من الرضاع ما يحرم من القرابة » (٣) .

(١) سورة النساء / ٢٣ .

(٢) سورة النساء / ٢٣ وتكلمة الآية هكذا « . . من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلاً » .

(٣) باب الرضاع من الكافي ، كتاب النكاح رقم الحديث (١) .

ومنها - مارواه في الكافي في الصحيح : « عن ابراهيم بن لعيم الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام : انه سئل عن الرضاع ؟ فقال : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » (١) .

ومنها - مارواه في الكافي : « عن عبد الله بن سنان في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا يصلح للمرأة أن ينكحها عمها ولا خالها من الرضاعة » (٢) .

ومنها - مارواه في الكافي والفقهاء عن أبي عبيدة الخلاء في الصحيح قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : « لا تنكح المرأة على عمها ولا خالتها ولا على أختها من الرضاعة » ، وقال : ان علياً عليه السلام : ذكر لرسول الله - صلى الله عليه وآله - بنت حمزة . فقال رسول (ص) : أما علمت أنها ابنة أخي من الرضاعة ، وكان رسول الله صلى الله عليه وآله : وعمه حمزة قد رضعا من امرأة » (٣) .

ونحوها . رواية أبان عن حديثه ، وحسنة الحلبي ، المرويتان في الكافي ، (٤) .

(١) في نفس المصدر حديث رقم (٢) من الباب ، الحديث عن أبي الصباح الكناني ، والظاهر أنه هو المسمى (بابراهيم بن لعيم) وبنفس النص ، حديث رقم (٣) من الباب عن داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام .

(٢) كتاب النكاح ، باب نواذر في الرضاع ، حديث رقم (١٠) : (٣) راجع من الكافي : باب نواذر في الرضاع من كتاب النكاح ، حديث رقم (١١) .

(٤) أما رواية أبان عن حديثه فهي هكذا : « عن أبي عبد الله (ع) قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : عرضت على رسول الله ابنة حمزة =

ومنها - مارواه في الكافي : « عن عبد الله بن سنان في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : مثل وأنا حاضر عن امرأة أرضعت غلاماً مملوكاً لها من لبنها حتى فطمته ، فهل لها أن تبيعه ؟ قال : فقال : لا هو ابنها من الرضاعة ، حرم عليها بيعه وأكل ثمنه ، قال ثم قال : أليس رسول الله - صلى الله عليه وآله - قال : يحرم من الرضاع ما يهرم من النسب » (١) .

ومنها - مارواه الشيخ في الصحيح عن الحلبي وابن سنان : « عن أبي عبد الله عليه السلام في امرأة أرضعت ابن جاريتها قال : تعتقه » (٢) : ومنها - مارواه عن أبي بصير وأبي العباس وعبيد كلهم جميعاً : « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا يملك أمه من الرضاعة ، ولا أخته ولا عمرته ، ولا خالته ، فانهن اذا ملكن عتقن ، وقال : كلما يحرم من النسب فانه يحرم من الرضاع » (٣) .

= فقال : أما علمت أنها ابنة أخي من الرضاع .

وأما صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله قال : قال أمير المؤمنين (ع) في ابنة الاخ من الرضاع : لا آمر به أحداً ولا أنهي عنه ، وانما أنهي عنه نفسي ، وولدي ، وقال : عرض على رسول الله (ص) أن يتزوج ابنة حمزة ، فأبى رسول الله وقال : هي ابنة أخي من الرضاع ، وكلاهما في باب الرضاع من كتاب النكاح رقم (٥٤٤) .

(١) باب النوادر من كتاب النكاح حديث رقم (١٦) وفي الوسائل

في باب ١٧ من ابواب ما يحرم من الرضاع .

(٢) الوسائل باب ١٧ من ابواب ما يحرم من الرضاع حديث (٢)

(٣) في الوسائل ، باب ٤ من ابواب بيع الحيوان حديث رقم (١)

وهو طويل والمذكور هنا - آخره - .

ومنها - ما رواه في الصحيح عن صفوان بن يحيى عن العبد الصالح عليه السلام : « قال : قلت له أرضعت أُمِّي جارية بلبني ؟ قال : هي أختك من الرضاعة ، قال : قلت : فتحل لأخي من أُمِّي لم ترضعها بلبينه يعني ليس بهذا البطن ولكن ببطن آخر ، قال : والفحل واحد ؟ قلت : نعم هو أخي لأُمِّي وأُمِّي ، قال : اللبن للفحل ، صار أبوك أباهَا وأُمك أُمها ، (١) .

ومنها - في الموثق عن سماعة : « قال : سألتُه عن رجل كان له امرأتان ، فولدت كل واحدة منهما غلاماً . فانطلقت إحدى امرأته فأرضعت جارية من عرض الناس ، أينبغي لابنه أن يتزوج بهذه الجارية ؟ قال : لا لأنها أرضعت بلبن الشيخ ، (٢) ،

وضها - ما عن أحمد بن محمد بن أبي نصر : « قال سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام : عن امرأة أرضعت جارية ولزوجها ابن من غيرها أيجل للغلام ابن زوجها أن يتزوج الجارية التي أرضعت فقال : اللبن للفحل ، (٣) .

ومنها - في الصحيح : « عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأة فولدت منه جارية ، ثم ماتت المرأة ، فتزوج أخرى فولدت منه ولداً ، ثم انها أرضعت من لبنها غلاماً ، أيجل لذلك الغلام الذي أرضعته أن يتزوج ابنة المرأة التي كانت تحت للرجل قبل المرأة الأخيرة ؟

(١) الوسائل ، كتاب النكاح باب (٨) من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث (٣) والمقصود من العبد الصالح هو الامام موسى بن جعفر (ع) .
(٢) المصدر الآنف الذكر ، باب ٦ حديث رقم (٦) .

(٣) الوسائل ، كتاب النكاح باب ٦ من أبواب ما يحرم الرضاع

حديث (٧) :

قال : ما أحب أن يتزوج ابنة فحل قد رضع من لبنه ، (١) .
ومنها - في الحسن عن الحلبي : قال : « قالت لأبي عبد الله (ع) أم ولد رجل قد أرضعت صبياً ، وله ابنة من غيرها ، تحل لذلك الصبي هذه الابنة ؟ فقال : ما أحب أن يتزوج ابنة رجل قد رضع من لبن ولده ، (٢) .

ومنها - عن التهذيب في الموثق : « عن جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : إذا رضع الرجل من لبن امرأة حرم عليه كل شيء من ولدها ، وإن كان الولد من غير الرجل الذي كان أرضعته بلبنه ، وإذا أرضع من لبن رجل حرم عليه كل شيء من ولده وإن كان من غير المرأة التي أرضعته » (٣) :

ومنها - ما عن الكافي : « في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : لو أن رجلاً تزوج جارية رضيعاً فأرضعته امرأته فسد نكاحه . قال : وسألته عن امرأة رجل أرضعت جارية أنصالح لولده من غيرها ؟ قال لا : قلت : فتزلات منزلة الاخت من الرضاعة ؟ قال : نعم من قبل الأب » (٤)

وهذا الاسناد عن الحلبي وعبد الله بن سنان : « عن أبي عبد الله عليه السلام : في رجل تزوج جارية صغيرة فأرضعتها امرأته أو أم ولده ؟

(١) المصدر الآنف الذكر حديث رقم (٥) .

(٢) المصدر الآنف الذكر ، حديث رقم (٨) .

(٣) المصدر الآنف الذكر ، باب ١٥ حديث (٣) .

(٤) الوسائل ، باب ١٥ من أبواب ما يحرم بالرضاع ، حديث

قال : تحرم عليه ، (١) .

ومنها - رواية عثمان عن أبي الحسن عليه السلام قال : قلت له :
« ان أخي تزوج امرأة فأولدها فانطلقت ، فأرضعت جارية من عرض الناس
فيحل لي أن أتزوج تلك الجارية التي أرضعتها امرأة أخي ؟ قال : لا ، لأنه
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » (٢) .

ومنها - رواية مسمع : « عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال :
أمير المؤمنين عليه السلام . ثمانية لا تحل مزاكحتهم - إلى أن قال - أمتك
وهي عمك من الرضاعة ، أمتك وهي خالتك من الرضاعة » (٣) الحديث .
ومنها - روايته الأخرى : « عنه عليه السلام قال : عشر لا يجوز
نكاحهن - إلى أن قال - أمتك وهي عمك من الرضاعة ، وأمتك وهي
خالتك من الرضاعة » (٤) .

(١) الوسائل : كتاب النكاح أبواب ما يحرم بالرضاع باب ١٠ ،
حديث (٢) . والكافي ، باب نوادر في الرضاع حديث (٦) .
(٢) الوسائل ، كتاب النكاح باب ٨ من أبواب ما يحرم بالرضاع
حديث رقم (٧) .

(٣) في كتاب النكاح من الكافي باب في نحوه ، حديث (١) بسنده
هكذا : « . . . عن مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام :
قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : ثمانية لا تحل مزاكحتهم أمتك ،
أمها ، أمتك وأختها ، أمتك ، وأمتك ، وهي عمك من الرضاعة ، وأمتك
وهي خالتك من الرضاعة ، أمتك وهي أرضعتك ، أمتك ، وقد وطئت
حتى تستبرأها بحیضة ، أمتك وهي حبلى من غيرك ، أمتك وهي على سوم
أمتك ولها زوج » . ومثله في الوسائل كتاب النكاح .

(٣) في أبواب ما يحرم بالرضاع روايات كثيرة بهذا المضمون =

ومنها - رواية مسعدة بن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام : « يحرم من الاماء عشر : لا تجمع بين الأم والبنت ، يعني في النكاح ، ولا بين الأخيتين - إلى أن قال - ولا امتك وهي عمك من الرضاعة ، ولا أمتك وهي خالتك من الرضاعة ، ولا أمتك وهي رضيعتك » (١) .

ومنها - صحيحة محمد بن مسلم : عن أبي جعفر عليه السلام : في رجل فجر بامرأة ، أبتزوج أمها من الرضاعة أو بنتها ؟ قال : لا (٢) إلى غير ذلك من الاخبار .

ولعمام الكلام في هذه المسألة ينتهي في طي مقدمة ، ومباحث ، وخاتمة .

أما المقدمة ، فهي أن ربط الرضاع من سنخ ربط النسب الذي هو ربط بين النسب والمنسوب اليه ربط تكوين واشتقاق ، فإن الولد متكون من والديه ، ومادته الأصلية مشتقة من مادتها السارية في جميع الطبقات النازلة سريان المصادر في جميع مشتقاتها (٣) ، ولذا كان نماء كل هنر

= توجد في عامة كتب الاخبار . وبهذا المضمون والسند في كتاب الوسائل كتاب النكاح ، باب ٨ من أبواب ما يحرم بالرضاع .

(١) الوسائل ، كتاب النكاح باب ٨ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث (٩) .

(٢) المصدر الآنف ، باب ٦ من زنا بامرأة حرمت عليه بنتها وأما ، حديث رقم (١) و (٢) .

(٣) بناء على ما هو التحقيق من أن المصادر هي أصول المشتقات ، لا الأفعال ، فإن المبدأ فيها موجود في جميع مشتقاته ، ففي ضرب وضارب ومضروب ومضروب وغيرهما من المشتقات يوجد المبدأ كاملاً غير منقوص .

من جنس أصله . و من يزرع الشوك لم يحصد به عبثاً ، (١) ، وليس الا لسريان حقيقة الأصل في فروعه ، ولعل الرضاع بشرائطه كما يعرب عنه ما قيل : « ان لحمة الرضاع كلحمة النسب » (٢) : له تأثير في ذلك الربط الأصلي ولو بنحو الاشتداد أو موجب لما يضاهيه من الربط الذي يكون من سنخه ، وان كان ضعيفاً في مرتبة الربطية ، ولذا يجتمع معه في بعض الاحكام ، ويفرق عنه في بعضها الآخر . وبذلك الربط الحاصل منه اليهما ، ومنها إليه نسباً ورضاعاً تحصل الارتباطات صاعدة ونازلة المعبر عنها بالعناوين السبعة النسبية (٣) وما يضاهيها من الرضاع ، وحيث

(١) هو عجز بيت لشاعر عربي جاهلي أو مخضرم ، لا نعرف قائله : ويروى مع صدره - كما في مجمع الأمثال للميداني - هكذا :
اذا وترت امرأ فاحذر عداوته
من يزرع الشوك لم يحصد به العبث
قال الميداني : لا يقال : حصدت العنب ، بل قطفته ، ولكن الشاعر العربي وضع الحصد مكان القطف . والمقصود منه : من أساء الى انسان فليتوقع . وهو على غرار المثل المعروف : « أعجز من جانبي العنب من الشوك » ، قال حمزة : وهذا الشاعر أخذ هذا المثل من حكيم من حكماء العرب من قوله : من يزرع خيراً يحصد غبطة ، ومن يزرع شراً يحصد ندامة ، ولن يجنني من شوكه عبثاً .

(٢) هذا الكلام من ألسنة الفقهاء بحكم اشتراك الرضاع مع النسب في تأثير المنع ، وليس حديثاً ولا رواية - على الظاهر - وانما الحديث النبوي المذكور في هامة كتب الحديث للمفريقين هو قوله (ص) : « الولاء لحمة كلحمة النسب » فجاء هذا الكلام على هذا الفرار بحكم وجود الملاك في الثلاثة .

(٣) في كتب الفقه : إن أسباب التحريم ستة : النسب ، الرضاع =

انا لم نخط به علماً وبكيتته وبشرائط حصوله اقتصرنا فيه على ما اعرب عنه الدليل . وأوضح لنا منهج السبيل الموجب للرجوع فيما شك الى ما تقتضيه الاصول .

- المصاهرة ، استيفاء العدد ، اللعان ، الكفر والارلداد - بشروط مفصلة هناك .

والأصناف المحرمة من النسب سبعة - وهي المقصودة بالعناوين السبعة في المتن ، وهي :

- (١) الأم والجددة - وان علت - لأب كانت أم لام أم لها .
- (٢) والبنات الصلبية وبناتها - وان نزلن وبنات ابنها - وإن نزلن أيضاً
- (٣) والاخوات - لأب كن أو لأم أولهما - وبناتهن وبنات أولادهن .
- (٤) والعمات ، سواء كن أخوات أبيه لأبويه أم لأحدهما ، وكذا أخوات أجداده - وان علون - .
- (٥) والخالات - لأب أو لأم أولهما - وكذا خالات الأب والأم - وان علون - .
- (٦) وبنات الأخ ، سواء كان الأخ لأبوين أم لأحدهما - وسواء كانت بنته الصلبية أم بنت بنته وان نزلت ، أو بنت ابنه ، وبناتهن - وإن نزلن -

(٧) وبنات الأخت - وان نزلن - :

هذه المحرمات من النساء على الرجال . ومقابل ذلك يحرم من الرجال على النساء أيضاً ، فيحرم على المرأة أبوها - وان علا - وابنها - وان زل - وأخوها وابن أخيها وابن الأخت ، والعم والخال - وان ارتفعا - :

(عن كتب الفقه : كتاب النكاح)

وأما المباحث ، فالأول منها - في بيان معنى العبارة التي تضمنتها أخبار الفريفيين ، واستفاض لقلها بينهم ، وهي : (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) :

فنقول : ما يحرم من النسب من العناوين السبعة النسبية اذا وجد نظيره في الرضاع أوجب الحرمة بإرادة العنوان من الموصول ، والا فنفس من يحرم من النسب لا معنى لكونه يحرم من الرضاع ، كما هو ظاهر للعبارة فلا بد من انتزاع عنوان يكون وجوده مناطاً للحكم ، ولما وقع التعبير بذلك لبيان اعتبار اتحاد العنوان الحاصل منها ، فيكون حاصل المعنى ، ان الرضاع يوجب ربطاً على حد ربط النسب ، وعلاقة لحو علاقته ، كما يعرب عنه تشبيه لحمته بلحمته ، فالعلاق السبعة الرضاعية تحرم كما تحرم العلاقات السبعة النسبية : وبعبارة أخرى : ان الرضاع يحدث ما يحدثه النسب من العناوين السبعة ، ويفعل فعله في تحققها بعد تنزيل الرضاع منزلة الولادة في ذلك ، فيجري مجراه في التحريم ، سواء كان الحكم به بسبب النسب أو بسبب المصاهرة كأم الزوجة الرضاعية ، فإنها محرمة على زوج بنتها من الرضاع ، ولكنها بالمصاهرة لا بالرضاع - كما ستعرف .

الثاني : هو ان الثابت من نصوص التحريم بالرضاع ، انما هو ما يحدث به أحد تلك العناوين المحرمة من النسب دون لوازمها . فلو ارضعت أجنبية أخاك فبنتها ، وان كانت أخت أخيك ، الا أن أخت الأخ في النسب انما تحرم لكونها أختاً ، لا لكونها أخت أخ ، فلو تجرد عن عنوان الأخت في الرضاع لم تكن محرمة ، بل ربما تنفك أخت الأخ عن عنوان الأخت في النسب أيضاً ، فيجوز له لكاحها كما لو كانت امرأة لها بنت ثم تزوجها أبوك ، فأولدها ولداً هو أخوك من أهلك ، واخته من أمه أخت أخيك نسباً من أمه ، وليست بأختك أصلاً ، فلا مانع عن تزويجك إياها

لما عرفت أن عنوان أخت الأخ من حيث هو ليس من "عناوين المحرمة في النسب" ، وكذا يجوز لك تزويج المرضعة ، وإن كانت أم أخيك ، لأن أم الأخ لما تحرم عليك في النسب ، أما لكونها أم لك أو لكونها منكوحه أبوك ، فحيث ينفك عنها في الرضاع ، لم تنشر المحرمة بينها .

وبالجملة : فالمدار في التحريم بالرضاع على تحقق ما به يحرم في النسب كالأمومة والأخوة والبنوة - مثلاً - فأم الأخ الرضاعي من النسب ، أو الرضاع لا تحرم على أخيه لأن حرمة أم الأخ من النسب إنما تحرم : إما لكونها أم له أو منكوحه أبيه ، وكل منها موجب للمحرمة . وحيث يتجرد عنوان أم الاخ عنهما لم تحرم ، سواء كانت أما لسيبة للأخ الرضاعي أو أما رضاعية للأخ النسبي ، فضلاً عن الأم الرضاعية للأخ الرضاعي . وكذلك أخت الأخ من الرضاع ، فإنها لا تحرم على أخيه ، لأن أخت الأخ من النسب إنما تحرم لكونها اختاً لا أخت أخ ، فحيث تجردت أخت الأخ عن عنوان الأخت لم تكن محرمة ، سواء كانت اختاً من الرضاع لأخيه من النسب ، أو اختاً من النسب لأخيه من الرضاع : وكذا أخت العممة وأخت الحالة لا تحرم مالم تكن عمه أو خالة . وكذا في البنوة أيضاً فإن أخت الابن من النسب محرمة : إما لكونها بنتاً له أو ربيبة ، وكل منهما موجب للمحرمة ، فلو تجرد عنوان أخت الابن عنها كالأخت الرضاعية للابن النسبي أو الأخت النسبية للابن الرضاعي لا يقتضي المحرمة من حيث القاعدة ، وإن قلنا بها لدليل خاص - كما ستعرف - ،

وحيث تبين لك الضابط في مدار التحريم ظهر لك ضعف ما استثناءه في (التذكرة) : من أربعة نسوة يحرمن في النسب ، وقد لا يحرمن في الرضاع ، ومن : أم الأخ ، والأخت ، وأم ولد الولد وجدة الولد وأخت الولد - ثم قال بعد عدلهم : وهذه الصور الأربع مستثناة من

قولنا يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (١) ضرورة عدم دخولهن في عموم القاعدة حتى يصدق الاستثناء للذي معناه اهراج ما لولاه للدخل ، اللهم الا أن يكون استثناء من توهم الدخول .

واضعف منه : ما ذهب اليه الحلبي في (السرائر) قال - بعد حكايته قول الشيخ في المبسوط : من أنه يجوز للفحل أن يتزوج بأُم هذا المرضع وبأخته وبجدته - ما لفظه : « أما تزويجه بأخته وبجدته فلا يجوز بحال لاننا في النسب لا نجوز أن يتزوج الانسان بأخت ابن ولا بأُم امرأة بحال - الى أن قال - : والذي يقتضيه ملههنا أن أم أم ولده من الرضاع محرمة عليه ، كما ألها محرمة عليه من النسب ، لانه أصلي في التحريم من غير تعليل ، فعلى هذا امرأة لها لبن ارضعت بنتاً لقوم الرضاع المحرم ، ولتلك البنت المرضعة أخت ، فانه يحل لابن المرضعة الذي قد شربت هذه البنت المرضعة منه ان يتزوج بأختها وهي أخت اخيه من الرضاع ، لما مضى من الاصل ، وهو انه انما يحرم هذا المرتضع وحده ، ومن كان من نسله دون من كان في طبقته وهذه من طبقته ، لانه لا نسب بينه وبين أخت اخيه

(١) ففي أخريات كتاب الزكاح ، آخر المبحث الأول من الفصل الثاني - في الرضاع - قال : « أخت ولدك في النسب حرام عليك لأنها إما بنتك أو ربيبته : وإذا أرضعت أجنبية ولدك فبنتها أخت ولدك ، وليست بنتاً ولا ربيبة . ولا تحرم أخت الاخ في النسب ولا في الرضاع اذا لم تكن أختاً له بأن يكون له أخ من الأب وأخت من الأم ، فانه يجوز للاخ من الأب نكاح الأخت من الأم . وفي الرضاع لو أرضعتك امرأة وأرضعت صغيرة أجنبية منك يجوز لاختك نكاحها وهي أختك من الرضاع ، وهذه الصور الأربع مستثناة من قولنا : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » :

ولا رضاع ، (١) انتهى .

وكانه لما رأى عدم انفكاك جدة المرتضع ، وكذا اختها عن التحريم على الأب في النسب وانفكاكه عنه في اخت الاخ بالنسبة الى اخيه فيه أجرى الرضاع مجراه في ذلك ، فحكم بالتحريم في الاولين وبالحل في الاخير وكانه غفل عن كون سبب التحريم في الجدة لكونها ام زوجة لا لكونها جدة ، وفي اخت البنت لكونها بنتاً او ربيبة ، لا لكونها اخت بنت مع عدم وجودهما في الرضاع ، لان المرضعة لا تكون بحكم الزوجة لأب المرتضع حتى تكون امها ام زوجة لتحرم بالمصاهرة ، ولا اخت البنت بنتاً .

لعم نقول : بحرمة اخت البنت ، لا للقاعدة ، بل للدليل الخاص (٢) والحلي لم يستند اليه في التحريم ، بل استند فيه الى القاعدة ، وهو كما ترى .

ثم ان مقتضى الضابط المتقدم - حسبما عرفت - وان كان جواز نكاح اخت الابن ، مالم تكن بنتاً او ربيبة ، الا ان النصوص الخاصة نصت بتحريمها على الأب ، وهي القاعدة المعروفة : من انه لا ينكح اب المرتضع في اولاد صاحب اللبن نسباً ورضاعاً ولا في اولاد المرضعة نسباً لا رضاعاً ، خلافاً للطبرسي فألحق الرضاع منهم بالنسب ، بناء منه على كفاية اتحاد المرضعة في نشر الحرمة بالرضاع ، وان تعدد الفحل كما يأتي . والنصوص المخرجة لها عن القاعدة ، هي : صحيحة علي بن مهزيار :

« قال : سأل عيسى بن جعفر أبا جعفر الثاني (ع) عن امرأة ارضعت لي صبياً فهل يحل لي ان اتزوج بنت زوجها ؟ فقال ما اجود ما سألت ،

(١) كتاب النكاح ، باب الرضاع وما يحرم من ذلك : ص ٢٩٤ طبع

ابران حجري .

(٢) ولعله لما في الوسائل ، باب ١٦ من ابواب ما يحرم من الرضاع .

من ههنا يؤتى ان يقول الناس : حُرمت عليه امرأته من قبل لبن الفحل
 هذا هو لبن الفحل ، لا غيره ، فقلت له : ان الجارية ليست بنت المرأة
 التي ارضعت لي ، هي بنت غيرها ، فقال : لو كن عسراً مطرقات
 ما حل لك منهن شيء ، وكن في موضع بناتك ، (١) وهي صريحة في
 اولاد الفحل مطلقاً من الرضاع او النسب مطلقاً ، وان لم تكن من المرضعة .
 ومارواه الكليني في الصحيح : « عن عبدالله بن جعفر قال : كتبت الى
 ابي محمد (ع) : امرأة ارضعت ولد الرجل ، هل تحل لذلك الرجل ان يتزوج
 ابنة هذه المرضعة ام لا ؟ فوقع : لا يحل له ، (٢) . ومارواه ايوب بن
 نوح في الصحيح : « قال : كتب علي بن شعيب الى ابي الحسن (ع) : امرأة
 ارضعت بعض ولدي هل يجوز لي أن أتزوج بعض ولدها ؟ فيكتب : لا يجوز
 ذلك لك ، لان ولدها صارت بمنزلة ولدك ، (٣) وموردها اولاد المرضعة
 واطلاقه بعم مالهو كان من غير صاحب اللبن ، لكن مع الاقتصار على
 اولادها من النسب ، بناء على اعتبار اتحاد الفحل في اللبن المحرم ، وتزويلا
 للولد والبهت فيهما على معنهما الحقيقي ، وهن صحاح ، عمل بها المشهور
 لا بأس باستثناء موردها عن القاعدة ، مع امكان دعوى عدم المنافاة بينها وبين
 ما تقتضيه إصالة الحل في غير العناوين المحرمة في النسب ، اذ ليست النسبة
 بينهما إلا نسبة الأصل الى الدليل الوارد عليه ، لعدم ما يدل على الحصر

(١) راجع : الوسائل باب ٦ من ابواب ما يحرم بالرضاع في اشتراط
 اتحاد الفحل في نشر الحرمة حديث رقم (١٠) .

(٢) في الوسائل : كتاب النكاح باب ١٦ من ابواب ما يحرم من
 الرضاع حديث رقم (٢) .

(٣) الوسائل ، باب ١٦ من ابواب ما يحرم بالرضاع في حرمة الكاح
 ابي المرتضع في اولاد صاحب اللبن حديث رقم (١) .

في حديث : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » ،
 اللهم الا ان يقال : ان الحديث ونحوه في مقام اعطاء القاعدة
 التي يجب اطرادها طرداً وعكساً . فتخصص الكلية السلبية - حينئذ -
 بالنصوص الخاصة .

وكيف كان فيتفرع على القول به تحريم الزوجة على زوجها لو أرضعت
 ولدها أمها التي هي جدة الولد من أمه ، لأن الزوجة - حينئذ - من أولاد
 المرضعة نسباً ، وقد عرفت أنه لا ينكح أب المرتضع في أولاد المرضعة
 نسباً ، لعدم الفرق في التحريم بالرضاع بين سبعة على النكاح أو لحوقه به :
 ثم : ان مورد النصوص الخارج بها عن القاعدة : هو حرمة
 نكاح أب المرتضع في أولاد صاحب اللبن وهل يحرم نكاح الفحل ،
 صاحب اللبن ، في أولاد أب المرتضع كما في (الخلاف) و (النهاية)
 وغيرهما ، أو لا يحرم ، كما عليه المشهور ظاهراً ؟ وجهان ، بل قولان :
 ينشئان : من الرجوع الى القاعدة في غير مورد النص المخرج له عنها ،
 ومن وحدة المناط بعد تنزيل إخوة الولد منزلة الولد من غير فرق بين
 كون الولد المنزل عليه ولد نسبياً أو رضاعياً .

وفيه : مضافاً إلى إخراجهم عن مورد النص الموجب لاندراجهم تحت
 القاعدة المقضية للحل ، أنه من القياس الذي لا نقول به ، لان ربط
 النسب في التحريم على أبيه أقوى من ربط الرضاع ، فالمنزل منزلة القوى
 لا يقاس به المنزل منزلة الضعيف ، وهو الولد من الرضاع ، مع أن التنزيل
 منزلة الضعيف ليس منطوق نص حتى يقال : بالتحريم ، لعدم الفائدة
 مع عدمه ، بل هو تنزيل مستنبط من القياس بالتنزيل المنصوص ، فهو
 من القياس ، مع ما عرفت من وضوح الفرق بين المقيس والمقيس عليه ،
 فالأقوى عدم التحريم فيه ، وان قلنا بالتحريم في الأول .

وهل : نسبة اخوة المرتضع من الرضاع الى أمه من النسب كنسبتهم الى أبيه فيكونوا بمنزلة أولادها في التحريم أم لا ؟ وجهان :

ذهب شيخنا المرفضى - قدس سره - في رسالته الرضاعية الى الأول حيث ، قال : « والرواية - أي رواية ابن مهزيار - وان اختلفت بتحريم ولد الفحل على أب المرتضع ، الا ان تحريمهم على أمه أيضاً ثابت بالاجماع المركب ظاهراً ، مع ان كونهم بمنزلة بنات أبي المرتضع يستلزم كونهم بمنزلة بنات أمه ، (١) انتهى .

قلت : تنزيلهم منزلة أولاد الأب لا يستلزم تنزيلهم منزلة اولاد الأم لتكون لهم أمماً ، ولو بالتزويل حتى تحرم أمها عليهم ، لكونها لهم - حينئذ - بمنزلة الجدة . نعم هاية الامر ثبوت تحريمها عليهم بنفسها لكونها ، ان لم تثبت أمومتها لهم ، فهي منكوحة أبيهم التزويل ، وزوجة الأب لا تحرم أمها على أولاد زوجها ، فتظهر الثمرة في تحريم أمها عليهم وعلمه . مع امكان أن يقال : يحتمل عدم تحريمها أيضاً عليهم لانها ليست زوجة أب لا من الرضاع ولا من النسب ، وزوجة الاب من النسب محرمة ، والأب من الرضاع كالأب من النسب في ذلك ، ولا دليل على كون المنزلة منزلة الاب من جهة اخوة ولده المنزلين منزلة أولاده محكم الأب في تحريم زوجته عليهم ، إذ لا ابوة بينهم ، لا من الرضاع ولا من النسب ، بل هو بمنزلة الأب لمن هو بمنزلة الولد ، فالقدر الثابت من الرواية تنزيلهم منزلة أولاده في خصوص تحريمهم عليه ، دون غيره ، فتأمل هذا .

وأما - لكاح إخوة المرتضع من النسب في إخوانته من الرضاع ، أي أولاد أب المرتضع في أولاد الفحل مطلقاً ، وفي أولاد المرضعة نسباً ،

(١) رسالة استدلالية مفصلة طبعت في أخريات كتاب المكاسب في

فالأشهر ، بل الأقوى جوازه ، لالهم بالنسبة إليهم ليس إلا لإخوة الأخ وانما تحرم اخوة الاخ في النسب ، لكونهم لإخوة لا اخوة أخ ، فاذا انفك عنوان (إخوة الأخ) عن الأخوة - كما هنا - لا يوجب للتحريم ، وإن نزلوا في النصوص الخاصة منزلة أولاد الأب ، فان تحريم أولاد الأب بعضهم على بعض ليس من حيث كونهم أولاد أب ، بل من حيث كونهم لإخوة ، خلافاً للخلاف والنهاية والسرائر ، وقواه في الكفاية ، حيث قال : « والوجه الاستدلال على التحريم بأن كونهم بمنزلة الولد يقتضي أن يثبت لهم جميع الأحكام الثابتة للولد من حيث الولدية لعدم تخصيص في المنزلة ، ومن جملة أحكام الولد تحريم أولاد الأب عليه ، فاذن ، القول بالتحريم لا يخلو عن قوة » (١) انتهى .

وفيه ما تقدم : من أن تحريم أولاد الأب بعضهم على بعض ليس من حيث كونهم أولاد أب ، بل من حيث كونهم لإخوة وبدل عليه عطف الأخوات على الامهات في المحرمات النسبية والرضاعية ، وإلا لاكتفى عن ذلك بذكر (وبناتهن) ، وليس إلا لكون المعتبر عنوان الأخوة دون عنوان أولاد الأب أو الأم .

اللهم الا أن يقال - بل قد قيل - (٢) ان الاخوة التي نبطت بها الحرمة في آية المحرمات ليس مفهومها العرفي - بل الحقيقي - الا كون الشخصين ولداً لواحد ، فكونهم أولاداً لأبيه أو لأمه حين كونهم اخوة له لا أنه عنوان آخر ملازم له :

(١) المقصود منها : كفاية الأحكام للسبزواري ، راجع ذلك ضمن كتاب النكاح البحث الثاني من الفصل الثاني في أسباب التحريم .
(٢) القائل : شيخنا المرتضى في رسالته الرضاعية (منه) .

وفيه : منع اتحاد أولاد الأب مع الاخوة في المعنى ، وان كلاً منهما عين الآخر ، ضرورة أن عنوان أولاد الأب من حيث هو غير ملحوظ فيه الا ربط كل واحد منهم الى الأب بربط التكوين ، والتولد ، والملاحظ في عنوان الاخوة ليس الا ربط بعضهم مع بعض باشتراكهم في ذلك الربط الحاصل بالتولد ، فالربط الملحوظ في عنوان أحدهما غير الربط الملحوظ في عنوان الآخر ، وان كانا متلازمين لا ينفك أحدهما عن الآخر بل لا ملازمة بينهما في الرضاع ، كما ينفكان في أولاد الرضعة رضاعاً مع تعدد الفحل ، ضرورة أنهما أولاد أم ، ولا أخوة بينهما ، بناء على المشهور من اعتبار اتحاد للفحل في ثبوت عنوان الأخوة - كما ستعرف - د

مضافاً - الى امكان أن يقال : ان أولاد الأب يعم ما كان نسبته اليه بواسطة أولاً بواسطة ، وما كان بواسطة لا يوجب التحريم كأولاد حاشية الأب والجد الا ما كان من حاشية نفسه كأولاد الأخ والأخت ، وتنزيل أولاد الفحل منزلة أولاده انما هو بواسطة المرتضع ، فلا يصدق عليهم إخوة ، ولا أولاد أخ أو أخت ، فالأقوى جواز نكاح بعضهم في بعض ، وان حرم نكاح كل من الطرفين على المرتضع لكونهم لإخوته ، وعلى أبيه لكونهم أولاده أو ربيبته أو بمنزلة أولاده . ولكن الاحتياط لا يترك في جميع ذلك .

الثالث : لم يفرق في تنزيل الرضاع منزلة النسب : بين كون التحريم به أو بالمصاهرة كالعناوين الخمسة المحرمة بها (١) فإن أم الزوجة

(١) وهي زوجة الأب ، وان علا ، وزوجة الابن - وان نزل - وأم الموطوءة - حلالاً أم حراماً - وأم المفقود عليها - وان علت - وابنة الموطوءة فنانزلاً على الفاعل ، سواء تقدمت ولادتها على الوطء أم تأخرت عنه على تفصيل في هذه العناوين الخمسة ، مستوفى في محرمات النكاح من كتب الفقه .

الرضاعية أم للزوجة بالتزويج ومحرم على الزوج ، لكن بالمصاهرة لا بالرضاع فلا ينافي تحريمها بالمصاهرة كونها أم بالرضاع ، وإن هو إلا من فعل الرضاع فعل النسب ، لا فعل المصاهرة ، ضرورة أن علاقة المصاهرة التي هي علاقة حاصلة بين كل من الزوجين وأقرباء الآخر متعرة من وجود علقتين ، علاقة الزوجية ، وعلاقة النسب ، فإذا وجدت حدثت منهما علاقة ثالثة هي الموجبة للحرمة ، وهي المصاهرة ، ففي المثال المتقدم : علاقة الزوجية موجودة بالزوجان ، وعلاقة النسب موجودة بالرضاع المأزول منزلة في تحقق عنوان الأمومة ، فحدثت من وجودها علاقة المصاهرة ، فأوجب التحريم ، فالحرمة مسببة عن المصاهرة ، لا من الرضاع كي يتوهم أن الرضاع لا يفعل فعل المصاهرة ، وأين هو من فعل المصاهرة ، وإنما فعل فعل النسب من إحداث عنوان الأمومة للزوجة الرضعية ، فهو من تنزيل الرضاع منزلة النسب لا منزلة المصاهرة .

وكذا تحرم حليلة الابن الرضاعي ، لتنزيله بالرضاع منزلة ابنه في النسب ، فتحرم بالمصاهرة .

وكذا تحرم بالمصاهرة متكوحة الأب الرضاعي بعد تنزيله منزلة أبيه في النسب ، وبنت الزوجة المدخولة بها من الرضاع لكونها زوجية له بالرضاع بعد تنزيلها منزلة البنت بالنسب . والجمع بين أخت الزوجة الرضاعية بعد تنزيلها منزلة الأخت النسبية ، ففي ذلك كله تحريم بالمصاهرة بعد إيجاد الرضاع علاقة للقرابة ، (ودعوى) اختصاص تحريم العناوين السبعة الرضاعية في الصديق بالنسبة إلى من تحرم عليه ، أو اختصاص حرمة المصاهرة بما إذا كانت علاقة القرابة حاصلة من خصوص النسب دون المأزول منزلة (موهونة) لأنه تقييد للدالة من غير دليل .

وبذلك يظهر ضعف ما احتمله قوياً في (القواعد) : من عدم

التحريم لو ارضعت أمته الموطوءة زوجته الصغيرة حيث قال : ولو ارضعت أمته الموطوءة زوجته حرمتا - الى أن قال - ويحتمل قوياً عدم التحريم بالمصاهرة (١) .

قلت أما : حرمة الأمة ، فلكونها أما لزوجه بالرضاع المنزل منزلة أسما من النسب . وأما الزوجة ، فلكونها بنت موطوءته بالرضاع ، وإن كان اللبن من غيره ، وبينه ان كان اللبن منه ، فتحريمهما في غير صدق البتية بالمصاهرة ، لكن بعد تنزيل الرضاع منزلة النسب : ومنشأ ما احتمله قوياً كونه من تنزيل الرضاع منزلة المصاهرة ، وهو توهم فاسد - كما عرفت - .

الرابع : أركان الرضاع الموجبة لنشر الحرمة ثلاثة : الرضيع والمرتضعة وصاحب اللبن ، كأركان النسب المتحققة بالولد والديه ، فتتشر الحرمة بالرضاع من الرضيع لآلئها ، وللى كل من أبوي كل منهما فصاعداً مطلقاً نسباً ورضاعاً ، خلافاً للقواعد وثاني المحققين في شرحه في بعض صور الثاني - كما ستعرف - وللى أولادها فنازلاً ، وللى حاشية كل منهما ، ومن أويهما دون أولادها لان بنت العم والعمة - وكذا بنت الخال والخالة - لا يحرم من عليهما ومنهما اليهما فنازلاً من غير فرق في جميع الطبقات - صعوداً ونزولاً - بين النسب والرضاع ، اذا وجد به العنوان المحرم بالنسب ، فالمرتضعة أم للرضيع ، وصاحب اللبن أب له ، وآباؤهما وأمائها أجداد وجدات ، وأخوتها عم وعمة ، وخال وخالة ، وأولادها إخوة له ، وأولادهم أولاد أخ أو اخت ، وأولاده بالنسبة اليهما أولاد ابن أو بنت لها فتتشر الحرمة في جميع ذلك نسباً ورضاعاً على الشرط المتقدم .

(١) كتاب النكاح ، الفصل الأول في الرضاع من المحرمات السببية في أخريات المطلب الثالث منه .

وعنوان العمومة والخولة اكل من الأبوين ثابت له أيضاً ، فعم الأم وعمتها عم له ، وعمه ، وخال الأب وخالته خال له وخالة - وان ترامت - فكل من العمومة والخولة اكل من الأبوين - وان ترامت بوسائط متعددة - تنزل منزلتها بلا واسطة ، فتجرى عليها أحكامها ، كغيرها من العناوين المتصاعدة والمتنازلة .

وبالجملة : يحرم على الانسان أصوله وفصوله ، وكل فصل من أول أصل ، وأول فصل من كل أصل بعده ، فلا تحرم بنات العم والعمة ولا بنات الخال والخالة .

وبعبارة أخرى : يحرم على الانسان ذوو قرابته مطلقاً ، الا فروع حاشيتي أصوله ، من غير فرق في ذلك كله بين النسب والرضاع . وكذا تحرم بالمصاهرة على الزوج أصول الزوجة مطلقاً . وفصولها مع الدخول بها والجمع بين الأختين مطلقاً ، وعلى الزوجة أصول الزوج وفصوله مطلقاً في كل ذلك ، تنزيلاً للرضاع منزلة النسب .

الخامس : في شروط نشر الحرمة بالرضاع التي يرجع اعتبار بعضها في المرضعة وبعضها في الرضيع وبعضها في الرضاع .

أما الأول : فيشترط في المرضعة : أن تكون امرأة حية ، دولبتها عن نكاح ، أي وطئ صحيح ، غير حائل ، فلا تحرم بلبن الخنثى المشكل . لو وطئت شبهة ، لعدم إحراز الألوة ، سيما على القول بكونها حقيقة ثالثة ، فضلاً عن لبن الذكر أو البهيمة ولا الميتة ، ولو كانت امرأته لعدم صدق الارضاع المصريح به في آية الرضاع ، ولا غير الموطوءة ، وان كانت ذات بعل . ولا الحائض ، وان كانت موطوءة بنكاح صحيح ، ولا مع الحمل أو الولادة ان كان من الزنا ، اجماعاً - بقسميه - في ذلك كله . وان تردد في اعتبار الحياة بعض ، وهو لا يضر بالاجماع المعتضد بدعوى غير

واحد ظهور الاتفاق عليه ، كما عن (كاشف اللثام) وغيره . مضافاً إلى الأخبار الصحيحة ، أو بحكمها ، ففي رواية عبد الله بن ميثان : قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام : عن لبن الفحل ؟ قال : هو ما أرضعت امرأتك من لبنك ولبن ولدك : ولد امرأة أخرى ، فهو حرام ، (١) . وما رواه في الكافي : عن يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن امرأة در لبنها من غير ولادة فأرضعت لجارية بوقلاماً من ذلك اللبن أهلي يحرم بذلك اللبن ما يحرم من الرضاع ؟ قال : لا ، (٢) . ورواه الصدوق بإسناده : عن ابن أبي حمير عن يعقوب بن شبيب قال : قلت : مثله ، (٣) . وما رواه الشيخ : عن يعقوب بن شبيب قال : قلت : لأبي عبد الله عليه السلام : امرأة در لبنها من غير ولادة فأرضعت ذكراناً وإناثاً يحرم من ذلك الرضاع ؟ فقال لي : لا ، (٤) . وما رواه في الكافي أيضاً : عن يزيد العجلي في حديث قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول رسول الله صلى الله عليه وآله : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، فسمعتي قال : فقال : كل امرأة أرضعت من لبن فحله ولد امرأة أخرى من جارية أو قلاماً ، فذلك الذي قال رسول الله (ص) ، (٥) .

(١) الوسائل ، كتاب النكاح باب ٦ من أبواب ما يحرم بالرضاع

حديث رقم (٤) .

(٢) المصدر المذكور باب (٩) حديث رقم (١) .

(٣) للمصدر المذكور نفسه وبعد ذكر الحديث قال : ورواه

الصدوق . . . الخ .

(٤) المصدر الآنف الذكر في نفس الباب حديث رقم (٢) .

(٥) الوسائل ، كتاب النكاح باب ٦ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث (٥)

وتكملة الحديث بعد ذلك : وكل امرأة أرضعت من لبن فحلبين كانا لها =

ويلحق : و طه الشبهة في نشر الحرمة بالصحيح على الأصح ، خلافاً للحلي ، لتردده فيه (١) ولعله للأصل ، والاقتصار على المتيقن في اللحق به على النسب .

ويدفعه - مضافاً إلى دعوى الإجماع عاينه المعتضد بالشهرة المستفيضة ومساواته له في أغلب الأحكام - إطلاقات أدلة الرضاع أو عمومها مع الاقتصار على المتيقن من الزنا في الخروج عنها وثبوت النسب بالشبهة واللبن عندهم يتبع النسب .

هذا : إذا كانت الشبهة لهما . وإن اختصت بأحدهما اختص به حكمه ، لثبوت النسب بالنسبة إليه ، دون غيره ، واللبن يتبع النسب . فإن اختصت بها دونه حرمت هي على الرضيع لكونها أمّاً له ، وكذا بناتها نسباً ورضاعاً من هذا اللبن ، لثبوت الاخوة بينهم بالفرض من الأم ، وكذا من غيره على قول الطبرمي (٢) .

= واحداً بعد واحد من جارية أو غلام ، فإن ذلك رضاع ليس بالرضاع الذي قال رسول الله (ص) يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، وإنما هو من نسب ناحية الصهر رضاع ولا يحرم شيئاً ، وليس هو سبب رضاع من ناحية لبن الفحولة فيحرم .

(١) بل لعله جازم بالعدم ، حيث قال في السرائر في أوائل كتاب النكاح أثناء البحث عن المحرمات : « فأما عقد الشبهة ووطه الشبهة فنعتدنا لا ينشر الحرمة ولا يثبت به تحريم المصاهرة بحال . وإنما أصحابنا رَوَوْا : أنه يلحق به للولد ولا يحد فاعله . . . » .

(٢) هو أبو علي الطبرمي : الفضل بن الحسن بن الفضل صاحب تفسير مجمع البيان المتوفى سنة ٥٤٨ هـ المدفون في المشهد الرضوي . قال : في هذه المسألة بعدم اشتراط اتحاد الفحل ، بل يكفي في نشر الحرمة =

وبالجملة : تحرم عليه المرضعة وأصولها وفصولها وحاشيتها وحاشية أصولها ، دون فصول الحواشي . ولا تنشر الحرمة أو كان أنثى بينها وبين الفحل بالرضاع ، وإن حرمت عليه بالمصاهرة ، بناء على حصولها بالزنا السابق ، فبنتها من النسب تحرم عليه بالمصاهرة ، لكونها بنت موطوئته ولو بالفجور ، فتحرم بنتها من الرضاع عليه أيضاً بها تترتيلاً للرضاع منزلة النسب ، فتحرم بالمصاهرة عليه وعلى أصوله دون فصوله ، إذ لا مصاهرة بينهم ، ولا أخوة بالرضاع . وكذا يختص حكم الرضاع بالفحل لو اختصت الشبهة به دولها .

ويحتمل غير بعيد عدم نشر الحرمة مطلقاً ، ولو بالنسبة إلى من اختصت به ، لكونها بحكم من در لبنه بنفسه لا تأثير له بعد بطلان النكاح بالنسبة إلى صاحبه ، فكأنه أرضعته بلبنها من غير فعل أو بلبنه من غير أمومة . وعليه فلا تحرم بنت الموطوءة رضاعاً على الواطئ ، وإن قلنا : بثبوت المصاهرة بالزنا لعدم تحقق الرضاع الناشر . حتى يتزل منزلة النسب ، بل ولا تحرم عناوين النسب أيضاً لذلك ، فلا تحرم المرضعة على الرضيع ، وإن اختصت الشبهة بها دوله

هذا : وهل يكتفى بالحمل ، في نشر الحرمة باللبن أو يعتبر فيه الولادة ؟ قولان : نسب ثانيهما إلى الأكثر ، بل عن الخلاف والغنية = الرضاعية اتحاد المرضعة فقط ، أخذاً بعموم وإطلاق صدق الأخوة بين جميع الذين أرضعته من ألبانها وإن كانت من فحول متعددة ، وقياساً على تحريم التناكح بمحض صدق الأخوة النسبية ، والحديث النبوي يقول : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب . ولكن رأيه هذا يصطدم بروايات صحيحة عن أهل البيت عليهم السلام تقيد ذلك بالإطلاق المدعى ، راجع في تفصيل المسألة ما ذكر في المتن من الروايات .

والسرائر ودعوى الاجماع عليه (١) . ولعله الأقوى لذلك ، مضافاً إلى الأصل بعد تقييد المطلقات - أو سلم كونها مسوقة لبيان ذلك - بما دل على التقييد بها في الأخبار المتقدمة . ودعوى ورود القيد مورد الغالب فلا يفيد تقييداً : ليست بأولى من حمل المطلقات عليه ، فيبقى الأصل سليماً في غير مورد التقييد .

وعليه : فهل يعتبر أن تكون الولادة في محلي يمكن أن يعيش فيه الولد ، أو يكفي انفصاله مع ولوج الروح فيه ، أو يكفي مطلقاً ، ولو بالسقط قبله ؟ احتمالات : والأقوى الرجوع فيه إلى صدق الولادة عرفاً . هذا : ولا فرق في النكاح الصحيح بين كونه بعقد دائم أو منقطع أو بملك اليمين ونحوه ، اجماعاً - بقسميه - وتزويلاً للفظ (امرأتك) ونحوه في الأخبار على ارادة من يستحق نكاحه ، كما لا فرق بين كون المرضعة باقية في حبال الزوج أو بانت عنه بطلاق ونحوه . وإن طالت المدة ، ما لم تتجاوز عن الحولين ، ان اعتبرناهما في ولد المرضعة ، كما هو قول ، والا فمطلقاً وإن طالت أحوالا ، مع استمرار اللبن فيها أو على عوده بعد انقطاعه ، لاصالة بقاء اللبن على ما كان يحال عليه ، بل وإن تزوجت

(١) قال الشيخ في الخلاف آخر كتاب الرضاع : « مسألة ، اذا در لبن امرأة من غير ولادة فأرضعت صبياً صغيراً لم ينشر الحرمة ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم . وفي الغنية للسيد أبي المكارم بن زهرة في أخريات كتاب النكاح ، باب الرضاع قوله : « ومن شروط تحريم الرضاع : أن يكون لبن ولادة ، لا در بدليل إجماع الطائفة » وفي السرائر لابن ادريس الحلبي أوائل كتاب النكاح : قوله : « ومن شروط تحريم الرضاع : أن يكون لبن ولادة من عقد أو شبهة عقد ، لا لبن در أول نكاح حرام ، بدليل إجماعنا » .

بآخر ، مالم تحمل منه ، سواء زاد أم نقص أم انقطع ثم عاد ، لان اللبن
 بما قد يزيد وينقص ، ولم يحدث ما يحال عليه ، فهو منسوب إلى الأول
 بل وان حملت منه ، مع استمرار اللبن وعدم حدوث زيادة فيه ، فهو
 منسوب إلى الأول أيضاً ، الاصل حيث لم يعلم تجدد ناقل عنه ، بل عن
 (التذكرة) : « لانعلم فيه خلافاً » (١) ، بل وان حدثت فيه زيادة
 يمكن استنادها إلى الحمل للاصل مع الشك في الاستناد ، خلافاً للشافعي
 في أحد قوليّه : ان زاد بعد أربعين يوماً فاللبن لهما عملاً بالظاهر من أن
 الزيادة بسبب الحمل الثاني وفي (المسالك) - بعد حكايته عنه - قال :
 « وهذا قول موجه على القول بالاكتهاء بالحمل ، وان كان العمل على
 الأول » (٢) .

(١) في البحث الثالث في اللبن من فصل الرضاع (الثاني) من
 اقسام مسألة اذا طلق الرجل زوجته أو مات عنها ولها منه لبن هكذا :
 « الثاني إن تزوجت بأخرى وبقي لبن الأول بحاله لم يزد ولم ينقص ولم
 تلد من الثاني فهو للاول ، سواء حملت من الثاني أم لم تحملي ولم نعلم
 فيه خلافاً لأن اللبن كان للاول ولم يتجدد بما يجعله من الثاني ، فيبقى
 للاول » .

(٢) قال - في شرح قول المصنف - بعنوان السبب الثاني من أسباب
 التحريم الرضاع : « ولو طلق الزوج وهي حامل منه » قال : « الرابعة
 أن يكون بعد الحمل من الثاني وقبل الوضع ، ولكن تجدد في اللبن زيادة
 يمكن استنادها إلى الحمل من الثاني فاللبن للأول أيضاً قطع به في (التذكرة)
 استصحاباً لما كان ... ونقل عن الشافعي في ذلك قولين أحدهما مثل قوله
 والآخر أنه ان زاد بعد أربعين يوماً من الحمل الثاني ، فهو لهما عملاً بالظاهر
 من ان الزيادة لسبب الحمل الثاني فيكون اللبن للزوجين وهذا قول ... »

وفيه : ان الظاهر لا يلتفت اليه في مقابل الأصل حتى على القول بالاكْتفاء - بالحمل ، لان الاكْتفاء بالحمل - على القول به - حيث لا يكون هناك ما هو أقوى منه في الاستناد إليه .

أما - لو انقطع اللبن عن الأول انقطاعاً بيناً ، ثم عاد في وقت يمكن أن يكون للثاني ، فالمنسوب الى قطع الأصحاب كما في (المسالك) لأنه يكون للثاني ، وعلة فيه بأنه لما انقطع ثم عاد كان سببه الحمل فأشبه ما اذا نزل بعد الولادة (١) وهو جيد لانقطاع الأصلي بانقطاعه من الأول وبالحمل من الثاني يمكن استناده إليه والاحالة عليه ، - وحيثئذ - فنشر الحرمة به وعدمه مبني على الخلاف المتقدم في الاكْتفاء بالحمل فيه أو اعتبار الولادة .

أما - اذا وضعت حملها فاللبن بعد الوضوح للثاني خاصة ، وعن (التذكرة) « اجماع الكل عليه ، سواء زاد أم نقص انقطع أم اتصل » (٣) وعلة في (المسالك) بأن لبن الأول انقطع بولادة الثاني فان حاجة المولود الى اللبن تمنع كونه لغيره (٣) ، وهو حسن وقد عرفت انه لو استمر

(١) المصدر الآنف الذكر من المسالك الصورة الخامسة من تلك الصور قال : ان ينقطع اللبن عن الأول انقطاعاً بيناً ثم يعود في وقت يمكن أن يكون للثاني فقد قطع المصنف والأصحاب بأنه يكون للثاني . ، (٢) في المصدر الآنف الذكر من التذكرة قال - في الرابع من من الاقسام - : « أن تحمل من الثاني وتلد فاللبن بعد الولادة للثاني خاصة - بالاجماع . قاله كل من يحفظ عند العلم سواء زاد أو لم يزد أو انقطع أو اتصل ، لكن لبن الأول انقطع بولادة الثاني فان حاجة المولود الى اللبن تمنع كونه لغيره . »

(٣) ذكر ذلك في المسألة السادسة من المصدر الآنف الذكر . -

البلبن الى الوضع من الثاني كان ما قبل الوضع للاول مطلقاً ، الا في صورة ما اذا انقطع انقطاعاً يئناً ثم عاد بعد الحمل الممكن فيه استقناؤه إليه .
 وأما الثاني - (١) فيعتبر في المرتضع ، أن يكون سنه دون الحولين ويكفي فيه تمامية رضاعه بتماميتهما ، فلو ارتضع أو وقع المنتم بعدهما لم ينشر إجماعاً - بقسميه - ومنقوله فوق الاستفاضة . وبدل عليه - مضافاً إليه - الحديث المروي بطرق معتبرة ، لارضاع بعد فطام ، (٢) وما بمعناه الظاهر بحكم التبادر ، والسياق في إرادة ذلك ، دون ولد المرضعة .
 والمراد به من الفطام للاحققة ، فلو ارتضع قبلهما بعده أو بعدهما قبله (٣) نشرت الحرمة في الأول ، ولم تنشر في الثاني ، بلا خلاف أجده فيهما ، الا ما يحكى عن ظاهر ابن أبي عقيل في الأول (٤) ، وعن صريح

- وهذا التعليل ليس للمسالك ، وانما هو للتذكرة - كما مر عليك -
 والما نقله المسالك عن التذكرة حرفياً بلا إشارة إلى قائله فيتصور سيدنا الماتن - قدس سره - أنه للمسالك فنسبه إليه .

(١) أي من شروط نشر الحرمة في الرضاع ، وهي أنواع ثلاثة كما مر آنفاً ، وقد سبق الحديث عن شروط النوع الأول منه (المرضعة)
 والثاني في شروط المرتضع :

(٢) يراجع من نكاح الوسائل باب ١٥ من ابواب الرضاع ، أنه يشترط في نشر الحرمة بالرضاع كونه في الحولين ففيه روايات كثيرة بهذا النص وبمضمونه .

(٣) أي قبل الحولين بعد الفطام ، أو بعد الحولين قبل الفطام .
 (٤) هو الحسن بن علي بن أبي عقيل ابو محمد العماني الحنابلة ، من أعلام القرن الرابع الهجري ومن أساتذة الشيخ المفيد - قدس سرهما - .

الاسكافي في الثامى (١) ونفى عنه البعد في (الكفاية) (٢) جوداً منها على انظر الفطام ، الظاهر في فعليته وتحققه ، الا انه من المعلوم ارادة استحقاق الفطام المتحقق بكمال الحولين منه ، ولو بمعونة فهم الأصحاب وتفسيره في خبر حماد بن عثمان : « قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : لارضاع بعد فطام قال قلت : جعلت فداك ، وما الفطام ؟ قال : الحولان اللذان قال : الله عز وجل ، (٣) . نعم يوافق قول الاسكافي خبر داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام « الرضاع بعد الحولين قبل أن يفطم يحرم » (٤) الا انه مرمي في (التهذيب) بالشذوذ ، وموهون باعراض الأصحاب عنه ، ولذا حمله في (الاستبصار) على التقيّة . وهل : يعتبر الحولان في ولد المرضعة أيضاً ، بمعنى اعتبارهما من ولادتهما ، أم لا ؟ قولان : المشهور على الثاني ، وهو الأحوط ، بل الأقوى لاطلاقات أدلة الرضاع ، المتيقن تقييدها باعتبارهما في المرتضع ، خلافاً لما عن التقيّ وابى زهرة ، وحزة ، فلمحبوا إلى الأول ، وعن الغنية الإجماع عليه ، مستندين في ذلك الى إطلاق أو عموم حديث « لارضاع بعد فطام » وإلى تفسير ابن بكير فيما ورد من سؤال ابن فضال منه في المسجد : « فقال له : ما تقولون في امرأة أرضعت غلاماً سنتين ثم أرضعت صبيبة »

(١) هو محمد بن احمد بن الجنيد ابو علي الكاتب الاسكافي المتوفى في الري سنة ٨٣٨١ . وهو ومعاصره ابن أبي عقيل من قدماء الامامية واعاظم الطائفة . وكثيراً ما كانا يخالفان فقهاء الامامية في فتواهم وآرائهم .

(٢) في كتاب النكاح ، البحث الثاني في شروط الرضاع .

(٣) الوسائل ، كتاب النكاح باب • من ابواب ما يحرم بالرضاع

حديث رقم (٥) .

(٤) المصدر المذكور حديث رقم (٧) .

لها أقل من سنتين حتى تمت السنتان : يفسد ذلك بينها ؟ قال : لا يفسد ذلك بينها لأنه رضاع بعد فطام والمأ قال رسول الله - صلى الله عليه وآله (لارضاع بعد فطام) أي انه اذا تم للغلام سنتان أو الجارية ، فقد خرج من حد اللبن ولا يفسد بينه وبين من شرب لبنه ، (١) .

وعليه فلا تنشر الحرمة لو بلغه أحدهما فضلاً عنهما ، وإنما تنشر فيما لو وقع الرضاع في الحولين من سن المرتضع وولد المرضعة معاً . وفيه : أن المورد ليس من المطلق أو العام حتى يتمسك بإطلاقه أو عمومه ، وإن توهم ذلك من ورود النكرة في سياق النفي ، بعد أن كان أمر الفطام دائراً بين اعتباره في المرتضع أو في ولد المرضعة ، بحيث لو تساوى الاحتمالان لكان مجملاً لا عاماً ، لأن النكرة المنفية هي لفظ الرضاع ، دون الفطام ، وعموم (لارضاع) يتبع سعة المتعلق ، وتفسير ابن بكير - مع أنه اجتهد منه لارواية معارض بما عن (الفقيه) في تفسيره : أن معناه اذا رضع الصبي حولين كاملين ثم شرب بعد ذلك من لبن امرأة أخرى ما شرب لم يحرم ذلك الرضاع ، لأنه رضاع بعد فطام أي بعد بلوغ سن الفطام ، وإن احتمل عدم المناقاة بين التفسيرين ، لاحتمال أنه ذكر بعد الافراد في مقابلة العامة الذين يحرمون برضاع الكبير ، واجماع (الغنية) موهون بما عرفت ، فالأقوى ما عليه الأشهر ، بل المشهور وأما الثالث : وهو ما يعتبر في الرضاع فأمر .

منها - أن يكون الرضاع بلبن واحد وهو معتبر بوجهين :

(الأول) : اعتباره في القدر المحرم من الرضعات ، وهو معتبر فيه على حد سائر الشرائط المعتبرة في أصل التأثير ، بحيث لو تعدد الفعل فيه لم ينشر الحرمة مطلقاً حتى بين الرضيع والرضعة ، واعتباره

(١) المصدر المذكور ، حديث رقم (٦) .

بهذا الوجه موضع وفاق . الا من يكتفي في التحريم بمسمى الرضاع أو الرضعة الواحدة ، وهو قول متروك - كما سيأتي - ونصوبه - كما قيل - اذا أرضعته امرأة بعض الرضعات بلبن فحل ثم تزوجت بآخر بعد مفارقتها الأول وأرضعته تنمة الكمية المعتبرة بلبن الثاني مع عدم تخلل المنافي برضاع أجنبي في المدة الواقعة بين الرضاعتين مع فرض تغذيته بالماكول في تلك المدة فان الرضاع - حيثل - لا تأثير له في التحريم أصلاً ، بل يعتبر في تأثير الرضاع اتحاد الفحل والرضعة معاً في الكمية المعتبرة بلا خلاف فيه .

الثاني : هل يعتبر اتحاد الفحل أيضاً ، في نشر الحرمة بين المرضعين أم يكفي فيه اتحاد الرضعة ، وان تعدد الفحل ؟ قولان :

الأقوى كما عليه المشهور شهرة عظيمة : هو الأول ، بل حكاية الاجماع عليه مستفيضة - كما عن المبسوط والسرائر والتذكرة وغيرها - فلو أرضعت واحدة تمام الرضعات المعتبرة بلبن فحل ثم أرضعت بعد ذلك آخر أو أخرى بلبن فحل آخر كذلك ، لم تنشر الحرمة بين المرضعين وان نشرت بين كل منها والرضعة وصاحب لبنه .

ويدل عليه - مضافاً الى الاجماع المتعصدة بالشهرة المحصلة فضلاً عن المستفيضة - صحيحة العجلي أو حسنته قال : « سألت أبا جعفر (ع) - إلى أن قال - فسرّ لي ذلك أي : يحرم من الرضاع .. الخ ، فقال : كل امرأة أرضعت من لبن فحلها ولد امرأة أخرى من جارية أو غلام فذلك الرضاع الذي قال رسول الله صلى الله عليه وآله ، وكل امرأة أرضعت من لبن فحلين كانا لها واحداً بعد واحد من جارية أو غلام ، فان ذلك رضاع ليس بالرضاع الذي قال رسول الله صلى الله عليه وآله : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، وانما هو من نسب ناحية الصهر رضاع ولا يحرم شيئاً ، وليس هو سبب رضاع من ناحية لبن الفحولة

فيحرم ، (١) وصحيحة الحلبي : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يرضع من امرأة وهو غلام فهل يحل له أن يتزوج أختها لامها من الرضاعة ؟ فقال : ان كان المرأتان رضيعتا من امرأة واحدة من لبن فحل واحد ، فلا يحل ، وان كان المرأتان رضيعتا من امرأة واحدة من لبن فحلين فلا بأس بذلك ، (٢) وموثقة عمار الساباطي : « انه سئل الصادق عليه السلام ، عن غلام يرضع من امرأة . أيحل له ان يتزوج أختها لأبيها من الرضاعة ؟ قال فقال : لا ، فقد رضيعا جميعاً من لبن فحل واحد من امرأة واحدة ؟ قال قلت : يتزوج أختها لامها من الرضاعة ؟ قال فقال : لا بأس بذلك ، ان أختها التي لم يرضعه كان فحلها غير فحل التي أرضعت الغلام ، فاختلقت الفحلان ، فلا بأس ، (٣) مؤيداً ذلك بالعلة المستفادة من المعتبرة المستفيضة في نشر الحرمة مع اتحاد الفحل ، وان تعددت المرضعة ، وهي كون اللبن للفحل وان اتحاده هو المناط فيه .

خلفاً للطبرسي فذهب الى الثاني (٤) وتبعه عليه (الفيص) في محكي مفاتيحه . وليس لهما دليل على ذلك الا إطلاقات الرضاع ، وعموم حديث « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » الذي يجب الخروج عنها بتلك الأدلة المعتبرة الدالة على شرطية اتحاد الفحل في ذلك ، ورواية مجد ابن حبيدة الحمداي : « قال : قال الرضا عليه السلام ، ما يقول أصحابك

(١) الوسائل ، كتاب النكاح باب ٦ من ابواب ما يحرم بالرضاع

حديث رقم (١) والمراد بالعجلي : هو بريد العجلي .

(٢) نفس المصدر المذكور ، حديث رقم (٣) .

(٣) نفس المصدر الآنف الذكر حديث رقم (٢) .

(٤) اي عدم اشتراط اتحاد الفحل بل يكفي اتحاد المرضعة في

التحريم .

في الرضاع ؟ قال قلت : كانوا يقولون : اللبن للفحل حتى جائتهم الرواية عنك : انه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، فرجعوا الى قولك ، قال فقال لي : وذلك لان أمير المؤمنين سأني عنها البارحة فقال لي : أشرح لي اللبن للفحل ، وأنا اكره الكلام ، فقال لي : كما أنت حتى أسألك عنها ، ما قلت في رجل كانت له أمهات أولاد شتى فأرضعت واحدة منهم بلبنها غلاماً غريباً . أليس كل شيء من ولد ذلك الرجل من أمهات الأولاد الشقى محرماً على ذلك الغلام ؟ قال قلت بلى . قال فقال ابو الحسن عليه السلام : فما هال الرضاع يحرم من قبل الفحل ولا يحرم من قبل الامهات وانما حرم الله الرضاع من قبل الأمهات وان كان لبن الفحل أيضاً يحرم ، (١) التي لا تقاوم تلك الأدلة لاعراض الاصحاب عنها ، وموافقتها للمذهب العامية ، فهي محمولة على التقية ، حيث كان ملابهم الفتوى بذلك ، على ما حكاه في (المراتب) حيث قال : « ان كان لأمه من الرضاع بنت من غير أبيه من الرضاع ، فهي أخته لأمه عند المخالفين من العامة لا يجوز له أن يتزوجها » وقال أصحابنا الامامية بأجمعهم : يحل له تزويجها لان الفحل غير الأب وبهذا فسرنا قول الأئمة عليهم السلام في ظاهر النصوص وألفاظها المتواترة : أن اللبن للفحل ، يريدون : لبن فحل واحد ، (٢) انتهى .

فاذا ما عليه المشهور هو الأقوى ، وان كان الاحتياط لا ينبغي تركه إذ لولا لزوم تنزيل الاخبار على الفرض النادر ، بل الاندر ، لأمكن حملها

(١) الوسائل ، كتاب النكاح باب ٦ من ابواب ما يحرم بالرضاع

حديث رقم (٩) .

(٢) كتاب النكاح ، باب الرضاع ومقدار ما يحرم من ذلك وتتمة

العبارة . واما اذا كان فحلان ولبنان فلا يحرم .

على اعتبار اتحاد الفحل في القدر المحرم ، كما يشم ذلك من خبر (العجلي)
المشعر باعتباره في أصل النشر والتأثير . ومن التقييد بوحدة المرضعة في
الخبرين الأخيرين مع عدم اعتبار وحدنها الا في ذلك اتفاقاً .

هذا وما أبعد - كما قبل - بين قول الطبرسي المكتفي في التحريم
بوحدة المرضعة مطلقاً حتى بين المرتضعين ، وبين قول العلامة في القواعد
من اعتبار اتحاد الفحل مطلقاً ، حتى في غيرهما حيث قال : « العاشر
لا تحرم أم المرضعة من الرضاع على المرتضع ولا أختها منه ، ولا عمته
منه . ولا خالتها ولا بنات أختها ، ولا بنات أخيها ، وإن حرمن بالنسب
لعدم اتحاد الفحل » (١) انتهى .

والحرب منه موافقة الشارح له في (جامع المقاصد) (٢) ، حيث
الفتت إلى جهة الاشكال ، وأجاب بما يكون رداً على نفسه حيث قال في
شرحه : « أطبق الأصحاب على أن حرمة الرضاع لا تثبت بين مرتضعين
الا اذا كان اللبن لفحل واحد ، وقد حققنا هذا فيما تقدم وأوردنا النص

(١) كتاب النكاح ، المطلب الثالث في أحكام الرضاع فروع (ي)
وهو رمز العاشر .

(٢) للمحقق الكركي - قدس سره - وهو نور الدين علي بن
عبد العالي الكركي العاملي الملقب بالحق الثاني ، له كتب ومؤلفات فقهية
وغير فقهية كثيرة ، وأهم كتبه الفقهية شرح قواعد العلامة في ست مجلدات
المسمى بـ (جامع المقاصد) طبع منها ثلاثة ، وبقي الآخر مخطوطاً ، توفي
يوم الغدير ١٨ ذي الحجة من سنة ١٩٤٠ هـ على الأصح - وكانت وفاته
في النجف الاشرف ودفن فيها .

والعبارة الآتية المذكورة في مسائل الرضاع ضمن كتاب النكاح منه
وهي (١٢ مسألة) وهذه المسألة شرح العاشرة منها .

الوارد بذلك وحكيثنا خلاف الطبرسي ، فعلى هذا لو كان لمن أرضعت صبيّاً أم من الرضاع لم تحرم تلك الأم على الصبي لأن نسبتها اليه بالجدودة انما يتحصل من رضاعه من مرضعته ورضاع مرضعته منها ، ومعلوم أن اللبن في الرضاعين ليس للفحل واحد ، فلا تثبت الجدودة بين المرتضع والأم المذكورة لانتفاء الشرط فينتفي التحريم . ومن هذا يعلم ، أن اختها من الرضاع وعمتها منه وخالاتها منه لا يحرمن ، وإن حرمن بالنسب ، لما قلناه من عدم اتحاد الفحل ، ولو كان المرتضع أنثى لم يحرم عليه ابو المرضعة من الرضاعة ولا اخوها منه ولا عمها منه ، ولا خالها منه ، لمثل ما قلناه ، فإن قيل : عموم قوله عليه السلام : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » يقتضي التحريم هنا ، وأيضاً فإنهم قد أطلقوا على مرضعة المرضعة أنها أم ، وعلى المرتضعة بلبن أبي المرتضع : انها أخت ، فتكون الأولى جدة ، والثانية خالة ، فيندرجان في عموم التحريم للمجدة والخاله ، وكذا البواقي . قلنا : الدال على اعتبار اتحاد الفحل خاص ، فلا حجة في العام - حيثئذ - وأما الاطلاق المذكور فلا اعتبار به مع فقد الشرط ، فإنهم أطلقوا على المرتضع أنه ابن للمرضعة ، وعلى المرتضعة منها بلبن فحل آخر : انها بنت لها أيضاً ، ولم يحكموا بالاخوة المثمرة للتحريم بين البنت والابن لعدم اتحاد الفحل » انتهى .

وانت خبير بما فيه ، لأن الأخبار الخاصة المخصصة لعموم حديث « يحرم من الرضاع ، ونحوه التي عمدتها صحيحة الحلبي ، وموثقة همار (١)

(١) أما صحيحة الحلبي فهي « قال : سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يرضع من امرأة وهو غلام أيحل له ان يتزوج أختها لأمها من الرضاعة ؟ فقال : ان كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحل واحد فلا يحل وان كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحلين يحل »

قد صرحنا بتحريم أخت المرضعة على المرتضع إذا ارتضعتا من لبن فعل واحد ، ومن المعلوم أن لبن ارتضاع المرضعة مغاير للبن المرتضع منها بالحوالة . والجملة : فشرط اتحاد الفحل بهذا الوجه بناء على اعتباره لم يعتبر الا في تحقق عنوان الأخوة بين المرتضعين دون غيره من العناوين : ومنها - (١) الكية ، وهي معتبرة عندنا ، إذ لا يكفي مسمى الرضاع في نشر الحرمة ، بل ولا الرضعة الواحدة ، وإن كانت بأن يمتلئ بطن الصبي ويتضلع ، خلافاً لمعظم أهل الخلاف في الأول ، فاكتفوا في النشر عساه ، وإن قل ، كأبي حنيفة وأصحابه ومالك والاوزاعي والثوري والبخاري والليث بن سعد - على ما حكى عنهم - بل عن الأخير دعوى اجماع أهل العلم على نشر الحرمة بمثل ما يفطر به الصائم ، راوين الفتوى بذلك عن علي عليه السلام ، وابن عباس وابن عمر ، مستنديين إلى إطلاقات أدلة الرضاع من الكتاب والسنة .

وعن الشيخ في (التبيان) والجلي في (السرائر) حكاية ذلك عن

- فلا بأس بذلك « وأما موثقة عمار الساباطي التي سميت بالموثقة لأجله من حيث كونه فطحياً فهي : « قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن غلام رضع من امرأة ، أبطل له أن يتزوج أختها لأبيها من الرضاع ؟ فقال : لا ، فقد رضعاً جميعاً من لبن فعل واحد من امرأة واحدة . قال : فيتزوج أختها لأُمها من الرضاعة ؟ قال : فقال : لا بأس بذلك إن أختها التي لم ترضعه كان فحلها غير فعل التي أرضعت الغلام ، فاختلف الفحلان ، فلا بأس « كلاهما في الوسائل باب ٦ من أبواب الرضاع المحرم : (١) أي : من شروط الرضاع المحرم ، عطفاً على قوله الآنف الذكر : وأما الثالث - وهو ما يعتبر في الرضاع - فأمر : منها - أن يكون الرضاع بلبن فعل واحد . . . الخ .

بعض أصحابنا ، ولم نعثر على القول به منا إلا ما يحكى عن المصري في (دعائم الاسلام) (١) انه روى عن أمير المؤمنين عليه السلام : أنه قال : « يحرم من الرضاع كبيره وقليله حتى المصاة الواحدة » ثم قال : وهذا قول بين صوابه لمن تدبره وقوله عليه السلام « لان الله تعالى يقول : « وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم » والرضاع على القليل والكثير . ويوافقه مكاتبه علي بن مهزيار لأبي الحسن عليه السلام : « يسأله عما يحرم من الرضاع ؟ فكتب اليه قليله وكثيره حرام » (٢) .

وللاسكافي منافي الثاني - فيما حكى عنه - أنه قال : « قد اختلفت الرواية من الوجهين جميعاً في قدر الرضاع المحرم ، الا ان الذي أوجبه الفقه عندي واحتياط المرء لنفسه : أنه كلما وقع عليه اسم رضعة وهي ملاءة بطن الصبي أما بالمص أو الوجور محرم للنكاح » .

ولعله نظراً منه الى ماورد في الضعيف - برجال العامة والزيدية - « عن زيد بن علي عن آبائه عن علي عليه السلام : انه قال : الرضعة الواحدة كالملاءة رضعة لا تحل له أبداً » (٣) والقوي : « الرضاع الذي

(١) هو النعمان بن محمد بن منصور قاضي مصر ، كان في بدء حياته مالكيّاً ثم استبصر ، ويعرف بالقاضي النعمان أبي حنيفة الشيعي تميزاً له عن أبي حنيفة المشهور . ولد - على الأصح - سنة ٢٥٩ هـ وتوفي في مصر سنة ٣٦٣ هـ ، وصلى عليه المعز لدين الله ، ودفن هناك - له ترجمة ضافية في تحقيقاتنا على الجزء الرابع من (رجال السيد بحر العلوم) .

(٢) الوسائل ، كتاب النكاح باب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث (١٠) .

(٣) المصدر نفسه حديث (١٢) .

ينبت اللحم والدم هو الذي يرضع حتى يمتلئ ويتضلع ، (١) والحسن المضمهر : « سألته عما يحرم من الرضاع قال اذا رضع حتى تمتلئ بطئه فان ذلك ينبت اللحم والدم وذلك الذي يرم » (٢) .

الا ان الجميع كما ترى ، اذ المطلقات - على تقدير كونها مسرقة لبيان ذلك - يجب تقديرها بما دل على اعتبارات التقديرات الآتية في التحريم ، والروايات المتقدمة - مع ضعف سندها ، وعدم العمل بها ، واحتمال بعضها لبيان كمية الرضعة المحتسبة بالتقدير بالعدد - لا تقاوم النصوص المستفيضة بل المتواترة معنى على اعتبار التقدير لما لا يكون ذلك منه - كما ستعرف - بل وصريح بعضها عدم الاكتفاء بالرضعة أو الرضعتين المتعصدة بالاجتماعات المحكية عن (الخلاف) (ونهج الحق) ومواضع من التذكرة .

ثم ان الكمية المعتبرة عندنا لها تقديرات ثلاثة : بحسب الاثر والزمان والعدد .

أما الأول ، فهو ما أنبت اللحم وشدّ العظم . وبدل عليه - مضافاً إلى الاجماع المستفيضة المحكية عن التذكرة والابضاح والمسالك وتلخيص الخلاف وغيرها المعتصدة بنفي الخلاف عنه في كلام جماعة - ما استفاض عن الصادق عليه السلام : من التحديد بذلك في الصحيح : « ما يحرم من الرضاع ، الا ما أنبت اللحم وشدّ العظم » (٣) والصحيح : « قلت :

(١) المصدر نفسه باب ٤ حديث (٢) وآخره هكذا : « حتى يتضلع ويمتلئ وينتهي بنفسه » وهو مرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السلام .

(٢) المصدر نفسه باب ٤ حديث (١) عن ابن أبي يعفور .

(٣) باب ٢ من ابواب ما يحرم من الرضاع من نكاح الوسائل

حديث (١٤) .

فما الذي يحرم من الرضاع ؟ فقال ما أنبت اللحم والدم ، (١) وصحيحة علي بن رثاب قال قلت : ما يحرم من الرضاع ؟ قال ما أنبت اللحم وشد العظم ، قلت فيحرم عشر رضعات ؟ قال : لا ، لانه لا ينبت اللحم ولا يشد العظم عشر رضعات ، (٢) والحسن : لا يحرم من الرضاع الا ما أنبت اللحم والدم ، (٣) ومرسلة ابن أبي عمير التي هي بحكم الصحيحة : والرضاع الذي ينبت اللحم والدم هو الذي يرضع حتى يتضلع ويتملاً وينتهي من نفسه ، (٤) .

والخبر : قلت له يحرم من الرضاع الرضعة والرضعتان والثلاث ؟ فقال : لا الا ما اشتد عليه العظم وأنبت اللحم ، (٥) .

وخبر هارون بن مسلم : عن أبي عبد الله عليه السلام : لا يحرم من الرضاع الا ما شد العظم وأنبت اللحم ، فأما الرضعة والرضعتان والثلاث - حتى بلغ عشرأ - اذا كن متفرقات فلا بأس ، (٦) وخبر عبيد ابن زرارة : عن أبي عبد الله عليه السلام : سألته عن الرضاع ما أذن

(١) بهذا المضمون تقريباً باب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع

حديث (٢) .

(٢) باب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع من نكاح الوسائل حديث

رقم (٢) الرواية عن أبي عبد الله عليه السلام .

(٣) المصدر نفسه باب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث (١)

وهي حسنة حماد بن عثمان عنه عليه السلام .

(٤) المصدر نفسه باب ٤ حديث (٢) .

(٥) المصدر نفسه باب ٢ حديث (٢٣) الحديث عن عبد الله بن

سنان عن أبي الحسن عليه السلام ،

(٦) المصدر نفسه باب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث (١٩) .

ما يحرم منه ؟ قال : ما أنبت اللحم والدم ، ثم قال : ترى واحدة ينبتة ؟ فقال : لا ، فقلت : اثنتان - أصاحك الله - ؟ فقال : لا ، قال : فلم أزل أعد عليه حتى بلغت عشر رضعات « (١) بناء على مخالفة الجواب بما بعد (حتى) لما قبلها ، وهجره الآخر عنه أيضاً : « في حديث إلى أن قال - : فما الذي يحرم من الرضاع ؟ فقال ما أنبت اللحم والدم فقلت : وما الذي ينبت اللحم والدم ؟ فقال كان يقال عشر رضعات ، قلت : فهل يحرم عشر رضعات ؟ فقال : دغ ذا ، ما يحرم من النسب فهو يحرم من الرضاع ، (٢) .

إلى غير ذلك من النصوص ، ولا يضر اشتغال بعضها على الدم بدل العظم ، سيما بناءً على إرادة الغريزي منه وهو الذي ينسب إليه الانبات لا الذي يستحيل إليه الغذاء في الكبد قبل الانتشار منه إلى الأعضاء - كما في كشف اللثام ، (٣) ولا الاختصار في بعضها على ما أنبت اللحم ، سيما بناء على الملازمة بينه وبين ما يشد العظم ، أو تخصيصه بما دل على شد العظم أيضاً ان اعتبرنا التأثير فيهما - كما هو الأقوى - لكونه مقتضى الجمع بين النصوص

(١) المصدر نفسه ، باب ٢ حديث (٢١) .

(٢) المصدر نفسه ، حديث (١٨) . وهي صحيحة عبيدة ،

(٣) هذه نص عبارة (كشف اللثام في شرح قواعد الأحكام)

للشيخ بهاء الدين محمد بن الحسن بن محمد الأصبهاني المشهور بالفاضل الهندي المتوفى في اصبهان سنة ١١٣٧ هـ والمدفون فيها . وقد وردت في بيان كمية الرضعة المحرمة التي تقدر بواحدة من ثلاث : إما العدد أو انبات اللحم أو اشتداد العظم . وأول الجملة هكذا - بعد استعراض روايات الباب - : « والمراد بالدم فيهما - أي في حسنة حماد وصحيحة عبيدة - الغريزي ، وهو الذي ينسب إليه الانبات . . . » .

ثم الظاهر منها إرادة فعلية النبت لأهلية الانبات . فلو منع عنه موانع لمرض ونجوه لم تنشر الحرمة مع احتماله ، وهو الاحوط ، كما أن الظاهر أيضاً كونه الأصل في التقدير ، والأخباران معتبران من باب الامارة عليه كما يعطيه صريح بعضها .

وعليه ، فلو علم بتخلف الأثر عن التقديرين الآخرين ، فلا نشر للحرمة ، ونشر او تخلفا عنه بأن حصل ، ولما يكمل العدد او الزمان فيكونان مرجعين مالم يحرز عدمه ، خلافاً لجماعة فاعتبروها أصولاً وأسباباً متعددة للتحريم بحيث لو انفرد كل منها عن أخويه نشرت الحرمة ، ولآخرين فاعتبروا العدد أصلاً ، وظاهر النصوص هو الأول

هذا وربما يقال : ان التقدير بالأثر انما يناسب القول بكفاية الرضعة الواحدة ، بل المسمى ، لما هو مسلم عند الأطباء : من فعل الطبيعة في الغذاء بعد وروده في المعدة ، فانه يطبخ فيها وينجذب صفوه بتوسط العروق الماسا ويقا الى الكبد ، وتبقى فضلته في قعر المعدة ، ثم ينضج في الكبد وتطبخه طبخاً ثانياً ، فننوعه إلى أربعة أنواع ، نعلوها رغوة صافية متلونة بالصفرة ، سميت صفراء ، وعاءها المرارة ، ورسوبها السوداء . تلون بالسوداء المشوب بالخضرة ، وعاءه الطحال وما بينهما ، لا بمرتبة الرطوبة في الصفرة ولا بمرتبة السوداء في الرسوب ، هو الدم والبلغم ، فما رق منه وتم نضجه تلون بالحمرة ، وهو الدم ، ومالم يتم هو البلغم ولا وعاء لهما فينشر الدم مصاحباً للبلغم الى أعضاء البدن ، فيتخلف بدلا عما تحلل من البدن ، فان انقطع المدد عن الدم من الغذاء مدة بحيث لا يمكن استحالته بدلا عما تحلل ، تخلف البلغم حينئذ عن الدم بعد تلونه بلونه في التحليل الى ما يكون بدلا عما تحلل ، حتى يأتيه المدد ، فالدم الحاصل من الغذاء . وان قلّ - هو الناشر الى البدن ويأخذ كل ذي قسط قسطه ، ويكون بدلا لما

تحلل منه ، فيحصل النمو به لكل جزء من اجزاء البدن . واين ذلك من اعتبار العدد أو الزمان بعد حصول الأثر بالرضعة الواحدة ، بل بالأقل منها .

وفيه : ان المعتبر ليس مطلق النمو ، بل النمو الخاص ، وهو ما زاد على المسمى بما يدرك بالحس ، ولو لاهل الخبرة موازياً لما يحصل بالعدد أو للزمان ، اذ ليس موضوع الحكم هنا إلا كسائر موضوعات الأحكام الشرعية المبتنية على الصدق العرفي دون المداقة الفلسفية .

ولو سلم فلا يعلم حصوله مع احتمال فساده في مرتبة من المراتب المتقدمة بحيث يمنع عن الاستحالة الى ما يكون بدلاً عما يتحلل من البدن وإصالة السلامة لا يثبت بها النمو الذي هو شرط التحريم

هذا والمرجع في تحققه هو أهل الخبرة ، والأقوى انه يعتبر فيه ما يعتبر في الشهادة من العدد والمدالة ، لاعتبار العلم بذلك ، أو ما يقوم مقامه . ولا يكفي الواحد ، وان كان عدداً أفاد الظن ، لعدم الدليل على الاكتفاء به :

ولشبخنا في (الجواهر) طريق آخر للعلم بتحقيقه معترف بانفراده به حيث قال فيه : « وللعلم بالأثر طريقان : أحدهما الرجوع إلى قول أهل الخبرة - إلى أن قال - وثانيهما أن يتحقق الرضاع مدة طويلة كشهرين أو ثلاثة - مثلاً - مع اختلال شرط الزمان والعدد ، كما إذا كانت الرضعات ناقصة واشترطنا الكمال في المدة كالعدد أو تحقق الفصل في المدة قبل إكمال العدة ، وقلنا : بعدم اشتراط التوالي في النذر بالأثر ، فيحكم بالتحريم بهذا الطريق ، لان العادة قاضية باستقلاله - مثلاً - في أنبات اللحم وشد العظم وان لم يرجع فيه الى أهل الخبرة ، وهذا القسم وان

لم يصرحوا به الا انه داخل فيما قالوه ، (١) انتهى .

وحاصله - بتوضيح منا - حصول العلم للعادي بالنمو للبالغ حد الأثر المعتبر شرعاً بالرضعات الواقعة في المدة الطويلة بعد ضم ما حصل من اللواحق الى السوابق ، وان كان الحاصل من كل منها بنفسه لا يجدي في المقدار ، الا أن الحاصل من المجموع يبلغ الحد المعتبر ، وان تخلل بين النميات الحاصلة من الرضعات نموات حاصلة من غيرها ، لعدم اعتبار التوالي في التقدير بالأثر .

وفيه : ان ذلك انما يتم بعد احراز مقدمتين : حدوث النمو بكل من الرضعات لينضم بعضه الى بعض ، وهو ممنوع لاحتمال فساد في مرتبة من مراتب الطبخ ، والنضج في المعدة أو في الكبد أو في النشر الى حيث ينتهي الى نمو البدن منه ، وقد عرفت أن اصالة الصحة لا تنبت النمو ودوامه بعد فرض حصوله الى أن يبلغ المجموع القدر المعتبر ، وهو ممنوع أيضاً ، لان البدن يتحمل منه ويتخلف بدله وإصالة البقاء - مع أنه ضعف في ضعف - لا يثبت تحقق عنوان الشرط المعتبر في الأثر ، ولعله لما لم يجعلوه طريقاً للعلم به ، كما اعترف به هو . رحمه الله - .

وأما الثاني (٢) فهو التقدير بالزمان ، وهو رضاع يوم وليلة بحيث يرتضع كلما يحتاج اليه الصبي حتى يرتوي ، ويصدر بنفسه ، تنزيلاً للرضعة والرضاع في الأخبار على المتعارف ، وقوله (ع) : في رسالة ابن أبي عمير :

(١) قال - قدس سره - في كتاب النكاح في عرض كلامه عن شروط الرضاع المحرم تحت عنوان الشرط الثاني - الكمية - : « وكيف كان ، فللعلم بالأثر طريقان . . . »

(٢) أى من شروط المرتضع ، فالشرط الأول - كما مر آنفاً - هو المشار إليه بقوله : أن يكون سنه دون الحولين . . :

« الرضاع الذي ينبت اللحم والدم هو الذي يرضع حتى يتملى ويتضلع وينتهي بنفسه » (١) كخبر ابن أبي يعفور : « سألته عما يحرم من الرضاع ؟ قال : اذا رضع حتى يتملى بطنه فان ذلك ينبت اللحم والدم وذلك الذي يحرم » (٢) بناء على اعتباره كذلك في الكشف بالعدد أو الزمان عن الأثر ، واو تعبداً ، والا فلو تحقق الاثر بفهرهما كفى في التحريم .

ويدل على التحريم بهذا التقدير - بعد الاجماع المستفيض نقله ، المعتضد بدعوى الاتفاق عليه من غير واحد - موثقة زياد بن سوفة : « قلت لأبي جعفر عليه السلام : هل للرضاع حد يؤخذ به ؟ قال : لا يحرم الرضاع أقل من رضاع يوم وليلة أو خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد لم يفصل بينهما رضعة امرأة غيرها ، فلو ان امرأة أرضعت غلاماً أو جارية عشر رضعات من لبن فحل واحد وأرضعتهم امرأة أخرى من لبن فحل آخر عشر رضعات ، لم يحرم نكاحهما » (٣) وضعف السند - مع أن الموثقة حجة - مجبور بهمل الطائفة بها فيه (٤) وان عورض في العدد بروايات أخر -

وما عن (المقنع) : انه « سئل الصادق عليه السلام : هل لذلك حد ؟ فقال : لا يحرم من الرضاع الارضاع يوم وليلة أو خمس عشرة

(١) الوسائل ، كتاب النكاح باب ٤ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث (٢) .

(٢) المصدر نفسه حديث رقم (١) .

(٣) المصدر نفسه باب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث

رقم (١) :

(٤) أي بالموثقة في التقدير بالزمان .

رضعة متواليات لا يفصل بينهما (١) .
والظاهر انها رواية أخرى ، وإرسالها مجبور بما عرفت .
ولا يعارضه تحديد المدة بثلاثة أيام متواليات كما عن (الفقه) المنسوب
إلى الرضا عليه السلام : « والحد الذي يحرم به الرضاع مما عليه عمل
العصابة ، دون كل ماروي ، فانه مختلف : ما أنبت اللحم وقوى العظم
وهو رضاع ثلاثة أيام متواليات أو عشر رضعات متواليات محررات مرويات بلبن
الفحل ، وبخمسة عشر يوماً في مرسة الصدوق - الحكيمة عن (هدايته) :
« أنه مثل الصادق عليه السلام : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ؟
« ولا يحرم من الرضاع الارضاع خمسة عشر يوماً وإياهاهن وليس بينهما
رضاع » (٢) لاعراض الأصحاب عنها ، وتطرق الموهنات عليهما مع
احتمال قطع الحديث على النسب في الثاني ، فيكون الباقي فتوى منه ، ولا
موافق له عليه حينئذ .

ولا التحديد بسنة في صحيح هلاء بن بزین عن الصادق (ع) :
« سأله عن الرضاع ، فقال : لا يحرم من الرضاع إلا ما ارتضع من
ثدي واحد سنة » (٣) وان صح سنده الا أنه متروك العمل به معرض
عنه ، مع اشتغاله على اعتبار وحدة الثدي المعلوم عدمه ، الا أن يكون
كناية عن وحدة المرضعة ، فيجب طرحه ، أو تصحيحه بالضم والتشديد
أو بالكسر مع الاضافة الى ضمير الارتضاع : على أن المراد في الحولين
اللذين هما من الرضاع والسنة فيه ، فيوافق خبر الحلبي عن الصادق (ع) :

(١) وأول عبارة (المقنع للصدوق) هكذا : « ولا يحرم من الرضاع
إلا ما أنبت اللحم وشده العظم » راجع : آخر كتاب النكاح منه . ومثله في
الوسائل في باب ١ من ابواب ما يحرم بالرضاع :

(٢) المصدر نفسه من الوسائل حديث رقم (١٥) .

(٣) المصدر نفسه من الوسائل حديث رقم (١٣) .

« لا يحرم من الرضاع الا ما كان حولين كاملين » (١) وخبر عبيد بن زراراة أو زراراة عنه (ع) أيضاً : « سألته عن الرضاع ؟ فقال : لا يحرم من الرضاع الا ما ارتضعا من ثدي واحد حولين كاملين » (٢) بناء على ارادة حولي المرتضع المعتبر فيهما وقوع الرضاع ، ولا فرق في اليوم أو الليلة بين الطويل منها والقصير - لانجباره ابدأ بالآخر . كيف ولو اعتبر التساوي بينهما وجب حل الآخر على يومي الاعتدال ، وما يقرب منهما في السنة ، وهو - مع بعده - يثاني كونه علامة . نعم في الاكتفاء بالتلفيق - لو وقع في أثناء أحدهما لحصول المعنى أو وجوب الاحتساب من أولهما للاصل مع الاختصار على المتيقن في الخروج عنه - قولان : اختار ثاليهما جدلاً في (الرياض) تبعاً لجماعة ، ولعل الأول هو الأقوى والأقرب الى اعتبار العدد في كونهما علامتين للآثر .

وأما الثالث : (٣) وهو التقدير بالعدد ، فقد اختلفت كلمات الفقهاء بعد شذوذ القول بكفاية الرضعة الواحدة كما عرفت ، مع أن الواحد ليس من العدد ، وإن تألفت منه الاعداد ، هلى قولين :

بين قائل بالعشر ونسب ذلك إلى مشهور القدماء منهم : المفيد وابن أبي عقيل والمرضى وسائر ابن البراج ، أبي الصلاح وابن حمزة - على ما حكى عنهم - وهو المحكى عن المختلف والابيضاح ، واستقر به في اللمعة ، وهو أحمد قولي ابن ادريس حيث قال في أول النكاح من السرائر : « المحرم عشر رضعات متواليات في الصحيح من المذهب ، وزهد بعض

(١) المصدر نفسه باب ٥ حديث (١٠) :

(٢) المصدر نفسه باب ٥ حديث رقم (٨) .

(٣) وهو الثالث من شروط المرتضع ، وهي الأثر ، والزمان ،

والعدد : المشار اليه - الآن - .

أصحابنا الى خمس عشرة رضعة ، معتمداً على خبر واحد ، ورواية عمار بن موسى الساهطي ، وهو فطحي المذهب مخالف للحق ، مع أنا قد قدمنا أن أخبار الأحاد لا يعمل بها ولو رواها العدل ، فالأول مذهب السيد المرتضى وخبرته وشيخنا المفيد ، والثاني خيرة شيخنا أبي جعفر الطوسي والأول هو الاظهر الذي يقتضيه أصول المذهب ، (١) وان قال - في أول باب الرضاع - : « الذي يحرم من الرضاع ما أنبت اللحم وشد العظم على ما قدمناه ، فان علم ذلك ، والا كان الاعتبار بخمس عشرة رضعة على الاظهر من الأقوال ، وقد حكينا الخلاف فيما مضى الا أنا اخترنا هناك التحريم بعشر رضعات ، وقويناه ، والذي أفنى به وأعمل عليه الخمس عشرة رضعة لان العموم قد خصصه جميع أصحابنا المحصلين والأصل الاباحة والتحريم طارئ ، فالاجماع من الكل يحرم بخمس عشرة رضعة ، فالتمسك بالاجماع أولى وأظهر فان الحق أحق أن يتبع ، انتهى . وهذا منه يدل على اضطرابه في المسألة :

وبين قائل بالخمس عشرة ، وهو خيرة الشيخ والعلامة في التذكرة والارشاد والتبصرة والتلخيص ، وظاهر القواعد والتحرير والشرائع ، بل اختلفت كلماتهم في الأشهر من القولين : فعن المختلف والمقتصر ، وغاية المرام ونهاية السيد ان العشر هو قول الاكثر ، وفي (الروضة) نسبته إلى المعظم ، وعن التذكرة وزبدة البيان ، والمفاتيح : أن المشهور هو الخمس

(١) فانه قال : « ومن شروط تحريم الرضاع أن يكون ما ينبت اللحم ويشد العظم ، فان لم يحصل ذلك فيوماً وليلة أو عشر رضعات ، - هكذا أول العبارة ، وتكملتها : « لأن الرضاع يتناول القليل والكثير فالاجماع حاصل على العشرة وتخصيصها ، ولأن بعض أصحابنا يحرم القليل من الرضاع والكثير ويتعلق بالعموم ، فالأظهر ما اخترنا » .

عشرة : وعزاه في (كنز العرفان) إلى الأكثر ، وفي (كنز الفوائد) إلى عامة المتأخرين ، وفي المسالك : إلى أكثرهم ، قال : « وأكثر القدماء على القول بالعشر » ودفع بذلك للتناهي بين كلامي العلامة في المختلف والتذكرة .

ومشأ هذا الاختلاف اختلاف الأخبار في ذلك : فمن ذهب إلى العشر استدل - بعد العمومات - بروايات منها : رواية فضيل بن يسار : « عن الباقر عليه السلام قال : لا يحرم من الرضاع إلا المخبور ، قلت : وما المخبور ؟ قال أم تربي أو ضمير تستأجر أو أمة تشتري ، ثم ترضع عشر رضعات يروى الصبي وينام » (١) ومنها : الموثق عن عمر بن يزيد قال : « سألت الصادق عليه السلام عن الغلام يرضع الرضعة والثنتين ؟ فقال : لا يحرم ، فعددت عليه حتى أكملت عشر رضعات ، قال إذا كانت متفرقة فلا » (٢) ومنها خبر هارون بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام : « لا يحرم من الرضاع إلا ما شد العظم وأنبت اللحم فأما الرضعة والرضعتان والثلاث حتى بلغ عشراً إذا كن متفرقات فلا بأس » (٣) ومنها خبر عبيد ابن زرارمة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن الرضاع ما ادنى ما يحرم منه ؟ قال : ما أنبت اللحم والدم - ثم قلل - ترى واحدة ينبت ؟ فقال : لا ، فقلت : اثنتان - أصلحك الله - فقال : لا ، قال :

(١) الوسائل ، كتاب النكاح باب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع

حديث رقم (١١) باختلاف بسيط في بعض كلمات الحديث .

(٢) المصدر الآنف ذكره حديث رقم (٥)

(٣) المصدر الآنف الذكر حديثان : رقم ٩ و ١٩ منه ، وفي كل منهما

هارون عن مسعدة بن زياد العبدي .

فلم أزل أعود عليه حتى بلغت عشر رضعات ، (١) ومنها خبره الآخر - أيضاً في حديث - الى أن قال : « فما الذي يحرم من الرضاع ؟ فقال : ما أنبت اللحم والدم ، فقلت : وما الذي ينبت اللحم والدم ؟ فقال : كان يقال عشر رضعات ، قلت : فهل يحرم عشر رضعات ؟ فقال : دع ذا ، ما يحرم من النسب فهو يحرم من الرضاع » (٢) .

ومن ذهب الى الخمس عشرة استدلت بروايات : منها موثقة ابن سودة المتقدمة . ومنها موثقة عبيد بن زرارة « عن أبي عبد الله عليه السلام : قال سمعته يقول : عشر رضعات لا يحرم من شيئاً » (٣) ونحوه خبر ابن بكير عنه أيضاً (٤) ومنها : صحيحة علي بن رثاب عنه أيضاً : « قال : قلت : ما يحرم من الرضاع ؟ قال : ما أنبت اللحم وشد العظم ، قلت : فيحرم عشر رضعات ؟ قال : لا ، لانه لا ينبت اللحم ، ولا يشد العظم عشر رضعات » (٥) ومنها رسالة (المقنع) المتقدمة في التقدير بالزمان . والأحسن في الجمع بين أخبار القولين - مع معارضتها ببعضها الدال على العشر بالمفهوم الذي لا يقاوم المنطوق في المعارضة والحصص في رواية فضيل المعلوم - عدم اختصاص التحريم بما فيها مع اشتمال سنده على محمد بن سنان المجروح عند الأكثر ، والتعليل بعدم الانبات بالعشرة في صحيحة ابن رثاب ، الموجب لتقدم الخبر المعلن على غيره ، مع أقوائية سنده .

- (١) المصدر الآنف الذكر حديث رقم (٢١) .
- (٢) المصدر الآنف الذكر حديث رقم (١٨) .
- (٣) المصدر الآنف الذكر حديث رقم (٣) .
- (٤) المصدر الآنف الذكر حديث رقم (٤) .
- (٥) المصدر الآنف الذكر حديث رقم (٢) .

حمل أخبار العشر على التقيّة ، كما يشعر به ، بل يؤمّي اليه نسبته إلى قائل في قوله : « كان يقال » في خبر عبيد بن زرارّة ، سيما قوله فيه : « دع ذا » والجواب بما لا يطابق سؤاله ، وليس إلا الاعراض عن بيان عدم النشر بالعشر ، يذكر جملة أخرى على التقيّة ، فإذا بطل النشر بالعشر انحصر العدد المحرّم بخمس عشرة ، إذ لا قائل بالتحريم فيما بينهما من العدد ، والخمسة عشر مع دلالة النص عليه اجماعي ، بل لا خلاف في التحريم به .

ثم انه يعتبر في العدد : التوالي ، بمعنى عدم تخلل رضعة من امرأة أخرى ، اجماعاً ، وللموثقة المتقدمة المصرحة به ، وبتفسيره ، وبذلك فلا يقدح تخلل غيرها من المأكول وغيره للاصل ، ولتفسيره في النص بما عرفت . وفي اختصاص القدرح بتخلل الكاملة منها ، لوحدة المراد منها ومن الرضعة المعتبرة في العدد بحسب السياق بعد تنزيلها على التعارف ، أو بعلمها والناقصة أيضاً ، فيقدح تخلل مسماها لنفي الطبيعة الموجب لنفي جميع أفرادها ، ولعلمه الأقوى .

وجهان : بل قولان . وهو معتبر أيضاً في التقدير بالزمان ، لكن بمعنى عدم تخلل مطلق المأكول والمشروب ، رضاعاً كان أو غيره في المدة المضروبة حداً لا للتقييد به في الموثقة ، والا ، لا اختصاص القدرح بما فسر به مع ظهور تخصيص التقييد به بالجملة الأخيرة ، بل لأن ذلك مقتضى انطباق الرضاع في المدة المزبورة .

وتقييده بامرأة واحدة من لبن فحل واحد :

توضيحه : أن القدر المحرم - أي ما كان من التقديرات الثلاث - يعتبر فيه - بالنص والاجماع - اتحاد الفحل والمرضعة معاً ، فلو تلفق العدد - مثلاً - من مرضعتين ، بطل الاحتساب ، وان اتحد الفحل ، كما لو

ارتضع ما دون العدد من مرضعة ، وارتضع المكمل كذلك من هيرما ، لم تنشر الحرمة ، وان انحدر الفحل ، لعدم صيرورته بذلك أباً ، ولا الرضعات أمهات لانتهاء الشرط الموجب لانتهاء المشروط ، بخلاف ما لو ارتضع من واحدة تمام القدر من لبن فحل ، ومن أخرى دونه من ذلك اللبن أيضاً ، تحققت الابوة للفحل ، والأمومة للاولى ، لوجود شرط التحريم ، ولم يتحقق الأمومة للثانية ، لفقصد الشرط . وان حرمت على المرضع لو كان ذكرأ لا لكونها أمه ، بل لكونها منكوحه أبيه .

وبالجملة : رضاع للقدر المحرم لا بد أن يكون من مرضعة واحدة . وحيث يتحقق ذلك في العدد ، وان تخلل المأكول فيه ما لم يتخلل للرضاع في أثناءه ، احتيج إلى قيد التوالي بهذا المعنى فيه ، ولا يتحقق ذلك في الزمان مع تخلل الغداء مطلقاً ، لعدم انطباق الرضاع معه على تمام المدة ، الذي معناه أن يرتضع كل ما يحتاج إليه من لبن امرأة واحدة ، فان يكن بغير اللبن لم يكن رضاعاً ، وان كان منه هارضاع أجنبية ، لم يكن من امرأة واحدة فقلوه : « رضاع يوم وليلة من امرأة واحدة » يعطى منافاة التخلل مطلقاً ولذا قال جدي (رحمه الله) في (الرياض) : « وان لا يفصل بين الرضعات برضاع غير المرضعة والمأكول والمشروب في الزمانية خاصة دون العددية فيمنع فيها الفصل برضاع غير المرضعة خاصة » (١) انتهى .

وما أبعد ما بينه وبين القول بعدم اعتبار التوالي أصلاً ، حتى الرضعة والرضعتين في التقدير بالمدة ، لصدق رضاع يوم وليلة عرفاً مع التخلل المذكور ، فضلاً عن تخلل غيره .

(١) أوائل كتاب الكاح في شروط الرضعات العددية والزمانية ، شرح قول المحقق « ويعتبر في الرضعات قيود ثلاثة » .

وفيه : مساواة اعتبار الزمان هنا للزمان في ضرب المسافة ، وبوم التراوح مع فرضه حداً للرضاع الواقع فيه ، المحمول ببيان كميته بعد امتناع رضاع مستمر في تمام المدة على التغذي به كلما احتاج اليه ، وإلا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة ، بعد أن كان الظرف حداً لوقوع المظروف فيه ، وهو واضح .

ومنها : أي من الأمور المعتبرة في الرضاع : أن يكون الارتضاع من الثدي على المشهور شهرة عظيمة كاد أن يكون من المتفق عليه ، عدا الاسكافي والشيخ في المحكي عن موضع من (مبسوطه) ، دون المواضع الأخر فاكْتَفِيا بالوجور ، ولعله (للمرسِل) عن الصادق عليه السلام : « وجور الصبي اللبن بمنزلة الرضاع (١) الموهون - مع إرساله - بأعراض الاصحاب عنه ، واحتمال ارادة التغذي في المنزلة و (لدعوى) شمول الرضاع له ، فيدخل تحت اطلاقات أدلة التحريم بالرضاع ، الممنوع صدقها عليه بحكم العرف ، وتبادر الغير منه ، (ولحصول) الانبات الموجب للتحريم به ، فيحكم بوجود المعلول بعد وجود علته ، وهو مسلم ان كانت العلة مطلق النشوء لا النشوء الخاص الحاصل من الرضاع المتبادر منه غيره ، مع كونها من العلة المستنبطة التي لا تعويل عليها ، لاحتمال أن يكون للرضاع مدخلية في التحريم بالأثر كما للحمل أو الولادة مدخلية في التأثير ، بل ولا يجدي الوجور من الثدي الى حلق الصبي ، ما لم يكن بالتقامه الثدي وامتصاصه ، بل ولا بد أن يكون على النحر المتعارف ، بل قد يشكل لو التقم وامتص من الثدي لامن موضع معتاد ، لو فرض نقب فيه فصلا عن غير الثدي ، لخروجه عن اطلاقات أدلة الرضاع بعد تنزيله على

(١) الوسائل ، كتاب النكاح باب ٧ من أبواب ما يحرم بالرضاع

حديث رقم (٣) :

المتعارف ، فضلاً عما لو أدخل اللبن في جوفه من ثقب ونحوه أو أكلاه جنباً ونحوه ، لعدم صدق الرضاع على ذلك كله .

ومنها : أن يكون الرضاع بلبن غير ممزوج بغيره بحيث يخرج عن من اسمه ، ولو في فيه بسكر ونحوه ، بل ولو بلعابه المخرج له عن إطلاق اسم اللبن عليه .

المبحث السادس : هو انه لا فرق في التحريم بالرضاع بين سبقه على النكاح أو لحوقه له ، فكما يبطل به النكاح ابتداءً ، يبطل به استدامة من غير خلاف أجده فيه ، بل الاجماع - بقسميه - عليه :

مضافاً الى اطلاقات أدلة الرضاع الشاملة للتحريم به حدوداً ودواماً وخصوص الخبرين المتقدمين : صحيحة الحلبي أو حسنته عن أبي عبد الله عليه السلام : « قال لو أن رجلاً تزوج جارية رضية فأرضعتها امرأته فسد نكاحه » والآخر بهذا الاسناد عنه أيضاً : « في رجل تزوج جارية صغيرة فأرضعتها امرأته أو أم ولده ؟ قال : تحرم عليه » ، ولأن العنوان المتحقق به مثل النسب لا يمكن فرض جواز النكاح معه وتحققه مما يترتب على وقوعه قهراً من دون تخلف فيه ، وترتب الحكم على العنوان الحاصل به ضروري لا يدانيه شك ولا شبهة من غير فرق بين كون التحريم بالرضاع أو بالمصاهرة بعد تنزيل الرضاع فيها منزلة النسب - كما تقدم - .
ويتفرع عليه فروع :

الأول : لو كانت له زوجة صغيرة فأرضعتها من يفسد نكاحها بالرضاع كأمه وجدته وأخته وزوجة الأب والأخ اذا كان بلبنهما ، فانه يفسد نكاحها - حينئذ - لصبروتها أختاً أو عمة أو خالة على الأولين ، وبنت أخت على الثالث وأختاً أو بنت أخت على الآخرين ، فيبطل به لاحقاً كما يبطل به سابقاً ، لما عرفت من تضافر النصوص والفتاوى بذلك

وفي سقوط مهرها وعدمه أو التشطير وجوه ، بل اهلها أقوال :
وتفصيل المسألة هو ان المرتضعة : ان اختص السبب المحرم بها بأن
انفردت به ، كما لو سعت بنفسها الى ثدي المرضعة فامتصت منه بدون
شعورها كما لو كانت نائمة أو بحكمها ، فالوجه سقوط مهرها ، وعلوه بأن
الفسخ جاء من قبلها ، فكان كالردة قبل الدخول (١) .
ويحتمل التشطير ، لأنه فسخ قبل الدخول فأشبهه بالطلاق المنصف
للمهر ، والموت - على القول به - .

(١) للردة - بالكسر - الاسم من الارتداد عن الدين وأصحاب
الردة - على ما نقل - منهم : من ارتد عن الاسلام الى الجاهلية ، ومنهم
من أنكروا فرض الزكاة بعد النبي (ص) - والتفصيل في محله - والمرتد
عن الاسلام الى الكفر قسمان : إما عن فطرة الاسلام ، فيقتل في الحال
وتعتد زوجته حين الارتداد عدة الرفاة وتقسم تركته بين ورثته . وان
تأخر قتله فتأب لا تسقط هذه الأحكام بثبوته لكنها مفيدة لطهارة بدنه
وصحة عباداته وتملكه الجديد .

وأما المرتد عن غير فطرة ، بل عن ملة بأن كان كافراً فأسلم ثم
ارتد ، فيستتاب عدة مرات . فان تاب ، وإلا قتل في الرابعة وتعتد زوجته
عدة الطلاق ، فان تاب في العدة رجعت الزوجية ، وان أبانت منه ،
ولا تقسم أمواله إلا بعد القتل . - عن رسالة الأحكام لسيدنا الوالد
- قدس سره - وفي الحديث عن أهل البيت عليهم السلام : « كل مسلم
بين مسلمين ارتد عن الاسلام وجحد مجدأ (ص) بثبوته ، وكذبه ، فان
دمه مباح لكل من سمع ذلك منه ، وامراته بائنة منه فلا تقره ويقسم
ماله على ورثته وتعتد امرأته عدة المتوفى عنها زوجها وعلى الامام أن يقتله
إن أتى به إليه ولا يستتبيه » عن كتب الأخبار .

ويحتمل عدم سقوط شيء من المهر لثبوته بالعقد ، فيستصحب حتى يثبت السقوط ، ولا دليل عليه - بعد تنزيل فعلها لعدم القصد والشعور منزلة العدم والتشطير انما ثبت في الطلاق لدليله ، فلا يقاس به غيره . ويضعف بعدم مدخلية القصد في حكم الوضع ، لأن غايته عدم الانثم ، لا عدم السقوط ، فاذا الأقوى : السقوط كما عليه الفتوى .

وان اختص السبب بالمرضعة ، بأن انفردت بارضاعها من دون ضرورة ، فلا يسقط شيء من مهرها ، لأن الفسخ جاء من قبل المرضعة لا من قبلها . والتشطير قد عرفت ما فيه . وفي رجوع الزوج على المرضعة بذلك وعدمه ؟ وجهان : مبنيان - كما قيل - على ضمان منفعة البضع لأنها مما تقابل بالمال في كثير من الموارد ، وعدمه لأنها غير متمولة وإن قوبلت أحياناً بالمال . ولعل الاظهر ، بل الأقوى : رجوع الزوج عليها حتى على القول بعدم ضمان منفعة البضع ، غير أنه على القول به يرجع عليها بمهر المثل لكونه قيمة المنفعة المفوتة عليه ، ويرجع عليها بما يغرم لها ، لو قلنا بعدمه المضرر الوارد عليه من قبلها .

(ودعوى) : ثبوت غرامة المهر انما هو بالعقد لا بالفسخ الطارئ كما في (المسالك) فلا ضرر من قبلها (ضعيفة) لان الاقدام منه بالعقد انما هو على المهر المعوض بالمنفعة أو الانتفاع ، وهو ليس بضرر ، وانما الضرر دفعه بلا عوض ، الموجب لتضييعه عليه ، وهو مسبب عن فعلها . وعليه فيرجع بما يغرم من المسمى ، زاد على مهر المثل أو لا ، ويحتمل الرجوع بمهر المثل فيما لو زاد المسمى فان الزيادة ضرر أقدم عليه بالعقد وانما الفئات عليه بفعلها ما يساوي مهر المثل أو الاقل منه من المسمى .

لا يقال : ان دفع الزيادة انما كان هازاء المعوض من البضع ، ولو لخصوصية دعتة اليه ، والفرض أنه لم يسلم له ذلك .

لأننا نقول : ان الخصوصية داعية الى الاقدام على الضرر وتحمله
لا أن دفع الزائد معها ليس بضرر كي يقال : دفعه بدونه ضرر جاء
من قبلها :

وان كان لرضاعها لضرورة كالخرف عليها من التلف ، فقد قيل
بعدم ضمانها هنا ، وان قلنا بضمانها ، لو قصدت به الافساد ، لأن الفعل
جائز لها ، بل واجب عليها ، فكان كما لو حفر بشراً في ملكه ، فانه
لا يضمن المتردي فيها ، مضافاً الى كونها محسنة : « وما على المحسنين من
سبيل » (١) :

وفيه : ولصوح الفرق بين المقام المستلزم لصديق الائتلاف والضرر
على الزوج ، وبين حفر البئر غير المستلزم المتردي فيها ، والاحسان - لو سلم
ايجابه الجبران في المقام فغايته الرجوع على الصغيرة في مالها بما تفرم
للزوج ، لا عدم ضمانها له بما أضرت به أو أثلفته عليه ، ولو اشتركا
في السبب ، فستعرف الكلام فيه ان شاء الله .

الثاني : لو كان له زوجتان : كبيرة ، وصغيرة فأرضعت الكبيرة
الصغيرة - حرمت الكبيرة مؤبداً ، لأنها صارت أم زوجته ، وأم الزوجة
محرمة أبداً ، والصغيرة كذلك ، ان كان الرضاع يلبنه أو لم يكن ولكن دخل
بها ، لأنها على الأول بنته ، وعلى الثاني ربيبته التي دخل بأمرها ، وكل
منها لا ينفك التحريم عنه ، وان لم يدخل بها انفسخ به نكاح الصغيرة
أيضاً ، لامتناع نكاح الأم وبنتها ، وإبطال أحدهما بالخصوص ترجيح بلا

(١) فقرة من آية (٩١) من سورة التوبة ، وتام الآية هكذا :
« ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون
حرج اذا نصحوا لله ورسوله ، ما على المحسنين من سبيل والله غفور رحيم »
أي ما عليهم سبيل بالحجة والعقوبة والمؤاخذه بحكم اجسانهم وتفضلهم .

مرجح ، فكان كما لو عقد عليهما دفعة ، من غير فرق في البطلان بين الحدوث والدوام ، وجاز له تجديد العقد عليهما ، لأنها حينئذ ربيبة لم يدخل بأماها ، ومثلها يجوز العقد عليهما .

ويدل عليه ما تقدم : من النص (١) وخبر علي بن مهزيار : « عن أبي جعفر عليه السلام ، قال قبل له : ان رجلا تزوج بجارية صغيرة فأرضعتها امرأته ، ثم أرضعتها امرأته الأخرى ، فقال ابن شبرمة : حرمت عليه الجارية وامراتاه ، فقال أبو جعفر عليه السلام : أخطأ ابن شبرمة ، تحرم عليه الجارية وامراتاه التي أرضعتها أولا ، فأما الأخيرة فأنها لا تحرم عليه ، لأنها أرضعتها وهي بنته » (٢) .

وهذه النصوص كافية في إثبات المدعى : من ابطال النكاح السابق بالرضاع اللاحق .

وضعت سند الأخير (٣) واشتاله على ما يمكن المناقشة فيه على التخطئة في تحریم الثانية لكونها مرضعة لبنته دون زوجته لبيئونها بالرضاع الأولى بتقريب : أنه انما يتم بناء على اعتبار فعلية الزوجة في تحریم أمها على الزوج ، وهو ممنوع ، بل يكفي في التحريم كونها أم امرأته ولو كانت زوجة بمنع اعتبار التلبس بالمبدء في قوله تعالى : « وأمهات نسائكم » كما

(١) إشارة إلى صحیحة الحلبي : « لو أن رجلا تزوج جارية رضیعة فأرضعتها امرأته فسد نكاحه » وخبر الآخر : « رجل تزوج جارية صغيرة فأرضعتها امرأته أو أم ولده قال تحرم عليه » .

(٢) الوسائل ، كتاب النكاح باب ١٤ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث (١) والخبر في غير مورد المسألة ، ولكنه شامل لها بالانطباق .

(٣) وهو خبر ابن مهزيار ، فان في طريقه صالح بن أبي حماد وهو ضعيف لدى علماء الرجال :

ستعرف الكلام فيه في الفرع الآتي .

لا يضر بعد الجبر ، والعمل بمضمونه في إثبات المدعى لتصريحه بانفساخ نكاح الصغيرة ، والأولى من المرضعتين .
وبالجملة : لا إشكال في حكم المسألة بعد وضوح مدرَكها : من تطابق النصوص والفتاوى عليه .

فلا يلتفت إلى ما عسى أن يقال على تحريم الكبيرة مؤبداً لصيرورتها بالارضاع أم الزوجة : بأنه بمجرد صدق الأمية والبنتية بتحقيق انفساخ النكاح ، فيستحيل صدق أمية الزوجة فعلاً ، ضرورة استلزام صدق الأمية فسخ الزوجية ، لأنه أول آتات صدق البنتية :

أو يقال على انفساخ نكاح الصغيرة أيضاً ، مع عدم الدخول بأمرها المرصعة بعدم الموجب لانفساخ نكاحها ، مع اقتضاء الأصل بقاء واختصاص الأم بالانفساخ ابقاءً على تعميم الزوجة لمن كانت زوجة (١) لتحقق سبب التحريم فيها وابقاء الربيبة على عقدتها الأول من غير حاجة إلى تجديد العقد عليها لصحة نكاح الربيبة ، مع عدم الدخول بأمرها ، وإن عقد عليها أولاً ، ثم انفسخ عقدتها ، ولا يقاس المقام بالعقد على الأم وبنتها دفعة لعدم التأثير في كل من العقدين الموجب لعدم تحقق الزوجية لكل منهما :

إذ ذلك كله - مع أنه اجتهد في مقابل النص (٢) يدفع الأول منهما :

(١) وإن لم تكن بالفعل زوجة ، بل هي ربيبة غير مدخول بأمرها ، فتكون الأم - على هذا - مشمولة لقوله تعالى : - في تعداد المحرمات من النساء - : « وأمهات نسائكم » فتحرم : وذلك على اختيار أن المشتق حقيقة في الأعم مما تلبس بالمبدأ بالفعل وفيما انقضى عنه المبدء وتلبس بالفعل بغيره .

(٢) تلك النصوص المشار إليها آنفاً من خبر ابن مهزيار وغيره .

أولاً : أنه يكفي في التحريم المؤبد صدق الأمية ، ولو على من كانت زوجة على المشهور شهرة عظيمة ، وثانياً إن مرتبة انفساخ الزوجية متأخرة طبعاً عن مرتبة صدق الأمية والبنتية ، لأنها معلولة ، والمعلول متأخر عن العلة بالذات ، وإن اقترنا بالزمان ، وهذا القدر من التأخر - ولو طبعاً - كافٍ في تحقق سبب التحريم . والثاني منهما : بأن المانع هو امتناع اتحاد زمان زوجية الأم وبنتها ، وهو كما يمنع عن تأثير العقدین ابتداءً كذلك يمنع عن دوام أثرهما ، وبعد الانفساخ لامانع عن تجديد العقد على البنت مالم يدخل بأمرها .

هذا : وقد تقدم الكلام في ما يتعلق بشبوت مهر الصغيرة حينئذ وسقوطه مطلقاً ، أو على التفصيل المتقدم ، وأما الكبيرة ، فيثبت مهرها بعد الدخول مطلقاً وقبله أيضاً ، ان لم يكن الفسخ من قبلها ، وإلا فيسقط كله مطلقاً ، ولو كان لضرورة ، لان الفسخ كان من قبلها ، والنشيط خلاف الأصل . ومع الضرورة فالأقوى فيه السقوط أيضاً ، بعد أن كان الفسخ من قبلها . نعم لا يبعد رجوعها على الصغيرة في مالها بما تضررت بالاحسان عليها .

ولو استند التحريم إلى فعليهما ، بأن كان السبب المحرّم مشتركاً بينهما كأن أرضعتها الكبيرة مختارة عشر رضعات ، ثم انفردت الصغيرة بخمسة آخر من غير شعور الكبيرة ببناء على التحريم بالخمس عشرة .

يحتمل الحوالة في التحريم على الأخير ، فتكون العشرة حينئذ شرطاً في تحقق التحريم بالأخير ، وعليه فحكم الكبيرة حكم النائمة في إرضاعاتها العشر التي تثبت مهرها ، لعدم كون الفسخ من قبلها ، فتكون حكم الصغيرة كما لو انفردت في تمام العدد في سقوط مهرها .

ويحتمل التقسيط ، ولعله الأقوى ، لأن للسبب مركب من آحاد العدد

فكل منها جزء منه ، فيسقط من الكبيرة ثلثا مهرها بفعلها ، وبثبت لها الثلث ، ان لم نقل بالتشطير للفرقة قبل الدخول ، ويسقط الباقي أيضاً بالفرقة ، ان قلنا به ، لأنه أقل من النصف الساقط بها ، ويسقط من الصغيرة بفعلها الثلث وبثبت لها الثلثان على الزوج ، ان لم نقل بالتشطير وان قلنا به فثبت لها عليه السدس ، لسقوط الثلث بفعلها والنصف بالفرقة فيسلم السدس لها من المهر .

وبحتمل العكس في ترتيب التقسيط على التشطير : بتقديم السقوط بالفرقة على السقوط بالفعل ، وحينئذ فيسقط من مهر الصغيرة للنصف بالفرقة ثم للثلث بفعلها ، فيثبت لها على الزوج ثلث المهر ، ويسقط من الكبيرة - حينئذ - النصف بالفرقة ثم الثلثان بفعلها فيبقى لها السدس من مهرها ، وفي رجوع الزوج بما يقرمه لكل منهما على الأخرى ما تقدم .

هذا والذي يظهر من تتبع كلماتهم أن المدار في سقوط المهر وعدمه على كون الفسخ من قبلها وعدمه ، الا أن شيخنا في الجواهر علل السقوط بوجه ، ان تم كان مقتضاه السقوط مطلقاً ، وان لم يكن الفسخ من قبلها حيث قال في الفرع الأول : « ولو انفردت المرضعة بالارتضاع مثل أن سمعت إليها فامتصت ثديها من غير شعور المرضعة سقط مهرها لبطان العقد الذي باعتبار استدامته يثبت استدامة استحقاق المهر ، بل كل عقد يتعقبه الفسخ والانفساخ من طرف أو طرفين يبطل تسببه ، ومنه الاقالة والخبار في البيع المقتضيين رد الثمن الى المشتري ، والمبيع الى البائع ، بل ذلك روح البطلان الذي هو كالمصحة ، المستلزم حصولها في طرف ثبوتها في الطرف الآخر ، ومن هنا لم يذكر أحد في المقام وجهاً لثبوت المهر ، (١) انتهى .

(١) هذه الجملة مجموعة من متن الشرائع وشرح الجواهر، ذكرها =

قلت : ما ذكره شيخنا وجهاً لذلك وجيه ان حد عقد النكاح من عقود المعاوضات حقيقة ، وليس كذلك لأنه عقد شرع لحدوث علقه الارتباط بين الزوجين من حيث انتفاع كل منهما بالآخر بالانتفاع الخاص من وطئ ونحوه ، وان شئت قلت : حقيقة تسليط كل منهما صاحبه على نفسه من حيث الانتفاع الخاص به ، غير ان تسليط الزوجة للزوج على نفسها كذلك أوجب انتفاء سلطنتها التي كانت لها على نفسها قبله ، واختصت السلطنة على الانتفاع الخاص بالزوج ، بخلاف الزوج فانه باق على ما كان عليه من سلطنة التسليط على نفسه ولذلك صارت الزوجة مملوكاً بضعها للزوج بهذا المعنى ، لأن الانتفاع بها مختص به ، ووقع التعبير عن ذلك بالهبة في قوله عز من قائل : « وهبت نفسها للنبي ان أراد النبي أن يستنكحها » (١) وهذا التسليط منها مرة يكون مجانياً فتكون مفوضة وأخرى يعطى بازائه شيء يكون المبدول لها كالنحلة فتكون ، حينئذ موهورة ، وليس الغرض المقصود من العقد الا التناكح والتناسل غالباً دون تملك المهر ، ولذا لا يبطل العقد ببطلانه أو الاخلال به ، ولا يعد ركناً من أركانه ، بخلاف المعاوضة التي ليست معناها الا تبديل مال بمال ، الموجب لرجوع كل بدل إلى صاحبه ببطلان التبديل وانتفاء البدلية ، ولذا كان كل من العوضين ركناً من العقد .

= في أحكام الرضاع ومسائله العشرة من كتاب النكاح ، في شرح قول المحقق : « الرابعة الرضاع المحرم بمنع من النكاح سابقاً ، ويبطله لاحقاً » (١) آية (٥٠ من سورة الأحزاب) وأول الآية هكذا : « يا أيها النبي إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن وما ملكت يمينك مما أفاء الله عليك وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك اللاتي هاجرن معك وامرأة مؤمنة إن وهبت . . . » :

وان ابيت الا كونه معاوضة ، فالمعوض نفس التسليم الحاصل بالعقد
 لطرو الانفساخ في الأثناء غير أنه لو كان من قبلها كان ذلك منها رفعاً
 لتسليمها ورجوعها عن فعلها عرفاً ، وليس كذلك لو لم يكن من قبلها .
 نعم لو كان عوضاً عن السلطنة الحاصلة بالتسليم أمكن دعوى الرجوع به
 مطلقاً ، لاستلزام بطلان المعوض بطلان العوض .

وبعبارة أخرى : المهر - بعد تسليمه - يكون عوضاً عن التسليم
 الذي هو فعلها ، ولذا كان الإيجاب منها ، وبعد تحققه بالعقد وفرض صحته
 فالاستدامة لأثره ، وهو التسليم والسلطنة ، وبطلان الاستدامة بالفسخ
 الطارئ لا من قبلها يشبه تلف المعوض بعد التسليم ، ولا كذلك لو كان
 من قبلها ، فانه رجوع منها عرفاً عما فعلته ، وإبطال لما بذلته ، فلا يستحق
 المهر حينئذ ، ولذا تراهم فصللوا في سقوط المهر وعدمه : بين كون الفسخ
 من قبلها ، وعدمه مع كون بطلان استدامة العقد المستلزم لرجوع كل من
 المعوضين إلى صاحبه بمرىء منهم ومنظر . فافهم .

الثالث : لو كانت له زوجة كبيرة فأرضعت له زوجتين صغيرتين
 حرمن عليه أجمع ، ان كان الرضاع بلبنه ، وكذا إن لم يكن ، ولكن كان
 قد دخل بالكبيرة ، لصيرورة الكبيرة بذلك أم زوجته ، والصغيرتين بنتيه
 - على الأول - وبنتي منكوحته على الثاني مطلقاً ، من غير فرق بين مالو
 ارتضعتا دفعة أو على التعاقب ، لأن الثانية حينئذ أيضاً ، ربييته التي قد
 دخل بأماها . وان لم يكن قد دخل بها وكان اللبن من غيره حرمت الكبيرة
 مؤبداً ، لكونها أم زوجته ، وانفسخ نكاح الصغيرتين ، ان ارتضعتا دفعة
 لعدم اجتماع نكاح الأم وبنتها في وقت ، وجاز تجديد العقد على كل منها
 لانهما ربيبتان لم يدخل بأماهما ، وان كان على التعاقب حرمت الكبيرة
 وانفسخ نكاح الأولى دون الثانية ، لانها صارت ربيبة بعد انفساخ زوجته

المرضعة ، ولم يدخل بأمرها ، فلا موجب لانفساخ نكاحها ، بخلاف الأولى لاتحاد نكاح الأم وبنتها في وقت واحد - وأما الكلام في مهورهن ، فيعلم مما تقدم .

الرابع : لو كان له زوجتان كبيرتان وزوجة صغيرة ، فأرضعتها إحدى الكبيرتين الرضاع المحرم ، ثم أرضعتها الأخرى كذلك حرمت الصغيرة مؤبداً ، ان كان بلبنه ، أو لم يكن ولكن دخل بأحديهما . لانها إما بنته أو ربييته التي دخل بأمرها ، والأولى من المرضعتين مؤبداً مطلقاً ، وان لم يدخل بها لأنها أم زوجته ونحرم الثانية أيضاً على المشهور شهرة عظيمة ، لصدق « وامهات نسائكم » عليها الشاملة لمن هي أم زوجة فعلا أو صارت أم من كانت زوجة ، لأن الاضافة تكفي في صدقها أدنى الملابس مع منع جريان « نسائكم » المضاف مجرى المشتق - أولاً - ولو سلم جريانه مجراه ، فنمنع اعتبار التلبس في صدق المشتق - ثانياً - ولو سلم فنمنع اعتباره في المقام - ثالثاً - وان اعتبرناه في غيره لعدم اعتباره في « نسائكم » في آية تحريم الرائب بالنص والاجماع ، (والتفكيك) بينهما : بدعوى عدم استلزام صرف ظهور أحدهما بقريته صرف ظهور مالم تقم عليه قرينة (ركبك) نأباه وحدة السياق ، مضافاً إلى ما يظهر من موارد التحريم بالمصاهرة كون السبب مجرد حدوث علقي النسب والزوجية وما يحكمها في الخارج ، ولا دليل على شرطية انحادهما في الزمان . بل يمكن أن يستدل عليه في المقام بحديث « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » لان أم الزوجة في النسب محرمة ، فأمرها من الرضاع كذلك من غير فرق بين سبق الأمومة ولحوقها ، غير أن الأمومة من النسب لا يمكن فرض تحقق عنوانها بعد الزوجية لتأخر التكوين . بخلاف عنوان الأمومة من الرضاع ، ولذا تحرم الربيبة لو تأخر حدوث عنوان البنّية والأمية عن انفساخ الزوجية .

وقيل - كما عن الشيخ في (النهاية) وابن الجنييد - : لانهحرم الثالثة لأنها أرضعته ، وهي بنته . نعم هي أم من كانت زوجة ، فلا تحرم : أما بناء على اعتبار التلبس بالمبداء في صدق المشتق - وقد عرفت ما فيه ، أو لخبر علي بن مهزيار - المتقدم - الصريح في ذلك (١) .

وفيه - مع ضعف سنده بصالح بن أبي حماد أنه مرسل ، لأنه في (الكافي) رواه عن أبي جعفر عليه السلام (٢) وأبو جعفر - عند الاطلاق يراد به الباقر - عليه السلام - مؤيداً بكون المخطيء ابن شبرمة الذي أدركه - عليه السلام - . ولو أريد به الجواد عليه السلام ، لان ابن مهزيار أدركه ، لم يعلم أنه أخذ منه ، لظهور كلمة (رواه) في خبره فالارسال محقق على التقديرين . ولعله لذا أعرض المشهور عن هذه الفقرة من مضمونه . فالأقوى : ما عليه المشهور : من تحريم الثانية أيضاً :

ومما ذكرنا يظهر مواقع التأمل في كلام شيخنا في (الجواهر) حيث اختار عدم تحريم الثانية ، قائلا - بعد الاستدلال بخبر ابن مهزيار : ما لفظه :

(١) أي في عدم الجريمة وذلك بصراحة ذيله القائل : « فأما الأخيرة فإنها لا تحرم عليه لأنها أرضعته وهي بنته » والتعليل يعطي اشتراط فعلية التلبس في المشتق :

(٢) وكذلك في الوسائل : كتاب النكاح باب ١٤ من ابواب ما يحرم بالرضاع ينقله هكذا عن الكليني : « محمد بن يعقوب عن علي بن محمد عن صالح بن أبي حماد عن علي بن مهزيار عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قيل له : ان رجلاً تزوج بجارية صغيرة فأرضعته امرأته ، ثم أرضعته امرأة له أخرى ؟ فقال ابن شبرمة : حرمت عليه الجارية وامراته ، فقال ابو جعفر عليه السلام : أخطأ ابن شبرمة : تحرم عليه الجارية وامراته التي أرضعته أولاً ، وأما الأخيرة فلم تحرم عليه كأنها أرضعت ابنته » .

« ولا يلزم منه عدم حرمة ربيته التي هي بنت من كانت زوجته المدخول بها ، ضرورة الفرق بين مصداق قوله تعالى : « وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن » وبين قوله : « أمهات نسائكم » فان الأولى صادقة قطعاً على بنت من كانت زوجة ، بخلاف الثانية ، الظاهرة في اعتبار اجتماع الأمية والزوجة ، خصوصاً مع اشتراط بقاء المبدء في صدق المشتق ان شأبه ، على أنه قد عرفت انحصار الحرّم في الرضاع بما يحرم من النسب ، وليس في النسب من انحصر صدقها في أم من كانت زوجة ، اذ أم المطلقة - مثلاً - ليس حرمتها لذلك بل لتحقيق الصدق قبل الطلاق وهو سبب التحريم مؤبداً فليس حرمتها لانها أم من كانت زوجته بل لانها كانت أم زوجة فعلاً . . . بخلاف الربيبة ، فان في النسب بنت من كانت زوجة مندرجة تحت الآية الشريفة ، فيحرم مثلها في الرضاع ، (١) . ولعل الذي دعاه الى الفرق حتى قطع بدخول بنت من كانت زوجة في آية تحريم الربائب كلمة : « دخلتم بهن » فيها .

وأنت خير بأن الدخول لا مدخلة له في صدق « نسائكم » على من كانت زوجة ، ان اعتبرنا التلبس في صدق المشتق حقيقة .

الخامس : لو كانت له زوجة صغيرة ، فأرضعتها أمتها الموطوءة ، حرمت الموطوءة مؤبداً ، لانها أم زوجته ، والصغيرة أيضاً كذلك مطلقاً لانها : إما بنته أو ربيته التي دخل بأمرها الا أنه لا يرجع هنا على الموطوءة بمهر الصغيرة ، لو ثبت لها عليه مهر ، وان قلنا بالرجوع على الكبيرة بمهر

(١) هذه الجملة شرح لقول المحقق في أخريات المسألة الرابعة من أحكام الرضاع - « ولو كان له زوجتان وزوجة رضيعه فأرضعتها احدى الزوجتين أولاً ، ثم أرضعتها الأخرى حرمت المارضة الأولى والصغيرة دون الثانية ، لانها أرضعتها وهي بنته » .

الصغيرة في الفروع المتقدمة ان كانت الأمة مملوكة نه ، لان السيد لا يثبت له على مملوكته مال ، الا اذا كانت مكابية مطلقاً ، ولو كانت مشروطة ، لصبرورتها بحيث يمكن له الاستحقاق عليها وان كانت موطوءة بالعقد أو بالتحليل فيستتبع به بعد عتقها .

خلافاً لشيخنا في (الجواهر) حيث مال الى الاستتباع مطلقاً ولو كانت مملوكته ، عملاً بقاعدة الضمان في التلاف المال (١) .

وهو ضعيف ، للفرق الواضح بين مملوكه ومملوك غيره ، لان الأول لا يمكن الاستحقاق له عليه ، والثاني لا يمكن الاستيفاء منه ، لمزاحمة حق مالكة المقدم على حقه ، فيستتبع بعد العتق ، لعدم المزاحمة حينئذ . ولو قبل بتأخر الاستحقاق في الأول الى العتق ، لزم تخلف المعلول عن علته : السادس : لو كان لاثنتين زوجتان : كبيرة وصغيرة ، فطلق كل منهما زوجته ، وتزوج بالأخرى ، ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة الرضاع المحرم حرمت الكبيرة عليها مطلقاً ، وان لم يدخلها بها ، لصبرورتها أم زوجة بالنسبة إلى أحدهما ، وأم من كانت زوجته بالنسبة الى الآخر ، بناءً على الأقوى : من التحريم بذلك ، وحرمت الصغيرة عليها ، ان دخلها بها ، وعلى من دخل ، ان يختص الدخول بأحدهما ، لصبرورتها ربييته التي دخل بأماها ، كما أنه لو فرض اللبن لاحدهما صارت بنتاً .

بقي هنا مسائل : الأولى - اذا قال : هذه اختي من الرضاع أو بنتي أو

(١) قال - في شرح قول المحقق في أحكام الرضاع من كذاب النكاح : والخامسة : لو كانت له أمة بطأها ، فأرضعت زوجته الصغيرة حرمتها جميعاً عليه ، ويثبت مهر الصغيرة ، ولا يرجع به على الأمة : . . . الا أن الانصاف عدم خلوص ذلك عن التأمل ، إن لم يكن إجماعاً ، ضرورة اشتراك ضمانه مال الغير ، ويتبع به بعد العتق ان اعتق . . . » .

امي مع إمكان ذلك - بأن لا يكذبه الحس بحسب منها على وجه لا يمكن ارتضاعها من لبن واحد ، أو ارتضاعها من لبنه أو ارتضاعه منها اذ لا أثر لقوله - حيثل - فلا يخلو : اما - أن يكون الاقرار منه قبل العقد عليها أو بعده وعلى التقديرين : فاما أن تصدقه ، أو تكذبه ، اولاً بأن لا يعلم الحال . ولو كان بعد العقد : فاما أن يكون قبل الدخول بها أو بعده . وعلى التقديرين ، فاما أن يكون قد سمى لها مهرأً أولاً ، وعلى التسمية : فاما أن يكون المسمى بقدر مهر المثل أو اكثر منه أو أقل .

فنقول : أما اذا كان قبل العقد ، حكم بتحريمها عليه ظاهراً مطلقاً صدقته أو لا ، فلا يجوز له التزويج بها ، وان اكلب نفسه ، لعموم نفوذ : « إقرار العقلاء على أنفسهم » . نعم لو اظهر لدعواه تأويلاً محتملاً بأن قال : « لاني اعتمدت في الاقرار على قول من أخبرني ، ثم تبين لي أن مثل ذلك لا يثبت به الرضاع » وأمكن في حقه ذلك ففي (المسالك) احتمال القبول لامكانه ، الا أنه قال بعده : « وأطلق الاصحاب عدم قبوله مطلقاً ، لعموم : اقرار العقلاء على أنفسهم جائز وعليه العمل » (١) انتهى ريقوى في (الجواهر) قبول قوله في تكذيب نفسه بإبداء التأويل المحتمل في حقه مع تصديقها له ، مناقشاً في شمول الخبر لهذه الصورة - حيث قال بعد نقل كلام (المسالك) عن الاصحاب - : « وفيه أن المتيقن من الخبر المزبور الزام المقر بما أقر به لمن أقر له مع المخالفة له ، لا أن المراد به إلزامه بذلك ، وان وافقه المقر له على الكذب في الاقرار - إلى أن قال - بعد نقل كلام العلامة وشارحيه واستغرابه منهم عدم احتالهم القبول في هذه الصورة ونقل ما عن أبي حنيفة القبول مطلقاً ، وانه على

(١) راجع ذلك في شرح قول المحقق - في المسألة السابعة من أحكام الرضاع : « اذا قال : هذه أختي من الرضاع » .

اطلاقه لغير جيد : ضرورة عدم قبوله مع المخاصمة - ما لفظه - : « نعم ما قلناه في صورة التصديق على الكذب في الاقرار لا يبعد قبوله في المقام وفي خبره من المقامات من البيع والملكية والوقفية والزوجية ونحو ذلك ، بل إن لم يتم اجماع ، أمكن دعوى القبول في حال عدم العلم من الخصم فضلاً عن صورة الموافقة له على الاقرار الصوري ، والمسألة محتاجة إلى تأمل تام في غير المقام من أفرادها ، (١) وقال قبل ذلك في صدر المسألة : « فإن اكذب نفسه ووافقته المرأة على ذلك ، احتمال قوياً جواز النكاح لانحصار الحق فيهما » .

قلت : تنقيح هذه المسألة : هو أن يقال : الرجوع عن الاقرار مرة يكون بانكاره نفس الاقرار الذي هو فعل من أفعاله ، وأخرى بانكاره لما أقر به من البيع أو الوقف ونحوهما ، ومرة ثالثة بانكاره لصحة الاقرار بدعوى صورية إقراره أو كونه مكرهاً عليه ، ونحو ذلك من الدعاوى المستلزم ثبوتها بطلان الاقرار .

لا كلام في عدم قبول إنكاره في الصورتين الأولين بمعنى عدم الاصغاء اليه ، لكونه إنكاراً بعد اقرار :

وأما الصورة الأخيرة ، فالأقوى قبول قوله بمعنى الاصغاء إليه كسائر الدعاوى المسموعة ، لكن على موازين القضاء . فيطالب بالبينّة ، وعلى المنكر اليمين حيث يتوجه عليه ، ولذا يثبت أو صدقه المنكر ، لانحصار الحق فيهما كما ذكره في (الجواهر) ولعله على غير هذه الصورة ينزل إطلاق كلام الاصحاب ، لو سلم ، وحينئذ فيبطل نفوذ الاقرار وأثره بالنسبة اليهما ، دون خبرهما ، لعدم ثبوت الزوجية في الواقع ، حتى يجوز لأم الزوجة

(١) راجع العبارة بطولها في شرح المسألة السابعة من كلام المحقق

كما أشرنا إليه . -

- مثلاً - الكشف عن معاصمها عنده ، بخلاف ما لو أقام على دعواه بينة أو حكم بثبوتها الحاكم ، فإنه يبطل بذلك الاقرار من أصله في الواقع .
وان كان بعد العقد ، وكان قبل الدخول ، حكم عليه بالتحريم ، لنفوذ الاقرار في حقه ، فإن صدقته فلا شيء لها من المهر ، لبطلان العقد وكذلك ان لم تصدقه ، وليكن أقام على ذلك بينة أو حلف اليمين المردودة لو ادعى عليها العلم بذلك فأنكرت مع ردها اليمين ، والا فلا ينقل الاقرار في حقها ، فلها المهر كمالاً ، لثبوتها بالعقد ، أو النصف على القول بالتشطير الفسخ قبل الدخول ، سيما وقد جاء من قبله .

وان كان بعد الدخول ، وصدقته على ذلك ، فالعقد باطل : فإن اعترفت بالعلم قبله ، فلا شيء لها عليه ، لأنها بغى بالدخول ، وان ادعت تجدد العلم لها بعده قبل قولها . وحينئذ : فيحتمل ثبوت المسمى لها ، بناء على أن العقد هو سبب ثبوت المهر ، لانه مناط الشبهة ، فكان كالصحيح لتضمن البضع بما وقع عليه النراضي في العقد .

ويحتمل - ولعله الأقوى - ثبوت مهر المثل مطلقاً ، وان زاد على المسمى لبطلان العقد الموجب لبطلان ما تضمنته من المهر ومنع إلحاق الشبهة بالصحيح إلا في عدم الائتم وبعض الاحكام ، فيضمن لها قيمة المثل ، جرباً على قاعدة ضمان تلف الأموال وما يحكمها ، أو الرجوع إلى المسمى ، ان ساواه ، أو كان أقل منه ، لقدموها على الرضا عن انبضع بالأقل ، فلا يلزمه الزائد . ويضعف بأن مهر المثل هو المجموع شرعاً في قيمته ، ورضاها بدون وجه شرعي لا عبرة به .

وان كذبت في اقراره ، لم ينفسد في حقها لإقراره ، ولم يحز لها الترويع من غيره ، وجاز لها مطالبته بحقوقها ، وان لم يحز له مطالبتها بحقوقه ، لمنافاتها لإقراره النافذ في حقه ، الا أن يقيم بينة على ما أقر به

فيثبت بها بطلان النكاح الموجب لبطلان حقوقها عليه الا المهر ، فيثبت لها بالدخول حسباً تقدم من مهر المثل أو المسمى مطلقاً أو على التفصيل ولو اكذب نفسه بابداء التأويل المحتمل في حقه في صورتني : ما بعد العقد قبل الدخول ، وبعده ، وصدقه في التكذيب ، فالكلام فيه ما تقدم من تصديقها لتكذيب نفسه في الصورة المتقدمة قبل العقد .
هذا كله في المهوره ، ومنه يعلم حكم مالو كانت مفوضة في جميع الصور المتقدمة ، والله العالم .

الثانية : لا تقبل الشهادة على الرضاع وإن وصفه بالحرّم مطلقاً ، بل لابد أن تكون مفصلة بأن يشهد على الارتضاع في الحواين من الثدي خمس عشرة رضعة أو عشر رضعات متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد بلبن الحمل أو الولادة عن نكاح صحيح أو بحكمه ، من غير خلاف أجده ممن تعرض لهذا الفرع .

وعلاوة بوقوع الاختلاف الكثير بين الفقهاء فيما يعتبر في التحريم به من الشروط : فقد يعتبر عند الحاكم في التحريم بالرضاع مالا يعتبر فيه عند الشاهد : إما اجتهداً أو تقليداً منه لغيره .

وأشكل عليه باستلزام ذلك اعتبار ذكر التفصيل في غيره من الشهادات أيضاً ، لسريان العلة في غيرها من أغلب موارد الشهادة ، قال في (المسالك) - بعد التعليل بذلك : « ومثل هذا ، مالو شهد الشاهدان بنجاسة الماء مع الاختلاف الواقع بين الفقهاء فيما تحصل به نجاسة » (١) وفي (الجواهر)

(١) في شرح المسألة الثانية منه للمحقق من أحكام الرضاع - من كتاب النكاح - وهي قوله : « لا تقبل الشهادة بالرضاع إلا مفصلة . » قال الشهيد الثاني - قدس سره - في كلامه قبل هذه الجملة المذكورة في المتن ، واعلم أن ما ذكر من اعتبار التفصيل يتم مع اختلاف مذهب الشاهد =

بعد ذكر عدم قبولها إلا مفصلة ، والتعليل بذلك ، وحكاية ما تقدم من (المسالك) قال : « وصريحه كظاهر خبره سراية المسألة في كل ما كان المشهود به ذا شرائط مختلف فيها أو أسباب كذلك ، ومنه حينئذ الملك والبيع والوقف والزوجية والطلاق ونحو ذلك مما يقطع الفقيه بملاحظة افرادها بعدم اعتبار التفصيل في الشهادة بها ، ومنه ينقدح الاشكال فيما نحن فيه - الى أن قال - بعد المبالغة في الاشكال على الفرق بين المقام وغيره : « فالتجته طرد الحكم في الجميع نحو ماسمعتنه من (المسالك) إذا احتمل الخصوصية في الرضاع لم نتحققها » (١) وقال بعض الفضلاء (٢) في تعليقه على (الروضة) في الرد على التعليل لذلك بالاختلاف في شرائطه : أنه لو تم لزم وجوب التفصيل في جميع الشهادات حتى في الملك والبيع ونحو ذلك لوقوع الاختلاف في بعض أسباب الملك ، وبعض شروط البيع مع قبول الشهادة في جميع ذلك مجملة غير مفصلة ، والظاهر أن اعتبارهم التفصيل في الشهادة على الرضاع مستند إلى النص لدلالة بعض الظواهر عليه كما بيناه (في رسالة الرضاع) .

= لمذهب الحاكم في الشرائط واحتمال الاختلاف أما مع العلم باتفاقهما على الشرائط كما لو كان الشاهد مقلداً للحاكم فيها موثوقاً بمراعاة مذهبه فالوجه عدم الافتقار الى التفصيل وان كان أحوط ، خروجاً من خلاف الأصحاب حيث أطلقوا اشتراطه ، ومثل هذا

(١) تجد هذه العبارة بتفصيلها في شرح المسألة الثامنة المذكورة للمحقق من مسائل الرضاع في النكاح .

(٣) الفائل : أفا محمد علي الهزار جريبي المازندراني (منه) .
ولد ١١٨٨ ونوفي سنة ١٢٤٥ هـ من مؤلفاته الكثيرة : تعليقه المفصلة على (روضة الشهيد الثاني) من الطهارة إلى الدييات (منا)

والعجب منه أنه في (رسالته الرضاعية) استند في اعتبار التفصيل إلى وقوع السؤال من الامام عن عدد الرضعات ممن أخبر بوقوع رضاع بين اثنين .

وأنت خبير بأن عدم قبول قول من أخبر بالرضاع لا يستلزم عدم قبول من أخبر بوقوع الرضاع المحرم وأطلق من غير ذكر للتفصيل ، لأن الأول أعم من الثاني ، فلا يكون شهادة به وبعبارة أخرى : مرة تكون الشهادة على وقوع رضاع ، وأخرى على الرضاع المحرم ، ومرة ثالثة على وقوعه مفصلاً . لا كلام في قبول الأخير ، كما أنه لا كلام في عدم كفاية الأول في الحكم بالتحريم . وإنما الكلام في الصورة الثانية التي هي غير مورد الأخبار التي استند إليها في اعتبار التفصيل في خصوص الشهادة على الرضاع . ولذا لم نجد منهم من استند في المقام إلى النص وإنما استندوا إلى العلة المتقدمة .

هذا وتام الكلام في المسألة ينتهي في مقامين :

الأول : في طريق الشهادة ، والثاني في المشهود به .

أما الأول فنقول : إذا شهد الشاهد شهادة مطلقة ، فمقتضى القاعدة عدم قبولها ، لأن الشهادة في الحقيقة لإخبار عن ثبوت النسبة بحسب علمه واعتقاده ، إذ لا طريق له إليه إلا العلم ، وتصديق خبره بما دل على تصديق خبر العدل ، ليس معناه إلا تصديقه في علمه به وكونه معتقده ومعلومه له ، وأين ذلك من ثبوت المخبر به في الواقع مع وقوع الخطأ فيه كثيراً ، إلا إذا تعلق بالمحسوسات أو بما كان منتهياً إلى المبادي الحسية (١)

(١) فالمحسوسات واضحة الأمثلة ، وأما المنتهية إليها من الحدسيات

كاثبات الملكات النفسية - مثل العدالة والعفاف ونحوهما - من طريق المبادي المحسوسة المتمثلة بالأعمال الخارجية .

اللهم الا أن يكون مفاد دليل و صدق العادل ، تصديقه في المخبر به وكونه مطابقاً للواقع ، وهو انما يتم حيث يكون المخبر به من الأمور الحسية أو المنتهية إليها ، لان احتمال الكذب منفي في حق العادل بما دل على تصديقه ، واحتمال الخطأ منفي بالأصل لندرة وقوعه في المحسوسات ولغوية احتماله فيها عند العقلاء ، ولذا خصص الأكثر اعتبار الشهادة فيما كان المشهود به من الأمور الحسية أو منتهياً إليها .

وأما الثاني ، فالمشهود به : مرة يكون له واقع لا يختلف باختلاف الآراء والألظار ، كالملكية والزوجية ونحوهما وانما الاختلاف في بعض أسبابه ، وأخرى يكون مما لا واقع له متفقاً عليه ، بل تحققه واقعاً يختلف باختلاف الآراء كبعض الأسباب الشرعية ، فان البيع بالفارسية - مثلاً - عند بعض سبب ، وعند آخر غير سبب .

فان كان المشهود به من القسم الأول ، قبلت الشهادة به مطلقة ، لانه شيء متحد له واقع غير مختلف فيه ، يمكن استناده في تحققه الى الحس ، فلا يكلف بالتفصيل ذكر السبب .

ولا كذلك لو كان من القسم الثاني لعدم ثبوت واقع الا بحسب معتقده فلا بد من ذكره مفصلاً في شهادته به حتى يعلم موافقته فيه للحاكم وهدمه وليس معنى تصديقه في هذه الصورة الا تصديق خبره دون المخبر به . ومن الثاني الفسق ، والعدالة بناء على انها عبارة عن حسن الظاهر (١)

(١) العدالة في اللغة معناها الاستقامة والاعتدال في كل شيء وعدم الجور والانحراف يميناً وشمالاً وفي مصطلح الفقهاء - حيث أخذوها شرطاً في كثير من المسائل والأحكام كمسألة التقايد وإمامة الجماعة والطلاق والشهادات - اختلفت في حقيقتها : أنها الملكة النفسانية الباعثة على اتيان الواجبات وترك المعاصي ، أو أنها فعل الواجبات وترك المحرمات عن =

لثوقفهما على معرفة المعاصي حتى يكون مرئكب واحد منها فاسقاً ، ومتجنب الكل ظاهراً عادلاً ، وكم من فعل يكون معصية عند بعض ، ولا يكون معصية عند آخر ، ففعل الشاهد استند في تفسيقه إلى صدور فعل منه يراه معصية بالاجتهاد أو التقليد ، ولا يراه الحاكم معصية ، وفي تعديله بحسن الظاهر عنده لتجنبه ظاهراً عن جملة أمور لا يرى غيرها معصية حتى يكون ارتكابه

— ملكة ، وأنها الاستقامة العملية والسلوك في جادة الشرع باتيان الواجبات وترك المحرمات ، أو انها : الإسلام وعدم ظهور الفسق في الخارج ، أو انها : حسن الظاهر فحسب ، ولكل من هذه الآراء قائلون وأدلة وصلات بأخبار أهل البيت عليهم السلام : ولوأمننا التأمل والتحقق في هذه الآراء الخمسة لتمخضت عن رأيين متعارضين فقط ، فإن الأولين ربما يجتمعان في مفهوم واحد ، فيخضع أحدهما للآخر وتكون المحصيلة : أن العدالة نتيجة عمل خارجي وانطواء نفسي ، والآخرون ، الظاهر أنهما من الطرق الكاشفة عن حقيقة العدالة ، لا هي نفسها ، كما أن للعدالة طرقاً أخرى تكشف عنها غير حسن الظاهر وعدم ظهور الفسق ، وهي العلم ، والبيئة والوئوق والاطمئنان ، والشياخ والاستفاضة — على ما قبل .

ثم اختلفوا — في المعاصي التي تهدم العدالة ، هل تنقسم إلى صغيرة وكبيرة أم كل الذنوب كبائر ؟ وإنما الاختلاف بينهما نسبي :

ثم اختلف القائلون بالتقسيم في المائز بينهما فالمشهور : إن الكبيرة ما نوعد عليها النار في الكتاب ، وقيل : محض التوعد ، سواء من الكتاب أم من السنة . وقيل : الكبيرة هي ما رتب لها في الشريعة حد معين . وقيل : الكبيرة : هي المعلومة الحرمة بدليل قاطع كاجماع أو كتاب أو سنة ، وقيل : غير ذلك في تعريف الكبيرة ، وبالمعاكسة تعرف الصغيرة لأن الكبير والصغير من المعاني المتضادة التي يعرف أحدها بمعاكسة الآخر —

معصية ، وبراہ الحاکم معصية نعم على القول بأنها هي الملكة ، تقبل الشهادة بها مطلقة ، لان لها واقعية كالملكية والزوجية .

ومنه أيضاً : سببه الرضاع للتحريم ، فكمن رضاع براه بعض سبباً للتحريم شرعاً ، وينكره الآخر ، ولا يرى سببته له شرعاً ، فلا تكفي شهادته الرضاع المحرم الا مفصلة بذكر سبب التحريم من الكمية والكيفية . هذا مع أن ما كان من القسم الثاني يؤول - في الحقيقة - الى الفتوى فان ترتب المترتب على ما يراه سبباً فتوى منه بذلك واجتهاد في سببية السبب وهو غير مقبول ولا متبع . ولا كذلك ما كان من القسم الأول ، فانه له واقع يشهد بشوته وتحققه في الواقع ، ولا تؤول الشهادة عليه الى الفتوى والاجتهاد .

نعم لو ان ما كان من القسم الثاني يجري فيه الأصل الموضوعي كما لو كان له فردان : صحيح وفاسد لم يستل عن تفصيله ، للحمل على الصحيح باصالة الصحة ، غير أن الكلام فيه في أن اجراء الأصل : هل هو وظيفة الشاهد أم وظيفة الحاکم . والظاهر هو الأول لأن الحاکم وظيفته الحكم بالبينة لا بالبينة والأصل

نعم ليس على الشاهد بيان الاستناد إليه في شهادته ، بل قد يقال : بافساده الشهادة بذكر المستند في بعض الموارد ، قال الشهيد في (القواعد) :

- ثم اختلفوا أيضاً - بعد الاتفاق بقدر الكبيرة في العدالة واستمرارها - هل تقدر الصفات فيها أيضاً ، وكذا منافيات المروءة وهي الصفات الموجبة للخسة والدناءة - على اختلافها ؟ إلى غير ذلك من مسائل الخلاف بين الفقهاء في موضوع العدالة وطرقها وقادحياتها وغير ذلك - راجع في تفصيل ذلك : موضوع العدالة في أبواب الاجتهاد وامامة الجماعة والشهادات من الموسوعات الفقهية وكتب الأخبار . -

و ذكر الشاهد السبب في الشهادة : قد يكون سبباً كما في صورة للترجيح وقد يكون فعله وتركه سواءً كما في صور كثيرة ، وقيل قد يكون ذكر السبب قادحاً في الشهادة كما لو قال : اعتقد أن هذا ملكه للاستصحاب وان كان في الحقيقة مستنداً إلى الاستصحاب . وكذا لو صرح بأن هذا ملكه ، علمته بالاستفاضة ، وهذا ضعيف ، لأن الشرع جعل الاستفاضة من أسباب التحمل ، فكيف يضر ذكرها ، وانما يضر ذكر الاستصحاب ان قلنا به لانه يؤذن بشكه في البقاء . ولو أهمل ذكره وأنى بصورة الجزم زال الوهم . ولو قيل بعدم الضرر أيضاً ، كان قوياً . وكذا الكلام لو قال : هو ملكه ، لاني رأيت يده عليه أو رأيت بتصرف فيه بغير مانع وهاية ما يقال : ان الشاهد ليس له وظيفة ترتب المسببات على الاسباب انما يشهد بما يعلم ، وانما ذلك وظيفة الحكام . قلنا : اذا كان الترتيب شرعياً وحكاه الشاهد ، فقد حكى صورة الواقعة ، فكيف ترد الشهادة بما هو مستندها في الحقيقة (١) انتهى .

وبالجملة : لو كان في المقام أصل موضوعي يمكن استناده كاصالة الصحة ، والاستصحاب ونحوهما لا مانع من الاستناد إليه ، لأن الأصل - حينئذ - يكون بالنسبة إليه كالرؤية بعد فرض اعتباره .

لا يقال : أن الأصل لا يوجب العلم بالشهود به ، ولا ريب أن العبرة بالعلم لا غير ، كما يستفاد من الأخبار المتواترة .

لأننا نقول : معنى اعتبار الامارة ترتب جميع الآثار على ما قامت عليه ، ومن المعلوم أن جواز الشهادة أيضاً من الآثار ، فلا بأس بأدائها

(١) توجد هذه العبارة في قواعد الشهيد الأول محمد بن مكي العاملي الدمشقي المتوفى سنة ٧٨٦ هـ ص ١٧٠ طبع ايران حجري بعنوان : قاعدة في ذكر السبب في الشهادة .

بصورة الجزم من غير حاجة إلى ذكر المسند .

فتحصل مما ذكرنا ان المشهود به إن كان من الأمور الواقعية ، جازت الشهادة عليها مطلقة ولم يفتقر قبولها إلى ذكر التفصيل ، كالشهادة على الملكية أو الزوجية ونحوهما مما قامت السيرة القطعية المتلقاة - خلفاً عن سلف إلى زمن المعصوم عليه السلام - على قبولها مطلقة في أمثال ذلك من غير استفعال منه عن أسبابها .

وان كان من غيرها ، فان كان هناك أصل موضوعي فكذاك ، والا فلا بد من التفصيل ، فيقبل منه ما كان معتقده اجتهاداً أو تقليداً موافقاً لمعتقد الحاكم ، ولا يقبل ما كان مخالفاً له .

نعم غير بعيد استثناء صورة مالو علم الحاكم موافقته لمذهبه وكان واثقاً به ، فيقبلها عنده ، مطلقة غير مفصلة ، كما استثناهما بعض ، الا أنه خلاف لإطلاقهم المنع عن قبولها مطلقة ، فالرضاع مما لا تقبل الشهادة فيه مطلقة . وكذا الشهادة على النجاسة ، فانها أيضاً مما اختلفت فيها الأقوال فان العصير - مثلاً - طاهر عند واحد ، ونجس عند آخر (١) .

وكذا الكبر ، فانه أيضاً ليس من الأمور الواقعية ، بل يختلف باختلاف آراء المجتهدين : فرب مقدار من الماء هو كبر عند بعض ، وليس بكبر عند آخر (٢) فالشهادة في أمثال ذلك لا تقبل مطلقة .

(١) العصير العني اذا غلا واشتد بنفسه أو بالواسطة ولم يذهب ثلثاها اختلفوا في نجاسته بعد اتفاقهم على حرمة - اذا أسكر كالمسكرات عموماً - فالمشهور ألحقوا النجاسة بالحرمة ، وغيره فرقوا بينهما حتى في الخمر وعامة المسكرات فقالوا بالحرمة لا النجاسة - عن الموسوعات الفقهية في أحكام النجاسات .

(٢) اختلف الفقهاء في مقدار الكبر الوارد في لسان الأخبار ، الذي به يعصم الماء المطلق من الانفعال بالنجاسة : على أقوال شتى ، فقبل =

وبعد الوقوف على ما ذكرنا يظهر لك : أن العلة في اعتبار التفصيل في الشهادة على الرضاع ليست سارية في جميع موارد الشهادات - كما تقدم من الجواهر - ولا مخصوصة بخصوص الرضاع حتى يقع الاشكال في وجه الخصوصية مع وجودها في غيره أيضاً ، بل تختلف بحسب المقامات في موارد الشهادات حسبما ذكرنا .

هذا : ولا يتوهم الفرق على ما قلنا بين مالو شهد على الرضاع على أحد العناوين السبعة المسببة عنه ، فيقال بالقبول مطلقة في الثاني كالشهادة على الأمومة والبنية ، فإنها كالشهادة على الملكية والزوجية ، ضرورة عدم الفرق بينهما بعد أن كانت العناوين المحرمة مسببة عن الأسباب المختلفة في تحققها ، ولذا عطف غير واحد الصورة الثانية على الأولى في تعداد الأمثلة كالعلامة في بعض كتبه ، والكركي ، وكاشف اللثام وشيخنا في (الجواهر) ، بل منهم من اقتصر في المثال على الصورة لثانية كالدوام في (الرسالة الرضاعية) حيث قال فيها : « مسألة : لا تسمع الشهادة في الرضاع مطلقه » كما يسمع الاقرار به مطلقاً ، بل لا بد من التفصيل ، فلو شهد الشاهدان بأن هذا ابن هذه من الرضاع أو أخوها - مثلاً - لم تسمع حتى يقولوا : نشهد أنها أرضعته من لبن الولادة عشر رضعات تامات - إلى أن قال - صرح بذلك الأصحاب ، وذهبت إليه العامة ، لأن النصاب المتعلقة به التحريم مختلف فيه كمية وكيفية : فبعضهم حرم بالقليل وبعضهم بالاجبار (١) إلى غير ذلك من الاختلافات ، فلا بد من ذكر الكمية = هو ما بلغ مكسّر مساحته (٢٧ شراً) ، وقبل (٣٦ شبراً) ، وقبل ثلاثة وأربعين شبراً إلا ثمن الشبر ، وقبل غير ذلك - عن الموسوعات الفقهية وكتب الأخبار - في أوائل كتاب الطهارة -

(١) أوجزه إيجاراً : الشيء في فيه : جعله فيه

والكيفية ، وسائر ما اختلف في اعتباره - الى أن قال - بعد ذلك : ضابطة لعلمن : أن هذا الحكم ليس مختصاً بباب الرضاع ، بل أنه أصل ضابط في نطاق الشهادة فيما اختلف فيه آراء المجتهدين ، (١) انتهى . هذا كله في الشهادة على الرضاع مطلقة . ولو شهد على الاقرار به مطلقاً ، قبلت الشهادة في ثبوت الاقرار ، وان كان مطلقاً ، لنفوذ في حق المقر مطلقاً مفصلاً كان أو مطلقاً و (دعوى) ان المقر ربما ظن محرماً ما ليس منه (يدفعها) أنه أمر آخر لاتعاق له بالشهادة على الاقرار الذي مع ثبوته لا يجب على الحاكم استقصاؤه ، لعدم مؤاخذه العقلاء باقرارهم وهو واضح ، لاشك فيه ولا شبهة تعريه .

الثالثة : لو ملك أحد عموديه من الرضاع انعتق عليه كالنسب على الأظهر الأشهر ، بل المشهور ، ولا سيما بين المتأخرين ، بل عن بعض دعوى الاجماع عليه ، للمعتبرة المستفيضة الدالة على الانعتاق فيه ، مع تضمن بعضها للاستدلال عليه بمحدث ، يحرم من الرضاع ، (٢) فلا يعارضها

(١) توجد هذه العبارة في آخريات الرسالة المسماة بضوابط الرضاع ص ١١٧ طبع ايران حجري والسيد الداماد هو محمد باقر بن محمد الحسيني الامتريبادي المعروف بالسيد الداماد لأن والده كان صهرًا للمحقق الثاني الكركي ، توفي سنة ١٠٤١ هـ ودفن في النجف الأشرف .

(٢) الروايات المتبعة بهذا المضمون كثيرة ، تجدها في عدة أبواب وكتب من كتب الأخبار ، ككتاب العتق ، وباب الرضاع من كتاب النكاح وفي كتاب الضمان ، وفي كتاب التجارة باب ٤ من أبواب بيع الحيوان من كتاب الوسائل ، روايات كثيرة لذكر منها ما يلي : محمد بن الحسن باسناده عن أحمد بن محمد بن عيسى ، عن ابن أبي حمير عن ابان بن عثمان عن أبي بصير وأبي العباس وعبيد ، كلهم عن أبي عبد الله عليه السلام : -

مادل على العدم من الأخبار المرجوحة بالنسبة الى تلك المعتبرة ، التي هي أكثر منها عدداً وأوضح منها سنداً وأرجح منها بالعمل وبمخالفة العامة (١) = قال : اذا ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته أو خالته أو بنت أخيه أو بنت أخته - وذكر أهل هذه الآية من النساء - عتقوا جميعاً وبملك عمه وابن أخيه وابن أخته والخال . ولا يملك أمه من الرضاعة ولا أخته ولا عمته ولا خالته ، اذا ملكن عتقن ، وقال : ما يحرم من النسب فإنه يحرم من الرضاع . وقال يملك الذكور ما خلا والدأ أو ولدأ ، ولا يملك من النساء ذات رحم محرم قلت : يجري في الرضاع مثل ذلك ؟ قال : نعم يجري في الرضاع مثل ذلك ، .

ولقد عقد في الوسائل كتاب العتق منه باباً خاصاً بانهتاق العمودين من الرضاعة على ولديها ، يحتوي على زهاء عشرة أحاديث متقاربة المضامين : (١) قال : السيد الداماد في (رسالته الرضاعية ص ٨٧) طبع إيران حجري : « مسألة : هل الرضاع شقيق النسب في كونه سبباً في العتق ، فينطبق على المالك منه ما ينعتق عليه من النسب ؟ ذهب أكثر علمائنا وكثير من فقهاء العامة الى انه كذلك - الى قوله - : وخالف فيه الحسن ابن أبي عقيل من قبل وقال : لا بأس بملك الأم والأخت من الرضاعة وبيعهن ، وانما يحرم منهن ما يحرم من النسب في وجه النكاح فقط ، فوافقه الشيخ المفيد وثلثمائة سائر بن عبد العزيز ، وارتضاه وانتصره محمد ابن إدريس وسبطه المدقق يحيى بن سعيد ، رحمهما الله - وأما أبو علي بن الجنيد فكلامه يعطي جواز الملك على كراهة وعدم تسويغ البيع الا لضرورة - ويستمر في تأييده لالكلام المشهور بالكتاب والسنة ثم يقول : احتج النافون للانعتاق . . . بموثقة الحسن بن محمد بن سماعة يعلو اسناده عن عبد الله وجعفر بن محمد بن العباس عن أحدهما عليهما السلام قال : يملك =

وأولاً تضمن بعضها الاستدلال بحديث (يحرم) لأمكن المناقشة في الاستدلال به عليه ، كما استدلت لظهوره في حرمة النكاح دون غيره ، فاللازم حينئذ حرمة ترتيب آثار الملك بقربنة استدلال الامام به في المقام ، وكيف كان فلتفصيل المسألة محل آخر

الراهبة : اختلفوا في ثبوت الرضاع بشهادة النساء وعدمه على قولين : فمن الشيخ في (الخلاف) وموضع من (المبسوط) والخلي في (السرائر) والعمامة في (القواعد) وغيرهم عدم قبول شهادتهن في الرضاع ، بل في الأول : دعوى الاجماع عليه (١) وفي الآخرين : القول بالقبول متروك ، وهو الذي يقتضيه الأصل وعموم « فانكحوا ما طاب لكم

= الرجل أخاه وغيره من ذوي قرابته من الرضاة » . . وموثقته أيضاً « عن محمد بن زياد عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام : قال : اذا اشترى الرجل أباه أو أخاه فهو حر إلا ما كان من قبل للرضاع ، وموثقة ابن فضال عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام - في بيع الأم من الرضاة - قال : لا بأس بذلك اذا احتاج » .

ثم يأخذ في قدح الروايات المعارضة من حيث السند بأن جميعها موثق وتلك صحاح ، والموثق لا يعارض الصحيح ، ومن حيث الدلالة بأن عامتها خارج عن حريم النزاع ، إذ بعضها غير متعرض للعمودين ، وبعضها مأول وبعضها ينخص البيع بوقت الحاجة والضرورة لا مطلقاً - الى آخر كلامه المفصل المفيد - فراجع .

(١) قال : الشيخ في الخلاف ج ٢ آخر كتاب الرضاع ، مسألة ١١ « لا تقبل شهادة النساء عندنا في الرضاع بحال - إلى قوله - : دليلاً : اجماع الفرقة وأخبارهم »

من النساء (١) وأحل لكم ، (٢) فتأمل ، ولأن التحريم متوقف على وجود سببه ، ولا دليل على ثبوته بشهادتهن الا ما قد يقال : بإندراجهم في عموم ما دل على قبول شهادتهن فيما يتعذر أو يتعسر الاطلاع عليه من أمورهن للرجال ، الممنوع كون الرضاع منه حتى تشملهم كلية الكبرى .

وعن المفيد والمرئضي وسلام والحسن وأبي علي وابن حمزة والشيخ في موضع آخر من (مبسوطه) قبول شهادتهن فيه ، واستقر به العلامة في (القواعد) (٣) والمحقق في الشرايع (٤) وان تردد هو في النافع الا أنه جعله فيه الأشبه (٥) ، هل قيل : أنه الأشهر ، ولا سيما بين المتأخرين ، لعموم ما دل على قبول شهادتهن فيما لا يستطيع الرجال أن ينظروا إليه

(١) « وان خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء . . . سورة النساء / ٣ .

(٢) ففي سورة النساء آية ٢٤ بعد عرض آية التحريم السابقة « حرمت عليكم . . . وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين : . . . »

(٣) فقال في خاتمة باب الرضاع : « الأقرب قبول شهادة النساء منفردات . . . إلى قوله : ولو شهدت بأني أرضعته فالأقرب القبول ما لم تدع أجرة . »

(٤) قال : في أخريات الطرف الثالث في أقسام الحقوق : من كتاب الشهادات : « وفي قبول شهادة النساء منفردات في الرضاع خلاف ؟ أقره الجواز . »

(٥) قال - في ملحقات كتاب الشهادات من المسائل - « الثالثة : لا تقبل شهادة النساء في الحلال والطلاق وفي قبولها في الرضاع تردد ، أشبهه القبول : »

ويطلبوا عليه (١) والرضاع منه ، وخصوص مرسله ابن بكير : « عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام في امرأة أرضعت غلاماً وجارية قال : يعلم ذلك غيرها ؟ قلت : لا ، قال : لا تصدق إن لم يكن غيرها » (٢) الظاهرة بعموم مفهومها على أنها تصدق مع وجود غيرها ، الشامل باطلاقة مالو كان الغير من النساء ولو لم تقبل شهادتها لم يكن وجهه للتعليل على عدم وجود الغير معها مع كون الاجتماع المتقدم موهوناً بفتوى حاكمه في شهادة (مبسوطة) المتأخر عن (خلافة) - على ما قيل - بالخلاف مؤيداً باطلاق قبول قول المرأة والنسوة اذا كن مستورات في خبر ابن أبي يعفور (٣) وبما روي عن الفقيه من أن نقص عقول النساء هو الموجب

(١) مضامين روايات كثيرة ذكرها الوسائل في كتاب الشهادات باب ٢٤ ما تجوز شهادة النساء فيه . فمن ذلك : « عن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن إبراهيم الحارثي قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام ، يقول : تجوز شهادة النساء فيما لا يستطيع الرجال أن ينظروا اليه ويشهدوا عليه . . . » وغيرها مثلها كثير .

(٢) في الوسائل : كتاب النكاح ، باب ١٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث رقم ٣ ، الرواية هكذا : « وبأسناده - أي محمد بن يعقوب الكليني - عن علي بن الحسن بن فضال عن محمد بن عبد الله بن زرارة ومحمد وأحمد ابني الحسن بن علي عن الحسن بن علي عن عبد الله بن بكير عن بعض أصحابنا . . . » .

(٣) في الوسائل ، كتاب الشهادات باب ٤١ ما يعتبر في الشاهد من العدالة ، حديث رقم (٢٠) : « محمد بن الحسن بأسناده عن أبي القاسم جعفر بن محمد بن قولويه عن أبيه عن علي بن عتبة وذبيان بن حكيم الأودي عن موسى بن أكبل عن عبد الله بن أبي يعفور عن أبي جعفر (ع) : =

لكون شهادة المرأة نصف شهادة الرجل ، وان شهادة الثنتين منهن بمنزلة شهادة رجل واحد (١) فتأمل .

ولعل هذا القول هو الأقوى ، لان الرضاع لا يمكن انكار كونه من الأمور الخفية التي لا يمكن اطلاع الرجال عليها غالباً حسبما هو معتبر في التحريم ، فلو لم تعتبر شهادتهن عليه ازم الوقوع كثيراً في ورطة لنكاح المحرمات مع غلبة لارضاع غير الأمهات من المرضعات ، فتناسبت الحكمة قبول شهادتهن ، وشمول أخبار قبولها له أيضاً ، وان كان موردها مالا يجوز نظر للرجال اليه كالعدرة وعيوب الفرج والحيض والنفاس ، وحيث قلنا بقبول شهادتهن منفردات قلنا بقبول شهادتهن منضجات ، فتقبل فيه شهادة رجل وأمرأتين بالأولوية .

ثم على تقدير قبول شهادتهن ، فهل تقبل شهادتهن فرعاً على شهادتهن على الرضاع أولاً ؟ وجهان : بشأن من قبول شهادتهن أصلاً ، فتقبل شهادتهن فرعاً بالأولوية ، ومن ان القبول في الأصل لتعسر اطلاع الرجال عليه ، ولا كذلك في الفرع . وبذلك تمنع الأولوية وعلى تقدير تسليحها فهي ظنية لا تجدي .

= قال : تقبل شهادة المرأة والنسوة إذا كن مستورات من أهل البيوتات معروفات بالستر والعفاف . مطيعات الأزواج ، تاركات للبداء والتبرج إلى الرجال في انديتهم .

(١) الوسائل ، باب ١٦ من أبواب الشهادات - في تفسير الحسن العسكري عن أمير المؤمنين (عليهما السلام) في تفسير قوله تعالى : « ان تفضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى » : « اذا ضلت إحداهما عن الشهادة فنسيتها ذكرت إحداهما الأخرى بها فاستقامتا : في أداء الشهادة عند الله شهادة امرأتين بشهادة رجل لنقصان عقولهن ودينهن » .

الخامسة : هل يقع الظهار بالرضاع كما يقع بالنسب بأن يقول لامرأته أنت علي كظهر أمي من الرضاع ، أم لا ؟ فيه خلاف : قيل بالوقوع ، لعموم : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » (١) وخصوص صحبة زرارة : « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الظهار ؟ فقال : هو من كل ذي محرم أم أو أخت أو عمة أو خالة ، ولا يكون الظهار في يمين ، قال قلت : كيف يكون ؟ قال : يقول الرجل لامرأته - وهي طاهرة في غير جماع - أنت علي حرام مثل ظهر أمي أو أختي ، وهو يريد بذلك الظهار ، (٢) ، واشتراكهما في قول الزور والمنكر .

وفي الكل نظر : أما الحديث ، فلظهوره في اشتراك عناوين النسبية والرضاعية في التحريم ، لا في اشتراكهما في وقوع الظهار به في التشبيه . وأما الصحيحة ، فلأن غاية ظهور التنكير شموله لكل محرم بالنسب أما كان أم غيرها ، كما صرح بذلك من بعده ، لا كل ما كان محرماً ، ولو بالرضاع .

وأما اشتراكهما في قول الزور ، فليكونه بمجرد لا يثبت به حكم الظهار ، ضرورة أن الظهار زور ومنكر ، لا كل زور ومنكر ظهار .

فاذاً الأثرى هو القول بعدم ، لا للأصل مع عدم الدليل المخرج منه . خاتمة : قد ظهر لك : ان بعض أحكام النسب ثابت في الرضاع ، وهو تحريم النكاح وثبوت المحرمية بالانفاق ، وبعضها مختلف فيه عندهم وهو انعقاد أحد العمودين من الرضاع بالملك ، وثبوت الظهار بالتشبيه

(١) نبوي مشهور مروي بطرق مختلفة . ذكرت في الوسائل في أوائل

أبواب ما يحرم بالرضاع من كتاب النكاح . . .

(٢) راجع - من الوسائل ، كتاب الظهار ، باب ٢ حديث (٢)

وباب ٤ حديث (١) مثله .

بالمحرّمات من الرضاع ، كما عرفت الخلاف فيه ، وأن الأقوى هو الثبوت في الأول ، والعدم في الثاني ، ويفترقان في كثير من الأحكام ، فإنها ثبتت في النسب ولا ثبتت في الرضاع كالتوارث ، واستحقاق المنفعة وعدم قبول شهادة الولد على والده ، وسقوط قَود الوالد بالولد ، وعدم استيفائه حد القذف ، وحد القطع بسرقة ماله ، وحق الولاية للاب والحضانة للام ، وتحمل العقل (١) في جنابة الخطأ ، وعدم نفوذ قضاء الولد على والده ، دون الافتاء ، وانصراف إطلاق الوالد أو الولد في النذور والأيمان إلى من كان من النسب دون الرضاع ، فإن هذه الأحكام ثابتة في النسب دون الرضاع فلا توارث بين الولد ووالده من الرضاع ، ولا استحقاق للنفقة أيضاً ، وتقبل شهادة الولد على والده من الرضاع ، ويقاد الوالد بولده من الرضاع ويستوفى منه حد القذف والسرقه ، إلى غير ذلك من الأحكام المتقدمة ، فإنها غير جارية في الرضاع

فانضح لك أن حكم الرضاع بحسب مشاركته للنسب ومباينته إياه ، ينقسم إلى أقسام ثلاثة : قسم يتحد حكمهما إجماعاً ، وقسم يختلف حكمهما كذلك ، وقسم اختلفت فيه كلمات الفقهاء ، وقد عرفت التفصيل في كل منها بما لا مزيد عليه .

تنبيه : اعلم أن للأُم إطلاقاً ثلاثة : أمهات النسب ، وأمّهات الرضاع وأمّهات التبجيل والعظمة ، وهن زوجات النبي - صلى الله عليه وآله -

(١) - بالفتح والسكون . الاسم من عقل بعقل ، وهي دبة القتيل : قال الطريحي - في مجمع البحرين - « وأصله أن القاتل كان إذا قتل قتيلاً جمع الدبة من الابل فعقلها بفناء أولياء المقتول أي شدها في عقلها ليسلمها إليهم ، ويقبضونها منه ، فسميت الدبة عقلاً ، بالمصدر . يقال : عقل البعير بعقله عقلاً ، واجمع عقول » ،

فإنهم " أمهات المؤمنين ، لقوله تعالى : « النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وأزواجه أمهاتهم » (١) ويشاركن أمهات النسب في حرمة نكاحهن بالنص لا باطلاق الأمومة عليهن دون المحرمية ، فلا يجوز عندنا النظر اليهن فيما يجوز النظر الى المحارم ، خلافاً لبعض من خالفنا - على ما قيل - فجوزوا النظر اليهن لاطلاق الأمومة عليهن ، وهو مردود بالنهي عن التبرج ، مضافاً إلى ما روته أم سلمة : « قالت كنت أنا وميمونة عند النبي صلى الله عليه وآله : فأقبل ابن أم مكتوم ، فقال احتجبا عنه ، فقلنا انه أعمى ، فقال النبي صلى الله عليه وآله : فحمياوان أنتما ؟ » (٢) الخبر .

وليس كل من حرم نكاحها جاز النظر اليها كأخت الزوجة : اللهم الا ان تدعى الملازمة بين تأييد الحرمة والمحرمية ، فلا ينقض بأخت الزوجة المحرمية ، جمعاً لا تأييداً .

وفيه : ان الملازمة ، لو سلمت كليتها ، فانما هي بين التحريم بأحد العناوين المتقدمة والمحرمية ، لا مطلقاً ، وقد عرفت أن حرمة نكاحهن بالنص لا باطلاق الأمومة عليهن ، فقد استبان أن المراد أمومة الاجلال والكرامة ، لا غير .

هذا ما وسعنا من تحرير مسائل هذا الباب على تشتت البال وتشويش الخيال ، والله الهادي الى الحق والموفق للصواب .

(١) سورة الأحزاب / ٦ .

(٢) في مقدمات كتاب النكاح من الوسائل باب ١٢٩ من أبواب مقدماته وآدابه ، الحديث رقم (٤) هكذا : « عن أم سلمة ، قالت : كنت عند رسول الله (ص) وعنده ميمونة ، فأقبل ابن أم مكتوم - وذلك بعد أن أمر بالحجاب فقال : احتجبا ، فقلنا : يا رسول الله أليس أعمى لا يبصرنا ؟ قال : أعمياوان أنتما ، ألستما تبصرا نه ؟ » .

رِسَالَةٌ

فِي الْوَلَايَاتِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مسألة في الولاية وأقسامها ، وموارد ثبوتها ، والقدر الثابت منها .
وتنقيح الكلام فيها يتم بذكر مقدمة ومباحث :
أما المقدمة ، ففي بيان معناها ، وانقسامها بنحو الاجمال ، وما يقتضيه
الأصل فيها ، فنقول - وبالله التوفيق - :

الولاية لغةً كَأْ عن القاموس والمجمع - بالفتح - : مصدر بمعنى
الربوبية والنصرة ، ومنه قوله تعالى : « هنالك الولاية لله الحق » (١)
وبالكسر : اسم بمعنى الامارة (٢) واصطلاحاً : هي سلطنة على الغير عقلية
أو شرعية . نفساً كان أو مالا أو كليهما بالأصل ، أو بالعارض ،

(١) سورة الكهف / ٤٤ . وتتمة الآية : « هو خير ثواباً ، وخير
عُقْباً » .

(٢) والسلطنة والامارة نوعان : عامة ، وخاصة :

فالعامة : هي المتعلقة بانحاء التصرفات المشروعة على جهة العموم ،
كما لو جعل الشارع المقدس للفقهاء - مثلاً - الولاية على أموال القاصر
بجميع انحاء التصرفات الراجعة لمصلحتها اليه فلا استثناء ، وتسمى هذه
بالولاية العامة .

والخاصة : هي السلطنة الضيقة النطاق ، كما لو فرض جعل الشارع للفقهاء
إجازة خاصة بنحو معين من التصرفات كالإيجار أو الاستيجار فقط : وتسمى
هذه بالولاية الخاصة :

والفرق بينها وبين الحق المفسر بذلك أيضاً - كما تقدم في مسألة الفرق بين الحق والحكم - (١) هو ان تصرف الحق بذلك تفسير له باعتبار أثره - غالباً - فان الحق - حقيقة - : هو الشيء الثابت الموجب لسلطنة من هو له على من هو عليه . والولاية هي نفس السلطنة المنجولة أو المنجولة لصاحبها على الغير ، فأثرها في الأول - وهو التصرف من صاحبها - انما هو غالباً لاستيفاء ما هو له ومصالحته ، وفي الثاني انما هو لنقص في المولى عليه ورجوع مصالحته اليه اتفاقاً للنظام .

ثم انما تنقسم باعتبارات مختلفة الى أقسام متعددة : فتقسم باعتبار الى الولاية بالمعنى الاخص ، واليها بالمعنى الاعم ، (فالأولى) هي المسببة عن أحد الأسباب الخمسة : الأب ، الجد له ، الملك ، والسلطنة ، والوصية - كما عن (التذكرة) حيث حصرها في الأسباب المذكورة - ثم قال بعد عدها - ولا تثبت بغير ذلك عندنا ، (٢) (والثانية) : هي مطلق القدرة على انفاذ التصرف في الشيء ، فنعم الوكيل والمأذون ، والمتصدق في مجهول المالك ، ومالك الصدقة في الزكاة بالنسبة الى العزل والدفع الى المستحق وتبديل العين بالقيمة ، والأم بالنسبة الى الحضانة ، ومتولي الوقف العام أو الخاص من الواقف ، وفي القصاص والتقص ، والمرتهن في بيع العين المرهونة - في الجملة - وغير ذلك من الموارد التي وقع التعبير فيها - كثيراً - بالولاية لمن له ذلك في كلمات الفقهاء . وهو

(١) وهي المسألة الأولى من الجزء الأول من كتاب (بلغة الفقيه)
(٢) قال في أوائل كتاب النكاح من التذكرة ، المبحث الثاني في أسباب الولاية - : وهي عندنا خمسة : الأبوة والجدوة والملك والسلطنة والوصاية ، ولا تثبت بغير ذلك عندنا ، خلافاً للعامة فانهم يثبتون مع ذلك شيئين آخرين : العصبوة والعق .

وان كان بظاهره يتنافى ما تقدم من (التذكرة) : من اختصاصها بأحد الأسباب المتقدمة ، الا أن الجمع بينها يقتضي حمل ما تقدم من (التذكرة) على الولاية بالمعنى الأخص التي هي من قبيل المنصب ، وحمل غيره عليها بالمعنى الأعم التي مرجعها في الحقيقة إلى التولية والتفويض ، ويمكن الجمع بحمل ما كان مسبباً عن أحد الأسباب الخمسة المتقدمة على الولاية - بالكسر - التي قد عرفت معناها : الامارة المناسبة لكونها من المناصب ، وغيره على الولاية ، بالفتح ، لتضمنها النصرة والمساعدة ، والا فكثير من ذلك يعد من الحقوق التي تغاير الولاية بالمعنى الأخص .

وتنقسم أيضاً باعتبار إلى الاجبارية والاختيارية ، وهما صفتان لمن له الولاية ، دون من عليه ، فمناطق الاختيارية كونها بالنظر والاختيار كالوكيل ونحوه ، والاجبارية كونها بالجعل والعنوانية ، كما في الأب والجد ، وان أمكنه الخروج بما يوجب سقوطها عنه بكفر ونحوه ، فان ذلك لا يتنافى صدق الاجبارية عليها ، كالتزام الوكيل ونحوه بنذر وشبهه غير المنافي لصدق الاختيارية عليها . وهذا التقسيم لها باعتبار معناها الأعم ، وعلى الاحتمال الآخر في الجمع : من اختصاص كل لفظ بمعناه ، فالاجبارية صفة للولاية بالكسر والاختيارية صفة لها بالفتح .

وباعتبار عموم الموتى عليه وخصوصه ، وبالنسبة إلى عموم جهات التولية وخصوصها تنقسم أيضاً : إلى الولاية العامة والخاصة وعموم جهات الخاص وخصوصها ، فولاية الحاكم عامة لكونها تعم أفراد الناس في أنفسهم وأموالهم بعد وجود سبب الولاية عليه ، وولاية الأب خاصة على ولده الصغير ، وان عمت من حيث تعلقها بنفسه وماله ، ومثله وصي الأب على صغار ولده ، ولو اختصت الوصية بجهة خاصة من أمر الصغير ، فهو ولي عليه بخصوصه في خصوص تلك الجهة التي ولي عليه فيها .

وباعتبار الاستقلالية في التصرف أو اعتباره في تصرف الغير : تنقسم الى ما يكون الولي مستقلاً بالتصرف ، سواء كان تصرف الغير منوطاً باذنه أم لا ، ومرجع ولايته حينئذ ، الى كون نظره سبباً في جواز تصرفه ، والى ما يكون تصرف الغير منوطاً باذنه ومرجعه حينئذ الى كون نظره شرطاً في تصرف الغير ، فهو بهذا الاعتبار يطلق عليه الولي أيضاً . لعدم استقلالية تصرف الغير إلا باذنه ، وبين المعنيين عموم من وجه - كما قيل -

ثم ان اكمل الولايات وأقواها : هو ولاية الله سبحانه وتعالى على خلقه من الممكنات بعد أن كانت بأسرها في جميع شؤونها وكافة أطوارها مفتقرة في وجودها الى الواجب ، مقهورة تحت سلطانه متقلبة بقدرته ، إذ لا استقلالية للممكن في الوجود لكونه ممكناً بالذات موجوداً بالغير ، وعدم التعلق في الممتنع لنقص في المتعلق ، لا لقصور في التعلق ، وإلا فهو على كل شيء قدير .

ومن رشحات هذه الولاية : ولاية النبي - صلى الله عليه وآله - وخلفائه المعصومين عليهم السلام : بالولاية الباطنية ، فان لهم التصرف بها في الممكنات بأسرها من الذرة الى الذروة باذنه تعالى ، وهي بهذا المعنى خارجة عن الولاية المبحوث عنها في المقام ، ولهم - كما ستعرف - الولاية الظاهرية أيضاً على كافة الرعية ، بعد أن كانت الناس طراً - رعاياهم ، بل عبيدهم ، لكن عبيد الطاعة ، لا عبيد الملك ، كما ورد عن الرضا (ع) (١) .

(١) في الجزء الأول من أصول الكافي للكليني ، كتاب الحجة باب فرض طاعة الأئمة عليهم السلام حديث (١٥) هكذا : . . وبهذا الاستناد عن مروي بن عبيد عن محمد بن زيد الطبري ، قال : كنت قتماً على رأس الرضا عليه السلام بخراسان ، وعنده عدة من بني هاشم ، وفيهم اسحاق بن موسى بن عيسى العباسي ، فقال : يا اسحاق ، بلغني =

هذا ولا ريب في أن مقتضى الأصل الأولي عدم الولاية بجميع معاليها لأحد على أحد لأنها سلطنة حادثة ، والأصل عدمها ، ولأنها تقتضي أحكاماً توقيفية ، والأصل عدمها ، إلا أنه خرجنا عن هذا الأصل في خصوص النبي - صلى الله عليه وآله ، والأئمة عليهم السلام - بما دل : من العقل والنقل على أن لهما أولوية التصرف مستقلاً في نفوس الناس وأموالهم من غير توقف على إذن أحد منهم ، فضلاً عن ثبوتها لهما بمعنى توقف تصرف الغير في شيء على إذنها ، ولو في الجملة .

أما العقل ، فالمستقل منه حكمه بوجوب شكر المنعم بعد معرفة أنهم أولياء النعم ، والغير المستقل حكمه بأولوية وجوب إطاعة الرعية للامام بالنسبة إلى وجوب إطاعة الابن للاب ، لأن الحق في الأول أعظم منه ، في الثاني بمراتب .

وأما النقل ، فمن الكتاب منه قوله تعالى : « النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم » (١) « وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة . . . » (٢) « فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم » (٣) « وأطيعوا الله وأطيعوا الرسول

= أن الناس يقولون انا نزع من أن الناس عبيد لنا ، لا وقرابتي من رسول الله (ص) ، ما قلته - قط - ولا سمعته من آبائي قاله ، ولا بلغني عن أحد من آبائي قاله ، ولكني أقول : الناس عبيد لنا في الطاعة مَوَالٍ لنا في الدين ، فليبلغ الشاهد الغائب .

(١) الأحزاب / ٦ ، وتنمة الآية : وأزواجه أمهاتهم .

(٢) الأحزاب / ٣٦ :

(٣) سورة النور آخر آية / ٦٣ .

وأولي الأمر منكم ، (١) و « انما وايكم الله ورسوله ، (٢) الآية .
ومن السنة منها مستفبضة بذلك ، بل متواترة معنى ، ويكفيك منها
الأخبار الدالة على وجوب اطاعتهم ، وان طاعتهم : طاعة الله ومعصيتهم
معصيته (٣) مضافاً إلى ما روي عن النبي - (ص) - في خبر أيوب بن
عطية : « أنا أولى بكل مؤمن من نفسه ، (٤) وإلى ما ورد عنه (ص)
متواتراً في حديث (غدير خم) : « ألت أولى بكم من أنفسكم ؟ قالوا :
بلى ، قال : صلى الله عليه وآله ، من كنت مولاه فهذا علي مولاه ، (٥)
وإلى مقبولة عمر بن حنظلة (٦) ،

(١) سورة النساء ، أوائل آية ٥٩ .

(٢) سورة المائدة / ٥٥ ، وتكملة الآية : والذين آمنوا الذين يقيمون
الصلاة ويؤتون الزكاة وهم راكعون ، وقد نزلت في حق علي (ع) .
(٣) ذكر الكليني في كتاب الحججة من أصول الكافي روايات كثيرة
بهذا المضمون وعقد لها باباً أسماه (باب فرض طاعة الأئمة) .
(٤) في أصول الكافي ، كتاب الحججة ، باب ما يجب من حق الامام
على الرعية ، حديث رقم (٦) ونعمة الحديث « وعلي أولى به من بعدي » .
(٥) لسنا بحاجة إلى اثبات تواتر الحديث من طرق السنة والشيعة ،
ولا الي تخريجه وعرض قصته بعد أن أسهبت في ذلك الأجزاء الأوائل
من كتاب الغدير للمغفور له الحججة الأمين - قدس سره - .

(٦) في أصول الكافي . كتاب فضل العلم ، باب اختلاف الحديث
حديث رقم (١٠) : « بإسناده عن عمر بن حنظلة ، قال : سألت أبا عبد الله
عليه السلام : عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعة في دين أو ميراث ،
فتحاكما إلى السلطان وإلى القضاة : أيحل ذلك ؟ قال : من تحاكم إليهم
في حق أو باطل فانما تحاكم إلى الطاغوت ، وما يحكم له فانما يأخذ سحتاً =

ومشهوره أبي خديجة (١) والى ما ورد في التوقيع من الأمر بالرجوع في الوقائع الحادثة الى رواية الحديث معللاً بأنهم حجتي عليكم وأنا حجة الله ، (٢) .

= وان كان حقاً ثابتاً ، لأنه أخذه بحكم الطاغوت ، وقد أمر الله أن يكفر به ، قال الله تعالى : « يريدون أن يتحاكموا الى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به » ، قلت : فكيف يصنعان ؟ قال : ينظرون الى من كان منكم ممن روى حديثنا ، ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا ، فليبرضوا به حكماً ، فاني قد جعلته عليكم حاكماً . فاذا حكم بھكنا فلم يقبله منا ، فالما استخف بحكم الله ، وعلينا رد ، والراد علينا الراد على الله ، وهو على حدّ الشرك بالله . . الحديث .

(١) في الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ١١ من أبواب صفات القاضي حديث رقم (٦) : « هاستاده على أبي خديجة ، قال : بعثني ابو عبد الله عليه السلام : الى أصحابنا ، فقال : قل لهم : اياكم اذا وقعت بينكم خصومة أو تداري في شيء من الأخذ والعطاء أن تحاكموا الى أحد من هؤلاء الفساق ، اجعلوا بينكم رجلاً قد عرف حلالنا وحرامنا ، فاني قد جعلته عليكم قاضياً . وایاکم أن یخاصم بعضکم بعضاً الى السلطان الجائر . » .

(٢) في المصدر الآنف الذكر ، حديث رقم (٩) : « وفي كتاب اكمال الدين واتمام النعمة ، عن محمد بن محمد بن عصام عن محمد بن يعقوب قال : سألت محمد بن عثمان العمري أن يوصل لي كتاباً قد سألت فيه عن مسائل اشكلت عليّ ، فورد التوقيع بخط مولانا صاحب الزمان (ع) : أما ما سألت عنه - أرشدك الله وثبتك - الى أن قال - : وأما الحوادث الواقعة ، فارجموا فيها الى رواية حديثنا فالهم حجتي عليكم وأنا حجة الله ، الحديث . ورواه الشيخ في (الغيبة) والطبرسي في (الاحتجاج) وغيرهم .

قلت : الكلام في ثبوت الولاية مستقلا لهما - تارة بمعنى نفوذ تصرفه ووجوب طاعته ، لو تصرف في شيء أو أمر به ، وأخرى - بمعنى أن له أنحاء التصرف في نفوس الرعية وأموالهم ، حسبما تتعلق به ارادته ، كما ينفذ تصرف الانسان بحسب لإرادته في نفسه وماله في غير معصية موجبة لعدم نفوذه ، فله أن يزوج البالغة الرشيدة بغير اذنها ، أو يبيع مال السان بغير اذنه كما كان ذلك لكل منهما في نفسه أو ماله ، فننفذ التصرف ووجوب الاطاعة مقام ، وله أن يتصرف أو أن يأمر مقام آخر .

لا اشكال في ثبوتها لهما بالمعنى الأول ، فان الأدلة المتقدمة كل منها وافٍ في الدلالة عليه كافٍ في اثباتها له ، بعد ان كانت اطاعتهم اطاعة الله تعالى :

وأما الجزم بثبوتها بالمعنى الثاني ، ففيه تأمل ، لعدم نهوض تلك الأدلة عليه ، بعد أن كان غير آية « النبي أولى بالمؤمنين » وما بمعناها من السنة كلها واردة في مقام وجوب الاطاعة وحرمة المخالفة الراجعين الى المعنى الأول ، دون الثاني ، وأما هي ، فلا دلالة فيها على المطلوب أيضاً ، بناء على تفسيرها بأنه : أولى بالمؤمنين من أنفسهم ، بعضهم من بعض نعم بناء على تفسيرها - كما هو الظاهر منها - بإرادة أنه أولى بكل مؤمن من نفسه على نفسه ، ربما يكون وافياً في اثبات ذلك ، الا أنه للتأمل فيه مجال ، لقوة احتمال أن يكون المراد بيان الأولوية عند التزامهم في التصرف ، وتقدم ارادته عند التخالف في الارادة بحيث لو أراد الانسان شيئاً وأراد الامام غيره ، قدمت ارادته على ارادته ، لكونه إنما يأمره بشيء أو ينهيه عنه ليس الا لمصلحة ملزمة راجعة اليه ، ضرورة أنه في مرتبة المكمل لنقص المولى عليه الذي اقتضى اللطيف وجود مكمل له متبوع في أوامره ونواهيه ، بل ولو كان لمصلحة نفسه ، لرجوعها أيضاً

إلى مصلحة النوع ، المقدم على مصلحة الشخص ، فيرجع حينئذ إلى معنى الاول المدلول عليه بما سواه من الأدلة ، فلا تكون ناهضة لافادة المعنى الثاني ، وإذ لا دليل على ثبوتها بهذا المعنى لهم كان مقتضى الاصل عدمه مؤيداً بما هو المعهود من سيرتهم في الناس على حد سيرة بعضهم مع بعض من الاستيذان من البالغة الرشيدة في تزويجها ، وبيع المال عن المالك باذنه ، وعدم التصرف في مال الصغير مع وجود وليه الاجباري ، وعدم التصرف في مال أحد إلا باذنه الى غير ذلك من الموارد التي يقطع الانسان بمساواة معاملاتهم بين الناس مع معاملات بعضهم من بعض . وبالجمله ، ليس سلطانهم على الرعية كسلطنة السيد على مملوكه الجائر له التصرف فيه لمحض التشهي مالم يكن من أحد الوجوه المحرمة .

هذا والبحث عن ذلك ، وان كان قليل الجدوى ، بل معدوم الثمرة لعدم ظهورها الا فيما عسى أن يتوهم ظهورها في الفقيه زمن الغيبة ، بناء على عموم ولايته ، وأن له مالامام حيث شك في تصرف أن له ذلك للشك في كونه للامام أم لا ، فان ولاية الفقيه فرع عن ولاية الامام والفرع يتبع أصله ، فلا يزيد عليه بالضرورة . وهو فاسد ، لعدم ثبوتها بهذا المعنى للفقيه بالضرورة بحيث لو تصرف وجب تنفيذه مطلقاً ، كما هو للامام وان قلنا بعموم ولايته ، إذ الثابت له من الأدلة الولاية بالمعنى الثاني ، وهو كون نظره شرطاً في التصرف : اما مطلقاً أو في الجملة : وأما كون النظر مسبباً فيه ، فهو مختص بالنبي وخلفائه المعصومين صلوات الله عليهم أجمعين - كما ستعرف -

وأما الولاية لهما بالمعنى الآخر الذي قد عرفت مرجعه إلى اعتبار اذنه شرطاً في تصرف الغير ، فثبوتها لهما - في الجملة - مما لا شك فيه . ويدل عليه - مضافاً إلى ما يدل عليه من الأدلة المتقدمة - : ما عن

(العلل) بسنده عن أبي الفضل بن شاذان عن مولانا أبي الحسن الرضا عليه السلام : في حديث قال فيه : « . فان قال قائل : فلم وجب عليهم معرفة الرسل والافرار بهم والاذعان لهم بالطاعة ؟ قيل له : لانه لما لم يكن في خلقهم وقواهم ما يكملون به مصالحهم وكان الصانع متعاليّاً عن أن يرى ، وكان ضعفهم وعجزهم عن إدراكه ظاهراً ، لم يكن بد لهم من رسول بينه وبينهم معصوم يؤدي إليهم أمره ونهيه وأدبه ، ويوقفهم على ما يكون به احراز منافعهم ودفع مضارهم اذا لم يكن في خلقهم ما يعرفون به وما يحتاجون إليه من منافعهم ومضارهم ، فلو لم يجب عليهم معرفته وطاعته لم يكن مجيء الرسول منفعة ولا سد حاجة ، ولكان اتباعه عبثاً بغير منفعة ولا صلاح وليس هذا من صفة الحكيم الذي أتقن كل شيء ، فان قال قائل : فلم جعل أولي الأمر وأمر بطاعتهم ؟ قيل : لعل كثرة :

منها - أن الخلق لما وقّفوا على حد محدود ، وأمروا أن لا يتعدوا ذلك الحد لما فيه من فسادهم ، لم يكن يثبت ذلك ولا يقوم الا بأن يجعل عليهم فيه أميناً يمنعهم من التعدي والدخول فيما حُظر عليهم ، لأنه ان لم يكن ذلك كذلك لكان أحد لا يترك لذته ومنفعته لفساد غيره ، فجعل عليهم قياً يمنعهم من الفساد وبقيم فيهم الحدود والأحكام .

ومنها - أنا لا نجد فرقة من الفرق ولا ملة من الملل عاشرًا وبقوا الا بقيم ورئيس لما لا بد لهم من أمر الدين والدنيا فلم يجز في حكمة الحكيم أن يترك الخلق مما يعلم أنه لا بد لهم منه ، ولا قوام الا به فيقاتلون به عدوهم ويقسمون به فيأهم ، وبقيم لهم جمعهم وجماعتهم ، ويمنع ظالمهم من مظلومهم .

ومنها - أنه لو لم يجعل لهم إماماً قياً أميناً حافظاً مستودعاً للدرست المنة وذهب الدين وغيرت السنة والأحكام ، ولزاد فيه المبتدعون ونقص منه

الملحدون ، وشبهوا ذلك على المسلمين . لانا قد وجدنا الخلق منقوصين محتاجين غير كاملين ، مع اختلافاتهم واختلاف أهوائهم ونشئت أبحاثهم ، فلو لم يجعل لهم قيماً حافزاً لما جاء به الرسول لفسدوا على نحو ما بينا ، وغبرت الشرائع والسنن والأحكام والإيمان ، وكان في ذلك فساد الخلق أجمعين ، (١) الحديث .

وانما الكلام في ثبوتها لما بنحو الكلية التي معناه : توقفت كل تصرف على إذنهم ، الا ما علم عدمه بدليل يخصه أو يدل عليه بنحو العموم أو الاطلاق والظاهر عدمه ، لعدم دلائل ينهض باثبات الكلية المزبورة ، وحيث كان الحكم مخالفاً للاصل وجب الاختصار فيما خالفه على ما قام عليه الدليل . وقصارى ما دلت عليه الأدلة لزوم الرجوع إليهم في المصالح العامة التي لا يريد الشارع فعلها من مباشر معين كاقامة الحدود والتعزيرات والقضاء في الناس دفعاً للخصومة فيما بينهم ، والتصرف في مال القصر والمجانين مصلحة لهم ، والالزام بأداء الحقوق ونحو ذلك .

وبالجملة فماعلم بوجود الرجوع فيه إليهم وتوقف التصرف على إذنهم أو علم عدمه بدليل ، ولو بنحو العموم أو الاطلاق ، فلا كلام فيه . وحيثما شك في مورد ، قبل : يرجع فيه إلى ما تقتضيه الأصول العملية . وفيه : أن الأصل انما يكون مرجعاً في مورد الشك مع انسداد باب العلم المفروض انفتاحه في المقام بالرجوع الى الامام أو نائبه الخاص ، (ودعوى) ان الاصل يقتضي توقف كل تصرف على إذنهم الا ما خرج بالدليل بناء

(١) ذكر الحديث بكامله ، الشيخ الصدوق - قدس سره - المتوفى

سنة ٣٨١ هـ في كتابه عيون أخبار الرضا عليه السلام : ج ٢ ص ٩٧ طبع النجف الأشرف باب ٣٤ : العلل التي ذكرها الفضل بن شاذان .

على استفادته من الأدلة المتقدمة (فهي) على عهدة من استفاد منها قاعدة كلية يرجع اليها عند الشك ، ولم يتحقق عندنا من الأدلة ما يوجب ثبوتها بنحو الكلية حتى يكون مرجعاً عند الشك في مورد خاص . نعم ، للظاهر من تلك الادلة - حسبما ذكرنا - وجوب الرجوع اليهم في كل ما يكون من المصالح العامة الذي يرجع فيه كل قوم الى رئيسهم ضبطاً للسياسة ، وانقائاً للنظام ، كما صرح به خبر الملل وغيره .

هذا : واذا قد عرفت ما ذكرناه مقدمة ، وتبصرت فيما عرفناك في ولاية النبي صلى الله عليه وآله ، والامام عليه السلام ، فلنراجع إلى ما هو المهم في المقام : من ولاية غير الامام من أقسام الولايات ، فنقول : هاهنا مباحث :

(المبحث الأول)

في ولاية الحاكم ، أعني (الفقيه) في زمن الغيبة . وهذا القسم هو الأهم في التعرض من سائر أقسامها لما يبتني عليه كثير من الأحكام المتفرقة في أبواب الفقه .

والكلام فيه : - تارة في ثبوتها له ، وأخرى - في القدر الثابت منها ، وثالثة - في المولى عليه وموارد الولاية .

أما ثبوتها للفقيه ، ولو في الجملة ، فمما لا كلام فيه - بعد الاجماع عليه بقسميه ، وورود النصوص المعتبرة في القضاء وما يعمله ، والحوادث الواقعة - وانما الكلام في القدر الثابت منها له ، فالذي يظهر من بعض ثبوت الولاية للفقيه بمعنيها (١) على وجه له الاستقلالية في التصرف ، فضلاً

(١) أي الخاصة والعامة . ولعل المقصود بالبعض هو المحقق الكركي =

عن توقف تصرف الغير على نظره ، حسبما هي ثابتة للإمام عليه السلام إلا ما خرج بالدليل ، مستدلاً على العموم بهذا المعنى بالنصوص الكثيرة الواردة في مدح العلماء المتضمنة : جملة منها : على انهم ورثة الانبياء (١) وجملة : على انهم العلماء وأمناء الرسل (٢) ،

صاحب (جامع المقاصد) ومن تبعه ، فقد استدلوا على سعة أفق للولاية للفقيه - في زمن الغيبة - بالأدلة الأربعة ، فالعقل المستقل بضرورة نصب الامام الحق حفظاً للنظام الديني والدنيوي هو نفسه مستقل بضرورة استمرارية الرعاية والنظام - في زمن الغيبة - على أيدي وكلاء الامام وفقهاء السريعة لاضطلاعهم بها اكثر من غيرهم ، واستدلوا بالاجماع بقسميه على ذلك أيضاً فمن (جامع المقاصد) في هذا الباب : « اتفق أصحابنا على أن الفقيه العادل الجامع لشرائط الفتوى ، المعبر عنه بالمجتهد في الأحكام الشرعية ، نائب من قبل أئمة الهدى عليهم السلام : في حال الغيبة في جميع مآلئها فيه مدخل . وربما استثنى بعض الأصحاب القتل والحدود ،

وهكذا استدلوا على سعة أفق الولاية للفقيه بظواهر اطلاقات الآيات الشاملة - بمقتضى عموم الخطاب فيها لكل زمان - للفقيه أيضاً ، مثل قوله تعالى : « واسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون » وقوله تعالى : « أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم » .

واستدلوا - أخيراً - على ذلك بطوائف كثيرة من النصوص الواردة عن أهل البيت عليهم السلام : أشار الى جملة منها سيدنا المصنف (قدس) (١) أصول الكافي ، كتاب فضل العلم ، وباب صفة العلم حديث (٢) وباب ثواب العالم والمتعلم حديث (١) .

(٢) المصدر نفسه باب صفة العلم ، حديث رقم (٥) .

وعلى أنهم حصون الاسلام (١) ، وعلى أنهم خلفاء النبي (ص) (٢) وعلى تشبيههم بسائر الأنبياء في حديث افتخاره يوم القيامة - في المروي عن (جامع الأخبار) (٣) وعلى تنزيلهم منزلة أنبياء بني اسرائيل

(١) أصول الكافي ، كتاب فضل العلم ، باب فقد العلماء حديث (٣) .

(٢) الوسائل ، كتاب القضاء باب ٨ من أبواب صفات (القاضي)

حديث رقم (٥٠) و (٥٣) .

(٣) المطبوع عدة مرات بمجلد واحد منسوباً الى الشيخ الصدوق

- قدس سره - والظاهر عدم صحة النسبة ، كما حقق ذلك المحقق الثبت

الشيخ الحاجزرك الطهراني رحمه الله في (الذريعة ج ٥ ص ٣٣) بحرف الجيم .

ومما قاله بعنوان (جامع الأخبار) : المطبوع مكرراً من سنة ١٢٨٧ هـ

حتى اليوم ، المتداول المرتب على (١٤١ فصلاً) المشهور انتسابه الى الشيخ

الصدوق ، لكنه مما لا أصل له أصلاً ، وقد اختلفت أقوال الأصحاب في

تعيين مؤلفه ، نعم هو غير الصدوق جزماً ، كما ذكره شيخنا في (نفس

الرحمان) ثم فصله في (خاتمة المستدرك ص ٣٦٦) وأنهى أطراف الترديد

في المؤلف الى سبعة كلها محتملات ، الى آخر العرض في التحقيق الذي يبعث

على عدم الثقة بالنسبة ، والله العالم . وهذه الجملة ذكرت في الكتاب :

الفصل العشرون في العلم ، ضمن حديث مفصل عن رسول الله (ص) من

طريق أبي هريرة قال : خطبنا رسول الله (ص) فقال : أيها الناس إن

في القيامة أهوالاً - الى قوله - : اجثوا على ركبكم بين يدي العلماء تنجو

منها ومن أهوالها ، فاني افتخر يوم القيامة بعلماء أمتي كسائر الأنبياء قبلي ،

والظاهر من هذه الجملة تشبيه نفسه (ص) بسائر الأنبياء من حيث الافتخار

بعلمائهم ، لا تشبيه علماء أمته بسائر الأنبياء ، فكلمة (كسائر) متعلقة

بكلمة (افتخر) لا أنها صفة للعلماء ؛ والله العالم .

في المروي عن (الفقه الرضوي) (١) ، وعلى فضلهم على الناس كفضل (١) وهو كتاب فقه الرضا ، المنسوب الى الامام الرضا عليه السلام وقد ظهر الكتاب على يد المجلسي صاحب البحار في اواخر القرن الحادي عشر الهجري . وقد اختلف العلماء في صحة النسبة وحجية ما في الكتاب من الروايات وعدم ذلك على أقوال شتى :

فمنهم من يرى صحة النسبة والحجية معاً ، وفي طليعتهم المجلسيان الأول والثاني - قدس سرهما - ويميل إلى رأيها بصحة النسبة والاعتماد عليه سيدنا الحجة البالغة السيد بحر العلوم - قدس سره - فقد عقد لذلك في آخر كتاب (فوائده الأصولية) فائدة خاصة ، فصل فيها مختلف الآراء حول صحة النسبة والاعتماد وبطلانها ، وأخيراً يظهر منه صحة النسبة والاعتماد لما فصلته من ذكر المؤيدات الناصعة في اثبات ذلك . وهذا الرأي يعني : أن الكتاب للامام (ع) تأليفاً أو املاءً .

وقول هانكار النسبة وعدم صحة الاعتماد على ما جاء فيه من اخبار كما ذهب الى ذلك صاحب الفصول والحر العاملي وبعض آخر غيرهما وقول ثالث بالتوقف في ذلك ، كما يظهر من الفاضل الهندي في (كشف اللثام) وبعض آخر

وقول رابع : اعتبار أخباره من الأخبار القوية المحتاجة الى تعضيد أو سلامة من المعارض - مع انكار النسبة الى الامام (ع) - كما هو رأي الشيخ الأنصاري وبعض معاصريه .

والظاهر - كما عليه المستدرك للنوري والسيد المحسن الكاظمي وبعض المحققين من المتأخرين - : أنه ليس من تأليف الامام (ع) ولا من املائه على أصحابه ، ولكنه من املاء بعض أصحابه وجمعه لأقوال الامام كأنه الأصل من كلامه ، فما جاء فيه من أخبار في معرض الحجية وعدمها .

النبوي (ص) : على أدتاهم - في المروي عنهم - في الاحتجاج (١) ، وعلى تفضيلهم على جميع خلق الله إلا النبيين والمرسلين وكفضل الشمس على الكواكب ، وفصل الآخرة على الدنيا ، وكفضل الله على كل شيء ، في المروي عن (المنية) انه : (قال الله تعالى لعيسى عليه السلام : عظم العلماء واعرف فضلهم واني فضلتهم على جميع خلقي الا النبيين والمرسلين (٢) وعلى أنهم حكام على الملوك والملوك حكام على الناس ، في المروي عن كنز الكراجكي (٣) عن الصادق عليه السلام ، وعلى الرجوع اليهم في الحوادث الواقعة ، فيما صدر من التوقيع الرفيع المشهور ، وأن مجاري الأمور بيدهم ، وعلى نصبه حاكماً وقاضياً ، في مقبولة ابن حنظلة ، ومشهورة أبي خديجة (٤) الى غير ذلك مما ورد في تعريفهم وتوصيفهم وأنهم كفلاء لأيتام آل محمد ، صلى الله عليه وآله ، المعني بهم هنا الأئمة : من يتم العلم لا يتم الأبوين .

وتقريب الاستدلال بهذه الأخبار هو أن يقال :

أما الجملة الأولى : فتقريب أن الارث هو انتقال مال المورث الى

(١) في اوائل كتاب منية المريد في آداب المفيد والمستفيد للشهيد

الثاني - قدس سره - .

(٢) اوائل كتاب : منية المريد في آداب المفيد والمستفيد للشهيد

الثاني - قدس سره - .

(٣) كنز الفوائد للقاضي أبي الفتح محمد بن علي بن همام الكراجكي

من أعلام القرن الخامس الهجري ومن تلامذة الشيخ المفيد - قدس سره - ذكره

وذكر كتابه بإطراء سيدنا الحجة المهدي - قدس سره - في كتاب رجاله

المعروف بالفوائد الرجالية (ج ٣ ص ٣٠٢ - ٣٠٧) .

(٤) مر عليك آنفاً : نص رواية التوقيع وحديثي المقبولة والمشهورة ،

الوارث ، والولاية من جملة ما هو للمورث ، فنتنقل الى الوارث (١) .
وفيه - مع قوة ارادة الائمة عليهم السلام : من العلماء لوقوع التفسير
بهم كثيراً في اطلاق العلماء ، وحلا للارث حينئذ على معناه الحقيقي وهو
الوارث لا بواسطة ، ولو أريد العموم من العلماء لزم التجوز في اطلاق
الورثة عليهم ، لأن العلماء ورثة الأوصياء ، والأوصياء هم ورثة الانبياء
واطلاق ورثة الأنبياء على من كان وارثهم بالواسطة مجاز . ولو قيل بلزوم
التجوز على كل تقدير : إما بتخصيص عموم العلماء أو بالتجوز في الورثة
بارادة من يكون وارثاً بالواسطة .

قلنا : التخصيص أولى من المجاز حيث يدور الأمر بينهما ، ومع
فرض التساوي بين الاحتمالين يسقط الاستدلال به حينئذ - أن ذلك انما
يحمل الارث على ما يشمل متعلقه الولاية حيث لا يكون من أفراد ما هو
المتبادر منه أو المنصرف اليه المفروض وجوده في المقام ، لظهور المراد من
كونهم ورثة الأنبياء ورثتهم في تبليغ الاحكام وتمييز الحلال من الحرام
سبباً مع وجود قرينة لذلك في بعضها المدلل بقوله : « ان الأنبياء لا يورثون
ديناراً ولا درهماً وانما يورثون علماً » (٢) فالموروث حينئذ ، هو خصوص

(١) إذ لا اشكال في عدم ارادة الارث الحقيقي ههنا لعدم النسب
الموجب له ، فلا بد من الأخذ بأقرب المجازات ، وهو انتقال ما هو ثابت
لهم عليهم السلام : من المنزلة والمقام الى العلماء ، وهي الولاية والسلطة
على الرعية ، الا ما أخرجه الدليل .

(٢) في أوائل كتاب (منية المريد في آداب المفيد والمستفيد للشهيد
الثاني) الحديث عن أبي الدرداء ، قال : سمعت رسول الله (ص) يقول :
من سلك طريقاً يلتمس فيه علماً سلك الله به طريقاً الى الجنة وان الملائكة
لتضع أجنحتها رضعاً لطالب العلم ، وان العالم ليستغفر له من في السماوات -

العلم (ودعوى) ثبوت الولاية للأنبياء ، إنما هو لعلمهم ، لأنها من جملة آثاره ويدور مداره في الوجود فنثبت للعلماء أيضاً ، لوجود ماهو مناط وجودها فيهم أيضاً (مدفوعة) بأن الملازمة على تقدير تحققها إنما تستلزم وجودها لهم في الجملة ، دون القدر الثابت منها للنبي - صلى الله عليه وآله - لقوة احتمال تبعية الولاية للعلم في المقدار .

وأما الثانية ، فبتقريب أن الأمين له الولاية فيما هو أمانة عنده من مال المؤتمن - بالكسر - وبعمومه المستفاد من حذف المتعلق يشمل الولاية التي هي من ماله أيضاً ، حسبما عرفت في الارث ، فأمانة الرسل أمانة لما لهم الذي منه الولاية . وعليه فتكون الامانة حينئذ : هي في صفات الرسل من العلم بالاحكام والولاية ونحوهما . ويمكن أن يقرر وجه آخر وهو أنهم أمانة على الرعية ، فتكون هي المقصود بأمانة ، فكما أن الأمين له ولاية حفظ الامانة بجميع معاني حفظها عن التلف والفساد بحيث يكون حافظاً لوجودها ولسلامتها ، فكذلك في المقام ، لتحقيق هذا المعنى فيهم : من وجوب حفظهم فيما يرجع اليهم من صلاح أمور معادهم ومعاشهم من الفساد والافساد ، وهو معنى الولاية التامة والرئاسة الكبرى الثابتة للنبي صلى الله عليه وآله ، والامام عليه السلام .

وفيه : ما تقدم أيضاً : من أن الحمل على العموم إنما هو حيث لا يكون هناك ما يتبادر منه أو ينصرف اليه المطلق المفروض وجوده هنا ، وهو كونهم أمانة في تبليغ الأحكام وإرشادهم إلى معرفة الحلال والحرام كما يعطي تصريح بعضها بالامانة على الحلال والحرام ، مضافاً الى كفاية

= ومن في الأرض حتى الحيتان في الماء ، وفضل العالم على العابد كفضل القمر على سائر الكواكب ، لأن العلماء ورثة الانبياء لأن الانبياء لم يورثوا ديناراً ولا درهماً وإنما ورثوا العلم فمن أخذ به فقد أخذ بحظ وافر ، د

ثبوته - في الجملة - في مدحهم واطلاق الامناء عليهم ، وأما التعميم الى جهات الايمان وقدر الامانة ، فالاطلاقات مهمة من هذه الحثيثة ، غير مسوقة لبيانها .

ومثل ذلك تقريباً ورداً : يجري في الثالثة المعبر فيها عنهم بمحصول الاسلام بناءً على أن التشبيه بالحصن من حيث كونه حافظاً لما فيه من عروض الآفات عليه .

وأما الراجعة (١) : فتقريب أنه لوقيل : فلان خليفتي ، من غير تعقيب فهم عرفاً منه ، بل كان معناه : أنه قائم مقامه في كل ما كان له أن يفعل الا ما خرج ، تنزيلاً للخلف منزلة السلف فيما تقتضيه الوظيفة التي منها الولاية .

وفيه : ما تقدم من التبادر أو الانصراف الى التنزيل في تبليغ الاحكام الموجب للحمل عليه ، لاعلى العموم .

ومثل ذلك يجري فيما ورد من التشبيه بالرسول (٢) تعميماً لوجوه الشبه أو اختصاصاً بما يتبادر منها أو ينصرف اليه :

وكذا فيما ورد من التنزيل منزلة الأنبياء في بني اسرائيل في (الرضوي) (٣) .

(١) وهي قوله (ص) : اللهم ارحم خلفائي ، قيل : ومن خلفائك يا رسول الله ؟ قال : الذين يأثون من بعدي ويروون حديثي وسنتي ، - كما في مرسله الفقيه - :

(٢) أمثال قوله (ص) : « علماء أمتي كسائر أنبياء بني اسرائيل » - كما في كتب الاخبار - .

(٣) في قوله (ص) : « منزلة الفقيه في هذا الوقت كمنزلة الأنبياء في بني اسرائيل » .

وأما مادل على الفضيلة والافضالية (١) فالنقريب فيه بدعوى المنسبة
بين منصب الولاية والفضيلة في الشرف .

وفيه انها ممنوعة عكساً ، وان سلمت طرداً ، إذ لا يلزم أن يكون
الفاضل ولياً على المفضل نعم يلزم أن يكون الولي فاضلاً بالنسبة الى المولى
عليه من حيث الجهة الموجبة للولاية عليه ، لانه بمنزلة المكمل لتقصائه ،
والا لزم الترجيح بلا مرجح .

بقي الجواب عما قد يشكل على الخبر المروي عن قوله تعالى لعيسى :
عظم العلماء واعرف فضلهم فاني فضلتهم على جميع خلقي إلا النبيين
والمرسلين (٢) فان العلماء ان أريد بهم خصوص الأئمة عليهم السلام :
ازم مفضوليتهم بالنسبة الى سائر النبيين والمرسلين وهو غير معلوم ، بل
معلوم العدم (٣) ، وان أريد بها غيرهم لزم أفضلية العلماء من الأئمة
لدخولهم حينئذ في الجمع المضاف .

فنجيب عنه بارادة أفضلية علماء كل عصر بالنسبة الى أهل عصرهم
الا نبي ذلك العصر ، وأفضلية الأئمة على أنبياء السلف والمرسلين
مستفادة من دليل خارج ، فلا تخصيص حينئذ ، لافي الجمع المحلى باللام
ولا المعرف بالاضافة .

(١) أمثال قوله (ص) : - كما عن مفتاح الفلاح للبهبائي - :
« علماء أمتي أفضل من أنبياء بني اسرائيل ، أو تفضيلهم على الناس كفضل
النبي على أديانهم - كما عرفت - وكفضل الله على كل شيء . - كما
عن المنبة - .

(٢) كما عرفت ذلك عن منية المريد للشهيد الثاني .

(٣) فان الذي يظهر من الاخبار الواردة في مظانها : « ان الأئمة
عليهم السلام أفضل الخليقة بعد النبي محمد (ص) : آدم ومن دونه » .

وأما كونهم حكاماً على الملوك الذين هم حكام على الناس (١) فغايبته
ثبوت الحكم لهم ولو في نفوذ قضائهم عليهم ، وأبن ذلك من ثبوت الولاية
الكلية لهم ؟

وأما التوقيع وما يليه من الأخبار (٢) فلا ينهض لاثبات الولاية
الاستقلالية للفقيه على وجه يكون مستقلاً بالتصرف كالامام الا فيما خرج
بالدليل .

وبالجملة : لاشك في قصور الأدلة عن اثبات أولوية الفقيه بالناس
من أنفسهم ، كما هي ثابتة لجميع الأئمة عليهم السلام بعدم القول بالفصل
بينهم وبين من ثبت له منهم عليهم السلام بنصر غدیر خم ، بل الثابت للفقيه
انما هو الولاية بالمعنى الثاني (٣) لكن الكلام في ثبوتها له بنحو العموم
على وجه يرجع إليه حيث ما شك في مورد ثبوتها له فيه أولاً ، بل يقتصر
في الرجوع إليه على كل مورد قام الدليل عليه بخصوصه ، ويبقى مورد الشك
تحت الأصل الذي قد عرفت مقتضاه العدم ؟ وجهان بل قولان :

(١) كما عن كنز الكراچكي من قول الامام الصادق (ع) .
(٢) من قوله (ع) : في التوقيع المشهور : « فانهم حجتي عليكم
وأنا حجة الله » وقول الامام الحسين (ع) كما في تحف العقول : « ان
مجازي الأمور والأحكام على أيدي العلماء بالله ، الأئمة على الحلال والحرام »
وقول الامام الصادق (ع) - في مقبولة ابن حنظلة - « فاني قد جعلته
عليكم حاكماً » وقوله (ع) في مشهورة أبي خديجة : « فاني قد جعلته
عليكم قاضياً » كما مر آنفاً ، وكقولهم (عليهم السلام) - كما في كتب
الأخبار - « ان العلماء كافلون لأئمة آل محمد (ص) ونحو ذلك كثير
في كتب الحديث .

(٣) وهو دخل اعتباره في تصرفات الغير لا استقلاله في التصرف

وتتقيد هذه المسألة من أصلها - بعد معلومية أن البحث في وجوب الرجوع إلى الفقيه في زمن الغيبة إنما هو من حيث تبعيته للامام فيما يجب الرجوع فيه إليه ونبايته عنه ، وإلا فهو كغيره من عدول المسلمين هو أن يقال : أن كل معروف علم إرادة وجوده في الخارج . ولكن شك في توقفه على إذن الفقيه في زمن الغيبة وعدمه ، بل يجب أن يجاهد على كل من يقدر عليه كفاية : فأما أن يكون الشك فيه مسبباً عن الشك في كونه مشروطاً بإذن الامام عليه السلام أولاً ، أو يكون مسبباً عن الشك في حصول الاذن منه للفقيه بخصوصه ولو بنحو العموم في المتعلق بعد فرض اعتبار اذنه فيه . وبعبارة أخرى : الشك في وجوب الرجوع فيه إلى الفقيه : مرة - للشك في وجوب الرجوع فيه إلى الامام عليه السلام ، وأخرى في مأذونية الفقيه منه بالخصوص ، ولو بنحو العموم بعد احراز كونه مما يعتبر فيه إذن الامام عليه السلام .

أما إذا كان منشأ الشك هو الأول ، فلا مانع عن التمسك فيه بالأصل الذي مقتضاه العدم ، إذ المانع عنه - كما تقدم - ليس إلا انفتاح باب العلم المفروض انسداداً في زمان الغيبة . وعليه فيكون من الواجب كفاية على كل من يقدر عليه - فقيهاً كان أو غيره - .

وإن كان هو الثاني ، فلا كلام في كون الفقيه هو المتيقن ممن كان له ولاية ذلك ، إنما الكلام في اختصاصها به ، أن ثبت عموم النيابة له ، وإلا فيتولاه كل من يقدر عليه كفاية ، للعلم بإرادة وجوده شرعاً وعدم تعيين الموجد له ، بناءً على عدم استفادة العموم من أدلة النيابة ، إلا أنه حيثل ، يدور أمره بين احتمالات ثلاثة : سقوط اعتبار الاذن في زمن الغيبة أو اختصاص الاذن للفقيه فيه ، أو تعميمه لكل من يقدر عليه . أما سقوط الاذن من أصله ، فمقيد لما دل على اعتباره من غير دليل . وأما

اختصاصه به ، فلا دليل عليه بالفرض ، فلم يكن بد من القول بحصوله لكل من يقدر عليه كفايةً بعد إحراز التكليف به وفرض عدم تعيين مكلف خاص .

وبالجملة : لا بد من حصول الاذن بعد فرض اعتباره : فأما ان يكون خاصاً أو عاماً للمكلفين . لا يقال : الاصل عدم سقوطه عن الفقيه بفعل غيره ، والسقوط عن غيره بفعله مقطوع به (لأننا نقول) : الشك فيه مسبب عن الشك في اختصاص الاذن به ، والأصل عدمه (ودعوى) معارضة إصالة عدم قصد الاختصاص بأصالة عدم قصد التعميم ، فيبقى أصل عدم السقوط سليماً (موهونة) بأن التعميم لا يحتاج إلى القصد ، بل يكفي فيه عدم قصد الاختصاص ومع النزول وفرض التساوي في مخالفتهما للأصل الرجوعه إلى الشك في كيفية الاذن ، فالمرجع حينئذ إلى أدلة اشتراك التكليف ، إذ الأصل البراءة عن التعيين لمزيد الكلفة فيه حيث يدور الأمر بينه وبين التخيير الذي منه الوجوب الكفائي أيضاً . نعم اوشك في أصل وجوبه على غير الفقيه بحيث لا يكون إيجاده في الخارج مطلوباً إلا منه ، كان المرجع فيه لغير الفقيه هو البراءة ليكون الشك فيه حينئذ ، راجعاً إلى الشك في التكليف ، كما اوشك في كون الوجوب مشروطاً بحضور الامام (ع) ، نظير شرطية الحضور اوجوب الجمعة عيناً أو مطلقاً فالمرجع فيه أيضاً ، إلى البراءة - مطلقاً - للفقيه وغيره . وهاتان الصورتان خارجتان عن حريم البحث ، لأن الشك فيهما شك في أصل إرادة إيجاده في الخارج مطلقاً ، أو من غير الفقيه ،

إذا عرفت ذلك ، ظهر لك أن المهم في المقام هو النظر في أدلة النيابة من حيث استفادة العموم منها وعدمه ، فنقول : ان ما يتوقف على اذن الإمام عليه السلام : ان لم يكن لصرف تعظيمه وجلالته ومحض المكرمة

له ، بل كان من حيث رياسته الكبرى على كافة الانام الموجب للرجوع اليه في كل ما يرجع الى مصالحهم المتعلقة بأمور معادهم أو معاشهم ودفع المضار عنهم وتوجه الفساد اليهم مما يرجع فيه المرؤسون من كل ملة إلى رؤسائهم إتقاناً للنظام المعلوم كونه مطلوباً مدى الليالي والأيام ، فلا بد من استخلاف من يقوم مقامه في ذلك حفظاً لما هو المقصود من النظام . وحينئذ فأمّا أن يكون المنصوب من قبله هو كل من يقدر عليه من غير اختصاص ببعض دون بعض ، أو يكون صنفًا خاصاً منه . وعلى الثاني : فأمّا أن يكون هم الفقهاء ، أو طائفة مخصوصة غيرهم ، والآخر باطل قطعاً ، لعدم الدليل عليه ، بل ولا الإشارة منه اليه . والاول مستلزم لكفاية نظر المرید لايجاده في الخارج والاستغناء عن نظر من يكون نظره مكلاً ومعتبراً في تصرف غيره ، وهو منافٍ للفرض . ان اناطته بنظر الامام من حيث رياسته الذي مرجعه الى التوقف على انضمام نظر الرئيس والاحتياج اليه . فتمعين كون المنصوب هو الفقيه الجامع للشرائط في زمن الغيبة مع ظهور بعض الادلة المتقدمة في ذلك ، كقوله عليه السلام : « وأما الحوادث الواقعة » وقوله : « مجاري الامور بيد العلماء » وقوله : « هو حجتني عليكم ، وجعلته حاكماً » فان المتبادر منها عرفاً استخلاف الفقيه على الرعية واعطاء قاعدة لهم كلية بالرجوع اليه في كل ما يحتاجون اليه في أمورهم المتوقفة على نظر الامام ، وان وقع السؤال في بعضها عن بعض الحوادث الا أن الألف واللام في الجواب ظاهرة في الجنس بقرينة المقام وسوقه مساق ما هو كالصريح في العموم بارادة كل أمر من الجمع المحلى في قوله : « مجاري الأمور » مما يكون من شأنه الجريان عن نظر الامام عليه السلام . نعم لو شك في جهة اعتبار نظره بين كونه شرطاً تعبداً الموجب للاقتصار فيه عليه ، أو من حيث رياسته الموجب للاستخلاف فيه كان المرجع في وجوب

الرجوع إلى الفقيه هو البراءة . هذا مضافاً الى غير ما يظهر لمن تتبع فتاوى الفقهاء في موارد عديدة - كما ستعرف - في اتفاقهم على وجوب الرجوع فيها إلى الفقيه مع انه غير منصوص عليها بالخصوص ، وليس الاستفادتهم عموم الولاية له بضرورة العقل (١) والنقل (٢) ، بل استدلوا به عليه ، بل حكاية الاجماع عليه فوق حد الاستفاضة ، وهو واضح بحمد الله تعالى لا شك فيه ولا شبهة تعتريه ، والله أعلم .

وأما الكلام في موارد ثبوت الولاية له التي قد تقدمت الإشارة إليها - مجملًا - :

فمنها - الصغير والمجنون ، فان الولاية عليهما ثابتة للحاكم ما لم يكن لهما ولي مقدم عليه في المرتبة (٣) بضرورة العقل (٤) المؤكد بالنقل (٥)

(١) فان العقل كما يحكم بضرورة نصب الولاية للنبي والأئمة (ع) لاستقامة النظام الديني والدنيوي ، كذلك يحكم بضرورة نصب من يقوم مقام الامام (ع) عند غيبته لنفس العلة . وهذا المعنى من المستقلات العقلية التي لا ريب فيها

(٢) كما عرفت آنفاً من استعراض الروايات الكثيرة الظاهرة في هذا المعنى من الولاية .

(٣) وهم الأب والجد له ، والوصي المنصوب من قبلهما .

(٤) فان العقل يستقل بالحكم بضرورة نصب من يرعى شؤونهما النفسية والمالية - بحكم قصورهما عن ذلك - وحيث لا يوجد لهما ولي ذاتي أو منصوب من قبله - فلا مناص من إناطة الأمر الى الحاكم الشرعي لأوله ولي من لا ولي له - كما اشتهر في الحديث النبوي - :

(٥) فمن الكتاب مفهوم قوله تعالى : - كما في سورة النساء - :

« وابتلوا البتامة حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشداً فادفعوا =

فله التصرف في نفوسهم مما يوجب حفظها وترتيبها ، حسبما تقتضيه مصالحهم التي منها الايجار والاستيجار ، فضلاً عن أموالهم ونحوها مما يرتبط بهم من الحقوق وغيرها (١) . فله أنحاء التصرف فيها مراعيّاً فيه المصلحة لهما ولو يجلب المنفعة ، فضلاً عن دفع المضرّة وفي تعيين الأصلح أو كفاية الصلاح ؟ وجهان : ولعل الأخير هو الأقوى (٢) .

= اليهم أموالهم ، والرشد - على ما هو المشهور - العقل والتدبير . فتكون الآيّة شاهداً لضرورة الولاية عليهما : إما من قبل وليها النسبي أو المنسوب من قبلهما أو من قبل الشرع والضرورة القطعية وهو الحاكم . ومن السنة عموم الحديث النبوي المشهور : « السلطان ولي من لا ولي له » . وهو شامل لولاية الحاكم لكل من الصغير والمجنون مع فقد وليها الأولي . والروايات عن أهل البيت عليهم السلام في هذا المعنى كثيرة تذكر في كتاب الوصايا والنكاح والحجر - كما سيأتي ذكرها في المتن -

(١) نحو حقوقهم الاعتبارية كحق الشفعة والخيار والفسخ بالخيار ودعوى الغبن والاحلاف ورد الحلف وحق القصاص بالدم والجنايات وإقامة البيّنات وجرح الشهود وغير ذلك مما يرتبط بشؤونهم الاعتبارية - فضلاً عن نفوسهم وأموالهم

(٢) والمراد بالأخير : هو كفاية محض الصلاح ، ولا ضرورة إلى توخي الأصلح لهما - كما عليه المشهور - ولعله لاطلاقات أدلة الولاية وصدق الساطنة والرعاية ، وإلكن القدر المتيقن من الاجماع ودليل العقل : توخي الأصلح لهما في مورد التعارض بينه وبين محض الصلاح وبذلك تقيد لاطلاقات الأدلة العقلية غير المنبئة لذلك ، فرعاية الأصلح : ان لم تكن أقوى ، فلا أقل من الاحتياط .

ومنها - الولاية على الغائب في أمواله في الجملة (١) ، فإن القدر الثابت أن له التصرف فيها ولايةً ببيع ونحوه إذا تسارع اليه الفساد ونحوه مما يوجب بقاء الضرر عليه ، أو استيفاء حق للغير مستحق عليه ، يتوقف استيفاءه منه ولو ببيع ونحوه ، لما دل على ولايته على الممتنع عن أداء الحق عليه (٢) بعد اتحاد المناط بينهم من امتناع إيصال الحق إلى مستحقه ، من غير فرق في الامتناع بين كونه قهراً أو عن اختيار ، إلا في الائتم وعدمه ، مضافاً إلى ما دل عليه غيره من الأدلة (٣) وتعطيل الاستيفاء لى وقت الحضور ضرر منفي لا يجب تحمله . وكذا الولاية على قبض ما يستحقه الغائب على من عليه الحق منه إن أراد دفعه اليه للتخلص عنه مالم يكن له وكيل على قبضه ولو بنحو العموم وإنما يتعين كونه له بقبضه إياه منه لا قبله إن كان ديناً ونحوه من المثليات في بدل الغرامات .

(١) والغائب - كما يظهر من تضعيف ما ذكره الفقهاء في الباب - نوعان : أحدهما - المفقود خبره مطلقاً ، ويشمل الضائع في البلدان أو في بلاده الواسعة الاطراف ، والصال الطريق ، والمنقطع الذي تعطلت به واسطة الإيصال ولم يعلم خبره ، والمفقود في المعركة والاسير ، ومطلق الغائب المجهول الجهة . والثاني - الغائب المعلوم الخبر ولكن غيبته مجهولة الأمد ، مع طول المدة ، والظاهر شمول الولاية في الجملة لكلا النوعين كما يظهر من عموم مناطات الأدلة الواردة في بعض الفروع ، بالإضافة إلى الاطلاقات الشاملة :

(٢) كما سيأتي بيان ذلك من قبل المصنف - قريباً .

(٣) كرسالة جميل بن دراج عن أحدهما - عليها السلام - : قال : « الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البينة وبيع ماله ، وبقضى دينه ، وهو غائب . . . » وغيرها من الروايات بها المضمون - في باب القضاء .

وأما في غير ذلك فليس له ولاية التصرف ، وإن كان له فيه المصلحة
والا لجاز التصرف للحاكم في أموال الغيب والتقلب فيها للاسترباح لهم
المقطوع بعدم جوازه ، الاصل ، وقاعدة المنع عن التصرف في مال الغير
إلا بإذنه ، والتثبت للجواز بدليل الاحسان (١) من الوهن بمكان ، وإلا
لجاز في الحاضر أيضاً ، لانه إحسان عليه ، بل ومع منعه عنه ، ولم يذهب
اليه وهم فضلاً عن القول به .

نعم يجب عليه حفظه ، لا من باب الحكومة والسياسة ، بل للاذن
المستفاد بشاهد الحال ، أو لقاعدة نفي الضرر الموجب لوجوبه كفايةً على
كل من يقدر عليه وإن كان غير الحاكم ، سواء تعلق الحفظ بالعين أم
بالمصلحة ، ولعل جواز البيع فيما يتسارع اليه الفساد من ذلك أيضاً ، لرجوعه
إلى حفظه ولو بحفظ ماله ، فيجب عليه كفايةً ، لا ولايةً فتأمل ، من
غير فرق في المنع عن التصرف فيما ذكرنا بين أقسام الغيب حتى المجهول
ماله المفقود أثره ، فلا يتصرف في أمواله ، ولو بالقسمة بين ورثته حتى
بعد الفحص عنه والياس منه ، على الأقوى ، وعليه المعظم كما في
(المسالك) (٢) للأصل ولزوم تعطيل حق الوارث فرع تحقق كونه مالكا
بالارث وتنزيل الظن بالموت بعد الفحص منزلة اليقين بعد تسليمه - كما
ستعرف - مخصوص بما دل على اعتباره في خصوص بنونة الزوجة :

(١) انطلافاً من قوله تعالى : . . وأحسنوا إن الله يحب المحسنين ،

- كما في سورة البقرة آية ١٩٥ -

(٢) مسائل الافهام في شرح شرائع الاسلام للشهيد الثاني - قده -

كتاب الفرائض ، المسألة الثامنة من مسائل ثمانية : المفقود يترخص بماله .
تعليقاً على قول المحقق (وقال في الخلاف : لا يقسم حتى تمضي مدة
لا يعيش مثله اليها) قال : . هذا هو الأقوى تمسكاً بالأصل وعليه المعظم .

أما بالطلاق أو أمرها بالاعتداد بعدة الوفاة من غير توقف على الطلاق ، فإن الولاية ثابتة له في ذلك باتفاق النص والفتوى إلا من الحلبي - رحمه الله - في زمن الغيبة •

وتفصيل القول فيه : هو أن المرأة المفقود زوجها المقطوع أثره : إن كان هناك من ينفق عليها ، أو صبرت على ما هي عليه ، فلا بحث ، وإن لم يكن من ينفق عليها ولم تصبر رفعت أمرها إلى الحاكم فأجلها أربع سنين وفحص عن حاله في المدة المزبورة في الجهات المحتملة كونه فيها ، فإن لم يعلم حاله في مدة الأجل أمرها الحاكم بالاعتداد أربعة أشهر وعشرة أيام ثم هي تحل للزواج من غير توقف على الطلاق - كما هو ظاهر المحقق في الشرايع (١) وغيره - تنزيلاً لظن بالموت بعد الفحص منزلة اليقين به بالنص أو أمر وليه بالطلاق ، فإن لم يكن أو كان ، ولم يطلق ، طلقها الحاكم على الأشهر الأظهر من اعتبار الطلاق في الفرقة ، جمعاً بين الأخبار بحمل مطلقها على مقيدتها . نعم عن (الحلي) سقوط هذا الفرع من أصله في زمن الغيبة وأنها مبتلاة فيه وعليها الصبر إلى أن يعرف موته أو طلاقه (٢) .

(١) قال - في كتاب الطلاق ، المقصد الخامس في العدد ، الفصل الخامس في عدة الوفاة - « والمفقود إن عرف خبره - إلى قوله - : وإن لم يعرف خبره أمرها (أي الحاكم) بالاعتداد عدة الوفاة ثم تحل للزواج » . (٢) ففي السرائر كتاب الطلاق ، باب العدد ، بعد الكلام عن عدة الوفاة بقول : « وأما ما يجري مجرى الموت فشيئان : أحدهما - غيبة الزوج التي لا تعرف الزوجة معها خبراً ولا لها نفقة - وبعد عرض المسألة وحكمها كما في المتن - يقول : « وهذا حكم باطل في حال غيبة الإمام (ع) وقصور يده ، فإنها مبتلاة ، وعليها الصبر إلى أن تعرف موته أو طلاقه على ماوردت به الأخبار عن الأئمة الأطهار » .

وهو - على أصله - حسن حيث لم يعمل بأخبار الآحاد ويؤيده النبوي المروى : « تصبر امرأة المفقود حتى يأتيها يقين موته أو طلاقه ، وخبر السكوني : « عن جعفر عن أبيه عليهما السلام : إن عالياً (ع) : قال : في المفقود لا تنزوج امرأته حتى يبلغها موته أو طلاق أو لحوق بأهل الشرك » (١) .

وهما مع ضعف سندهما محمولان على غير مورد الأخبار الواردة في هذا المسحار التي منها - موثقة سماعة : « سألته عن المفقود ، فقال : إن علمت أنه في أرض فهي تنتظر له ابداً حتى يأتيها موته أو يأتيها طلاقه ، وإن لم تعلم أين هو من الأرض كلها ولم يأتيها منه كتاب ولا خبر ، فإنها تأتي الإمام فيأمرها أن تنتظر أربع سنين ، فيطلب في الأرض فإن لم يجد له أثراً حتى تمضي أربع سنين أمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشراً ، ثم تحل للزواج ، فإن قدم زوجها بعدما تنقضي عدتها فليس له عليها رجعة . وإن قدم وهي في عدتها أربعة أشهر وعشراً ، فهو أملك برجعتهما » (٢) وظاهرها الاكتفاء بالأمر بالاعتداد من غير توقف على الطلاق .

ومنها صحيحة الحلبي : « سئل أبو عبد الله عليه السلام : عن المفقود ؟ قال : المفقود إذا مضى له أربع سنين بعث الوالي أو يكتب إلى الناحية التي هو غائب فيها ، فإن لم يجد له أثراً أمر الوالي وليه أن ينفق عليها ، فما أنفق عليها فهي امرأته ، قال قلت : فإنها تقول : لأنني أريد ما تريد النساء : قال : ليس لها ذلك ولا كرامة ، فإن لم ينفق عليها وليه

(١) الوسائل - كتاب الطلاق باب ٢٣ حكم طلاق زوجة المفقود

حديث (٢) .

(٢) الكافي للكليني ، كتاب الطلاق باب المفقود حديث (١) .

أو وكيه أمر بأن يطلقها ، وكان ذلك عليها طلاقاً ، (١)
ومنها - صحيح برید : « سألت أبا عبد الله عليه السلام : عن المفقود
كيف يصنع بأمراته ؟ قال : ما سكنت وصبرت يخلى عنها ، فإن هي رفعت
أمرها الى الوالي أجلها أربع سنين ، ثم يكتب الى الصقع الذي فقد فيه
فليسأل عنه ، فإن خبر عنه بحياة صبرت ، وإن لم يجبر عنه بشيء حتى
تقضي الأربع سنين دعا ولي الزوج المفقود ، فقبل له : هل للمفقود مال ؟
قال : فإن كان له مال أنفق عليها حتى يعلم حياته من موته ، وإن لم يكن
له مال قبل للولي : أنفق عليها ، فإن فعل فلا سبيل لها أن تتزوج ،
ما أنفق عليها ، وإن أبي أن ينفق عليها أجبره الوالي على أن يطلق تطليقة
في استقبال العدة وهي طاهر ، فيصير طلاق الرلي طلاق الزوج ، فإن جاء
زوجها من قبل أن تنقضي عدتها من يوم طلقها الولي فبدا له أن يراجعها
فهي امرأته ، وهي عنده على تطليقتين ، وإن انقضت العدة قبل أن يجيء
أو يراجع فقد حلت للزوج ولا سبيل الاول عليها » (٢) .

ومنها - رسالة الفقيه ، وفيه : « وفي رواية أخرى : ان لم يك للزوج
ولي طلقها الوالي ، ويشهد شاهدين عدلين ، فيكون طلاق الوالي طلاق
الزوج ، وتعتد أربعة أشهر وعشرأ ، ثم تتزوج ان شاءت » (٣) .

ومنها - خبر أبي الصباح : « عن أبي عبد الله عليه السلام : في امرأة
غاب عنها زوجها أربع سنين ، ولم ينفق عليها ولم تدر حي هو أم ميت ؟

(١) في الوسائل - المصدر الآنف - حديث (٤) . وفي آخره :

طلاقاً واجباً

(٢) الوسائل ، كتاب الطلاق باب ٢٣ حكم طلاق زوجة المفقود

حديث (١)

(٣) المصدر الآنف الذكر من الوسائل حديث (٢) .

أيجبر وليه على أن يطلقها ؟ قال نعم ، وإن لم يكن ولي طلقها السلطان قلت فإن قال الولي : أنا أنفق عليها ؟ قال : فلا يجبر على طلاقها ، قال قلت : أرايت ان قالت : أنا أريد ما تريد النساء ولا أصبر ولا أقعد كما أنا ؟ قال : ليس لها ذلك ، ولا كرامة اذا أنفق عليها ، (١) .

والجمع بينها موجب لاعتبار الطلاق الا أن عدتها عدة الوفاة على القولين تعيبدأ بالنص المقدر لها ذلك .

(واحتمال) كون وجه الجمع بين الطلاق وكون عدتها عدة الوفاة هو احراز ما يوافق الواقع من كونه إما ميتاً ، فالعدة عدة الوفاة ، وإما حياً فالفرقة بالطلاق ، وعدة الوفاة مشتملة على عدة الطلاق ، وتظهر الثمرة فيما لو آب فيما بين العدتين لم يملك رجوعها لانكشاف الواقع بانقضاء عدتها (حسن) لولا أنه اجتهاد في مقابل النص المصرح في مضمهر سماعة بما لو قدم وهي في عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام كان أملك برجعها ، الشامل لما لو كان وقت قدومه بين زمن العدتين ، فلا مندوحة عن الالتزام تعيبدأ بكون عدة هذا الطلاق بخصوصه مساوية لعدة الوفاة .

هذا ، ولعل المراد بالولي المأمور من الحاكم بالطلاق : هو من كان منصرفاً بالولاية الأذنية ، لا خصوص الوكيل لمنازاته لعطفه عليه في الصححية المتقدمة ، فلا ينافي عطفه عليه لكونه أخص منه ، أو الأولى بميراثه من أولى الارحام ، أو الولي الاجباري باعتبار سبق ولايته في حال الصغر ، وان زالت عنه في الكبر

وكيف كان ، فإن رجع بعد انقضاء العدة أربعة أشهر وعشرة أيام كان أجنبياً لم يملك الرجوع بها ، تزوجت بغير أم لا ، وإن رجع في (١) الوسائل ، المصدر الآنف الذكر حديث (هـ) وفي الكافي : كتاب

الطلاق ، باب المفقود حديث (٣) .

في أثنائها مطلقاً ، كان أمك برجعتهما .

ومنها - الولاية على المحجور عليه وهو : اما الجنون أو اسفه أو لصغر بالنسبة إلى نكاحهم .

أما المحجور عليه للجنون مع مسيس الحاجة الضرورية اليه ، وكان له صلاحاً ، فجملة صورته هي أنه : لا يخلو : إما أن لا يكون لهما (١) ولي اجباري من الأب أو الجد له ، أو كان . وعلى التقديرين : فأما أن لا يكون جنونها متصلاً بالبلوغ ، بل تجدد وطء عليه بعده ، أو كان متصلاً به . وعلى التقدير : فاما أن يكون جنونه لطباقياً أو أدوارياً يحن في وقت ويفيق في آخره .

أما إذا لم يكن لهما ولي ومستته الضرورة اليه وكان اطباقياً ، فلا اشكال في كون الولاية حينئذ للحاكم مطلقاً ، تجدد جنونه بعد بلوغه أو بلغ مجنوناً ، بل لعل الاجماع يقسميه عليه .

وأما لو كان له ولي وكان الجنون طارئاً عليه بعد البلوغ والارشاد ، فالأقوى ولعله الأشهر - كون الولاية فيه له أيضاً ، دون الولي الاجباري لانقطاع ولايته بالبلوغ والارشاد . (ردعوى) كون الولاية ذاتية لهما باقتضاء الابوة والجدودة ذلك ، غير أن البلوغ مانع عنه فتعود بطروءه عليه (موقوفة) على استفادة ذلك من الأدلة ، ودونها خراط الفقاد ، فالولاية للحاكم ، لأنه ولي من لا ولي له . نعم اذا اتصل جنونه ببلوغه أشكل الحكم بانقطاع ولايته بمجرد البلوغ مع اقتضاء الأصل بقاءها ، بناء على جريان الاستصحاب ، فيما لو كان الشك في المفتضي ، مع ظهور آية

(١) الملاحظ أن الضمائر في - التقسيم - ثني وتفرّد بلحاظي الذكر والأنثى ، أو المحجور عليه ، والمقصود واحد .

(الابتناس) (١) في ذلك وان كان موردها المال ، لتعليق الحكم بالدفع على البلوغ وابتناس الرشد القاضي بعدمه والحبس عنه بانتفاء أحدهما ، والمخاطب بالدفع بعد تحقق الشرطين بمقتضى السياق هو المخاطب بالحبس قبله ، وهو الولي الاجباري المقدم على غيره مع وجوده - مراعاة الاذن منها في هذه الصورة ، بل وفي ما قبلها أيضاً هو الإحوط .

هذا إذا كان الجنون إطباقاً ، وأما إذا كان أدواراً ، فقد صرحوا بعدم الولاية لأحد عليه ، بل ينتظر به إلى وقت الصحة ويوكل فيه الى نفسه . وبالجملة : يظهر من اعتباراتهم اعتبار الأمرين : مسيس الحاجة الى النكاح وكون الجنون إطباقاً ، مع أن الأول يغني عن الثاني ان كانت الحاجة في مجموع الوقتين ، لعدم المسيس اليه في دور الجنون وان كان في جميعها فلا وجه للإنتظار به إلى دور الافاقة بعد تنزيل الولي منزله ، بل يزوجه فيه دفعا للضرورة عنه وان كان أدوارياً .

وأما المحجور عليه للتبذير كالسفيه : فأما أن لا يستلزم نكاحه انلافاً لما له ، أو يستلزم وعلى التقديرين : فأما أن لا تكون له بالنكاح حاجة ضرورية ، أو تكون .

فان لم يستلزم ذلك صح نكاحه بنفسه مطلقاً ، وان لم تكن له به حاجة ، لأنه ليس محجوراً إلا في ماله الذي ليس النكاح منه . وان استلزم ذلك غير أنه لا ضرورة تحوجه اليه لم يصح نكاحه ، وان أذن له الولي ، لعدم الضرورة المسوغة لاثلاف ماله بعد الحجز عليه للحفظ له .

(١) وهي قوله تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم ولا تأكلوها اسرافاً وبداراً أن يكبروا » سورة النساء آية / ٤ .

وان كان له به حاجة يتضرر بتركه كانت الولاية فيه للحاكم مع فقد الأولى منه ، كما صرح به غير واحد من الأصحاب ، قال في (المبسوط) « وان كان محجوراً عليه بسفه ، نظرت : فان لم يكن به حاجة الى النكاح لم يكن لوليه تزويجه - إلى أن قال - : وان كانت به حاجة اليه أن يطالبه وعرف من حاله الحاجة فعلى وليه أن يزوجه ، لأنه منصوب للنظر الى مصالحه » (١) . وقال في (الشرايع) : « والمحجور عليه للتبذير لا يجوز له أن يتزوج غير مضطر ، ولو أوقع كان العقد فاسداً ، فان اضطرب الى النكاح جاز للحاكم أن يأذن له ، سواء عين الزوجة أو أطلق ، ولو بادر قبل الاذن - والحال هذه - صح العقد ، فان زاد في المهر عن المثل بطل في الزائد » (٢) . واذا زوج الأجنبي وقف على اجازة من اليه العقد . وقيل : يبطل ، والأول اظهر . وقال في (القواعد) : « والمحجور عليه لسفه لا يجوز له أن يتزوج إلا أن يكون مضطراً اليه ، فان تزوج من غير حاجة كان العقد فاسداً ، ومع الحاجة يأذن له الحاكم فيه » (٣) انتهى فلو استقل به - والحال هذه - بطل عقده لاستلزامه التصرف في ماله الممنوع منه بالحجر عليه من المهر والنفقات ، مضافاً الى مفهوم صحبة الفضلاء : « عن أبي جعفر عليه السلام قال : المرأة التي قد ملكت نفسها غير السفينة ولا المولى عليها تزويجها بغير ولي جائز » (٤) ويتم في السفينة

(١) راجع : كتاب النكاح من (مبسوط الشيخ) أوائل : فصل في ذكر أولياء المرأة :

(٢) أوائل الفصل الثالث في أولياء العقد . من كتاب النكاح .

(٣) راجع : قواعد العامة ، كتاب النكاح ، الفصل الثاني في

الأولياء .

(٤) المراد بالفضلاء هم الأربعة الموثقون : الفضل بن يسار ومحمد -

بعدم القول بالفصل بينه وبين السفهية ، فتأمل . فلو استقل فيه بنفسه - والحال هذه - بطل عقده على الأقوى ، لكون الولاية فيه للحاكم لما ذكرنا ، لا لما توهم من التلارم بين ولاية النكاح وولاية المال ، لانتقاضه بالمفلس وطلاق زوجة المفقود .

وبحتمل - كما قيل - الصحة ، لاله بنفسه ليس تصرفاً مالياً ، والمهر غير لازم في العقد بنفسه ، والنفقة تابعة كتبعية الضمان للاتلاف :

وفيه : ان صحة العقد مع عدم المهر أو فساد لا ينفي لزوم الخسارة في ماله ، وقياس تبعية النفقة للنكاح بتبعية الزمان للاتلاف ، قياس مع الفارق لأن الضمان مرتبط على تحقق الاتلاف في الخارج وان كان محرماً ، والنفقة مرتبة على العقد الصحيح وهو - لاستلزامه التصرف في المال - يقع فاسداً لا تأثير له . وأما الكلام فيه بالنسبة الى وليه الاجباري ، فهو الكلام في المجنون بالنسبة اليه حرفاً بحرف .

وأما المحجور عليه للصغر فلم أعثر على من صرح بثبوت الولاية عليه للحاكم في نكاحه ، وان نسب القول بالعدم في (الروضة) و (الرياض) الى المشهور في الأول ، وإلى الأشهر في الثاني (١) الا ان ظاهر الاصحاب

ابن مسلم وزرارة بن أعين وبريد بن معاوية . والصحيحة المذكورة بسندها ونصها في الوسائل كتاب النكاح ، باب ٣ حديث (١) :

(١) قال : الشهيد الثاني في الروضة : كتاب النكاح ، أوائل الفصل الثاني في العقد في شرح قول الشهيد الأول في اللمعة : « والحاكم والوصي يزوجان من بلغ فاسد العقل » قال : « ولا ولاية لهما على الصغير مطلقاً في المشهور ، وقال : السيد الطباطبائي في الرياض ، كتاب النكاح في فصل أولياء العقد شارحاً عبارة (المختصر النافع للمحقق) : « ولا يزوج الوصي إلا من بلغ فاسد العقل . وكذا الحاكم ، معلقاً على الفقرة الأولى هكذا : ولا يزوج =

- كما في (الحدائق) وغيره (١) - اتفاقهم عليه ، بل الذي يظهر منهم كونه من المسلمات عندهم حتى أن من تنظر فيه لما تنظر في الدلائل - كما ستعرف -

قال : في (المبسوط) فيما حضرني من نسخته : « النساء على ضربين عاقلة ، ومجنونة ، فان كانت مجنونة ، نظرت : فان كان لها أب أو جد كان لهما تزويجها - صغيرة أو كبيرة بكرأ كانت أو ثيباً فان لم يكن لها أب ولا جد ولها أخ أو ابن أخ أو عم أو ابن عم أو مولى نعمة فليس له إجبارها بحال - صغيرة أو كبيرة بكرأ كانت أو ثيباً - بلا خلاف ، ولا يجوز للحاكم تزويجها . وعند المخالف : للحاكم تزويجها ، ان كانت كبيرة بكرأ كانت أو ثيباً - الى أن قال : وان كانت عاقلة ، نظرت : فان كان لها أب أو جد أجبرها ، ان كانت بكرأ - صغيرة كانت أو كبيرة - وان كانت ثيباً كبيرة لم يكن لهما ذلك وان كانت ثيباً صغيرة كان لهما ذلك : وفيهم من قال : ليس لهما ذلك على حال . وان كان لها أخ أو ابن أخ أو عم أو ابن عم أو مولى نعمة لم يكن له تزويجها صغيرة بحال وان كانت كبيرة كان له تزويجها بأمرها - بكرأ كانت أو ثيباً - والحاكم

= الوصي للأب والجد صغيري الموصي مطلقاً على الأشهر كما في المسالك : وهو الأظهر ، وعلى الفقرة الثانية هكذا : وكذا الحاكم . فلا يزوج الصغيرين مطلقاً في المشهور ، فالملاحظ ان كلمة الأشهر وردت في الوصي لا في الحاكم - كما يقول السيد المتن فلاحظ .

(١) قال : الشيخ البحراني - قدس سره - في الحدائق الناضرة أوائل كتاب النكاح ، في ولاية الحاكم : « وثبت ولايته على من تجدد جنونه أو سفهه بعد البلوغ من غير اشكال عندهم ولا خلاف وتنتفي عن الصغير مطلقاً عند الأصحاب »

في هذا كالآخ والعلم سواء في جميع ما قلناه ، إلا في المجنونة الكبيرة فإن له تزويجها و ليس للآخ والعلم ذلك . ثم قال : فهذا ترتيب النساء على الأولياء : فإن أردت ترتيب الأولياء على النساء قلت : الأولياء على ثلاثة أضرب : أب وجد ، وأخ وابن أخ وعم وابن عم ومولى نعمة ، والحاكم : فإن كان أب أو جد - وكانت مجنونة - أجبرها ، صغيرة كانت أو كبيرة ثيباً كانت أو بكرأ . وإن كانت عاقلة أجبرها ان كانت بكرأ ، صغيرة كانت أو كبيرة ، وإن كانت ثيباً لم يجبرها صغيرة عندهم ، وعندنا : ان لهما اجبارها إذا كانت صغيرة ، وله تزويجها باذنها إذا كانت كبيرة ، فإن كان لها أخ وابن أخ وعم وابن عم ومولى نعمة لم يجبرها أحد منهم ، صغيرة كانت أو كبيرة بكرأ كانت أو ثيباً عاقلة كانت أو مجنونة ، والحاكم يجبرها اذا كانت مجنونة ، صغيرة أو كبيرة ، وإن كانت عاقلة فهو كالعلم ، (١) انتهى .

ولعل كلامه هنا في الصغيرة المجنونة بالنسبة إلى ولاية الحاكم عليها ينافي كلامه المتقدم فيها فلاحظ (٢) . وعنه في (التبيان) : « لا ولاية لأحد عندنا الا للاب والجد على البكر غير البالغ فأمّا من عداهما فلا ولاية له » (٣) انتهى وهو بالنسبة إلى الصغيرة غير البكر مسكوت عنه ،

(١) راجع ذلك من المبسوط : كتاب النكاح في أوائل : فصل في ذكر أولياء المرأة . . .

(٢) أي كلامه في العبارتين مختلف بالنسبة إلى الصغيرة المجنونة ففي العبارة الأولى يقول : « ولا يجوز تزويجها . . . » أي مطلقاً ، وأخيراً يقول : « والحاكم يجبرها اذا كانت مجنونة صغيرة أو كبيرة » .

(٣) بهذا المضمون ذكر في تبيان الشيخ في تفسير الآيات الأولى من

عاقلة كالت أو مجنونة . نعم بالنسبة إلى البكر الصغيرة ، عاقلة كانت أو مجنونة ، ظاهره الاجماع على عدم الولاية لغير الأب والجد له ، وان كان الحاكم .

وقال في (السرائر) « عندنا : أنه لا ولاية على النساء الصغار اللاتي لم يبلغن تسع سنين ، الا للأب والجد من قبله ، (١) انتهى . وهو ظاهر في الاجماع على اختصاص الولاية على الصغيرة بالأب والجد له . وقال في (التذكرة) في ولاية السلطنة : « المراد بالسلطان هنا الامام العادل أو من يأذن له الامام ، ويدخل فيه الفقيه المأمون القائم بشرائط الاقتداء والحكم ، وليست ولايته عامة ، وليس له ولاية على الصغيرين ولا على من بلغ رشيداً ، ذكرأ كان أو انثى - إلى أن قال في المسألة الثالثة - قد بينا أنه ليس للسلطان ولاية في تزويج الصغائر وبه قال الشافعي ، خلافاً لأبي حنيفة فإنه قال : له تزويجها الا أنه لا يلزم ، فاذا بلغت كان لها الرد ، بخلاف تزويج الأب والجد ، وعلى هذا التفسير فهو موافق لمذهبنا لأنه فضولي لا فرق بينه وبين الأجنبي » (٢) .

وقال في (الشرايع) : « ولو زوج الصغيرة غير الأب والجد توقفت على رضاها عند البلوغ وكذا في الصغيرة ، انتهى ، وقال : مثله في (النافع) (٣) .

(١) السرائر لابن إدريس الحلبي ، ذكر ذلك في أوائل كتاب النكاح باب من يتولى العقد على النساء .

(٢) راجع ذلك في تذكرة الفقهاء للعلامة الحلبي ، أوائل كتاب النكاح ، البحث الثاني في أسباب الولاية الخمسة ، السبب الرابع : السلطنة :

(٣) لم نجد في الشرائع هذه العبارة بنصها في الفصل الثالث في -

وقال في (القواعد) : « وأما الحاكم فإن ولاية الحاكم تختص في النكاح على البالغ فاسد العقل أو من تجدد جنونه بعد بلوغه ، ذكر أكان أو أنثى ، مع القبطة ، فلا ولاية له على الصغيرين ، ولا على الرشدين ، وتسقط ولايته مع وجود الأب أو الجد له » (١)

وقال الكركي في شرحه - بعد ذكره المراد من الحاكم : « إذا تقرر ذلك فولاية الحاكم في النكاح إنما تثبت على من بلغ فاسد العقل أو تجدد فساد عقله بعد البلوغ ، ذكر أكان أو أنثى ، إذا كان النكاح صلاحاً له ، (٢) . وقال في (الحقائق) : « وتنتهي أي ولاية الحاكم عن الصغير مطلقاً عند الأصحاب ، (٣) :

وقال في (المسالك) : « قد ذكر المصنف وغيره : أنه لا ولاية للحاكم على الصغير مطلقاً ، وعلوه بأنه لا حاجة له الى النكاح ، والأصل عدم ثبوت ولايته فيه ولا يخلو من نظر ، ان لم يكن إجماعياً » (٤) . وقال : مبطله السيد السند في (شرحه على النافع) : « وهذا التفصيل أعني اختصاص ولايته بمن بلغ فاسد العقل هو المعروف من مذهب الأصحاب

= أولياء العقد من كتاب النكاح ، بل الموجود مضمونها ، وإيكنها بنصها موجودة في نفس الباب من (المختصر النافع) للمحقق نفسه :

(١) راجع من قواعد العلامة : الفصل الثاني في الأولياء من كتاب

النكاح

(٢) جامع المقاصد للمحقق الكركي ، أوائل كتاب النكاح ، في

أولياء العقد .

(٣) نقلنا نفس العبارة عنه آنفاً

(٤) راجع ذلك في خلال الفصل الثالث في أولياء العقد من كتاب

النكاح من مسالك الأفهام في شرح شرائع الإسلام للشهيد الثاني .

ولم نقف لهم في هذا التفصيل على مستند ، والحق ، انه : ان اعتبرت الاطلاقات والعمومات المتضمنة لثبوت ولاية الحاكم وجب القول بثبوت ولايته في النكاح على الصغير والمجنون مطلقاً كما في ولاية المال ، وإلا وجب نفيها كذلك . أما التفصيل فلا وجه له ، وأعلمهم نظروا في ذلك إلى أن الصغير لا حاجة له إلى النكاح ، بخلاف من بلغ فاسد العقل ، وهو غير واضح ، فإن الحاجة للكبير ، وإن كانت أوضح ، لكنها ليست منتفية في حق الصغير ، خصوصاً الإنثى . والمسألة محل إشكال ، وللتظر فيها مجال ، (١) .

وقال في (الكشف) : « ولا ولاية له على الصغيرين للأصل ، وعدم الحاجة فيهما ، وفيه نظر ظاهر ، فإن استند الفرق إلى الاجماع صح ، والا أشكل ، (٢) انتهى .

(١) يقصد بالسيد السند : السيد محمد بن علي بن الحسين بن أبي الحسن الموسوي الجبعي صاحب المدارك المتوفى سنة ١٠٠٩ هـ ، العيلم المحقق ، تعلمد على أبيه - تلميذ الشهيد الثاني - وعلى المقدس الأردبيلي وغيرهما من فحول الفقهاء . وكان الشهيد الثاني - صاحب المسالك - جده لأمه ، فلذلك غير عنه سيدنا في المتن بسببه . من آثاره العلمية - غير المدارك - شرح مفصل على المختصر النافع للمحقق الحلي ، ولعله لم يزل من نفائس المخطوطات . ولقد نقل نفس العبارة المشار إليها في المتن شيخنا المحقق البحراني في حداثته في باب (ولاية الحاكم) .

(٢) يقصد (كشف اللثام في شرح قواعد الاحكام) تأليف المحقق محمد بن الحسن الأصهباني الشهير بالفاضل الهندي المتوفى سنة ١١٣٧ هـ بأصبهان والمدفون فيها . راجع هذه العبارة في كتاب النكاح منه ، الفصل الثاني في الأولياء ، في قول العلامة : وأما الحكم فإن ولاية الحاكم تختص في النكاح . .

قلت : والأقوى عندي : هو القول بالعدم . ويدل عليه - بعد الأصل - مفهوم الاخبار المعتبرة التي : منها - خبر محمد بن مسلم : « عن أبي جعفر عليه السلام - في الصبي يزوج الصبية : يتوارثان ؟ قال : إذا كان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم » (١) . ومنها - خبر عبيد بن زرارة المروي في (البحار) : « عن أبي عبد الله - عليه السلام - في الصبي تزوج الصبية هل يتوارثان ؟ فقال : ان كان أبواهما اللذان زوجاهما حين فنعم » (٢) ومنها - صحيحة محمد بن مسلم : « قال سألت أبا جعفر - عليه السلام - عن انصبي يتزوج الصبية ؟ قال : اذا كان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم جائز ، ولكن لهما الخيار اذا أدركا ، فان رضيا بذلك ، فان المهر على الأب ، قلت : فهل يجوز طلاق الأب على إهته ، في صغره ؟ قال : لا » (٣) واشتغال ذيله على مالا نقول به : من الخيار بعد الادراك لا يضر في الاستدلال بصدره على المدعى . ومنها - مرواه في (الكافي) في الصحيح (والتهذيب) في الموثق : « عن أبي عبيدة الخذاء ، قال : سألت أبا جعفر (ع) : عن غلام وجارية زوجهما وليان لهما ، وهما غير مدركين فقال : النكاح جائز ، وأبهما أدرك كان له الخيار ، وان ماتا قبل أن يدركا ، فلا ميراث

(١) تهذيب الشيخ الطوسي (قده) ، كتاب النكاح باب ٣٤ عقد المزاة وأولياء الصبية حديث (٣٢) ، ونكاملة الحديث ، قلت : فهل يجوز طلاق الأب ؟ قال : لا ، .

وفي الوسائل ، كتاب الطلاق باب ٣٣ من أبواب مقدماته بذكر نص الحديث بسنده عن عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله (ع) .

(٢) ذكر ذلك في الوسائل ، كتاب الفرائض باب ١١ حديث (٣)

بعده أسانيد

(٣) تهذيب الشيخ : كتاب النكاح باب ٣٢ حديث (١٩) ،

بينهما ، ولا مهر الا أن يكونا قد أدركا ورضيا ، قلت : فان أدرك أحدهما قبل الآخر ؟ قال يجوز ذلك عليه ان هو رضي ، قلت : فان كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي بالنكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أثره ؟ قال : نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك ، فتحلف بالله مادعاهما إلى أخذ الميراث الا رضاها بالتزويج ، ثم يدفع اليها الميراث ونصف المهر قلت : فان ماتت الجارية ولم تكن أدركت : أيرثها الزوج المدرك ؟ قال : لا ، لأن لها الخيار اذا أدركت ، قلت : فان كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك ؟ قال : يجوز عليها تزويج الأب ، ويجوز على الغلام ، والمهر على أب الجارية . . . (١) الخبر . واختصاص المورد بالأب ، وان وقع في فرض السؤال ، الا أن مساقها مساق غيرها من الأخبار ، وذكر الأب قرينة ارادة غيرهِ من الوليين المذكورين أولاً ، ولذا كان لها الخيار عند البلوغ لكونه حينئذ فضولاً موقوفاً على الاجازة . ومنها - رواية داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام ، وفيها : « واليتيمة في حجر الرجل لا يزوجه الا برضاها » (٢) بناء على ارادة البلوغ كناية من المستثنى الشامل باطلاق المستثنى منه لما لو كانت في حجر الحاكم ، ويؤيد القول به كونه من المستلم عندهم بل يمكن استفادة الاجماع عليه من كلامهم ، فان الفاضل في (التذكرة) قال - في البحث التاسع في المولى عليه ، في كتاب النكاح في المسألة الثانية - : « المجنون الصغير يجوز للاب والجد له أن يزوجه مع المصلحة كالعاقل ، وليس لغيرهما ذلك

(١) الكافي للكوفي ، كتاب الموارث باب ميراث الغلام والجارية يزوجان : حديث (١) : « والتهذيب للطوسي كتاب النكاح ، باب ٣٢ عقد المرأة وأولياء الصبية ، حديث (٣١) .

(٢) التهذيب ، كتاب النكاح باب ٣٢ حديث (٢٦) :

من عصبية وسلطان اجماعاً ، (١) انتهى .

ونفي الولاية عن غيرهما في المجنونة الصغيرة بالاجماع يعطي نفياً كذلك في الصغيرة الخالية عن الجنون بالأولوية التي كادت أن تكون قطعية بل هي كذلك ، لأن السبب الموجب للولاية في الصغيرة المجنونة أكثر منه في الصغيرة المجردة عن الجنون . بل في (الرياض) صرح بالاجماع على ما يشملها حيث ، مزج قول مصنفه : واولزوج الصغيرة غير الأب والجد توقف على رضاها عند البلوغ ، وكذا في الصغير ، بقوله : اجماعاً (٢) :

هذا مضافاً إلى أن الولاية له ، إن سلمت . فانما هي فيما اذا اضطر الصبي الى النكاح بحيث يتضرر بتركه ، والمقروض عدم الحاجة الى الوطاء لصغره حتى يتولاه الحاكم ، دفعاً للضرر عنه . وهذا بخلاف المجنون والسفيه اممكن في حقها الحاجة اليه والتضرر بتركه . (ودعوى) امكان فرض الحاجة اليه لعدم انحصارها بالوطء حتى يقال بانفائها بالنسبة اليه كما في (الجواهر) تبعاً لغيره (واضحة) الضعف ، إذ المصلحة الموجبة له : أما أن تكون جلب المنفعة له ، أو لدفع المضرة عنه . فان كان من القسم الأول ، فواضح ، وان كان من القسم الثاني فانما يجب مقدمة ، دفعاً للضرورة وجوب وجود ما يتوقف عليه ذو المقدمة من حيث اليجاد والعمل لامن حيث السببية ، ومقتضاه الاكتفاء فيه بالصورة الظاهرية التي لم يترتب عليها أثر في الواقع :

وبالجملة : اذا توقف دفع الضرر عن الصغير في نفسه أو ماله على انتسابه - مثلاً - إلى ذي شوكة بالتزويج ، ولم يمكن التخلص بغيره ،

(١) البحث التاسع من بحوث الركن الثاني في العاقد ، وهي الزوجة

أو وليها ، المسألة الثانية منه :

(٢) راجع ذلك في أوائل الفصل الثاني في أولياء العقد .

وجب على الولي ، وان كان الحاكم ، إيجاده بحسب الصورة ، توصلاً ، لعدم توقفه على النكاح الصحيح المؤثر لعقبة الزوجية في الواقع ، إذ ليس ذلك مشرعاً له ، كما لا يكون مشرعاً ومسوغاً في غيره كالمجبور على البيع والطلاق ونحوهما ، فإن بيع المجبور عليه والطلاق كذلك لا يؤثران تمليكاً ولا بينونة قطعاً بالضرورة ، بخلاف المجنون والسفيه ، فإن ضرورتهما غالباً تتعلق بالطء والحرمية المخدومة ونحوها المتوقف دفعها على صحيح النكاح لا صوريته ، فالتعليل لعدم الولاية بما عللوه : من عدم حاجة الصغير الى النكاح متين جداً .

وأقصى ما يمكن أن يستدل به للمقول بشيئها له : عموم مادل على ولاية الحاكم المستفاد من نحوه قوله (ص) : « السلطان ولي من لا ولي له » وغيره المراد به أنه قائم مقام الولي ، حيث لا ولي غيره ، مضافاً الى خبر أبي بصير الوارد في تفسير : « من بيده عقدة النكاح » (١) ، بل في صحيح ابن سنان : « الذي بيده عقدة النكاح هو ولي أمرها » (٢) وبذلك يقطع الأصل المستدل به على النفي ، ويخصص به ، سيما بالنبوي منها عموم مادل بالمفهوم عليه ، لأن النسبة بينهما نسبة العموم والخصوص المطلق .

توضيح ذلك : ان مادل بالمفهوم على نفي الولاية عن غير الأب والجد له يعتم الحاكم وغيره ، ومادل على ولاية الحاكم أخص منه مطلقاً من حيث ذات الولي ، وان كان عاماً في نفسه بالنسبة إلى متعلق الولاية ، نكاحاً

(١) الوسائل ، كتاب النكاح ، باب حديث (٤) هاسناده : « عن أبي عبد الله (ع) قال : سألت عن الذي بيده عقدة النكاح » ؟ قال : هو الأب والأخ والرجل يوصي إليه ، والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويشترى . »

(٢) المصدر نفسه حديث (٢) بسنده عن عبد الله بن سنان .

كان أو غيره ، بعموم حلف المتعلق ، بناءً على أن المناسق من النبوي ونحوه : ان كل مورد يتعلق به ولاية الولي من الأب والجد والسلطان قائم مقامه ، ومنه النكاح بالنسبة الى الصغير .

ولكن فيه ما لا يخفى : أولاً - إنه لا جابر نصف سنده بعدما عرفت من فتوى الكل أو الجمل بالعدم وثانياً - لاعموم له . من حيث المتعلق بل هو من هذه الخيشية مهمل مسوق لاثبات الولاية - في الجملة - ، ولأن سلمنا عموم من حيث المتعلق فالنسبة بينهما حينئذ نسبة العموم والخصوص من وجه ، لأن مفاد المفهوم : ان غير الأب لا ولاية له في نكاح الصغير - سلطاناً كان أو غيره - ومفاد الحديث ، بناءً على للعموم : السلطان له ولاية على المولى عليه في النكاح وغيره ، واللازم حينئذ الرجوع الى المرجحات الخارجية الوجودية لعموم المفهوم ، فيخصص بها عموم الحديث المستفاد من حلف المتعلق ، لو سلم (لا يقال) ولاية الفقيه فرع ولاية الامام (ع) : وهي ثابتة له بالضرورة بالولاية العامة ، فيثبت للفرع ما هو ثابت للأصل بعموم النيابة (لأننا نقول) : غير معلوم ثبوتها في الأصل حتى يلتزم به في الفرع بعموم النيابة ، وبكفي الشك فيه - بعد أن كان مقتضى الأصل عدمه ، ولا ينافي ذلك ولايته العامة الموجبة لوجوب التسليم له في امثال أوامره وتفيذ تصرفاته لو أمر أو تصرف من غير رد له واعتراض عليه ، لما مرت إليه الاشارة : من أن الكلام في الشيء بعد فرض وقوعه منه غير الكلام فيه من حيث أن له ايقاعه أم لا ، وان ذلك الا كما لو قيل : اوجعل الله فرعون في الجنة وموسى في النار لا يعترض عليه . وقد تقدم أن المشاهد من أحوالهم والمعروف من سيرتهم جريهم على ما أسسوه من القواعد الشرعية والقوانين الالهية من غير فرق بينهم وبين غيرهم من الرعية في الفروج والأموال ونحوهما . وتأخر ولايتهم

على الصغير عن وليه الاجباري أقوى دليل لما ذكرنا ، مع أنه أولى بالولي من نفسه ، فضلاً عن المولى عليه . وقد تقدم من (الفاضل) (١) لفي الولاية عن السلطان ، المراد منه الامام (ع) فالفقيه منفية عنه بالأولوية وأما تفسير (من بيده عقدة النكاح) بالولي في الرواية ، فهي مجملة من حيث اللات ومهملة من حيث المتعلق . والمتيقن هو الولي الاجباري ، واردة مطلق من يتولى أمرها مقطوع بعدمها ، لشمول سعته حينئذ ، العصبية المقطوع بعدمه .

ومنها - ولايته على المفلس في التحجير عليه عن التصرف في ماله دون غيره بعد اجتناع شرايطه : من ثبوت الدين عند الحاكم ، وحاوله ونقصان ماله عنه ، والتماس الغرماء له في التحجير عليه ، لأن الحق لهم فيتوقف على مطالبتهم . فان ولايته في التحجير عليه حينئذ ثابتة بالاجماع - بقسميه - ومنقوله فوق حد الاستفاضة ، المعتضد بدعوى غير واحد عدم الخلاف فيه ، وان خلت النصوص - كما في الحدائق - عما يدل عليه صريحاً بل وظاهراً ولذا توقف في أصل الحجر بالمفلس ، محتجاً عليه بذلك (٢) الا انه غير ملتفت اليه ، بعد ما عرفت من الاجماع عليه .

نعم ادعى شيخنا في (الجواهر) اشعار النصوص به ، بل ظهورها

-
- (١) وهو العلامة في (التذكرة) - كما تقدمت عبارته آنفاً - .
- (٢) أي بخلاف النصوص عن الدلالة على الولاية صراحة . وقوله :
- (غير ملتفت اليه) أي الى احتجاج الحدائق بذلك . قال - في حدائقه :
- كتاب الحجر ، أوائل المطلب الثالث في المفلس : « بقي هنا شيء لم أقف على من تنبه له وهو أن ما اشتهر في كلام الأصحاب ، بل الظاهر أنه لا خلاف فيه من كون المفلس يجب الحجر عليه كما يجب على العبي والسفيه والمجنون لم أقف فيه على نص واضح ،

فيه حيث قال في الرد عليه بعد نقله عنه التوقف في أصل المسألة : وفيه مع عدم الحصار للحجة فيها ، بل الاجماع بقسميه هنا كافٍ في ذلك على أن الموجود منها غير خالٍ من الاشعار ، بل الظهور ، سيما النبوي المتقدم آنفاً ، كموثقة همار عن الصادق عليه السلام : « كان أمير المؤمنين (ع) يحبس الرجل اذا التوى على غرمائه ثم يأمره فيقسم ماله بينهم بالحصص فان أبي باعه ، فيقسمه بينهم ، فان الأمر بقسمة ماله ظاهر في رفع اختياره في التخصيص لو أراد ، بل هو ظاهر في رفع اختياره لو أراد التصرف فيه على وجه يخرج به عن ملكه حتى لا يستحق الديانة منه ، بل لعل المراد من قوله : (يحبس) المنع من التصرف ، كما يرشد اليه خبر هيات ، عن جعفر عن أبيه عليهما السلام : إن علياً عليه السلام كان يفلس الرجل اذا التوى على غرمائه ، ثم يأمر به ، فيقسم ماله - الحديث - ضرورة عدم معقولية ارادة غير ذلك من التفليس خصوصاً بعد قوله (ع) ثم الخ ، ومنه حينئذ تظهر دلالة خبر الأصمغ بن لبانة : عن أمير المؤمنين عليه السلام : أنه قضى أن الحاجر على الغلام حتى يعقل ، وقضى في الدين أنه يحبس صاحبه ، فان تبين افلاسه والحاجة فيخل سبيله حتى يستفيد ماله ، وقضى عليه السلام : في الرجل يلتوي على غرمائه انه يحبس ثم يأمر به فيقسم ماله بين غرمائه بالحصص فان أبي باعه فيقسم بينهم ، بل وخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام : انه كان يحبس في الدين ثم ينظر فان كان له مال أعطى الغرماء وان لم يكن له مال ، دفعه الى الغرماء وقال لهم : اصنعوا به ما شئتم « ان شئتم فأجروه ، وان شئتم فاستعملوه » (١) انتهى .

(١) هذه العبارة بطولها ذكرها في (الجواهر) : كتاب المفلس في شرح قول المحقق : « وكذا لا يحجر عليه الحاكم لو سأل هو الحجر -

وفيه : ان الانصاف عدم ظهور هذه النصوص في المدعى من الحجر بالفلس ، وانما هي ناظرة الى حكم الممتنع من حيث هو ممتنع الماطل عن أداء ما عليه من الحق من أمره بالوفاء وحبسه على تقدير العدم ، والتصدي معه لبيع ماله للوفاء عنه ، وهو حكم مرتب على تحقق عنوان الامتناع المأخوذ في موضوعه بحيث لا يترتب الحكم المذكور مع عدم تحققه في الخارج وإن كان كارهاً للوفاء في الباطن . وأن ذلك من التحجير عليه بالتماس الغرماء الذي يكفي في تسويغه مجرد خوفهم على تلف أموالهم ، امتنع المديون عن الوفاء أو لم يمتنع ، ومنعه عن التصرف في ماله وسلب اختياره عنه والتقسيم بين غرمائه حكم مشترك بين المفلس والممتنع ، وبينهما عموم من وجه مجتمعان ويفترقان ، فلا يستدل بنصوص الحكم في أحدهما على ثبوته في الآخر . نعم ربما يشعر به خبر غياث المتقدم ، بناءً على إرادة تنزيل الملتوي منزلة المفلس في تقسيم ماله بين غرمائه أشعر بمفروغية كون ذلك حكم المفلس ، مع أنه محتمل - قريباً - لإرادة صيرورته مفلساً بعد سلبه خيار ماله وقسمته بين غرمائه . وإو ستم ، فإن هو الا لشعار لا ترفع به اليد عن الأصول المعتمدة . وأما النبوي المروي عنه - صلى الله عليه وآله - أنه حجر على معاذ بالتماسه ، فهو مرمي بالضعف لكونه عاماً ، وبعدم العمل بمضمونه من الحجر عليه بالتماسه دون غرمائه ، وإن استقر به في - على نفسه ، ويستعرض الأدلة على ذلك من الأصل والروايات وتحققها ويردها - الى قوله في رد الخبر - مع كون المشهور على خلافه - كما في المسالك - الى قوله - وما أبعد ما بينه وبين المحدث البحراني الذي توقف في أصل الحجر بالفلس ، وإو مع الشرائط ، محتجاً بأنه ليس في النصوص ما يدل عليه ، وفيه ... الخ . والروايات المذكورة في عبارته ذكرت في الوسائل كتاب الحجر (باب ٦ ، ٧) .

(التذكرة) مستدلاً به عليه (١) ومع طرح الحديث بتمام مضمونه - كما فعله في (الجواهر) - كيف يستدل به على المدعى من ثبوت الحجر بالفتن . وبالمجمل : فالمسألة من حيث النصوص المذكورة كما ذكره صاحب (الحدائق) إلا أنه من حيث الفتوى لا إشكال فيها ، لعدم انحصار الحجة بها ، بعد ما عرفت من الاجماع بل الضرورة عليه .

ومنها - ولايته على الممتنع عن أداء ما عليه من الحقوق المستحقة عليه ونحوها ، حتى على قبض الثمن المردود له في زمن الخيار لو امتنع عن قبضه في بيع الخيار ونحوه ، ولم يمكن إجباره عليه ، فيتولى قبضه الحاكم ويسخ بإختيار بعد قبضه وكذا بيع ماله للوفاء عنه (٢) ، ويدل عليه - بعد الاجماع بقسميه - النصوص المتقدمة وغيرها ، بل هو المعنى بقولهم : « الحاكم ولي الممتنع » :

ومنها ولايته على الأوقاف العامة مع عدم تعيين الواقف ، وإياً عليها فان الولاية ثابتة له عليها نصاً واجماعاً بقسميه ، ولأنه من المصالح العامة التي يرجع بها إلى الامام (ع) وإلى نائبه بعموم النيابة :

وجملة الكلام في الولاية الوقف - بعد ثبوت ان للواقف جعل ولاية

(١) قال العلامة في (التذكرة) : كتاب الحجر ، أواخر الفصل الثاني في شرائط الحجر : فروج - ج - : « لو لم يلمس أحد من الغرماء الحجر ، فالتمسه المفلتس ، فالأقرب عندي جواز الحجر عليه لأن في الحجر مصلحة للمفلتس ، كما فيه مصلحة للغرماء - إلى قوله - : وقد روي أن حجر النبي (ص) على معاذ كان بالناس من معاذ دون طلب الغرماء » .

(٢) وذكر الفقهاء - في هذا الباب مواضع كثيرة - في متفرقات أبواب الفقه - تكون للحاكم الولاية فيها على مطلق الممتنعين عن الالتزام بحقوقهم وواجباتهم من الماليات وغيرها ، لا يسع المجال استعراضها .

الوقف لنفسه أو لغيره بالنص والاجماع (١) - هو: أن الواقف (مرة) يوقف العين وقفاً عاماً على نوع أو جهة ويجعل ولياً عليه من دون أن يعين كيفية خاصة زائدة على عنوان الوقف على ذلك النوع أو تلك الجهة بل يجعل كفيات التصرف والصرف في مصرفه موكولاً إلى نظر الولي ، فله بحسب الجمل من الواقف أنحاء التصرف فيه إلا ما ينافي عنوان الوقف إذا لم يعين عليه كيفية خاصة ، بل جعلها موكولة إليه ومنوطة بنظره ، فليس لأحد الرد عليه في تصرف من تصرفاته إلا ما كان منافياً للوقف وعنوانه :

(وأخرى) يعين كفيات مخصوصة ، ويقررهما في جمل الوقف ، ويجعل ولياً عليه بحسب ما قرره وعينه من الكيفية المخصوصة ، إلا أن غرضه من جعل النظارة على الواقف إعطاء منصب له عليه وهوود منفعة - مالية كحق التولية أو اعتبارية أو هما معاً - إليه بحيث يكون جل مقصوده مصلحة الولي مقدماً على مصلحة الموقوف عليه ، كما لهله يقصد ذلك كثيراً في جعلهم النظارة لأولادهم للتوصل به إلى أغراضهم الدلوية في حق أولادهم وعليه فليس له أن يتصرف فيه لغير ما قرره من الكيفية المجهولة بأصل الوقف ، لأنها غير موكولة إلى نظره كالأول : (وثالثة) يجعل ولياً وغرضه

(١) وخالف ابن إدريس في (السرائر) في جواز جعلها للنفس مطلقاً ، ولكنه خلاف الاجماع : قال العلامة في (التذكرة) : في مسألة أن الواقف أحق بالتولية : « حق للتولية للواقف في الأصل ، لأن أصل قرينة الوقف منه ، فهو أحق أن يقوم بإيصائها وصرفها في مظانها ومواردها . فإذا وقف ، فلا يخلو » إما أن يشترط التولية لنفسه أو لغيره أو يطلق ولا يذكر شيئاً . فان شرطها لنفسه صح ولزم لأنه أكد بشرطه بمقتضى الأصل - إلى قوله - : ولا لعلم فيه خلافاً . وإن شرطها لغيره لزم - عندنا - ولم يجوز لأحد مخالفته عند علمائنا :

ليس إلا مصلحة الموقوف عليهم ورعايتهم في ابصال حقوقهم اليهم من دون هرض يتعلق بالولي ، وان جعل له حق التولية عوضاً عن المباشرة . والظاهر ثبوت جعلها للواقف لنفسه أو لغيره بجميع معايلها الثلاثة ، لعموم ما ورد : من أن الوقوف على حسب ما يقلها أهلها (١) ، مضافاً إلى أن ذلك من شؤون تصرفات المالك في ملكه التي منها اخراجه عن ملكه مكيفاً بهذه الكيفية . (ودعوى) كونه تصرفاً في غير ملكه أو في ملك غيره بالوقف (مسلمة) لو كان جعل الولاية متأخراً عن تملك الغير أو اخراجه عن ملكه ، ولو تأخراً بالطبع ، وليس كذلك ، بل هما - أي الوقف والولاية - معمولان بعمل واحد من المالك في ملكه ، فالنظرة المجمولة بأحد المعنيين الأولين هي ولاية ، وبالمعنى الأخير الظاهر أنها تولية ، لا ولاية . والفرق بينهما : ان التولية محض تسليط على الشيء وصاحبه مسلط ومفوض عليه ، والولاية سلطنة وصاحبه سلطان وذو سلطنة ، والفرق بين التسليط والتسلطن واضح ، فالتولية والتفويض معنى ، والولاية التي حقيقتها الامارة معنى آخر : فالأولى تشبه الحكم ، والثانية تشبه الحق ، وان كثر اطلاق الولاية على التولية في كثير من مواردنا في لسان الفقهاء تسامحاً بارادة الولاية بالمعنى الأعم .

هذا اذا عين الواقف ولياً على الوقف : وان لم يعين « (٢) فان كان

(١) في الوسائل : كتاب الوقوف والصدقات باب ٢ حديث (٢٤١) :

نص الحديث جواب مكاتبة الى الامام الحسن العسكري سلام الله عليه :

(٢) وان لم يعين الواقف متولياً خاصاً في ضمن العقد ، فهل التولية

له ، أو للموقوف عليهم ، أو للحاكم الشرعي مطلقاً ، أو يفصل بين

الوقف الخاص والعام - كما في المتن - ؟ أقوال في المسألة ، ولكل منها

أدلة ومؤيدات استعرضتها كتب الفقه في مظانها من أبواب الوقف : =

الوقف خاصاً كانت الولاية للموقوف عليهم من ولاية الملك . بناء على كون العين الموقوفة ملكاً لهم ملكية خاصة تباين الملكية المطلقة في كثير من أحكامها : من ضيق دائرة السلطنة ، وتقيداً بالحياة ، واقتضاها الدوام . وان انتقلت بالموت ، فالموت في الوقف انتهاء لزمان الملكية . وفي الملك قاطع للملكية وناقلاً لها الى غيره .

وان كان وقفاً عاماً فالولاية عليه المحاكم ، لأنها من المصالح العامة إلا أن الظاهر أنه من التولية دون الولاية بالمعنى الأخص ، فليس له الا مباشرة إصلاح الوقف ، وصرف نمائه في مصرفه بنفسه أو بنائيه ، بناءً على أن النوع أو الجهة مصرف . ولوقلنا - كما لعنه الأظهر - أنه ملك للنوع ولو على جهة خاصة كالأراضي المفتوحة عنوة - على الأقوى - من كونها ملكاً للمسلمين يصرف نمائها في مصالحهم العامة (١) ، كان الأظهر كونها من باب الولايات ، دون التولية .

ومنها - ولايته على المال المنتقل اليه بالارث ممن لا وارث له سواء فانه على المشهور - كما قيل - يجب صرفه على مطلق الفقراء ، وان لم يكن من أهل بلده . وقيل باختصاصه بفقراء بلده . نظراً الى أدلة لا تصلح لاثبات الاختصاص بهم (٢) ، وقيل : بحفظه له بدفنه أو الوصية به

= وربما بنيت المسألة على الخلاف في أن العين الموقوفة على تبة على ملك الواقف ، أو تنتقل الى الموقوف عليهم أو الى الله تعالى ، أو بالتفصيل بين الخاصة : فالى الموقوف عليهم ، والعامة فالى الله تعالى .

(١) راجع : الجزء الأول من (البلغة) أوائل الرسالة في الأراضي الخراجية .

(٢) كما هو رأى الشهيد الأول - قدس سره - قال : في أوائل الفصل الثالث في الولاء من كتاب الميراث من (اللامعة) بعد الكلام -

- كما عن الخلاف - مدعياً فيه الاجماع عليه (١) الموهون بشلوذ القول به وقيل : بتحليله للشبهة لكونه من الأنفال بناءً على أنه حكمها (٢) :
- وأعل سند المشهور - مضافاً إلى ظهور بعض النصوص (٣) فيه - اجراء

= على ولاء المعتق وضممان الجريرة - ثم الامام عليه السلام . ومع غيبته يصرف في الفقراء والمساكين من بلد الميت ، وقال الشهيد الثاني في شرح هذه العبارة : « ولا شاهد لهذا التخصيص إلا ما روي من فعل أمير المؤمنين عليه السلام . وهو - مع ضعف منده - لا يدل على ثبوته في غيبته » .

(١) قال الشيخ في (الخلاف) كتاب الفرائض مسألة ١٥ :
« كل موضع وجب المال لبيت المال عند الفقهاء للمسلمين : وعندنا للامام إن وجد الامام العادل سلم إليه بلا خلاف ، وإن لم يوجد وجب حفظه له - عندنا - كما تحفظ سائر أمواله التي يستحقها . . . » .
(٢) راجع : الجزء الأول من البلغة ، ص ٢٨٨ المقالة الرابعة في أرض الأنفال :

(٣) منها - كما في الوسائل باب ٣ من أبواب ولاء ضمان الجريرة والامامة من كتاب الفرائض والموارث - صحيحة : محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : « من مات وليس له وارث من قرابته ولا مولى عتاقه قد ضمن جريرته فماله من الأنفال » . ومنها - صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) « . . . ومن مات وليس له مولى فماله من الأنفال » وغيرهما - بنفس الباب - روايات أخر بمضمونها .

قال الشهيد الثاني في (المسالك) في كتاب الفرائض - في شرح قول المحقق - آخر المقصد الثالث في الميراث بالولاء : فإذا عدم الضمان كان الامام وارث من لا وارث له - الخ - : « . . . » . وذهب جماعة =

حكم مجهول المالك عليه فيدفع إلى الفقراء صدقة عنه ، لوجود مناطه الذي هو تعذر وصول المال إلى صاحبه ، وهو قوي في غير الأراضي منه . وأما هي فقد تقدم الكلام فيها في بحث الأنفال من (رسالتنا الخراجية) (١) . ثم إنه من المعلوم أن مباشرة الحاكم له هنا من باب التولية دون الولاية التي غير معقول جريانها على هذا الغائب (ع) الذي هو أكمل الانام ، وله الولاية عليهم بالتمام ، فكيف يكون مولى على مال لمن له الولاية عليه ؟

تنبيه : قد عرفت أن للحاكم ولاية على الإيتام ما لم يكن هناك ولي مقدم عليه ، فلو نصب قبا عليهم كانت القيمة بالنيابة عنه ، ومقتضاها انزاله بموته أو بخروجه عن الأهلية وهل له إعطاء ولاية الصغار إليه بحيث تدور سلطنة ولايته عليهم مدار حياة نفسه دون حياة الحاكم ؟ الظاهر العدم ، بل هو المتعين ، للأصل ، مع عدم دليل يصلح به الخروج عنه ، وذلك واضح لا شك فيه ولا شبهة تعتريه .

هذا ما وسعني من التعرض لموارد ولاية الحاكم والتعرض لغيرها بالاستقصاء موقوف - لكثرتها وتفرقها في أبواب الفقه - على مزيد تنبع لا يسعني الآن ذلك (٢) :

= - منهم المصنف - إلى قسمته في الفقراء والمساكين ، سواء في ذلك أهل بلده وغيرهم . وهذا هو الأصح . وفي صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام ، والحلي عن أبي عبد الله (ع) : أنه من الأنفال وهو دال على جواز صرفه في للفقراء والمساكين ، إن لم يدل على ما هو أعم من ذلك ، : (١) وهي الرسالة الخامسة من محتويات الجزء الأول من كتاب : (هبة الفقيه) .

(٢) وقد ذكر الفقهاء رضوان الله عليهم - ولاية الفقيه الجامع للشرائط في زمان الغيبة موارد كثيرة أخرى متفرقة في مظانها من أبواب =

(المبحث الثاني)

في الولاية بالقرابة ، وهي ثابتة للأب والجد له (١) من النسب شرعاً فلا ولاية للأب رضاعاً ، ولا لمن أولده سفاحاً .

وثبوتها لهما بالاشتراك بينهما مورد اتفاق النص والفتوى . وان اختص الأول بالذكر في أكثر النصوص (٢) ، الا ان المراد منه مايشمل الجد

- الفقه كولاية على التصرف في سهم الامام عليه السلام - الذي هو نصف الخمس - حسب ما يراه من المصلحة ، وكولايته على التصرف بأموال الزكاة وأخذها من الممتنع ووضعها في شؤون المسلمين ، وكولايته على التصرف بمجهول المالك والمال الذي لا يمكن إيصاله الى صاحبه لبعض الموانع ، فيتصدق به على الفقراء بثواب صاحبه الواقعي - كما سيأتي من الماتن - . وكولايته على التصرف في الأراضي المفتوحة عنوة في زمان الامام (ع) - كما هو الظاهر - وكولايته على من لا ولي له في الدماء والفروج والأموال المحترمة - على ضوء الأصلح - وغير ذلك كثير من الموارد الخاصة والعامة وموارد الحسبة التي سيذكر بعضها سيدنا المصنف - قدس سره - فراجع :

(١) وعليه عامة الفقهاء الامامية ، إلا ابن أبي عقيل - من القدماء - قاله لا يرى ولاية التزويج إلا الى الأب دون غيره من الأولياء .

(٢) في (التهذيب) كتاب النكاح باب ٣٢ في أولياء العقد روايات كثيرة بهذا المضمون ، كقول الامام الباقر عليه السلام - كما في رواية زرارة ورواية محمد بن مسلم - : « لا ينقض النكاح إلا الأب ، » .

ولو بقرينة ما تضمن لفظه منها (١) ، بل وتقدم عقده على عقد الأب مع المعارضة (٢) ، بل وإطلاقها يقتضي اشتراك الجد مطلقاً وان عد مع الأب في الولاية . وأنه لا ترتيب في العوالي من الأجداد - كما عن الأكثر - خلافاً لما عن بعض - كما في الحدائق والمفاتيح - فذهبوا إلى الترتيب بين الأجداد : يختص بها الأدنى منهم ، فالأدنى (٣) . واختاره (المسالك

(١) فلي التهذيب بنفس الباب الآنف حديث (٣٦) و باسناده عن عبيد بن زرارة قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل ويريد جدّها أن يزوجه من رجل آخر ؟ قال : الجد أولى بذلك ما لم يكن مضاراً ، ان لم يكن الأب زوجها قبله . ويجوز عليها تزويج الأب والجد .

(٢) كالرواية الآتفة عن المصدر الآنف وفيه أيضاً : رواية محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) قال : إذا زوج الرجل بنت ابنه فهو جائز على ابنه ، ولابنته أيضاً أن يزوجه ، فقلت : فان هوى أبوها رجلاً وجدها رجلاً ؟ فقال : الجد أولى بهنكاحها .

(٣) في الحدائق الناضرة للشيخ يوسف البحراني ، كتاب النكاح ، أخريات المسألة العاشرة قواه : و هل يتعدى الحكم هنا إلى أب الجد وجد الجد ولان علا مع الأب أو مع من هو أدنى منه حتى يكون أبو الجد أولى من الجد وجد الجد أولى من أب الجد - الى قواه - : قد عرفت مما قدمناه في غير مقام ، قوة القول الثاني . : وحينئذ ، فيقدم عقد الأعلى في الصورة التي فرضتها . أما المفاتيح فلعله يريد به مفاتيح الملا محسن الفياض القاشاني المتوفى في قاشان والمدفون فيها سنة ١٠٩١ هـ طبع القسم منه وبقي الآخر مخطوطاً ، رأينا نسخته الخطية الكاملة في مكتبة =

في كتاب الوصية (١) .

ومن الغريب ما وقع من الفاضل (الجواد) في شرح الممعتين (٢) حيث توهم منه القول بالترتيب حتى بين الأب والجد له الأدنى حيث قال - بعد أن نسب إلى ظاهر الأكثر اشتراك الأب والجد في الولاية ، ونقل الخلاف في ترتيب الأجداد عن المفاتيح والحدائق مالفظة : « بل عن الفاضل الشارح في وصايا المسالك : أن الولاية للأب ثم لمن يليه من الأجداد على ترتيب الولاية : الأقرب منهم إلى الميت فالأقرب ، ومقتضاه الترتيب بين الأب والجد الأدنى أيضاً ، وهو غريب لمنافاته ما فرضوه من الخلاف في تقديم عقد الأب أو الجد مع التعارض ، بل الرجحان في ذلك لعقد الجد على الأظهر لفحوى ما دل عليه في عقد النكاح من الرواية والاجماع ومنافاته لما اختلفوا فيه : من أن ولاية الجد مشروطة بحياة الأب أولاً ، وفرعوا عليه تقديم وصي الأب على الجد ، وإن كان الأظهر عموم ولاية

= الحجة الشيخ علي آل كاشف الغطاء حفظه الله ، ولم نجد هذا الموضوع في مظاهره من هذه النسخة المخطوطة . والله العالم .

(١) راجع ذلك في (مسالك الأفهام) في شرح شرائع الإسلام ، للشهيد الثاني : كتاب الوصايا ، آخر الفصل الخامس في الأوصياء قوله : في شرح قول المحقق (وكذا أومات لإنسان ولا وصي له ...) : « أعلم أن الأمور المقترة إلى الولاية : إما أن تكون أطفالاً أو وصايا أو حقوقاً أو ديوناً ، فإن كان الأول ، فالولاية فيهم لأبيه ثم لجدته لأبيه ثم لمن يليه من الأجداد على الترتيب أولاً لولاية للأقرب منهم إلى الميت فالأقرب » .

(٢) أشرنا - غير مرة في هذا الكتاب - إلى أن المراد من (شرح الممعتين) : شرح الروضة للشيخ الجواد المعروف بملا كتاب ، والتثنية للتقليد والكتاب لا يزال من نفائس المخطوطات .

الجد ، انتهى .

وأنت حبير بأن مراده من الأب هو أب الميت ، فيكون هو الجد الأدنى لأطفاله . وقوله (ثم لمن يليه من الأجداد) : جد الميت ، فهو منه قول بالترتيب بين الأجداد ، لا بين أب الطفل وجده . وبذلك عليه صريح قوله : (الأقرب منهم الى الميت فالأقرب) . ويشهد له ذكر الفرع في الوصية التي موصوعها لو مات وله أطفال فالولاية لأبيه ، أي لأب الميت الذي هو الجد الأدنى لأطفال ابنه دون أبيه الذي هو الجد الأعلى ، فهو منه قول بالترتيب بين الأجداد . لا بين الأب والجد الأدنى - كما توهمه الفاضل المتقدم ذكره - :

هذا : ومن اعتبر الترتيب في الأجداد : ان استند في ذلك الى دهموى انصراف الجد الى الأدنى منه دون الأعلى فلا يشاركه في الولاية ، وهو ، وان كان يجري مثله في الأب ، بل هو فيه أظهر منه في الجد - لو سلم شموله للجد حقيقة - إلا أن الجد منصوص عليه مستفيضاً في النكاح وغيره حتى قيل بتقديمه على عقد الأب لو اتحد زمانها ، بل قيل - كما تقدم - باشتراط ولايته بحياة الأب ، ومقتضى ذلك كله المشاركة معه في الولاية ولم تثبت مشاركة العوالي من الأجداد في الولاية مع الأدنى بعد اختصاصه به بالانصراف ، بل مقتضى الأصل هو العدم (ففيه) ، ان انصراف الجد الى الأدنى - لو سلم - كان مقتضاه عدم الولاية للأعلى أصلاً ، ولو مع فقد الأدنى للأصل ، دون الترتيب بينهما .

وان استند في ذلك الى آية : « وألوا الأرحام بعضهم أولى ببعض » الدالة على كون القريب أول بقرابه من البعيد أولوية تعين ، لا أولوية تفضيل مع الاشتراك في المبدء ، ومقتضاه ، وان كان الترتيب بين الأب والجد الأدنى أيضاً ، إلا أنه خرج عنه بالنص والاجماع على الاشتراك بينهما

فيبقى الباقي داخلاً في العام ، وعدم الأولوية في غيرهم من الأرحام من السالبة بانتفاء الموضوع ، لعدم الولاية لهم ، لا لعدم الأولوية بينهم . (ففيه) : ان نصوص ولاية الجدة الشاملة باطلاقها للقريب والبعيد أحصن مطلقاً من عموم أولوية الأرحام بعضهم ببعض في الولاية وغيرها ، للمستفاد من حذف المتعلق ، فليكن مقدماً عليه تقدماً للخاص على العام أو المقيد على المطلق ، مضافاً الى وجود مناط اشتراك الجدة القريب مع الأب في البعيد أيضاً معه من نحو : « الولد وما ملك لأبيه » (١) وغيره . فإذا الأقوى ما عليه المشهور .

فظهر من ذلك كله حكم المسألة بجملة صورها الثلاثة .

الأولى : اشتراك الأجداد مطلقاً مع الأب في الولاية على أطفاله ، وهو المنسوب الى الأشهر ، بل المشهور . ويقال له القول بالترتيب في الأجداد

(١) في الوسائل ، كتاب النكاح باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث (٥) : « وعن عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد عن أحمد بن محمد بن محمد بن أبي نصر عن أبي المغيرة عن عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إني لذات يوم عند زياد بن عبد الله إذا جاء رجل يستعدي على أبيه ، فقال : أصالح الله الأمير ، إن أبي زوج ابنتي بغير إذني ، فقال زياد لجلسائه الذين عنده : ما تقولون فيما يقول هذا الرجل ؟ فدلوا : نكاحه باطل : قال : ثم أقبل عليّ ، فقال : ما تقول يا أبا عبد الله ؟ فلما سألتني أقبلت على الذين أجابوه ، فقلت لهم : أليس فيما تروون أنتم عن رسول الله (ص) : إن رجلاً جاء يستعدي على أبيه في مثل هذا ، فقال له رسول الله (ص) : أنت وما لك لأهلك ؟ قالوا : بلى ، فقلت لهم : فكيف يكون هذا - وهو ماله لأبيه - ولا يجوز نكاحه ؟ قال : فأخذ بقولهم ، وترك قولي : »

فلا يشترك مع الأب في الولاية الا أبوه الذي هو الجدد الأدنى للطفل .
الثانية : لو فقد الجد الأدنى قام الأعلى مقامه في الاشتراك مع الأب
في الولاية بناءً على الترتيب . والظاهر أنه مما لا خلاف فيه ، لثبوت
الولاية لهم - في الجملة - غير أن القريب منهم يمنع للبعيد حندهم بما دل
على الترتيب .

الثالثة : لو فقد الأب ، فهل تختص الولاية بأبيه الذي هو الجد
الأدنى ، بناءً على الترتيب ، أو يشاركه أبوه حينئذ كما كان هو يشارك
ابنه ؟ وجهان : من ثبوت اشتراك الولد مع والده في الولاية ، وهو هنا
منه ، ومن أن للثابت خروجه عن الترتيب أب الطفل وجده الأدنى ،
وجريان الحكم في - غيرهما قياساً بهما - لا نقول به .
ولا ولاية لغير الأب وآبائه من قبل الأب من الأقارب - مطلقاً -
بالنص والاجماع (١) . والقول بثبوتها لبعض منهم - كما عن بعض -
شاذ لا يلتفت إليه (٢) .

(١) أما النص فقد ورد بمضامين كثيرة تخص الولاية بالآباء من
طرف الآباء ، كفهوم قوله (ع) : « ان كان أبواهما اللذان زوجها
فنعم - كما في الوسائل باب ٦ من أبواب عقد النكاح - . وأما دعاوى الإجماع
في المسألة فقد تواردت على السنة عامة الفقهاء في كتبهم كما هن الشيخ في
(تبيينه) في تفسير قوله تعالى : « إلا أن يعفون أو يعلم الذي بيده عقد
النكاح » : « لا ولاية لأحد عندنا إلا للأب والجد على البكر غير البالغ
فأما من عداهما فلا ولاية له » ومثله غيره من عموم الفقهاء .

(٢) كالقول من بعض أصحابنا بثبوتها للام وآبائها واللاخ ، لروايات
- مع ضعف سندها - محمولة على التقيّة ، كالقول من بعض العامة بثبوتها
للمصبة والمعتق والابن بالنسبة الى أمه : كل ذلك شاذ ، ولا دليل معتبر عليه :

ثم الظاهر نفوذ تصرفهما مطلقاً ، فيما يتعلق بالطفل وماله ، نكاحاً كان أو هبته الا الطلاق ، فانها لا يملكانه بالنص . وفي إلحاق الفسخ وهبة ما بقي من أجل المتعة به ، وجهان : والا أقوى : العدم ، اقتصاراً على المنصوص في الخروج عما لهما الولاية عليه وهو الطلاق .

وهل يعتبر في تصرفهما رعاية المصلحة له ، أو يكفي عدم المفسدة أولاً يعتبر شيء منها ؟ وجوه - بل أقوال - : وسطها أوسطها ، لماد على جواز الاقتراض من مال الطفل ، وتقويم الجارية على نفسه ، وغير ذلك المعلوم خلوه بمجردة عن مصلحة تعود اليه . وعود الاجر والثواب الأخرى له لكونه ماليكاً للمال ، ليس من المصلحة التي عليها المدار ، بناءً على اعتبارها في تصرف الولي ، مضافاً إلى خلو أخبار تزويج الأب والجد للطفل عن اعتبارها ، مع أولوية الفروج بالاحتياط من غيرها وأولا أدلة نفي الضرر فيما اشتمل على مفسدة ، واشعار بعض النصوص بعدمها لكان القول بعدم اعتبارها أيضاً قوياً ، إلا أن الذي يظهر من عبارات بعض ، سيما القداماء ، ان اشتراط التصرف بالمصلحة من المفروغ عنه عندهم ، وأنه المسلم فيما بينهم ، فعن (المبسوط) قال : « ومن يلي أمر الصغير والمجنون خمسة : الأب والجد للأب ووصي الأب والجد والحاكم ومن يأمره - ثم قال - : وكل هؤلاء الخمسة لا يصح تصرفهم الا على وجه الاحتياط والحظ للصغير لأنهم انما نصبوا لذلك ، فاذا تصرف فيه على وجه لا حظ فيه ، كان باطلاً ، لأنه خلاف ما نصب له . » وعن : (السرائر) : « لا يجوز للولي التصرف في مال الطفل الا بما يكون فيه صلاح المال ، ويعود نفعه إلى الطفل دون المتصرف فيه ، وهذا الذي تقتضيه أصول المذهب » انتهى . وهو المحكي عن صريح الحق ، والعلامة ،

والشهيدين ، وثاني المحققين (١) وعن (شرح الروضة) للفاضل الهندي (٢)
ان المتقدمين عمموا الحكم باعتبار المصلحة من غير استثناء : وعن (مفتاح
الكرامة) : أنه استظهر من عبارة (التذكرة) في باب الحجر نفي الخلاف
في ذلك بحق المسلمين .

وربما يستدل له في الجدل مع فقد الأب بعموم قوله تعالى : « ولا
تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن » (٣) الشامل للجد ، ويقع في
الأب بعدم القول بالفصل .

وفيه : - بعد تسليم - عمومها أنه مخصص بما دل على ولاية الجد
وسلطنة الظاهر في أن له أن يتصرف في مال طفل بما ليس فيه مفسدة له .
هذا : ويحتمل - غير بعيد - التفصيل بين مالو كان تصرف الأب
لحاجة به وضرورة له أدت اليه فيكون له ذلك مالم تستلزم المفسدة ، وان
كان لأمر يرجع الى الطفل اعتبرت المصلحة فيه . فولاية الاب برزخ بين
ولاية السيد وبين ولاية الحاكم ، فهي أقوى منها ، ولذا كان مقدماً عليه
في الولاية على ولده المنزل منزلة المملوك له في الاختيار .

ثم المدار في المصلحة - حيث اعتبرناها في التصرف - على وجودها
في الواقع ، فلو تصرف بناءً عليها فأنكشف العدم لم ينفذ لانتفاء المشروط

(١) يريد به المحقق الثاني الكركي العاملي المتوفى سنة ٩٤٠ هـ في
كتابه (جامع المقاصد في شرح القواعد للعلامة) راجع : هذا الموضوع
في باب شروط المتعاقدين من الكتب التي أشار اليها الماتن - قده - .

(٢) واسمه (المناهج السرية في شرح الروضة البهية) يقع في
مجلدات أربعة ، لاتزال مخطوطة ، راجع : (الذريعة للمحقق الطهراني
باب الميم) :

(٣) وتكلمة الآية : « حتى يبلغ أشده » سورة الانعام / ١٥٢ .

بانتفاء شرطه ، ولا كذلك لو تصرف بما فيه الصلاح فبان وجود الاصلح وقلنا بتقديم الاصلح على ما فيه الصلاح ، لوضوح الفرق بين التقديم مع المزاخمة الموقوف على الالتفات إلى وجود المزاخمة ، وبين مبنوية التصرف من أصله ، وبذلك يظهر ضعف احتمال كون الحسن حينئذ داخلاً في عموم المستثنى منه ألنهي عنه في آية : « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن » والغفلة إنما تمنع تنجز النهي لا نفسه . ولو انعكس الأمر بأن تصرف بانياً على عدم المصلحة ، فظهر وجودها صح تصرفه ، وإن توهم ألنهي عنه لوجود ما هو شرط في الصحة نعم يجري عليه قبح التجري وهو غير البطلان .

(المبحث الثالث)

في ولاية الوصي المنصوب من الموصي قيماً على أطفاله ، وهي ثابتة له بالنص والاجماع ، لكن بحسب ما هو مجعول له منه من حيث الاطلاق والتقييد . فإن اطلق فلا اشكال في نفوذ ما يتولى من مصالحهم في حفظ نفوسهم وأموالهم وأخذ الحقوق الراجعة اليهم من غيرهم وإلى غيرهم ، منهم وغير ذلك من بيع وإجارة ومزارعة ومساقاة ونحو ذلك مما يتعلق باصلاح أموالهم ، كما لا اشكال في المنع عن فعل بعض ما كان للأب جوازه من حيث الاهوة القائمة بذلك الأب لعدم قابلية الانتفاع حينئذ منه إلى غيره . ومع الشك فيه يرجع إلى الشك في القابلية التي لا يمكن إحرازها بالأصل وعمومات الوصية ولعل من ذلك جواز تزويج الصغير والصغيرة لغير الأب والجد له ، وإن كان قيماً ، فإن الأصحاب اختلفوا في ثبوت ولاية التزويج للوصي مطلقاً ، أو مع نص الموصي له عليه أو

نفياً مطلقاً على أقوال : أشهرها - كما في (المسالك) (١) ، بل المشهور كما عن غيره - : هو الأخير ، للاصل مع الشك في قابليتها للانتقال عنه بعد الموت ، واستغناء الصغيرة عن الحاجة الى النكاح وهو مفهوم الصحيحين في تزويج الصبي للصبية : و ان كان أبواهما اللذان زوجها فنعلم جائز ، (٢) وخصوصاً الصحيح المضمّر : و سأله رجل عن رجل مات وترك أخوين وبناتاً والبنات صغيرة فعقد أحد الأخوين الوصي فزوج الابنة من ابنه ، ثم مات أب الابن المزوج ، فلما أن مات قال الآخر : أخي لم يزوج ابنة ، فزوج الجارية من ابنه ، فقيل للجارية : أي الزوجين أحب اليك : الأول أو الأخير ؟ قالت : الأخير ، ثم ان الأخ الثاني مات وللأول ابن أكبر من الابن المزوج ، فقال للجارية : اختاري أيهما أحب اليك الزوج الأول أو الزوج الأخير ؟ فقال : الرواية فيها أنها للزوج الأخير . . . (٣) الخبر وهي وان كانت مضرة الا أنها بالشهرة العظيمة منجبرة .

(١) قال : الشهيد الثاني في المسالك في باب أولياء العقد من كتاب النكاح - في شرح قول المحقق : ولا ولاية للوصي وان نص له الموصي على النكاح - : و اختلف الأصحاب في ثبوت ولاية التزويج للوصي مطلقاً أو مع نص الموصي له عليه أو نفياً مطلقاً على أقوال أشهرها الأخير ، (٢) إشارة الى صحيح محمد بن مسلم عن الامام الباقر عليه السلام ، المتقدمين المذكورين في أبواب عقد النكاح وأولياء العقد من كتاب النكاح من الوسائل وغيره من كتب الأخبار .

(٣) نفس الخبر باختلاف بسيط في بعض كلماته في الوسائل ، كتاب النكاح باب ٨ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث (١) هكذا : « محمد بن يعقوب عن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد عن محمد بن اسماعيل بن بزيع قال : سأله رجل . . . الخ .

واستدلوا على الأول بصحيفة ابن مسلم وأبي بصير : « عن أبي جعفر عليه السلام ، سألته عن الذي بيده عقدة النكاح ؟ قال : هو الأب والأخ والموصى إليه » (١) . وخبر أبي بصير عن الصادق عليه السلام : « الذي بيده عقدة النكاح هو الأب والأخ والموصى إليه » (٢) وهما - مع ندره القول بمضمونها - كما في الرياض وغيره - وخلوهما عن ذكر الجسد وتضمنهما لولاية الأخ الذي لا يقول به أحد - لا يكافئان ما تقدم ، فيحملان على استحباب الطاعة له . وعليه يحمل ذكر الأخ أيضاً

ومنه يظهر ضعف القول بالتفصيل بين ما لو نص عليه وعدمه بالثبوت في الأول وعدمه في الثاني ، تنزيلاً لاطلاق كلٍّ من الأخبار المتعارضة على ذلك ، جمعاً بينهما ، وهو حسن لو كان له شاهد عليه . وكذا القول بثبوتها له فيما لو بلغ سفيهاً مع الحاجة إليه واستثناء هذه الصورة من النفي مطلقاً كما عن بعضٍ منهم المحقق والعلامة ضعيف أيضاً ، لعدم الدليل عليه .

(ودعوى) : كون ذلك للاب فكما له أن يدفع الضرر بالتزويج عن ولده أو بلغ سفيهاً لواضطر إليه ، كذلك الوصي القائم مقامه له ذلك أيضاً حيث يكون مضطراً إليه (فاسدة) لثبوت ولاية التزويج للاب على صفائه المستصحب إلى البلوغ وإيناس الرشد ولا كذلك الوصي حيث قلنا بعدم ولايته على الصغير مطلقاً ، فلا متيقن حتى يستصحب . وحدث الولاية له عليه عند البلوغ سفيهاً مع كونه منقياً بالأصل لا دليل عليه ، فالولاية حينئذ للمحاكم بتولاه إذا كان له به حاجة . وكذا للموصي الولاية على مال الموصي فيما له الوصية به من الثلث ، فله التصرف حسب الوصية له من

(١) و (٢) الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٨ من ابواب عقد النكاح وأولياء العقد ، إلا أن فيها (والرجل يوصي إليه) بدل (والموصى إليه) .

باب الولاية ، لا من باب التولية ، لأنها في الحقيقة إعطاء سلطة له من المالك الموصي فيما كان له من السلطنة على ماله ، غير أنها مقصورة على الثلث ، لأنه القدر الثابت من الأدلة في جواز انتقالها منه إليه بعد الموت .

(المبحث الرابع)

في ولاية المقاصّة والأخذ بالتفاس . وهي - في الجملة - ناهية بالكتاب نحو قوله تعالى : « والحرمات قصاص » (١) و « ولكم في القصاص حياة » (٢) و « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » (٣) « فاعقبوا بمثل ما عوقبتم به » (٤) و « جزاء سيئة سيئة مثلها » (٥) ونحو ذلك بالسنة عموماً : و « نحو لا ضرر ولا ضرار » (٦)

(١) سورة البقرة / ١٩٤ . وأول الآية : الشهر الحرام بالشهر الحرام .

(٢) سورة البقرة ١٧٩ : وآخر الآية : يا أولي الألباب لعلكم تتقون

(٣) سورة البقرة ١٩٤ ، وأول الآية : (الشهر الحرام بالشهر الحرام) .

(٤) سورة النحل / ١٢٦ . وأول الآية (وان عوقبتم) .

(٥) سورة الشورى / ٤٠ ، وتكملة الآية : فمن عفا وأصلح فأجره

على الله .

(٦) الكلام حول هذه القاعدة المستمدة من الحديث النبوي - بإيجاز - من

جهات : في مدرك حجبتها ، وفي المعنى اللغوي للكلمتين ، وفي المقصود الشرعي من ذلك :

أما الجهة الأولى - فإنها من الأحاديث النبوية المسلمة الورود من العامة والخاصة ، والمتواترة النقل - اجمالاً - من الطرفين بأسانيد وصور بعضها صحيح وبعضها موثق بحيث يقطع به صدور البعض منها - على الأقل -

وخصوصاً بالغا فوق حد الاستفاضة كما نشير الى بعضها ، وبالإجماع محصلاً ومنقولاً كذلك ،

= ولقد طبقها النبي (ص) - ككبرى كلية - على موارد عديدة جاءت في بعضها خالية من الملحق، وفي بعضها بالحق كلمة (في الاسلام) وفي الآخر بالحق كلمة (على مؤمن) . والظاهر أن منطلق هذه القاعدة من قصة سمرة بن جندب مع الأنصاري المتواترة النقل في كثير من المصادر العامة والخاصة بلا زيادة ، كما يرويهما الكليني في الكافي - في كتاب المعيشة باب الضرار حديث (٢) بطريق عبد الله بن بكير عن زرارة عن الامام الباقر (ع) حيث يقول النبي (ص) للأنصاري - بعد مساومته المتصاعدة لسمرة في بيع نخلته الكائنة في هستان الأنصاري ، وتضرر الأنصاري بكثرة تردد سمرة الى نخلته من طريق بيته وعدم استئذانه منه - يقول له : اذهب فاقطعها وإرم بها إليه ، فإنه لا ضرر ولا ضرار . وفي تاج العروس للزبيدي - في شرح القاموس بنفس المادة يشير الى الحديث بلا زيادة أيضاً . حيث يقول - في عرض تفسيره لفقرتيه : « وبه فسر الحديث : لا ضرر ولا ضرار ، ومثلهما غيرهما من عامة كتب الأخبار والفقه والفقه :

وجاءت زيادة كلمة (على مؤمن) في الرواية الثانية للكليني في نفس الباب حديث (٨) من طريق عبد الله بن مسكان عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام - ففي آخر الحديث المذكور : « فقال رسول الله (ص) لسمرة : انك رجل مضار ، ولا ضرر ولا ضرار على مؤمن . . . » كما جاءت القاعدة بزيادة (في الاسلام) في نهاية ابن الأثير الجزري ، وفي (مجمع البحرين للطبري) - بنفس المادة - أثناء تفسيرهما لفقرتي الحديث ونحوهما في بعض كتب الحديث والفقه والمغة : وعلى كل فاختلاف الحديث في وروده باحدى الزيادتين أو بدونها لا يوهن تحقق التواتر الاجمالي =

وتفصيل المسألة : هو أن يقال : ان الحق الذي يراد أن يقتص عنه
ببدله : إما حقوبة كالفصاص ، أو مال ، وهو : إما عين ، أو دين .

- أو المعنوي في لقائه - بعدما كان التسالم من الجميع على أصل بنته الأصلية
المتكونة من فقري الضرر والضرار المنفيين - وذلك كافٍ في مقام الوثوق
بمدرك القاعدة .

وأما الجهة الثالثة - فالضرر : لاسم مصدر . والمصدر : الضُر
- بالضم وقد يفتح - وهو ضد النفع : ومعناه : لإحداث النقص بالنفس
أو المال أو العرض أو أي شأن من شؤون المتضرر نفسه ، والضرار - على
فعال - : إيقاع الاضرار بالغير - بذلك المعنى - والذي يترأى من كلمات
اللغويين كابن الأثير في النهاية ، والزبيدي في تاج العروس شرح القاموس
وغيرهما - في تفسير الضرر بأنه : ضد النفع أو النقص الداخل على الشيء
أو فعل الواحد ونحو ذلك : ان المقابلة بين الضرر والنفع من باب التضاد
لا من باب العدم والملكية - كما قيل - بدليل انتفائها معاً في مثال البيع
برأس المال - مثلاً - : ولو كان التقابل بينهما بنحو العدم والملكية لما خلا
الواقع من أحدهما ، كما أن الذي يترأى من كلمات اللغويين أيضاً في مقام
التفريق بين الضرر والضرار بأن الضرر فعل الواحد والضرار فعل الاثنين
- على حد تعبير النهاية والتاج واللسان وغيرها - : أن المقصود من فعل
الاثنين ليس معناه - كأبواب المفاعلة قيام المعنى أو صدوره من اثنين
بل معناه صدور الفعل من واحد وقيامه بالآخر ، فأحدهما يحدث الضرر
والآخر يتأثر به .

وأما الجهة الثالثة - فقد قيل في تفسير هذه الجملة عدة معانٍ ، في
بعضها إبقاء الاستعمال على حقيقته من نفي الطبيعة ، وفي بعضها بصرف
عن المعنى الحقيقي إلى التجوز المناسب .

فان كان الأول ، ففي جواز استيفاء حقه بنفسه . كما عن جماعة بل في (الرياض) عليه أكثر المتأخرين بل عامتهم (١) - أو وجوب رفعه الى الحاكم - كما عن جماعة أيضاً ، بل عن (الخلاف) : لا ينبغي أن

= فمن ذلك - حمل النفي على النهي ، فيكون المراد تحريم الاضرار بالنفس أو الغير - بعمامة شؤونها - على حرار قوله تعالى : ولا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج ، وقوله (ص) : ولا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل ، - على بعض التفسير - وذلك لصحة قيام المصدر مقام الفعل في الاستعمال ، فيكون المراد : لا تضر نفسك ولا غيرك .

ومن ذلك - ان يكون المراد نفي الحكم - حقيقة - بلسان نفي الموضوع ، بمعنى أن ليس في عالم التشريع حكم معمول يستلزم ضرراً على النفس أو على الغير ، فالسالبة بانتفاء الموضوع تكوينا ، من قبيل قوله (ح) : ولا سهو في السهو .

ومن ذلك - أن يكون المنفي هو الضرر أو الاضرار غير المتداركين شرعاً ، إذ المتدارك منها ليس ضرراً ولا اضراراً في نظر الشرع ، كما هي النظرة العرفية والعقلانية كذلك فالذي تستلزم القاعدة - بناءً على هذا المعنى وجوب تدارك الضرر الحاصل اذا حدث ، حيث أن ذلك المعنى أقرب المجازات بعد رفع اليد عن نفي الحقيقة .

ولعل القول الثاني أقرب الثلاثة إلى مذاق الشريعة وابتنائها على المنفعة والمصلحة واللطف ، وأبقى للنفي والمنفى على حقيقتها - فلا تجوز - (هذا ، وللتفصيل مراجعة مضاف القاعدة من كتب الأخبار واللغة والفقه الموسعة من الفريقين) .

(١) راجع : أوائل كتاب كتاب القصاص منه ، القسم الأول في القود .

بقتصّ بنفسه لأن ذلك للامام أو من يأمره بلا خلاف (١) ، بل عن (الفنية) : دعوى الاجماع عليه . فان تم كان هو الدليل ، لا ما قبل : من عظم خطره والاحتياط في اثباته ، ولان استيفائه وظيفه الحاكم على ما تقتضيه السياسة وزجر الناس ، لكن اطلاق السلطان للولي وتسلط الناس على استيفاء حقوقها وغير ذلك يقتضى عدم اعتبار الرفع الى الحاكم مع فرض معلومية الحال وإقرار الخصم ، كما أنه يقتضي مباشرته لا خصوص الحاكم ؟ قولان : وقد عرفت مستندهما (٢) . ولعل الأول هو الأقوى ، وان كان الأحوط هو الثاني .

وان كان الثاني ، وكان موجوداً جاز له استردادها بنفسه من غير توقف على إذن الحاكم ، وان تمكن من اثبات حقه عنده ، مالم ينجس الى فتنة توجب الكف عنه ، فيرفع أمره حينئذ اليه ، جسماً للفساد ، وان لم يتمكن من الاسترداد أو كانت تالفسة وهو مماطل أو جاحد وأمكنه التقاص ببدله ، اقتص به عنه مستقلاً ، وان كان من غير جنسه ، لاطلاق مادل عليه من الأخبار كصحيحتي داود بن رزين ، وابن زربي قال - في أحديهما - : « قلت لأبي الحسن موسى (ع) : إني أخاط السلطان فتكون عندي الجارية فيأخذونها والدابة الفارسة فيبيعون فيأخذونها ، ثم يقع لهم عندي المال ، فلي أن آخذله ؟ فقال : خذ مثل ذلك ولا تزدد عليه ، (٣)

(١) راجع هذه العبارة في كتاب الجنايات من الخلاف مسألة (٨) . .

(٢) أي من عرض القولين في صدر المسألة ، وهو دعوى الاجماع من الطرفين

(٣) في الوسائل ، كتاب التجارة . باب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ذكر نص الحديث الأول ، وأشار الى الثاني بروايته عن الصدوق . وفي (التهذيب للشيخ الطوسي) كتاب المكاسب ، أحاديث التقاص حديث (٩٩) « . . . عن داود بن زربي قال قلت لأبي الحسن موسى . . . الخ .

وقال في الأخرى : « قلت لأبي الحسن عليه السلام : لاني أعامل قوماً ، فربما أرسلوا إلي فأخذوا مني الجارية والدابة فذهبوا بها مني ثم يدور لهم المال عندي ، فأخذ بقدر ما أخذوا مني ؟ فقال : خذ منهم بقدر ما أخذوا منك ولا تزد عليه » (١) إن لم يكن ذلك إذناً منه .

نعم قد يقال : لو كان البديل من غير جنس الحق وكان مثلياً توصل ببيع البديل الى ما يكون من جنسه ، فيقتصر به عنه . وحينئذ فيجب الرفع إلى الحاكم ، لأن ولاية البيع غير ولاية التقاص .

الا انه يضعف : بأن دفع المثل انما اعتبر في الضمان لوجوب الرد على الضامن في حالتي وجود العين وتلفها الصادق معه برد المثل عرفاً ، والأخذ بالتقاص ليس فيه عنوان الرد والاسترداد حتى يعتبر فيه ذلك ، بل هو أخذ بالبديل عوضاً عن ماله ، سوغه الشارع تداركاً للضرر المرتفع بتدارك المالية .

وبالجملة ، ليس في التقاص عنوان رد العين واستردادها حتى يعتبر فيه المثل بخلاف الضمان المأخوذ فيه الخروج عن عهدة العين بردها الصادق برد مثلها بعد تلفها ، فالرد والاسترداد عنوان ، والأخذ بالبديل مقاصة عنوان آخر ، لا دأبل على اعتبار المثل فيه أيضاً ، بل الأصل يقتضي عدمه . وعليه فيتخير بالتقاص بين ما كان من جنسه وغيره لو اجتمعا عنده ، بل إطلاق الأخبار الآتية في التقاص عن الدين - الذي لا ينفك غالباً عن كونه عيناً - مخصوصة مع ترك الاستفصال عن جنس المال الذي

(١) في الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ، ذكر نص الحديث الأول ، وأشار إلى الثاني بروايته عن الصدوق وفي (التهذيب المشيخ الطوسي) كتاب المكاسب ، أحاديث التقاص حديث (٩٩) . . عن داود بن زربي قال قلت لأبي الحسن موسى . . الخ .

يقتصر به عنه - يُعطي جوازه مطلقاً ولو من غير جنسه .
وان كان الثالث - أعني كون الحق ديناً - كان له التقاص بنفسه بما
يقع من ماله في يده اذا كان ممنوعاً عن حقه أو جاحداً له من غير توقف
على اذن الحاكم مطلقاً ، تمكن منه ومن اثبات حقه عنده أولاً ، لاطلاق
بعض الأدلة المتقدمة ، وخصوص ما ورد في الدين نحو : خبر جميل بن
دراج : « سألت أبا عبد الله عليه السلام ، عن رجل يكون له على الرجل
الدين فيجعله فيظفر من ماله بقدر الذي جمعه : يأخذه ، وان لم يعلم الجاحد
بذلك ؟ قال : نعم ، (١) وخبر علي بن مهزيار (٢) وصحيح أبي بكير :
« قلت له رجل لي عليه دراهم فجحدني وحلف عليها : أيجوز لي ان
وقع له قبلي دراهم أن آخذ منه بقدر حقي ؟ قال فقال : نعم » (٣)
والمروى عن النبي - صلى الله عليه وآله - لما قالت له هند : يا رسول الله
إن أبا سفيان رجل شحيح وانه لا يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما أخذت
(١) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٨٣ من أبواب ما يتكسب به

حديث (١٠) .

(٢) في المصدر الآنف من الوسائل ، حديث (٨) : « وبأسناده عن
محمد بن الحسن الصفار عن عبد الله بن محمد بن عيسى عن علي بن مهزيار عن
إسحاق بن إبراهيم : ان موسى بن عبد الملك كتب إلى أبي جعفر (ع)
يسأله عن رجل دفع إليه رجل مالاً ليصرفه في بعض وجوه البر ، فلم
يمكنه صرف المال في الوجه الذي أمره به ، وقد كان له عليه مال بقدر
هذا المال ، فسأل هل يجوز لي أن أقبض مالي أو أردته عليه ؟ فكتب :
« أقبض مالك مما في يدك » .

(٣) المصدر الآنف من الوسائل حديث (٤) والظاهر أن الراوي
أبو بكر الحضرمي عن الامام الصادق عليه السلام .

منه سرّاً ، وهو لا يعلم ، فهل على ذلك شيء ؟ فقال (ص) : « خذى ما يكلفك وولّدك بالمعروف » (١) .

(ودعوى) : تخيير الغريم في تعيين الوفاء من ماله إذا كان الحق كلياً ، فلا يتعين الا بتعيينه أو تعيين وليّه ان كان ممتنعاً ، وهو الحاكم القائم مقامه في التعيين (ضعيفة) لعدم المناقاة بين كون الحاكم ولياً على الممتنع وثبوت الولاية للمقتض أيضاً بالأدلة الخاصة ، فلا يظهر - كما عليه الأكثر - جواز النقص بنفسه مطلقاً من غير توقف على إذن الحاكم ، ممتنعاً كان الغريم أو جاحداً .

نعم قيل - كما عن الشيخ في (النهاية) وجماعة - : المنع عن النقص من الوديعة ، لعموم ما دل على وجوب ردّ الأمانات الى أهلها ، (٢) حتى ورد عن الصادق عليه السلام - في خبر عبد الله بن اسماعيل : « أدّ الأمانة لمن ائتمنك وأراد منك النصيحة ولو أنه قاتل الحسين عليه السلام » (٣) وقال أيضاً في خبر همار : « أعلم أن ضارب عليّ بالسيف وقتله ، لو ائتمنتي

(١) ذكر هذا الحديث الشريف في كتاب (الأدب النبوي) تأليف عبد العزيز الخولي : ص ٢٩٨ حديث رقم (١٢٧) ونسب روايته إلى البخاري ومسلم .

(٢) في الكافي ، كتاب المعيشة ، باب أداء الأمانة ، روايات كثيرة بهذا المضمون منها : « عن ابن بكير عن الحسين الشيباني - أو الشباني - عن أبي عبد الله (ع) قال : قلت له : رجل من مواليك يستحل مال بني أمية ودماءهم ، وانه وقع لهم عنده وديعة ؟ فقال : أدّوا الأمانات إلى أهلها وإن كالوا مجوساً » .

(٣) في الوسائل ، كتاب الوديعة : باب ٢ وجوب ردّ الأمانة حديث (٤) هكذا : عن اسماعيل بن عبد الله القرشي - في حديث - : ان رجلاً -

على السيف واستشارني ثم قبلت ذلك منه لأدبت إليه الأمانة (١) .
 وخصوص خبر ابن أخ الفضيل بن يسار : « قال كنت عند أبي عبد الله
 عليه السلام ، ودخلت امرأة وكنت أقرب القوم إليها ، فقالت لي : أسأله
 فقلت : عماذا ؟ فقالت : إن ابني مات وترك مالا كان في يد أخي ،
 فأنلفه ، ثم أفاد مالا فأودعنيه ، فلي أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شيء ؟
 فأخبرته بذلك ، فقال : قال رسول الله - صلى الله عليه وآله - أدّ الأمانة
 لمن ائتمنك ، ولا تخن من خانك (٢) .

والقول بالجواز للشيخ في (التهذيب) والحلي في (السرائر)
 والفاضل في (الارشاد) و (المختلف) وظاهر (النافع) وصرح
 (الشرايع) والصيمري في (شرحه) والمقداد في (التقيح) والشهيد
 في (النكت) و (المسالك) على ما حكى عنهم ، بل في الأخير ، وعن
 الكفاية : « انه عليه أكثر المتأخرين » وفي (الرياض) : « بل لعنه
 عليه عامتهم » لاطلاق الأدلة المتقدمة وعمومها ، وخصوص صحيح البقاي :
 « .. إن شهاباً ماراه في رجل له ذهب بألف درهم ، واستودعه بعد ذلك
 ألف درهم ، قال أبو العباس : فقلت له : خذها مكان الألف التي أخذ منك
 فأبى شهاب ، قال : فدخل شهاب على أبي عبد الله عليه السلام ، فذكر
 - قال لأبي عبد الله عليه السلام : الناصب يحلّ لي اغتياله ؟ قال : أدّ
 الأمانة . الخ . وبمضمونه بنفس المصدر حديث (١٢) .

(١) في الكافي ، كتاب المعيشة ، باب أداء الأمانة ، حديث (٥) :
 « بسنده عن عمار بن مروان قال : قال أبو عبد الله : في وصية له : لأعلم
 أن ضارب علي . الخ .

(٢) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٨٣ جواز استيفاء الدين ،

حديث (٣) .

ذلك ، فقال له : أما أنا فأحب أن تأخذ وتحلف ، (١) ومكاتبه علي بن سليمان : « قال كتب اليه رجل غصب رجلاً مالا أو جارية ثم وقع عنده مال بسبب وديعة أو قرض مثل ما خانه أو غصبه : أيحل له حبسه عليه أم لا ؟ فكتب عليه السلام : نعم يحل له ذلك ان كان بقدر حقه ، وان كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه ويستلم الباقي له ان شاء » (٢) فلتحمل الأخبار المانعة على الكراهة ، جمعاً ، بل ظاهر الصحيحة عدوها ، لكونه عليه السلام لا يحب المكروه ، إلا أن قاعدة التسامح تقتضي ثبوتها . ولو فرض التعارض بين الأخبار الخاصة وتساويها في الظهور وغيره الموجب لتساوقهما من البين وجب الرجوع إلى عمومات الطرفين من وجوب ردّ الأمانات وجواز النقص . والنسبة بينهما وإن كان من العموم والخصوص من وجه ، إلا أن المرجح لما عرفت مع عمومات النقص ، مضافاً إلى منع كون الأخذ بالنقص خيانةً ، بل لعله إحسان عليه بإبراء ذمته ، بل هو نوع إصاله له وردّ إليه ، فالأظهر - كما عليه الأكثر - هو الجواز مطلقاً ، ولو كان من غير جنس حقه . هذا وحيثما أراد النقص ولم يمكن الأخذ بقدر حقه إلا ببيعته كما لو كان له عليه مائة درهم وعنده سيف مثلاً قيمته مائة تولى بيعه ليقترض بثمنه قدر حقه ، ففي ضمانه لو تلف قبل بيعه بغير تعدي وتفرط وعدمه وجهان ، بل قولان : اختار بعضهم لعدم لان القبض المتجدد بعد القصد وإن لم يرض به المالك وخرج المقبوض عن كونه أمانة مالكية إلا أنه كان

(١) المصدر الآنف الذكر . حديث (٢) . وابو العباس هو البقاي

(٢) تهذيب الشيخ الطوسي كتاب المكاسب آخر أحاديث النقص

حديث (١٠٦) : « عن محمد بن عيسى عن علي بن سليمان قال : كتب اليه . . . والظاهر أن المقصود هو الباقر عليه السلام ، بفريضة ما قبله من الحديث .

مأذوناً من الشرع فيكون أمانة شرعية ، والأمين مطلقاً لا يضمن سواء كان مالكيّاً أو شرعيّاً .

ويضعف بأن الاذن الشرعي أعم من المجاني والضمان بالعوض ، والعام لا يدل على خصوص الخاص ، واليد من أسباب الضمان كالائلاف لعموم « على اليد » (١) ونحوه بعد فرض خروج ما تحتها عن كونه أمانة مالكية ، ولا ملازمة بين المأذونية والأمانة الشرعية التي معناها استئابة المأذون في حفظ مال المالك يجعل الشرع ، كالشوب الذي أطارته الريح وأما التصرف المأذون في مال الغير بالائلاف عين أو منفعة كالأكل في المخصصة فقبضه مقدمة للائلاف المأذون ، وإن كان مأذوناً فيه ، لأن الاذن في الشيء إذن في لوائمه ، إلا أنه قبض ضمان لليد وعدم كون الاذن به للحفظ للمالك ، بل لكونه مقدمة للائلاف الذي رخص فيه شرعاً ، فلو تلف قبل التلافه كان عليه ضمانه ، وليس إلا لليد الموجبة له بعد أن لم يكن القبض قبض أمانة شرعية ، وإن كان مأذوناً به من الشارع ، فإذا أظهر الضمان بمجرد القبض المراد به التقاص ، ولو ببيعه والتقصا بضمنه وإن جواز ذلك من باب التولية دون الولاية التي لا معنى لضمان الولي كالحاكم ونحوه .

وفي ضمان الزائد على ما اقتص به من ثمنه ، وعدمه وجهان . بل قولان : والاقوى العدم وفقاً للقواعد وغيرها ، لكونه بالنسبة إليه أميناً من الشارع استئابه على حفظه للمالك إلى أن يوصله إليه فوراً ، فلو أخر لا لعذر دخل في ضمانه ، خلافاً لشيخنا في (الجواهر) تبعاً لغيره . وأعله نظراً إلى كونه من ثمن مال مضمون عليه بجملته . وفيه : إن أحكام

(١) سيأتي الكلام - من السيد المانن ومنا - حول هذه القاعدة

المستأنة من الحديث النبوي الشريف في الرسالة الآتية (قاعدة اليد) .

اليد تختلف باختلاف العناوين الطارئة عليها ، فاليد على الزائد من الثمن غيرها على العين المثلث باختلاف عنوانها ، فافهم فانه واضح .

(المبحث الخامس)

في ولاية المتصدق لمجهول المالك ، لقطه كان أو غيرها ، وهو :
عين أو دين .

فان كان الأول تخير بين التصديق به أو بضمنه ، او كان الصلاح في بيعه عن ماله ، اثبتت الولاية له في ذلك بالنصوص المستفيضة وبين دفعه إلى الحاكم أو حفظه والايضاء به (١) ولا يضمنه على الأخيرين .

(١) وعلى كل من هذه الموارد الثلاثة شواهد من النصوص المذكورة في كتاب اللقطة من كتب الاخبار ، فشاهد التصديق من قبل الملتقط قول أمير المؤمنين عليه السلام - وقد سئل عن حكم اللقطة : « يعرفها فان جاء صاحبها دفعها إليه وإلا حبسها حولاً » ، فان لم يجيء صاحبها أو من يطلبها تصديقها ، - كما في الوسائل باب ٢ من أبواب اللقطة - . وشاهد للدفع إلى الامام عليه السلام وإلى الحاكم - بحكم نيابته العامة عنه رواية داود بن أبي يزيد عن أبي عبد الله (ع) قال : قال رجل : إني قد أصبت مالا وإني قد خفت فيه على نفسي ، ولو أصبت صاحبه دفعته إليه وتخلصت منه قال : فقال له أبو عبد الله (ع) ، والله ان لو أصبته كنت تدفعه إليه ؟ قال : إي والله ، قال : فأنا - والله - ماله صاحب غيري ، قال : فاستحلفه أن يدفعه إلى من يأمره ، قال : فحلف ، فقال : فاذهب فاقسمه في إخوانك ، ونك الأمن مما خفت منه ، قال : فقسمته بين إخواني « - الوسائل باب ٧ من أبواب اللقطة - . وشاهد الحفظ والايضاء به -

وفي ضمانه على الاول لو حضر المالك ولم يرض بالأجر ؟ قولان : أشهرهما ذلك ، للنص (١). ولولاه لأمكن القول بعدمه ، لأن ذلك نوع إيصال إلى المالك بعد تعذر إيصال العين إليه : وهو الوجه للقول بعدمه ، لا ما قيل - كما في (الروضة) : من كونه أمانة قد دفعها باذن الشارع فلا يتعقبه الضمان (٢) لأن الائتلاف من اسباب الضمان ، والاذن به أعم من كونه مجاناً أو بالعوض :

وان كان الثاني أمكن القول بتعيين الدفع الى الحاكم ، لان المدفوع لا يتعين كونه للمالك لكي يتصدق عنه الا بقبضه او قبض من يقوم مقامه من الوكيل او الحاكم ، إلا أن إطلاق ادلة التصديق يُعطي كون ولاية

= رواية علي بن جعفر عن أخيه الكاظم (ع) : قال : سألته عن الرجل يصيب اللقطة دراهم او ثوباً أو دابة : كيف يصنع ؟ قال : يعرفها سنة فان لم يعرف صاحبها حفظها في عرش ماله حتى يجيء طالبها فيعطيه إياه وان مات أوصى بها ، فان أصابها شيء فهو ضامن ، - الوسائل باب ٢ من ابواب اللقطة - .

(١) في الوسائل باب ٢ من ابواب اللقطة حديث (١٤) : عن علي ابن جعفر عن أخيه عليه السلام قال : وسألته عن الرجل يصيب اللقطة فيعرفها سنة ، ثم يتصدق بها ، فيأتي صاحبها : ما حال الذي تصدق بها ؟ ولئن الأجر ؟ : هل عليه أن يرد على صاحبها أو قيمتها ؟ قال : هو ضامن لها ، والاجر له ، الا أن يرضى صاحبها فيدعها والاجر له ،

(٢) راجع : كتاب اللقطة ، الفصل الثالث في لقطة المال . في شرح قول الماتن (وفي الضمان خلاف) أى في الضمان وعدمه . فيبعد أن ذكر منشأ الضمان : من دلالة الاخبار ، وقاعدة (على اليد) ، وكونه إئتلاف مال الغير - ذكر منشأ عدم الضمان ، فقال : ومن كونه أمانة . الخ .

التعيين له ايضاً كالمالك في الزكاة ، الذي له ولاية التعيين والتبديل .
ولكن الاحتياط في الدين لا ينبغي تركه .

ولو كان لقطة التي معناها المال الضايع لا مطلق مالا يد عليه من المال
تخير الملتقط بعد التعريف - حيث يجب - بين الوجوه الثلاثة المتقدمة وزيد
فيها - مطلقاً وفي غير الحرم منها - جواز التملك بالنية مضموناً عليه للملكه
لو ظهر وطلبه بالمثل او بالقيمة بمعنى تملكه بنحو المجان غير مضمون عليه إلا
بعد الظهور والمطالبة لا بمعنى كونه مضموناً من حين التملك بنحو المعاوضة
أو بنحو الضمان الموجب لاشتغال الذمة بالمثل او القيمة عند التلّف قبل الظهور
فيكون ديناً على التقديرين يخرج لومات من اصل التركة ، كما يظهر من عبارات
الاكثر إلا أنها منزلة على ما ذكرنا ، كما هو مفاد الاخبار الواردة في المقام ،
وصرح به الشيخ على ما حكى عنه في (التذكرة) حيث قال : « مسألة
قال الشيخ رحمه الله : اللقطة تضمن بمطالبة المالك لابنية التملك ، وإن أورد
عليه بقوله - بعده - : « وفيه نظر لأن المطالبة تترتب على الاستحقاق
فلو لم يثبت الا الاستحقاق أولاً لم يكن لصاحبها المطالبة فلو ترتب
الاستحقاق على المطالبة لزم الدور ، (١) . إلا أنه فيه أن حلقة المالك
- حسبما دلت عليه الأدلة - لم تذهب بالكلية وان ضعفت حتى هلت
أدلى مراتب الملك من مرتبة ملك أن يملك ، وهذه المرتبة كافية في جواز
المطالبة والتفرغ بعدها . وكيف كان فإولى الحفظ للملكه بعد نية التملك
لم يخرج عن كونه مضموناً بالمعنى الذي ذكرنا من الضمان التقديرى بحيث
لو ظهر وطلب كان عليه ردّ المثل أو القيمة مطلقاً أو مع تلف العين ،
ومع وجودها ردّها ، فيكون بحكم الفسخ الموجب لذلك لعدم الخروج

(١) راجع هذا الموضوع في آخر المبحث الأول - الضمان وعنده -

بمجرد ذلك عن ملكه وصيرورته أمانة بيده . ولو انعكس الأمر ، بأن نوى التملك بعد نيته الحفظ صح تملكه وضمن بالمعنى المذكور من حينه وليس اختيار الحفظ مانعاً عن جواز التملك لكونه مشمولاً لاطلاق مادل على جوازه . وتفصيل الكلام في المقام موكول الى محله . والمقصود هنا بيان ثبوت الولاية في الجملة لمن بيده المال أو عليه قيمته -

(المبحث السادس)

في ولاية الحسبة التي هي بمعنى القرية ، المقصود منها التقرب بها إلى الله تعالى . وموردها كل معروف علم لإرادة وجوده في الخارج شرعاً من غير موجب معين . فهو من قبيل ما كان فيه ولاية الفقيه ، غير أنه متعلد الوصول له حتى يرجع إليه . وثبوتها في موارد مدلول عليه بالكتاب عموماً ، نحو قوله تعالى : « وأحسنوا إن الله يحب المحسنين » (١) وقوله : « وما على المحسنين من سبيل » (٢) بعد معلومية كونه إحساناً . والسنة المستفيضة عموماً كقوله (ص) : « عون الضعيف من أفضل الصدقة » ونحوه : وخصوصاً ، كما ستعرف ، والاجماع بقسميه - محصلاً ومنقولاً - فوق حد الاستفاضة ، بل وبضرورة العقل الحاكم بوجوب حفظ النظام .

فمن الموارد المنصوص عليه بخصوصه : ولاية عدول المؤمنين فيما لم يكن أب ولا جد ولا وصي ولا حاكم أن يأتوا بما للاب والجد فيه الولاية أو الحاكم ، مع عدم لزوم المباشرة . ضرورة تقدمهم عليهم ان وجدوا

(١) سورة البقرة / ١٩٥ ، ومبدء الآية : « وأنفقوا في سبيل الله ولا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ، وأحسنوا . . . » .

(٢) سورة التوبة/ ٩٢ . ومبدء الآية : « ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج إذا نصحوا الله ورسوله ما على المحسنين . . . » .

لصاً وفتوى ، بل ضرورة ، لما رواه في (الكافي) في الصحيح : عن محمد بن اسماعيل بن بزيق قال : مات رجل من أصحابنا ولم يوص ، فرفع أمره إلى قاضي الكوفة ، فصير عبد الحميد القيم بماله وكان الرجل خلف ورثة صفاراً ومتاعاً وجواري ، فباع عبد الحميد المتاع ، فلما أراد بيع الجواري ضعف قلبه في بيعهن ، إذ لم يكن الميت صير اليه وصيته ، وكان قيامه بهذا بأمر القاضي ، لانهن فروج ، فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام ، فقلت له : يموت الرجل من أصحابنا ولم يوص الى أحد ويظلف الجواري فيقيم القاضي رجلاً منا لبيعهن ، أو قال : يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لانهن فروج . فما ترى في ذلك للقيم ؟ قال يقال : إذا كان القيم مثلك أو مثل عبد الحميد فلا بأس ، (١) . ومثله ما رواه في التهذيب في آخر الوصايا ، لكن بزيادة تقييد عبد الحميد فيه (بابن سالم العطار) وكذا حكاه عنه في (نقد الرجال) (٢) بالزيادة المذكورة .

والوجوه المحتملة في المماثلة بين أمور أربعة : المماثلة في الإيمان بالمعنى الأعم ، أو في الوثاقة وبينهما عموم من وجه ، أو في الفقاهة لكون محمد بن اسماعيل بن بزيق من الفقهاء من مشايخ بن شاذان ، وعبد الحميد ان أريد به ابن سعد البجلي الكوفي بناءً على ظهور لفظ (الكتاب) فيها لما عن

(١) في الوسائل باب ١٦ من ابواب عقد البيع وشروطه ، حديث (٢) ينقله عن الكافي والتهذيب .

(٢) فقال هكذا : عبد الحميد بن سالم للعطار ثقة . . . ونقد الرجال تأليف المير مصطفى التفرشي المتوفى بعد سنة ١٠١٥ هـ ، وهو تاريخ فراغه من تأليف كتابه ، إذ لم يضبط لوفاته تاريخ معين .

(النجاشي) في حقه : « صفوان عنه بكتابه » (١) أو في العدالة .
لا سبيل إلى الثالث لمعلومية عدم اعتبارها مجردة عن غيرها من أحد
العناوين المتقدمة ، مع منافاة اعتباره لاطلاق المفهوم الدال على ثبوت البأس
مع عدم الفقيه ولو مع تعدده المفروض ارادة ايجاده مع فقد الفقيه أيضاً
ولو لتعذر الوصول اليه ، وهذا بخلاف الاحتمالات الأخر ، فإن البأس
ثابت للفاسق أو الخائن أو المخالف

وأما الوثاقة ، فيقرّب اعتبارها موثقة سماعة : « في رجل مات
وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية وله خدم وماليك كيف يصنع
الورثة بقسمة ذلك ؟ قال : ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس » (٢)
بناءً على أن المراد من يوثق به في مراعاة المصلحة وملاحظة الغبطة ، كما
ورد في صحيحة علي بن رثاب : « رجل مات ويثني وبينه قرابة وترك
أولاداً صغاراً وماليك وجواري ، ولم يوص ، فما ترى فيمن يشتري منهم
الجارية ويتخذها أم ولد ، وما ترى في يمينهم ؟ قال : ان كان لهم ولي
يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم وكان مأجوراً منهم ، قلت : فما ترى
فيمن يشتري منهم الجارية ويتخذها أم ولد ؟ فقال : لا بأس بذلك اذا باع
عليهم القيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم وليمن لهم أن يرجعوا فيما فعله

(١) في رجال النجاشي - حرف العين - : « عبد الحميد بن سعد
يجلي كوفي ، له كتاب ، أخبرنا ابن نوح قال : حدثنا الحسن بن حمزة
قال : حدثنا ابن بطه قال : حدثنا الصمغاري قال : حدثنا أحمد بن محمد بن
عيسى قال : حدثنا صفوان عن عبد الحميد بكتابه » .

(٢) في تهذيب الشيخ الطوسي من زيادات كتاب الوصية ، حديث
(٢٢) هكذا : « أحمد بن محمد عن عثمان بن عيسى عن زرعة عن سماعة
قال : سأله عن رجل . . .

القيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم ، (١) الخبر . وعليه فالظاهر كون عبد الحميد هو ابن سالم العطار ، الذي نص على وثاقته كثير من علماء الرجال ، وقيده به في (التهذيب) ولم نعث على من نص على وثاقة عبد الحميد ابن سعد البجلي ، الا أن الأغا في (التعليقة) (٢) استقرب كونه هو ، واستبعد كونه ابن سالم ، معللا - مع سقوطه من نسخته في (التهذيب) - بأن المراد من أبي جعفر عليه السلام في الرواية : هو الجواد عليه السلام ، وابن سالم من أصحاب الصادق والكاظم عليهما السلام ، لم يدرك الجواد عليه السلام ، فيعطي كونه ابن سعد البجلي الكوفي . وفيه - مع ان ابن سعد لم يثبت كونه أدرك الجواد عليه السلام أيضاً ، وان قلنا باتحاده مع ابن سالم حيث أنه من أصحاب الرضا (ع) فقط أو الكاظم والرضا عليهما السلام - أن عبد الحميد ليس راوياً عن الجواد عليه السلام حتى يلزم أن يكون حياً يومئذ ، وانما الراوي ابن بزيع : ولعل مراده : انه اتفق ذلك ولو قبل وقت السؤال بمدة ، وحكاة للامام حكاية ، مع امكان توثيقه أيضاً بنفس هذه الرواية فتأمل ، ورواية صفوان الذي هو من أصحاب الاجماع عنه ،

الا أن الأقوى - مع ذلك اعتبار العدالة ، للنص عليها في خبر اسماعيل بن سعد : قال سألت الرضا عليه السلام عن رجل يموت بفقر وصية وله ولد صغار وكبار : أيجل شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير

(١) المصدر نفسه ، حديث (٢١) سهل بن زياد عن ابن محبوب عن علي بن رثاب قال : سألت أبا الحسن (ع) عن رجل يني ويذنه قراة مات وترك . . .

(٢) تعليقة الأغا الوحيد البهبهاني المتوفى سنة ١٢٠٦ هـ - كما هو الصحيح - على رجال المبرز محمد الاسترآبادي المطبوع بآيران ، طبعت معه في هامشه .

أن يتولى القاضي بيع ذلك ، فإن تولاه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله الحليفة ، أيطيب الشراء منه أم لا ؟ قال عليه السلام : إذا كان الأكاير من ولده معه في البيع ، فلا بأس إذا رضي الورثة بالبيع وقام عدل في ذلك ، (١) : مضافاً إلى أن الحكم ، أعني التصرف في مال الغير ، حيث كان مخالفاً للأصل وجب الاقتصار فيه على الأخص منها ، وهو العدالة لأنها أخص من الايمان والوثاقة . مع كونها المنساق إليها في أمثال ذلك عرفاً .

هذا ومع تعدد العدول ، فهل يثبت ذلك لغيرهم من الفساق ، فيكون واجباً كفاثياً على كل من يقدر عليه وإن كان فاسقاً ؟ أو لا .
والكلام فيه (مرة) من حيث تكليفه نفسه في جواز تصديقه وعدمه (وأخرى) من حيث فعله المرتبط به فعل غيره كشراء مال الطفل منه حيث تصدى لبيعه .

أما الأول ، فالظاهر جواز توليته ذلك مع المصلحة ومراعاة الغبطة ، توصلاً إلى ما يريد للشارع إيجاده للمصلحة المترتبة على وجوده ، كتجهيز الميت الواجب كفايةً على كل من يتمكن منه مع عدم ولي له مطلقاً حتى الحاكم وعدول المؤمنين ، وحيثل فلو أحرز صدور الفعل المعروف منه سقط عن الغير ، وإن شك في صحته ، حملاً للفعل منه على الصحيح بحكم إصالة الصحة في فعل المسلم . وفي قبول قوله لو أخبر بوقوعه منه صحيحاً تردد ، يلشأ : من أنه يملك وقوعه كذلك فيملك الاقرار به كما يقبل قول اللوكيل فيما وكل فيه . ومن لزوم التبين في نيا الفاسق بحكم آية

(١) تهذيب الشيخ الطوسي : آخر كتاب الوصية في الزيادات : آخر

حديث (٢٠) :

النبا ، (١) .

وأما الثاني ، ففي جوار الاقدام على ما يصدر منه من التصرف ، ولو مدعياً فيه المصلحة ومراعاة الغبطة ، لإشكال ، مالم يبرز ذلك فيه بنفسه ، فلا يجوز إشتراء مال الطفل من الفاسق المتصدي لبيعه ، مالم يبرز المشتري الغبطة له في بيعه ، إذ لم يقع منه فعل حتى يحمل على الصحيح بل هو متصدٍ لوقوعه ، وغير مصدقٍ في دعواه الغبطة ، وإن كان الاخبار بها مرجعه غالباً إلى علمه الذي لا يعلم إلا من قبله . وهذا بخلاف العادل المصدق في خبره بالنسبة الى المخبر به في الواقع ، وإن كان من علمه الذي هو طريق له اليه ، وليست المصلحة مما لا طريق الى ثبوتها الا بعلم المخبر الذي لا يعلم إلا من قبله حتى يجب تصديق الفاسق في خبره لترتب المخبر به عليه .

وبعبارة أخرى : تصديق خبر العادل بحكم مفهوم آية النبا ولزوم التبين في خبر الفاسق بحكم منطوقها انما هو في كلٍ منهما بالنسبة إلى المخبر به ، دون نفس الخبر . وبالجملة ، الحكم هنا - وهو جواز التصرف في مال الطفل - محمول على تصرفٍ فيه الغبطة له ، فيجب أولاً احراز الموضوع في ترتب الحكم عليه ، فلا بد في كل فعل يقع بين اثنين من احراز الموضوع لكلٍ منهما في ترتب الحكم عليه . ولعله يعطي ذلك وقوع السؤال عن حل الشراء وطيبه في خبر اسماعيل بن سعد ، الدال بمفهوم الجواب على ثبوت البأس اذا لم يقم عدل في ذلك .

وعليه فيجوز - بل يجب - أخذ المال من يد الفاسق المتصدي لبيعه مالم تعلم الغبطة فيه ، لأن عموم أدلة القيام بذلك المعروف لا ترفع اليد

(١) وهي قوله تعالى - كما في سورة الحجرات / ٦ - : يا أيها

الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوماً بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم لادمين .

هنا بمجرد تصرف الفاسق ، فإن وجوب اصلاح مال اليتيم ومراعاة قبضته لا ترتفع عن الغير بمجرد تصرف الفاسق

نعم لو وجد في يد الفاسق ثمن من مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشتري وأخذ الثمن من الفاسق ، لأن مال اليتيم الذي يجب إصلاحه وحفظه من التلف لا يعلم أنه الثمن أو المثلث ، ولعل لإصالة صحة المعاملة من الطرفين تحكم بالأول ، ان لم تكن مثبتة ، لكن يجري المنع عن تناول الثمن على كل من تقديري صحة المعاملة على المثلث وفسادها ، لبقائه على ملك مالكه على الثاني ، وعدم إحراز المصلحة فيه على الأول .

هذا وليعلم ان تصرف العدول مع فقد من هو مقدم عليهم في المرتبة ليس على وجه النيابة عن الحاكم ، فضلاً عن كونه على وجه النصب من الامام عليه السلام ، بل هو محض امتثال للتكليف به وجوباً أو استحباباً ، فيجوز لغير التصدي منهم مزاحمة المتصدي فيه ، وان دخل في مقدمات العمل ، وكان الأثر لمن سبق منها في النتيجة دون المقدمات .

وأما الحكماء ففي جواز مزاحمة بعضهم لمن سبقه منهم في مقدمات العمل دون نفسه ؟ وجهان : مبنيان - كما قيل - على مستند ولاية الحاكم فانه : ان استندنا في ولايته إلى أمره عليه السلام ، بارجاع الحوادث إليه في (التوقيع المتقدم) جازت مزاحمته قبل وقوع التصرف منه وان دخل في مقدماته لان المأمورين بالارجاع هم العوام دون الحكماء ، فانهم أولياء في مرتبة واحدة كالآب والجد له الموجب لتفوز تصرف السابق منهما في نفس الفعل دون مقدماته ، وان استندنا إلى عمومات النيابة كما يعطيه إضافة (الحجة) الى نفسه في تعليقه « بأنهم حجتي عليكم وأنا حجة الله » وغيره ، فيمكن أن يقال بعدم جواز المزاحمة بعد سبق أحدهم ، ولو في مقدمات الفعل ، لأنه بعد تنزيله منزلة الامام بالنيابة التي مرجعها إلى تنزيل

النائب منزلة المنوب عنه ، كان كمن زاحم الامام عليه السلام ، بعد دخوله
ولو في مقدمات الفعل ، المعلوم عدم جواز ذلك .

لكن الأظهر جواز ذلك مطلقاً ، وان استندنا في ذلك الى عومات
النيابة ، لان المنع حينئذ انما يتم لو كانت النيابة متعلقة بمقدمات الفعل
أيضاً كنفسه ، وهو ممنوع إذ المستلم كون الفعل بنفسه متعلق النيابة دون
مقدماته ، فلا ينزل منزلة الامام إلا حيث يدخل فيما كان ذائباً عنه فيه
وهو نفس التصرف المعروف دون مقدماته ، وان هما الا كالوكيلين الناقل
تصرف السابق منهما فيما وكل فيه ، وان سبقه الآخر في مقدماته .

هذا كله مالم تستلزم المزاحمة والسبق الى النتيجة توهيناً لمن سبقه في
التضدي الداخل في مقدمات العمل قبله وإلا فهو ممنوع لذلك ، وهو أمر
آخر ، لا يدخل له بالجهة المبحوث عنها فافهم ، والله العالم بحقائق أحكامه .
ثم ما سمح به الدهر من تحرير مسألة الولاية ، لا ما أردناه ، إذ كان
المرام هو التمتع التام والعموم في كلمات القوم ، واستحصال نهاية ما أريدوا
واستنتاج غاية ما أفادوا ، فحال دون المرام حائل الأيام ، وتتابعت صروف
الزمان ومعهوقات الحداث ، فما أصبت به عند اشتغالي بالولاية : أن فُجعت
بولد ، وأي ولد ، روح له اللطف جسد ، علي الاسم والسمة ، لم أسمع
في حبه لا ولده ، نشأ أكرم منشأ ، ويُعرف حُسنُ المنتهى بحسن المبدء
خاص في بحار الفقه على الخفايا وبجودة الفكر أبرزها ، وجال في ميادين العلم
لاحراز الغاية فأحرزها . ورثاه بعض العلماء (١) . بقصيدة ، أولها :

(١) هو العلامة الأديب السيد رضا بن السيد محمد بن هاشم الموسوي
النجفي الشهير بالهندي المتولد سنة ١٢٩٠ والمتوفى سنة ١٣٦٣ هـ والقصيدة
تناهز الخمسين بيتاً من روائع الأدب العربي ، توجد بكاملها في مجموعتنا
المخطوط .

ألم يكف بالمهدي ما فعل الردي فنتى وأشجى في علي محمدًا
فأقام ففده وأفعد ، وغار الحزن بقلبي وأنجد .

ما غاب هنسي انما شوقه بمنله عندي على شكله
فأطلق الدمع لفقدانه وأحس القلب على ثكله
ما كنت بالجازع لو لم اكن فجعت بالمهدي من قبله
لايبرء الآسون جرح الجشا إن وقع الجرح على مثله (١)

أصبت به ولما بندمل جرح أخيه ، وحصلت منهما على ضد ما أرتجيه
كنت أرتجي أن يكونا اكرمي خلف عن أكرم سلف ، يستكملان تليد
الفضل والطريف ، ويرفعان قواعد الدين الحنيف .

فكان غير الذي قدّرت من أمل (ما كل ما يتمنى المرء يدركه)
وطنت نفسي لما يجري القضاء به رضاً بما يفعل المولى ويتركه
قد يصعب المهر أحياناً وفارسه يلوى الشكيم على شد قيد يعرّكه (٢)
و حسبني الله ونعم الوكيل وأفوض أمري الى الله ان الله بصير بالعباد

(١) الظاهر : أن هذه الأبيات الأربعة من انشاء المصنف - قده -

في رثاء ولده وقرّة عينه ، وتطفح العاطفة الأهوية من خلالها .

(٢) وهذه الأبيات الثلاثة أيضاً من إنشاء قريحة السيد المصنف - قده -

في رثاء ولديه وفلذتي قلبه ، فقد فقد بفقداهما عينيه الباصرتين وعجز البيت
الأول تضمين لصدر بيت للمتنبي ، عجزه (تجري الرياح بما لا تشتهي
اللسن) من قصيدة له - كما في ديوانه يستهلها بقوله :

بمّ التعلل لا أهل ولا وطن ولا نديم ولا كأس ولا مسكن

رِسَالَةٌ

فِي فَاغِدَةِ الْهَيْزِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين :
محمد - صلى الله عليه وآله - وعترته الطيبين الطاهرين ، ولعنة الله على
أعدائهم أجمعين ، من الآن الى يوم الدين . وبعد ، فيقول الراجي عفو
ربه الغني محمد بن محمد تقي آل بحر العلوم الحسيني الحسيني الطباطبائي (١) .

(مسألة)

في قاعدة اليد ، والكلام فيها (مرة) في موضوع اليد ومعناها
(وتارة) في اعتبارها بعد قيام الدليل عليه من حيث كونها أصلاً أو
إمارة ، (وأخرى) في أحكامها وسعة عمومها (ورابعة) في معارضتها
مع غيرها وتقديمها عليه وتقديم الغير عليها ، فهنا مقامات ١

(١) هكذا كان سيدنا وجدنا (بحر العلوم) يكتب في توقيعاته الشريفة
ويوجد لدينا بعض صور خطه الشريف موقفاً بـ (محمد المهدي الحسيني الحسيني
الطباطبائي) وذلك بحسب انتسابه إلى ابراهيم طباطبائي بن اسماعيل الديباج بن
ابراهيم الغمر بن الحسن المثنى بن الامام الحسن السبط (ع) وأم ابراهيم
الغمر - المدفون في الكوفة - فاطمة بنت الامام الحسين (ع) ، فهو من
طرف الأب حسني طباطبائي ، ومن طرف الأم حسيني فاطمي .

(المقام الأول)

في معنى اليد . والمقصود منها في المقام : هو الاستيلاء والسلطنة على الشيء بحيث تكون لصاحبها القدرة على إنهاء التصرف فيه . وهو أحد معاني الحقيقة حرفاً ، للتبادر ، بل ولغةً ، كما يظهر من تعدادهم ذلك في معانيها أظاھر في الحقيقة ، فمن ابن الأعرابي في (لسان العرب) :
 « اليد : للنعمة ، واليد : للقوة ، واليد : للقدرة ، واليد : الملك ، واليد : السلطان ، واليد : الطاعة ، واليد : الجماعة ، واليد : الأكل ، وفيه أيضاً :
 « ويد الريح : سلطانها ، قال لبيد : (نطاف أمرها بيد الشمال) لما ملكت الريح تصريف السحاب جعل لها سلطان عليه ، ويقال : هذه الضيعة في يد فلان ، أي في ملكه ، ولا يقال : في يدي فلان ، (١) وفي (الصحيح) :
 « واليد : القوة ، وأيده أي قواه - إلى أن قال - : « وهذا الشيء في يدي أي في ملكي » وفي (القاموس) في - تعداد معانيها قال - :
 « والقوة والقدرة والسلطان والملك بكسر الميم . . . (٢) » انتهى . وهي بهذا المعنى لا تستلزم وقوع التصرف فيه ، بل يكفي في تحققها القدرة عليه فمن حوى أرضاً لنفسه استولى عليها ، وإن لم يتصرف فيها بزرع أو رعي ونحوهما ، فإنه ذو يدٍ عليها عرفاً قبل وقوع التصرف فيها . نعم ، لا يصدق اليد على الشيء بمجرد القدرة على الاستيلاء عليه ، بل لابد من فعليته في

(١) راجع ذلك في مادة (يدي) منه

(٢) راجع ذلك في مادة (يدي) منه

(٣) وتنمة العبارة : « والجماعة والأكل والندم والغياث والاستلام والذل والنعمة والاحسان تصطنعه » راجع ذلك في مادة (يدي) منه .

صدقها عليه ، فالقدرة على الاستيلاء غير فعليته الموجبة لتحقيقها به ، فقد تجتمع مع التصرف ، وقد تنفك عنه ، ولذا تنقسم اليد إلى المجردة عن التصرف ، والمنضمة معه . نعم بالاستيلاء تتحقق مرجعية المستولي للمال ، وإليه يرجع أمر المال في كل ما يتعلق به ، فلا ينفك الاستيلاء عن المرجعية بل هي أثره ومسببة عنه .

ثم اليد على الشيء التي قد عرفت أن معناها الاستيلاء عليه والاحاطة به : (مرة) تكون سبباً للملك (وأخرى) مسببة عنه .

فالأول ، كالحيازة للمباح ، فإنها تحدث ربطاً بينه وبين الحائز ربطاً إضافية واختصاص ، يعبر عنه بالملك ، له طرفان : طرف الإضافة إلى المالك ، وطرف التعلق بالملوك ، ولا ينتهي الربط الحادث به هكلا طرفيه إلا بفك الملك كالتحرير والاعراض - على القول بخروج المعرض عنه عن الملك به - .

والثاني ، وهو ما كان مسبباً عن أحد النواقل الشرعية ، سواء كانت اختيارية أو قهرية ، كالارث ، فإن اليد والاستيلاء على المنتقل إليه إنما هو بأحد أسبابه الموجبة للنقل اليه ، والنقل حينئذ إنما هو تحويل لطرف الإضافة من المنتقل عنه إلى المنتقل اليه ، فطرف التعلق - والحالة هذه - لم ينفك عن كونه متعلقاً به ، وإن كان بالدقة الفلسفية يرجع إلى إعدام ربط الأول بطرفيه وإحداث ربط جديد بين المال والمنتقل إليه ، فالملك حينئذ مسبب عن العقد دون الاستيلاء ، بل الاستيلاء والسلطنة عليه مسبب عن الملك الحاصل بأحد أسبابه ، غير أن السلطنة المسببة عن أحد أسبابها إنما هي السلطنة الاستحقاقية ، وقد تجمعت الاستيلاء الفعلي ، فيتحدان في الوجود ، وقد تنفك الاقتضائية عن الفعلية كالعين المفصولة تحت يد الغاصب .

هذا وما ذكرنا من انفكاك اليد عن التصرف لا ينافي استكشاف ثبوتها به حيث يقع الشك في تحققها بعد أن كانت فعلية التصرف مسببة عنها - غالباً - .

وبالجملة : لا شك في صدق اليد لمن يشاهد منه بعض التصرفات المترتبة على الملك كالباع والجار في الاعيان ، واستعمالها كذلك غالباً كالحمل والركوب في الدابة والهدم والتعمير في الدار والزرع والغرس في الأرض وغير ذلك من وجوه الاستعمالات الكاشفة عن اليد والاستيلاء بدلالة الأثر على المؤثر . والمرجع فيما شك في صدق اليد به إنما هو العرف .

والظاهر صدق اليد على الدار لمن أغلق بابها ومفتاحها بيده ، كما تصدق اليد على الدابة إذا كان بيده زمامها . وفي صدق اليد على الدار بمجرد كون مفتاحها بيده ما لم يعلم استناد الإغلاق اليه ؟ إشكال . وأشكل منه مع انفتاح الباب ، فهو كمن بيده لجام الدابة غير الملتزمة به وإن اختص بها .

وفي صدق اليد على المتاع بوجوده في داره . أو على الدار بوجود متاعه فيها ما لم يعلم استناد الوضع اليه أيضاً ؟ إشكال . اللهم إلا أن يدعى ظهور ذلك في كونه مستنداً اليه ، وهو على عهدة مدعيه - أولاً - . ولو سلم فممنوع بلوغ ظهوره حد الصدق به - ثانياً .

وقد تتعارض وجوه التصرف والاستعمال . فإن تساويها في مرتبة الاستكشاف في الشدة والضعف تساويها في صدق اليد أو عدمه . والا فالصدق لما هو أشد في القوة كالداية التي عليها حمل أحد وزمامها بيد الآخر ، فهي لأخذ الزمام دون صاحب الحمل ، بل ولو ركبها رجل وقادها الآخر فاليد للقائد . ولو كان لأحد الجارين استطراق في مسلك مخصوص في دار جاره إلى بئر يستقي منها - مثلاً - فهل المسلك مشترك في الملك بينهما

بناءً على صدق اليد لهما عليه ، أو يختص بصاحب الدار ، وإنما لجاره حق الاستطراق - فقط - لمنع اليد على أزيد مما يقيده ملك المنفعة أو الانتفاع ، أو يختص بالسالك بدعوى اختصاص اليد له المستكشف بمشاهدة تصرفه فيه ومنع ثبوت يد لصاحب الدار عليه مالم يكن مشاركاً له في استعماله والتصرف فيه ؟ احتمالات : أضعفها الأخير ، ولكل من الأولين وجه . ولعل الأخير أوجه . وإن لم يكن للسلوك مسلك مخصوص لم يثبت له أزيد من حق الاستطراق قطعاً ، لمنع صدق اليد له على شيء من عرصه الدار ، وإن تعين عليه ذلك في أقصر الخطوط من المبدء الى المنتهى ، لأنه المتيقن من تعلق حق الانتفاع به وجواز مزاحمة المالك فيه . والتعيين في جزء منها ، إن قلنا به ، فبحكم شرعي لا مدخلية له في صدق اليد عليه عرفاً .

ويد الودعي على الوديعة يد المودع بعد تنزيله منزله في حفظها لأن معناها الاستئابة في الحفظ ولذا لا يقع الضمان فيها لعدم تعقل ضمان الانسان لنفسه في ماله ، بل هو كذلك في مطلق الأمين كالوكيل والمستعير ، فاليد فيها حقيقة للموكل والمعير ، وإن كانت العارية بالضمان تخرج عن الائتمان فيد التابع للمتبوع وإن ترتب عليها أثر في الجملة من حيث هي كذلك .

(المقام الثاني)

في الدليل على اعتبارها . ويدل عليه - مضافاً إلى محكي الاجماع المستفيض المعتضد بدعوى الاتفاق عليه من بعض الضرورة من آخر - الروايات المستفيضة : منها - رواية حفص بن غياث المروية في الكتب الثلاثة ، وفيها : « رأيت اذا رأيت شيئاً في يد رجل ، أيجوز لي أن

أشهد أنه له ؟ قال : نعم ، فقال الرجل : أشهد أنه في يده ، ولا أشهد أنه له فلعله لغيره ؟ فقال ابو عبد الله عليه السلام : أفيحفل الشراء منه ؟ قال : نعم ، فقال - عليه السلام - : فلعله لغيره ، فمن أين جازلك أن تشتريه ويصير ملكاً لك ، ثم تقول - بعد الملك - : هو لي وتحلف عليه ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله اليك ؟ ثم قاله (ع) : ولو لم يميز هذا لم يقم للمسلمين سوق ، (١) .

ومنها - المروية - في الوسائل صحيحاً ، وعن الاحتجاج مرسلًا - كما قبل - : عن مولانا الصادق عليه السلام في حديث فذلك : وإن مولانا امير المؤمنين عليه السلام قال لأبي بكر : أنحكم فينا بخلاف حكم الله تعالى في المسلمين ؟ قال : لا ، قال : فإن كان في يد المسلمين شيء يملكونه ادعيت أنما فيه : من تسأل البيعة ؟ قال : إياك كنت أسأل البيعة على ما تدينه على المسلمين . قال : فإذا كان في يدي شيء فادعى فيه المسلمون : تسألني البيعة على ما في يدي ، وقد ملكته في حياة رسول الله - صلى الله عليه وآله - وبعده ولم تسأل المؤمنين على ما ادعوا عليّ كما سألتني البيعة على ما ادعيت عليهم ، (٢) .

(١) راجع : الوسائل كتاب القضاء ، باب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، حديث (٢) ولعل مقصوده من الكتب الثلاثة باستثناء الاستبصار بقرينة نقل الوسائل نفس الحديث عن الصدوق والشيع والكليني ، والرواية عن الصادق (ع) :

(٢) في الوسائل ، بنفس الباب حديث (٣) بسنده عن علي بن ابراهيم في تفسيره عن أبيه عن ابن أبي عمير عن عثمان بن عيسى وحماد بن عثمان جميعاً عن أبي عبد الله (ع) . . . وقال - بعد نقل الحديث - : ورواه الصدوق في (العلل) عن أبيه عن علي بن ابراهيم عن أبيه ، ورواه الطبرسي في (الاحتجاج) مرسلًا .

ومنها - رواية مسعدة بن صدقة : « كل شيء هو لك حلال حتى تعرف المحرام بعينه فتدعه من قبل نفسك ، وذلك مثل ثوب يكون عليك قد اشتريته وهو سرقة : او المملوك عندك لعلمه حر قد باع نفسه أو خدع فبيع قهراً أو امرأة تحتك وهي أختك او رضيعتك ، والأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك او تقوم به البيعة » (١) .

ومنها - رواية حمزة بن حمران : « ادخل السوق فأريد ان اشترى جارية » ، تقول : إني حرة ، فقال : اشتراها ، الا ان يكون لها بيعة » (٢) .
ومنها - صحيفة العيص : « عن مملوك ادعى أنه حر ولم يأت بيينة حل ذلك : أشتره ؟ قال نعم » (٣) .

ومنها - موثقة بولس بن يعقوب : « في المرأة تموت قبل الرجل او رجل قبل المرأة ؟ قال (ع) : ما كان من متاع النساء فهو للمرأة وما كان من متاع الرجل والنساء فهو بينهما ، ومن استولى على شيء منه فهو له » (٤) .

(١) في الوسائل ، كتاب التجارة باب ٤ من ابواب ما يتكسب به حديث (٤) : عن مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : سمعته يقول : كل شيء . . .

(٢) الوسائل ، كتاب التجارة باب ٥ من ابواب بيع الحيوان حديث (٢) بسنده عن حمزة بن حمران قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ادخل السوق . . .

(٣) نفس المصدر والباب حديث (١) بسنده عن العيص بن القاسم عن أبي عبد الله (ع) قال : سألته عن مملوك : ، ،

(٤) في الوسائل ، كتاب الفرائض والموارث ، باب ٨ من ابواب ميراث الأزواج حديث (٣) ، عن يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله (ع) في امرأة تموت : ، ،

(والمناقشة) فيها بضعف السند في بعض ، وعدم الدلالة أو إجمالها في حملتها ، لأن حديث (فذلك) لا يدل على ازيد من كون المطالب بالبيئة انما هو المدعي دون المدعى عليه ، وهو غير المدعى : من إفادة اليد الملكية ، ومثل ذلك في عدم الدلالة له ما تضمن جواز الشراء ممن يكون المال في يده الدال على صحة المعاملة معه بإلغاء ما يوجب المنع عنه من الاحتمالات المانعة عن الصحة من السرقة والحرية ونحوهما ، وهو أعم من إفادة الملك ، فإن الولي والوكيل والمأذون - مثلاً - يجوز الشراء منهم مع عدم كونه مالكا لهم ، فجواز الشراء وصحة المعاملة أعم من الملكية والعام لا يدل على خصوص الخاص وتضمن خبر حفص لجواز الشهادة استناداً في تحملها الى مؤدى الأصول والامارات ، وهو ممنوع جداً - كما ستعرف - والاستدلال بخبر (مسعدة) مبني على كون جملة (هـ) هـ (هـ) صفة للشيء (وحلال) خبراً للمبتدأ ، وهو أحد الاحتمالين فيه ، مع انه يحتمل - ولعله الظاهر - كون لفظ (حلال) خبراً للضمير المنفصل ، وهو مع خبره خبر للمبتدأ الأول و (لك) متعلق (بحلال) والمعنى : كل شيء هو حلال لك حتى تعرف . . الخ وحينئذ فيكون من أدلة البراءة ، دون اعتبار اليد ، ولا أقل من إجمال الخبر بعد قيام الاحتمالين فيه .

(مدفوعة) أما : ضعف السند فمجبور بالعمل . وأما مطالبة البيئة من غير ذي اليد في خبر (فذلك) فليكونه مدعياً يدعى خلاف الظاهر على ذي اليد ، وليس الا لظهور كون ما في يده له ، وإلا لكان مدعياً أيضاً وكان مورد التداعي دون المدعي والمدعى عليه . وأما ما تضمن جواز التصرف من البيع والشراء فظاهر بمعونة السياق في أن المستند هو كونه له وأما تضمن خبر حفص لما لعله لا نقول به ، فلا يخرج عن الحجية في غيره وأما خبر مسعدة فالاحتمال الأول فيه هو الظاهر منه . ولو بمعونة الأمثلة فيه .

هذا مع أن من مجموع الأخبار بعد فهم بعضها الى بعض ولو بمحنة سياقها يشرف الفقيه على القطع باعتبار اليد وإفادتها الملك .

ثم الظاهر اعتبارها من باب الظن النوعي الحاصل من هلبة كون الشيء في اليد ملكاً لمن هو في يده اعتبرها الشارع إنقائاً للنظام وقيماً للسوق كما صرح به في ذيل خبر حفص بن غياث ، بل الاستفادة منه اعتبار كل إمارة يوجب عدم اعتبارها اختلال النظام ، بل الأدلة دلت على امضاء الشارع لما عليه بناء العقلاء من أهل الأديان في جميع الأزمان قبل الاسلام وشرع الأحكام من الحلال والحرام : من اعتبار اليد وإفادتها الملك ،

هذا وهل يعتبر في التملك باليد كالحيازة للمباح قصد الملك ، أم يغني قصدها عن قصده ، فتكون الحيازة بنفسها سبباً تاماً للملك ، وان تجردت عن قصده ، بل ولو مع قصد العدم ، لان ترتب المسبب على السبب قهري وان كان السبب اختيارياً ، ومثله سببية الاحياء للملك في (الموات) في اعتبار القصد معه ، وعدمه ، بل ومع قصد العدم ؟ وجهان : بل قولان ولعل الأقوى العدم ، لما دل على سببية الاحياء والسبق للملك نحو « من أحيى أرضاً ميتة فهي له » وقوله في النبوي المنجبر : « من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو احق به » (١) الشامل باطلاقه مالمو تجرد عن قصد الملك ، بل ولو مع قصد عدمه ، مع احتمال ورود المطلقات مورد الغالب : من وقوع ذلك بقصد التملك ، فيبقى غيره على مقتضى الأصل : من عدم الملك . ولتحقيقه على آخر :

نعم يستثنى من تأثير اليد للملك في المباحات موات الأرضين منها ، فانها انما تملك بالاحياء ، لما دل على سببته للملك . وأما تحجيرها فلا يفيد

(١) مضي تحقيق وتخريج هذين الحديثين النبويين وغيرهما في آخر الجزء الأول من (الہلغة) ضمن البحث عن الأراضي الخراجية .

الا الأولوية بالتصرف ، وهذا مُستلزم عندهم ، مع شمول حديث « من سبق »
 لها الدال على الأحقية المطلقة التي هي مساواة للملكية ، ولذا يستبدل به
 على الملك في الاحتشاش والاحتطاب واحوهما ، وخروجها عنه بما دل على
 حصر سبب الملك فيها بالاحياء ينافي الاستدلال به - كما عن بعض - على
 الأولوية بالتصرف بالتحجير المتوقف على ارادة مطلق الأحقية من لفظ
 الآحق فيه ، دون الأحقية المطلقة ، ولعله لذا اعترف جدنا في (الرياض)
 بعلم العثور على نص يدل على افادة التحجير الأولوية بالتصرف ، حتى
 احتمل استناد الأصحاب في حكمهم بذلك الى فحوى مادل عليها في السبق
 الى مكان من المسجد أو السوق ونحوهما من النص . قال - في باب
 إحياء الموات - : « واعلم الي لم أقف على ما يتضمن أصل التحجير فضلاً
 عما يدل على خصوص الأولوية به إلا اتفاقهم عليه ظاهراً ودعواه في كلام
 جمع منهم صريحاً ولعلمهم أخذوه من فحوى مادل عليها في السبق الى مكان
 من المسجد أو السوق من النص وغيره ولا بأس به » (١) انتهى .

وبالجملة ، التمسك بالحديث على الملك في غير (الموات) من المباحات
 الأصلية بالسبق إليها ، وعلى الأولوية بالتصرف فيها بالسبق والتحجير دون
 الملك ما لم يبلغ حد الاحياء ، لا يخلو من إشكال ظاهراً .

وتوضيحه : هو ان مفاد الجملة الشرطية حالية المقدم للتالي علبة "تامة"
 بحيث. يترتب عليه التالي ترتباً فعلياً ، ومقتضاه كون السبق حلةً لللاحقية ،
 وحينئذ : فان أريد بها الأحقية المطلقة ، أي الأحقية في جميع وجوه
 التصرفات والانتفاعات حتى المتوقفة على الملك ، كان ذلك مساوفاً للملكية
 ومقتضاه حصول الملك بالتحجير لتحقيق السبق به الموجب له بمقتضى العلية

(١) ذكر ذلك في أوائل كتاب احياء الموات - أثناء عرض المصنف

لشروط الاحياء ، ومنها : أن لا يكون محجراً عليه من قبل . . .

المستفادة منه : وان أريد بها مطلق الأحقية الصادقة على مجرد الأولوية دون الملكية ، لم يكن دالاً على الملك بالسبق في المباحات الأصلية ، لأنه اعم ، والعام لا يدل على خصوص الخاص . وان أريد المعنيان منها معاً كان من استعمال اللفظ الواحد في اكثر من معنى

ولكنه مدفوع بأن خروج الانتفاعات المتوقفة على الملك في خصوص الموات من المباحات ، وان سبق اليها بالتحجير ، عن اطلاق الأحقية المستفاد عمومها من حذف المتعلق بأدلة الاحياء الدالة على انحصار سبب الملك به لا ينافي ثبوت الأحقية في باقي التصرفات غير المتوقفة على الملك بالاطلاق المقيد بغيره .

توضيح ذلك : أن الحكم المطلق اذا كان مترتباً على موضوع عام ، ثم ورد دليل مقيد له في خصوص جهة من جهات إطلاقه بالنسبة الى فرد مخصوص من افراد موضوعه العام ، كان ذلك الفرد من غير تلك الجهة مشمولاً لاطلاق الحكم باقياً على اندراجة في عموم الموضوع يستدل به عليه - مثلاً - لو قال : (اكرام العلماء واجب) الظاهر بمعونة حذف المتعلق في كونه واجباً في الحضر والسفر مثلاً ، ثم ورد نهي عن إكرام زيد العالم في السفر ، فيبقى وجوب إكرام زيد في الحضر مدلولاً عليه باطلاق نفس الخبر ، وغيره من أفراد العلماء يجب إكرامه في حالتي السفر والحضر ، لسلامة جهات الاطلاق في حقهم عن التقيد واختصاصه به في خصوص السفر

ففي ما نحن فيه نقول : ان لفظ ماني الحديث بعم جميع الأعبان التي لم يسبق اليها مسلم ، سواء كانت مواتاً أم غيرها من المباحات الأصلية مما ينقل ويتحول . والأحقية بالسبق اليها الشامل بعمومها المستفاد من حذف المتعلق لجميع التصرفات ووجوه الانتفاعات حتى المتوقفة على الملك حكم شرعي مرتب على ذلك الموضوع العام ثابت لمن سبق إليها بايجاد علته من السابق

غير أنه لما ورد دلائل خاص في خصوص الموات قد دل على حصر سبب الملك بالاحياء ، وجب خروج التصرفات المتوقفة على الملك عن إطلاق الأحقية فيها ، وهى غيرها ، حتى ما يكون سبباً للملك كنفس الاحياء ، لأنه غير متوقف على الملك ، داخلاً تحت إطلاق الأحقية فيها أيضاً . وحينئذ فالأحقية المطلقة الملزمة للملكية والأحقية في الجملة الملزمة لمجرد الأولوية بالتصرف مقصودان من لفظ الأحق في الحديث المستعمل في مطلق الأحقية أي الطبيعة المهمة ، فيستفاد إطلاقه في غير الموات من الجهتين : من الإطلاق والارسال ، وفي الموات من الجهة الأولى فقط من محل المطلق على المقيد : ومن المحقق في محله : أن الطبيعة المهمة تتحد مع المراتب - أعلاها وأسفلها والمتوسطات بينهما - فهي حقيقة في جميع مراتبها ، كما عليه (سلطان العلماء) (١) فالمراد من الأحق في المباحات الأصلية غير الموات : هو المرتبة العالية بقرينة دليل الحكمة ، فأصل الأحقية مستفاد من اللفظ ، وخصوصية المرتبة من دليل الحكمة ، وفي الموات هو غير المرتبة العالية ، فأصل الأحقية مستفاد أيضاً من اللفظ ، وأما خصوصية المرتبة النازلة فهي مستفادة من دليل المقيد ، فلا يلزم هناك استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد ، بل لا يلزم ذلك حتى على القول باستفادة الإطلاق من اللفظ وكون التقييد مجازاً ، فإن اللفظ بعد التقييد مجاز في الباقي ، لا أنه مستعمل في أكثر من معنى .

(١) وهو السيد الحسين بن الميرزا رفيع الدين مجد بن محمود الحسيني الأصبهاني العالم المحقق الشهير بـ (سلطان العلماء) لتفويض الشاه عباس الماضي الصفوي أمر الوزارة والصدارة إليه فكان خليفة السلطان وصهره على ابنته ، له تأليف وتعليق قيمة على الروضة والمعالم والزبدة وغيرها في منتهى التحقيق والتدقيق توفي في أيام الشاه عباس الثاني في مازندران ونقل جثمانه الطاهر الى النجف الأشرف سنة ١٠٦٤ هـ .

وأما السبق إلى الأوقات العامة ، فهو موجب للأحقية في التصرفات الموافقة لجعل الوقف أو الغير المنافية له . وأما المنافيات له فغير موجب لها لعدم قابلية دخولها في الملك وعدم تسويغ ما ينافي الوقف من التصرف فان الوقوف على حسب ما يقفها أهلها ، فهو أيضاً خارج بالدليل الخاص عن اقتضاء للسبق الاحقية في جميع التصرفات المنافية للوقف .

فتلخص مما ذكرنا : أن السبق الى مالم يسبقه مسلم مما يكون هو وغيره لولا السبق شرع سواء موجب للاحقية في جميع التصرفات ووجوه الانتفاعات في غير الموات والأوقاف العامة من المباحات اللازمة للملكية ولما جرد الأولوية دون الملكية فيها بمعونة دليل الحكمة في الأول ، والمقيد في الثاني .

(المقام الثالث)

في مقدار عموم (قاعدة اليد) وبيان جملة من أحكامها . ولتمام الكلام فيه يتم في طي أمور :

(الأول)

هل تجري (قاعدة اليد) في غير الأموال من الأعراض والنسب ، بمعنى ثبوتها باليد ، أم هي مختصة بالأموال . وعليه ، فهل هي تختص بالأعيان منها أم تعم المنافع أيضاً ، فنقول : القدر المستفاد من أدلة اعتبارها من الأخبار المتقدمة : هو اعتبارها في الأموال ، لعدم عموم فيها يشمل غيرها الا إطلاق قوله (ع) في ذيل موثقة ابن يعقوب : « ومن استولى على شيء منه فهو له ، وهو حسن لولا تقييد شيء فيه بالضمير المجرور به (من)

العائد الى المتنازع . وحيث لا دليل على اعتبارها في غير مورد الأخبار ،
فمقتضى الأصل عدمه

ومنه يظهر الوجه في عدم ثبوت الأعراض باليد ، وان حكمي الاجماع عليه فيما لو تنازع رجلان في زوجية امرأة هي تحت أحدهما ، كان القول قول من هي تحته . فان تم فللاجماع وظهور حال المسلم ، وحمل أفعاله على الصحيح حتى يثبت من يدعى فسادها ، لا لاعتبار اليد عليها .

اللهم إلا أن يستدل عليه : بمناط ما هو مذكور من الأمثلة في خبر (مسعدة) المتقدم : « أو امرأة نحتك وهي أختك أو رضيعتك ، بناءً على عدم لفرق - في إلغاء ما يخالف اليد - بين مجرد احتماله أو وجود مدعى به ، لكن على أحد الاحتمالين المتقدمين في تفسير الخبر : من جعل جملة (هو لك) صفةً لشيءٍ و (حلال) خبراً ليكون حينئذ دليلاً على اعتبار اليد وبأن البضع يملك ، واليد إمارة مفيدة للملك ، ملك عين كان أو ملك الانتفاع ، فتأمل ، فضلاً عن ثبوت النسب بها ، بل لعل عدمه من المتفق عليه عندهم ، كما يظهر من كلماتهم في مسألة : مالو تنازع اثنان على بنوة صبي في يد أحدهما ، حيث حكموا بمساواتهما في الدعوى وأنه من باب الداهي دون المدعي والمدعى عليه . ولولاه لكان ذو اليد مدعى عليه ومنازعه مدعياً ،

نعم في (القواعد) ما يعطي ذلك على إشكال حيث قال : « ولو تداعيا صبياً . وهو في يد أحدهما لحق بصاحب اليد خاصة على إشكال » (١) ويظهر من ولده (الفخر) في شرحه ان من الأصحاب من يقول بذلك حيث قال : « اليد : إما أن تكون عن التقاط ، أولاً ، والأول لا تقدم

(١) راجع ذلك في كتاب القضاء من (قواعد العلامة) الفصل

الرابع في النسب .

والثاني : إما أن يتقدم استلحاق صاحب اليد فيقدم ، أو لا يتقدم ، فهل يقدم ؟
 قيل : نعم ، لأنها إماراة دالة عليه ، ولأنه مدعى عليه وغيره مدعى ،
 وقيل : لا ، لأن اليد لا تأثر لها في النسب ولا في ترجيحه ، والأصح
 الثاني ، (١) انتهى .

قلت : ولعل التقديم - لو قيل به - فلترجيح أحد الاقرايين باليد
 بعد تساويهما في الاقرار ، لا لتقديم قول ذي اليد من حيث هو ذو اليد
 على من يدعى عليه :

نعم يلحق الصغير بمن ادعى بنوته اذا كان اباً أو ولو كان أمّا حيث
 يمكن المحقق به ولا منازع له عليه ، الا أن ذلك من ثبوت النسب
 بالاقرار المتضمن له دعواه بها مع ورود الأخبار المستفيضة به ، مضافاً
 إلى إمكان كونه مندرجاً تحت قاعدة المدعي بلا معارض ، ان قلنا بها ،
 فلا دخل له بثبوت النسب باليد .

ثم على تقدير اختصاص (قاعدة اليد) بالأموال ، فهل هي تختص
 بالأعيان منها ، أم تعم المنافع أيضاً ؟ صرح بالأول منها التراقي في (مستنده)
 حيث قال - بعد أن ذكر اختصاص أخبار الباب بخصوص الأعيان ما نصه - :
 « يمكن دعوى اختصاص صدق اليد حقيقة بالأعيان ، فانها المتبادر عرفاً
 من لفظ ماني اليد ، بل الاستيلاء ، وصدقه على المنافع غير معلوم ، بل
 نقول : ان الكون في اليد والاستيلاء انما هو في الأشياء الموجودة في الخارج
 القارة ، وأما الأمور التدريجية الوجود الغير القارة ، كالمنافع ، فلو سلم
 صدق لليد والاستيلاء فيها ، فانما هو فيما تحقق ومضى ، لا في المنافع

(١) راجع : (إيضاح الفوائد في شرح اشكالات القواعد) لفخر
 المحققين في نفس الباب .

الآتية التي هي المراد هنا ، (١) انتهى .

وأنت خبير بما فيه - بعد صدق اليد عرفاً على المنافع وإن قبضها حاصل بقبض العين ، ولذا جاز للمؤجر مطالبة الأجرة من المستأجر بمجرد قبضه العين المستأجرة مع أن ما بازاء الأجرة إنما هو المنفعة ، وليس له المطالبة إلا بعد قبضها الحاصل بقبض العين ، لأن اليد على العين يد على منافعها ، والا لكان من المطالبة قبل القبض والتسليم ، الذي قد عرفت جواز الامتناع عنه قبله في (قاعدة تلف المبيع قبل قبضه) بما لا مزيد عليه ، (٢) .

ومن هذا الباب : عدم ضمان منفعة الحر ، إذ لا يد عليه حتى تصدق اليد على منفعه ، ولا كذلك المملوك فإن منفعه مضمونة لصدق اليد عليها باليد عليه ، ولا دخل للاستيفاء في صدق اليد على المنفعة بقبض العين حتى يفصل بين المستوفاة منها وغيرها ، أو يفرق فيما بين ما مضى وما يأتي . نعم ، من استولى على عين يدعي استحقاق منفعتها بالخصوص ، وأنكره مالك العين ، لم يقبل قول المدعي بملك المنفعة بمجرد اليد عليها باليد على العين مع انكار المالك ، لأن المنفعة تابعة في الملك للعين ، فدعوى المدعي

(١) مستند الشيعة في أحكام الشريعة للمولى أحمد بن محمد مهدي النراقي الكاشاني المتولد سنة ١١٨٥ والمتوفى سنة ١٢٢٥ هـ طبع في إيران بمجلدين ضخمين طبعة حجرية . راجع هذه العبارة في المجلد الثاني منه كتاب القضاء والشهادات ، السادس من مواهب الكلام في اليد ضمن الفصل الخامس في نبد من أحكام الدعاوي في الأعيان وأول العبارة هكذا : « هل يختص اقتضاء اليد لأصل المملوكة أو الاختصاص بالأعيان ، أم يجري في المنافع أيضاً - الى قوله - إلا أنه يمكن . . . » .

(٢) راجع الرسالة الثالثة من محتويات الجزء الأول من (البهجة) .

استحقاقها خاصة متضمنة لدعوى لقلها منه اليه ، فلا تقبل الا بحجة شرعية فلا تأثير لليد عليها ، كما لا تأثير لليد اللاحقة بعد اعترافه باليد السابقة - حسباً متعرف - وانما يقبل قوله بالاستحقاق حيث لا يعلم إنكار المالك له ، كما يقدم قول المستولي على غيره لو ادعى الاستحقاق أيضاً لاتحاد جهة الاختصاص بها معاً ، مع كون أحدهما ذا اليد ، فالقول قوله حتى تقوم بينة على خلافه ، فلو كانت العين بيد شخص يدعي استيجارها من المالك ولم يعلم إنكار المالك لدعواه وادعى غيره استحقاق المنفعة أيضاً باجارة أو غيرها ، كان القول في استحقاق المنفعة قول من هي في يده ، وبطالب المدعي بالبينه .

الا أن ذلك يشكل على (النراقي) مع اعترافه به ، بناءً على مختاره : من عدم صدق اليد على المنافع واختصاص اعتبارها بالأهيان ، اذ لا يد للمستولي بالفرض على المنفعة ، وما هو ذو يد عليه معترف به لغيره . فما يدهيه من المنفعة لا يد له عليه ، وماله يد عليه من العين لا يدهيه . وعليه فيكون من التداعي دون المدعي والمدعى عليه قال في (المستند) : « فلو ادعى أحد استيجار شيء في يد غيره مدعياً بأنه استأجره ، يطلب البينة من المدعي لاصالة الاختصاص بالمستولي فان جهة الاختصاص بينهما واحدة بخلاف مالو ادعى المالك عدم الاجارة لأن ملكيته مختصة به والمستأجر يدعي الاختصاص الاستيجاري ، ولا دليل عليه ، (١) .

(١) راجع ذلك في المصبر الآنف الذكر من المستند بعنوان : (السابع) ما ذكر من أن الاستيلاء يدل على اصاله الاختصاص للمستولي إنما هو اذا لم يكن هناك مدع ثبت له اختصاص آخر أيضاً ، فلو كان كذلك لا يبعد الاستيلاء شيئاً إلى قوله - : فلو أن . . .

ومثله في (عوائده) فراجع (١) .

(الثاني)

هل يختص اعتبار اليد وكونها إماراة بالنسبة الى غير صاحبها أو يعم حتى بالنسبة إليه أيضاً لو شك في كون مافي يده له ، قولان : أقواهما الثاني . لا لما قيل : من الاستدلال عليه - أولاً - بخبر مسعدة المتقدم ، بناءً على كونه دليلاً على اعتبار اليد دون البراءة بجعل (هو لك) فيه صفة (شيء) ومورده بقرينة الأمثلة فيه : كون ذي اليد محتملاً لخلاف ما تقتضيه يده من الملكية أو الاختصاص وشاكاً فيه : الأمر فيه بإلغاء ذلك الاحتمال وعدم ترتب الأثر على شكه - وثانياً - بعموم قوله في ذيل موثقة يونس بن يعقوب (ومن استولى على شيء منه فهو له) الشامل باطلاقه لما كان المستولي شاكاً أيضاً - لأن الأول - مع قوة احتمال كونه دليلاً على البراءة بجعل (حلال) خبراً للضمير المنفصل كما تقدم فيكون دليلاً للبراءة دون قاعدة اليد : أن الشك فيه لو سلم - انما هو للشك في تملك من انتقل منه إليه المعلوم اعتبار اليد فيه ، مع أن بعض أمثله لا دخل لليد فيه ، كالزوجة المحتمل كونها (رضيعتك) فإن الموجب لإلغاء احتمال ذلك فيه انما هو مخالفته للأصل دون قاعدة اليد .

وأما الثاني ، فله ظهور اختصاص قوله في الموثقة (من استولى على شيء) في أن كلاً من الرجل والمرأة إذا مات وكان مستولياً على شيء من متاع البيت حكم له به ، ومع الاشتراك في الاستيلاء بحكم الاشتراك

(١) عوائد الأيام في بيان قواعد الأحكام . نفس العبارة ذكرها في

أخبرها للقاعدة في بيان أن مقتضى اليد الملكية .

وإن ذلك من كون المستولي بنفسه شاكاً في ملكه لما في يده .

بل لصاحبة جميل بن صالح عن الصادق عليه السلام : « رجل وجد في بيته ديناراً ؟ قال : يدخل منزله غيره ؟ قلت : نعم كثير ، قال : هذه لقطة ، قلت : فرجل وجد في صندوقه ديناراً ؟ قال : يدخل أحد يده في صندوقه غيره أو يضع فيه شيئاً ؟ قلت : لا ، قال : فهو له (١) حيث حكم بأن مافي الصندوق له مع كونه شاكاً فيه بالفرض ، وليس إلا لكون اليد معتبرة حتى بالنسبة إلى صاحبها ، ولعموم التعليل في ذيل خبر (حفص) المتقدم « ولو لم يميز ذلك ما قام للمسلمين سوق ، بعد فرض كون السوق مثلاً ، وإن المقصود لزوم اختلال النظام لولا اعتبار اليد ، والظن النوعي المستفاد من غلبة كون مافي اليد ملكاً لصاحبها الشامل الذي اليد أيضاً ، لوجود المناط فيه بعد أن كان الغالب عدم تذكره لسبب ملكية ما هو تحت يده من متاع البيت وأثاثه وأمتعته الموضوعة للبيع في دكانه من الأقمشة وغيرها .

وإن نوقش في الرواية بمنافاة ذيلها - الحاكم بملكية مافي الصندوق لصاحبه الدال على اعتبار اليد ولو كان شاكاً صاحبها - لصدرها الحاكم بكون ما وجدته في دار لقطة إذا دخلها غيره أيضاً ، الدال على عدم اعتبار اليد مع كون صاحبها شاكاً ، إذ المفروض أن الدار وما فيها لم تخرج بدخول الغير عن كونها تحت يد مالكيها وكونه ذا يدٍ عليها بما فيها ،

إلا أن المناقشة ضعيفة ، لأن الغلبة المفيدة للظن - ولو نوعاً - بكون ما وجدته في بيته مع دخول الغير فيه كثيراً ملكاً له إذا كان مما يمكن سقوطه من الداخلين فيه كالدينار ولحوه ، ضرورة أن ملك البيت من حيث هو ليس سبباً لتمكنك ما فيه ، وهذا بخلاف ما يوجد فيه من الأمتعة

(١) الوسائل ، كتاب اللقطة ، باب ٣ من أبوابها ، حديث (١) :

(اختيار شمول قاعدة اليد حتى النسبة الى صاحبها والاستدلال على ذلك) - ٣١٩ -

وغيرها مما يبعد وضعه فيه من الداخلين أو سقوطه منهم ، فهو له وإن شك فيه لغلبة عدم تذكر المالك مفصلاً لما يملكه مما هو موجود في بيته أو دكانه ونحوهما .

وان أبيت عن ذلك ، فنقول : ان مقتضى اليد اعتبارها مطلقاً في كل ما يوجد في ملكه من افادتها الملكية له ، خرج من ذلك مورد النص فيبقى الباقي داخلاً في العموم ، وكونه من التخصيص لا من التخصيص قد عرفت ما فيه .

نعم قد يقال : ان الصحيحة تعارضها موثقة اسحاق بن عمار : « عن رجل نزل في بعض بيوت مكة فوجد فيها نحوراً من سبعين درهماً مدفونة فلم تزل معه ولم يذكرها حتى قدم الكوفة : كيف يصنع ؟ قال : يسأل عنها أهل المنزل لعلهم يعرفونها ، قلت : فان لم يعرفوها ؟ قال : يتصدق بها » (١) حيث قيد الدفع إليهم بالمعرفة الموجب لعدمه مع عدمها الشامل لصورة الشك أيضاً -- أولاً - مع تصريحه - ثانياً - بالتصدق مع عدم المعرفة الشامل اطلاقه للشك أيضاً - كما عرفت - مع أن الأمر بالسؤال لا يكاد يتجه مع كون أهل المنزل ذوي أيدٍ على المنزل وما فيه ظاهراً أو باطناً : بل اللازم دفعه إليهم من دون سؤال منهم ، فان أنكروه تصدق به .

الا انها منزلة - لتكون المال فيه مدفوناً بالفرض - على الكنز الذي لو وجده في الخربة كان لواجده ، وفي العمار عرفت به أهله أولاً ، وليست للعمارة من حيث هي مدخلية الا من حيث احتمال كونه لأهلها

(١) المصدر الآنف الذكر باب ٥ من أبواب اللقطة ، حديث (٣)

بسنده هكذا : « عن اسحاق بن عمار قال : سألت أبا ابراهيم (ع) عن رجل »

المفقود في الخربة .

هذا وما أبعد ما بين القول بعدم اعتبار اليد في حق صاحبها لو كان شاكاً ، وبين القول بكونه ملكه ، وإن علم عدمه ، وأنه مما أعطاه الله ورزق ساقه إليه . - كما عليه جدداً في الرياض - لاطلاق الصحيحة المتقدمة في الصندوق ، بناءً على شموله لما لو كان حاملاً بالعدم المعلوم انصرافه إلى غيره ، (١) .

هذا ، وهل يشترط في اعتبارها انضمام كونه مذهباً له ، أم يكفي فيه عدم نفيه عن نفسه فيحكم به له ، وإن كان ساكتاً عن دعواه ذلك ؟ وجهان : والأقوى هو الثاني ، لعموم صدر خبر حفص - المتقدم - « رأيت إذا رأيت شيئاً في يد رجل ؟ أيجوز لي أن أشهد أنه له ؟ قال : نعم ، الناشيء من ترك الاستفصال عن دعواه الملكية وعدمها ، وذيل موثقة ابن يعقوب : « ومن استولى على شيء منه فهو له ، والاجماع محكي عليه أيضاً ، بل لعله من الضروريات المسلمة عندهم ، ولذا لم يشك أحد في ملكية مافي يد الغائب له ، وما في يد الميت كذلك ، فينتقل منه إلى وارثه ما لم يعلم خلافه ، وفي جواز الانتفاع بما في يد أحد مع اذنه من غير احرار من لدعواه ملكيته ، وليس إلا لكفاية اليد للحكم بالملكية وإن لم ينضم إليها دعواها .

(الثالث)

لا فرق في إفادة اليد الملك بين اليد العادية وغيرها فيما لم تكن

(١) راجع ذلك منه في كتاب اللقطة ، الثانية من المسائل الثلاث

ما وجدته في داره أو في صندوقه المختصين بالتصرف فيها فهو له . . .

عادية بالنسبة اليه ، كسرج الفرس وثياب العبد المغصوبين اذا ادعاهما الغاصب ، لعدم معلومية الغصب فيهما ، فيقدم قوله ، لأنه ذو يدٍ عليهما ، وطولب المالك بالبينة ان ادعاه . ويحتمل - قوياً - الفرق بين العبد والدابة ، ففي العبد ما لم يصدق مولاه ، والا فيقدم قول المالك ، لأن العبد ذو يدٍ على ثيابه ، وهو وما في يده لمولاه ، بخلاف الدابة بالنسبة إلى ما عليها من السرج واللجام .

تروابع .

لو اشترك اثنان أو اكثر فيما يصدق به اليد عرفاً ، فهل الثابت به يد واحدة لها فلا يد لكل واحد منها أو يثبت به يد لكل واحد منها فتعدد الأيدي حيثئذ ، وعليه فهل تختص اليد بالبعض نصفاً أو ثلثاً بحسب تعدد الشركاء فيكون له اليد على النصف أو الثلث ، أو لكل يد على كل العين وجميعها وان زوحم بمثلها عليه ؟ فعلى الأول لا تعارض بين اليدين لاختلاف متعلقها وعلى الثاني كان من تعارض اليدين لاتحاد المتعلق فيهما . وتظهر الثمرة بينهما فيما أو غصب العين اثنان دفعةً ، فتأملت عندهما رجع المالك عليهما معاً بالمناصفة أو بالثلاثة بحسب تعدد الشركاء ، على الأول ، وله الرجوع على من شاء منها أو عليهما بالتوزيع على التساوي أو على التفاضل ، على حد حكم تعاقب الأيدي ، على الثاني أقوال :

أما الأول ، فلا اشكال في بطلانه لتعدد اليد بعد فرض تحقق ما يوجب صدقها بالنسبة الى كل واحد منهما من الاستيلاء بحيث لو كان منفرداً لكان مستقلاً به .

نعم لو كان لحقه موقوفاً على الانضمام بحيث لولاه لم يحصل

استيلاء أصلاً لم تتحقق الا يد واحدة لهما ، وان كان الحكم فيها وفي
الصور الآتية التخصيف أو التثليث - مثلاً بحسب تعدد الشركاء .
وبالجملة : ليست اليد آية من صدق التعدد بعد فرض وجودها
يتحقق الصديق .

وعلى الثاني ، فذهب الى الأول منها بعض ، ولعله الأكثر ، فاليد
إنما هي عندهم ثابتة على البعض المختلف قدره بحسب تعدد الشركاء ،
فلا يد له على ما زاد عليه وكانت اليد لصاحبه فيه ، فيكون كل منهما
أو منهم بالنسبة الى ما في يد صاحبه مدعيّاً ، وبالنسبة الى ما في يده
مدعى عليه .

والأقوى عندي : هو الأخير ، كما يظهر من شيخنا في (الجواهر)
فتكون لكل واحد منها أو منهم يد على الكل ، لعدم تعقل اليد على
البعض المشاع بعد امتناع فرض تعقله الا بتعلق اليد بجميع العين ولذا لم
يتحقق قبض البعض المشاع الا في ضمن قبض الجميع ، وليس الا لعدم
تعقل قبضه مشاعاً بقبض البعض المعين ، فاليد ثابتة على الكل ، لكن
لا بنحو الاستقلال ، فالمنفي في المقام انما هو الاستقلالية دون أصل الاستيلاء
واليد فحينئذ يكون كل من ذوي الأيدي على العين مدعيّاً للجميع ومدعى
عليه بالنسبة اليها كذلك .

نعم ربما يرد في المقام إشكال على كل من القوانين الأخيرين ، وهو
أن اليد الثابتة لكل منها : ان كانت على البعض أشكال تعقله مع تساوي
أجزاء العين بالنسبة الى تعلق اليد بها - كما عرفت - وان كان على الكل
أشكال الحكم بمناكية البعض من النصف أو الثلث - كما عليه الفتوى -
بعد فرض ثبوت اليد على الجميع ، وان عورض بمثلها فيكون من تعارض
السببين الفعلين المحتنع تواردهما على مسبب واحد :

وبالجملة الحكم بالتصنيف - مثلاً - بينهما حيث أنهما يكون منشأ
النصف - بالتحريك - دون اقتضاء اليد ، وهو خلاف ما يظهر من
فتواهم بذلك .

ودفع الاشكال بما تنكشف به حقيقة الحال : هو أن يقال : إن
الملكية تابعة لليد في الاستقلالية وعدمها ، لأن الحكم بها إنما هو باقتضاء
اليدها ، ويتصف كل منها بالاستقلالية والاستقلالية ، ومقتضى اليد على
الكل لا ينحو الاستقلال ملكية الكل كذلك ، فكل منهما يملك لكل
لا ينحو الاستقلال بحيث لو تم نقصانها من حيث عدم الاستقلال تولد منه
كسر - مثلاً - من الكسور التسع (١) فملكية البعض مستقلة هو عين
ملكية الكل لا ينحو الاستقلال ، بل الملكية المنبسطة على الكل لا تضعف
فيها في مرتبة الملكية ، وإنما النقصان فيها من جهة الاستقلالية على وجه
أو تمت هي من هذه الجهة وصارت ملكية مستقلة كانت مقصورة على
كسر من الكسور أو جزء من الأجزاء بحسب تعدد الشركاء ، فالمقتصرة
على البعض هي عين المنبسطة على الكل ، لا فرق إلا في الاستقلالية وعدمها .
واعلم إلى ما ذكرنا يرجع كلامهم في إفادتها ملكية النصف ، أي
الملكية الاستقلالية ، وبذلك صح انصاف كل منها بأنه مدع ومدعى عليه
لأن كلاهما يدعي الاستقلالية المستلزما دعواه لعدم ملكية صاحبه أصلاً
لا عدم استقلاليته ، وصاحبه - من حيث كونه ذا يد ولو ينحو الاستقلال
الظاهرة في الملكية - كذلك منكر ، فكل منهما مدع للاستقلالية ومنكر
لما يدعي صاحبه عليه من نفي أصل الملكية ، فما به يكون مدعياً غير ما به
يكون مدعى عليه ، فلا وجه لالتزام لغوية حكم اليد بالنسبة اليهما ، وإن

(١) ويقصد : الاعتيادية منها لا العشرية ، وهي المنكسرة عن الواحد
كالنصف والثالث والرهم والخمس والستس والسبع والثمن والتسع والعشر .

القضاء به لها بالمناصفة ، لقاعدة المدعى لمال لا يد لأحد عليه . كيف والمال تحت يديهما - أولاً - واختصاص قاعدة قبول قول من يدعي مالا لا يد لأحد عليه بما لا يكون له منازع - كما ستعرف - والمفروض كون كل منهما منازعاً للآخر - ثانياً - وإن اليدين بالنسبة اليهما من توارد السببين على مسبب واحد المعلوم امتناعه ، فيكون اليمين لترجيح أحد السببين على الآخر لا للقضاء به . كيف وإنما الممتنع توارد السببين التامين على ملكية الكل بنحو الاستقلال لا بنحو الشركة .

وبما ذكرنا يتضح لك مواقع التأمل في كلام شيخنا في (الجواهر) في اشتراط القضاء لهما باليمين وعدمه حيث قال : « وقد يناقش بعدم اندراجها في القاعدة المزبورة اذ الفرض أن يد كل منها على العين لانصلها ضرورة عدم تعقل كونها على النصف المشاع الا يكونها على العين أجمع في كل منها ، وحينئذ فلا مدعى ولا مدعى عليه منها ، ضرورة تساويهما في ذلك ، الا ان الشارع قد جعل القضاء في ذلك بأن العين بينهما كما سمعته من النبوي المرسل ، فالنصف هو القضاء بينهما في الدعوى المزبورة التي كان مقتضى يد كل منها الكل .

ومنه يظهر لك عدم كون كل منها مدعياً لنصف الآخر ومدعى عليه في نصفه كي يتوجه التخالف ، بل المتوجه لإلغاء حكم يد كل منها بالنسبة الى تحقق كونه مدعى عليه ، ويكون كما لو تداعيا عيناً لا يد لأحد عليها ولا بذنة لكل منها ، فان القضاء حينئذ بالحكم بكونها بينهما لكون الدعوى كاليد في السبب المزبور المحمول على التتصيف بعد تعذر إعراله في الجميع للمعارض الذي هو استحالة اجتماع السببين على مسبب واحد إذ لا وجه لاستحقاق كل منها اليمين على الآخر ضرورة عدم كونه مدعى عليه بعدم يده على العين يراد رفعها عنه ، فقول كل منها : (هي لي)

دعوى بلامدعى عليه ، فلا يمين فيها فتأمل جيداً ، فإنه دقيق نافع ، انتهى .
 قالت : ان ما ذكرنا أدق ، وبالقبول أحق فظهور لك : أن توقف القضاء
 على اليمين انما هو للميزان ، لا لترجيح أحد السببين بها على الآخر ، ولا
 ينافية النبوي المرسل : « في رجلين تنازعا في دابة ليس لأحدهما بينة فجعلها
 النبي - صلى الله عليه وآله - بينهما » حيث لم يذكر فيه القضاء باليمين
 لعدم معلومية كون الدابة في يديهما ، فلعله تنازعا فيها ولا يدلها عليها
 وهو واضح .

(الخامس)

كما أن اليد تفيد الملكية وتكون اشارة عليها ، كذلك فيما يعتبر
 في حله التذكية ، إن كانت اليد لمسلم تفيد كونه مذكى - اجماعاً
 بقسميه - وللمعتبرة المستفيضة فيها وفي سوق المسلمين وأرضهم وهل هي
 إن كانت للكافر اشارة على الميئنة أو لا تكون اشارة أصلاً ، وانما الحكم
 بكونه ميئنة لأصالة عدم التذكية السالبة عما يحكم عليها من الامارة الدالة
 على التذكية ؟ قولان : ذهب إلى الأول منهما شيخنا في (الجواهر) (١)
 تبعاً لأستاذة (كاشف الغطاء) والأقوى : الثاني ، لعدم ما يدل على
 كون يد الكافر اشارة على الميئنة الا ما عسى أن يتوهم استفادته - كما في
 الجواهر - من خبر اسحاق بن عمار « عن العبد الصالح عليه السلام :

(١) قال - في كتاب الطهارة باب النجاسات ، في أخريات شرح
 قول المحقق « ولا يجوز استعمال شيء من الجلود الا ما كان طاهراً . . . » :
 « أما ما كان مطروحاً ولا أثر استعمال عليه أو كان في يد كافر لم يعلم سبق
 بدس لم عليه أو أرضهم وسرقهم وبلادهم فهو ميئنة لا يجوز استعماله » .

لا بأس بالصلاة في الفراء الياباني وفيما صنع في أرض الاسلام ، قلت : فان كان فيها غير أهل الاسلام ؟ قال : اذا كان الغالب عليها المسلمون فلا بأس ، (١) الدال بمفهومه على ثبوت البأس مع عدم الغلبة في المجهول فضلاً عما علم كفره وخبر اسماعيل بن عيسى : « سألت أبا الحسن عليه السلام - عن جلود الفراء يشتريها الرجل في سوق من اسواق الجبل : أسأل عن ذكاته اذا كان البايع مسلماً غير عارف ؟ قال : عليكم أنتم أن تسألوا عنه اذا رأيتم المشركون يبيعون ذلك ، (٢) بناءً على أن الأمر بالسؤال من جهة الميتة ومن تقديمهم يد الكافر على أرض المسلمين وسوقهم في الحكم بكون المأخوذ منه ميتة ، اذ لو لم تكن يد الكافر إمارة لم يكن مجرى للأصل المحكوم لامارة السوق ، وليس الا لكون اليد إمارة ، فتكون من تعارض الامارين ، وأقوائية إمارة اليد من السوق .

وفي الكل نظر : أما خبر اسحاق ، فلكفاية الأصل الموجب للاجتناب في ثبوت البأس . وأما خبر اسماعيل فلظهور الازام بالسؤال في عدم إمارة يد الكافر ، وإلا لوجب الاجتناب عنه ، دون الفحص (ودعوى) استفادتها من المقابلة ليد المسلم المستفاد منها حكم الوضع من الامارية دون صرف التكليف ، فليكن كذلك في يد الكافر بقرينة المقابلة ولو بمعونة فهم العرف منها (فدفعها) : أنه يكفي في التقابل عدم ماهو ثابت في يد المسلم من الامارية ، سيما في المفهوم الذي ليس المستفاد منه الا صلب ماهو ثابت بالمنطوق .

(١) الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٥٠ من أبواب النجاسات

حديث (٥) .

(٢) المصدر نفسه ، حديث (٧) ، وتكملته : « وإذا رأيتم يصلون

فيه فلا تسألوا عنه ، » .

وأما تقديم يد الكافر على سوق المسلمين ، فانما هو لقصور السوق عن كونه إمارةً فيما كان في يد الكافر فعلاً ، المعلوم كفره ، وانما هو إمارة بالنسبة الى مجهول الحال ، إحقاقاً للمشكوك بالغالب ، فالتقديم فيه ليس الا للأصل السالم عما يحكم عليه من أدلة السوق الدالة على حكم مجهول الحال دون معلوم الكفر . وهما ذكرنا - ظهر لك - أن يد الكافر ليست إمارةً على المينة حتى تعارض يد المسلم التي هي إمارة على التذكية تعارض الامارتين الموجب للترجيح بينهما ، بل هو من باب تقابل الإمارة وعدم الإمارة ، لا إمارة العدم حتى يلتمس الترجيح .

وجيث انضج لك ما ذكرنا ، ظهر أنه لاشك على المختار في الحكم بتذكية الديبحة المشتركة بين المسلم والكافر الموجودة في يديهما معاً ، لقيام الإمارة عليها من يد المسلم ، سيما على المختار : من كون اليد على الكل وان كان لا ينحو الاستقلال الحاكمة على إصالة عدم التذكية ، وان كانت في يد الكافر أيضاً ، لما عرفت من عدم كون يده إمارةً على العدم ، فهي بحكم العدم في قبال يد المسلم ، فلم يبق الا الأصل المحكوم لها . واعلم كذلك أيضاً ، على القول الآخر ، وان كان حينئذ تعارض الامارتين لاقوائية يد المسلم في الإمارة باعتضادها بأصالة صحة فعله ، وليس الأصل في فعل الكافر الفساد حتى يكون معاضداً ليد ، وإصالة عدم التذكية ليست في مرتبة الإمارة حتى تصلح للاعتضاد بها (١) . وهذا هو الوجه

(١) ولا يخفى أن ذلك ينتقض بأصالة الصحة التي جعلها سيدنا المصنف عاضدةً لامارية يد المسلم ، فهي أيضاً ليست في مرتبتها كي تعضدها . وعليه فالمرجع - بعد تساقط الامارتين بالمعارضة - إصالة عدم التذكية ، وذلك لحكومتها على أصله الصحة ، لأنها أصل موضوعي وتلك أصل حكمي ، فتأمل جيداً .

في ترجيح يد المسلم على يد الكافر ، اولقلنا بكونها إمارةً أيضاً ، لا مذكوره شيخنا في (الجواهر) زيادةً عليه من أقوائية ما دل من الأخبار على اعتبار يد المسلم بالتعدد ، لأن أكثرية العدد لا تصلح للترجيح بعد حجية ما دل على اعتبار يد الكافر ، وألها إمارة . وهو واضح . بل وكذا على المختار - لو وجد في السوقين أو الأرضين للمسلمين والكفار مع علم التاريخ وجهله لا لقطاع الأصل بتحقيق الامارة القاطعة له .

نعم يشكل على القول الآخر لو كان السابق من اليدين أو السوقين ما هو إمارة على الميضية (١) لعدم المانع عن الحكم بها بعد فرض الافرادها عما يعارضها من الامارة ، فلا يجدي لحوق إمارة التذكية بعد عدم تعقل لحوق التذكية فعلاً بعد الموت ، ضرورة كون الامارة كاشفةً عن تحقق الموضوع الذي هو مؤداها في الواقع ، وان كان كشفاً ظنياً ، الا أن الشارع اعتبرها في مرحلة الكاشفية ، وليست الامارة كالأصل الذي لا يترتب عليه الا الأحكام المجعولة للشارع حتى يمكن التفكيك فيها بحسب اقتضاء الأصول لها .

اللهم الا أن يقال : ان الميضية حيث لا ينتفع بها المسلم بوجوه الانتفاعات أصلاً لحرمتها ونجاستها ، لم يكن بد من كون ما في يده ملكي . ولا كذلك

(١) قد يقال بعدم ورود الاشكال ضرورة أنه بناءً على كون الامارة كاشفةً ، فمعناه كشفها عن الواقع وترتيب الآثار من أول الأمر - كما هو مختار سيدنا المصنف قدس سره فيما يأتي - فلا بد من المعارضة مطلقاً حتى في صورة سبق إحدى الامارتين على الأخرى ، إن مقتضى كل منهما ترتيب آثار الواقع من ذي قبل ، وذلك تناقض ظاهر . نعم يتم الاشكال بناءً على الوجه الآخر من وجهي الامارة . وهو ترتيب الآثار من حين تحققها لا من ذي قبل فتأمل .

الكافر ، فإن عدم تذكيته عنده لعدم حاجته إليها لا لحاجته الى عدمها (١) فغلبة عدم التذكية عند الكافر لعدم مسيس الحاجة اليها ، وغلبة التذكية في يد المسلمين وسوقهم لمسيس الحاجة إليها لتوقف وجوه الانتفاعات به على التذكية ، فحيث وجد في يد المسلم ، فلا بد من وقوفه على تذكيته وان سبقها يد الكافر . واليه يرجع ما تقدم من اصالة الصحة في عمل المسلم ، وعدم اصالة الفساد في فعل غيره

ومنه يعلم الوجه في تقديم اليد الحكيمة للمسلم على اليد الفعلية للكافر فضلاً عن سوقهم وأراضيهم ، وظهر لك أيضاً حكم اللبينة المشتركة بين المسلم والكافر الموجودة في يديها فعلاً بعد الحكم بتذكيتهما او تقطعت وانفرد بقطعة منها بعد العلم بكيفيتهما ، فان القطعة المبانة منها مذكاة : وان كانت في يد الكافر

هذا وحيث حكم على الجلد ونحوه بعدم التذكية الراجع الى الميتة للاصل واستعمل ، ثم قامت إحدى إمارات التذكية من يد المسلم أو غيرها فهل هو على نحو الكشف أو من حين قيام الامارة ، فيحكم بنجاسة ما لا فاه قبل ذلك ؟ وجهان : الأقوى : الأول ، وان اختار ثانيهما شيخنا في (الجواهر) حيث قال : « وعلى كل حال فحيث حكم بالتذكية لحصول إمارتها الشرعية بعد الحكم بالميتة للاصل أو للبد أو بالعكس ، فهل هو على الكشف بمعنى جريان حكم المذكي عليه مثلاً فيها مضى من الأفعال والمباشرة او كانت ، أولا ، هل من حين تحقق الامارة ؟ وجهان : أوقفها بالأصل والاحتياط الثاني ، ولا ينافيه عدم تصور التذكية له الآن ، ضرورة

(١) قد يستلزم ذلك اخراج يد الكافر عن الامارية - وهو خلاف

الفرض - ومع التسليم فذلك جارٍ فيها حتى او كانتا في عرض واحد ، ولا خصوصية لحالة سبق احديهما الاخرى كما لا يخفى .

كون المراد جريان الأحكام لا التلكية حقيقةً ، وربما يؤيده - في الجملة - ما قبل من وجوب الوضوء للعصر - مثلاً - على من شك فيه بعد الفراغ من الظهر ، وان حكم بصحة الظهر بناءً على أن الدلائل فيها صحة فعل المسلم ، فهي حينئذ وان ثبتت في الظهر ، لكن لا يثبت بها كونه متوضئاً حقيقةً ، فتأمل جيداً ، (١) انتهى .

وفيه : أن ما ذكره انما يتم على تقدير أن يكون اعتناء اليد من باب التعبد وكونه من الأصول التعبدية ، لا من باب الإمارة التي معناها الكشف عن الواقع . وثبوت مؤداها في الواقع وان كان في مرحلة الظاهر ، لكون الكشف ظنياً لأعلمياً كما عرفت . والتأييد بما ذكره من وجوب الوضوء للعصر تأييد بما لا يكون مؤيداً ، لأن صحة الظهر انما هي لاصالة الصحة أو لقاعدة الشك بعد الفراغ التي هي من الأصول التعبدية التي يمكن التفكيك في أحكامها . وأين ذلك من اليد التي هي من الإمارة التي قد عرفت معناها ، وقد اعترف هو بها . وبالجملة حيث قامت إمارة على التلكية كشفت عن تحققها من حين إزهاق الروح ، فتترتب عليه أحكامها من حينها ، لا من حينها ، والله العالم .

(السادس)

يشترط في إفادة اليد الملك عدم العلم بمحدوثها بعنوان آخر ، فلو علم بكونها في يده بنحو العدوان أو الأمانة . ثم شك في ملكيتها - وهي في يده في الزمان اللاحق - لم تكن اليد مفيدةً للملك عند الشك ، لاستصحاب

(١) ذكر ذلك في المسألة الأولى في البحث عن لباس المصلي من

كتاب الصلاة .

اليد السابقة ، وأصالة عدم تبدل عنوانها بعنوان آخر ، وهو مما لا شك فيه ولا شبهة تعتريه

(السابع)

يقبل قول ذي اليد مطلقاً ، وان كانت عادية في جملة مما يتعلق بما في يده كاطهارة والنجاسة ، فلو أخبر بطهارة ما كان متنجساً أو بالعكس قبل قوله ، للاجماع المحكى فيه ، وفي قبول تصديقه لأحد المتنازعين لوتنازعا على عين في يده فصديق أحدهما فيكون المصدق بحكم ذي اليد في كونه مدعى عليه وصاحبه مدعى وعليه البينة ، وهو من المسلم عندهم من حيث الفتوى ، الا أن الكلام في دليله ، مع قطع النظر عن الاجماع عليه اذ غاية لزوم تصديقه بالاقرار نفوذه في نفيه عن نفسه ، لا كونه للمصدق فيكون حينئذ من المتنازع على شيء لا يد لأحد عليه بهد أن كان يده بالاقرار كلا يد . ولعل المستند : هو قاعدة « من ملك شيئاً ملك الاقرار به » (١) وهي قاعدة مسلمة عندهم على ما يظهر من فتاواهم المتفرعة

(١) انها قاعدة فقهية مسلمة لدى عامة الفقهاء ، يطبقونها على موارد المتفرقة في أبواب الفقه . وللتعرف عليها بالإيجاز يستدعي الكلام عن جهات :

الأولى - الفرق بين هذه القاعدة وقاعدة (لإقرار العقلاء على أنفسهم جائز) هو عموم مفاد هذه وخصوص مفاد تلك ، فلك مقتصرة على صورة ما إذا كان الاقرار على النفس لا لها ، وهذه تعم صورتين .

الثانية - مدرك القاعدة : الملازمة العقلية بين السلطنة على ثبوت الشيء واقعاً وبين السلطنة على إثباته خارجاً - كما قيل (أولاً) أو التسالم -

في أبواب الفقه المتعلقة بها في كلماتهم - وان ذكر بعض لها وجوهاً ومؤيدات لعلها لا تخاو من مناقشة .

منها ما ذكره المدقق التستري الشيخ أسد الله - قده - في رسالته المعمولة لهذه (القاعدة) ما لفظه : « ومما يؤيده مطلقاً في التصرفات القوابة أن المقر حيث كان قادراً على انشاء المقر به عندما أقر به ، فتكليفه مع فقد البينة عليه بفعله لاثباته مع ان المرجع اليه في قصد مدلوله وكوله لافياً ظاهراً في نظره ، بل ممتنعاً لكونه تحصيلاً للحاصل في الطلاق ونحوه خال من حكمة يمتد بها ، فينبغي عدم اعتبار الشارع لمثله ، فاذا ثبت ذلك بحسب الأصل اطرد فيها اذا عرض ما يمنع من الانشاء كموت الزوج ونحوه ، فليتأمل في ذلك » انتهى .

وفيه : ان خلو التكليف بفعله لاثباته للقويته عنده أو لامتناعه لكونه من تحصيل الحاصل عن الحكمة ، مبني على تصديقه فيما أقر به وتحققه في الواقع ، وهو أول الكلام ، فتكون فائدة التكليف بفعله الحكم بنفوذه

- المطبق والاجماع المستفيض - (ثانياً) حتى أنها اعتبرت عند الفقهاء من الضروريات الأولية واعتبروها - في مقام الاستدلال - كالأدلة اللغوية .

الثالثة مفاد القاعدة - بمجزيها الشرطي والجزائي - : أن المالك للشيء - عيناً كان أم فعلاً - واقعاً ، مالك للاقرار به ظاهراً ، بلا فرق في السلطنة بين مالو كانت أولاً وبالذات كالمالك الأصلي أم حصلت ثانياً وبالعرض ، كالوكيل والولي ونحوهما ،

الرابعة - الظاهر شرطية كون المقر مالِكاً للشيء فعلاً في زمان الاقرار لتطبيق القاعدة ، فلا تكفي مالكيته لذلك في زمان وقوع الفعل منه سابقاً ، ويترب على ذلك عدم نفوذ إقرار الوكيل أو الولي - مثلاً - بعد انتهاء دور الوكالة أو الولاية : والتفصيل لا يسعه المجال .

على غيره في مرحلة الظاهر ، فجعل الغير بالواقع في النفوذ عليه حكم جهل نفسه به مع الشك فيه في الاحتياط بفعله ثانياً ، وان احتمل وقوعه منه - أولاً - فتكون فائدته قطع الشك باليقين في النفوذ على غيره ، فالاحسن أن يؤيد بخلو العدول عن الانشاء مع القدرة عليه الى الاقرار به كاذباً عن الفائدة الموجبة لذلك مع فرض تمكنه فعلاً مما يحصل به الغرض من الانشاء المفروض قدرته عليه حين الاقرار به ، ضرورة أن الاقرار بخلاف الواقع لا بد وأن يكون لداعٍ قوي مفقود فيما يتمكن من إنشائه . ولا كذلك فيما كان موافقاً للواقع لكفاية موافقته له في العدول عن الانشاء الى الاقرار به ، فلذا اعتبر تصديق إقراره في ثبوت المقر به شرعاً .

وقال أيضاً - بعد كلامه المتقدم - : « وأما أدلة الاقرار فهي شاملة للاقرار بالتصرفات العقدية والايقاعية وما أشبهها قطعاً ، من حيث أنها تقتضي إزامه بما لولاهما لما أزم به أو اسقاط مالولاهما لكان ثابتاً له ، ولا ريب أنه ليس معنى (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) كونه نافذاً بالنسبة إليهم خاصة على أن يكون قوله « على أنفسهم » متعلقاً بجائز ، وقدم عليه لافادة الحصر بعد الاقرار ، وذلك هو الظاهر من اللفظ والثابت في الحكم ، فإن من أقر بما في يده خاصة أنه غصبه من زيد يحكم عليه ، وعلى كل من صارت يده عليه من الودعي والوصي والوارث وغيرهم بوجوب تسليمه الى زيد ، وضمانه بعد تلفه بمجرد ثبوت الاقرار المذكور ويسقط به عن ذلك المال حق كل من له حق مالي على ذلك المقر كواجب النفقة والغريم . وإذا أقر من عنده جارية بأنه غصبها من فلان نفذ ذلك في حقه وحق الجارية ، وبالولد له منها كما نُص عليه في الأخبار . وإذا أقر المولى بعق عبده حكم بحريته ونفذ ذلك في حقها وفي كل ما يترتب على حريته من إرث ووصية وغيرهما . وإذا أقر الأب بهتكاح الصغير نفذ ذلك

في حق الجدد كعكسه . وإذا أقر الصبي بالوصية في المعروف نفد في حق وليه في حياته ووارثه بعد موته . وإذا أقر ذو الحق بوصول حقه اليه نفد في حقه ، وفي حق من عليه الحق فيسقط عنه التكليف بالوفاء وان كان غير عالم به مالم يكن عالماً بعدمه ، وربما لا يجوز له الوفاء حينئذ ، كما إذا كان مصادماً لحق واجب عليه . وإذا أقر أحد بحق عليه اغيره لفد ذلك بالنسبة إليهما ، وان جهله ذلك الغير مالم يعلم خلافه ووجب عليه أخذه اذا توقف عليه حق لازم له عليه ، وهكذا حكم سائر الأقارير ، فلا ينبغي أن يحمل الخبر على المعنى المزبور

نعم يمكن أن يحمل على أن المراد ان اقرارهم على أنفسهم من حيث أنه إقرار جائز على أنفسهم ، من غير تعرض لما عداهم لئلاً ولا إثباتاً فيثبت الحكم في غير المقر نفيّاً أو إثباتاً بدليل آخر ، فلا يدل حينئذ على المدعى ولا بنفيه الا ان فيه تقليل فائدة الخبر ، وتقييد إطلاقه بلا ضرورة اليه ، فالأولى أن يحمل على أن اقرارهم على أنفسهم فيما يتعلق بهم نافذ مطلقاً ، فبالنسبة اليهم اصاله وبالنسبة الى غيرهم فيما يترتب عليه تبعاً ، وعلى هذا بناء الأقارير ، فالتصرف المقر به ان كان مما يشارك المقر فيه غيره كعقد النكاح - مثلاً - لم ينفذ الا في حقه خاصة ، وان كان مما يختص به نفد بالنسبة اليه أولاً وبالذات ، وبالنسبة الى غيره ثانياً وبالتبع . وعلى هذا فحكم التصرف بقسميه حكم العين التي عليها يد المقر مع غيره وما عليها يده خاصة . ولما كان كل من إبقاء النكاح وإزائه مع نوايه بالطلاق حقاً مختصاً بالزوج له الولاية عليه لا غير ، فاقراره حينئذ بالطلاق إقرار في حق نفسه ، واخراج لأمره من يده ، فاذا سُمع كان ثابتاً مطلقاً ولا معنى للفرقة المذكورة أصلاً وكذلك الكلام في نظائر الطلاق كإقرار الأب بنكاح الصغير ونحوه ، انتهى .

وهو كلام حسن جدير بأن يكتب بالنور على وجنات الخور ، الا أنه مبني على كون الاقرار كالبيئة في كونه إمارة ناظرة الى الواقع ، لانه من قبيل الأصول التعمدية في وجوب الأخذ بمؤداه والالزام بما أقر به حتى يمكن للتطبيقات في أحكامها ، واستفادة أحد الأمرين ؛ من كونه أصلاً أو إمارة مبني على كون الجار متعلقاً بالاقرار ، أو بجائز ، قدم عليه لافادة الحصر ، فيكون الأول مفاد الثاني . والثاني مفاد الأول ، الا أن التعلق بالاقرار بضمة لزوم كون القيد حينئذ توضيحاً ، لأن مفهوم الاقرار لا يتحقق الا حيث يكون على النفس فتأمل .

(الثامن)

لو أقر بما في يده ازيد ثم أقر به لعمره بالاضراب ، كما لو قال : هو ازيد هل لعمره ، قضى به الاول باقراره وغرم بدله للثاني بالحيلولة فهو كالتلف عليه ، لأنه حال باقراره الناقل عليه الاول بين الثاني وحقه باعترافه ، بلا خلاف منه معتد به ، هل عن (الايضاح) : إن ذلك من قواعدهم الظاهر في الاجماع عليه .

وان حكى عن ابن الجنييد : الرجوع اليه في مراده ان كان حياً وإلا فهو مال متداعى بينهما فان انتقلت البيئة حلفاً واقتسماها ونفى عنه البعد في الدروس قائلًا بعد حكايته عنه : « وايس ذلك بهيبه لأنه نسب الاقرار اليهما في كلام متصل ، ورجوعه عن الأول الى الثاني محتمل لكونه عن تحقق وتخمين فالمعلوم انحصار الحق فيها ، أما تخصيص أحدهما فلا ، انتهى .

إلا انه من الضعف بمكان ، لأن اتصال الكلام مع احتمال الخطأ والتخمين لا ينافي التعبد باقراره في النفوذ عليه لاطلاق دليله ، واغوية

احتمال الخطأ والنسيان في مقابل الاقرار .

كضعف ما احتمله في (المسالك) ولعله من العامة - كما في الجواهر - ، من القضاء به الاول وعدم العزم للثاني ، لأنه إقرار بما تعلق به حق الغير قبله ، مع أنه : إن تم كان مقتضاه عدم الدفع له لو فرض انتقاله اليه من الأول ، مع أن وجوب الدفع اليه حينئذ كاد أن يكون من المتفق عليه .

ومثله ماله أضرِب عن الثاني إلى الثالث أيضاً في دفع العين الاول والغرامة لكل واحد من الأخيرين بنام البدل .

نعم لو عطف الثالث على الثاني من دون اضراب عنه بأن قال : هولزيد بل أعمرو وبكر ، غرم بدلاً واحداً لهما بالتوزيع عليهما بالمناصفة بينهما ، ولو قال : هو زيد وعمرو ، بل لبكر دفع العين الى الأولين وغرم تمام البدل لبكر ، ولو قال : بل وليكر بالعطف ، غرم الثالث ، واحتمال النقص عملاً بالاضراب والعطف الموجب للتشريك مع أحدهما - كما في الجواهر - ضعيف .

وكذا مثله في الحكم ماله قال : غصبته من فلان ، بل من فلان في الدفع الاول والغرامة للثاني ، لما تقدم من الاقرار والحيلولة ، بعد أن كان الاقرار بالغصب مستلزماً للاقرار باليد للمغضوب منه الدال على الملك له . لكن في (القواعد) : الاشكال في ذلك (١) . ولعله ينشأ مما ذكرنا ومن أن الغصب يصدق من ذي اليد ، وإن لم يكن مالكا للعين ، كما لو كان بيده بنحو الاجارة أو الاعارة ، فيدفع الاول لسبق الاقرار باليد الظاهرة في الملك وعدم العصارف لها عن الظهور ، بل يصلح أن يكون هو صارفاً عن ظهور الثاني فيه ، فليحمل الغصب في الاقرار الثاني على

(١) راجع ذلك في المطلب الثاني فيما عدا الاستثناء من كتاب الاقرار

ما تنفك اليد فيه عن الملك وعليه فلا هرامة للثاني ببدل العين :
وضعت - كما في الجواهر تبعاً للمسالك - بأن الاقرار بالغصب : اما
أن يقتضي الاقرار بالملك على وجه يقتضي الضمان أولاً . فان اقتضاه فقد أقر
للأثنين بذلك فكانت كالسابقة فيضمن للثاني ، وان لم يقتض لم يجب الدفع
إلى الأول في هذه الصورة فضلاً عن الغرم للثاني لعدم الاقرار له بما يقتضي
الملك لأن الفرض أعمية الغصب من الملك ، (واحتمال) الفرق بعدم المعارض
للأول بخلاف الثاني الذي عارضه حق الأول بسبب الاقرار (يدفعه) :
أله مقتض لعدم الغرامة للثاني ، وان صرح بالملكية (١) انتهى :
وأنت خبير بوضوح الفرق بين الاقرار بالملك ، والاقرار بالغصب
الذي قد عرفت كونه أعم منه ، فيغرم في الأول بخلاف الثاني : هذا
والمسألة وان كانت من أحكام الاقرار الا انا تعرضنا لها استطراداً لكونها
متعلقة بما في اليد .

(١) راجع ذلك من الجواهر في كتاب الاقرار ، النظر الرابع في
اللاوحي في المقصد الأول منها ، في شرح قول المحقق (وكذا لو قال :
غصبته من فلان بل من فلان) وعلق عليه بقوله : لأن الاقرار بالغصب
من الشخص يستلزم الاقرار له باليد الدالة على الملكية . ثم ذكر لشكك
لقواعد على ذلك - الى قوله : وفيه : ان الاقرار . . الخ :
وفي مسالك الشهيد الثاني في نفس الباب . علق على قول المحقق ذلك
بتوجيهه : بأن الاقرار بالغصب من الشخص يستلزم الاقرار له باليد - الى
قوله في رد ذلك - : « ويضعف بأن الاقرار بالغصب : : : الى آخر
ما ذكره في المتن من عبارة الجواهر :

(التاسع)

هل تجوز الشهادة بالملك المطلق بمشاهدة اليد الظاهرة فيه أولاً ؟
قولان : والأول مروى (١) .

وتنقيح المسألة : هو أن اليد : إما أن يكون معها للتصرف المكرر بلا منازع كالعديم والبناء والإجارة ونحو ذلك من التصرفات التي لا تنفك - غالباً - عن الملك ، أو لا يكون هل كانت مجردة عنه .

فإن كان الأول ، فالجواز هو المشهور شهرة عظيمة حتى ادعى الاتفاق عليه ، بل عن (الخلاف) : دعوى الإجماع عليه ، فإن تم ، والا ، فلا يخلو من إشكال ظاهراً ، وإن استندوا فيه إلى قضاء العادة بأن ذلك لا يكون إلا في الملك وجواز شرائه منه ، ومتى حصل عند المشتري جاز له دعوى الملكية . ولو ادعى عليه فأنكر جاز له الحلف ، وإلى الأولوية من اليد المجردة عنه ، المصرح في خبر حفص بن غياث بجواز الشهادة فيها مع تضمنه أيضاً لما عدا الأول من الوجوه المذكورة ، لعدم (٢) خلو الوجوه المذكورة عن المناقشة :

أما الأول : فإن أريد بقضاء العادة : الملازمة بينها وبين الملك ، فممنوعة لا مكان وقوعه من غير المالك كالأوكيل والولي ونحوهما : وإن أريد بها غلبته ، فلا يفيد إلا الظن المعلوم عدم جواز الشهادة به :

(١) إشارة إلى رواية حفص بن غياث المتقدمة ، وفيها : « إذا رأيت شيئاً في يد رجل ، أعجز لي أن أشهد أنه له ؟ قال : نعم » .
(٢) تعليل للاشكال المذكور بقوله آتياً : « وإلا فلا يخلو من اشكال » .

وأما الثاني ، فلهدم توقف جواز الشراء على كون البايع مالكاً ، بل يكفي فيه صحة بيعه الموافقة للأصل ، فيكون من الأسهاب الشرعية الموجبة للملك المسوغ للحلف عليه . ومنه يظهر الجواب عن الثالث :
وأما الأولوية ، فممنوع جواز الشهادة في الأصل ، وهو اليد المجردة حتى يستدل بها هنا . كيف والمنع هنا يستلزم المنع في اليد المجردة بالأولوية .

وان كان الثاني ، وهو اليد المجردة عن انضمام التصرف إليها ، فأكثر المتأخرين - كما في المسالك والكفاية وغيرهما - على الجواز أيضاً ، ونظرهم فيه الى خبر حفص المتقدم الصريح في جواز الشهادة على الملك والظاهر في كون اليد مجردة عن التصرف . والجواز فيه مستلزم للجواز في الأول بالأولوية . كما أن المنع في الأول مستلزم للمنع هنا كذلك ، إلا أن الخبر - مع ضعف سنده - مخالف لما دل على اعتبار العلم في الشهادة ، ضرورة أن مفاد اليد ليس إلا الظن وان نصبها الشارع طريقة للحكم بالملكية فلا يكفي فيما كان العلم بالواقع معتبراً فيه . ويرده أيضاً ما قاله في (الشرابع) - بعد أن نسب الجواز الى القيل : « وفيه اشكال » علله بقوله : « من حيث أن اليد لو أوجبت الملك له لم تسمع دعوى من يقول : الدار التي في يد هذا لي ، كما لا تسمع لو قال : ملك هذا لي ، (١) انتهى :

مضافاً الى ما قيل على الجواز : من لزوم التعارض بين بيئة المدعي

(١) قال في كتاب الشهادات ، الطرف الثاني فيما به يصير شاهداً ، مسائل ثلاث : الأولى - « لا ريب أن المتصرف بالبناء والهدم والاجارة بغير منازع يشهد له بالملك المطلق ، أما من في يده دار فلا شبهة في جواز الشهادة له باليد ، وهل يشهد له بالمطلق ؟ قيل : نعم ، وهو المروي ، وفيه اشكال من حيث . . . »

لوشهدت بالملك له وبينه ذي اليد ، كذلك لو علم استنادها الى اليد لتساويهما في الشهادة على الملك والرجوع في الترجيح حينئذ الى ترجيح البيئتين الخارجة أو الداخلة ، مع أن تقديم بيئته المدعي في الفرض من المسلم ظاهراً عندهم حتى على القول بتقديم البيئتين الداخلة للترجيح باليد ، لأنه انما هو حيث لا يعلم الاستناد اليها لا مطلقاً .

وبالجملة : ليتس للشاهد أن يشهد الا على اليد أو التصرف أو هما معاً ضرورة عدم جواز الشهادة على مؤدى الأصول والامارات كالمستصحب والبيئتين ، مع أنها أقوى من اليد ، ولذا تقدم عليها :

واجب عن ذلك كله : أما عن ضعف الخبر فبانجباره بالشهرة المستفيضة والاجماع المحكي ، وبعد الجبر يخصص به عمومات مادل على اعتبار العلم في الشهادة ، فيكون المورد مستثنى منها . وأما عن تعليل الشرايع للمنع ، فمع أن مثله جار في التصرف الذي نفى الريب عن الجواز فيه ، فلا وجه للفرق بينهما ، لا يخفى وضوح الفرق بينهما إذ التصريح بالملك تكذيب لدعواه وقوله : التي في يد هذا ، الى محقق لموضوعه ، لان المدعي من كان قوله مخالفاً للظاهر . وأما عن استلزام الجواز التعارض بين البيئتين والرجوع الى ترجيح الداخلة أو الخارجة ، فلمع عدم المناقاة بين الجواز وأقوائية بيئته المدعي من بيئته ذي اليد اذا علم استنادها في الشهادة على الملك اليها ، وتقديم الترجيح بذلك على الترجيح بغيره من المرجحات :

هذا غاية ما ذكر دليلاً للمنع والجواز من الطرفين والنقض والابرار من الجانبين . ونحن ذكرناها جرياً على طريقتهم . والا فالذي يقتضيه التحقيق في وجه جواز الشهادة على مقتضى اليد من الملك كالشهادة على نفسها : هو ان الملكية سواء أريد بها ما يوجب السلطنة الخاصة أو نفسها : هي أراضاني واختصاص خاص منزوع من أسبابه ، وتحقق المعنى المنتزع

يدور مدار تحقق منشأ انتزاعه ، سواء كان المنشأ من الأسباب الواقعية المستحيل التخلّف أو الشرعية الممكن في حقه ذلك في الواقع .

وحيث تحققت الاحاطة بالشيء الحاصلة من الاستيلاء عليه كانت موجبة لاختصاص المحاط بالمحيط وإضافته اليه ومقتضية له ما لم يمنع عنه مانع من الاختصاص بالغير ، ضرورة أن الاحاطة على مالا اختصاص له بأحد يوجب انتزاع الاختصاص الخاص اليه ، وحيثما شك فيه كان مقتضى الأصل عدمه (وسبق) الملكية للغير من حيث هو سبق ، سيما لو كان مجهولاً مع الشك في بقائها كما هو الغالب في موارد اليد (لا) ينافي الملكية للثاني ، لعدم اتحادهما في الزمان ، وانما المنافي هو كونه حين ما هو في اليد مستحقاً للغير ، وهو كما يحتمل ، يحتمل العدم لامكان الانتقال اليه ولو من المالك الأول ، فيكون الثاني من شؤون سلطنة الأول وفي طوله فمرجع الشك حينئذ الى الشك في كون اليد الفعلية طولية أو عرضية ، ويكفي في ترتب الأثر على اليد الفعلية من انتزاع الاضافة الخاصة منها الى صاحبها عدم احراز كونها عرضية للأصل ، وان لم يثبت به كونها طولية بعد ثبوت المقتضى وعدم المانع بالأصل ، فلا تزاحم اليد الفعلية باليد السابقة ، سواء كان الشك في حدوثها للأصل أم في دوامها بعد العلم بحدوثها لأن المنافاة في الثاني منفية بالأصل أيضاً كما عرفت .

نعم هي مستصحية ، ومقتضاها ، وان كان ذلك ، الا أن التفكيك بين الأحكام في مجارى الأصول التعبدية غير عزيز فتأمل (١) ، مع كون اليد - كما ستعرف - مقدمة على الاستصحاب ، إذ لولاه لما قام للمسلمين سوق .

(١) وجه التأمل : هو أن الشك في المزاحمة وعدمها مسبب عن الشك

في دوام اليد وعدمه ، والأصل في السبب حاكم على الأصل في المسبب فبالاستصحاب يتعين كونها عرضية (منه رحمه الله) .

وبالجملة ، فمنشأ الانتزاع ، وهو الاستيلاء مادام موجوداً كان مقتضياً لانتزاع الاضافة الخاصة منه . الم يمنع مانع عنه من كونها يبدأ عرضية ، وقد عرفت أن مقتضى الأصل عدمه ، والاستصحاب غير مجد في المقام . واذا قد عرفت ذلك ، ظهر لك جواز الشهادة على الأمر المنتزع ، وهو الملكية ، بمشاهدة منشأ انتزاعه ، فاليد ولو كانت مجردة عن التصرف كما يجوز الشهادة عليها اذا كانت معلومة بالحس أو غيره ، كذلك يجوز الشهادة على ما يُنتزع منها من الاختصاص الخاص ، ضرورة معلومية المنتزع بمعلومية منشأ انتزاعه ، ولا ينافي كونها من هذه الحيثية سبباً لانتزاع الملكية كونها كاشفة عن سبق الاستحقاق بالغلبة . ولا كذلك مؤدى غيرها من الأصول والامارات الموجبة للحكم به تعبداً ، ولذا لا تجوز الشهادة بمؤدى الاستصحاب والبيئة ، مع أنها أقوى من اليد - كما ستعرف - فما دل على اعتبار اليد في لإفادتها الملك انما هو في الحقيقة لمضاء من الشارع لما عليه العرف والعقلاء من الانتزاع المذكور بمشاهدة منشأ انتزاعه ،

ويشهد لما ذكرنا : ماهو المعلوم : من جواز الشهادة على الملك المطلق بمشاهدة أسبابه الشرعية كالبيع ونحوه مع عدم العلم بملك البائع للمبيع الموجب لسراية الشك الى ملك المشتري لتوقفه عليه في الواقع ، وليس إلا لكون السبب الشرعي معلوماً بالحس أو غيره ، وترتب المسبب على السبب علمي من غير حاجة الى تقييد الملك فيه بالظاهر - وكونه حكماً ظاهرياً ، فكذلك اليد والاستيلاء اذا كان مشاهداً جازت الشهادة بما ينتزع منه لكونه معلوماً بمعلومية منشأ الانتزاع ، وان كان اعتباره للحكم بسبق الاستحقاق من باب الامارة الكاشفة عنه بالغلبة .

ولذا حكى عن (كشف اللثام) تشبيه الشهادة بمقتضى بعض الطرق الشرعية بالشهادة على أثر الأسباب الشرعية فانها أيضاً محتملة للفساد ، كما

تحتل الطرق التخلف .

وان استغربه في (الجواهر) وأورد عليه بوجهين : لا يخلو ان من نظر - حيث قال بعد حكايته عنه - : وفيه أولاً ان من الواضح للفرق بينهما ضرورة أن الشارع قد جعل السبب في الظاهر سبباً للآثر فيه على وجه لم يتخلف عن مقتضاه ، بخلاف الطريق ، فانه قد جعله طريقاً مع تخلفه ، إذ التصرف قد يجمع غير المملك بخلاف البيع الصحيح بحسب الظاهر ، فانه لا يتخلف عن أثره فيه كالسبب في الواقع : وان آييت عن ذلك وفرضت صورةً تختلف فيها الشهادة بالسبب وبأثره لم تجوز للشهادة بالآثر أيضاً ، بل لا بد فيها اذا كانت عند الحاكم من الشهادة بالسبب نفسه وفعله . ولذا أوجب الأصحاب ذكر السبب في الشهادة بالجرح ، ولم يجوزوا الشهادة بالآثر ، لاحتمال كونه غير مسبب عند الحاكم : : : (١) انتهى موضع الحاجة من كلامه .

وأنت خبير بما فيه : أما الأول ، فلما عرفت : من عدم الفرق بين اليد من حيث كونها منشأً وسبباً للامر المنتزع منه المشهود به ، وبين غيرها من الأسباب الشرعية ، وان كان الفرق بينهما من حيث كونها كاشفة عن سبق المملك بالغلبة واضحاً .

ولعل (الجواهر) اقتصر نظره إليها من حيث الكاشفية دون حيث السببية التي هي الوجه للتشبيه في كلام (الكشف) ولذا اختصت اليد

(١) راجع ذلك في نفس الباب الآنف الذكر من الشرايع في شرح قول المحقق : أما من في يده دار ، . . . وقبل هذه العبارة قوله : ومن الغريب ما في (كشف اللثام) من تشبيه الشهادة بمقتضى الطرق الشرعية بالشهادة على أثر الأسباب الشرعية فانها أيضاً محتملة للفساد كما تحتل الطرق التخلف . وفيه . . . الخ

يجوز الشهادة بمفادها دون غيرها من مآثر الامارات التي لا توجد فيها الخشية السببية . وأما الثاني ، فلان ذكر السبب في الجرح إنما هو لاحتمال أن لا يكون سبباً عند الحاكم وان كان سبباً عند غيره ، وهذا غير الطريق المعلوم كونه طريقاً ، وان احتمل تخلفه عن الواقع ، فتخلف الطريق بمعد معلومية كونه طريقاً غير الشك في نفس الطريقة ، وكونه طريقاً أولاً ، والذي يشبه ذكر السبب في الجرح هو الثاني دون الأول ، فالقياس بينهما - مع كونه قياساً - قياس مع الفارق .

ولعل ما ذكرنا من سببية اليد للانزعاع منها وجواز الشهادة على الأثر المنتزع من منشأه والتشبيه بالأسباب الشرعية في جواز الشهادة مع احتمال التخلف في السبب مستفاد من نفس الخبر المتقدم من قوله : « أفبطل الشراء منه ؟ قال : نعم ، فقال : لعله لغيره ، الخ ، فنكون الرواية على ما ذكرنا ، وفتاوى أكثر الأصحاب في جواز الشهادة على مفاد اليد من الملك موافقةً للقاعدة ، ولذا أفتى بضمونها من لا يعمل بخبر الواحد : وان كان صحيحاً فضلاً عن الضعيف منه ولو كان منجبراً . اللهم الا أن يفرق في جواز الشهادة على الأمر المنتزع بين ما كان منشأ انزاعه سبباً كالحيازة أو كاشفاً عن سبب متقدم ، فتجوز الشهادة على المنتزع في الأول ولا تجوز في الثاني ، إلا على نفس المنشأ دون المنتزع منه ، لكونه معلوماً على الأول ، ومظنوناً على الثاني ولو بالظن المعتبر شرعاً . نعم تحقق المنشأ وهو اليد سبب لتحقيق الحكم بالملك شرعاً لا واقعاً ، فتأمل .

(العاشر)

الأصل في اليد على مال الغير إيجابها الضمان ودخوله في عهدة ذي اليد إلى حصول التأدية بنفسه مع وجوده ، وببذله مع تلفه بالمثل إن كان

مثلياً ، وبالقيمة ان لم يكن ، الا ما استثنى . ويدل على سببيتها للضمان - مضافاً الى الاجماع عليها بقسميه في الجملة ، وقاعدة الاحترام الموجبة لذلك حسبما مر تفصيلها في قاعدة وما يضمن به صحيحه يضمن بفاسده ، (١) النبوي المنجبر ضعف سنده يتلقى الأصحاب له بالقبول ، واستدلالهم به عليه في كثير من الموارد ، وهو : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » (٢)

(١) مضى تحقيق ذلك ضمن الرسالة الثانية من الجزء الأول من هذا الكتاب (٢) في كشف الخفاء للعجلوني ج ٢ ص ٦٩ يرويه عن أحمد والنسائي وابن ماجه والحاكم من حديث الحسن عن سمرة بن جندب بلفظ (حتى تؤديه) وكذلك في كنز العمال للمتقي ج ٥ ص ٢٥٧ ، وسنن البيهقي ج ٦ ص ٢٩ ومثله مستدرک وسائل الشيعة للنوري باب ١ من كتاب الغصب حديث (٤) ولكن في سنن أبي داود والترمذي ومثله : خلاف الشيخ الطوسي كتاب الغصب مسألة (٢٠) فيما اذا غصب شيئاً ثم غير صفته . . . وبعض كتب الحديث يرويه بلفظ (حتى تؤدي) وعلى كلتا صورتني روايته ، فالحديث منواتر النقل اجمالاً وبلغ من الشهرة بحيث اعتبر قاعدة كلية يطبقها الفقهاء على مختلف مواردنا من الفقه .

والملاحظ أنه ليس المقصود من اليد في الحديث المذكور : اليد الجارحة لاذ ربما ليس للمتعمدي يد أصلاً أو أن المأخوذ غير قابل لوضعه في اليد الخاصة كالدور ونحوها ، بل المقصود ههنا المعنى الاستعماري لليد ، وهو محض المستولي على الشيء ، ومعناه إقرار الضمان القهري على صاحب اليد الآخذة من قبل الشرع أو العقل أو كليهما . فلا يرتفع هذا الضمان الاعتباري الا بالأداء إلى المالك الحقيقي أو التنزيلي بوحدة من مراتب الأداء المتدرجة ، برد العين مع وجودها ، أو برد مثلها مع إمكان ذلك ، أو برد قيمتها مع تعسر الأولين - كما ستعرف -

الشامل بإطلاق اليد فيه لأنواع اليد الا ما خرج عنه بالدليل كيد الأمانة بالمعنى الأعم ، مالكية كانت أو شرعية . بناءً على ما هو الظاهر منه ولو بمعونة فهم العرف من سياقه : من أن المراد (ثابت على اليد ضمان ما أخذت حتى تؤدي) فهو إنشاء لبيان حكم الشرع من الضمان ، لا إخبار عن كون المأخوذ كائناً في اليد الى زمان التأدية ، لأنه - مع كونه حينئذ من بيان الأمر البديهي الذي يجلب عنه الحكيم - لا يناسب التعدي بكلمة (على) ولا التنقيح بخصوص التأدية ، للزوم الكذب مع التلف قبلها ، ضرورة أن غايته التلف حينئذ دون التأدية ، فهو إنشاء لحكم شرعي تكليفي أو وظيفي لا سبيل الى الأول منهما ، فيتعين الثاني . وتقريبه : هو أن قوله (ص) (على اليد) متعلق بمحذوف هو خبر للموصول المتأخر بصلته ، والمحذوف المتعلق به إما من أفعال العموم كالثبوت والكون ، أو من أفعال الخصوص كواجب أو لازم ونحوهما .

ثم انه لا بد أيضاً من تقدير مضاف للموصول بدلالة الاقتضاء بعد عدم صلاحيته بنفسه لأن يكون مبتدأ للخبر المتقدم حيث كان المراد منه الأعيان الخارجية المتصفة بكونها مأخوذة ، فهي بنفسها غير قابلة لتعلقها باليد المراد منها صاحبها ، وانما القابل لذلك انما هو باعتبار أمر آخر فيها من العهدة والضمان أو الحفظ أو الرد ونحو ذلك ، فهو نظير قوله تعالى : و اسأل القرية ، الدال على سؤال الأهل بدلالة الاقتضاء : فان كان المضاف المقدر هو الضمان والعهدة كان المتعلق به المقدر من أفعال العموم نحو (ثابت) ، وان كان غير ذلك كان المناسب تقدير المتعلق به من أفعال الخصوص نحو (واجب ولازم) فيكون الحاصل على الأول (ثابت على اليد ضمان ما أخذت وعهدته) وعلى الثاني (واجب على اليد حفظ ما أخذت أو رد ما أخذت أو أداء ما أخذت) ، فلا كلام في أصل

التقدير والحذف - في الجملة - في المقامين ، ألما الكلام في تعيين المقدر والمحدوف فيها . والأظهر ، بل الظاهر ، بل المتعين من سياق أمثال المقام بحسب المتفاهم عند العرف من نحو قولهم : على زيد مال عمرو ، وعليه دين ، وعليه دم فلان ، وعليك تفاوت قيمة ما بين الصحيح والمعيب في قول الصادق عليه السلام في صحيحة أبي ولاد ، الى غير ذلك من الأمثلة ، هو الأول ، فإن الأنسب يجعل التأدية غاية لحمل المحمول المقدر على الوصول هو ذلك ، دون المعنى الثاني الذي حاصله : واجب أو لازم على اليد حفظ المأخوذ أو رده أو تأديته الى أن تؤديه ، فإن ذلك بين ما هو اظهار الحكم بديهى كتقدير الحفظ ، وما يوجب النفرة كتقدير الرد أو التأدية ، مع استلزامه خلو الحديث عن ذكر ما هو حكمه بعد التلف ، ويكون على الأول أنم فائدةً وأعم نفعاً . وحيث تعين المعنى الأول ، فالمستفاد منه هو حكم الوضع ، وان استلزم للتكليف بدليل خارج أو باجماع مركب ونحوه ، فمن يدعي ظهوره في الحكم التكليفي ، فاعل دعواه ناشئة من الغفلة عن الفرق في مدخول كلمة (على) بين ما كان من الأفعال نحو (عليك بالصدقة وعليك بصلاة اللبل وأداء الفرائض) ونحو قوله تعالى : « ولله على الناس حج البيت » وما كان من الأعيان كالأمثلة المتقدمة ، فدعوى الظهور في بيان الحكم التكليفي مسلمة في الأول ، وممنوعة في الثاني ، بل الظاهر فيه كونه بياناً للحكم الوضعي ، وان لم ينفك عن التكليف .

هذا مع امكان ان يقال : بعدم الحاجة إلى الحذف والتقدير على تقدير كونه بياناً للحكم الوضعي بدلالة كلمة (على) الموضوعة للضرر على العهدة والضمان ، كدلالة (كلمة اللام) على الملك المتعلقة بالأعيان والأموال عند الاطلاق ، فانها منصرفة الى الاختصاص المطلق المساوق للملكية والملازم لها ، وان كانت في الأصل موضوعة لمطلق الاختصاص

فكذلك كلمة (على) فانها عند الإطلاق منصرفة الى التضرر المطلق الذي هو ضد الملكية للضمان أو ملازم له ، فقوله (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) ضد قوله (ع) : « المبد ما أخذت وللعين ما رأت » (١) فكما أن الثاني دليل على الملكية ، فالأول دليل على الضمان والعهد ، فلا يحتاج في الاستدلال بالحديث على الضمان الى تكلف الحلف والتقدير فان هذا المعنى انما يستفاد منها باعتبار كونها ملاحظة لمعنى أسمى هو الضمان والعهد ، كما في دلالة سائر الحروف على المعاني الحرفية المعبر عنها عند إرادة تفصيل معانيها بمعانٍ اسمية ، مثل أنه يقال : (من) (الابتداء) (والى) (الانتهاء) (واللام) للاختصاص (وهذا) للإشارة ، ونحو ذلك ، بل لعل فهم الأصحاب ذلك منه حجة أخرى كاشفة عن قرينة كانت موجودة فيه خفيت علينا .

وحيث قد عرفت معنى الحديث وما براد منه ، فاعلم ان الحديث بالنسبة الى أفراد اليد وأنواع الأخذ ، وان كان مطلقا ، الا أنه بالنسبة الى زمان الأخذ الى حين الأداء عام ، فلو ثبتت يد على مال لا بعنوان الضمان

(١) في الكافي للكليني ، كتاب الصيد ، باب صيد الطيور الأهلية حديث (٦) « باسناده : أن أمير المؤمنين (ع) قال في رجل أبصر طائراً فنبهه حتى سقط على شجرة ، فجاء رجل آخر فأخذه فقال (ع) : للعين ما رأت ولليد ما أخذت . وفي (من لا يحضره الفقيه) للصدوق باب ٤٧ نادر من أبواب القضاء والأحكام حديث (١) : « روى السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عن علي (ع) : أنه سئل عن رجل أبصر طيراً . . . الحديث . وفي (التهذيب للشيخ الطوسي) : كتاب الصيد والذبائح باب الصيد والدكاة ، حديث (٥٧) عن أمير المؤمنين عليه السلام قال في رجل . . . الحديث .

في وقت كيد الأمانة . مثلاً - ثم شك في ضمانها لعروض ما يوجب الشك به في أصل معنى الأمانة ، حكمنا على اليد فيه بالضمان ، وان اقتضى الاستصحاب عدمه ، لعموم (على اليد) القاضي بالضمان في جميع الأزمان من أن الأخذ الى آن التأدية ، والخروج عنه في زمان لا ينافي الدخول فيه في بقية الأزمان ، ولا يعارض استصحاب حكم المخصوص عموم العام ، ولذا استدلوا على الضمان في صورة التعدي أو التفريط بعموم (على اليد) ولم يلتفتوا الى استصحاب عدمه قبله نعم لو ثبت بالاستصحاب نفس العنوان الخاص المخرج به عن العموم دون حكمه ، قدم عليه ، لأنه من الأصل الموضوعي المرتب عليه حكمه ، وهذا في الحديث عكس قوله تعالى : « أوفوا بالعقود » فإنه عام بالنسبة الى الأفراد ، مطلق بالنسبة الى الزمان فلو ثبت في وقت عدم وجوب الوفاء بعقد ثم شك فيه في وقت آخر كان اللازم استصحاب حال المخصص ، كما لو شك في لزوم البيع الغني للشك في كون الخيار على الفور أو باق بعد العلم به ، فاللازم هنا استصحاب حكم المخصص الحاكم على العموم المستفاد من دليل الحكمة في « أوفوا بالعقود » المطلق بالنسبة الى الأزمان ، ضرورة صلاحية الاستصحاب لان يكون بياناً في مورد كان العموم فيه من جرة عدم البيان ، فلا إشكال ، كما توهم في تقديم استصحاب حال المخصص على حال العموم في « أوفوا بالعقود » ولو شك في لزوم العقد في زمان لم يكن لازماً قبله ، وتقديم حال العموم على حكم المخصص في حديث (على اليد) لو شك في ضمان يد في زمان لم تكن على الضمان في زمان قبله ، لوضوح الفرق بين المقامين ، فان دلالة الحديث على الضمان في الأزمان من زمان الأخذ الى حين التأدية بالعموم المستفاد من التقيد بالغاية ، وعلى أفراد اليد بالاطلاق بدليل الحكمة ، والاستصحاب لا يقاوم العام لحكومته عليه فبتعاكسان في

تقديم أحدهما على الآخر في الحديث والآية ، فيقدم حال العموم على استصحاب حكم المخصص في الاول وبالعكس فيقدم حال المخصص على العموم الناشئ من الحكمة في الآبة ، وهو واضح هأدنى تأمل ، فافهم .

(المقام الرابع)

في حكم معارضتها مع غيرها من الاستصحاب أو البينة أو الاستفاضة
فهنا موارد ثلاثة :

(الأول)

في معارضتها مع الاستصحاب . والكلام فيه مرة - في غير صورة التنازع - وأخرى - فيها . وعلى التقديرين فباعتبارها : أما من باب الكشف فيهما أو التعبد كذلك أو بالاختلاف بينهما من حيث جهة اعتبارها فهنا صور :

والحق تقدم (اليد) على الاستصحاب مطلقاً ، سواء قلنا باعتبارها من باب الامارة كما يعطيه صدر خبر حفص من قوله « أرأيت اذا رأيت شيئاً في يد رجل ، الخ الظاهر في كون النقص عليه بما هو عليه بناء العقلاء فيكون امضاء منه - عليه السلام - لما هو عليه طريقتهم ، أم من باب التعبد كما لعله يعطيه ذيل الخبر الظاهر في كون منشأ الجعل والتعبد هو قيام السوق ، وانه لولاه لاختل النظام ، وسواء قلنا باعتبار الاستصحاب من باب الكشف أم التعبد .

أما على المختار : من كونها إماراة كاشفة عن الرافق ، والاستصحاب اعتباره من باب التعبد ، فنقدمها عليه واضح ، ضرورة حكومة الامارة التي هي في الموضوعات بمنزلة الدليل الاجتهادي في الاحكام على الاصل .

وأما تقدمها عليه على بقية الأقوال في كيفية اعتبارهما ، فلأنه لما لم ينفك مورد (اليد) غالباً عن استصحاب مخالف لها في الاقتضاء ، كان اعتبارها أولاً بالتقدم لغواً وحمل الأخبار الكثيرة على فرض مورد نادر يمكن فيه التأكيد بينهما كما لو علم دخول المباح أما في ملك زيد أو عمرو دون غيرهما وشاهدناه في يد أحدهما ، فاستصحاب عدم الملك بالنسبة إلى من هو في يده معارض بمثله في الآخر ، وبعد التساقط يحكم به باليد لصاحبها ، بعيد عن الصواب .

هذا ويظهر من بعض إلغاء اليد في صورة التداعي بتقديم الاستصحاب عليها ، وهو ليس بجديد إلا في صورة ما لو اعترف ذو اليد بسبق يد المدعي أو ملكه ، فيطالب هو بالبيئة ، لأن اعترافه بذلك متضمن لدعوى انتقاله منه إليه ، فيكون ، مدعياً يطالب بالبيئة . وبالجملية : ذو اليد إن لم يعترف بسبق الملك لأحد أو اعترف ، ولكن لغير من يدعى عليه مع خبيته ، بل وحضوره مع سكوته ، قدم قول ذي اليد . ولا كذلك لو اعترف به له لما عرفت من تضمن اعترافه له دعوى الانتقال منه إليه فتلغو يده ويطالب بالبيئة . بل ويحتمل أن يكون مثله في لغوية اليد ومطالبة البيئة ما لو اعترف لغيره ممن لو تم له إمكان للمدعي ، لأنه يمت به ، كما لو اعترف به لمورثه - مثلاً - فإن الاعتراف بسبق الملك له كالاقراراف بسبق الملك لنفس المدعي وبعبارة أخرى : فرق في الاعتراف لغير المدعي بين من كان ملك المدعي في طول ملك المعترف له أو في عرضه في لغوية اليد في الأثر ، وعدمها في الثاني .

ولعله بذلك يتشبه الخصم التصحيح مطالبة (الأول) للبيئة من ذي اليد في (حديث فذك) (١) بعد اعترافه بالنحلة من رسول الله (ص)

(١) المقصود بـ (الأول) : هو أبو بكر بن أبي قحافة التيمي -

الذي لو لم يتم الانتقال منه اليه لكان فيثاً للمسلمين : بحديث مجعول عليه (ص)
 = (رضي الله عنه) . والمقصود بلدي اليد هي فاطمة الزهراء بنت
 محمد (ص) حيث كانت ساحبة اليد في فذلك تصرفت فيها - بعد أن
 نجلها اياها أبوها النبي (ص) أيام حياته وكانت (خالصة له) لأنها لما
 لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب وفذلك - كما عن ياقوت الحموي في
 معجم البلدان - قررية بينها وبين المدينة ثلاثة أيام ، وبها عين فوارة
 ونخل كثير .

قال البلاذري في (فتوح البلدان) : - ومثله غيره من المؤرخين :
 لما فتح رسول الله (ص) خيبر ، ولم يبق غير ثلاثة حصون خاف اليهود
 خوفاً شديداً ، فصالحوا النبي (ص) على الجلاء وحقق الدماء ، فقتل
 النبي منهم ، ولما بلغ أهل فذلك ذلك أرسل رئيسهم (يوشع بن نون)
 اليهودي الى رسول الله (ص) بالصلح على أن يعطيه فذلك ، ويؤمته وقومه
 وعلى أن يعمل بها في نخيلها بأن يكون لهم نصف التمر ، ثم ان شاء
 رسول الله أبقاهم وان شاء أجلاهم ، فرضي (ص) . وكانت فذلك خالصة
 لرسول الله (ص) لأنها مما افاء الله بها على رسوله حيث لم يوجف عليها
 بخيل ولا ركاب : ومثل ذلك في شرح النهج لابن أبي الحديد المعتزلي
 بعنوان : ماورد من السير والاختبار في أمر فذلك . وفي نفس المصدر وغيره
 من مصادر التأريخ : ان فاطمة (ع) قالت لأبي بكر ان فذلك وهبها لي
 رسول الله (ص) ، قال فمن يشهد بذلك ؟ فجاء علي بن أبي طالب
 فشهد ، وجاءت أم أيمن فشهدت أيضاً ، فجاء عمر بن الخطاب وعبد الرحمن
 ابن عوف فشهدا أن رسول الله كان يقسمها . قال أبو بكر : صدقت
 يا ابنة رسول الله وصدق علي وصدق أم أيمن وصدق عمر وصدق عبد الرحمن
 ابن عوف . . . قال ابن أبي الحديد ومثله غيره - : طالبتة - أولاً - =

و نحن معاشر الأنبياء لانورث ، الخ ، مع احترامه في احتجاج علي (ع) معه بعدم سؤال البيئة من ذي اليد ، بل تستل ممن يدهي عليه (١) وليس الا لبطلان انيد بدعوى الانتقال بالنحلة التي لو تم لكان فيثاً لاميرائاً ، الا (أن المبني) : من احتمال المساواة بين الاعتراف بسبق اليد لنفس

ـ بالنحلة ، ولما منعت منها طالبت ضرورة بالميراث لأن للمدفوع عن حقه أن يتوصل إلى تناوله بكل وجه وسبب ، فقال أبو بكر ... بعد أن احتجت عليه الزهراء بتلك الخطبة البليغة : يا خير النساء وابنة خير الأنبياء ، والله ما عدوت رأي رسول الله (ص) ولا عملت إلا بأذنه ، وإن الرائد لا يكذب أهله ولاني أشهد الله وكفى بالله شهيداً أني سمعت رسول الله (ص) يقول : إنا معاشر الأنبياء لانورث ذهباً ولا فضة ولا داراً ولا عقاراً ولانما نورث الكتاب والحكمة والعلم والنسوة . هذا بايجاز وللتفصيل عن موضوع فدك يراجع ما كتبناه في تعليقتنا على الجزء الثالث من (تلخيص الشافي) .

(١) في الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، حديث (٣) : و علي بن ابراهيم في تفسيره عن أبيه عن ابن أبي عمير عن عثمان بن عيسى وحماد بن عثمان جميعاً عن أبي عبد الله (ع) في حديث فدك - : أن أمير المؤمنين (ع) قال لأبي بكر : أتحكم فينا بخلاف حكم الله في المسلمين ؟ قال : لا ، قال : فان كان في يد المسلمين شيء يملكونه ، ادعيت أنا فيه : من تسأل البيئة ؟ قال : إياك كنت أسأل البيئة على ما تدعيه على المسلمين . قال : فاذا كان في يدي شيء ، فادعي فيه المسلمون ، تسألني البيئة على ما في يدي ، وقد ملكته في حياة رسول الله (ص) وبعده ، ولم تسأل المؤمنين البيئة على ما ادعوا عليّ كما سألتني البيئة على ما ادعيت عليهم - إلى أن قال - : وقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله : البيئة على من ادعى ، والميمن على من أنكر .

المدعي أو لمن يمت به من مورثه في لغوية اليد فيهما مع امكان تضعيفه بوضوح الفرق بينهما بتقريب : أن الاعتراف للمدعي اعتراف له باليد وان كانت سابقة ، والاعتراف لمورثه لا يكون اعترافاً له باليد والملكية السابقة الا بضميمة مقدمة هي بقاء يد المورث الى حين موته ، بل ومعها أيضاً لعدم ثبوت اليد به للوارث (فاسد) لا ينفع في تشييد الخصم لتصحیح فعل (الأول) ؛ من انتزاع (فذك) من يد فاطمة - عليها السلام - ومطالبتها بالبينة لسبق الانتزاع منها على دعواها النحلة ، حيث كان فيها جاء به من (حديث فذك) ، ان الأول لما بُوع واستقام له الأمر على جميع المهاجرين والأنصار هت الى (فذك) من أخرج وكيل فاطمة بنت رسول الله (ص) منها ، ثم جاءت فاطمة عليها السلام ، فوقع بينهما وبينه من الاحتجاجات ما وقع ، وكذا بين علي (ع) وبينه بما ظهر منه وهان ، من المخالفة للكتاب والسنة . ولو سلم المبني لم يجز انتزاع العين من ذي اليد إلا بعد الاعتراف لمن لو تم له لكان للمدعي ، وقد انتزعها منها قبل الاعتراف والمخاصمة . وبالجمله : في لغوية اليد بالاعتراف لمورث المدعي وعدمها لنا تأمل ، والله العالم .

الثاني : في معارضتها مع البينة التي هي من الامارات الكاشفة عن الواقع . ونقديمها على اليد مما لا كلام فيه ؛ سواء قلنا بكونها أصلاً أو إمارة . أما على الأول فواضح ، لحكومة الامارة على الأصل . وأما على الثاني ، فهو وان كان من تعارض الامارتين ، الا أن الواجب فيه تقديم أقواهما ، وهو البينة ، لان اعتبارها في مورد اليد دليل على تقدمها عليها ، كما ان اعتبار اليد في مورد الاستصحاب دليل على تقدمها عليه ، ولانه يلزم من عدم تقدمها على اليد عدم سماع دعوى المدعي على ذي اليد إذ التكليف بالبينة ومطالبتها منه لغو مع فرض عدم تقدمها على اليد ولا

شيء أقوى من البيئة ، حتى يكلف المدعي باقامته مع حصر ميزان القضاء بالبيئات والأيمان كون الأولى على المدعي والثانية على المتكر . هذا مضافاً إل أن اعتبار إمارة اليد من باب الغلبة المكتشف بها حال المشكوك من حيث كونه مشكوكاً إلحاقاً له بالغالب ، فالحيثية المزبورة مأخوذة في موضوعها والبيئة ، وإن كالت إمارة كاشفة عن الواقع عند الجهل به ، إلا أن الجهل لم يؤخذ موضوعاً في اعتبارها ، فالجهل مورد للحاجة إليها - غالباً - لا أنه مأخوذ في موضوع اعتبارها . وبعبارة أخرى : البيئة معتبرة في مورد الجهل بالواقع لكن لا من حيثية الجهل به كالدليل الاجتهادي المعتمد طريقاً في معرفة الأحكام المفيد للظن لا من حيث الجهل بحكم مورده ، بخلاف الغيبة ، فإنها معتبرة في إلحاق المشكوك من حيث كونه مشكوكاً بالغالب للظن الحاصل من الغلبة ، فحصول الظن بها إنما هو بعد ملاحظة الغلبة في أكثر الأفراد والشك في فردٍ خاص ، فيحصل الظن بالحق كالاستصحاب المأخوذ فيه الشك بناءً على اعتباره من باب الظن النوعي ، وبناء العقلاء المستفاد امضاؤه من الأخبار ولا كذلك البيئة ، إذ لا يتوقف حصول الظن بها على ملاحظة الجهل في موردها ، فالامارات كما تحكم على الأصول كذلك يحكم بعضها على بعض ، فما كان ملاحظة الشك مأخوذةً في موضوعه كان محكوماً لما لم تكن مأخوذة فيه لكونه رافعاً لموضوعه ، غير أنه لما كان ظنياً كان حاكماً . ولو كان علمياً لكان وارداً عليه .

ثم البيئة : ان شهدت بالملك المطلق أو بالفعل ، قدمت على اليد ، وإن شهدت به في الوقت السابق لم تقدح في اعتبار اليد ، لعدم المنافاة بينهما ، لاختلاف زمانهما ، إلا بالاستصحاب الذي قد عرفت حكومة اليد عليه ومنه يظهر الوجه بالأولوية في تقديم اليد لللاحقة على اليد السابقة . (لا يقال) : ان حكومة اليد على الاستصحاب تنافي تقدم البيئة

عليها مع العلم غالباً باستناد الشاهد في شهادته إلى الاستصحاب ، وإن هو
الا تقديم للمحكوم على الحاكم .

(لان) ذلك أولاً : هو اجتهاد في مقابل النص لورود المعتبرة
التي هي ما بين صريحة وظاهرة في جواز تعويل الشاهد على الاستصحاب
حتى عقد لذلك باباً في (الوسائل) حيث قال : باب جواز البناء في الشهادة
على استصحاب بقاء الملك وعدم المشاركة في الارث - إلى أن قال - ١ - محمد بن
يعقوب عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن معاوية بن وهب
قال : قلت له : ان ابن أبي ليلى يسأني الشهادة عن هذه الدار ، مات
فلان وتركها ميراثاً ، وأنه ليس له وارث غير الذي شهدنا له ؟ فقال :
اشهد بما هو علمك ، قلت : ان ابن أبي ليلى يحلفنا القموس ، فقال :
احلف انما هو على علمك « (١) » وعنه عن أبيه عن اسماعيل بن مرار
عن يونس عن معاوية بن وهب ، قال قلت لأبي عبد الله (ع) : الرجل
يكون في داره ، ثم يغيب عنها ثلاثين سنة ، ويدع فيها عياله ، ثم يأتيها
هلاكة ونحن لا ندري ما أحدث في داره ولا ندري ما أحدث له من الولد
الا أننا لا نعلم أنه أحدث في داره شيئاً ولا حدث له ولد ، ولا نقسم
هذه الدار على ورثته الذين تركت في الدار حتى يشهد شاهداً عدل أن
هذه الدار دار فلان بن فلان مات وتركها ميراثاً بين فلان وفلان أو نشهد
على هذا ؟ قال : نعم ، قلت : الرجل يكون له العبد والأمة ، فيقول
أبق غلامي أو أبقت أمي ، فيؤخذ بالبلد ، فيكلفه القاضي البينة أن هذا
غلام فلان لم يبعه ولم يهبه : أفنشهد على هذا إذا كلفناه ونحن لم نعلم أنه
أحدث شيئاً ؟ فقال : كلما غاب من يد المرء المسلم غلامه أو أمته أو
غاب عنك لم نشهد به . محمد بن الحسن باستناده عن علي بن ابراهيم نحوه .

(١) راجع من كتاب الشهادات منه باب ١٧ ، حديث (١) .

وكذا الذي قبله (١) ، وبإسناده عن الحسن بن محمد بن سماعة عن أحمد بن الحسن وهب عن معاوية بن وهب ، ولا أعلم ابن أبي حمزة إلا رواه عن معاوية بن وهب ، قال قلت لأبي عبد الله (ع) : الرجل يكون له العبد والأمة قد عرف ذلك فيقول أبتى غلامي أو أمتي ، فيكلفونه القضاة شاهدين بأن هذا غلامه أو أمته لم يبع ولم يهب ، الشاهد على هذا إذا كلفناه ؟ قال نعم ، (٢) انتهى .

وثانياً : ان البيئة التي لم تنفك - غالباً - عن الاستصحاب لما اعتبرها الشارع في موارد اليد التي يخالف مفادها مقتضى البيئة ، دل على تقديم استصحابها بالخصوص على اليد بالنصوص ، وان كانت اليد مقدمة على غيره من سائر الاستصحابات . وبالجملة كما أن اعتبار اليد في مورد الاستصحاب دل على تقديمها عليه ، والا لكان اعتبارها لغواً كذلك اعتبار البيئة التي لم تنفك غالباً عن الاستصحاب في موارد اليد دل على تقديمه بالخصوص عليها والا لكان اعتبار البيئة لغواً في أغلب موارد (ودعوى) اختصاص اجراء الاستصحاب بالحاكم دون الشاهد (مدفوعة) بلزوم تركيب ميزان القضاء حينئذ من البيئة وفعل الحاكم ، مع أن الحكم منه إنما يكون بعد إقامة الميزان عنده . وكيف كان ، فالمستفاد من الأخبار المتقدمة - بضميمة ما ورد فيما يعتبر في الشهادة من العلم الحاصل من طريق الحس - كما عن بعض جهوداً على التمثيل بالمحسوس من الشمس والكف في النصوص ، أو الأعم منه ومن غيره تنزيلاً للمنصوص على المثال بارادة حصول تلك المرتبة من العلم القطعي - ان ما هو معتبر حين التحمل غير ما هو معتبر حين الأداء ، لأن العلم الحاصل بالحس أو ما هو مثله لا يد من ضعفه ، بل وزواله - غالباً -

(١) المصدر الآنف الذكر حديث (٢) مع تبعه الأخير .

(٢) المصدر الآنف الذكر حديث (٣) .

بمرور الليالي والأيام ، سيما نحو العام ، فضلاً عن الأعوام ، لطرو الاحتمالات المنبعثة عن عروض العوارض وتطرق الحوادث فلا مندوحة إلا الاستناد الى الاستصحاب عند أداء ما تحمله من الشهادة . وبالجمله : فالروايات - كما تراها - صريحة في جواز الشهادة مستنداً في بقاء المعلوم عند التحمل الى الاستصحاب وحملها على صورة بقاء العلم القطعي الى حين الأداء - كما في الجواهر - (مع) كونه حملاً على الفرض النادر ، بل الاندر تأباه صراحة منطوقها . وبما ذكرنا يظهر لك : أنه لو كان الحاكم شاهداً جاز له الشهادة بالملك ، ولم يجوز له الحكم به ، لو قلنا بجواز القضاء بعلمه ، لأن تنزيل الظن الاستصحابي منزلة العلم بالبقاء في الشهادة لدليل دل عليه بالخصوص لا يوجب تنزيهه منزلة العلم في القضاء به ، بل ولو ضم اليه شاهد واحد أيضاً ، للزوم تركيب ميزان القضاء حينئذ . نعم او علم به من دون استناد الى الاستصحاب ، ومنعنا عن القضاء بعلمه واستثنى منه ما لو ضم لايه شاهد واحد - بلا خلاف كما في (وسائل البغدادي) لان علمه لا يقصر عن شهادة الشاهد ، فيكون من القضاء بالعلم على القول بالمنع عنه ، لا من القضاء بالبينة فافهم .

هذا ، ولكن يجوز له الحكم بالدين على من هو عليه لو علم به في السابق ، كما يجوز الحكم به لو شهدت البينة كذلك لثبوت الاشتغال المستصحب إلى أن يتحقق الوفاء ، لعدم وجود ما يعارضه مما يكون مفاده الوفاء ، فانضج الفرق بين ما لو ادعى ديناً على أحد ومالاً في يد أحد ، فيكتفى في الأول بالبينة وان شهدت به في السابق ، ولا يكتفى بها في الثاني ، لوجود ما يكون مفاده الملك الفعلي المقدم على الاستصحاب ، بخلاف الأول ، والله العالم بحقائق أحكامه :

الثالث : معارضتها مع الاستفاضة التي تثبت بها أمور خاصة ، منها :

الملك المطلق من دون تقييد بذكر السبب . وتقديمها على اليد أو تقديم اليد عليها مبني على الأقوال في اعتبار خصوص ما أفاد العلم منها أو الأعم منه ومن الظن المتأخم ، أو مطلق الظن .

فعل الأول : تقديمها على اليد مما لا كلام فيه ، إذ ما وراء العلم من شيء ، إلا أنه لا معنى حينئذ لاختصاص ثبوت الأمور المخصوصة بها ، من الولاية والملك المطلق والنسب والوقت والموت والعنق . وعلى الأخيرين - ولا سيما الأخير منهما - فالعمدة في دليل اعتبارها - كما قبل - هو : الإجماع ، وهو غير معلوم بتحقيقه فيما كان اليد على خلافها ، فالأقوى تقدمها على الاستفاضة كما لعله المشهور بينهم - خلافاً لوالد الشيخ البهائي في (رسالته التي كتبها في هذه المسألة) فاختر فيها تقديم الاستفاضة على اليد . واستدل عليه بأمر لا يتم إلا على مبناه : من أنه لا دليل على اعتبار اليد - بعد تضعيفه لسند خبر حفص المتقدم إلا لإصالة الصحة وحمل أفعال المسلمين عليها وانكار كونها بنفسها من الامارات أو الأصول التعبدية . وهو - على مبناه - حسن لكن دون صحته خرط الفتاد ، بعد ما عرفت من دليل اعتبارها وإفادته الملك حتى بالنسبة إلى مالا يجري فيه أصل الصحة في فعله كالصغير والكافر :

هذا والظاهر أنه لا يجوز الشهادة بمفادها في الأمور المذكورة مستنداً إليها إلا فيما يحصل بها العلم ، بناءً على كفايته وفي الشهادة ، وإن حصل من غير طريق الحس - كما هو الأقوى - ضرورة أن جوازها في صورتها حصول مطلق الظن أو الظن المتأخم بناءً على كفاية ذلك في اعتبارها يتأني اعتبار العلم في الشهادة :

اللهم إلا أن يكتفى به سيما المتأخم منه في خصوص الشهادة المستندة إليها وإن لم يكتف به في الشهادة بمؤدى البيئة التي هي أقوى من الاستفاضة

- في كونها طريقاً إلى ترتب الأحكام عليها ، إلا أنه لم يتم عليه دليل واضح ، وإن كان ظاهر عباراتهم يعطي جواز ذلك ، إلا أنها لا تخلو من تشويش واضطراب .

نعم يشهد الشاهد بنفس الاستفاضة دون مفادها ، فيحكم الحاكم بمفادها لثبوت ما يوجبها بالبينّة لعدم الفرق بين قيام الاستفاضة عند الحاكم وبين قيام البينة عليها عنده ، إن قلنا بجواز القضاء بالاستفاضة منه ، كما لعله يظهر أيضاً ، من عبارات أكثرهم في الحكم بمفادها من الأمور التي ثبتت بها وبالجملة : فهناك مقامات ثلاثة .

الأول : اعتبار الاستفاضة وحجبتها في ثبوت أمورٍ مخصوصة بها بحيث يترتب على الثابت منها أحكام تحقّقه في الخارج كالبد بالنسبة إلى مفادها .
الثاني : في الحكم والقضاء بها على الخصم بحيث يكون ميزاناً له عليه كالبينّة .

الثالث : في جواز الشهادة بمفادها مستنداً إليها عند الحاكم .
أما الأول ، فهو من المتفق عليه عندهم ، وإن وقع الخلاف في مقدار ما يثبت بها من الأمور .

وأما الأخيران ، فيظهر من كلام بعض وقوع الخلاف فيه . والذي يظهر من جدنا في (الرياض) دعوى الاتفاق عليه في الأخير منها (١) قلت : إن تم إجماع فيها أو في أحدهما ، فهو ، والافقي غير صورة حصول العلم بها لإشكال ، لعدم دلائل واضح يدل على كونها ميزاناً للقضاء

(١) راجع ذلك - في أخريات كتاب القضاء منه ، الفصل الثالث في أحكام تعارض البينات . وفي أخريات كتاب الشهادات . المسألة الأولى من مسائل أربع في شرح قول المصنف : يكفي في جواز الشهادة بالملك مشاهدته يتصرف فيه الخ .

فضلاً عن الشهادة بمقادها لو سلم كونها ميزاناً ، كما يصير شاهداً بمقاد البينة ، مع أنها ميزان القضاء . وتفصيل الكلام في اعتبارها ، ومقدار ما يثبت بها ، وما هو شرط فيها . وكول الى محله . وانما الكلام هنا في تقدمها على اليد ، أو تقدم اليد عليها . وقد عرفت ما هو الأقوى منهما والله العالم .

(تذييل)

اشتهر بين الفقهاء : أن من ادعى مالا يد لأحدٍ عليه قضي له به وذكرها بنحو القاعدة الكلية ، وأرسلوها إرسال المسلمات ، والمعروف عندهم أيضاً قاعدة أخرى ، وهي ان من ادعى أمراً ولا معارض له قيل قوله . وهي أعم من الأولى ، لاشتمالها على مالا يدخل من الأمور تحت اليد ، واختصاص الأولى بما لا يد عليه مع كونه قابلاً للدخول تحت اليد مع اختصاصها أيضاً فيما لا يكون له منازع فيما يدعيه ، والا لكان من التداعي . فلا يقبل قول كل منهما الا بالحجة ، ولذا قيده به توضيحاً في (في القواعد) حيث قال : « وكل من ادعى مالا يد لأحدٍ عليه ولا منازع له فيه قضي له به » انتهى .

هذا وليعلم - أولاً - ان اليد المنفية في القاعدة الأولى نعم يد المدعي وغيره . وان نفى ملكية العين عن نفسه وأثبتها للمالك مجهول فانه لا يسلمه الى مدعيه بمجرد دعواه إلا باقامة الحجة وان احتمل كونه مالكا له ولذا صرحوا في اللقطة بعدم تسليم الملتقط لإياها لمن يدعيها بمجرد دعواه الا أن تكون مقرونة بحجة أو محذوفة بقرائن تفيد العلم العادي بصدقه لانه المكلف بإبصارها الى مالكتها . فهو معارض لمن يدعيها بحسب الوظيفة ولذا يكون خارجاً عن القاعدتين . كما يخرج عنها لو كان المدعي به تحت

يد المدعي لكونه حيثئذ يقضى به له لليد ، دون غيرها من القاعدتين . كما يحكم به له أيضاً لو كانت دعواه موافقةً للأصل فإن الحكم بذلك انما هو للأصل دون القاعدة ، الا ان يستدل بها حيثئذ كثيراً للدالة فهذه الصور الثلاث من الدعاوي خارجة عن القاعدتين .

ثم المراد من قولهم في القاعدة الأولى : (لا يد لأحدٍ عليه) دائر بين احتمالات ثلاثة :

الأول : انه لا يد لأحد عليه مطلقاً في حالتي الدعوى وما قبلها أصلاً لا لمعلوم صاحبها ولا لمجهول .

الثاني : لا يد لأحدٍ عليه في حال الدعوى وقبله لمعلوم مع العلم يسبق يد عليه قبله ، لكن بمجهول صاحبها

الثالث اختصاص نفي اليد بحال الدعوى دون ما قبله ، بل ولو علم سبق يد عليه قبله لمعلوم فضلاً عن المجهول .

لا اشكال في عدم ارادة المعنى الأول ، والا لاختصت القاعدة بقبول قواه في المباحات الأصلية ، وما كان يحكمها وكادت تنعدم فائدتها . و ارادة المعنى الثاني غير بعيدة ، وان كان الثالث أعم نفعاً ، بل لعله الظاهر من كلماتهم .

هذا والمراد من قولهم (قضى له به) ليس المراد منه ما هو ظاهره من قضاء الحكم ، بل قبول قواه في تريب آثار الملك له وجواز المعاملة معه عليه . وما ذكرنا من الاحتمالات في نفي اليد في القاعدة الأولى يجري مثله في نفي المعارض والمنازع في القاعدة الثانية ، وستعرف الحال بالنسبة إلى محتملاته في آخر المسألة .

اذا عرفت ذلك فنقول : يدل على الأولى من القاعدتين - مضافاً إلى الاجماع المحكي مستفيضاً المعتضد بالشهرة المحققة فضلاً عن المنقولة - صحيحة

منصور بن حازم : « قلت للصادق (ع) : عشرة كانوا جلوساً ووسطهم كيس فيه ألف درهم ، فسأل بعضهم بعضاً : ألكم هذا الكيس ؟ فقاؤا كلهم : لا ، فقال واحد منهم : هو لي ، فلمن هو ؟ قال (ع) : هو للذي ادعاه ، (١) الخبر . فانه حكم عليه السلام بأنه لمن ادعاه ، وليس الا لكونه مدعياً له بلا معارض لما لا يد لأحد منهم عليه ، بعد أن نفاه كل منهم عن نفسه . وان نوقش فيه بأنه من الحكم له باليد لأن توسط الكيس بينهم أوجب صدق اليد لهم عليه ، فاذا نفى من نفى منهم عن نفسه ثبتت اليد لمن لم ينف . فضلاً عن دعواه بكونه له . وأشار اليها في محكي (السرائر) حيث قال - بعد ذكر الصحيحة : « ان هذا الحديث صحيح وليس هذا مما أخذه بمجرد دعواه . وانما هو لما لم يثبت له صاحب سواء واليد على ضربين . يد مشاهدة ويد حكية ، فهذا يده عليه يد حكية لأن كل واحد منهم نفى يده عنه وبقي يد من ادعاه عليه حكية . ولو قال كل واحد من الجماعة في دفعة واحدة أو متفرقاً : هو لي ، لكان الحكم فيه غير ذلك . وكذلك لو قبضه واحد من الجماعة ثم ادعاه غيره ، لم تقبل دعواه بغير بيينة ، لأن اليد المشاهدة عليه لغير من ادعاه ، والخبر الوارد في الجماعة : أنهم نفوه عن أنفسهم ولم يثبتوا لهم عليه بدأ لا من طريق الحكم ولا من طريق المشاهدة ، ومن ادعاه له عليه يد من طريق الحكم ، فقبل فيه دعواه من غير بيينة ، فافقه ما حررناه . وأيضاً لما قال : ادعاه من حيث اللغة لأن الدعوى الشرعية من ادعى في يد غيره عيناً أو ديناً ، (٢) انتهى .

قلت : قوله : انما قال ادعاه من حيث اللغة الخ دفعاً لما يتوهم من أن قوله - عليه السلام في الجواب - هو للذي ادعاه ، كونه له من جهة دعواه لا

(١) الوسائل ، كتاب القضاء باب ١٧ حديث (١) .

(٢) كتاب القضاء من السرائر ، آخريات باب النوادر في القضاء .

من جهة اليد بإرادة المعنى اللغوي من الدعوى دون المنع الشرعي ، وبؤكد ما ذكر من كون المحدثين بالكيس ذوي أيدٍ عليه : ما ذهب إليه غير واحد في باب اللقطة في الحكم بأن ما يقرب من اللقيط أو غيره يمكن أن يكون له اليد عليه وإن كان صغيراً ، فكيف بمن كان الكيس في وسطهم ؟ ولو ادعاه غيرهم وأنكروه كان هو المدعي وعليه البينة دونهم ، وليس إلا لكونهم ذوي أيدٍ عليه .

إلا أن المناقشة ضعيفة - لا لما قيل : من عدم اليد حتى لمن ادعاه لنفسه عن نفسه أولاً ، لاندراجها في قوله : (فقالوا كلهم لا) الظاهر في معناه الحقيقي الشامل له أيضاً ، فقبول دعواه بعد نفيه عن نفسه ليس إلا لكونه مدعياً ههنا معارض لظهور الجملة بخروجه من العموم وأنه يحكم الاستثناء الصارف لظهور الأداة في العموم الشامل له عن ظهوره مع كونه من دعوى الحق بعد إقراره بعدمه المعلوم بطلانها . والحمل على الصحة في قوله لا مكان نسيانه أولاً - ثم التذكر بعده - كما في الجواهر - غير موافق للقواعد الشرعية - بل لمنع كونهم ذوي أيدٍ على الكيس المطروح بينهم ، فإن مجرد قرب الشيء من شخص لا يوجب صدق اليد له عليه إلا إذا كان القرب منه محفوظاً بقرائن توجب صدق ذلك ، وإلا فمجرد القرب من حيث هو ممنوع إيجابه لصدق اليد عليه أشد المنع . ولذا ذهب الأكثر إلى المنع عنه في باب اللقطة .

قال في (مفتاح الكرامة) : « ولا يحكم له بما يوجد قريباً منه ، كما في التذكرة والدروس ومجمع البرهان . وكذا الإرشاد والروضة ، وقيد في الدروس بما لا بدله عليه ولا هو يحكم يده - إلى أن قال - وفي : (الشرايع) ، فيما يوجد بين يديه أو إلى جانبيه تردد : أشبهه أنه لا يقضى له ، وفي التحرير في القريب مثل ما يوجد بين يديه أو إلى جانبيه

نظر ، ونحوه ما في الكفاية ، انتهى

وفيه عن (المبسوط) : « وأما ما كان قريباً منه مثل أن يكون بين يديه صرة أوزمة ، فهل يحكم بأن يده عليه أم لا ؟ قيل فيه : وجهان : (أحدهما) لا تكون يده عليه ، لأن اليد يدان : يد مشاهدة ويد حكيمة وهي ما يكون في بيته ويتصرف فيه ، وهذا ليس بأحدهما (والوجه الثاني) أن تكون يده عليه ، لأن العادة جرت بأن ما بين يديه يكون له مثل الاناء بين يدي الصراف ، والميزان وغيرهما وهذا أقوى . (١) انتهى .

والتعليل بجرهان العادة والتمثيل بالميزان ونحوه مما يعطي فيه لزوم الاقتران بما ينبغي ذلك لا مطلقاً مع كون الصحيحة المزبورة بمرفئ منهم ومنظر ، ولم يستدل أحدهم بها على سببية القرب لصدق اليد ، نعم الملقب وان كان صغيراً ، ذو يد على ثيابه وما هو ملفوف به والمشدود على ثوبه والموجود في جيبه والموضوع تحته والخيمة والفسطاط الموجود فيها والدار التي لا مال لها ، وفي هذه الثلاثة من الأقمشة ، كل ذلك محكي في مفتاح الكرامة عن المبسوط والشرائع والتحرير والمسالك والدروس والارشاد والممة والروضة ومجمع البرهان والكفاية ، بل فيه عن (المبسوط) : ذلك كله مما لا خلاف فيه ، (٢) انتهى ،

قلت : وهو كذلك لصدق اليد والاستيلاء في جميع ذلك وان كان صغيراً ، لأن الاستيلاء ممكن في حقه وان كان حصوله له بفعل الغير ، ولا يعتبر في صدق اليد وحصول الاستيلاء له أن يكون حدوته بفعل نفسه

(١) راجع ذلك في كتاب اللفظة ، المطلب الأول في الملقوط في شرح

قول العلامة في القواعد (ولا يحكم له بما يوجد قريباً منه) .

(٢) راجع نفس المصدر في شرح كلام القواعد (أو ما في يده عند

الاتقاط) الخ .

حتى يتوهم عدم صدقه في الصغير لعدم تمكنه من الاستيلاء الذي هو مسبب عن الأفعال الاختيارية . فظهر أن توسط الكيس من حيث هو لا يوجب صدق يد المحدثين به عليه . ولو سلم ، فالتوسط إن أوجب صدق اليد ، فالثابت به إنما هو يد واحدة لمجموع من لا يتحقق عنوانه الا بهم دون كل واحد منهم ، ضرورة عدم صدق التوسط واليمنية لواحد من العدد ، فلا يد لمن ادعاه أيضا بعد نفي الغير له عن أنفسهم

اللهم الا أن يحجب عنه بأن السبب في المقام إنما هو قرب الكيس من كل واحد منهم لا توسطه بينهم . هذا ومع التزل والتسليم ، فتوسط الكيس بين جماعة محدقين به يمكن تحققه في الخارج على كيفيات مختلفة يوجب صدق اليد في بعضها دون جميعها ، فلعله كان مطروحاً قبل أن يحدقوا ، وان كان دفعة ، فلا يد لهم عليه ، أو اجتمعوا عليه متفرقين لا دفعة ، فلا يد لغير الأول منهم أو كان المدعى لاحقاً في الدخول معهم في الاجتماع عليه وان كان قبل السؤال ، فلا يد للمدعى عليه ، والحكم في الجواب بكونه له من دون استفعال عن الكيفية لا بد وان يكون منطبقاً على جميع محتملاتها التي لا يتم الحكم في بعضها لو كان سببه اليد ، فلا بد من سبب موجود في جميع صورها ، وليس الا كونه مدعياً بلا معارض فيما لا يد لأحد عليه ، وليس اللفظ ظاهراً في كيفية حتى يؤخذ بظاهره في الدلالة عليها ، بل الكيفيات خارجة عن مداليل الالفاظ فلا ظهور للسؤال في كيفية مخصوصة . وحينئذ فالصحيحة وافية في الدلالة على المقصود من اثبات القاعدة الأولى .

واستدل عليها أيضاً في (الجواهر) تبعاً للمحكمي عن استاذة في (مفتاح الكرامة) بصحيحته الأخرى المروية في (الكافي في باب الحجة) وفيه : « محمد بن اسماعيل عن الفضل بن شاذان عن صفوان بن يحيى عن

منصور بن حازم قال قلت : لأبي عبد الله (ع) : ان الله أجل وأكرم من أن يُعرف بخلقه ، بل الخلق يعرفون بالله ، قال : صدقت : قلت : إن من عرف أن له رباً فقد ينبغي له أن يعرف أن لذلك الرب رضى أو سخطاً وأنه لا يعرف رضاه أو سخطه إلا بوحي أو رسول ، فمن لم يأت به الوحي فقد ينبغي له أن يطلب الرسل ، فإذا لم يقبهم عرف أنهم الخجعة ، وأن لهم الطاعة المفترضة ، وقلت للناس : تعلمون أن رسول الله (ص) : كان هو الحججة من الله على خلقه ؟ قالوا : بلى قلت : فحين مضى رسول الله صلى الله عليه وآله - من كان الحججة على خلقه ؟ فقالوا : القرآن ، فنظرت في القرآن فإذا هو بخاصم المرجى والقدرى والزندقى الذي لا يؤمن به حتى يغلب الرجال بمخصومته ، فعرفت أن القرآن لا يكون حجة إلا بقيم ، فما قال فيه من شيء كان حقاً ، فقلت لهم : من قيم القرآن ؟ فقالوا : ابن مسعود قد كان يعلم ، وعمر يعلم ، وحذيفة يعلم ، قلت : كله ؟ قالوا : لا ، فلم أجد أحداً يقال : أنه يعرف ذلك كله إلا علياً (ع) وإذا كان الشيء بين القوم ، فقال : هذا لا أدري وقال هذا لا أدري وقال هذا : لا أدري ، وقال هذا : أنا أدري فأشهد أن علياً عليه السلام كان قيم القرآن ، وكانت طاعته مفترضة ، وكان الحججة على الناس بعد رسول الله (ص) وأن ما قال في القرآن . فهو حق ، فقال : رحمك الله ، (١) الخبر .

وتقريب الاستدلال بها على المدعى - بتوضيح منا - : هو عموم

(١) راجع ذلك من الجواهر : في كتاب القضاء ، النظر الرابع في أحكام الدعوى ، الفصل الثاني من فصل المقدمة في التوصل الى الحق في شرح المسألة الأولى من مسأاتي المحقق (من ادعى ، مالا يد لأحد عليه قضى له به . . .) والحديث ذكره الكليني في أصول الكافي كتاب الحججة ، باب الاضطرار الى الحججة ، حديث (٢)

قول الراوي (وإذا كان الشيء بين القوم) الخ الظاهر في أن لتقديم قول مَنْ يدعى الدعاية على مَنْ لا يدعيها وأنه مقبول متبع من المفروغ عنه عند العقلاء على نحو القاعدة الكلية ليتم الاستدلال بها على ثبوته في المورد الخاص من ثبوت الامامة لعلي (ع) ، وقد أقره الامام على ذلك بقوله : في الجواب : رحمك الله .

وفيه : ان ذلك إن تم ، فهو بمعونة صدرها والفقرات المشتملة عليها مخصوص بما يتعلق بالأحكام من المسائل العلمية !راجع محصله الى وجوب اتباع الأعلام وتقديم الفاضل على المفضول ، وأين ذلك من قبول قول المدعي في الأمور الخارجية نحو الملكية وغيرها ، وعموم الشيء انما هو بحسب متعلقه دون غيره .

وأما الدليل على القاعدة الثانية ، فلم أجد ما ينهض لاثباتها بنحو الكلية ، وان استدلل عليها جدنا في (الرضا) برواية الكيس (١) . الا أن مفادها - كما عرفت - مخصوص بما يمكن دخوله تحت اليد ، لا كل أمر تعلق به دعوى من يدعيه بلامعارض لتكون دليلاً على القاعدة الثانية التي قد عرفت أنها أعم من الأولى

نعم قد ثبت من الشرع في جملة من الموارد قبول قول المدعي بمجرد دعواه ، التي منها : من يدعى عبناً لا يد لأحدٍ عليها ، ومنها : دعوى الوكالة في بيع مافي يده كاللدال ونحوه مما قامت السيرة القطعية على جواز المعاملة معه عليه ، وان لم تنقل على الموكل او أنكر وكالته ، ومنها : دعوى : المرأة عدم اليأس وعدم الزوج أصلاً ، ودعوى الاعسار مع عدم

(١) ذكر ذلك في كتاب القضاء ، ضمن النظر الرابع في بيان الدعوى ، الفصل الأول في بيان المدعى ، الأولى من مسائل خمس : من انفرد بالدعوى لما لا يد لأحدٍ عليه .

سبق اليسار ، ودعوى الصبي عدم البلوغ ، ودعوى الحرية حيث لا يعلم سبق الملك ، ومنها : دعوى المرأة اليأس والحيض والطمهر والحمل ، والصبي دعوى البلوغ بالاحتلام ، ودعوى المطلقة ثلاثاً أنها تزوجت بالحلل مع الوطء والطلاق بعده . وهذه الموارد ، وإن قبل قول المدعي فيها ، إلا أنه لا لأمر جامع بينها : من كونه مدعياً بلا معارض حتى يتسرى إلى غيرها فيحكم به عند وجوده ، بل لأن سبب النقول فيها مختلف ، فإن الأول منها مندرج كما عرفت في القاعدة الأولى ، والثاني إنما يقبل قوله لقبول قول ذي اليد فيما يتعلق بما هو في يده مطلقاً ، وإن لم تكن يد مالكية ، بل ولو كانت يد عدوان كالغاصب فإنه يقبل تصديقه لأحد المتنازعين على العين المقصوبة في يده - كما ستعرف - . وأما دعوى المرأة عدم اليأس وعدم الزوج أصلاً ، ودعوى الاعسار مع عدم سبق اليسار وعدم البلوغ والحرية حيث لا يعلم سبق الملك ، فإنما يقبل قول المدعي في أمثال ذلك لكونه موافقاً للأصل ، لالعدم المعارض : وقد عرفت خروج ما كان موافقاً له عن موضوع القاعدة ، فإنه من قبول قوله بالدليل المعتبر وإن كان هو الأصل . وأما بقية الموارد المتقدمة فلكونها مما لا يعلم إلا من قبله ، وكل ما كان كذلك قبل قوله ، وهي قاعدة أخرى معتبرة بالنص والاجماع .

وبالجملة : فإن تم اجماع على تأسيس هذه القاعدة ، وإلا فلا دليل عليها بنحو الكلية .

والله العالم بمحقق أحكامه

رِسَالَةُ

فِي احكام الرعاى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مسألة : في معنى المدعي والمدعى عليه عرفاً ، ووظيفة كل واحد منهما ، وذكر أحكام التداوي وبينان نبذة مهمة من مسائل القضاء ، فهنا مقامات :

(المقام الأول)

في معنى المدعي عرفاً ، حيث لم تثبت له حقيقة شرعية حتى يحمل عليها ما عبر به في الأخبار الكثيرة ، مع معلومية عدم ارادة معناه اللغوي وهو الطلب ، لصدقه على المنكر أيضاً . وما كان كذلك ، فالمرجع فيه هو العرف .

وقد اختلفوا في تعريفه على أقوال : فبين من عرفه بـ (مَنْ لو ترك الخصومة لتُرك) (١) وهو المقصود ممن عبر عنه بأنه (لو ترك يخل وسكوته) (٢) أو وسيله (٣) وبين من عرفه بأنه : الذي يدعى خلاف

(١) بهذا عبر المحقق الحلبي في الشرايع - آخر كتاب القضاء : النظر الرابع في أحكام الدعوى وبهذا أيضاً عبر الشهيد الأول في متن اللمعة في كتاب القضاء ، القول في كيفية الحكم . وغيرهما كالعلامة في قواعده في كتاب القضاء أيضاً .

(٢) وهو تعبير الشهيد الثاني في الروضة في شرح كلام الشهيد الأول في المصدر الآلف . قال : وهو المعبر عنه بأنه الذي يخل وسكوته ، .
(٣) في الرياض : كتاب القضاء ، أحكام الدعوى - في تعريف المدعي - : هو الذي يترك ويخلّ سبيله لو ترك الخصومة ولم يطالب -

الأصل ، وأخلاف الظاهر (١) وبين مقتصر فيه على المعطوف عليه أو على المعطوف (٢) فتكون المسألة ثلاثية الأقوال أرباعيتها ويحتمل في كلام بعض (٣) قولها ثنائية .

والمشهور - كما قبل - : هو الأول . وعليه ، فمغنى تركه المعلق : هو تركه كما كان قبله الدعوى ، ومن حيث ما كان يدعى به وإن لم يترك بالكلية ومن حيثية أخرى ، فلا ينتقض بمدعي الوفاء ، فإنه يطالب بالدين وإن ترك دعوى الوفاء ، فالحيثية مأخوذة في التعريف .

- بشيء - وفي المسالك للشهيد الثاني - بنفس الباب - : « الذي إذا سكت خلى » ولم يطالب بشيء .

(١) الملاحظ : أن هذين التعبيرين والتعبير الأول عن المدعي ذكره عامة فقهائنا الأعلام من القدماء والمتأخرين كالعلامة في قواعده ، وتبعه جميع شراح القواعد كولد فخر المحققين في الإيضاح ، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ، والفاضل الهندي في كشف اللثام ، وهكذا في كفاية السبزواري والمسالك للشهيد الثاني ، وغيرهم في غير ذلك من عامة الكتب الفقهية ، في باب الدعوى من كتاب القضاء ، فإنهم ذكروا تعاريف ثلاثة أو أربعة للمدعي : إنه الذي يترك لو ترك ، وإنه الذي يدعي خلاف الأصل ، وإنه الذي يدعي خلاف الظاهر ، ونحو ذلك ، والمنكر بعكسه - بحكم المضابفة بينهما - .

(٢) يلاحظ (الجواهر) في هذا الباب فإنه يستعرض عامة تعاريف المدعي والمنكر :

(٣) كالمحقق في (شرائعه) بنفس الباب ، فإنه لم يذكر تعريفه بخلاف الظاهر . ولعله لما ذكره في (الجواهر) : « مما لا ينبغي صدور ضرورة عدم منافاة أكثر الدعاوى للظاهر الذي هو مقتضى العادة ونحوها ، .

والمراد بالأصل : هو القاعدة الشرعية المعمول بها في الواقعة المخصوصة سواء كان من الأصول الأولية العملية كاصالة البراءة واصالة العدم واستصحابه ، أم الثانية كاصالة الصحة ونحوها ، أو الظواهر المعتبرة كقاعدة اليد ونحوها ، فالمدار في كل خصوصية على ما هو مقتضى الأصل المعمول به فيها ، فمن يكون قوله مخالفاً كان مدعياً ؛

وبعد تبين معنى الأصل الموجب لصدق المدعي على من كان قوله مخالفاً له ، ظهر لك عدم ورود ما قيل عليه - كما في الجواهر - من إجمال التعريف به ؛ لأنه ان كان المراد مخالفة مقتضى كل أصل بالنسبة الى تلك الدعوى ، فلا ريب في بطلانه ضرورة أهمية المدعى من المخالفة للأصل ، فان كثيراً من أفراده موافقة لأصل العدم وغيره ، ولكنها مخالفة لأصل الصحة ونحوه ، وان أريد مخالفة أصل في الجملة ، فلا تمييز فيه عن المتكر الذي قد يخالف أصلاً من الأصول ، (١) انتهى .

ضرورة أنه لا مسرح ولا مجرى للأصل الأولي بعد حكومة الأصل الثالوي عليه حتى تكون مخالفته منطوقاً في الصدق ، فلو تنازعا في صحة المعاملة وفسادها كان من يدعى للفساد مدعياً لمخالفة قوله الأصل المعمول به في الخصومة وهو إصالة الصحة ، ومن يزعم الصحة منكرراً لموافقة قوله له وان كان مخالفاً للأصل الأولي وهو عدم الانتقال والتملك لعدم العبارة به

(١) قال - في ضمن النظر الرابع في أحكام الدعاوى ، في شرح قول المحقق : وكيف عرفناه فالمنكر في مقابله : « وعلى كل حال ، لا ينفي عليك أيضاً أنه ليس شيء منها منطبقاً على معنى المدعي الذي قد عرفت وانما المراد بتعريفه بذلك للتمييز بذكر شيء من خواصه اللازمة أو الغالبة وان خرجت عن مفهومه ، مع انه قد يناقش أيضاً بأن فيه إجمالاً لأنه ان كان . : ، الخ :

بعد محكوميته - وهذا بخلاف - مالو تنازعا في وقوع أصل المعاملة وعدمه فان المدعى منهما من يزعم وقوعها ، لأنه يدعى خلاف الأصل ، وهو أصل العدم وهو المعمول به حيث لا أصل يحكم عليه هنا . ولعل التعريف به حينئذ يرجع في المعنى إلى التعريف الأول لعدم الانفكاك بينهما .

ثم الظاهر من (الظاهر) الذي ألبط بمخالفته صدق المدعى في التعريف : هو الظهور النوعي للناشئ من الغلبة ، دون ظاهر حال الشخص فانه لاختلافه بحسب الاشخاص والاحوال غير صالح لجعله ميزاناً في الصدق وعليه فيكون التعريف به أعم مطلقاً من التعريف بمخالفة الأصل ، بناءً على اعتبار الأصول من باب الظن النوعي ، واردة ما يعم الظهور العرفي من التعريف بمخالفة الظاهر وان اعتبرناها من باب التعبد خرجت الأصول عن التعريف ، وكانت النسبة حينئذ بينه وبين التعريف بمخالفة الأصل عموماً من وجه : يجتمعان في مورد ، ويفترقان في آخر ، كما لو ادعت الزوجة بعد الطلاق الدخول بها مع الخلوة قبله مع ادعاء الزوج عدمها ، فانها مدعية على التعريف بمخالفة الأصل والزواج منكر ، وبالعكس على التعريف بمخالفة الظاهر لغلبة وقوع الوطء ممن هو حديث عهد بالعرس مع الخلوة بها باسدال السر وإغلاق الباب الكاشفة عنه كشفاً ظنياً ، وكانت اشارة عليه معتبرة شرعاً بما دل عليها من الأخبار المستفيضة . وحيث أردنا بالأصل القاعدة الشرعية المعمولة في تلك الخصومة الندرج فيه التعريف بمخالفة الظاهر ، إن خصصناه بما كان ظهوره معتبراً شرعاً ، وان عممناه لما يشمل الظهور العرفي كان أعم من وجه ، كما يظهر من بعض في مسألة : مالو اتفق الزوجان على إسلامها قبل المسيس ، واختلفا في التقارن وعدمه ، فادعت الزوجة سبق إسلامها على الزوج فيبطل به النكاح ، وادعى الزوج عدمه والتقارن فيه فالنكاح باقٍ ، فالزوجة مدعية على التعريف بمخالفة

الأصل لمخالفة قولها له وهو أصالة عدم التقدم لا استصحاب النكاح ، لان الأصل المعمول به في المقام انما هو الأصل الموضوعي دون الحكمي ، والزوج منكر ، وعليه فيحلف الزوج ويكون النكاح بينهما على حاله ، ويمكن الأمر على التعريف بمخالفة الظاهر لبعد التقارن وتدرجه فتحلف الزوجة ويبتل النكاح . (والمناقشة) بأن قول مدعي التقارن مخالف للأصل أيضاً ، بعد أن كان معنى التقارن بين الشئتين هو كون حدوث أحدهما عند حدوث الآخر المعلوم كون مقتضى الأصل عدمه ، بل كل من التقارن والتقدم عنوان منزع مما يكون منشأ انتزاعه مخالفاً للأصل ، بل التأخر أيضاً كذلك بناءً على أن منشأ انتزاعه هو حدوث كونه مسبقاً بالآخر وحادثاً بعده ، لا عدم حدوثه عنده وقبله حتى يكون موافقاً للأصل وهو أصل عدم ، وحينئذ فيكون الزوج مدعياً أيضاً (فاسدة) لأن الأصل المعمول به في هذه الخصومة المنوط بمخالفته صدق المدعي - كما عرفت - هو أصالة عدم التقدم دون إصالة عدم التقارن ، لعدم ترتب الأثر عليه وانما الأثر مرتب على الأصل الأول ، ضرورة أن بطلان النكاح انما يترتب على تقدم إسلام الزوجة ، وعدم التقارن لا يثبت تقدم إسلامها ، بل هو أعم منه ومن التأخر المتحد مع التقارن في الحكم من بقاء النكاح وهو واضح .

وكيف كان فالمنكر في كل تعريف : ما يقابل المدعي فيه ، وحيث ما فرض الشك في الصدق من حيث الشك في انطباق التعاريف عليه وعدمه إلزام أحدهما بالبيئة من دون تعيين ، بناءً على أن الاكتفاء من المنكر بيمينه انما هو للتسهيل عليه في حجته وكونها رخصة في حقه . وأما على القول بالعزيمة واختصاص الوظيفة بها ، فيشكل الحكم في حق كل منهما بإقامة البيئة أو اليمين - كما ستعرف - . والأحسن في الاحالة في ذلك على العرف : بل الظاهر : ان من عرفه بأحد التعاريف المذكورة إنما رام

التعريف له بلازمه وخاصته لا التعريف له بالكثرة والحقيقة حتى ينطبق عليه طرداً وعكساً ، فالكل يحومون حول معنى واحد لما هو عند العرف من معناه . ولعله عندهم هو الاخبار الجازم بما يقتضى ترتب الحق له أو سقوطه عنه ، فان الاخبار بذلك يسمى عندهم دعوى ، والمخبر مدعى ، كما أن الاخبار بما يعود ضرراً عليه عندهم إقرار ، وبما لا يكون لا له ولا عليه بل هو مجرد نسبة المحمول إلى الموضوع خبر . والاخبار بما يكون دعوى منه لا ينفك عن الطلب الذي هو معناه اللغوي ، غير أنه عرفاً طلب خاص لا مطلق الطلب الذي قد ينطبق على المنكر أيضاً .

(المقام الثاني)

في حكم المدعي والمدعى عليه المعبر عنه بالمنكر أيضاً ، وبيان وظيفة كل واحد منها ، فنقول :

إنه قد استفاض للنص والاجماع على أن : « البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه » (١) وقيل في وجه اختصاص كل منهما بما عليه من الوظائفين هو ضعف الدعوى لمخالفتها الأصل أو الظاهر ، وقوة الانكار لموافقته له أو لهما فلم يمتنع في الدعوى إلا بالحجة القوية ، أهني البينة لبعدها عن التهمة جبراً لخبره ، وأجتزأ في الانكار بما لا يكون في القوة كالبينة وهو اليمين دفعاً للتهمة المحتملة فيه ، وإن لم تبلغ قوة التهمة في المدعى ، فاقترضت المناسبة ذلك تعديلاً للميزان وعلى كل حال ، فمن المعلوم أن النصوص المفصلة واردة في مقام البيان بنحو التفصيل لما بين

ومطلق النصوص والاجماع هو النبوي المشهور المذكور في عامة كتب الحديث من الفريقين في باب القضاء : « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » .

بنحو الاجمال : من الميزان للحكم وحصر القضاء به في قوله (ص) :
 « انما اقضي بينكم بالبينات والايمان » (١) فتكون مبنيةً لوظيفة كل منهما
 بنحو القاعدة الكلية ، فالقضاء بغيرهما أو بغير التفصيل فيهما خروج
 عن موازينه :

لعم قد تخصصت القاعدة - كما قيل - بحملتها : الأولى والثانية
 في موارد : بعضها متعلق بالأولى ، وهي (البينة على المدعي) فيقبل قوله
 بلا بينة : إما مطلقاً ، أو مع اليمين ، وبعضها متعلق بالثانية بمعنى أنه
 منكر لا يمين عليه أو يمين لا على المنكر ، بل على المدعي :

أما الأول ففي موارد : (منها) : دعوى الأمين تلف العين المقبوضة
 له بنحو الأمانة الشرعية أو المالكية ، فانه يقبل قوله في التلف ، ولو مع
 يمينه ، ولا يطالب باقامة البينة عليه . وبدل عليه - مضافاً الى الاجماع
 المستفيض - المرسل عن الصادق (ع) وفيه : « عن المودع اذا كان
 غير ثقة : هل يقبل قوله ؟ قال : نعم ولا يمين عليه » (٢) وخبر مسعدة
 عنه (ع) : « ليس لك أن تأمن من خائك ، ولا تهم من ائتمنت » (٣)
 وخبر ابن زياد عنه عن أبيه : « أن رسول الله (ص) قال : ليس لك
 أن تهم من ائتمنته ولا تأمن الخائن » (٤) وضعف السند منجبر بما عرفت

(١) راجع : الوسائل ، كتاب القضاء باب ٢ من ابواب كيفية
 الحكم واحكام الدعوى حديث (١) . وتتمة الحديث : « وبعضكم ألحن
 بهجته من بعض فايماء رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فانما قطعت له
 به قطعة من النار .

(٢) الوسائل : كتاب الوديعه باب ٤ في أحكامها حديث (٧) .

(٣) نفس المصدر الآنف حديث (٩)

(٤) المصدر الآنف حديث (١٠) بتكملة جملة : وقد جربته .

وان اشتمل الأول على عدم اليقين كما من بعض ، إلا أن الأقوى قبول قوله معها ، لعموم ما دل على حصر القضاء بميزانه من البيئة أو اليقين مع عدم معلومية الجابر له من هذا الخصوص حتى يخصص به ما دل بعمومه على الحصر .

هذا مع امكان أن يقال ان انكار المالك للتلف مرجعه في الحقيقة إلى دعوى خيانة الأمين واتهامه ، كما لعله تشعر به الأخبار المتقدمة مع انطباق التعاريف عليه أيضاً ، لأنه لو ترك ترك ، وكان قوله مخالفاً للأصل والظاهر من عدم الخيانة ، الحاكم على إصالة عدم التلف ، والأمين منكر وليس هو إلا مخبراً بما يتحقق به انتهاء حق المطالبة والاسترداد للأمين من المالك .

ضرورة أن العين غير مضمونة على الأمين ، بل يجب ردها مادامت موجودة لا مطلقاً ، حتى يردّها بدّلها مع التلف ، فلم يتحقق الخصومة من المالك معه إلا بدعوى أحد أمرين : إما التعدي مع تصديقه التلف أو اتهامه بالخيانة مع تكذيبه ، وعلى التقديرين فهو مدعى والأمين منكر . وعليه فلم يكن المورد مما خرج عن القاعدة - كما قيل - واتضح به وجه توجه اليقين عليه أيضاً ، لأنه من يمين المنكر في قبول قوله مع الخصومة وليس الوجه فيه هو تعسر إقامة البيئة عليه حتى يتمجه القول بالتفصيل - كما عن الشيخ - بين ما لو استند إلى مسبب ظاهر كالخرق والفرق ونحوهما وعدمه ، سواء استند إلى سبب خفي كالسرقة ولحومها أو لم يذكر السبب أصلاً ، مع أن ترك الاستفصال في الأخبار يقتضى القبول مطلقاً .

ومنها : دعوى الودعي رد الوديعة إلى المالك مع انكاره ، فإنه يقبل قوله على المشهور شهرة عظيمة ، بل الاجماع محكي عليه مستفيضاً ، والنصوص المستفيضة شاملة له أيضاً ، ولا كذلك في دعوى الوكيل الرد

على الموكل ، والمستعير الرد على المعتبر على الأقوى ، وان كانت العين بيدها أمالة بالمعنى الأعم . وقيل كما في (الجواهر) وغيره في الفارق بين الوديعة وغيرها في ذلك انما هو النص والاجماع المفقودان في غير الودعي من الامناء ، قلت : وهو وان كان كذلك إلا أنه يمكن تطبيق كل من القبول في الوديعة وعدمه في غيرها على القاعدة ، بتقريب : أن انكار الرد في الوديعة مرجعه في الحقيقة إلى إنكار أصل الحفظ الذي ائتمنه المالك عليه واستنابه فيه . وليس الحفظ في غيرها إلا مستتبعاً للأغراض المقصودة بالذات من هنا وبها والعلة الغائية لايجادها ، فان عقد الوكالة مفاده الاستنابة على التصرف دون الحفظ وان استتبعه ، ومفاد العارية هو التبرع بالمنفعة أو الانتفاع . وأما الوديعة فالعلة الغائية لها والمقصود الأصلي فيها ليس الا نفس الحفظ الذي ائتمنه عليه ، ولذا عرفوها بأنها الاستنابة على الحفظ ، والوكالة استنابة على التصرف ، فالحفظ في الوديعة كالتصرف في الوكالة في أن المالك ائتمنه عليه وإن اطمأن بحفظ الوكيل لما له المسبب عن اطمئناؤه بأمانته ، فهو أمين عنده في حفظه لا أمين له فيه بحيث ائتمنه عليه ، وانكار الرد خارج عما ائتمنه عليه في غير الوديعة وان كان مرجعه إلى انكار الحفظ ، فيبقى تحت قاعدة البينة على المدعى ، لان الرد فعل خارجي يدهيه الوكيل أو المستعير مثلاً - على المالك فيطالب بالبينة .

ومنها : دعوى المالك لإبدال النصاب في أثناء الحول لثلاث تتعلق به للزكاة أو يكلف بأدائها فانه يصدق قوله فيه بلا يمين . وكذا لو ادعى الدفع إلى المستحق إجماعاً فيها كما في (وسائل البغدادي) وغيره ، وهو كذلك لذلك ولأن التصرف - وهو الإبدال في الأول - من شؤون المالكية ، وفي الثاني مما يملكه بالولاية التي هي ثابتة للمالك كولاية التبديل والعزل بالقسمة ، فيندرج تحت قاعدة (من ملك شيئاً ملك الاقرار به) بل المالك فيهما منكر لما يدعى عليه

الحاكم من اشتغال الدمة بالدفع ، سيما في الأول الذي يوافق قوله الأصل وهو عدم تعلق الزكاة بماله أو عدم التكليف بأدائه ، مع أنه - ولا سيما في الثاني - مما يتعسر أو يتعذر إقامة البينة عليه لامكان احتسابه من الدين الذي له على المستحق ، وسقوط اليمين فيها لكون الدعوى عليه من الحاكم غير جازمة لاحتمال الفراغ أو عدم التعلق ، سيما مع كونه مصدقاً فيهما واستصحاب بقاء العين وعدم الابدال في الأول لا يثبت إدارة الحول على الموجود أو كونه فيه .

ومنها : دعوى المالك نقصان ما خرص عليه المصدق لينقص بحسب ذلك ما قرر عليه من الزكاة ، بل هو منكر لما يدهي عليه المصدق من بلوغ القدر المخروص المنبعث عن الخدس والتخمين ، لموافقته للأصل ومخالفة قول المصدق له .

ومنها : دعوى الدمي الاسلام قبل الحول ليتخلص من الجزية ، فانه يقبل قول كلي منهما ، ويصدق بلايين : للاجماع المحكي فيهما أيضاً في (الوسائل) وغيره ، وسقوط اليمين فيهما ، لما عرفت من كون الدعوى غير جازمة ، والأصل يقتضى البراءة ، مع أن الدعوى في الثاني أيضاً مما لا تعلم إلا من قبله ، مضافاً فيه إلى أنه لو أسلم بعد الحول سقطت عنه الجزية عندنا ، كما في (المبسوط) للجب (١) .

(١) قال الشيخ في المبسوط : كتاب الجزايا ضمن كتاب الجهاد ، فصل في كيفية عقد الجزية ، آخر الفصل : « وإذا أسلم الدمي بعد الحول سقطت عنه الجزية » ويشير السيد الماتن - قده - بتعليل (الجب) إلى الحديث النبوي المشهور : « الاسلام يجب ما قبله والتوبة تجب ما قبلها » قال الجزري في النهاية بعد ذكر الحديث - : « أي يقطعان ويمحوان ما قبلهما من الكفر والمعاصي » .

ومنها : دعوى الصبي الحربي الذي ظاهره البلوغ بالنبات : الاستنبات بالعلاج ، ولم يكن عن بلوغ ليلحق بالدراري في عدم القتل . وعن بعض عدم قبول قوله إلا بالبيئة ، لأن النبات ظاهر في البلوغ اعتبره الشارع إماراً عليه ، فهو مقدم على الأصل فيه ، فهو مدعٍ لمخالفة قوله له ، فيطالب بالبيئة عليه ، والأقرب فيه القبول احتياطاً في الدماء لأنه لو لم يسلّم فليس إلا القتل ، ولا أقل من كونه موجباً للشبهة التي تدرء بها الحدود بعد أن كان المجهول إماراً على البلوغ إنما هو النبات بنفسه لا مطلقاً ، وحيث احتمل كوله غيره أوجب دعواه الشبهة الدارئة للقتل :

نعم لو ادعى الاستنبات لا بطل ما أوقع من عقد أو إيقاع ، فإنه لا يقبل قوله حينئذ إلا بالبيئة ، سلامة الإماراة فيه عما يوجب عدم العمل بها من الشبهة الدارئة للحد .

ومنها : دعوى البلوغ ، والأقوى تقييدها بدعوى الاحتلام دون السن لعدم تعلل إقامة البيئة عليه بخلاف الاحتلام الذي لا يعلم إلا من قبله فإنه يقبل فيه لأنه لا يمكن إقامة البيئة عليه ، فلو توقف عليها لزم الحرج والضرر المتليان : آية ورواية (١) .

وبالجملة : سماع الدعوى في مثل ذلك إنما هو للضرورة التي تنفدر بقدرها ، وهي متحققة في دعوى الاحتلام دون السن :

اللهم إلا أن يقال يتعسر البيئة غالباً عليه أيضاً ، فيلحق المتعسر غالباً بالمتعذر في القبول . ولعله لذا عن بعض قبول قوله فيه مطلقاً من غير تقييد باختصاصه بدعوى الاحتلام ، فتأمل . وكيف كان ، فلا يمين عليه

(١) إشارة إلى قوله تعالى في نفى الحرج - كما في سورة المائدة :

« ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ، وقوله (ص) في نفى الضرر : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » .

لأنها ضُربت على المنكر دون المدعي ، وللزوم الدور ، لتوقف اعتبارها على البلوغ فلو توقف البلوغ عليها دار : (لا يقال) سماع الدعوى مشروط ببلوغ المدعي والشأن فيه ، فبدور أيضاً (لانا نقول) : مادل على القبول في المقام من الضرورة يدل على القبول فيه من دون شرط ، فيكون مخصصاً لمادل على شرطية البلوغ لسماع الدعوى وبما ذكرنا يظهر لك الوجه في قبول قول المدعي لكل مالا يعلم إلا من قبله كدعوى البرائة مما يتعلق بالحيض والظهر كالمعدة وغير ذلك مما يتعدى الاطلاع عليه ، ولكل ما يوجب الشبهة الدائرة للحد إحتياطاً في الدماء .

ومنها : دعوى من عليه الحق الاعسار حيث لا تكون الدعوى مالية ولا مسبوقاً باليسار ، فان المشهور - كما قيل على قبول قوله بيمينته بلا بينة ، مع أنه مدعى لما يوجب سقوط المطالبة من العسر المفسر بالضييق والشدة في مقابل اليسر المفسر بالسعة ، وهما ضدان وجوديان لا ينتقضان فلا يثبت بالأصل حتى يكون مدعيه منكراً في الحقيقة لموافقة قوله له ، بل هو مدعى لمخالفة قوله إياه ، وحيث علق الانظار عليه في الآفة الشريفة (١) كان شرطاً في وجوبه . فلا بد من إحرازه لتوقف الحكم به على تحققه لكونه شرطاً لما علق عليه من الانظار ، مضافاً إلى ما ورد في الأخبار : « من أن علياً (ع) كان يحبس على الدين ثم يفتش عن ماله فان وجد والا أطلقه وأنظره الى الميسرة » (٢) ولولا جواز المطالبة بالحق عند الشك في الاعسار لم يكن للحبس وجه قبل التبين (لا يقال) : مقتضى المفهوم

(١) اشارة إلى آية (٢٨٠) من سورة البقرة : « وإن كان ذو عسرة

فنظرة الى ميسرة » .

(٢) راجع - بهذا المضمون في الوسائل آخر : كتاب الحجر

باب ٧ حديث (١) .

من جعل الميسرة غاية هو كون اليسار شرطاً لجواز المطالبة فيتوقف ثبوته على تحققه والأصل عدمه (لأننا نقول) : جعل اليسر غاية انما هو لبيان انتهاء زمان الانظار بانتفاء شرطه ، وهو الاعسار ، لا لكونه شرطاً في تركه المرادف للمطالبة ، فهو كدخول الليل المجمعول : غاية للصوم الواجب في النهار المنتفي هو بانتفاء زمانه المنكشف بدخول الليل . وكذا الحكم المعلق على السكون - مثلاً - المنتفي بالحركة ، فانه لانتهاء شرطه - وهو السكون - لا لخصوصية في الحركة من حيث هي حركة أوجب انتهاء الحكم أو ثبوت ضده . فالتضح الجواب عما توهم من دوران الأمر ، بين كون الاعسار شرطاً للانظار - كما يستفاد من منطوق الآية - أو كون اليسار شرطاً للمطالبة - كما يستفاد من مفهومها الثابتة حججته - .

وهذا أقصى ما يمكن أن يستدل به على عدم قبول قوله إلا بالبينه - كما عن بعض - إلا أن الأقوى ما عليه المشهور من قبول قوله بيمينه لكونه منكراً لوجود ما يتمكن منه من الوفاء ، وان كان الاعسار المفسر بالضيق والشدّة أمراً وجودياً بعد أن كان مناط صدقه انما هو بفصله العدمي . توضيح ذلك : ان العسر واليسر المفسرين بالضيق والسعة ، وان كانا أمرين وجوديين ، إلا أنها يدوران مدار فقد المال ووجوده ، وامتياز العسر عن ضده انما هو بفصله العدمي من فقد المال أصلاً أو فقد مقدار ماهه بتحقيق اليسر ، ضرورة أن من عنده مال لا يريد على مؤنثه الشرعية وضرورة معيشته هو معسر شرعاً ، ومناط صدقه عليه انما هو فقدان ما زاد عليه لا وجدان ما نقص عنه ، لاشتراكهما في وجدان ذلك القدر ، وانما الامتياز يفقد ما زاد عليه ووجدانه ، فالاعسار ، وان كان وجودياً ، إلا ان امتيازاه عن ضده بفصله العدمي المأخوذ في صدقه ، ولم يكن ملحوظاً في صدق الميسرة إلا كونه واجداً للقدر المرجب لصدقه من غير ملاحظة أمر علمي

في صدقه وحقيقته ، فيكون الاعسار حينئذ هو الموافق للأصل الموجب لصدق المنكر على من يكون قوله موافقاً له ، فيتوجه عليه اليمين . وأما الأخبار - فمع معارضتها بغيرها وكونها حكاية فعل لا عموم فيه - محمولة على كون الدعوى مالية وكانت مسبقة باليسار :

وأما الثالثة أي تخصيص الجملة الثانية المتكفلة لبيان وظيفة المنكر : من كونه منكرأ لا يمين عليه أو يمين لا على المنكر ، بل على المدعي .

فالأول منها : هو كل منكر لا حرمة عليه لو أقر بما أنكره فإنه لا يمين عليه لأن المنكر إنما كان عليه اليمين ليدفع بها غرامة المدعي عن نفسه فحيث لا غرامة فلا يمين . وهو الصحيح ، مثاله : ما إذا كان عبد في يد إنسان فادعى على مولاه أنه اعتقه . وادعى آخر على مولاه أنه باعه منه : فإن كذبها المولى ولم تكن لهما بينة حلف لهما لأنه منكر لدعواهما وإن صدق أحدهما ثم كذب الآخر لم يحلف لمن كذبه لأنه لا حرمة مع إقراره فلا يمين مع انكاره ، ضرورة أنه لو صدق المشتري - أولاً - ثم أقر للعبد لم ينفذ إقراره لكونه إقراراً في ملك الغير ولا غرامة على تلويث الحرية لأنها غير مضمونة ، فحيث لا غرامة بإقراره لا يمين مع انكاره . وهذه قاعدة مسلمة نبه عليها الشيخ في (المبسوط) ، وكذا لو صدق العبد - أولاً - لم يحلف للمشتري لانفساخ العقد بحرية العبد المسبية عن إقراره له أولاً ، فيكون من تلف المبيع قبل قبضه الموجب للانفساخ قهراً وإنلاف البايع كالتلف السماوي في سببته للانفساخ كما أسلفناه في عمله ، فتكون هذه القاعدة في مجاريها مخصصة لعموم اليمين على من أنكر .

والثاني : يمين الاستظهار التي هي على من إذا كانت الدعوى على الميت ، فإنها لا تثبت له إلا بالبينة واليمين معها ، كما دلت عليه النصوص المستفيضة ، والحق أن يمينه يمين المنكر ، إذ لو كان حياً يدعى الوفاء

لكان المدعي حينئذ منكرأ عليه اليمين ، وحيث كان محتملاً في حقه نزل الشارع الميت الصامت منزلة الحي المدعي للوفاء مراعيأ فيه الاحتياط ، كما هو صريح التعليل في الخبر المروي عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله ، وفيه : « وان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينة فعلى المدعي اليمين بالله الذي لا اله إلا هو : لقد مات فلان وان حقي عليه ، فان حلفت وإلا فلا حق له لأننا لا ندري لعله قد وقأء ببينة لا نعلم موضعها ؟ أو بغير بينة قبل الموت ، فمن ثم صار اليمين مع البينة » (١) وعليه فلم يكن المورد خارجاً عن قاعدة الوظيفة :

(تكلمة) : هل اليمين اعتبرت في حق المنكر إرفاقاً به عن كلفة إقامة البينة أو هي معينة عليه مختصة حجته بها - كما يقتضيه ظاهر النبوي المتقدم (٢) ولو بمعونة التفصيل القاطع للشركة ، وصريح خبر منصور ابن حازم عن الصادق عليه السلام : « قلت له رجل في يده شاة فجاء رجل وادعاه وأقام البينة العدول أنها ولدت عنده لم يبع ولم يهب ، وجاء الذي في يده البينة مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم يبع ولم يهب ؟ قال ابو عبد الله عليه السلام : حقها للمدعي ولا أقبل من الذي هي في يده بينة لأن الله عز وجل أمر أن تطلب البينة من المدعي ، فان كالت له بينة وإلا فيمين الذي هو في يده ، هكذا أمر الله عز وجل ، (٣) .

(١) الوسائل : كتاب القضاء ، باب ٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى . والرواية عن الشيخ أي الامام موسى بن جعفر (ع) وهي طويلة حذفت في المتن من أولها ومن آخرها .

(٢) إشارة إلى قوله (ص) : البينة على من ادعى ، واليمين على من ادعى عليه ، أو من أنكر :

(٣) الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ١٢ من أبواب كيفية الحكم -

الأقوى هو الأول ، لعموم ما دل على حجية البينة ، وخصوص ما ورد مستفيضاً في ترجيح إحدى البينتين المتعارضتين بأحد وجوه المرجحات الآتية في صورة ما لو كانت العين في يد أحدهما ، ضرورة أن الترجيح فرع حجية كل واحدة منهما ، إذ لا تعارض بين الحجة وغير الحجة ، مضافاً الى ما ورد في (حديث فذك) : من انكار علي أمير المؤمنين (ع) على الأول ، حيث ابتداء بطلب البينة من ذي اليد ، وكان حق الطلب أن يبتدئ بسؤالها من المدعي وهو المسلمون (١) ولو كانت البينة من ذي اليد غير مقبولة ولا مسموعة ، لكان الانكار عليه بعدم القبول وعدم الحجة أولى من الانكار باقتداء الطلب منه ، وهو واضح ، بل الظاهر كون ذلك من المسلمات عندهم ، حيث اختلفوا في تقديم بينة الخارج على بينة الداخل أو بالعكس مطلقاً ، أو على التفاصيل الآتية : من الاطلاق والتقييد ، وذكر السبب وعدمه ، وما يمكن فيه التكرار وما لا يمكن ، المعلوم ابتناء ذلك كله على حجية بينة المنكر من دون تكبر عليهم ، وإيس ذلك إلا لكون بينة المنكر معتبرة أيضاً ، فيكون مخبراً بين اليمين وإقامة البينة ان أراد دفع كلفة اليمين عن نفسه ، بل عن بعض : جواز اقامة البينة عند الحاكم تسجيلاً لثبوت حقه خوفاً من تعذر إقامتها اوظهر مدع عليه . (لا يقال) : إن مرتبة المنكر لا إقامة حجته متأخرة عن مرتبة المدعي لا إقامة حجته ، بل مشروطة بعدم الحجة للمدعي ، ولذا لا يمين على المنكر بعد إقامة المدعي بينته ، فكيف يكون المنكر مخبراً في حجته بين البينة واليمين ؟ (لأننا نقول) مع أنه اجتهد في مقابل النص الوارد في تعارض البينتين مع كون العين في يد أحدهما ، يدفعه أن المنكر حيث لا بينة للمدعي مخبر

= وأحكام الدعوى ، حديث (١٤) .

(٢) تقدمت الإشارة إلى هذه المحاجة في رسالة : (قاعدة اليد) .

بين إقامة البينة أو اليمين : ومعها وإن كان لا يطالب باليمين لأن الاجلاف حق المدعي يضطر اليه عند الحاجة ومع البينة لا حاجة له اليه ، الا أنه يطالب بدفع حجة المدعي أما بإبطالها كالجرح أو بالمعارضة بمثلها كالبينة ، فالمنكر مع عدم البينة للمدعي مخير بين اليمين وإقامة البينة ، ومع بينة المدعي مخير بين إبطالها أو المعارضة بمثلها ، غير أنه على الثاني يمكن أن تكون فائدة بيئته دفع بينة المدعي ، فيكون المورد بعد الاسقاط كما لو لم تكن بينة للمدعي ، ويمكن ترجيحها باليد على بينة المدعي بناءً على تقديم بينة الداخل على الخارج .

فانضح بما ذكرنا أن اليمين حيث تتوجه على المنكر انما هي من باب الارفاق لا حصر الحجة بها ، والله العالم .

وأما النبوي ، فمع كونه محمولاً على الغالب ، يحتمل أن يكون ناظراً إلى ما هو للمدعي وعليه من الميزان لقطع الخصومة التي هي من حقوقه ولذا لو تركها لترك من البينة عاينه واليمين له على المدعي عليه . ولذا كان الاحلاف متوقفاً على طلبه لأنه من حقوقه وان توقف استيفاءه على الحاكم وكان له الاكتفاء باليمين مع تمكنه من البينة ، فمساق الحديث : البينة على المدعي وله اليمين على من أنكر ، وليس ناظراً إلى حصر إثبات حق المنكر باليمين .

وأما خبر منصور بن حازم ، فمع كونه مرمياً بالضعف ، غير مكافئ لما دل على الترجيح في صورة التعارض بالمرجحآت الآتية المستلزم لقبول بينة المنكر او انفردت بنفسها ، فيختص او يفي على العمل به بمورده من إلغاء بينة المنكر مع قيام بينة المدعي لا مطلقاً ، وان كان التعليل فيه يقتضي العموم .

(المقام الثالث)

في التداعي وبيان جملة من أحكامه ، فنقول : لو تداعيا في ملكية عين ، فلا يخلو : إما أن تكون العين بيديهما أو بيد أحدهما أو بيد ثالث غيرهما أو لا يد لأحد عليهما . وعلى التقادير : فأما أن لا تكون لهما بينة أو كانت ولكن لأحدهما دون صاحبه أو لهما معاً ، فهنا صور ، أصولها أربعة ، وأقسام كل أصل منها ثلاثة :

الصورة الأولى - مالهو كانت العين بيدهما ، وهي على أقسام :
 (القسم الأول) : إذا لم تكن لهما بينة فالحكم فيه بعد التحالف والتنصيف لكون كل منها مدعياً من جهة ومدعى عليه من جهة أخرى لأنه منكر لما يدعى عليه صاحبه من اختصاص الملكية بنفسه ، فعليه اليمين من غير فرق بين القول بأن يد كل منهما على النصف فلا يد له على النصف الآخر أو القول بأن يد كل منهما على الكل لا ينحو الاستقلال وأنه من تزامم البدن في توجه اليمين على كل منها والقضاء بالنصف عليهما . وهو على الأول واضح لتغاير موضوع مالهو يكون مدعياً لموضوع مالهو يكون منكراً فإنه في الأول هو النصف الذي في يد صاحبه ، وفي الثاني هو النصف الآخر الذي في يده ، وتغاير الموضوع شرط في صدق العنواين على واحد وعلى الثاني : فقد يتوهم الاشكال في صدقهما على كل منهما مع كون العين في يدهما ، فإن موضوع مايدعى ملكية جميعه - وهو العين - عين مايدعبه الآخر ، فكيف يكون مدعى عليه فيما يكون فيه مدعياً ، إذ ليس هو الا ملكية الجميع يدعيها كل منهما . الا أنه مدفوع بكفاية التغاير بالاعتبار في صدق العنواين عليه ، إذ العين التي في يديهما مرهونة بهما بمقتضى اليد عليهما ، فكل منهما يدعواه الاختصاص به يدعى على صاحبه خلاف

ما تقتضيه يده من الربط به ، فكل من حيث الربط الحاصل له به باليد مدعى عليه ، وبالنسبة الى الربط الحاصل للآخر بها مدعى ، ضرورة أن مقصود كل منهما في دعواه انتزاع العين من يد الآخر ليستقل بها .

وبعبارة أخرى : اليديدان : يد مستقلة ، ويد مزاحمة بمثلها ، ومقاد كل منهما غير مقاد الأخرى ، لأن مقاد الأولى هو الملكية المستقلة بمعنى استقلال مالكها بها ، ومقاد الثانية هو الملكية غير المستقلة ، فمقاد كل من اليدين هو الملكية - في الجملة - الثابتة لكل منهما باليد ، فدعوى الاختصاص من كل منهما من حيث تعلقها بما يرجع إلى ملك الآخر ، ولو في الجملة سبب لكونه كان مدعياً على الآخر ، والآخر مدعى عليه وهذا القدر من التغاير كافٍ في صدق العنوانين على كل منهما :

وان أبيت عن ذلك ، فلنقرر المطلب بتقرير آخر ، وهو أن اليد وغيرها من الامارات المعتبرة شرعاً في الأحكام كخبر الواحد والاجماع المنقول مثلاً ، أو في الموضوعات كالبيئة واليد ونحوهما هي امارات على مؤدياتها مفيدة لها دالة عليها عرفاً ، غير أنها لما كانت ظنية غير علمية احتيج إلى امضاء الشارع للعمل بدلالاتها ، فالمجعول منه هو اعتبار الدلالة لا بكونها دالة ، وحيث لا يد ان كانت مستقلة كانت دالة على الملكية المستقلة وان كانت مزاحمة بمثلها كانت دالة على النصف كذلك عرفاً ، والشارع جعل كلاً من اليدين معتبرة في مداولهما العرفي من الكل مستقلاً في الأول وبالنصف في الثاني . وان قلنا فيه يكون اليد على الكل أيضاً بعد أن كان مفادها النصف عرفاً ، فكل منهما مدعى عليه لمقاد يده . هذا ومرجه في الحقيقة الى ما ذكرناه أولاً ، ضرورة أن النصف المشاع مستقلاً عن الكل لا ينحو الاستقلال ، فالملكية المتعلقة بالكل لا ينحو الاستقلال : ان تم انفصالها في المرض من حيثيته الاستقلالية تولد منه كسر من الكسور القسمة

وهو النصف مثلاً ، فلا نقض في الفرض بالنسبة إلى الملكية وإنما النقض بالنسبة إلى الاستقلال وعدمه .

وبما ذكرنا يظهر لك مواقع التأمل في كلام شيخنا في (الجواهر) حيث قال : « وقد يناقش بعدم اندراجهما في القاعدة المزبورة اذ للفرض أن يد كل منهما على العين لا نصفها ، ضرورة عدم تعقل كونها على النصف المشاع إلا بكونها على العين أجمع في كل منها - حينئذ فلا مدع ولا مدعى عليه منها ، ضرورة تساويهما في ذلك ، إلا أن الشارع قد جعل القضاء في ذلك بأن العين بينهما ، كما سمعته من النبوي المرسل فالنصف هو القضاء بينهما في الدعوى المزبورة التي كان مقتضى يد كل منهما الكل ، ومنه يظهر لك عدم كون كل منهما مدعياً لنصف الآخر ومدعى عليه في نصفه كي يتوجه التحالف ، بل المتوجه لإلغاء حكم يد كل منهما بالنسبة إلى تحقق كونه مدعى عليه ، ويكون كما لو تداعيا حينئذ لا يد لأحد عليهما ولا بينة لكل منهما ، فإن القضاء حينئذ بالحكم بكونها بينهما لكون الدعوى كاليد في السبب المزبور المحمول على التتصيف بعد تحذر إعماله في الجميع للمعارض الذي هو استحالة اجتماع السببين على مسبب واحد ، إذ لا وجه لاستحقاق كل منهما اليمين على الآخر ، ضرورة عدم كونه مدعى عليه بعدم يد له على العين يراد رفعهما عنه ، فقول كل منهما : هي (لي) دعوى بلا مدعى عليه فلا يمين فيها فتأمل جيداً ، فإنه دقيق نافع . أوبقالي في الفرض باعتبار ثبوت اليد لكل منهما على العين مدعى عليه ، لو كان مدعٍ خارج عنهما ، وإلا فلا يتصور كونه منهما بعد أن كان مع كل منهما عنوان المدعى عليه للمعلومية التباين بين المدعي والمدعى عليه ، ومن هنا كان التحالف إذا كان كل منهما مدعياً منكرآ بمعنى أنه مدعٍ لشيء ومنكر لآخر كما هو ظاهر في النظر إلى أفراد ذلك . لا في

مثل المقام الذي دعوى كل منهما الكل ، والفرض ان اليد لكل منهما فلا يكون مدع فيما هو مدعى عليه فيه .

اللهم الا أن يقال : ان اليمين هنا لترجيح أحد السببين كالترجيح بها لاحدى البيتين وان ترتب عليه كون العين للحالف منهما ، (١) انتهى وانما ذكرنا كلامه بطوله لتقف على مواقع التأمل فيه . وبذلك يظهر الوجه في إخلاف كل منهما للآخر إن أريد القضاء بالنصف عليهما قطعاً للخصومة الواقعة بينهما ، لان كلاً منهما مدعى عليه وبمبنة يمين المنكر ، خلافاً للمحكى عن (الخلاف) والغنية والكافي والاصباح وظاهر الشرائع في الحكم بالتنصيف من دون يمين ، بل عن الأولين : دعوى الاجماع عليه مؤيداً بظاهر النبوي المرسل : « ان رجلين تنازعا في دابة ليس لأحدهما بيعة فجعلها النبي (ص) بينهما » الا أنها (٢) موهونان بالارسال ، ومصبر المعظم إلى الخلاف من لزوم التحالف ، مع كون المرسل ، واجماع الغنية ليس فيها الا عدم التعرض لليمين . وهو أعم من عدمها ، فلا موجب لتخصيص ما دل على حصر القضاء بالميزان من البيعة أو اليمين ، ثم ان حلها او نكلا مع الرد أو بدونه قضي بينهما وإلا فهو للحالف منهما .

هذا وقد يتوهم النقص بعدم اليمين في نظير المقام من التداعي في مسائل تعرضوا لها في الصلح :

منها : مسألة مالو أودعه السان درهمين وآخر درهماً وامتزج الجميع

(١) راجع ذلك في : كتاب القضاء النظر الرابع في أحكام الدعاوى المقصد الأول في دعوى الأملاك ، في شرح قول المحقق (مسائل : الأولى لو تنازعا شيئاً في يدهما ولا بيعة) .

(٢) أي النبوي ودعوى الاجماع : فالأول موهون بالارسال ، والثاني بعدم تحققه .

ثم تلفت درهم كان لصاحب الدرهمين درهم ونصف ، وللآخر نصف درهم
 لخبر السكوني عن الصادق (ع) ، المنعبر بالعمل ، وفيه : « عن رجل
 استودعه رجل دينارين واستودعه آخر ، ديناراً فضاع دينار منهما ؟ فقال :
 يعطى صاحب الدينارين ديناراً ويقتسمان الدينار الباقي بينهما نصفين » (١) .
 ومنها : « ما لو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً وللآخر ثوب بثلاثين
 درهماً ، ثم اشتبها ، فإن خسر أحدهما صاحبه فقد أنصفه ، وإن تعاسرا يبيما
 وقسم ثمنهما بينهما أخماساً : أعطى خسان لصاحب العشرين وثلاثة أخماس
 لصاحب الثلاثين ، لخبر اسحاق بن عمار عن الصادق (ع) : « في الرجل
 يئضمه الرجل ثلثين درهماً في ثوب ، وآخر عشرين درهماً في ثوب فبعت
 الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه ؟ قال : يباع الثوبان ، فيعطى
 صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن والآخر خسا الثمن . قلت : فإن
 صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين : إخترا أيهما شئت ؟ قال : قد
 أنصفه » (٢) .

ومنها : « ما لو كان معهما درهمان فاداهما أحدهما ، وقال الآخر : هما
 بيني وبينك ، كان لمديعهما درهم ونصف ، وللآخر نصف درهم ، لمصححة
 عبد الله بن المغيرة : « عن خير واحد من أصحابنا عن أبي عبد الله (ع)
 في رجلين كان معهما درهمان ، فقال أحدهما : الدرهمان لي ، وقال الآخر :
 هما بيني وبينك ؟ قال فقال أبو عبد الله (ع) أما الذي قال هما بيني
 وبينك ، فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شيء وأنه لصاحبه ،
 ويقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين » (٣) .

(١) الوسائل ، كتاب الصلح ، باب ١٢ حديث (١) .

(٢) المصدر الآنف الذكر ، باب ١١ حديث (١) .

(٣) المصدر الآنف الذكر باب ٩ ، حديث (١) .

ومثله مرسل مجد بن أبي حمزة (١) ولا يمين في هذه النصوص المنجبرة بالعمل الحاكمة بالقسمة المتقدمة . وان استقر التحالف في الأخير في محكي (التذكـرة) حيث قال : « الأقرب أنه لا بد من اليمين فيحلف كل واحد منهما على استحقاق نصف الآخر الذي تصادمت دعواهما فيه فمن نكل منها قضى به للآخر ولونكلا معاً أو حللما معاً قسم بينهما نصليين » (٢) واستحسنه في محكي (المسالك) .

إلا أنه مدفوع : (أولاً) بوضوح الفرق بين تلك الفروع ولا سيما الأولين منها ، وبين محل البحث المأخوذ فيه كون الدعوى من كل منها بنحو البت ودوران الاحتمال في المدعى به بين كونه لهما بالإشاعة أو لكل منهما بالاستقلال المنتفيين في المسألة الأول والثانية قطعاً ، لعدم الجزم بما يدعيه كل منهما بسبب الاشتباه وعدم احتمال الإشاعة في المشتبه منها لمعلومية كونه : إما له أو لصاحبه (وثانياً) بإمكان دعوى خروجهما عن عنوان التداعي بمحصل الشركة الحكيمة بالاشتباه الملحق بالزوج الحقيقي والعرفي في سببته لها بناءً على القول به ، لوجود المناط الموجب لها من عدم التمييز فأدت الضرورة الى الحكم فيه أيضاً بالشركة الحكيمة دون الحقيقية التي هي بمعنى الإشاعة في الكل لبقاء كل من المالين على ملك مالكة على الأقوى ، وكانت الشركة بينهما على نسبة المال ، ولذا لو ابتاع بمجموع الدراهم الثلاثة سلعة كانت الشركة فيها أثلاثاً ، لكن بالإشاعة لكونه معوضاً عن مجموع الثمن الذي له فيه الثلث ، بخلاف مالو اشتراها بواحدة منها فان الشركة فيها على حد الشركة في ثمنها من الحكيمة لقيام

(١) في المصدر الآنف ، آخر الحديث إشارة الى المرسل المذكورة .

(٢) آخر كتاب الصلح بعنوان : مسألة : لو كان في يد شخصين

درهمان ، فادعاهما أحدهما وادعى الآخر واحداً منهما .

المشمن مقام الثمن في دوران الاشتباه بين كونه : إما له أو لصاحبه .
 (لا يقال) ان مقتضى الشركة في مسألة الوديعة هو الحكم بالثبات في
 القسمة بينهما دون التخصيص الذي حكم به الخبر . لو ارد فيها بتخصيص الدرهم
 بينهما فيعطى لصاحب الدرهمين درهم ونصف وللآخر نصف درهم فيرجع
 إلى التوزيع في الأنصاف الأربعة من الدرهمين الموجودين دون التثليث فيها
 الموجب لتخريج الخبر مخرج الصلح القهري تعبداً (لأننا نقول) مقتضى
 الشركة الحكيمية التي هي لا بنحو الاشاعة في قسمتها بعد تلف البعض : هو
 ما حكم به الخبر من تخصيص المردد المشتبه بينهما لو كانت الشركة بين اثنين
 فتكون الرواية جارية على القاعدة في قسمة أمثالها ، لا على خلافها تعبداً :
 ضرورة أن القسمة انما ترد على المشتبه المردد بينهما ، دون ما هو
 معلوم لواحدٍ منهما بعد أن كان معنى التقسيم هو إعطاء كل ذي حق
 حقه من المال فيعطى لصاحب الأكثر ما هو له على التقديرين ، سواء كان
 التالف منه أو من الآخر كصاحب الدرهمين المعلوم كون الواحد منها له
 على كل حال : فلا قسمة فيه ، وانما القسمة في الواحد المردد بينهما ،
 ومقتضى الشركة فيه بين الاثنين تخصيصه بينهما ويكون التلف منهما بقدر
 ماله ضم إلى ماله من الموجود كان طبقاً لما كان له قبل التلف فيكون
 حكم التالف في التوزيع حكم الموجود في القسمة من التعلق بالقدر المردد
 بينهما بحيث لو كان التالف مضموناً ، كما لو كان المزج بتعددٍ منه ، كالت
 القسمة في بدله على نسبة القسمة في الموجود المردد .

توضيح ذلك : ان خلط المالين المتماثلين بحيث يرتفع التمييز بالاشتباه
 لا يخلو : أما أن يختلفا في القدر أو يتساويا فيه . وعلى التقديرين : فاما أن
 تكون الشركة الحكيمية بين اثنين أو أكثر والحكم في جميع صورها :
 هو ما ذكرنا : من قضاء الضرورة إعطاء حكم الشركة في الجميع قبل

التلف على نسبة السهام فيه ، للاشتباه الدائر في الكل الموجب لتعذر التعيين ووقوع قسمة الموجود منه بعد التلف على المردد المشتبه بين الشركاء على نسبة عددهم : من التنصيف بين الاثنين والتثلث بين الثلث وهكذا دون القدر المعلوم لأحدهم ، وتوزيع التالف منه عليهم كذلك بالنسبة بحيث لو ضم إلى ما أعطى له كان طبقاً لما كان له قبل التلف .

ولنزد توضيح ذلك بالمثال : كما لو كان واحداً درهم ولآخر تسعة دراهم ، فاختلطوا وتلف واحد منها أعطي ثمانية منها لصاحب التسعة باليقين ونصف من الواحد الموجود المردد بالشركة ، والنصف الآخر لصاحب الدرهم والتالف بالتوزيع بينهما كذلك ، فلو كان التالف في المثال درهين كان لصاحب التسعة سبعة دراهم باليقين ، وعليه من التالف واحد كذلك وله نصف من الواحد المردد بالشركة ، فلو ضم إلى ماله من الموجود ما تلف منه باليقين وبالتوزيع كان طبقاً لما كان له قبل التلف وكذا بالنسبة إلى صاحب الدرهم اوضح ما تلف منه من النصف بالترديد إلى ما أعطى له من الموجود كذلك كان طبقاً لما كان له من الدرهم قبل التلف وكذا لو كان لأحدهما ثمانية دراهم وللآخر درهين وتلف منها أربعة دراهم ، كان لصاحب الثمانية أربعة من الموجود باليقين وواحد منه بالقسمة للترديد ومن التالف اثنان باليقين وواحد بالتوزيع للترديد ، وكان لصاحب الدرهمين درهم من الموجود بالقسمة للترديد ، ومن التالف واحد كذلك ، فلو ضم التالف من كل منهما إلى ماله من الموجود كان طبقاً لما كان له قبل التلف ولو تساوا في قدر المال فيقسم الموجود بينهما بالسوية ، ويوزع التالف عليهما كذلك . ولو كان الشركاء أكثر من اثنين فبالنسبة إلى عددهم في قسمة الموجود بينهم وتوزيع التالف عليهم بالتثلث أو التربيع أو التخميس ، وهكذا . والقسمة في الثوبين المشتبهين تقع في مالتيهما على نسبة ملك الثمين فتحصص أخماساً

ويعطى لصاحب العشرين خسان ، ولصاحب الثلاثين ثلاثة أخماس بموجب الشركة الحكيمة في نفس الثوبين ، غير أن القسمة لما كانت متعلدة في عينيهما كانت في ثمنيهما . وبما ذكرنا اوضح لك عدم منافاة القسمة في فرض الدرهم المردد بينهما للعلم الاجمالي في كونه لأحدهما حتى يقال بكونه من الصلح القهري تعبداً .

وأما النقض بالسألة الثالثة ، فقد يدفع بأن النص ، وإن كان السؤال فيه ظاهراً في كون نسبتهما إليه بنحو الاشاعة . إلا أنه يجب صرفه عن ظاهره بإرادة اختصاص التداعي في واحدٍ منهما بقريئة جواب الامام ، للظاهر في إرادة الواحد بالعدد الموجب لكون الواحد المتنازع فيه مردداً بين كونه : إما له أو لصاحبه ، وحينئذ فيخرج عن محل البحث المفروض فيه قيام احتمال كون مافي يديهما لهما بنحو الاشاعة أيضاً ، فلا يصلح النقض به . مع أن العلم الاجمالي حينئذ باختصاص ما اختص للتداعي به بأحدهما يوجب سقوط اليد من الجانبين لسقوط احدهما بالعلم الاجمالي بأنها ليست مالكية ، والاخرى بسقوط ظهورها في تعيين صاحبها بالنسبة الى الآخر فيكون حكمها حكم مالو نداعيا عيناً لا بد لأحدٍ عليها : من القضاء فيه بالخلف بعد القرعة - كما ستعرف - فالحكم فيه بالتصنيف من دون يمين مع أنه لم يصلح نقضاً مخالفاً للقاعدة أيضاً :

اللهم الا أن يمنع وجوب صرف السؤال عن ظاهره بتقريب أن يقال : ان قوله في السؤال : (هما بيني وبينك) إما مجمل من حيث إرادة كون النسبة اليهما بنحو الاشاعة فيهما أو إرادة الواحد منهما ، واما الأعم منهما الشامل لهما ، وقوله في الجواب (فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شيء) وإن كان ظاهراً في إرادة الواحد بالعدد دون الملقق من التصنيفين المساوي للواحد المعبر عنه به أيضاً ، الا أن ذلك لم يكن مما

أقر به بقوله (هما بيني وبينك) اظهوره في الوحدة التلقيفية أو اجماله بينها وبين الوحدة العددية ، فلا تكون خصوص العددية مقراً بها ، فيصرف ظهور الجواب الى ما يرجع الى ظاهر السؤال : من كونه بينهما بالاشاعة وحينئذ فيكون داخلاً في محل البحث من احتمال كون العين لهما بنحو الاشاعة فيصلح النقض به للحكم في محل البحث لعدم ذكر اليمين فيه .

توضيح ذلك : أن الواحد اذا لوحظ بالمحاذ الكسور كان مرادفاً لما يساويه منها ، ضرورة أن الواحد ينطبق على النصفين وثلاثة أثلاث وأربعة أرباع ، وهكذا الى عشرة أعشار ، كما أن عشرين عشراً ينطبق على الاثنين وكذا عشرة أخماس وثمانية أرباع وستة أثلاث وأربعة أنصاف ينطبق عليه أيضاً ، فيقوم كل من اللفظين مقام الآخر في التعبير ، فيقال : واحد ونصفان وثلاثة أثلاث وأربعة أرباع ، وانما التغاير بالاعتبار .

اذا عرفت ذلك ، فنقول : قوله في السؤال (هما بيني وبينك) من غير تقييد بالتفاضل الظاهر في التساوي ينحل بعبارة أخرى الى قوله (نصلهما لي ونصفهما لك) وله مصداقان : أحدهما الواحد بالعدد ، والآخر بالتفريق من نصفين ، وهو : اما مجمل بينهما أو ظاهر في الوحدة التلقيفية فكيف . يكون ما أقر به هو الوحدة العددية فيصرف بقريئة الاقرار الى ارادة الوحدة من حيث النتيجة المنطبقة على كل منهما . مضافاً الى لزوم مخالفة الرواية للقاعدة إن اختص التداعي فيها بالواحد بالعدد ، لما عرفت من سقوط اليدين وارجاع حكمه الى مالو لم تكن يد عليها من القرعة والحلف بعدها - كما ستعرف - فلا مناص عن الحمل على اختصاص التداعي بواحد منهما ، الصادق معه أيضاً باعتبار المجموع قوله : هما بيني وبينك ، مع احتمال الاشاعة أيضاً بتثليث الاحتمالات فيه بكونه : إما له أو اصاحبه أو لهما معاً مع كونه في يديهما ، فيكون من محل البحث .

إلا أن التقص به ليس الا من جهة عدم ذكر اليمين فيه مع الحكم بالتنصيف ، وهو لا ظهور له في عدم بحث بخصوص مادل على القضاء باليمين ، ولعل الترك للإيكال الى ما يقتضيه ميزان القضاء من حصره بالبينة واليمين .

(القسم الثاني) : لو كانت لأحدهما بينة دون الآخر ، قضى بها لصاحب البينة ، لعدم ما دل على حجبتها ، ولا يمين عليه بناءً على أن يمين المنكر للرافاق لا للوظيفة . ولو قلنا بالثاني وأنه يختص حجته بها لزم ضم اليمين اليها بناءً على ما عليه المشهور : من أن اليد المشتركة انما هي على النصف ، فالقضاء بالجميع له يتوقف على اعمال للوظيفتين .

اللهم الا أن يدعى كون الترجيح بالداخل أو الخارج انما هو لضرورة التعارض المفقود مع وحدة البينة الموجبة للعمل بمؤداها . ولعله الوجه في اطلاق من أطلق القضاء بجميعها لذي البينة من دون تقييد باليمين معها مع تصريح اكثرهم في صورة التعارض بترجيح بينة الخارج .

(القسم الثالث) : لو كانت لكل واحد منهما بينة على ما يدعيه قضى بها لهما بالسوية مطلقاً أو بعد التحالف من دون ملاحظة الترجيح هنا كما عن المشهور ، ولعله عندهم لاختلاف محلها وموضع اعتبارهما فلا ينفك عن الترجيح : اما بتقديم بينة الخارج أو الداخل ، فبينة كل منهما انما تثبت ما نحت يد الآخر على الأول أو ما تحت يده على الثاني ، فالثبت أحدهما غير المثبت بالأخرى ، ومعه لا يرجع الى المرجحات الخارجية من الأعدلية والأكثرية . وهو حسن بناءً على أن يد كل منهما على النصف ويشكل بناءً على ما هو الأقوى : من كون يد كل منهما على الكل لتساويهما في الدخول ، فلا ترجيح من حيث الداخلية أو الخارجية .

وبالجمله : لا كلام في الحكم بالتنصيف ، وانما الكلام في وجه

ذلك مع اقتضاء بيئة كل واحد منهما اختصاص العين به ، فبين قائل
بتساقط البيئتين ورجوع الفرض بعده الى الصورة الأولى ، الا أنه لا ينبغي
حينئذ اختصاص ذلك بصورة التساوي ، ومع الترجيح باحدى المرجحات
الآتية في الصور الباقية ينبغي العمل بالراجح ، لأن التساقط فرع التكافؤ
والتساوي بينهما ، وبين قائل بترجيح بيئة الخارج بالوظيفة لأن يد كل منهما
على النصف فيقضى لكل منهما بما في يد غيره ، وقائل بترجيح بيئة
الداخل باليد فيقضى له بما في يده الموجب للتنصيف على التقديرين وان
اختلفا في الاعتبار .

وتظهر الثمرة بينهما وبين الوجه الأول في كون التنصيف انما هو
بعد التحالف على الأول ، وبدونه على الآخرين ، لأن المأخوذ فيها انما
هو مأخوذ بالبيئة التي لا معنى لليمين معها .

فمن القريب ما ذهب اليه في (التحرير) : من لزوم التحالف مع
بنائه على ترجيح بيئة الخارج حيث قال هنا بعد الحكم بالتنصيف والقضاء
لكل منهما بما في يد غيره مقدماً لبيئة الخارج ما لفظه : « وهل يحلف
كل واحد على النصف المحكوم به أو يكون له من غير يمين ؟ الأقوى
عندي الأول مع احتمال الثاني » وكذا في (التنقيح) حيث فرع على الحكم
بالتنصيف : أما لتقديم بيئة الخارج أو الداخل بقوله : « فيكون بينهما
نصفين على التقديرين سواء أقاما بيئة أو لم يقما بيئة ويكون لكل منهما
اليمين على صاحبه فان حلفا أو نكلا فالحكم كما تقدم ، وان حلف أحدهما
ولكل الآخر قضى بها للحالف ، انتهى :

ولم أروجهما لذلك الا التشبث بخبر اسحاق بن عمار : « عن أبي عبد الله
عليه السلام ، أن رجلين اختصما الى أمير المؤمنين (ع) في دابة في أيديهما
وأقام كل واحد منهما البيئة : أنها نتجت عنده ، فأحلفها علي (ع) فحلف

أحدهما وأبى الآخر أن يحلف ، ففضى بها المحالف ، فقبل له ، فلو لم تكن في يد واحدٍ منهما وأقام به البينة ؟ فقال : أحلفها فأبىها حلفت وتكل الآخر جعلتها للمحالف ، فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين « (١) الخبر وهو كما يحتمل ذلك تعبداً كذلك يحتمل ابتناؤه على التساقط الموجب للتحالف - كما عرفت - .

(الصورة الثانية) : ما اذا كانت العين بيد أحدهما وادعاهما كل منهما ، وهي بهذا القيد تندرج في عنوان التداعي ، والا فمجرد انكار ذي اليد لما يدعى عليه وتكذيبه فيما يدعيه قاتلاً في جواب قوله (هو لي) أنه (ليس لك) لا يكون الا مدعى عليه وخارجاً عن عنوان التداعي ، بل هو من قسم المدعى والمدعى عليه - فقط - ولعل من لم يعتبر بيينة المنكر يريد متى كان منكراً بهذا المعنى لأنها إن شهدت بما يوافق جواب المنكر كانت غير مسموعة ، لأنها لافية ، وإن شهدت بأنها له كانت غير مطابقة لجوابه ، وهو ان تم خلاف ظاهر ما عليه الأصحاب في معنى المنكر المنطبق عليه تعاريفهم : من موافقة قوله الأصل أو الظاهر ، ومن لو ترك لم يترك الصادق على ذي اليد مطلقاً وإن قال في جواب مدعيه : هو لي ، كما يظهر من كلامهم في ترجيح بيينة الداخل أو الخارج وغيره وكيف كان : فهذه الصورة أيضاً تنقسم الى أقسام ثلاثة ، لأنها : اما أن لا تكون لهما بيينة أصلاً ، أو كانت لأحدهما ، أو لهما معاً .
اما الأول : فيفضى بها للذي اليد بعد يمينه .

(١) الوسائل : كتاب القضاء ، باب ١٢ من ابواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، حديث (٢) . وتكلمة الحديث هكذا : « قيل : فإن كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً البينة قال : أقضى بها للمحالف الذي هي في يده » .

وأما الثاني : فيقضى بها لصاحب البينة مطلقاً ، وإن كان ذا اليد بلا يمين عليه - على الأقوى - ومعها ان لم يعتبر بينة المنكر .

وأما الثالث : فيبنى على تقديم بينة الخارج أو الداخل : والأظهر عندي تقديم بينة الداخل لترجيحها باليد . ويحتمل - قوياً - تقديم بينة الخارج لو كانت مطلقتين لمرجوحية بينة الداخل باحتمال استنادها الى اليد لو قلنا بجواز الشهادة بمفادها ، لما تقدم في (قاعدة اليد) : من أن مرجع تحقق الأمر المنتزع بعد مشاهدة منشأ انتزاعه الى وجود المقتضى وعدم المانع المحرز بالأصل ، ولا يجري الأصل مع بينة الخارج المثبتة لوجود المانع وكون اليد عرضية ، فراجع هناك .

(الصورة الثالثة) : مالو كانت العين بيد ثالث ، وادعاهما كل منهما فان صدقهما أو صدق أحدهما بعيته ، كان المصدق بحكم ذي اليد ، لقاعدة (من ملك شيئاً ملك الاقرار به) فيجري عليه في الأول حكم الأولى بأقسامها الثلاثة ، وفي الثاني حكم الثانية كذلك . نعم لكل منهما أو لغير المصدق منهما إحقاقه على نفي العلم بما يدعيه فيحلف لهما في الأول ، ولغير المصدق منهما في الثاني ، لكونه مدعى عليه على التقديرين . فيتوجه عليه اليمين لذلك ، وحيثما توجه اليمين على المصدق - بالكسر - : فان حلف والا غرم بالنكول أو الحلف بعد الرد ، للحيلولة بينه وبين ما يدعيه بتصديقه ، فيغرم لكل واحد منهما بدل النصف لو صدقهما وبدل الكل لغير المصدق بالفتح - ان صدق أحدهما . ولو أقر واحد منهما لابعينه أقرع بينهما ، فمن خرج اسمه بالقرعة قضى بها له بيمينه لانكشاف كونه ذا اليد بها ، وليست القرعة للكشف عن المالك حتى يقضى له بمجرد ما بعد الكشف بها عنه ، كيف ولا يزيد الاقرار على الوجدان لو كان في يد أحدهما ، فانه - كما عرفت - يقضى له بيمينه ، وغاية الاقرار أن

المقر له بحكم ذي اليد . ولو قال في الجواب : ليست لي ولا أعرف لمن هي ، كان كما لو لم تكن في يد أحد لسقوط يده باعترافه وعدم نسبته إلى يد أصلاً ، ولو بنحو الاجمال وحكمه حينئذ حكم الصورة الآتية . ولو كذبها وان ادعاها لنفسه توجه اليمين لكل منهما عليه لكونه منكراً بالنسبة إلى كل منهما ان لم تكن لهما بينة : فان حلف لهما قضى بها له ، وان نكلها أو نكل أحدهما بنى على القضاء بالذكول أو بعد الرد . وان كانت بينة وكانت لأحدهما قضى بها لصاحب البينة : وان كانت لهما وأقاماها سقطت اليد ، وكانت العين كما لا يد عليها لتوافق البينتين في مدلولهما الالتزامي ، وان تعارضتا في مدلولهما المطابقي ، بناءً على طريقة البينة . ولو قلنا بسببيتها للحكم بمؤداها ، كان من تعارض السببين الموجب لتساقلها من البين ، كما لو وقع البيع من كل من الوكيلين في زمان واحد لبطان كل منهما بالآخر لاستحالة الترجيح بلا مرجح ، فتبقى اليد سليمة مما يوجب سقوطها . وحيث قلنا بها من هاب الامارة - كما هو الأقوى - تعين العمل بالراجح منهما بما هو المنصوص به من المرجحات كالأعدلية والأكثرية لأن كون الشيء مرجحاً ككونه حجة يتوقف على الدليل ، ومع فقد المرجح أقرع بينهما ، فمن خرج اسمه بالقرعة أحلف وقضى بها له بعد بيمته .

هذا وما ذكرناه : هو مقتضى الجمع بين الاخبار وترجيح طائفة منها على الأخرى ، لأنها بين مصرحة بالتنصيف من غير تقييد بالتحالف ، وبين مصرحة به بعده ، وبين ما دل على الترجيح بالأكثرية أو استشعرته الترجيح بالأعدلية ، وبين ما نص مع التساوي والاعتدال على القرعة والقضاء لمن خرج اسمه بها من غير تقييد بالحلف ، وبين مقيد لها به بعدها . ولنورد الروايات لتقف على اختلاف مفادها :

فمنها : رواية تميم بن طرفة : « ان رجلين ادعيا بغيراً فأقام كل واحد منهما بيته فجعله أمير المؤمنين عليه السلام بينهما » (١) .
ومنها - رواية غياث : « عن أبي عبد الله (ع) أن أمير المؤمنين عليه السلام ، اختصم اليه رجلان في دابةٍ كلاهما أقاما البيعة أنه أنزجها ففضى بها للذي هي في يده ، وقال : لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين » (٢)

ومنها - رواية اسحاق عن أبي عبد الله عليه السلام : « أن رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين (ع) في دابة في أيديهما وأقام كل منهما البيعة أنها نتجت عنده فأحلفها علي (ع) ، فحلف أحدهما وأبى الآخر أن يحلف ففضى بها للحالف ، فقيل : فلو لم يكن في يد واحد منهما وأقاما البيعة ؟ قال : أحلفها فأبهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف فان حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين » (٣) .

ومنها - صحيح داود عن أبي عبد الله (ع) : « في شامدين شهدا على أمر واحد ، وجاء آخران فشهدا على غير الذي شهدا ، واختلفوا ؟ قال : يقرع بينهم فأبهم قرع فعليه اليمين ، وهو أولى بالقضاء » (٤) .
ومنها - موقفة سماعة عن أبي عبد الله (ع) : « ان رجلين اختصما إلى علي عليه السلام في دابةٍ فزعم كل واحد منهما أنها نتجت على ملوذه

(١) الوسائل : كتاب القضاء ، باب ١٢ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، حديث (٤) .

(٢) المصدر الآنف الذكر ، حديث (٣) .

(٣) مرت - آنفاً من المصنف ذكره ، ومما تخريج .

(٤) المصدر الآنف الذكر ، حديث (٦) ، والمقصود من داود :

وأقام كل واحد منهما بيئته سواء في العدد ، فأقرع بينهما سهمين ، فعلم السهمين كل واحد منهما بعلامة ، ثم قال : اللهم رب السماوات السبع ورب العرش العظيم ، عالم الغيب والشهادة الرحمان الرحيم : أيها كان صاحب الدابة ، وهو أولى بها ، فأسألك أن يقرع ويخرج سهمه ، فخرج سهم أحدهما ففقد له بها ، (١) :

ومنها - رواية البصري المصححة في (الفتاوى) المضعفة في (الكافي) عنه أيضاً : « قال : كان علي (ع) إذا أتاه رجلان يختصمان ، شهد عدلهم سواء وعددهم سواء ، أقرع بينهم على أيهما يصير اليمين ؟ قال : وكان يقول : اللهم رب السماوات السبع أيهم كان له فأده إليه ، ثم يجعل الحق للذي يصير عليه اليمين إذا خلف ، (٢) :

ومنها - صحيح أبي بصير : « سئل الصادق (ع) عن رجل يأتي القوم ، فيدعى داراً في أيديهم وبقيم البيعة ، وقيم الذي في يده الدار البيعة أنه ورثها عن أبيه ولا يدري كيف كان أمرها ؟ فقال : أكثرهم بيعة يستحلف وتُدفع إليه وذكر إن علياً أتاه قوم يختصمون في هقلة فقامت البيعة لهؤلاء أنهم أنتجوها على مذودهم لم يبيعوا ولم يهبوا ، وأقام هؤلاء البيعة أنهم أنتجوها على مذودهم لم يبيعوا ولم يهبوا ، ففقدى بها لأكثرهم بيعة واستحلفهم » (٣) .

ومنها - ما أرسله في (كشف اللثام) عن علي عليه السلام : في

(١) المصدر الآنف الذكر ، حديث (١٢) .

(٢) المصدر الآنف ، حديث (٥) والمقصود من البصري :

عبد الرحمان بن عبد الله .

(٣) المصدر الآنف الذكر ، حديث (١) : أنه سأل الصادق (ع)

عن الرجل . . .

البينتين تختلفان في الشيء الواحد يدعيه الرجلان : أنه يقرع بينهما فيه إذا احتدلت بينة كل واحد منهما وليس في أيديهما ، (١) .

وأنت خبير بما تقتضيه الصناعة في الجمع والتفاني بين هذه الأخبار المختلفة في المقاد ، فإنها قاضية بتقديم مادل على الترجيح بالعدد على مادل باطلاقه على التنصيف أو القرعة لأنه أخص منهما فليقيد به ، مضافاً الى الاجماع المحكي على اعتبار التساوي عدداً وعدالة في الحكم بالتنصيف . والى النص باشتراط التساوي فيها في اعمال القرعة . وبتقييد إطلاق كل مادل على التنصيف أو القرعة بما دل على التحالف في الأول واحلاف من خرج اسمه بالقرعة في الثاني جمعاً بين مادل عليها بالاطلاق ومادل عليه بعد الحلف أو التحالف (لا يقال) : أن الترجيح بالأعدلية غير منصوص عليه في النصوص وإنما المنصوص اشتراط القرعة بالتساوي في العدالة ، وهو غير الترجيح بالأعدلية مع ذهاب الاكثر اليه ، بل المحكي عن بعضهم تقديمها على الترجيح بالاكثرية (لأننا نقول) : ما دل على اعتبار التساوي من جهتها في القرعة دل بمفهومه على عدمها عند عدمه ، وحينئذ فأما : أن يحكم فيه بالتنصيف والمفروض اشتراطه بالتساوي اجماعاً ، أو تقديم المرجوح وهو باطل : فتعين العمل بالراجع . وقد تبين - ولو بمعونة النصوص - أنها من المرجحات نعم النسبة بين أخبار التنصيف بعد تقييدها بالتساوي والتحالف ، وبين أخبار القرعة بعد تقييدها به وبالحلف : هو التباين اللازم فيه التماس المرجح وهو لاخبار القرعة من وجوه .

بقي الكلام في وجه الاحلاف بعد القرعة ، فإنها : ان كانت لتعين المالك كما هو ظاهر بعض النصوص وجب الدفع اليه بعد تعيينه بها من

(١) راجع ذلك في كتاب القضاء ، المقصد الرابع في متعلق الدعاوى

المتعارضة ، الفصل الأول في دعوى الأملاك .

دون حلفت ، لأنه من دفع المال الى مالكه ، وان كانت لتعيين الهيئة الصادقة منهما المشتبهة بغيرها فلا يمين أيضاً ، لان المأخوذ بها مأخوذ بالهيئة التي لا يمين معها ، وان كانت لتعيين من عليه اليمين كما نص عليه في خبر البصري ، فأني وجه لوجوب إحلاف أحدهما حتى يلزم تعيينه بالقرعة اللهم الا أن تكون القرعة لتقديم أحدهما على الآخر بعد الحصر فيها تقديماً لا يتنافى توجه الدعوى عليه من الآخر ، فيكون منكراً أو بحكم المنكر في خصوص توجه اليمين عليه فأشبه ذا اليد في تقديم قوله في الجملة مع سماع الدعوى عليه والزامه باليمين ، وحينئذ فيصرف ظاهر قوله في بعض النصوص : صاحب الدابة وأولى بها وكونه له ، بإرادة ذلك في مرحلة الظاهر دون الواقع بقربة النص في قوله عليه السلام في خبر البصري « على أيهم يصير اليمين » تقديماً للنص على الظاهر . ويمثل ذلك يمكن أن يجاب عن وجه احلاف من قدمت بينته ، بأحد المرجحين كما في خبر أبي بصير المتقدم ، بكون الترجيح موجباً لتقديم قوله ، تقديماً لا يتنافى توجه اليمين عليه كالمنكر ، لا موجباً لسقوط بينة الآخر عن الحجية بحيث يكون وجودها كالعدم :

توضيح ذلك : أن نزاحم البينتين موجب لتساقلهما بحسب القاعدة الأولية بمعنى كون المزاخمة تمنع الأخرى عن كونها ميزاناً للفصل والقضاء فيجب الفصل حينئذ بميزان اليمين بعد حصر القضاء بها وبالهيئة ، وحينئذ ان اشتملت إحدى البينتين على المزية من الأدلية أو الأكثرية فيحتمل أن تكون المزية موجبة لتقديم ما اشتمل عليها في كونه ميزاناً للفصل أو تكون موجبة لتقديم قول صاحبها في توجه ميزان اليمين عليه ، والفرد المتيقن منه هو الثاني ، إذ ليس هنا ما يدل باطلاقه على الأخذ بلذي المزية حتى يكون ظاهراً في جعله ميزاناً ، بل المستفاد تقدمه المجلد الدائر بين الاحتمالين

اللازم حينئذ العمل فيه بالقدر المتيقن ، فنكون المزية فيما اشتمل عليها كالقرعة عند التساوي في تقديم قوله من حيث توجه اليمين عليه كالمنكر كما عليه غير واحد من الأصحاب ، فيكون الفصل في جميع شقوق المسألة - سواء اشتملت احدهما على مزية أولا - وسواء قلنا بالقرعة بالتساوي أو بالتخصيف - انما هو بميزان اليمين لا بالبيئة ، غير أن للقضاء في غير الأخير بالخلف ، وفيه بالتحالف .

(للصورة الرابعة) : ما لو تداعيا مع التقارن عرفاً عيناً لا يد عليهما ففي سقوط الدعوى منها ، أو القضاء بالنصف بينهما من غير يمين ، أو معها ، أو القرعة لأنها لكل أمر مشكل وجوه :

للاول : استحالة اجتماع السببين على مسبب واحد (وفيه) : مع استلزامه بقاء الخصومة المنجزة غالباً الى الفساد أو قطعها بلاميزان لحصره في البيئة واليمين ، مع كون دعوى كل منهما سبباً لقبول قوله ، لأن السبب هو دعوى من لم يكن له معارض ، وأما المزاخمة بمثلها فهي ساقطة عن السببية لا عن تأثير السبب كما تقدم في محله في قاعدة اليد .

وللثاني : اعمال كل من السببين - في الجملة - ولو في بعض مؤداه كاليدن ونحوها بعد أن كان سقوطها مخالفاً لما دل على سببية كل منهما ولا يمين لأنها ميزان في حق المنكر الذي لا يصدق على كل من المدعين وان صدق عليه كونه مدعياً لعدم الملازمة بين العنوانين في الوجود ، وان لم ينفك دعوى المدعى عن انكار كونه لغيره مع عدم صدق المنكر عليه عرفاً ، لأنه لازم دعواه الذي لا عبرة به في صدق المنكر عليه (وفيه) : ما عرفت من عدم سببية كل من الدعويين بعد اختصاص السبب بالدعوى التي لا معارض له فيها ، وقياسها باليد قياس مع الفارق ، لأن اليد وان كانت مزاحمة تفيد الملكية الا أنها - في الجملة - لا مطلقاً ، ضرورة أن

اليد : ان كانت مستقلة تفيد الملكية المستقلة ، وان كانت مزاحمة تفيد الملكية في الجملة ، بخلاف الدعوى على مالا يد لأحدٍ عليه ، فانها لا تفيد الاختصاص والملكية أصلاً إلا حيث لا تكون مزاحمة بمثلها .

وللثالث : سقوط الدعويين بالتعارض والرجوع الى التحالف في قطع الخصومة عند عدم البيئة ، لحصر ميزان القضاء بالبيئة واليمين ، وله وجه وان كان الأوجه في المقام هو القرعة ، لأنها لكل أمر مشكل ، الصادق في المقام بعد أن كانت اليمين وظيفة المنكر المنتفي صدقه على كل منهما .

وفي توجه اليمين على من خرج اسمه بالقرعة كالبيئتين المتعارضتين وعدمه ؟ وجهان ، وجه الثاني : عدم قابلية الدعوى المعارضة لقبول قوله حتى يستكشف بالقرعة ، لما عرفت من اختصاص سببيتها له فيما لم تكن معارضة بمثلها ، بخلاف البيئة المزاحمة بمثلها فانها لا تسقط عن الحجية أصلاً غير أن القرعة لتعين إحداها في تقديم قول صاحبها حتى يكون بحكم المدعى عليه في توجه اليمين عليه . وجه الأول : الحصار الفصل وقطع الخصومة في البيئة واليمين ، وحيث لا بيئة فيتعين اليمين اذ القرعة ليست بنفسها ميزاناً للفصل ، بل لتعين تقديم من يقدم قوله منهما - كما عرفت - فتأمل .

هذا ان لم تكن لها بيئة ، والا : فان كانت لأحدهما قضى بها لصاحب البيئة . وان كانت لهما وأقاماها فالحكم في هذا القسم هو الحكم في تعارض البيئتين في الصورة الثالثة بعد إلغاء اليد بالبيئة من الترجيح بالمنصوص ومع التساوي فالقرعة والقضاء لمن خرج اسمه بها بعد يمينه وفي صحيحني داود البصري المتقدمين دلالة على ذلك . هذا كله حيث تكون الدعويان متقاربتين حرفاً ليتحقق عنوان التداعي ، والا فلو ارتبنا قدم قول الأول منها وكان مدعى عليه ليس الا ، لأن الثاني ادعى حينئذ على من كانت العين له

ظاهراً ، وان لم تكن في يده بمقتضى دعواه التي كانت سليمة عن العارض
فانه كمن ادعى على من كانت العين في يده
والمدار في الترتيب والتقارن على ما يصدق عليه أحدهما في العرف
فلا تقدير له بحسب الزمان حتى يكون هو المرجع ، هل المرجع فيه هو
الصدق العرفي .

والله العالم

رِسَالَةُ
فِي الْقَرْضِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مسألة في القرض . وفيه أجر عظيم وثواب جسيم ، حتى أن في بعض الأخبار - كما ستعرف - : الدرهم منه بضعف درهم الصدقة ، وفي بعضها بأكثر .

وبدل عليه بمخصوصه : من الكتاب قوله تعالى : « من ذا الذي يقرض الله قرضاً حسناً فيضاعفه له أضعافاً كثيرة » (١) وقوله تعالى : « ان المصدقين والمصدقات وأقرضوا الله قرضاً حسناً » (٢) بناءً على ارادة إقراض بعضهم بعضاً كما عن بعض التفسير . وأما على ارادة إقراض الله سبحانه وتعالى تنزيلاً له تعالى منزلة المقرض كما يقال : المعاملة مع الله للاسترباح منه بما أعد من الثواب عليه ، فيكون دالاً عليه بالعموم نحو : « وتعاونوا على البر والتقوى » (٣) وقوله تعالى : « لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو اصلاح بين الناس » (٤) بناءً على تفسير المعروف بالقرض في المروي عن الصادق عليه السلام - كما عن بعض المفسرين - .

ومن السنة أخبار كثيرة ، نحو المروي عن الشيخ مرسلًا : « ان

(١) سورة آل عمران ، آية / ٢٤٥ .

(٢) سورة الحديد ، آية / ١٨ .

(٣) سورة المائدة ، آية / ٢ .

(٤) سورة النساء ، آية / ١٤٤ .

القرض أفضل من الصدقة بمثله في الثواب ، (١) وقوله (بمثله) يحتمل أن يكون متعلقاً بأفضل ، فيكون دالاً على مساواته للصدقة . ويحتمل - كما لعله الظاهر - تعلقه بالصدقة ، فيكون ساكناً عن مقدار الأفضلية غير معارض لما دل على أكثرية ثوابه من الصدقة . ومثله فيما ذكرنا ما روي عن أبي عبد الله عليه السلام في (ثواب الأعمال) : « لأن أقرض قرضاً أحب إليّ من أن أنصدق بمثله » (٢) وما روي عنه عليه السلام : « أنه كان يقول من أقرض قرضاً وضرب له أجلاً فلم يوث به عند ذلك الأجل كان له من الثواب في كل يوم يتأخر من ذلك الأجل بمثل صدقة دينار واحد في كل يوم » (٣) وما روي عن أبي عبد الله (ع) : « ما من مسلم أقرض مسلماً قرضاً حسناً يريد به وجه الله إلا حسب له أجرها كحساب الصدقة حتى يرجع إليه » (٤) وظاهره أنه كحساب الصدقة في كل آن من آتات تأخيرها ، فيكون ثوابه أضعاف ثوابها ، وإن كان بالنظر إلى ثواب ذاته ضعف ثواب الصدقة ، كما في المروي عنه أيضاً : « القرض الواحد بمائة عشر وإن مات حسبتها من الزكاة » (٥) لأن درهم الصدقة بعشرة تزيد على أصلها بتسعة ، والقرض بمائة عشر ، فكان ربحه في الثواب ضعف ربح الصدقة ، وإن تأخر زاد عنها بحسب التأخير أضعافاً مضاعفة ، وما روي عنه : « أنه قال : قال رسول الله (ص) : من أقرض مؤمناً قرضاً

(١) في الوسائل ، باب ٦ من أبواب الدين والقرض ، وفي باب ٤٩ من أبواب المستحقين للزكاة بهذا المضمون روايات كثيرة .

(٢) (٣) الوسائل : كتاب التجارة باب ٦ من أبواب الدين والقرض

حديث (١) .

(٤) المصدر المذكور حديث (٢) .

(٥) المصدر المذكور حديث (٤) .

ينظر به ميسوره كان ماله في زكاة وكان هو في صلاة من الملائكة حتى يؤديه ، (١) وما روى عنه (ص) في حديث قال فيه : « ومن أقرض أخاه المسلم كان له بكل درهم أقرضه وزن جبل أحد من جبال رصوي وطور (سيناً) حسبات ، وإن رفق به في طلبه تعدى به على الصراط كالبرق الخاطف اللامع بغير حساب ولا عذاب . ومن شكى إليه أخوه المسلم فلم يُقرضه حرّم الله تعالى عليه الجنة يوم يجزي المحسنين ، (٢) الى غير ذلك من الأخبار الواردة في هذا المضمار . وقد عرفت وجه الجمع فيما اختلف منها في كمية الثواب ، بل الاجماع - بقسميه - عليه ، والعقل مستقل بحسنه ، لما فيه من سد الخلة واغاثة الملهوف ، ومعوثة المحتاج ، فهو من المستقلات للعاقبة : من قبح الظلم وحسن الاحسان .

هذا وتنقيح مهمات مسألة القرض يتم في ذكر مسائل :

(المسألة الأولى) : في حقيقة القرض . وهو عقد يفيد التملك بالضمان . أي مضمون على المقرض بغرامة بدله فبالتمليك تخرج الضمانات التي لا تملك فيها كالأعيان المضمومة على من هي في يده مع بقائها على ملك مالِكها . ومعنى ضمانها حينئذ كونها في عهده بحيث يجب ردها لكونها ملكه ، ورد بدله بعد تلفها . وبالضمان تخرج التملكات المجانية والمعاوضات أيضاً ، إذ المقصود منها التبدل لتعلق غرض كل منهما بما في يد الآخر : وليس الغرض من القرض إلا محض الاحسان وعدم الخسران بحيث يكون بحكم هود ماله إليه مع الاحسان بقضاء الحاجة ، ولذا ورد : « أن درهم القرض هود ، ودرهم الصدقة لا يعود ، فهو من التملك بالتعويض لا بالمعاوضة » فيكون معنى كونها مضمومة حينئذ : أي لا مجاناً ، وإلا

(١) المصدر المذكور ، حديث (٣) .

(٢) المصدر المذكور ، حديث (٥) .

فلا معنى ليكون العين المملوكة ولو بالقرض في عهدة مالكيها .

هذا وحيث كان التضمين من كيفيات التملك توقفت التملك على القبض ، إذ لا ضمان إلا بعد الاستيلاء بعدية بالطبع والمعلولية لا بالزمان فلا يملك بمجرد العقد لعدم انفكاك ملكيته عن الكيفية الخاصة التي لا تحصل إلا بالقبض ، فإذا الملكية الخاصة التي هي مفاد القرض معلولة للعللة المركبة من العقد والقبض معاً ، وفي قرض المقبوض يتحقق الملك بالعقد لتقدم ما به يتحقق الضمان ، فلا يحتاج إلى مضي زمان بعده يمكن فيه القبض لو لم يكن مقبوضاً ، وفي معاطاته قام القبض مقام العللة المركبة في افادتها الملكية المنزلة . وقيل بتوقف الملك على التصرف ، وهو متجه ، ان قلنا بأن مفاد القرض هو الإباحة بالعوض كالمعاطاة بناءً على افادتها الإباحة ، الا أنك قد عرفت أن مفاده التملك بالضمان لا الإباحة بالعوض حتى يملك بالتصرف ولو بدخوله في الملك آنأما قبله :

(المسألة الثانية) : اختلفوا في كون القرض من العقود الجائزة ، أو اللازمة على قولين : المشهور : هو الأول ، بل الإجماع محكي عليه ، وهو الحجة لهم ، سيما بعد اعتضاده بالشهرة العظيمة . وذهب بعض المتأخرين الى الثاني ، وهو الأقوى ، لعدم الأمر بالوفاء ، خرج منه مالو علم جوازه ، وبقي غيره داخلاً في العموم .

نعم ربما يقال : ان جواز الرجوع في العقد الجائز انما هو لبقاء علاقة الملكية السابقة للأول ، وان انتقل الى الثاني . فهو من آثار السلطنة السابقة ومن شؤونها لان العقود الناقلة للملك : (منها) ما يوجب قطع علاقة الملكية بالكلية و (منها) ما يوجب نقل الملك مع بقاء العلاقة للمالك واو في الجملة بحيث يكون زمام الملك بعد بيده على وجهه لو شاء الرجوع اليه لرجع ، ولا سبيل الى تعيين أحدهما بالأصل لو شك في كون العقد من أيهما ، والشبهة مصداقية ولا يجوز

التمسك بالعموم في الشبهات المصادقية ، فاللازم حينئذ الرجوع الى استصحاب الكلي الثابت ولوفي ضمن المرتبة الضعيفة ، ولو أضعف مراتب علاقة الملكية وهذا القسم هو المتيقن من جريان استصحاب الكلي .

توضيح ذلك : ان لاستصحاب الكلي أقساماً :

منها : مالو متيقن وجود شيء كالحيوان مثله في ضمن فرد متيقن الزوال مع الشك في قيام غيره من أفراد مقامه .

ومنها : مالو علم وجود حيوان في ضمن فردٍ مردد بين ما يعيش مدةً وما لا يعيش في تلك المدة .

ومنها : مالو علم وجود شيء في مرتبة شديدة وشك في زوالها بالكلية أو ببقاء شيء منها ، كالتسواد الشديد اذا شك في زواله أو زوال شدته مع بقاء مرتبة الضعيف منه .

لا اشكال في عدم جريان الاستصحاب في القسم الأول ، للقطع بزوال المتيقن والشك في حدوث غيره ، فالمتيقن معلوم الزوال ، والمشكوك غير متيقن الحدوث . والأقوى جريان استصحاب الكلي في الثاني بالنسبة إلى الآثار المترتبة على الكلي دون الآثار المترتبة على خصوص أحد الفردين بخصوصه ، لعدم تعيين أحدهما بخصوصه بثبوت الكلي . وأقوى منه جريانه في القسم الأخير ، لعدم كونه من تبديل فرد بفرد . ولا من الترديد بين أحد الفردين ، بل المشكوك بقاءه كان متيقناً حدوثه ولو في ضمن الأشد . وما نحن فيه هو من القسم الأخير الذي لا شك في جريان الاستصحاب فيه ، ولا يعارض استصحابه باستصحاب بقاء الملك للثاني بعد رجوع الأول عليه ، لأنه من الاستصحاب في السبب المقدم على الاستصحاب في المسبب . هذا وليكن فيه : إن ذلك لا يتم إلا بدعوى تنوع العام في الأمر بالفناء بالعقود ، وهي ممنوعة ، فلا بأس بالتمسك بالعام فيما شك في

خروجه عنه ، كما في المقام ، والاجماع على الجواز لم ننحققه إن أريد به الجواز بالمعنى المصطلح ، كيف ونمرة الجواز جواز الزام المقترض برد العين ما دامت باقية ، والمشهور بمنعونه ، مع أنه هو الثمرة بين القولين ، نعم للمقترض رد العين لكونها أحد مصاديق ما عليه من الحق ، وليس للمقترض الامتناع عن قبولها . وإن أريد به - كما هو الظاهر - جواز المطالبة بحقه متى شاء ولو في مجلس القرض خلافاً لبعض العامة حيث منعوا عن ذلك قبل قضاء وطره منها ، بل لعلة الظاهر من دعوى الاجماع على جوازه ، فمسلم ولكن لا دخل له بحل العقد واسترداد العين باطل ملكية المقترض الذي هو محل الكلام .

(المسألة الثالثة) المعروف عند الأصحاب : عدم لزوم شرط الأجل في عقد القرض ، بل قيل بعدم وجدان الخلاف فيه قبل الكاشاني . نعم احتمله في (المسالك) بناءً على ما ذكره سابقاً من لزوم عقده ، ولعله لبنائهم على جواز هذا العقد ، فلا يجب الوفاء به حتى يجب الوفاء بالشرط في ضمنه والا فليس الشرط - مخالفاً بناءً على اللزوم - المقتضى العقد وحقيقته حتى يبطل ، بل هو مخالف لاطلاقه الذي له المطالبة بحقه متى شاء ، وكل شرط كان كذلك فهو صحيح ، وحيث قوينا لزوم العقد فلا جرم نقول يلزم الشرط فيه ، مؤيداً بما أشعرت به مضمرة الحسين بن سعيد : « سألته عن رجل أقرض رجلاً دراهم إلى أجل مسمى ثم مات المستقرض : أيجل مال القارض بعد موت المستقرض منه أم لورثته من الأجل مال للمستقرض في حياته ؟ فقال : إذا مات فقد حل مال القارض ، (١) بعد تزييلها على اشتراط الأجل دون مجرد الوعد به المعلوم عدم وجوب الوفاء بالوعد المشعر

(١) الوسائل ، كتاب التجارة باب ١٢ من أبواب الدين والقرض حديث (٢) والرواية عن الامام الصادق (ع) .

بأنه كالدين في الحلول بعد الموت .

وتحقيق المسألة : هو أن الشرط : إما أن يكون في عقد القرض أو في غيره من العقود اللازمة . وعلى التقديرين : فأما أن نقول بجواز العقد أو بلزومه .

أما الأول : فإن قلنا بجوازه كان الشرط تابعا له ، لما عرفت من عدم وجوب الوفاء بعقده حتى يجب الوفاء بشرطه ، وإن قلنا بلزومه استتبع لزومه لزوم الشرط لأنه من تمام مقتضاه الذي يجب الوفاء به . وأما على الثاني ، فيلزم الشرط مطلقاً على الأقوى : كما عليه المشهور

سواء قلنا بلزوم عقد القرض أو جوازه . أما على الأول فواضح :

وأما على الثاني فيلزم الشرط فيه أيضاً لعموم الأمر بالوفاء بهتمام مقتضى العقد الذي منه الشرط مطلقاً ، سواء أريد بالشرط مجرد أن لا يرجع بالمال إلى الأجل ، أو أريد به أن لا يتمكن من الرجوع لسقوط السلطنة عليه بالشرط ، بناءً على الفرق بينهما برد العين لو استردها ، وإن أتم بالاسترداد على الأول ، وعدم الرد لو استرد على الثاني . ولا يتوهم منافاة للشرط سيما على الثاني وإن كان في العقد اللازم لحقيقة القرض ، بناءً على جوازه لعدم منافاة سلب السلطنة بسبب من الأسياغ في وقت خاص لصديق الجواز على العقد ، وإن هو الا كشرط تأجيل الثمن في البيع ، بل المتنافي له - لو سلم - هو سلب مطلق السلطنة لا السلطنة الخاصة .

وكيف كان ، فظهر أن الأقوى لزوم الشرط مطلقاً ولو كان في عقد القرض أن قلنا بلزومه ، والا فلا يلزم في عقد القرض ، ويلزم فيما لو كان في غيره من العقود اللازمة ، والله العالم .

(تنبيه) لو رهن عيناً في عقد قرض إلى أجل ، فالأجل للرهن دون للقرض ، فله المطالبة بالدين قبله وإن اختص الاستيفاء من الرهن بحلول الأجل . الم يصرح بكونه له ، فإن صرح به بني على لزوم القرض وجوازه .

هذا وربما استدل على بطلان الأجل في القرض بما دل على استحبابه الظاهر في كونه مستحباً ابتداءً واستدامةً إلى حصول الوفاء ، وهو ينافي وجوب الانظار الى الأجل .

وفيه : ان استحباب القرض من حيث هو قرض لا ينافي عروض الوجوب عليه بسبب الشرط لعموم المؤمنين عند شروطهم ، (ودعوى) أن عموم (المؤمنين عند شروطهم) الشامل لما لو كان الشرط في عقد القرض وغيره معارض لعموم ما دل على استحباب القرض الشامل لصورتي وقوع الشرط فيه وعدمه معارضة العامين من وجه ، فبرجح في القرض المشروط بالأجل - وهو مورد التعارض - عموم أدلة القرض باعتضاده بالشهرة المستفيضة (بدفعها) أن إطلاقات القرض مسوقة لاستحبابه من حيث هو قرض غير نازلة إلى كيفيته من حيث اشتراط الأجل فيه وعدمه ، فهي من هذه الحيثية مهملة لا عموم فيها حتى يعارض عموم ما دل على الوفاء بالشرط فيبقى عموم (المؤمنين) سليماً عن المعارض . وبذلك ظهر ضعف ما عليه شيخنا في (الجواهر) من بطلان شرط الأجل في القرض مع اختياره لكون عقده من العقود اللازمة مستندلاً عليه بذلك .

هذا ولا يخفى عليك ان النزاع في جواز عقد القرض ولزومه غير النزاع في نزوم شرط الأجل فيه وعدمه ، فان النزاع في الأول يرجع الى جواز فسخ الملك والرجوع بالعين وعدمه ، وفي الثاني الى جواز مطالبة البدل قبل الأجل وعدمه ، وأحدهما غير الآخر ، وهو واضح .

(المسألة الرابعة) في متعلق القرض وما يصح اقتراضه . وقد ذكروا له ضابطاً ، وهو أن كل ما يضبط وصفه وقدره يجوز اقتراضه . ولا ريب بل لاختلاف - كما قيل - في طرده بمعنى صحة قرض مضبوط الوصف والقدر ، وانما للكلام في عكسه ، وهو أن كل ما لا يضبط وصفه

ولا قدره لا يجوز قرضه ، لوقوع الخلاف فيه .

ونقيح المسألة : هو أن ما يُقترض : إما مثلي أو قيمي ، والثاني :

إما أن يمكن ضبط أوصافه وقدره بحيث يصبح بيعه سهلاً أولاً يمكن كالجواهر ولحومها الفرط تفاوت أوصافها وقيماتها ، فهنا أقسام ثلاثة :

لا اشكال ، بل لاخلاف في جواز قرض الأول منها ، وهو المثلي بل الاجماع بقسميه عليه . وكذا يجوز بلا خلاف كما قيل . في الثاني وهو الأول من قسمي القيمي للذي يصح السلم فيه .

وأما الثالث ، وهو كالجواهر والقصي ولحومها مما لا يضبط وصفه وتختلف قيمته ، ففي جواز اقتراضه وعدمه قولان : المنع ، وهو المحكي عن الشيخ في (مبسوطه) والجواز وهو المحكي عن ابن ادريس في (مسائره) ولعله الأشهر . بل المشهور ، مستدلين عليه بالأصل ، وعمومات القرض مع إمكان المناقشة فيه بأن مقتضى الأصل فيه هو البقاء على ملك مالكه وعدم الانتقال منه إلى المقرض ، والعمومات لا تنهض لاثبات ما شك في قابليته للقرض لأنها مهملة من هذه الحثية ، وانما هي في مقام بيان رجحانه وما يترتب عليه من الثواب والأحكام . وعليه فيقوى القول بالمنع عنه ، بل وعن مطلق القيمي ، وان أمكن ضبط وصفه وقدره وصح السلم فيه ، ان لم يتم إجماع عليه ، وإلا فالأقرب في ضمانه - كما عن التذكرة - هو المثل الصوري ، لأنه أقرب إلى العين المقترضة وأوفق بما هو المقصود من القرض من معولة المحتاج وعود المال اليه ولو بالتزبيل ، ولذا كان درهم القرض على الضعف من الصدقة لتناوب القرض اليه ، بخلاف درهم الصدقة فإنها لا تعود ، وان كان ضمانه في غير القرض من الائلاف وغيره لما هو بالقيمة ، إلا أن الأقوى مع ذلك كله جواز القرض فيه أيضاً ، وضبط الغرامة بالقيمة لما هو المعلوم من حكمة شرع القرض لقضاء الحاجة

ومعونة المحتاج التي مقتضاها التعميم فشرّح عقداً لما يكون فيه قضاء الحاجة ومعونة المحتاج المناسب لتعميم نفوذه في جميع موارد ، نظير العموم المستفاد من الحكم بشيء في موارد الامتتان الشامل لجميع موارد لقضية الامتتان به نحو قوله (ص) « خلق الله الماء طهوراً » ولعله لذلك صح استدلالهم عليه بالأصل ، وعمومات أدلة القرض ، وإلا فقد عرفت ما فيها .

ثم ان ضمان المثلي انما هو بمثله لأنه أقرب الى العين المقرضة من غيره ، فكان التدارك به أخرى . وأما القيمي فضمانه بقيمته لأنها أصبط فكان أعدل ، وحيثما تعلل المثل في المثلي انتقل ضمانه الى القيمة إلا أن في انتقاله إليها عند التعذر أو المطالبة ان تأخرت عنه ، أو التسليم ان تأخر عنها أرجها : أوجهها الأخير ، لأنه انما يخرج به عن عهدة المثل الثابت في ذمته الى حين الوفاء ، وحينئذ فالعبرة بقيمته حين الدفع ، لا حين التعذر أو المطالبة أو أعلى القيمتين ان تفاوتت الأسعار ، ما لم يكن التفاوت لزيادة متصلة كالسمن ونحوه أو نقصت بتلف الزيادة عنده ، والا فلا فيضمنها بقيمتها سميّة لا مهزولة لأنها كالعين المضمولة التالفة في يده ، بل هي منها . وأما القيمي فالعبرة بقيمته مع الاختلاف من حين القرض المتحقق بالقبض لتعيين ما هو مديون به من حرمة العوض القيمي بالاقتراض وقبول القرض إذ ليس في الدمة الا القيمة الثابتة بالضمان بنفس القرض المتحقق بالقبض حقيقةً الذي قد عرفت أن حقيقة التملك بالضمان ، وليست العين المقرضة في عهدة المقرض الى المطالبة أو التسليم حتى تعتبر القيمة عنده لأنها ملكه . ولا يضمن المالك ملكه ، ومعنى ضمانها حينئذ ، كما عرفت ، كونها مملوكة بغرض لا مجاناً .

ثم إن المضمون بالقيمة او طالب المقرض بمحقه فدفع اليه المقرض العين المقرضة ، ففي وجوب قبولها عليه ، وعدمه ، وجهان : مهنيان على جواز

عقد القرض ، ولزومه ، لأنه على الأول كان له فسخ العقد الموجب لرجوع المال الى مالكه فوجب حينئذ قبوله ، ولا كذلك على الثاني لأن الحق الثابت في ذمته هو القيمة وان كان بدلاً عن العين ، فردها بدلاً عنه موقوف على رضاء لزوم العقد بالقرض (ودعوى) أو وليتها عن العين ورد المبدل أولى من رد البديل مع صدق الوفاء به عرفاً ، ولذا قال به بعض ، كالشهيدين في محكي الدروس والمسالك (ممنوعة) جداً بعد تضمين الملك بالقيمة عند تحققه بالقبض ، ضرورة أن القبض برزخ بين المعاملات والقرارات لا لحرمة محضة ولا معاملة صرفة ، وهو واضح .

وكيف كان فقد ظهر لك : أن الأقوى جواز قرض الجوارى والعبيد بلا خلاف فيه كما في (المسالك) وان حكى عن الشيخ في (المبسوط والخلاف) : انه لا نص لنا ولا فتيا في إقراض الجوارى ، وان قال بعد ذلك : « والأصل جوازه وعموم الأخبار في جواز القرض يقتضي جوازه ، فالمتصور من عدم الخلاف في جوازه في المسالك وغيره من الشيخ ومن تأخر عنه . وأما جواز إقراض الخبز فمنصوص عليه حتى مع التفاوت في الوفاء بالعدد للصغير بدل الكبير وبالعكس المحمول على التفاوت اليسير المتعارف فيه للتسامح .

بقي في المقام بيان الضابط المائز بين المثلي والقيمي ليميز به ما هو الثابت في الدمة منها فنقول :

المثلي : هو ما لا مدخلية لخصوصيات الأجزاء الشخصية والتشخصات الفردية في مالية الشيء ، بل المالية منوطة بالجامع منها ، ولذا صح بداية البعض عن بعض في الغرامة مطلقاً لأن مرتبة المالية محفوظة في جميعها . ويقابله القيمي ، وهو ما كان لخصوصية الفرد مدخل في المالية ، ولذا كان الضبط فيه انما هو بالقيمة لحفظ مراتب المالية فيها ، والعبرة في المناط

بمدخلية الخصوصيات في المالية وعدمها لا بوجود ماله دخل فيها وعدمه حتى ينقضى بالفردين المتشابهين في جميع الخصوصيات ، أو ينقضى بكل المثل المنحصر في فرد لعدم المدخلية في الثاني وإن انحصر الكلي فيه ومدخليتها في الأول وإن وجد ماله دخل فيها في شبهه ، ومع الغرض عن ذلك فالمفروض فيما ذكر نادر والنادر يحكم المعلوم فلا يقدر في الميزان .

وإلى ما ذكرنا من الضابط يرجع تعريف الأكثر للمثلي بأنه ما تساوت أجزاؤه من حيث القيمة بمعنى قيمة نصفه مثلاً تساوي قيمة نصف الآخر كالثنين من صبرة الحنطة فإن قيمة كل نصف منها تساوي قيمة النصف الآخر ، لا بمعنى أن قيمة النصف منه نصف قيمة الكل ، إذ قد يكون للهيئة الاتصالية أو الاجتماعية مدخلية في زيادة القيمة كالدرهم الواحد مثلاً فالواحد المنكسر نصفين ينقص عن قيمة كله ، ولكن يساوي قيمة نصف الآخر . وبالجمل : فما تساوت أجزاؤه في القيمة بالمعنى المذكور كان مثلياً وإن اختلفت أوصاف أنواعه ، بل واصنافه في الرذائل والجودة الموجبة لاختلاف انطباق التعريف على كل من الأصناف المختلفة بالنسبة إلى نفسه ، فلا يخرج كل منها في مرحلة نفسه عن كونه مثلياً .

نعم يجب اعتبار الأوصاف زيادةً على عنوان المثل في بدل الفرامات مطلقاً في القرض وغيره . وأنت إذا أحطت علماً بما ذكرنا من الضابط تجده سليماً عما أورد على تعاريفهم من النقص طرداً وعكساً ، بل وإليه ترجع تعاريفهم في المقام بعد أدنى التأمل .

هذا وحيثما شك في كون مافي الدمة مثلاً أو قيمة للشك في كون المبدل مثلياً أو قيمياً ، فالقاعدة تقضى فيه الاحتياط لدوران الثابت في الدمة بين أحد الأمرين المتباينين مع عدم تعيين أحدهما بالأصل ، دون التحجير حتى يكون مردداً بين كونه للضامن أو للمالك ، وليس طريق

الاحتياط فيه منحصر في أحد أمرين : إما دفع الضامن لها ليتيقن بالبراءة أو رفع يد المالك عنها لذلك حتى يحكم بعدمه بالاجماع فبقال بالتخير ، بل الاحتياط فيه باعتبار القيمة لانها أضبط في حفظ المالية التي هي العمدة في ملاحظة الأموال بالنسبة إلى غراماتها حيث يدور الأمر بين رعايتها ورعاية ذواتها - ولو في الجملة - من حيث الشبه في الصورة .

وبالجملة : حيث يمكن الجمع بين التساوي في المالية والصورة ، لزم تقديمه ولذا يقدم المثل في المثلّي على القيمة . وحيث لا يمكن الجمع ودار الأمر بين اعتبار أحدهما كان اعتبار المالية أولى وأحوط ، فالاحتياط في الفرض منحصر في اعتبار القيمة وان لم يثبت به كون المضمون قيمياً .

نعم يظهر من بعض المحققين من المعاصرين كون الأصل في الفرض هو التخيير غير أنه احتمال كون التخيير للضامن لأصالة البرائة مما زاد على ما يجتازه ، وان فرض اجماع على خلافه ، فالأصل تخيير المالك لأصالة الاشتغال وعدم البرائة يدفع ما لا يرضى به المالك ، مضافاً إلى عموم (على اليد) خرج منها ما اذا رضى المالك بشيء آخر غير العين وبقي الباقي داخلاً في العموم ، وظاهره المفروغية من كون مقتضى الأصل هو التخيير ، وان تردد في كون الخيار للضامن أو للمالك .

وبضعفه - مضافاً إلى كونه مورد الاحتياط اللازم فيه : اما التعيين بالقرعة أو الصلح القهري بناءً على أنه لا طريق إلى الاحتياط فيه إلا بأحد الأمرين المتقدمين : من بذلها أو رفع اليد عنها المعلوم انتفاؤها بالاجماع والضرورة ، وقد عرفت تحقق الاحتياط فيه بالقيمة - أنه لا يجري للبراءة في المقام الدائر أمره بين المتباينين لعدم الشك فيه بين الأقل والأكثر الارتباطيين حتى يؤخذ بالأقل المتيقن وينفى الزائد المشكوك بالأصل كالكسك الهدوي ، ولا بين التعيين التخيير بناءً على أن في التعيين كلمة والأصل

البراءة عنها لعدم الشك فيه في تعلق التكليف بالفرد المتعين أو بالطبيعة السارية في الأفراد بحيث يكون التخخير أحد طرفي الاحتمالين لانتيجتهما حتى ينطى التعيين بالأصل ، لما عرفت من دورانه بين المتباينين نعم ربما يقال - بل قيل - بالتخخير العقلي هنا ، نظير تخخير المجتهد في الفتوي عند تعارض الدليلين للدائر مفادها بين المحلورين مع عدم المرجح بناءً على رجوع الشبهة فيه إلى الشبهة الحكمية ولو لاختلاف الأقوال في كونه مثلياً أو قيمياً .

ولا ينطى ضمه مطلقاً سواء أريد به تخخير الحاكم حيث يرجعان إليه أو الضامن عند الوفاء أو المالك عند المطالبة بعد أن كانت الشبهة في الموضوع اللازم فيه العمل بالاحتياط حيث يمكن - وقد عرفت امكانه - أو القرعة أو الصلح القهري ، وهو واضح . نعم قد يشكل الاحتياط بالقيمة فيما لو قرر الفرض بوجه آخر يمكن فيه اجراء البرائة ، وهو ما لو دار المبدل المضمون بين أحد المعلومين المثلي والقيمي ، لا بين كونه مثلياً أو قيمياً ، كما لو كانا موجودين فتلقا وعلم استناد تلف أحدهما إليه دون الآخر ، وشك في كون المستند إليه أيها : أهو المثلي أو القيمي ، فان في الفرض مع اختلافهما في المالية الدائرة بين الأقل والأكثر يمكن الأخذ بالمتيقن ونفي الزائد عنه بالأصل ، كما لو كانت مالية أحدهما درهماً والآخر درهين ، فالأصل البرائة عن الزائد وان لم يثبت به عنوان الأقل من المثلي أو القيمي ، ومع التساوي في المالية وضبط مقدارها على التقديرين يحتمل وجوب دفع المثل رهابةً لذات المال مع ضبط المالية فيها .

هذا تمام الكلام فيما أردنا بيانه من مهات مسألة القرض ، والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً .

. . .

بهذا ينتهي الجزء الثالث ، ويليه الجزء الرابع وهو يحتوي رسالتين :
(رسالة في الوصية ، رسالة في المواريث)

فهرس

محتويات الجزء الثالث من الكتاب

- (٥ - ١٢) : (رسالة في منجزات المريض) مسألة : اختلاف الفقهاء في نفوذ المنجزات من الأصل أو من الثلث وتقسيم التصرف إلى المنجز والمعلق ، وبيان أقسام كلٍ منهما وأحكامه من حيث الأصل والثلث وإشارة إلى الإجماع وأقسامه وأحكامه وإشارة إلى حقيقة الوصية وأقسامها .
- (١٣ - ١٨) تحقيق في معنى التصرف الممنوع عند المريض ، وبيان حقيقة عقد الفضولي وإجازته وتخريجها من حيث النقل والكشف بقسميه وثمره الخلاف ، وبيان المختار من ذلك .
- (١٩ - ٢٤) بيان المقصود من كون المنجزاته من الأصل أو للثلث أو التفصيل ، وبيان الأقوال الثلاثة في أهلية المريض للتصرف وعدمها . وإشارة إلى بيان الأصل المثبت والأصل الموضوعي والحكمي .
- (٢٥ - ٢٨) عرض أقوال الفقهاء في أن منجزات المريض من الأصل .
- (٢٩ - ٤٢) عرض أقوال الفقهاء في أن المنجزات من الثلث :
- (٤٣ - ٤٧) ذكر أدلة القائلين بالنفوذ من الأصل - بعد اختياره - .
- (٤٨ - ٦٠) ذكر أدلة القائلين بالنفوذ من الثلث والجواب عنها :
- (٦١ - ٦٥) عرض الأمور المتفرعة على النفوذ من الثلث . وإشارة إلى حقيقة الحجر الواحد وأقسامه والخلاف في حجته وعدمها :
- (٦٦ - ٧٧) حكم الاقرار في مرض الموت : هل ينقل من الأصل أم من الثلث أم بالتفصيل ؟ أقوال تسعة في المسألة ذكرها وذكر الأخبار التي هي منشأ الاختلاف . وبيان وجوه الجمع بينها ، وذكر الاشكال في

المسألة وجوابه وبه ختام الرسالة .

(٧٩ - ٨٦) (رسالة في حرمان الزوجة من بعض الارث) :

اختلاف الفقهاء في موضعين الموضع الأول فيما تحرم منه الزوجة من التركة . ذكر أقوال الفقهاء في ذلك

(٨٧ - ٩١) ذكر الأخبار التي هي منشأ الاختلاف في الحرمان :

(٩٢ - ٩٤) بيان حجج الأقوال الخمسة في المسألة ، واختيار بعضها

ورد الباقي

(٩٥ - ١٠٠) الموضع الثاني هل يعم الحرمان مطلق للزوجة أم

يختص بغير ذات الولد ؟ ذكر القولين مع دليلهما ، واختيار حرمان مطلق الزوجة ورد الآخر .

(١٠١ - ١١٧) بقي هنا أمور : (الاول) الظاهر لمادة مايعم

الدور من الرباع . (الثاني) تعيين الآلات التي تحرم من حينها وترث

من قيمتها (الثالث) كيفية تقويم الاعيان الموروثة في مرحلتيه (الرابع)

حكم الزوجة إن لم يكن معها وارث غير الامام (الخامس) هل يتعين

على الوارث دفع حصة الزوجة من القيمة أم له الدفع من العين (السادس)

هل للوارث التصرف بالاعيان قبل إعطاء حق الزوجة من القيمة (السابع)

بناء على التفصيل : هل لذات الولد كمال النصيب وعليها دفع نصف بقية

البناء للآخرى (الثامن) الأقوى توزيع الدين على ما ترث الزوجة منه

وغيره (التاسع) يجوز المصالحاة على حق الزوجة (العاشر) الأقوى

- على التفصيل عدم الفرق في الواسد بين الذكر والانثى والخنثى

(الحادي عشر) لو ملكت الزوجة من رقبة الأرض في حياة زوجها ما

يساوي فرضها ، فحكمها في البناء والآلات حكم مالور لم تملك شيئاً

(الثاني عشر) إذا كان في الأرض المحرومة منه زرع ترث من عينه ،

وتنقيح وجوه الملكية في الأخير من حيث الاجارة والمزارعة والارث . وبه
ختام الرسالة .

(١١٩ - ١٢٦) (رسالة في الرضاع) : عرض الآيات والروايات
الدالة على نشر الحرمة - في الجملة - .

(١٢٧ - ١٢٩) تمام الكلام في ذلك ينتهي بمقدمة ومباحث
وخاتمة . أما المقدمة فهي أن ربط الرضاع من منخ ربط النسب

(١٣٠ - ١٤٠) وأما المباحث : (فالأول) في بيان معنى :
(يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) (الثاني) أن المحرم من الرضاع
ما يحدث به أحد العناوين المحرمة من النسب (الثالث) لا فرق في تنزيل
للرضاع منزلة النسب بين كون التحريم به أو بالمصاهرة (الرابع) اركان
الرضاع المحرم ثلاثة : الرضيع والمرتضة وصاحب اللبن (الخامس) في
شروط نشر الحرمة بالرضاع التي يرجع بعضها إلى المرتضة ، وبعضها إلى
الرضيع ، وبعضها إلى الرضاع .

(١٤١ - ١٤٧) بيان الشروط في المرتضة .

(١٤٨ - ١٤٩) بيان للشروط في المرتضع .

(١٥٠ - ١٧٢) بيان الشروط في الرضاع

(١٧٣ - ١٨٦) المبحث السادس : عدم الفرق في تحريم الرضاع

بين سبقه على النكاح أو لحوقه له . وينتزع عليه فروع : (الأول) لو
كانت له زوجة صغيرة فأرضعها من يفسد نكاحها بالرضاع (الثاني)
لو كانت له زوجتان : كبيرة وصغيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة (الثالث)
لو كانت له زوجة كبيرة فأرضعت زوجتيه الصغيرتين (الرابع) لو كانت له
زوجة صغيرة فأرضعها أمته الموطوءة (السادس) لو كان لاثنتين زوجتان
كبيرة وصغيرة ، فطلق كل منهما زوجته وتزوج بالأخرى ، ثم أرضعت

الكبيرة الصغيرة . . .

(١٨٧ - ١٩٠) : مسائل : (الأولى) اذا قال : هذه أختي من
من الرضاع أو بنتي أو أُمي .

(١٩٠ - ١٩٨) (الثانية) لا تقبل الشهادة المطلقة على الرضاع
بل لابد من تفصيلها . ويتم الكلام في مقامين : الأول - في طريق الشهادة
والثاني - في المشهود به ، تحقيق في كلا المقامين .

(١٩٩ - ٢٠٠) (الثالثة) لو ملك أحد عموديه من الرضاع
انعتق عليه .

(٢٠١ - ٢٠٤) (الرابعة) الخلاف في ثبوت الرضاعة بشهادة
النساء وعدمه .

(٢٠٥ - ٢٠٧) (الخامسة) الخلاف في وقوع الظهار بالرضاع
وعدمه . وخاتمة في ثبوت بعض أحكام النسب في الرضاع ، وتنبية في
الاطلاقات الثلاثة للأُم . وبه ختام الرسالة .

(٢٠٩ - ٢١٢) : (رسالة في الولايات) : مقدمة ومباحث :
أما المقدمة ففي معنى الولاية لغةً واصطلاحاً ، وانقسامها بالاعتبارات
ومقتضى الأصل فيها .

(٢١٣ - ٢٢٠) أكمل الولايات ولاية الله ، ومن رشحاتها ولاية
النبي والأئمة المعصومين عليهم السلام . الاستدلال على عموم ولاية النبي
والأئمة صلوات الله عليهم بالعقل والنقل : كتاباً وسنةً .

(٢٢١ - ٢٢٤) المبحث الأول - في ولاية الحاكم (الفقيه) في
زمن الغيبة ، والكلام من جهات : في أصل ثبوتها . وفي القدر الثابت
منها ، وفي المولى عليه وموارد الولاية .

(٢٢٥ - ٢٣٠) تقريب الاستدلال بالأخبار على سعة أفق ولاية

الفقيه والجواب عنها .

(٢٣١ - ٢٣٣) تنقيح مسألة ولاية الفقيه من أصلها .

(٢٣٤ - ٢٣٥) الكلام في تعيين موارد خاصة لولاية الفقيه ،

منها - ولايته على الصغير والمجنون .

(٢٣٦ - ٢٤١) ومنها - ولايته على أموال الغائبين في الجملة .

وبيان حكم المرأة المفقود عنها زوجها .

(٢٤٢ - ٢٥٥) ومنها - ولايته على المحجور عليه لجنون أو سفه

أو لصغر بالنسبة الى نكاحهم .

(٢٥٦ - ٢٥٨) ومنها - ولايته على المفلّس في التحجير عليه من

التصرف بماله .

(٢٥٩ - ٢٦١) ومنها - ولايته على الممتنع عن أداء ما عليه من

الحقوق : ومنها - ولايته على الأوقاف العامة مع عدم تعيين الواقف ولياً

لها ، وتفصيل البحث عن تشقيقات المسألة .

(٢٦٢ - ٢٦٤) ومنها - ولايته على المال المنتقل إليه بالارث ممن

لا وارث له .

(٢٦٥ - ٢٧٢) المبحث الثاني - في الولاية بالقرابة ، وهي للاب

والجد له من النسب . وتحقيق المسألة بصورها الثلاثة : اشتراك الأجداد

مع الأب في الولاية ، وقيام الأعلى مع فقد الأدنى من الجد مع الأب ،

وصورة فقد الأب وبقاء الجدین الأدنى والأعلى .

(٢٧٣ - ٢٧٥) المبحث الثالث - في ولاية الوصي على اطفال الموصي .

(٢٧٦ - ٢٨٦) المبحث الرابع - في ولاية المقاصّة ، وتفصيل

صور المسألة فيما إذا كان الحق عقوبة أو عيناً أو ديناً . وبيان الجواز أو

المنع في مقاصّة الوديعة .

(٢٨٧ - ٢٨٩) المبحث الخامس - في ولاية المتصدق لمجهول المالك ، لقطة كان أو غيرها ، حيناً أم ديناً .

(٢٩٠ - ٢٩٨) المبحث السادس في ولاية الحسبة ، وبيان مواردها وبه ختام الرسالة .

(٢٩١ - ٣٠٣) (رسالة في قاعدة اليد) وفيها مقامات : المقام الاول - في معنى اليد لغة واصطلاحاً ، وما هو المقصود من مواردها .

(٣٠٤ - ٣١١) المقام الثاني في الاستدلال على اعتبار اليد بالإجماع والروايات

(٣١٢ - ٣١٦) المقام الثالث - في مقدار عموم (قاعدة اليد) وجملة من أحكامها . ويتم في بيان أمور . (الأول) هل تجرى القاعدة في غير الأموال من الأعراض والنسب ؟

(٣١٧ - ٣٢٠) : (الثاني) هل يختص اعتبار اليد في غير صاحبها أم تعم حتى صاحبها (الثالث) لافرق في إفادة اليد الملك بين المالكه والعادية (٣٢١ - ٣٢٤) (الرابع) لو اشترك أكثر من واحد في صدق اليد فهل الثابت يد واحدة للمجموع أم تعدد .

(٣٢٥ - ٣٢٦) (الخامس) كما أن اليد إماره على الملكية كذلك هي إماره على التذكية .

(٣٣٠) (السادس) يشترط في إفادة اليد الملكية عدم العلم بحدوثها بعنوان آخر .

(٣٣١ - ٣٣٤) يقبل قول ذي اليد مطلقاً وإن كانت عادية في جملة من موارد الطهارة والنجاسة والاقترارات .

(٣٣٥ - ٣٣٧) (الثامن) أحكام تعقب الاقترارات ببعضها بنحو الاضراب

(٣٣٨ - ٣٤٣) (التاسع) هل تجوز الشهادة بالملك المطلق بمشاهدة اليد

(٣٤٤ - ٣٤٩) (العاشر) اليد على مال الغير توجب الضمان
الاستدلال على ذلك بالاجماع وبحديث (على اليد) وتفسير الحديث .
(٣٥٠ - ٣٥٣) (المقام الرابع) في حكم معارضة اليد مع غيرها
من الامارات كالاستصحاب والبيئة والاستفاضة فهنا موارد (الأول) معارضتها
مع الاستصحاب .

(٣٥٤ - ٣٥٧) (الثاني) معارضتها مع البيئة .
(٣٥٨ - ٣٦٠) (الثالث) معارضتها مع الاستفاضة .
(٣٦١ - ٣٦٩) (لتذيل) في بيان قاعدتين متفرعتين على (اليد)
الأولى (من ادعى مالاً ليداً لأحدٍ عليه قضي له به) الثانية - (من
ادعى أمراً لا معارض له قبل قوله) . والاستدلال عليها وبيان موارد هما .
(٣٧٠ - ٣٧٥) : (رسالة في أحكام الدعاوى) : المقام الأول -
في معنى المدعي والمنكر عرفاً .

(٣٧٦ - ٣٨٤) المقام الثاني في حكم المدعي والمدعى عليه وبيان
وظيفة كل منهما ، والاستدلال على قاعدتي (البيئة على المدعي واليمين
على المدعى عليه) وبيان موارد تخصيص القاعدتين .
(٣٨٥ - ٣٨٧) (تكملة) : هل يمين المنكر معتبرة من حيث
الارفاق به . أم أن حجته مختصة بها ، واختيار أنها للارفاق .

(٣٨٨ - ٣٩٧) (المقام الثالث) في التداعي وصوره وأقسامها .
للقسم الأول من الصورة الأولى - إذا لم تكن لها بيئة فالحكم بالتنصيف
بعد التحالف وبيان موارد النقوض على ذلك في مسائل . والجواب عنها ،
(٣٩٨ - ٣٩٩) القسم الثاني من الصورة الأولى - : لو كانت
لأحدهما بيئة دون الآخر قضي لصاحب البيئة القسم الثالث من الصورة
الأولى : لو كانت لكل واحدٍ منهما بيئة على دهاوه قضي لهما بالسوية

(٤٠٠) (الصورة الثانية) ما اذا كانت العين بيد أحدهما وادعاهما كل منها . وهي أقسام ثلاثة ، بيان أحكام كل منها .
 (٤٠١ - ٤٠٦) ما لو كانت العين بيد ثالث وادعاهما كل منهما تشقيق المسألة إلى فروع وبيان أحكامها مع الاستدلال عليها بالأخبار المختلفة
 (٤٠٧ - ٤٠٩) (الصورة الرابعة) ما لو تداعيا مع التفارن عرفاً عيناً لا يد عليها ، ففي سقوط الدعوى منها ، أو القضاء بالنصف بينهما بلا يمين ، أو مع اليمين ، أو بالقرعة ؟ وجوه أربعة وبه ختام الرسالة .
 (٤١٠ - ٤١٢) (رسالة في القرض) : بيان ثواب القرض من النقل (٤١٣) : المسألة الأولى - في حقيقة القرض وعقده .
 (٤١٤ - ٤١٥) : المسألة الثانية - الخلاف في لزوم عقد القرض أو جوازه ، واختياره للزوم .

(٤١٦ - ٤٢٤) : المسألة الثالثة - عدم لزوم شرط الأجل في عقد القرض : المسألة الرابعة - في متعلق القرض ، وبها ختام الكتاب

(تصويبات)

ص	س	خطأ	صواب	ص	س	خطأ	صواب
٢٨٥	١٣	إيصاله	إيصال	١٥١	٨	المرضعين	المرتضعين
٢٨٩	٥	وفي	أو في	١٥٦	٦	وان كانت	وان كانت كاملة
٢٨٩	١٤	الا لاسيحقاق	الاستحقاق	١٧٣	٢٢	بنت أخت	بنت أخ
٣٢٣	١٨	ولو بنحو	ولولا بنحو	١٧٨	١٢	إبقاء	بناء
٣٢٧	١٥	تعارض	من تعارض	٢١٩	٩	مجيء	في مجيء
٣٣٣	١٥	هو الطاهر	لما هو الظاهر	٢٢٥	٦	الولاية	الولاية
٣٥٣	٣	لو تتم	لو لم تتم	٢٣٦	٣	بقاء الضرر	بقاؤه الضرر
٣٦١	١	كما يصبر	كما لا يصبر	٢٤٨	١٦	الصغيرة	الصغير
٥٦٣	١٣	وفي	وما في	٢٧٣	١٧	الانطاع	الانطال