

بِلْغَةِ الْفَقِيْهِ

مكتبة العتبة العلوية العامة
بغداد

١١

بِلْعَامِ الْفَقِيهِ

مجموعة بحوث ورسائل وتراث لفتية قيمة تسد
حاجة الفراغ في التشريع الإسلامي والفقه
الامتدال ، لا غنى لفتية والمحروقى من معرفتها .

تصنيف

الحجۃ الحفیظ السید محمد آل بحر العلوم - قدس صره -

تحقيق وتعليق

السيد حسين بن السيد محمد تقي آل بحر العلوم

لـ الحجۃ الثالث

رسالة

في منجزات المريض

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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

(مسألة) : اختلقت كلمات الأصحاب في نفوذ منحازات المريض في مرض موته : من الأصل ، أو الثالث ، على قولين :

وتنقيح المسألة هو أن يقال : ان تصرف المريض في ملكه . عيناً أو منفعة في مرض موته ، تمليكاً كان التصرف أو فك ملك كالعتق ونحوه ^(١) . لا يخلو : اما منحاز ، 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 الإنشاء ، أو يكون ظرفاً لهما معاً ، كقوله : أعطوا زيداً بعد وفاتي ألفاً.

ثم المنحاز : اما ان يكون عن حق واجب عليه كالديون والكافارات وأروش الجنایات وبدل الغرامات . ومنه النذر المطلق . أو متبرعاً به ، بمحاناً كان كالوقف والصدقات ، والعطايا والهبات الجنائية ، أو بمعاوضة تساويه في المثل أو القيمة كالبيع أو الإجارة بشمن المثل وأجرته ، أو بما دون ذلك ، ويعبر عنها بالمعاوضة المحاباتية :

(١) مثال الأول واضح ، كأن يقول : ملكت فلانا داري ، وشبهه ومثال الثاني ، كالوقف العامة على عموم المتنفعين بها من مواردها ، مثل الحسينيات والمدارس والمساجد والمرابط ونحوها . فإنها تحرير الملكية وفكها إلى غير عودة ، وليس تمليكاً ، لا لجهة ، ولا لشخص .

إذا عرفت ذلك فنقول^(١) : اما ما كان معلقا على الموت ومؤجلا به ، فمخرجه الثالث إجماعا . بقسميه –^(٢) من غير فرق بين ما كان وصية تملיקية أو عهدية^(٣) وما هو ملحق بها حكما ، وان كان غيرها

(١) الملاحظ : ان تفصيل الأقسام المذكورة غير جار على ضوء ترتيبها الإجمالي.

(٢) الإجماع : هو اتفاق خاص من قبل عامة الفقهاء على فتوى شرعية ، بحيث يعلم إجمالا بدخول المقصوم (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 : ان الراوي للخبر ينقل قول المقصوم (ع) رأسا ، وناقل الإجماع ينقل السبب المثبت للحججة التي يعرف منها رأي المقصوم (ع) .

وهذا القسم من الإجماع سهل الادعاء ، ممكن الوقوع في هذه الأزمة (زيادة الاطلاع والتعرف على حقيقة الإجماع وحجيته وإمكانه تراجع كتب الأصول من الفريقين) .

(٣) الوصية : هي ! عهد خاص بتمليك عين أو منفعة أو تسليط على تصرف . بعد الوفاة . واحتلّف الفقهاء في أنها : من العقود أو الإيقاعات . والظاهر أنها من الإيقاعات ، ولكنها . مع ذلك . بحاجة إلى القبول في تطبيقها .

وأركانها أربعة : الموصي ، الوصي ، الموصى به ، الموصى إليه

موضوعا ، كالتدبير ، بناء على انه عتق ، لا وصية بالعتق^(١) والنذر المقيد بالموت . على الأقوى فيه^(٢) ولكون الخروج عن الملك في ذلك مقيدة

أو له . ولكل منها شروط وأحكام مفصلة في مضانها من كتب الفقه وبحكم تعلق الوصية بالمال والمنفعة . تارة . وبالتصريف أخرى . يصح انقسامها إلى :

وصية تمليقية . وهي إنشاء الموصي تمليك عين أو منفعة لشخص معين أو أشخاص ، أو جهة معينة أو جهات ومن ملحقاتها : الإيصاء بالتسليط على حق من حقوقه القابلة للانتقال كالشفعة . مثلا . ووصية عهدية . وهي : إيصاء الموصي لشخص معين أو أكثر بتنفيذ وصيته التي رسماها مما يتعلق بتحميذه أو استيغار الحج والعصمة ونحوها من العبادات عنه . ومن ذلك : الولاية على أولاده الصغار أو المحانين والسفهاء من الكبار في إدارة شئونهم .

ومن ملحقات العهدية . كما أشار في المتن : الإيصاء بتحرير الملك وكيفكه كإيقاف داره مسجدا أو حسینية ، نحومها . ومن ذلك عتق عبده في سبيل الله . ولتفصيل الموضوع يراجع باب الوصايا من كتب الفقه للغريقين .

(١) التدبير : هو عتق المملوك مقيدا بوفاة مالكه . وإنما سعي بذلك بحكم صيغته المتعارفة كأن يقول المالك لملوكه : «أنت حر دبر وفاتي» .

وهو قسمان : مطلق ، كقول المالك لعبده : إذا مت فأنت حر ، أو أنت حر دبر وفاتي . ومقيد كقول المالك لعبده . مثلا «إذا مت في سفري هذا فأنت حر» . والظاهر ان التدبير . بقسميه . عتق وتحرير ملك ، لا وصية بالعتق وان جاز رجوع المولى فيه . بعد ذلك إذا كان بنحو الوصية .

(٢) الضابط في متعلق النذر ملكية النذر للمنذور ، والقدرة على

ما لا يملك عند تتحققه الا الثالث من ماله.

واما المعلق على غير الموت ، فبحكم المنجز في التفصيل الآتي ، وان تتحقق الشرط والملحق عليه بعد الموت ، ما لم يبطل التصرف به.

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

وان كان عن حق واجب عليه في مرضه بسبب من الأسباب ، فإن كان من التسبيبات القهيرية كالإتلاف ونحوه ، نفذ من الأصل . بلا خلاف أيضا. وان أوجد السبب في المرض اختيارا. وان كان من قبيل الاستدانة المجانية كالضمان تبرعا عن الغير ، والكفالة التبرعية الموجبة لغرامة ما على المكفول عند تعذر إحضاره ، فالظاهر نفوذه من الأصل أيضا ، خلافا لبعض كالمحقق في (الشائع) ^(١) لأن التصرف اغما هو في نفسه وذمته ، دون ما له المتعلق به حق الوارث على القول بنفوذه من الثالث 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 ابي داود ج ٣ باب النذر فيما لا يملك وهل يكتفى بتحقق ذلك الشرط حين النذر . فقط . أم لا بد من استمراره الى حين الوفاء بالنذر؟ فان اكتفي بمحض تتحققه حين العقد كما . في المتن . فيصح النذر المقيد 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 إذا ضمن المريض في مرضه ومات فيه ، خرج ما ضمه من ثلث تركته على الأصح ». ويظهر رأيه أيضا في مسائل القسم الثاني من لواحق كتاب الوصية الخاص بتصرفات المريض.

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

لا يقال بالفرق بين الحجر لفلس والحجر لمرض بتقرير : ان شغل الذمة في الأول لا يزاحم حق الغرماء بناء على اختصاص الحجر فيه بالموجود من المال بخلاف الذمة هنا فإ أنها تزاحم حق الوراث لتعلق حقه بماله الموجود ، وبما يوجد عند تتحققه إلى زمان الموت ، والوفاء إنما يكون من ماله الذي لا يمكن فرض تتحققه إلا متعلقا به حق الوراث ، فالذمة هنا مزاحمة لحقوق الورثة ، وفي الفلس لا تزاحم حقوق الغرماء ، فالضمان مثلاً يستلزم تفويت مال على الوراث لولاه لكان موروثاً له.

لأنا نقول : لا يجدي الفرق المذكور لو سلم بعد أن كان الضمان بنفسه ليس تصرفها في المال المنوع عنه ، وبه يتحقق عنوان الدين المقدم على حق الوراث ، ضرورة أنه لا إطلاق في معقد إجماع أو متن رواية بالنسبة إلى ما يمنع عنه في مرضه حتى يعارض ما دل على نفوذ الدين من الأصل بنحو العموم والخصوص المطلق أو من وجه حتى يمكن تقديمها عليه ، بل الدليل الدال على نفوذه من الثالث بعد تسليمه وارد في موارد مخصوصة ، وإنما يتسرى منها إلى ما يكون مثلها بعد القطع باتحاد المناط ، فيبقى دليل تقديم الدين سليماً عن المعارض مندرجها 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 الثالث . بناء عليه . لو تعلق بعين من أمواله ، كما لو نذر في مرضه

(١) وذلك من التعليل الذي ذكره . آنفاً . بقوله : لأن التصرف إنما هو في نفسه وذمته ، دون ماله .

أن يعطي فرسا من أفراسه أو كتابا من كتبه ، للمنع عن التصرف فيه الموجب لعدم انعقاد النذر عليه فيما زاد على الثلث إلا بالإجازة.

ومنه يظهر الوجه في التفصيل فيما لو اشتري من يعتق عليه في مرضه بين ما لو اشتراه بثمن في الذمة فإن الشمن دين والانتعاق قهري بحكم الشرع ، وما لو اشتراه بعين من أمواله ، فإن الانتعاق وان كان قهري بحكم الشرع ، وما لو اشتراه بعين من أمواله ، فإن الانتعاق وان كان قهريا الا أن الشمن مفوت على الوارث ، فينفذ من ثلثه ، وفي الزائد يتوقف على الإجازة ، من غير فرق بين كون الشراء بملزم كالنذر أو بغير ملزم في الصورتين.

ودعوى أن بذل الشمن المعين فيه إنما هو بإزاء ما يساويه في القيمة ومثل هذه المعاوضة ينفذ من الأصل بلا خلاف ، لعدم المحاباة فيه :

(مدفوعة) باتحاد المناطق بينه وبين المحاباة في صدق التفويت عرفا عند الاقدام على هذه المعاوضة بعد إحراز عدم سلامية الموضع له فتأمل .

ولو تصدق طلبا للعافية لا لرجاء الشواب فكبذل الأجرا للطبيب وشراء الدواء في نفوذه من الأصل أيضا.

بل ينفذ منه أيضا بذل كل ما تعود منفعته لنفسه كمؤنته ومئونة عياله وأضيافه ولو بنحو التوسعة ، كما لو وقع منه ذلك في حال الصحة ، بلا خلاف أجده فيه. ولو أجاز المرض المعقود على ماله فضولا بما يفيد التمليل بالمحاباة أو بمحانا. بناء على جريانه في غير البيع أيضا ، نفذ من الثلث على القول به ، بناء على النقل ، وكذا على الكشف لو وقع العقد في المرض أيضا ولو وقع قبله فالظهور ذلك أيضا لكون الاستناد إلى المالك إنما هو بالإجازة الواقعية في المرض ، لا سيما على الكشف الحكمي. ويحتمل نفوذه من الأصل فيه على الكشف الحقيقي ^(١)

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

ثم إن التصرف الممنوع عنه يعم التصرف في العين أو المنفعة المملوكة بحيث لولاه لكان موروثا ، فلا يشمل تصرفه بإحراة نفسه بدون أجراة المثل ،

العقود . كما هو الصحيح . لانطباق الأدلة عليه .

أقول : ذكر فقهاؤنا رضوان الله عليهم . في كتاب البيع من موسوعاتكم الفقهية : أن من جملة شروط المتعاقدين أن يكونوا نافذـي التصرف . فعلا . وفرعوا على ذلك مسألة عقد الفوضـي وهو الشخص الثالث الكامل للتصرف ، غير المتعاقدين ، وهو : إما أن يعقد للملك ، أو لنفسه ، والأول :

والقدر المتيقن من شمول أدلة الجواز والصحة هو للفضولي العاقد للمالك غير المسوق بالمنع ، وإن قيل بالطلان لأدلة ضعفه.

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 لمشموليته أيضاً للعمومات غير المفرقة بين المقامين .

هذا وقد اختلفوا في أصل جواز عقد الفضولي وعدمه مطلقاً ، والتفصيل المذكور بين العاقد للمالك .
بسميه . جوازاً ، ولنفسه منعاً . والتفصيل بين العقود جوازاً ، والإيقاعات منعاً ، إلى غيرها من الخلافات المفصلة
في يابها من كتب الفقه . ولكل قول أدلة ومؤيدات ، لا يسع المجال استعراضها.

والظاهر . كما تعضده الأدلة المفصلة في مباحثها . صحة عقد الفضولي بل وإيقاعه أيضا ، للعمومات الشاملة لجميع الأنواع ، ولخصوص بعض الأدلة الواردة في موارد التفصيل المذكورة .
وكذلك . بناء على صحة الفضولي . 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 المحاباة بعد أن كانت متمولة

شخصيا ، أو كليا في ذمة الأصيل ، كما لا فرق أيضا في صحة الفضولي بين العقود اللغظية أو المعاطة . على القول بإفادتها للملك في نفسها.

ولا بد أن يتعقب عقد الفضولي . بناء على جوازه مطلقا أو على بعض التفصيات الآتية الذكر . : أما إجازة المالك ذلك العقد . بحكم كونه أحد طرفيه ، فيصح ، واما الرد ، فيبطل . فالكلام . بايجاز إذا . حول الإجازة ، والمخيز ، والمحاز ، فنقول :

أما الإجازة بالنسبة إلى عقد الفضولي ، فلا بد من حصولها في تنصيحيه :

اما بناء على كونها جزء السبب في التأثير ، أو شرط الصحة على غرار الشرط المتأخر . بناء على إمكانه في نفسه . أو شرطية وصف التعقب المقارن للعقد . كما سترى . وعلى كل فقد اختلفوا في تخرج ارتباط الإجازة المتأخرة بالعقد المتقدم على أقوال :

الأول . النقل ، أي أنها ناقلة ومصححة للعقد من حين صدورها من المالك ، ولا تترتب آثار العقد من النقل والانتقال والثمرات الأخرى إلا من حين صدورها ، لا من حين صدور العقد ، حتى كان العقد الصحيح وقع من الآن ، لا من ذي قبل .

هكذا قيل في تصوير النقل ، وإن أشكل عليه بلزوم تأثير المدعوم ، فإن العقد المتقدم . حال الإجازة المتأخرة . مدعوم ، وليس الإجازة تمام السبب في النقل ، بل هي اما جزء مع العقد ، أو شرط صحته ، وتمام السبب هو العقد .

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

ملوكة ، بل ولا يشمل ما كان من الحقوق بإسقاطها نحو حق الشفعة وحق الخيار ، وإن كان مآلـه المال ، بخلاف الإبراء من الدين.

الألغاظ إلى حين الإجازة ، فهي ليست لا حقة بأمر معهـوم ، وليس للأمر المعهـوم . وهو الألغاظ . أي صعيدية في ترتـب الآثار والأحكـام.

الثاني . الكشف ، بمعنى أن الإجازة المتأخرة كاشفة عن صحة العقد السابق ، وباعـثة على ترتـب الآثار من حينه ، لا من حينها ، حتى كأن الإجازة وقعت مقارنة للعقد . وربما قبل بامتناع الكشف على هذا التصوـير لاستلزمـه القول بالشرط المتأخر ، وهو محـال التعـقل كـتأثيرـ المـعـهـوم ، وتـقدمـ المـعـلـولـ عـلـىـ عـلـتهـ .

ولـكنـ الحقـ إـمـكـانـ تصـورـ الشـرـوطـ المـتـأـخـرـةـ فـيـ التـشـريعـيـاتـ .ـ كـالـتـكـوـيـنـيـاتـ .ـ وـلـذـلـكـ عـدـدـ تـخـرـيجـاتـ ،ـ مـنـهـاـ عـلـىـ رـأـيـ الـحـقـ الخـراسـانـيـ .ـ قـدـسـ سـرـهـ .ـ فـيـ كـفـايـهـ :ـ مـنـ أـنـ الـعـلـةـ فـيـ الـأـمـورـ الـاعـتـبارـيـةـ الـيـ لاـ وـجـودـ لهاـ إـلـاـ بـمـشـاـ اـنـتـزـاعـهـاـ لـيـسـ الـلـاحـاظـ مـاـ هـوـ مـنـشـأـ الـاـنـتـزـاعـ ،ـ فـكـمـاـ يـمـكـنـ لـحـاظـ الـمـقـارـنـ يـمـكـنـ لـحـاظـ الـمـتـقـدـمـ وـالـمـتـأـخـرـ عـلـىـ حـدـ سـوـاءـ .ـ وـمـنـهـ عـلـىـ رـأـيـ

صـاحـبـ الـفـصـولـ .ـ عـلـىـ مـاـ حـكـيـ عـنـهـ .ـ مـنـ أـنـ شـرـطـ الصـحـةـ فـيـ الـعـقـدـ الـفـضـوليـ ،ـ هـوـ وـصـفـ تـعـقبـ الإـجازـةـ ،ـ لـاـ نـفـسـهـاـ ،ـ وـهـذـاـ وـصـفـ وـالـعـنـوانـ حـاـصـلـ حـيـنـ الـعـقـدـ ،ـ فـلـيـسـ مـنـ قـبـيلـ الـشـرـطـ المـتـأـخـرـ وـاقـعاـ .ـ وـيـظـهـرـ مـنـ الـقـائـلـينـ بـالـكـشـفـ أـنـهـمـ صـورـهـ بـتصـوـيرـاتـ ثـلـاثـةـ :

كـشـفـ حـقـيقـيـ بـمـعـنىـ أـنـ الإـجازـةـ المـتـأـخـرـةـ تـكـشـفـ عـنـ تـأـثـيرـ الـعـقـدـ مـنـ حـيـنـ تـحـقـقـهـ تـأـثـيرـاـ تـامـاـ ،ـ وـهـوـ القـولـ المشـهـورـ بـيـنـ الـفـقـهـاءـ الـذـيـنـ يـتـهـضـمـونـ تـأـثـيرـ الشـرـطـ المـتـأـخـرـ .ـ بـالـرـغـمـ مـنـ تـأـخـرـ زـمانـهـ .ـ وـكـشـفـ تـعبـديـ ،ـ وـهـوـ نـفـسـ الـأـوـلـ مـعـ تـخـرـيجـ التـأـخـيرـ بـتـصـورـ الـلـاحـاظـ .ـ كـمـاـ عـلـيـهـ الـآـخـونـدـ .ـ أوـ تـعـقبـ .ـ كـمـاـ عـلـيـهـ الـفـصـولـ .ـ وـذـلـكـ مـذـهـبـ

فظهر أن محل النزاع إنما هو في المنجزات المتبع بها ، تمليكاً كان أو فك ملك بجاناً أو بمعاوضة مخاباتية.

غير المتهضمين لتأثير الشرط المتأخر من الفقهاء فهما . بحسب الواقع . معنى واحد ، وإن اختلافاً بحسب المبني ، والتخريج .

وكشف حكمي ، وهو معنى وسط بين الكشف الحقيقى ، والنقل ، والتفصيل بين آثار العقد وأحكامه في ترتيب بعضها من حيث العقد وتعطيل بعضها الآخر إلى حين الإجازة ، فالإجازة المتأخرة لا تؤثر بالنقل والانتقال في الملكية من حين العقد ، ولكنها تؤثر . من حينه . في النساءات غير المملكة ، فهو من حيث ترتيب النساءات غير المملكة ، كشف حقيقي ، ومن حيث عدم ترتيب ملكية المبيع إلى المشتري الأصيل ، نقل حقيقي ، ولهذا كان وسطاً بين الاثنين .

وهنالك ثمرات وآثار تختلف في ترتيبها باختلاف المبني في الإجازة بين الكشف بأنواعه والنقل ، ولعل من أهمها موضوع النساءات الحاصلة بعد العقد ، فبناء على الكشف الحقيقي والتعبدى هي ملن التقلت العين اليه ، وهو المشتري الأصيل ، وعلى الكشف الحكمي والنقل هي ملن انتقلت عنه ، وهو المالك .
وهنالك ثمرات بين أنواع الكشف والنقل ذكرت في أبوابها من كتب الفقه ، لا يسعنا استعراضها في هذا المجال .

ثم ان الأنسب بالقواعد من أقوال الإجازة هو النقل ثم الكشف الحكمي ثم التعبدى . وأما الحقيقي . مع اعتبار الإجازة جزء سبب أو شرطاً للتأثير ، فمشكل بدون تأويل وتخريج . كما عرفت . والإجازة من المالك قد تكون بالقول الصريح مثل (أجزت وأمضيت) ونحوهما ، وقد

إذا عرفت ذلك ، فنقول : لتعلم أولا ، إن معنى كون المنجزات من الأصل . على القول به . واضح ، ومعناه . على القول به من الثالث .

تكون بغيره ، كالكتابة والإشارة والفعل ، وكل ما يدل بصرامة على الرضا بمضمون العقد . ولا تورث الإجازة ، لأنها من الأحكام ومن شئون السلطة على الملك ، وليس من الحقوق القابلة للإرث . وينبغي مطابقة الإجازة للعقد المجاز ، إطلاقا وتقييدا من حيث الشمن والمثمن ، والاعتبارات الآخر ، لأنها من متمماته ، سواء قلنا بكونها جزء سبب أو شرطا في الصحة . ويشترط في الإجازة : أن لا يسبقها الرد من المالك ، لأنها تجعل الجائز أحد طرف العقد ، فلا بد من تحقق رضاه به ، ومع سبق الرد لا يتحقق ذلك .

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

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

وهل يكفي توفر ذلك الشرط . وهو حواز التصرف . حين الإجازة ، أم لا بد من تتحققه حين العقد أيضا؟

قولان في المسألة :

والظاهر كفاية توفره حين الإجازة فقط ، وإن كان حين العقد منوع

كونه موقوفاً مرعاً إلى أن يكشف الحال بالبرء الكاشف عن النفوذ من الأصل من حين التصرف ، أو بالموت الكاشف عن نفوذه من الثالث كذلك

التصرف ، فلو كان محجوراً حين العقد ، وارتفاع حجره حين الإجازة صحت إجازته ، بخلاف العكس ، إذ المالك صحة تصرفه فيما يقول إليه من التصرفات بالخصوص ، فإن الإجازة تصرفه ، والعقد تصرف غيره . وأما المخاز . وهو عقد الفضولي . فلا كلام لنا في اعتبار ما يعتبر في غيره من العقود اللفظية ، لأنه من مصاديقها ، بحكم الأدلة المخوذه وإنما الكلام في أن الشروط ههنا هل يعتبر اجتماعها في العقد حين العقد ، أم حين الإجازة؟ ، أم من زمان العقد إلى زمان الإجازة؟ وجوه ثلاثة في المسألة؟ والتحقيق . كما يتلاءى من أدلة المقام . التفصيل بين الشروط ، فبعضها دخيل في ماهية العقد وتقومه كالقصد والعقل والتمييز والبلوغ . على القول به . في المتعاقدين ، وكالمالية والملكية في العوضين ، وكالتجزئ والعربيّة - بناء عليها . في ألفاظ العقود ، فهذه ونحوها لا بد من اعتبارها في حال العقد ، إضافة إلى حال الإجازة ، إذ بدونها يختل صدق العقدية حيث إن ، عقد الفضولي . كما هو الحق . هو العقد المتكامل القابل للتأثير لو لا رضا المالك .

وبعض الشروط ليس لها دخلة في تقويم العقد ككون المعاملة غير غريرية أو غير ربوية وككون العوضين غير نحسي العين أو محرومـ كالخمر وآلات القمار ، ونحو ذلك ، فلا حاجة إلى توفرها حين العقد ، بل يكفي توفرها حين تحقق الإجازة ، وإن كانت حين العقد مفقودة .
(وفي كتاب البيع من الموسوعات الفقهية بحوث مفصلة وفروع مفيدة في الإجازة والتجزئ والمخاز لا يسع المقام ذكرها).

إذا كان بقدره ، ونفوذ قدر الثالث منه إذا كان قاصراً عنه ، وبطلانه في الزائد عليه مع عدم الإجازة من حين التصرف ، فيكون الموت كاشفا عن تعلق حق للورثة بالمال من حين المرض الموجب لعدم نفوذ التصرف فيما لهم فيه حق الا بإجازتهم ، كالوصية التي تبطل من حيتها فيما زاد على الثالث مع عدم الإجازة (وتوهم) الفرق بأن الوصية إخراج للمال عن الملك في زمان ينتقل فيه المال إلى الورثة لا يملك منه الا الثالث ، وفي المقام إخراج له عن ملكه حينما يملك المال كله (فاسد) لأنه يكفي في المنع تعلق حق الغير به كالرهن الممنوع عن تصرف المالك فيه ، لتعلق حق الاستيفاء به ، وان كان مملوكا له.

لا يقال : لم لا نحكم ببنفوذه من الأصل في الواقع ، وللوارث إبطاله عند الانتقال إليه ، فينفذ حيثذاك من الثالث من حين الموت كالفسخ بالخيار الموجب للبطلان من حينه لا من حين العقد.

لأننا نقول : بعض التصرفات . بعد فرض وقوعه صحيحها في الواقع . لا يمكن طرو الفساد عليه كالعتق الموجب للتحريم ، إذ لا يعود الحر ملكا وكالوقف المأمور في معناه التأييد ، ولا قائل بالتفصيل بين ما يقبل طرو الفساد وغيره . هذا بالنسبة الى حكم المسألة في الواقع ، وأما في مرحلة الظاهر ، فهل للمالك المتصرف في مرضه تنفيذ تصرفه وتسلیط المعطى له على المال بالتسلیم له ، أو التخلية بينه وبينه مطلقا أم لا كذلك؟ وجهان :

والوجه . بل الأقوى . هو الأول ويحتمل التفصیل بين ما يسعه الثالث حين التصرف وما لا يسعه كذلك ، فله التنفيذ في الأول ، لأصالحة سلامة المال عن التلف مع عدم تعین حق الوارث في خصوص ما تصرف فيه ، وليس له ذلك في الثاني ، لأصالحة

عدم تحديد مال له بعد التصرف حتى يتدارك به حق الوارث فيما تصرف فيه .
وفيه : أن شرط الصحة وفاء الثلث به عند الوفاة ، لا حين التصرف ، وأصالة سالمة المال لا يثبت بها عنوان الوفاء عند الوفاة ، لأنها من الأصول المثبتة التي لا معول عليها^(١) .

(١) المتيقن ان الشارع المقدس يأمر بعدم نقض اليقين والمضي عليه الا بيقين مثله : وذلك هو معنى أصل الاستصحاب . أي أنه يجب ترتيب آثار الشيء المتيقن الثابتة بواسطة اليقين ، وتلك الآثار لا بد أن تكون هي الآثار الشرعية المحمولة من قبل الشارع لأنه هو الأمر بترتيبها ولأنها هي القابلة للجعل الشرعي دون غيرها من الآثار العقلية والعادلة .

وعليه فان المتيقن المستصحب : اما أن يكون نفسه حكما من الأحكام الشرعية المحمولة من قبل الشارع كوجوب شيء أو حرمه أو إباحته وأمثالها ، واما أن يكون من الموضوعات الخارجية أو اللغوية ونحوهما كحياة زيد وموته ، وكريمة الماء ورطوبة الإناء وغير ذلك مما هو سوى الأحكام الشرعية ومعنى الاستصحاب في القسم الأول هو أن المحمول 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 المحمول . في زمان الشك . جميع الآثار المترتبة على المتيقن في زمان اليقين ، بل المحمول الآثار الشرعية منها فقط دون العقلية والعادلة ودون ملزوماته وما هو ملازم معه ملزوم ثالث يشتركان في الترتيب عليه وغير ذلك ، فاستصحاب حياة زيد مثلا معناه الأمر بوجوب ترتيب الآثار الشرعية فقط . التي كانت في حال اليقين . حال الشك كصيانته أمواله وحرمة ترويج زوجته وأمثالهما ، وليس معناه ترتيب جميع الآثار حتى العادلة والعقلية كاستمرار نموه ونبات شعره ونحوهما . على أنه رعا

ووجه الثاني وهو المنع مطلقاً . أن المريض بالمرض المعقب بالموت ليس له سلطنة تامة في ملكه كما كان له في حال الصحة ، وجوائز التنفيذ فرع وجود السلطنة كذلك عليه ، وهو غير محرز بعد أن كان المرض محفوفاً بظهور الأمارات الردية الكاشفة غالباً عن تعقب الموت . نعم ليس له أن يتصرف تصرفاً منافياً للتصرف الأول إن كان ملزماً ، لزومه من قبله ، وإن توقيف نفوذه على اكتشاف الحال ، فهو نظير الأصيل في البيع الفضولي قبل الإجازة ، بناء على لزومه بالنسبة إليه^(١) ، بل هنا أولى منه .

وفيه أيضاً أن مرجع الشك في الجواز وعدمه إلى الشك في تعلق

يترب على تلك الآثار العادية حكم شرعي كما لو نذر الصدقية عند نبات شعر ولده ، ولكن المستصحب هو الحياة ، فلا بد أن يكون المترتب عليها مباشرة هي الآثار المحمولة شرعاً . وما سوى ذلك من ترتيب 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 يصبح استصحابه على ضوء القسم الأول ، بل هو من الموضوعات الخارجية ، وعليه فوفاؤه بالثالث وسعته له ليس من الآثار الشرعية للسلامة ليصبح استصحابه على ضوء القسم الثاني منه . وإنما ذلك أثر عادي ولازم خارجي للمال لا يتنهي إلى الشارع بصلة حتى يأمر بتوريثه على المال حال الشك ، كما كان حال اليقين ، إلا على تحرير الأصل المثبت غير المعتبر شرعاً . كما عرفت . هذا بإيجاز ، وللتفصيل مظانه من كتب الأصول .

(١) يريد بالأصيل : طرف الفضولي ، سواء كان بائعاً أم مشرياً ، فإن المعاملة من قبله لازمة إلى أن يأتي دور الإجازة أو الرد من قبل المالك الحقيقي ، وإن لم يجز له التصرف بما تحت يده حينئذ .

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

وبالجملة : ليس مطلقاً المرض سبباً للمنع عن التصرف ومحاجاً لتعلق حق الغير بالمال ، بل السبب المرض الخاص ، وهو المعقب بالموت ، فالشك فيه شك في وجود السبب ، والأصل عدمه ، واستصحاب السلطة السابقة على المرض محكم ، فالأقوى الجواز مطلقاً ، ولعله الوجه في قيام السيرة على عدم الضبط على المريض في تصرفاته والمنع عن بعضها ، مع أن القول بنفوذه من الثلث منسوب إلى مشهور المتأخرین ، بل في موضع من (المسالك) الى عامتهم ^(١) ومنه يظهر ضعف الاستدلال به للقول بنفوذه من الأصل كما سترى.

هذا ولا فرق فيما ذكرنا من جواز التنفيذ مطلقاً بين كون المنع عن التصرف لتعلق حق الغير به ، أو للتعبد ، وإن كان لحكمة الإرفاقة بالوارث لأن الشك فيه حينئذ 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 الحق : وأما منجزات المريض إذا كانت تبرعا .. «إذا تقرر ذلك فنقول : اختلف الأصحاب في تصرفات المريض المنجزة المتبرع بما على ذلك الوجه ، فذهب الأكثر و منهم الشيخ في المبسوط والصدق و ابن الجنيد وسائر المتأخرین 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 الحكيم ما كان مجرى الاستصحاب فيه حكماً من الأحكام الشرعية كوجوب الامثال وحرمة

نعم ربما يظهر الفرق بينهما في نفوذ الإجازة وتأثيرها لو أجاز قبل الموت على الأول ، لتضمنها معنى الاستقطاع ، وعدهم على الثاني ، لعدم جريانها في الأحكام . اللهم الا أن يقال بتأثيرها ، وإن لم يتعلق حق بالمال ، كالوصية التي تنفذ فيما زاد على الثالث لو أجاز الوارث في حياة الموصي وصحته ، بناء على الأشهر فيه ، مع عدم تعلق حق للوارث بالمال حين الإجازة ، وليس معنى الإجازة فيها الا الرضا بعدم الإرث ، لا الاستقطاع الذي لا يتعقل قبل ثبوت الحق ، فليكن هنا كذلك وان قلنا به للتبعيد . ولكن فيه مع ذلك : أن لزوم الالتزام بعدم الإرث في الوصية . على القول به . إنما هو لقيام الدليل عليه فيها المحمول على ذلك ، دون الاستقطاع المفروض كونه من إسقاط ما لم يجب ، ولم يقم مثله دليل في المقام حتى يجب حمله على ذلك . وعليه فتظهر الشمرة بينهما في ذلك ، بل ربما احتمل ظهور الشمرة بينهما أيضا في نفوذ إقراره في مرض الموت على تقدير كون المنع للتبعيد ، لأن المنع عن التصرف لذلك لا يستلزم المنع عن نفوذ الإقرار بعد عموم دليله ، وعدم نفوذه على تقدير كون المنع مسببا عن تعلق حق الغير به لكونه حينئذ من تعلق الإقرار بحق الغير فلا ينفذ ، ولذا وقع الخلاف في نفوذه من أهل القول بنفوذ المنجزات من الثالث كما سترى . وهو فاسد في كل من طرفيه! أما الأول ، فعلى إطلاقه لأنه يمكن أن نقول بنفوذ المنجز من الثالث تبعدا ، ونقول . مع ذلك . بعدم نفوذ

الارتکاب مثلا ، ففي مثال ما نحن فيه : يكون استصحاب تعلق حق الغير موضوعيا ، لا تترب عليه إلا آثاره الشرعية المعمولة فقط ، بخلاف ما إذا كان المنع للتبعيد الشرعي فإنه ، استصحاب حكمي بنفسه

الإقرار مع التهمة ، للدليل الدال على عدمه معها ، المخصص لعمومات أدلة الإقرار. وأما الثاني فلأن حق الوارث بناء عليه إنما هو متعلق بمال المورث وتركته التي ليس المقر به منها بحكم أدلة الإقرار ، ولا يقاس بعدم نفوذه في المفلس المحجور عليه لو أقر بالعين دون الدين ، إذ لعل المانع عنه هو حجر الحكم الذي هو منزلة حكمه النافذ لا لتعلق حق الغراماء ، وإن علل به في بعض عبارتهم ، لكونه من المصادر المحسنة^(١) ، كيف ولو لاه لأمكن دعوى نفوذه إقراره فيه أيضا ، كما قيل به ، وإن كان الأقوى عدم نفوذه هناك ونفوذه في المقام.

إذا تبين لك ذلك كله ، فلنرجع إلى الأقوال في المسألة وأدلتها فنقول :

القول بنفوذه من الأصل هو المحكي عن (المقتعة) واحتاره الشيخ (في النهاية) والخلاف ، وهو صريح (الانتصار) و (الغنية) وبني حمزة والبراج وإدريس و (كشف الرموز) والقمي (ره) في (أجوبة مسائله) وحدي في (الرياض) وولده الحال في (المناهل) وصاحب (الحدائق) حاكيا له أيضا عن الشيخ الحر العاملي ، والحدث الشيخ عبد الله بن صالح البحرياني ، واحتاره المقدس الأرديلي في (شرح الإرشاد) والسبزواري في (الكافية) وشيخنا المرتضى في بعض تحريراته ، وعمنا الأستاذ في (ملحقات برهانه) بل في (السرائر) : انه الأظهر بين الطائفتين ، وفي موضع آخر منه : أنه الصحيح من المذهب ، وفي (الكشف للأبي) نسبته إلى الأكثر وقيل : أنه المشهور عند القدماء ، بل في (الانتصار) والغنية دعوى الإجماع عليه.

وها نتلو عليك جملة من عبارتهم تسهيلا 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 راجعا 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 : لزムت الهبة في جميع الموهوب ، ولم يكن للورثة فيها شيء ، ومنهم من قال : يلزم في الثالث ويبطل فيما زاد عليه وبه قال جميع الفقهاء ، دلينا 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 الثالث إذا لم يكن منجزاً لا يصح بلا خلاف ، وإن كان منجزاً مثل العتق والهبة والمحاباة فلأصحابنا فيه روایتان : إحديهما أنه يصح والأخرى أنه لا يصح وبه قال الشافعی وجميع الفقهاء ، ولم يذکروا فيه خلافاً ، دلينا على الأول الأخبار المروية من طرق أصحابنا ذكرناها في الكتاب الكبير» ^(٣) .
وفيه أيضاً في باب الشفعة : «إذا باع في مرضه المخوف شخصاً وجاب فيه من وارث صح البيع ، ووجبت به الشفعة بالشمن الذي وقع عليه البيع ، وعند الفقهاء يبطل البيع لأن المحاباة هبة ووصية ، ولا وصية لوارث ، ويبطل في قدر المحاباة . إلى أن قال . دلينا أن هذا بيع صحيح فمن جعل المحاباة فيه وصية فعلية الدلالة» ^(٤) .

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

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

(٣) راجع : مسألة ١٢ من كتاب الوصايا . ويقصد بالكتاب الكبير : التهذيب.

(٤) راجع : مسألة ٤٠ من كتاب الشفعة

وقال في (السرائر) في (باب الهبات) : «إذا وهب في مرضه المخوف شيئاً وأقبضه ثم مات فمن أصحابنا من قال : تلزم الهبة في جميع الشيء الموهوب ، سواء كان الثالث أو أكثر من الثالث ، 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 الثالث ، بل من أصل المال» ^(٢).

وأيضاً في موضع آخر منه : (قال محمد بن إدريس (ره) إن أراد بأنه بتعتقه في حال حياته ولم يجعله مدبراً بعد موته فإنه ينعتق جميعه ولا يستسعن في شيء لأن هذه عطية منجزة في الحال . إلى أن قال . : الا على مذهب من قال من أصحابنا أن العطايا المنجزة تكون أيضاً مثل المؤخرة تخرج من الثالث إذا كانت في مرض الموت ، والأول هو الأظهر بين الطائفتين وعليه الفتوى وعليه العمل» ^(٣).

وفيه أيضاً في باب المهر من كتاب النكاح : «والصحيح أنها إذا

(١) راجع باب الهبات والنحل من كتاب الوقوف والصدقات ص ٣٨٢ الطبعة الثانية المطبعة العلمية في قم سنة ١٣٩٥ـ.

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

(٣) المسألة في كتاب الصدقات ، باب الوصية المبهمة والوصية بالعتق ص ٣٩٠ من الطبعة الآئنة. وهذه الجملة ذيل لكلام الشيخ الطوسي رحمه الله وأصل المسألة هكذا : قال شيخنا رحمه الله في نهايته : وإن أعتق مملوكاً له بعد موته ولا يملك غيره أعتق ثلثه واستسعن فيما بقي لورثته ، قال محمد بن إدريس ..

أبرأته من مهرها سقط جميعه ، وصح الإبراء لأن هذا جمیعه ليس بوصیة وإنما هو عطیة منجزة قبل الموت والوصیة بعد الموت ، وإنما هذه الروایة على مذهب من قال من أصحابنا : إن العطاء في المرض ، وان كان منجزا 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 أبانها من ماله وتسلّمها المعطى وخرجت من ملك المعطى ، لأنه لا خلاف أن له أن ينفق جميع ماله في حال مرضه ، فلو كان ما قاله بعض أصحابنا صحيحا لما جاز ذلك ولما كان يصح منه النفقة بحال»^(١).

وقال السيد في (الانتصار) : «وما انفردت به الإمامية أن من وهب شيئا 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 إلى أن المبة في مرض الموت محسوبة من الثلث ، دليلنا الإجماع المتردد ، ولأن تصرف العاقل في ماله جائز ، وما تعلق للورثة بماله حق ، وهو حي ، فهبة جائزة ، ولذلك صح بلا خلاف نفقة جميع ماله على نفسه

(١) راجع هذه المسألة في باب المهر من كتاب النكاح ص ٣٠٣ من الطبعة الآنفة الذكر ، والعبارة هذه تتبع مسألة ما إذا أبوات المرأة زوجها من جميع مهرها في حال مرضها ولم تملك سواه . وقيل 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 الباقى لورثتها ، أورد هذه الروایة شيخنا في نهایته إيرادا لا اعتقادا ، كما أورد أمثلها مما لا يعمل هو به ورجع عنه ، لأنها مخالفة للأدلة لأن الإنسان العاقل الغير مولى عليه مسلط على التصرف في ماله ، يتصرف فيه كيف يشاء ، والصحيح

في مأكل ومشرب»^(١).

وقال في (الغنية في باب الهبة) : «والهبة في المرض المتصل بالموت محسوبة من أصل المال لا من الثالث بدليل الإجماع المشار اليه»^(٢).

وقال ابن البراج في الوصية : «إذا جمع بين عطية منجزة وعطية مؤخرة دفعة واحدة ولم يخرجها من الثالث كيف يفعل بهما؟ الجواب : إذا جمع بين ذلك ولم يخرجها من الثالث قدمت العطية المنجزة لأنها سابقة وتلزمها في حق المعطي فيجب فيها ما ذكرناه من التقادم على المؤخرة التي لم تلزم انتهى» فتأمل^(٣).

وقال في الوسيلة في باب الوصية : «فإن أوصى في حال الصحة أو في المرض غير المخوف أو المشتبه ونجز كان من أصل المال» انتهى^(٤) وظاهره يعطي القول به من الثالث وإن كان المحكي عنه على لسان غير واحد القول به من الأصل.

وفي (كشف الرموز) بعد ذكر أدلة القولين : «والأشبه أن جميع تصرفاته من الأصل لوجهه . إلى أن قال . الرابع : لفتوى أكثر

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

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

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

(٤) وتنمية العبارة هكذا : وإن لم ينجز كان من الثالث» راجع الوسيلة إلى نيل الفضيلة لابن حمزة المطبوع ضمن الجوامع الفقهية بعنوان فصل في بيان أحكام الوصية

الأصحاب^(١) وقال السبزواري في (الكافية) : «وأما التبرعات المخصة كالهبات والصدقات وما في حكمها كالبيع بأقل من ثمن المثل والشراء بأزيد منه في القدر الزائد مما أخذه من العوض ، فاختلَف الأصحاب في حكمها فقيل إنها تمضي من الثلث ، وقيل : من الأصل ، وهو أقرب ، للأصل»^(٢).

وأما القول بنفوذه من الثلث فهو مذهب جمّ غفير من الأصحاب نتلوا عليك أيضاً

جملة من عباراتهم :

قال الشيخ في (المبسot) في باب الوصية : «رجل اعتق عبدا له ، لا مال له غير ، 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 للحسن اليوسفي الآبي ، وهو كشف وشرح رموز كتاب (المختصر النافع) لأستاذ المحقق الحلبي ، ولعله أول شرح لهذا الكتاب. والكتاب لا يزال من نفائس المخطوطات ، يقول 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 خط العلامة الجلسي . طاب ثراه . وفي آخرها : ان فراغه من تأليف الكتاب في شهر شعبان سنة اثنين وسبعين وستمائة ، وتاريخ نقل النسخة سنة ثمان وستين وسبعمائة».

(٢) راجع : آخريات كتاب الوصية ، الثالثة . من مسائل تصرفات المريض قبل كلمة : (للأصل) هذه الجملة : وهو أقرب ، مع قبول الأحاديث المعارضية للحمل على الوصية وعدم إبائها عن ذلك ، كما فعل مولانا ..».

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

وقال في (الغنية) في عنق المالك عبده : «العتق في مرض الموت من أصل التركة ، ان كان واجبا ، وان كان متبرعا به فهو من الثالث» ^(١).

وفي (النافع) في كتاب الوصية : «الثامنة . تصرفات المريض :

ان كانت مشروطة بالوفاء فهي من الثالث ، وان كانت منجزة وكان فيها محاباة أو عطية محضة ، فقولان ، أشبههما أنها من الثالث» ^(٢).

وفي موضع آخر منه في الوصية أيضا : «ولو أعتق ماليكه عند الوفاة أو أوصى بعتقهم . ولا مال له سواهم . أعتق ثلثهم بالقرعة» ^(٣).

وفي باب الحجر منه أيضا : «وما يرث من وصيته بما زاد عن الثالث ، وكذا في التبرعات المنجزة على الخلاف» ^(٤).

وقال في (الشرع) في باب الحجر : «وما يرث من وصيته بما زاد عن الثالث إجماعا ، ما لم يجز الورثة ، وفي منعه من التبرعات المنجزة الزائدة عن الثالث خلاف بيننا ، والوجه المنع» ^(٥).

وفي كتاب الوقف منه أيضا : «أما لو وقف في مرض الموت : فإن أجاز الورثة ، وإنما اعتبر من الثالث كالمهبة والمحاباة في البيع ، وقبل :

(١) بهذا المضمون . لا بنصه . يوجد في فصل المبة من كتاب الغنية.

(٢) المختصر النافع للمحقق الحلي ، كتاب الوصايا ، آخر أحكام الوصية ص ١٩٣ طبع النجف.

(٣) نفس المصدر الآنف ، وأوائل المسألة هكذا : «الخامسة إذا أوصى بعتق عبده أو أعتقه عند الوفاة ، وليس له سواه ، اعنى ثلثه ولو أعتق ثلثه عند الوفاة ، وله مال ، أعتق الباقى 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 ،

يعضي من أصل الشركة ، والأول أشبه»^(١).

وفي كتاب الهبة منه أيضا : «السابعة إذا وهب في مرضه المخوف وبراء صحت الهبة ، وإن مات في مرضه ولم تجز الورثة اعتبرت من الثلث على الأظهر»^(٢).

وفي كتاب العتق منه أيضا : «الحادية عشرة : العتق في مرض الموت يعضاي من الثلث ، وقيل : من الأصل ، والأول مروي»^(٣).

وقال العلامة في التبصرة «الخامس : المريض وعضاي وصيته في الثلث خاصة ، ومنجزاته المتبرع بها كذلك إذا مات في مرضه»^(٤).

وقال في وصيته أيضا : «وتصيرفات المريض من الثلث ، وان كانت منجزة ، وأما الإقرار : فإن كان متهمًا فكذلك والا فمن الأصل»^(٥).

وقال في (التحرير) في كتاب الحجر : «الرابع عشر : المريض محجور عليه إلا في ثلث ماله في التبرعات كالمهبة والصدقة والعتق ، ولو

(١) راجع : أوائل كتاب الوقف : (ج ٢ ص ٢١٢) من نفس الطبعة.

(٢) راجع : آخر كتاب المبات : (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 المبات.

اشتمل البيع على المخاباة مضى ما قابل رأس المال من الأصل ، والزيادة من الثالث ، ولو أجازت الورثة صح جميع ما أجازوا فيه»^(١).

وقال في كتاب الهبة منه أيضا : «الثاني عشر : المريض ، إذا وهب وأقبض : فإن برأ أو شرط ثوابا يوازن القيمة ، خرجت من صلب المال ، وان تبع بالهبة ومات في ذلك المرض أخرجت من الثالث»^(٢).

وفي كتاب الوقف منه أيضا : «وأما المريض فإن برأ من مرضه صح وقفه ، وان مات فيه أخرج من ثلث المال ، ولو أجاز الورثة خرج من الأصل»^(٣).

وفي الوصية منه أيضا : «تصرفات المريض قسمان : مؤجلة ومنجزة . إلى أن قال . وان وقعت في مرض الموت فقولان أقربهما خروجها من الثالث ، وكذا إذا وهب في الصحة وأقبض في مرض الموت ، أما الإقرار : فإن كان المريض متهماما كان من الثالث ، وان كان مأمونا أخرج من أصل المال»^(٤).

وفي كتاب العتق منه أيضا : «وكذا لو أعتقه عند موته منجزا ، ولا شيء غيره ، عتق من الثالث»^(٥).

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

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

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

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

(٤) راجع : الفصل الثامن منه في تصرفات المريض.

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

الأقوى»^(١).

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

وقال في موقع آخر بعده : «إذا نذر المريض العتق فالوجه أنه من الثالث»^(٣).
وقال في (التذكرة) في باب الوقف : «مسألة : يصح وقف المريض كما يصح وقف الصحيح ، إلا أن بين علمائنا خلافا في أنه هل يمضي من الأصل أم الثالث ، والمعتمد الثاني»^(٤).

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

وقال أيضا في كتاب العتق منه : «قد بينا أن الوصية تعتبر من الثالث فتمضي فيه خاصة ، وكذا التبرعات الصادرة في مرض الموت على الأقوى» ثم فرع على وقوعها من الثالث فروعا.

وفي (المختلف) : بعد نقل القول بالثالث 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) راجع المسألة العاشرة من مسائل البحث الرابع في اللواحق ، والتذنيب في المسألة الحادية عشرة منه.

(٥) راجع المسألة العاشرة من مسائل البحث الرابع في اللواحق ، والتذنيب في المسألة الحادية عشرة منه.

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

وقال في (الإرشاد) في باب الوصية : «وأما المنجزات الواقعة في مرض الموت المتبرع بها كالمهبة والعتق ، ففيها قولان : أقربهما أنها من الثالث ولو برأ لزمت إجماعا» ^(١).
وفي الوقف منه : «ولو اشتري المديون المريض أباه ، لم يعتق إلا بعد الدين من الثالث ، ولو اشتراه محابة عتق قدر المحابة.»

وقال في (القواعد) في باب الوصية : «الفصل الثالث في تصرفات المريض ، وهي قسمان . إلى أن قال . وأما المعجلة للمريض ، فإن كانت تبرعا فالأقرب أنها من الثالث . إن مات في مرضه . وان برأ لزمت إجماعا» ^(٢).

وقال ولده في (الإيضاح) في شرحه : «احتللت الفقهاء في تصرفات المريض المنجزة المتبرع بها ، أعني التي بلا عوض غير الإقرار ، فقال بعضهم : أنها من الثالث كالملعقة بالموت ، وهو اختيار والدي المصنف والشيخ في (المبسوت) والصادق وابن الجنيد ، ومفهوم قول الشيخ في (الخلاف). وقال المفيد في (المقمعة) والشيخ في النهاية وابن البراج وابن إدريس أنها من الأصل ، والأصل هو الأصح عندي ، لوجوهه» ^(٣)

مسألة : عطايا المريض المنجزة ، قال : وللشيخ قول آخر في المبسوت إنها من الثالث وهو قول الصادق .. إلخ.

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

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

(٣) راجع : (ج ٢ ص ٥٩٢ - ٥٩٤) الطبعة العلمية بقم سنة ١٣٨٨ هـ.

وقال أيضا في آخر المسألة : «خاتمة : المنجزة المتبرع بها تشارك الوصاية في خروجها من الثالث عندنا ، وتأخرها عن الديون وتزاحم الوصايات» ^(١).

وفي (القواعد) في كتاب الوقف منه : « ولو وقف المريض على ابنه وبناته ولا وارث غيرهما دفعه دارا هي تركته ، فإن أحاجز لزم ، والا صح في الثالث» ^(٢) وفي (جامع المقاصد في شرحه) : «أي لو وقف المريض على ابنه وبناته . إلى أن قال . فإذا رد لم يصح تصرفه فيما زاد على الثالث» ^(٣).

وفي وصية القواعد أيضا : «الفصل الثالث في تصرفات المريض ، وهي قسمان : منجزة وتعلقة . إلى أن قال . وأما المعجلة للمريض ، فإن كانت تبرعا فالأقرب أنها من الثالث ، إن مات في مرضه» ^(٤).

وأيضا بعده قال : «الأقرب عندي أن كل تصرف وقع في مرض اتفق الموت معه سواء أكان مخوفا أم لا ، فإنه يخرج من الثالث ، إن كان تبرعا والا فمن الأصل ، وقيل : إن كان مخوفا فكذلك والا فمن الأصل كال صحيح» ^(٥).

وقال أيضا بعده : «مسائل . الأولى . الهبة والعتق والوقف

(١) راجع : (ج ٢ ص ٥٩٢ . ٥٩٤) الطبعة العلمية بقم سنة ١٣٨٨ هـ.

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

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

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

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

والصدقة المندوبة محسوبة من الثالث كالوصية»^(١).

وقال في (جامع المقاصد) في شرح كلام الماتن في الموضع الثالث : قال في شرح الموضع الأول : «اختلف الأصحاب في تصرفات المريض المنجزة إذا كانت تبرعا : فقال الشيخ في (المبسوط) والصادق وابن الجنيد : أنها من الثالث كغير المنجزة ، واحتاره المصنف ، وقال المفيد في (المقنعة) والشيخ في (النهاية) وابن البراج وابن إدريس : أنها من الأصل ، والمخтар الأول»^(٢).

وقال في شرح قول الماتن في الموضع الثاني : «بعد أن علم أن تصرفات المريض من الثالث وإن كانت منجزة إذا كانت تبرعا» إلخ^(٣).

وقال في شرح الموضع الثالث : «وجه القرب عموم الأخبار الدالة على الحجر على المريض فيما زاد عن الثالث»^(٤).

وفي كتاب الحجر منه بعد قول الماتن : «وان كانت منجزة على رأي بشرط موته في ذلك المرض قال : «هذا هو الأصح عملا ، ب الصحيح الأخبار»^(٥).

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

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

(٢) العنوان الآنف الذكر في شرح قوله : وأما المجلة للمرض .. إلخ

(٣) راجع : نفس العنوان بعد ذلك في شرح قوله : في بيان مرض الموت : الأقرب عndi .. إلخ.

(٤) راجع : نفس العنوان بعد ذلك بصفحتين . تقريبا . في شرح قوله : في التبرعات وفيه مسائل .. إلخ.

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

أو تصدق في مرض موته فهـي من الثلث الا أن يجيز الوارث»^(١).

وفي باب الحجر منه أيضا : «ومـريض مـنـوع مـا زـادـ عنـ الثـلـث ، وـانـ تنـجزـ عـلـىـ الأـقـوى»^(٢).

وفـيهـ أـيـضاـ فيـ بـابـ العـتـقـ فيـ شـرـوطـ المـعـقـ : «ويـشـتـرـطـ بـلـوغـ المـولـيـ وـاخـتـيـارـهـ .ـ إـلـىـ أـنـ

قالـ .ـ وـكـونـهـ غـيرـ مـحـجـورـ عـلـيـهـ لـفـلـسـ أوـ مـرـضـ فـيـماـ زـادـ عـنـ الثـلـثـ»^(٣).

وـفـيـ مـوـضـعـ آـخـرـ مـنـهـ : «فـمـنـ أـعـتـقـ شـقـصـاـ مـنـ عـبـدـهـ عـتـقـ كـلـهـ ،ـ إـلـاـ أـنـ يـكـوـنـ المـعـقـ

مـرـيـضـاـ وـلـمـ يـبـرـءـ ،ـ وـلـمـ يـخـرـجـ مـنـ الثـلـثـ إـلـاـ مـعـ الإـجـازـةـ»^(٤).

وـقـالـ (ـفـيـ الدـرـوـسـ فـيـ بـابـ الـعـتـقـ)ـ :ـ «ـوـوـقـفـ الـمـرـيـضـ :ـ مـاضـ مـنـ الثـلـثـ إـذـ لـمـ يـجـزـ

الـوارـثـ»^(٥).

وـأـيـضاـ فـيـ كـتـابـ الـوـصـيـةـ :ـ «ـدـرـسـ ،ـ مـنـجـزـاتـ الـمـرـيـضـ الـمـشـتـمـلـةـ عـلـىـ

(١) راجـعـ ذـلـكـ بـعـنـوانـ :ـ الثـانـيـ .ـ الـبـةـ .ـ (ـجـ ٣ـ صـ ١٩٦ـ)ـ طـبـعـ النـجـفـ الـأـشـرـفـ سـنـةـ ١٩٨٧ـ هـ ،ـ وـصـاحـبـ الـلـمـعـةـ

هـوـ الشـهـيدـ الـأـوـلـ.

(٢) راجـعـ ذـلـكـ بـنـفـسـ الـمـصـدـرـ الـأـنـفـ (ـجـ ٤ـ صـ ١٠٦ـ)ـ مـنـ طـبـعـ النـجـفـ الـأـشـرـفـ).

(٣) راجـعـ ذـلـكـ فـيـ كـتـابـ الـعـتـقـ مـنـ شـرـحـ الـلـمـعـةـ لـلـشـهـيدـ الثـانـيـ (ـجـ ٦ـ صـ ٢٤٠ـ .ـ ٢٤١ـ)ـ طـبـعـ النـجـفـ وـالـعـبـارـةـ

هـيـ الـمـتنـ لـلـشـهـيدـ الـأـوـلـ.

(٤) الـمـصـدـرـ الـأـنـفـ نـفـسـهـ (ـصـ ٢٦١ـ .ـ ٢٦٢ـ)ـ بـعـنـوانـ السـرـايـةـ فـيـ الـعـتـقـ.ـ وـالـمـقصـودـ بـالـشـقـصـ .ـ بـالـكـسـرـ .ـ الـجـزـءـ.

(٥) هـذـهـ الـجـمـلـةـ مـذـكـورـةـ فـيـ أـوـلـ كـتـابـ الـوـقـفـ بـعـنـوانـ (ـوـلـهـ شـرـوطـ ،ـ أـحـدـهـاـ .ـ أـهـلـيـةـ الـوـاقـفـ)

تفويت المال بغير عوض كالمبة والعتق والوقف ، أو على محاباة كالبيع بالثمن الناقص أو الشراء بالرائد ، حكمها حكم الوصية في أصح القولين^(١).

وفي (غاية المرام في باب الوصية) : «القول إنما من الأصل قول الشيخ في النهاية . إلى أن قال . وقال : في (المبسوط) محمد بن بابويه وابن الحنيد : إنما من الثالث ، 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 الثالث قوله : أحدهما إنما من الأصل . إلى أن قال . والثاني إنما من الثالث ، ذهب إليه جماعة من المتقدمين ، منهم الصدوق والشيخ في أحد قوله ، واختاره عامة المتأخرین. ومنهم المصنف وهو الأقوى»^(٣).

(١) راجع : أوائل كتاب الوصية من الدروس للشهيد الأول بعنوان :

(ويعتبر في الموصي شروط ثلاثة . إلى قوله . : وثالثها . خروجه من الثالث أو احرازة الوارث).

(٢) غاية المرام في شرح شرائع الإسلام مؤلفه الشيخ مفلح بن الحسن الصيمرى ، تلميذ أبي العباس أحمد بن فهد الحلبي ، والكتاب لا يزال من نفائس المخطوطات ، رأيه في مكتبة الشيخ الحادى من آل كاشف الغطاء جد الشيخ علي كاشف الغطاء حفظه الله . وقد عين نسبة الكتاب مؤلفه المذكور المحقق الثبت الإمام الطهري . قدس سره . راجع : هذه الجملة في آخريات كتاب الوصية من الكتاب المذكور في منجزات المريض.

(٣) مسالك الأفهام في شرح شرائع الإسلام للشهيد الثاني . قدس سره . راجع ذلك في آخر الفصل الأول من كتاب الحجر ، وعبارة المتن الكاملة . كما مرت عليك آنفا . هكذا : «والمريض متوج من الوصية

وأيضاً فيه في كتاب العتق . بعد قول الماتن : أما لو وقف في مرض الموت فان أجاز الورثة ، والا اعتبر من الثالث كالمهبة والمحاباة في البيع . وقيل يمضي من أصل التركة ، والأول أشبه . قال : «هذا هو الأظهر» ^(١).

وقال أيضاً في باب المهبة : «أما إذا اتفق موته في مرضه : فان كان المرض مخوفاً بمعنى غلبة الهالك معه فالالأظهر أن منجزاته من الثالث حيث لا يجزى الوارث» ^(٢).

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

ما زاد عن الثالث إجماعاً ، ما لم تجز الورثة ، وفي منعه من التبرعات المنجزة الزائدة عن الثالث خلاف بيننا والوجه المع».

(١) وجدنا هذه العبارة . متنا وشرحا . في أوائل كتاب الوقوف والصلقات . وتنمية عبارة الشرح تحت عنوان (وقيل يمضي ..) هكذا :

«.. وقد تقدم الكلام فيه وسيأتي تحقيقه في الوصايا».

(٢) راجع : آخر كتاب المبادرات في شرح قول الماتن» إذا وهب في مرضه المخوف وبريء صحت المهمة ..» ، وقبل هذه الجملة قوله :

«لا خلاف في أن المريض إذا بريء من مرضه ينفذ تصرفه مطلقاً ، وأما إذا اتفق ..» وتنمية العبارة : «وقيل : يكون من الأصل ، وسيأتي تحقيق في الوصايا ..». ويشير في هذين الموردين إلى 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 من نوع مما زاد على الثالث

وفي باب الوصية منه : «واعلم أن المنجزة تشارك الوصية في الخروج من الثالث في أجدود القولين» ^(١).

وفي باب الهبة منه أيضا . بعد قول الماتن : فهي من الثالث . قال : «على أجود القولين» ^(٢).

وفي (المهدب البارع) بعد قول الماتن : وكذا في التبرعات المنجزة على الخلاف : «أقول المشهور أنها من الثالث ، 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 (المقتصر) اختياره أيضا .

وفي (المعالم لابن قطان) : «ويحجر على المريض في ثلثي ماله ، فلو تبرع منه بشيء منجزا أو وصية لم يصح أن 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 الثالث .

(٣) المهدب البارع في شرح الشرائع لمصنفه أحمد بن محمد بن فهد الحلبي ، ولا يزال من نفائس المخطوطات ،
رأينا نسخته الخطية في مكتبة الشيخ علي حميد (المادي من آل كاشف الغطاء) حفظه الله . والمسألة مذكورة في
آخريات كتاب الوصية منه

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

وفي (المقاييس للشيخ أسد الله التستري) بعد حكاية القولين عن الأصحاب قال : «المعتمد الأول وهو أنها من الثالث»^(١).

وفي التنقيح بعد ذكر أدلة الثالث ، قال : «والفتوى على هذا»^(٢).

وهو مختار الفاضل الجواد في (شرح المعين)^(٣) وشيخنا في (الجواهر)^(٤) وجدنا في رسالة مستقلة ، وان عدل عنه الى الأصل في الرياض^(٥).

هذا ما وسعنا من نقل عبارتهم ، والإنصاف أن القولين متكافئان

والكتاب من نفائس المخطوطات.

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

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

(٣) أشرنا في تعليق ص ١٢٤ من الجزء الأول من البلغة : أنه يحتمل أن يزيد المصنف : شرح الممعة المسمى بالأنوار الغروية للفاضل الشيخ محمد جواد بن الشيخ محمد تقى بن الشيخ محمد الأحمدى ، الشهير بـ ملا كتاب وهو من نفائس المخطوطات.

(٤) قال . في كتاب الحجر : والمداد . المريض ، وهو منوع من الوصية بما زاد عن الثالث . كال صحيح . إجماعاً محصلاً ومحكياً مستفيضاً أو متواتراً .. إلى آخر عبارة المتن والشرح ويقول بعد ذلك : وفي منعه من التبرعات المنجزة الزائدة عن الثالث خلاف بيننا . إلى قوله . :

ولكن مع ذلك كله فالوجه المنع من التبرع بالزائد فلا ينفذ على الورثة إلا مع إجازتهم

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

في المعروفة بين الأصحاب ، والظاهر . تحقق الشهرة على الأصل بين القدماء ، وعلى الثالث بين المتأخرین . وأما عند متأخری المتأخرین ، ولا سيما بين المعاصرین فلا استبعد انقلاب الشهرة الى ما عليه أكثر القدماء .

وكيف كان يدل على النفوذ من الأصل بعد الأصل ^(١) وعمومات

وشرحا : «الشامنة . تصرفات المريض إذا كانت مشروطة بالوفاة ، ويعبر عنها بالوصية ، فهي من الثالث مع عدم اجازة الورثة .. وان كانت منجزة غير معلقة عليها .. فقولان ، أشبههما وأشهرها بين المتأخرین أنها نخرج من الثالث .. إلى قوله : والخلی والمرتضی وابن زهرة أخرجوه من الأصل ، وهو المشهور بين القدماء ظاهرا ، بل لعله لا شبهة فيه جدا . إلى قوله . والمسألة محل وريبة لاختلاف النصوص وقبول جل منها التأويل مما يؤول إلى الآخر مع غموض المرجحات وتعارض الوجوه الاعتبارية من الطرفين ، الا أن الترجيح للأخبار الأخيرة (أي أخبار الأصل) . إلى قوله . : ولقد كتبت في المسألة رسالة منفردة رجحت فيها خلاف ما هنا (أي الثالث) لغفلتي عن الشهرة القديمة ، فالمصير الى القول الثاني أقوى ثم أقوى».

وسبب تعبير سيدنا صاحب المتن . عن صاحب الرياض ب (جدهنا) باعتبار أن السيد مير علي الطباطبائي . رحمه الله . صاحب الرياض أبو أمه ، فهو جده لأمه .

(١) المراد من الأصل هنا : الاستصحاب التجيزي ، وهو استصحاب السلطنة 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 حكما شرعا وهو فرع كون الملازمة الثابتة بين التصرف والنفوذ من الأصل حكما للشارع معمولا منه للمالك من حيث هو مالك ، لا أمرا

سلطنة الناس على أموالهم ، وإجماعي الانتصار والغنية المعتصدين بذلك وبالشهرة المحكية ، بل الحقيقة بين القدماء . : الأخبار الخاصة التي منها .

موثقة عمار المروية في الكتب الأربعـة : «عن ابن أبي عمر عن مرازم عن عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الميت أحق بماله ما دام فيه الروح ، يبـين به ، فـان قال بعدـي فـليس له الا الثـلث» غيرـ أنـ في (الفـقيـه) وما حـضـرـيـ منـ نـسـخـتـيـ الـكـافـيـ مكانـ فـانـ قالـ بـعـدـيـ (فـإـنـ تـعـدـيـ) (١) وـعـلـيـهـ فـمـعـنـاهـ التـعـدـيـ منـ زـمـنـ الـحـيـاـةـ إـلـىـ ماـ بـعـدـ الـمـوـتـ ، فـيـكـوـنـ موـافـقـاـ لـماـ فـيـ (التـهـذـيـبـ) (٢) فـيـ الـمـعـنـيـ لـاـ بـعـنـيـ التـعـدـيـ عنـ الثـلـثـ

اعتبارياً يتزعـعـ العـقـلـ منـ الـمـوـضـوعـ فـيـ حـكـمـ بـهـ فـكـمـ فـرـقـ وـاضـحـ بـيـنـ قـولـنـاـ :ـ عـصـيرـ العـنـبـ إـذـاـ غـلاـ كـانـ حـكـمـ كـذاـ ،ـ وـقـولـنـاـ :ـ الـعـصـيرـ الـمـغـلـيـ حـكـمـ كـذاـ ،ـ فـيـجـرـيـ الـاستـصـاحـ الـتـعـلـيقـيـ فـيـ الـأـوـلـ لـكـونـ الـمـالـازـمـ بـيـنـ الـغـلـيـانـ وـالـتـنـجـسـ مـثـلـاـ ثـابـتـةـ شـرـعـاـ مـجـوـلـةـ مـنـهـ لـلـعـصـيرـ بـاـ ماـ هوـ عـصـيرـ ،ـ وـانـ كـانـ تـنـجـزـهـ بـالـغـلـيـانـ ،ـ وـلاـ يـجـرـيـ فـيـ الثـانـيـ ،ـ إـذـ لـاـ حـكـمـ لـلـعـصـيرـ شـرـعـاـ مـطـلـقاـ قـبـلـ الـغـلـيـانـ.ـ وـفـيـ الـمـقـامـ يـحـتـمـلـ كـوـنـ النـفـوذـ حـكـمـاـ لـلـتـصـرـفـ بـأـنـ يـكـوـنـ مـوـضـعـهـ الـمـالـكـ لـلـتـصـرـفـ لـاـ الـمـالـكـ إـذـاـ تـصـرـفـ كـانـ حـكـمـهـ النـفـوذـ ،ـ وـعـلـيـهـ فـلـاـ يـجـرـيـ الـاستـصـاحـ الـتـعـلـيقـيـ أـيـضاـ ،ـ إـذـ لـاـ حـكـمـ لـلـشـارـعـ مـطـلـقاـ قـبـلـ التـصـرـفـ ،ـ وـانـ أـرـيدـ كـوـنـ النـفـوذـ مـنـ آـثـارـ الـسـلـاطـةـ الـمـجـوـلـةـ لـلـمـالـكـ فـهـوـ مـنـ الـاستـصـاحـ الـتـنـحـيـزـيـ لـاـ التـعـلـيقـيـ فـاـفـهـمـ (ـمـنـهـ قـدـسـ سـرـهـ).

(١) راجـعـ :ـ الـكـافـيـ الـكـلـيـيـ ،ـ كـتـابـ الـوـصـاـيـاـ ،ـ بـابـ أـنـ صـاحـبـ الـمـالـ أـحـقـ بـاـ ماـ دـامـ حـيـاـ ،ـ حـدـيـثـ رقمـ (٧)ـ وـلـمـ يـجـدـ نـصـ الـحـدـيـثـ بـسـنـدـهـ الـمـذـكـورـ فـيـ كـتـابـ الـفـقـيـهـ لـلـصـدـوقـ (ـجـ ٤ـ صـ ١٤٩ـ)ـ طـبـعـ النـجـفـ بـابـ ٩٧ـ فـيـ أـنـ الـإـنـسـانـ أـحـقـ بـمـالـهـ ..

(٢) لـعـلـهـ يـرـيدـ بـالـتـهـذـيـبـ :ـ كـتـابـ الشـيـخـ الطـوـسـيـ فـيـ الـأـخـبـارـ (ـالـتـهـذـيـبـ)

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

ومنها في (الكافي) بالسند المتقدم مروي هكذا : « قال قلت ، الميت أحق به ما دام فيه الروح ي بين به ، قال نعم فإن أوصى به فليس له إلا الثالث » ^(١) والظاهر أنها رواية مستقلة ، وهي موافقة لما في (التهذيبين) ومؤيدة لما احتملناه من (التعدي) في بعض نسخ الكافي ، ودلالتهما على النفوذ من الأصل بمكان من الظهور .

ومنها موئنته الثالثة في (التهذيب ، والاستبصار) : « عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يجعل بعض ماله لرجل في مرضه؟ فقال :

إذا أبانه جاز » ^(٢) وظاهر السؤال يعطي كون المرض مرض الموت ، لأنه مظنة المنع عن التصرف فيه فيما زاد على الثالث ، والنفوذ منه إذا كان بقدره فيما دون كما عليه العامة ، فناسب السؤال عنه من الأمام .

والاستبصار) والثنية باسم أحد هما للتغلب كالحسنين والقمرين لأهمية كتاب التهذيب وشهرته راجع من التهذيب : (باب ١٠ الرجوع في الوصية ، حديث رقم ٧٥٦) ج ٩ ص ١٨٨ طبع النجف ، وفيه جملة (إن قال بعدى) كما في المتن. وهكذا يوجد في الاستبصار (ج ٤ ص ١٢٢). طبع النجف ، حديث رقم (٤٦٣).

(١) لم يجد في الكافي بهذا الباب المذكور والسند المزبور إلا ذلك . الرواية الآنفة الذكر . فالظاهر أن الرواية واحدة . في المقامين . لا ثنتان ، 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 الأربع) : «عنه عليه السلام قال : الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح ان أوصى به كله فهو جائز له»^(١) واشتمالها على ما لا نقول به : من نفوذ الوصية بكل ماله لا يضر في الاستدلال بصدرها على المطلوب ، فلتتحمل الوصية فيها على التسجيل أو غيره من المحامل . كما قيل . وان كان يتحمل غير بعيد . عندي إرادة أن الرجل أحق بماله في تعين وصيته فيما شاء من أعيان ماله كله ، إذ له تعين ذلك ، وعليه فلا دلالة في الرواية على المنجزات بالكلية لا من الأصل ولا من الثالث.

ومنها موثقته الخامسة في (التهذيب والفقيhe والكافي) : «عنه عليه السلام قال : صاحب المال أحق بماله ما دام 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 ٢ بنفس السنن . ومن كتاب (من لا يحضره الفقيه للصدوق) ج ٤ ص ١٥٠ طبع النجف ، باب ٩٧ أن الإنسان أحق بماله ، بنفس السنن .

(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 يجعل ماله لقرابته؟ فقال : هو ماله يصنع به ما شاء إلى أن يأتيه الموت ، أن لصاحب المال أن يعمل بما له ما شاء ما دام حيا ان شاء وهبه وان شاء تصدق به وإن شاء تركه إلى أن يأتيه الموت ، فإن أوصى به فليس له إلا الثالث ، 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 أيسعه أن يجعل ماله لقرابته؟ قال : هو ماله يصنع به ما شاء إلى أن يأتيه الموت»^(٢).

ومنها حسنة أبي شعيب المحاملي في (التهذيب والكافي) : «عنه عليه السلام قال : الإنسان أحق بما له ما دامت الروح في بدنها»^(٣).

ومنها صحيح صفوان الذي أجمعوا على تصحيح ما يصح عنه في (الكافي) : «عن مرازم عن بعض أصحابنا عنه عليه السلام في الرجل

حديث رقم (١).

(١) راجع من الكافي : (باب ان صاحب المال أحق بما له 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 الثالث ، حديث رقم (١٢).

(٢) راجع من الكافي : كتاب الوصايا ، باب أن صاحب المال أحق بما له ، 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 بما له ، حديث رقم (٥) طبع طهران

يعطى الشيء من ماله في مرضه؟ فقال : إذا أبان به فهو جائز وإن أوصى به فهو من الثالث»^(١).

ومنها مرسلة الكليني في (الكافي) عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ : «أنه أعب رحالاً من الأنصار اعتق ماليكه لم يكن له غيرهم فقال : تركت صبية صغاراً يتکففون الناس»^(٢). والاعابة مستلزمة للنفوذ من الأصل لأنه الموجب لحرمان الصبية الصغار.

ومنها صحيحة محمد بن مسلم في (الكافي والاستبصار) : «عنه عليه السلام قال : سأله عن رجل حضره الموت فأعتق ملوكه وأوصى بوصية وكان أكثر من الثالث؟ قال : يمضي عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقي»^(٣) بناء على أن تقدم العتق لنفوذه من الأصل ، وإلا فينبغي تقدم ما هو مقدم في الذكر ، والنقصان فيما بقي من المسؤول عنه ، وهو الوصية لكونها أكثر من الثالث ، لا كون مجموع العتق والوصية أكثر من الثالث حتى يكون دليلاً على نفوذه من الثالث.

ومنها مرسلة ابن أبي عمر في (الكافي) : «عنه عليه السلام في رجل أوصى بأكثر من الثالث وأعتق ملوكه 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 : 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 تسلسل (٤٥٤).

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

وبالجملة فالإنصاف : أن هذه الروايات وافية الظهور في الدلالة على النفوذ من الأصل ، سيما ما كان فيها مقابلاً للوصية النافذة من الثالث.

وأما ما أستدل به على النفوذ من الثالث فأخبار : بعضها لا ظهر في 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 بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم»^(٢) .

وفيه أنها ظاهرة في إرادةبقاء مقدار ما ينتقل عنه إلى غيره بالموت ليتفق به بالوصية بعد الموت وهو المناسب للصدقة ، دون التصدق ببعض ما كان كله له ، كيف وهو من حرمانه من أكثر ماله حين ما يملكه.

ومنها ما عن (البحار) : «وليس للميته من ماله إلا الثالث فإذا أوصى بأكثر من الثالث رد إلى الثالث»^(٣) .

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

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

(٣) في الوسائل : كتاب المدايا باب ١٠ جواز الوصية بثلث المال روايات كثيرة بهذا المضمون

فهو كما ترى من ظهوره في الوصية . والعجب من 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 ثلث فلم تقدم خبرا» ^(١) .

وفيه ما تقدم : من أن التطول يناسب العطية حيث ما يكون المقتصي للحرمان موجودا ، وهو هنا الموت المؤجل لانتقال ماله كله الى وارثه لو لا التطول عليه ببقاء ثلثه له للوصية به فيما ينفعه بعد موته .

ومنها مصححة علي بن يقطين : «ما للرجل من ماله عند موته؟ قال : الثالث ، 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 إمضاوه» ^(٤) .

(١) في الوسائل ، كتاب الوصايا باب كراهة ترك الوصية نص 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 وأوسعت عليك فاستقرضت . منك فلم تقدم خيرا ، وجعلت إلخ ...» .

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

(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 ، وتكلمه : وللمرأة أيضا .

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

والتقريب هو ظهور كلمة (عند) وقوله (يموت) في الاشراف على الموت ، دون تتحققه بظهور اماراته المتحققة في المرض المتضمنة لكون الذي له في هذا الحال هو الثالث 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 إرادة الوصية المتحققة قبل الموت عند الاشراف عليه غالبا ، سيمما بقرينة ذيل حبر ابن سنان ، مع أن إطلاق (يموت) (وعند الموت) وارادة وقوعه وتحققه شائع كثير فيه وفي أمثاله من نحو الرجل يبيع وينكح ويهب ويقف نحو ذلك ، مع أن خبر البحار المعبر فيه بالميته قرينة على إرادة السؤال عنه عليه السلام من حيث تحقق الموت وتلبسه به . وبالجملة فلا مجال لإنكار ظهورها في الوصية .

ومنها خبر السابري : «عن امرأة استودعت رجلا مالا فلما حضرها الموت قالت له : ان المال الذي دفعته إليك لفلانة الى أن قال في ذيله : وان كانت متهمة فلا يحلف ويضع الأمر على ما كان ، فإنما لها من مالها ثلاثة»^(١) .

وفيه . مع كونه من مسألة الإقرار في مرض الموت دون المنجز فيه ، وستعرف القول به من الثالث مع التهمة . ضعيف السند من نوع جبره .

ومن الثاني أخبار : منها خبر أبي ولاد : «عن الرجل يكون لأمرأته عليه الدين فتبرئه منه في مرضها؟ قال : بل ثبته له فتجوز هبتها . ويحسب

(١) الوسائل الجديدة كتاب الوصايا باب ١٦ حديث تسلسل.(٢) ونص الحديث بسنده هكذا : عن العلاء ياع السابري قال : سألت أبا عبد الله عن امرأة ..

ذلك من ثلثها ان كانت تركت شيئاً»^(١).

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

ومنها مصححة الحلي «عن الرجل يكون لامرأته عليه الصداق أو بعضه فتبأء 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 من هو عليه ، وإن كان من المختمل قوياً صحته ، وككون مفاده الإبراء ، لا التمليل الحقيقي ، كما احتملناه أيضاً في شراء أحد العمودين : أنه بيع يكون مفاده الانتفاقة لا التمليل حقيقة ، ولو آنا ما بناء على أن بدليه الثمن عن الدين في الأول مفاده السقوط ، وعن الرقية في الثاني مفاده الانتفاقة.

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 الحاجة أيضاً.

ومن الثالث : روایات العتق التي هي العمدۃ لهم في الاستدلال على مطلوبهم.

(١) الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب إن من أوصى بأكثر من الثالث 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 ملوكا له ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك ، كيف القضاء فيه؟ قال :

ما يعتق منه الا ثلثه ، وسائل ذلك الورثة أحق بذلك ، وله ما بقي» ^(١) ونحوه خبر

عقبة بن خالد ^(٢).

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

ومنها خبر السكوني : «ان رجلاً أعتق عبداً له عند موته لم يكن له مال غيره ، قال

: سمعت رسول الله عليه وآله يقول : يستسعي في ثلاثي قيمته للورثة» ^(٤).

ومنها النبوي العامي : «ان رجلاً من الأنصار أعتق ستة عبد 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 الثالث) حديث رقم ^(٤).

(٢) ذكر نصه في الوسائل باب ١٧ حديث ^(٣). وهذا نصه : «.. عن عقبة بن خالد عن أبي عبد الله (ع) قال : سأله عن رجل حضره الموت فأعتق ملوكا له ليس له غيره. فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك ، كيف القضاء فيه قال : ما يعتق منه الا ثلاثة».

(٣) الوسائل باب ١١ حديث رقم ^(٦) الا أن فيه كلمة (خادما) في أول الحديث بدل كلمة (جارية).

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

وجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة»^(١).

ومنها رواية إسماعيل بن أبي همام : «في رجل أوصى عند موته بمال لذوي قرابة وأعتق مملوكاً وكان جميع ما أوصى به يزيد على الثالث كيف يصنع في وصيته؟ قال : يبدأ بالعتق فينفذه^(٢).

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

ومنها حسنة : «في رجل أوصى بأكثر من ثلثه وأعتق مملوكه في مرضه؟ فقال : إذا كان أكثر من الثالث يرد إلى الثالث وجاز العتق»^(٤) بدعوى ظهور لفظ (أعتق) في العتق المنجز ، لأن الوصية بالعتق عتق في المستقبل دون الماضي ، فيجب حمل اللفظ على معناه الحقيقي فإن تم في العتق تم 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 بمضمون متقابلة في كتاب الجوادر كتاب الوصايا . في شرح قول المصنف : مسائل أربع : الأولى . إذا أعتق أو أوصى بعتق عبيده وليس له سواهم.

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

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

(٤) الكافي للكليني كتاب الوصايا باب من أوصى بعتق أو صدقة . حديث رقم (١).

وفيه . مضافا الى معارضتها لمرسلة الكافي المتقدمة^(١) المتضمنة لا لإعابة النبي صلى الله عليه وآلـه المستلزمـة لنفـوذ العـتق من الأـصل ، والـى شـيـوع إـطـلاق (أـعـتق) عـلـى التـدـبـير والـوـصـيـة بـهـ فـيـ الـأـخـبـار وـكـلـمـات الـفـقـهـاء تـبـعاـ لـهـ . يـحـبـ حـلـمـهـاـ عـلـىـ ذـلـكـ لـوـجـودـ الـقـرـيـنةـ الصـارـافـةـ عـنـ الـظـهـورـ . لـوـ سـلـمـ فـيـ بـعـضـهـاـ كـخـبـرـ أـبـيـ بـصـيرـ الـمـوـصـفـ فـيـهـ . لـلـوـصـيـةـ الـمـعـطـوـفـةـ عـلـىـ الـعـتـقـ بـشـمـ كـلـمـةـ أـخـرـىـ الـصـرـيـحةـ فـيـ كـوـنـ الـأـوـلـىـ وـصـيـةـ بـالـعـتـقـ لـاـ عـتـقـ مـنـجـزـ ، وـتـقـدـيمـهـ لـلـتـقـدـمـ بـالـذـكـرـ مـعـ كـوـنـهـ مـدـلـولـاـ عـلـيـهـ بـشـمـ أـيـضاـ ، مـعـ ظـهـورـ الـبـدـأـ بـالـعـتـقـ فـيـ بـعـضـهـاـ وـالـجـواـزـ مـطـلـقاـ فـيـ الـآـخـرـ فـيـ كـوـنـ الـعـتـقـ مـنـجـزـ يـنـفـذـ مـنـ الـأـصـلـ وـالـاـ يـقـضـيـ الـبـدـأـ بـالـأـقـدـمـ فـالـأـقـدـمـ ، وـالـجـواـزـ مـعـ وـفـاءـ الـثـلـثـ بـهـ لـاـ مـطـلـقاـ.

وـمـنـهـ : الـأـخـبـارـ الـوـارـدـةـ فـيـ عـتـقـ الـمـمـلـوـكـ وـعـلـىـ الـعـتـقـ دـيـنـ لـاـ يـمـلـكـ غـيـرـهـ وـهـيـ ثـلـاثـةـ .
 الـأـوـلـىـ . صـحـيـحةـ عـبـدـ الرـحـمـنـ بـنـ الـحـاجـ : «قـالـ سـأـلـنـيـ أـبـوـ عـبـدـ اللـهـ عـلـيـهـ الـصـلـاـةـ وـالـسـلـامـ : هـلـ يـخـتـلـفـ اـبـنـ اـبـيـ لـيـلـىـ وـابـنـ شـبـرـمـةـ؟ فـقـلـتـ : بـلـغـنـيـ اـنـهـ مـاتـ مـوـلـىـ لـعـيـسـىـ بـنـ مـوـسـىـ وـتـرـكـ عـلـيـهـ دـيـنـاـ كـثـيـراـ وـتـرـكـ مـالـيـكـ يـحـيـطـ دـيـنـهـ بـأـثـانـهـمـ فـأـعـتـقـهـمـ عـنـدـ الـمـوـتـ فـسـأـلـهـمـاـ عـيـسـىـ بـنـ مـوـسـىـ عـنـ ذـلـكـ فـقـالـ اـبـنـ شـبـرـمـةـ : أـرـىـ اـنـ يـسـتـسـعـيـهـمـ فـيـ قـيـمـتـهـمـ فـيـدـفـعـهـاـ إـلـىـ الـغـرـمـاءـ فـإـنـهـ قـدـ أـعـتـقـهـمـ عـنـدـ مـوـتـهـ ، وـقـالـ اـبـنـ اـبـيـ لـيـلـىـ ، اـرـىـ اـنـ أـبـيـعـهـمـ وـادـفـعـ أـثـانـهـمـ إـلـىـ الـغـرـمـاءـ فـإـنـهـ لـيـسـ لـهـ اـنـ يـعـتـقـهـمـ عـنـدـ مـوـتـهـ وـعـلـيـهـ دـيـنـ يـحـيـطـ بـهـمـ ، وـهـذـاـ أـهـلـ الـحـجـازـ الـيـوـمـ يـعـتـقـهـ الرـجـلـ عـبـدـهـ وـعـلـيـهـ دـيـنـ كـثـيـرـ فـلـاـ يـجـيـزـوـنـ عـتـقـهـ

(١) تقدمت الإشارة إليها ففي آخر باب أن صاحب المال أحق به منه من الكافي : كتاب الوصايا : «وروى ان النبي قال لرجل من الانصار أعتق مالياً له لم يكن له غيرهم فعابه النبي (ص) وقال : ترك صبية صغاراً يتكفرون الناس».»

إذا كان عليه دين كثير ، فرفع ابن شبرمة يده الى السماء ، فقال : سبحان الله يا بن ابي ليلى ، متى قلت : هذا القول؟ والله ما قلته الا طلب خلا في فقال أبو عبد الله عليه السلام : وعن رأي أيهما صدر؟ قال قلت : بلغني انه أخذ برأي ابن ابي ليلى ، وكان له في ذلك هو فباعهم وقضى دينه قال : فمع أيهما من قبلكم؟ قلت مع ابن شبرمة وقد رجع ابن ابي ليلى إلى 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 قايسني ، فقلت : انا أقايسك؟ فقال : لتقولن بأشد ما يدخل فيه من القياس ، فقلت له : رجل ترك عبدا لم يترك مالا غيره ، وقيمة العبد ستمائة درهم ودينه خمسمائة درهم ، فأعتقه عند الموت كيف يصنع؟

قال : يباع العبد فإذا أخذ 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 ابداً أمواله لمواليه ، فقلت له : فان كان قيمة العبد ستمائة درهم ودينه أربعمائة؟ قال كذلك يباع العبد فإذا أخذ الغرماء أربعمائة درهم ، ويأخذ الورثة مائين ، ولا يكون للعبد شيء ، قلت له : فان كان قيمة العبد ستمائة درهم ودينه ثلاثة مائة درهم؟ فضحك ، وقال : من ه هنا ، أتى أصحابك : فجعلوا الأشياء شيئاً واحداً ، ولم يعلموا السنة ، إذا استوى مال الغرماء ومال الورثة أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء ونم يتهم الرجل على وصيته ، أجيزة وصيته على وجهها . فالآن يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء ، ويكون ثلاثة للورثة ويكون له السادس»^(١).

(١) الكافي للكلباني ، كتاب الوصايا ، باب من أعتق وعليه دين ، الحديث الأول.

والخبر صريح في التفصيل بين ما كان الدين نصف قيمة العبد فما دون ، وبين ما زاد عليه ، صح العتق ونفاذ من الثالث في الأول وبطل في الثاني ، وكان بين الورثة والغرماء . واليه يرجع الخبر الثاني ، وهو صحیحة زراة : «عن أحدهما عليهمما السلام في رجل أعتق مملوکه عند موته وعليه دین؟ قال : ان كان قيمته مثل الذي عليه ومثله حاز عتقه والا لم يجز» ^(١) والخبر الثالث في الصحيح : «إذا ملك المملوك سدسه استسعى» ^(٢) بتقریب انه لا يملك السادس الا حيث يكون الدين نصف قيمته فما دون ، وذكر السادس لبيان أقل المرتبة .

وفيه : انها محمولة على الوصیة بقرينة ذكرها مكررا في الأول ، وان تضمنت ما يخالف القاعدة فيها أيضا ، لاقتضائها في الوصیة نفوذ العتق في ثلث ما زاد على الدين مطلقا ، وان ملك أقل من السادس المنبعث عن زيادة الدين على النصف ، واحتراض البطلان بما إذا كان الدين محيطا بالقيمة كما يعطيه إطلاق الصحيح : «في الرجل يقول : ان مت عبدي حر ، وعلى الرجل دین؟ قال : ان توفي وعليه دین قد أحاط بشمن العبد بيع العبد ، وان لم يكن أحاط بشمن العبد استسعى في قضاء دین مولاه

(١) الكافي ، كتاب الوصايا باب من أعتق وعليه دین ، حديث ٢.

(٢) الروایة عن أبي البختري عن أبي عبد الله الصادق (ع) كما استدل بها العالمة في المختلف في باب منجزات المريض ، مسألة عطايا المريض المنجزة وفي الوسائل كتاب الوصايا باب ٣٩ إن من أعتق مملوكا لا يملك غيره حديث رقم (١).

وهو حر إذا وفاه»^(١) لكن يجب تقييده بتلك الأخبار المفصلة ، حملاً للمطلق منها على المقيد.

ومنها ما ورد في عطية الوالد لولده ، المفصل فيه بين وقوعه في حالتي الصحة والمرض ، كخبير جراح المدائني : «عن عطية الوالد لولده؟ قال إذا أعطاه 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) المحملة على الكراهة لإيجابه الشحنة والبغضاء بينهم ، بقرينة التعبير في الأخير بلا يصلح ، وبما ورد في الخبر الآخر من التفصيل بين الإعسار والإيسار^(٤) .

واستدلوا أيضاً بعد الأخبار بأدلة لا يخفى وهنها.
منها التمسك بأصالة عدم انتقال الزائد على الثالث.

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

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

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

(٤) يشير إلى خبر أبي بصير . كما في الوسائل بنفس المصدر حديث (١٢) قال : «سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يخص بعض ولده بالعطية؟ قال : إن كان موسراً فنعم ، وإن كان معسراً فلا» وجملة (وما ورد إلخ) عطف على جملة «لكن يجب تقييده بتلك الأخبار»

وفيه : إنما محاكمة لأصالةبقاء سلطنة المالك ، لكون الشك فيه مسببا عن الشك في بقائها .

ومنها ما في (المختلف) قائلاً : «لنا ان إمضاء الوصية من الثلث مع القول بخروج العطايا المعجزة من الأصل مما لا يجتمعان ، والمقدم حق فال التالي باطل ، أما صدق المقدم فالإجماع والأخبار المتواترة الدالة عليه . وأما بيان عدم الاجتماع ، فلأن المقتضى لحصر الوصية في الثلث إنما هو النظر إلى حق الورثة والإبقاء عليهم ، وفي الأحاديث دالة على التنبيه على هذه العلة وهي موجودة في المنجزات ، فتساويها في الحكم» ^(١) ونبه عليه ولده في الإيضاح أيضا ^(٢) .

وفيه : ان عدم نفوذ الوصية فيما زاد على الثلث إنما هو لكونه تصرفًا في مال الوارث وملكه فيتوقف على أجازته ، وأين 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 المناطق بين المسؤولين فلا بد أن يتحدا في الحكم أيضًا ، وهذا القياس يسمى بقياس تقييم المناطق المفروض الحجية كقياس منصوص العلة والأولوية.

(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 للمانعية حينئذ ، فيبقى حكم الصحة لأصالة البقاء ، وأما بطalan التالي فلما رواه زرارة في الصحيح عن الصادق (ع) : «إذا ترك الدين عليه ومثله أعتق المملوك واستنسعى»

ومنها ما قيل من : لزوم خروج المنجز من الأصل احتلال حكمة حصر الوصية في الثالث لإمكان التتجاء كل من يريد الزيادة في الوصية إلى عقد منجز فيعاوض جميع ماله بدرهم . مثلا . فرارا عن رد الوصية .

وفيه : ان جريان مثل ذلك في الفقه غير عزيز بل نظائره أكثر من أن تحصى ، فإن بيع الأثمان يعتبر فيه التقابض بخلاف الصلح عليها فيجوز الالتجاء إلى 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 ، إلى غير ذلك ، ومنها كونه مقتضى الجمع بين النصوص بالجمع الدلالي ^(١) حملًا لإطلاق الأحقية ونحوه القاضي بنفوذ جميع التصرفات على التقييد بما دل على المنع عن بعضها من التبع والمحاباة .

(١) التعارض . بمصطلح الأصوليين . : هو تناقض الدليلين اللفظيين التأمين من حيث الحجية ولقد اشتهر بينهم أن الجمع بينهما أولى من الطرح إذ بحكم التكاذب بينهما لا يمكن الأخذ بهما معا فلا بد إذا إما من تذويب التكاذب واقعا بالجمع بينهما ، أو اللجوء إلى المرجحات السنديّة المشهورة الخمسة أو الستة ، وأخيرا فيتساقطان . ولقد بحث الأصوليون طرقا للجمع بينهما بعضها محل وفاق ، وبعضها محل خلاف في الصحة ، وأهم طريق متفق عليه في كيفية الجمع الدلالي ، وهو الجمع العرفي وقد يسمى بالجمع المقبول أي عند العرف ، وموارده كثيرة ، بعضها أظهر من بعض ورما نوقش في صحة بعضها . ومن موارده المتفق عليها ما إذا كان أحد الدليلين قرينة وشاهدًا على التصرف بمدلول الآخر فيحمل ذلك الآخر عليه فحينئذ يتذوب التكاذب واقعا بين الدليلين وإن كان ظاهرا بينهما .

وفيه عدم قابلية النصوص المقيدة بعد ما عرفت لتقييد تلك المطلقات الآبي ظهورها عن التقييد المؤيدة بعمومات : سلطنة الإنسان على ماله ، والإجماعات المحكمة المعضدة بالشهرة بين القدماء ومتأجري المتأجرين ، ومخالفتها لذهب العامة الموجبة لحمل ما يخالفها لو سلم ظهورها على التقىة وإن لم يكن فيها اشعار بها وأشارا إليها ، إذ لم يعتبر ذلك في الحمل عليها في الأخبار العلاجية إذ يكفي في الحمل عليها الموافقة لفتوى بعضهم فضلاً عن الموافقة لفتاويهم أجمع ، بل ربما يحتمل قوياً ارادة خصوص المنجزات من تلك الأخبار سؤالاً وجواباً حيث كان اتفاق الجمهرة على المنع عنه فيما زاد على الثالث فأوجب ذلك السؤال عنه من الإمام (ع) فأجاب عليه السلام عن ذلك بما يفيده تلوينا ، ومن البعيد أن يكون مفاد هذه الأخبار على كثراً مفاد «الناس مسلطون على أموالهم» فافهم . وبالجملة فلا مناص عن القول بنفوذ المنجزات من الأصل لما ذكر مؤيداً ذلك كلـه بما قيل : من قيام السيرة على عدم الضبط عن المريض في تصرفاته ، الكاشف بذلك عن نفوذ من الأصل . إلا أنه فيه ما تقدم من كونه أعم منه ومن جواز التسليم والتنفيذ للمعطى من حين التنجيز اتكالاً على مقتضى الأصول في ذلك» بناءً على الثالث أيضاً

ويعد هذا الباب كل موارد تقدسم النص على الظاهر أو الأظهر على الظاهر وذلك لأن الجمع العربي كذلك يخرج الدليلين عن واقعية التكاذب فلا تصل التوبة إلى دور المرجحات السنديّة لأنما في حال الحيرة ولا حيرة حيثـذا . فمن موارد هذا الجمع ما إذا كان بين الدليلين عموم وخصوص من وجه أو مطلق فيقدم الخاص على العام عرفاً ، لأقوائية ظهوره وهكذا إذا كان بينهما إطلاق وتقييد فيقدم المقيد على المطلق لنفس ملاك الأقوائية في الظهور ، وما في المتن إشارة إلى ذلك الجمع .

هذا وما يتفرع على النفوذ من الثالث أمور :

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

والعجب من شيخنا في (الجوادر) بني على تقدم الدين عليه عند أهل القول بنفوذه من الأصل أيضاً غير الحلبي منهم ، حيث قال . بعد أن حكى عن ابن إدريس نفوذ عتق المريض من الأصل وسقوط الدين من رأس . ما لفظه : «وأصحابه المافقون له في كون المنجزات من الأصل لا يوافقونه فيما إذا زاحم التنجيز الدين ، بل يخصونه بالنسبة إلى الورثة والا كانوا محظوظين بهذا الصحيح وغيره ، بل لعل مقابلته بالقول بالخروج من الثالث المعلوم كون المراد منه بعد خروج الدين تشهد بعد المزاجة المزبورة» انتهى^(١).

ولعل مراده تقدم الدين عليه في خصوص العتق إذا كان على المعتق دين يبلغ نصف قيمة العبد فما دون ، للأخبار المتقدمة ، لا تقدمه عليه مطلقاً ، إذ مع عدم مساعدة دليل عليه لا يقول به أحد من أهل القول بالنفوذ من الأصل ، بل يوافقون الحلبي في تقدمه المنجز على الدين . نعم في خصوص العتق المذكور ربما يقال به ، تعبداً بالنصوص الواردة فيه

(١) راجع : هذا المطلب ونص العبارة المذكورة في أوائل كتاب الحجر من الجوادر ، أثناء العرض المفصل عن منجزات المريض ، في شرح قول الحق : «وفي منعه من التبرعات المنجزة الزائدة عن الثالث خلاف بيننا ، فالوجه المع».

وإطلاق الحلبي بتقدیم المنجز مطلقاً على الدين مبني على أصله : من عدم العمل بأبحار الآحاد»^(١)

(١) الخبر الواحد : هو غير البالغ درجة التواتر المقيد للقطع ، وان تعددت رواته . وهو نوعان : منه . ما يفيد القطع ، وان كان مخبره واحدا ، كما إذا احتج بقرائن تفيض اليقين بصدوره ، وهذا النوع مما لا شك في حجيته . لا لذاته . بل لانتهائه إلى القطع المفروض الحجية . ومنه . ما ليس بتلك الدرجة من افاده القطع . وفي حجية مثل هذا النوع من الخبر الواحد وعدمها وقع الخلاف بين السيد المرتضى وأتباعه والشيخ الطوسي وأتباعه ، فأنكر السيد حجيته إذا لم يكن محفوفاً بقرائن تدل على صحته ، وتبعه من الخاصة : القاضي ابن البراج ، وأبو المكارم ابن زهرة . والطبرسي صاحب المجمع ، وابن إدريس الحلبي صاحب السرائر ، وغيرهم . ومن العامة : ابن علبة ، والأصم ، والقاشاني من أهل الظاهر ، وغيرهم .

وقال شيخ الطائفة الطوسي بحجيته ، وان لم يفده العلم ولم يكن محفوفاً بقرائن تدل على صحته ، وعليه عامة الفقهاء المتأخرین من الإمامية . وربما نسب القول بالحجية أيضاً إلى كثیر من العامة كابن شریع والحسن البصري والصیری . من الشافعیة . وأحمد بن حنبل ، وداود الظاهري ، والحسین الکرایسی ، وحکی ذلك عن مالک بن أنس أيضاً . كما ذکر ذلك ابن حزم في الأحكام .

وفي الحقيقة إن مركز الخلاف بين الفريقين في وجود الدليل على الجواز وعدمه ، فالمنکر . كفريق السيد المرتضى علم المدى . ينکر وجود الدليل القطعي على الحجية . والسائل بالحجية كفريق الشيخ الطوسي

وبالجملة فالأخبار المفصلة في عنق المديون ان قلت بظهورها في الوصية . كما عرفت .
قلت بتقاسم المنجز على الدين مطلقا ، بعد البناء على نفوذه من الأصل ، عملا بالقاعدة
مع عدم المخرج عنها ، وان قلت

يرى قيام الدليل على ذلك.

فالخلاف ليس في حجية الخبر غير المفيد للعلم وعدم الحجية . وإنما في قيام الدليل على الحجية وعدمه ، فهو صغروي في الحقيقة مع اعتراف كل من الفريقين بحجية الخبر المفيد للعلم .
وكل من الفريقين يعتصد رأيه بالأدلة الأربعـة ، الكتاب والسنـة والإجماع والـعقل ، وبالمؤيدات الكثـيرة ، ولا يسع المجال لاستعراضها ومناقشتها وابن إدريس الحلـي من مؤيـدي السـيد المرتضـي في إنكار حـجية الخبر الواحد غير المـفيد للـعلم . كما في المـتن . ولكنـ الذي يستعرض أدلةـ الفريقـين ويستـوعـب المسـألـة درـسا وتحـقـيقـا في مـظـانـها من كـتبـ أـصـولـ الفـقـهـ للـعـامـةـ وـالـخـاصـةـ ، لا يـجدـ بـداـ منـ موـافـقـةـ الشـيخـ الطـوـسيـ منـ القـولـ بـحجـيـةـ الخبرـ الوـاحـدـ . بـحدـ ذاتـهـ . وـانـ لمـ يـفـدـ القـطـعـ ، وـذـلـكـ لـكـثـرـةـ الآـيـاتـ الـوارـدةـ فيـ هـذـاـ الـخـصـوصـ كـمـفـهـومـ آـيـةـ النـبـيـ ، وـمـنـطـوـقـ آـيـةـ النـفـرـ ، وـآـيـةـ حـرـمـةـ الـكـتـمـانـ ، وـآـيـةـ الذـكـرـ .

وكذلك لورود السنـةـ النـبوـيةـ عمـلاـ وـقولـاـ فيـ ذـلـكـ : فـمنـ العـملـيـةـ . ماـ تـواتـرـ نـقلـهـ منـ إـنـفـاذـ رـسـولـ اللهـ (صـ)
أـمـراءـهـ وـقـضـائـهـ وـرـسـلـهـ وـسـعـانـهـ إـلـىـ الـأـطـرافـ . وـهـمـ آـحـادـ . لـقـبـضـ الصـدـقـاتـ وـحلـ الـعـهـودـ وـتـقـرـيرـهـاـ وـتـبـلـيـغـ الـأـحـكـامـ ،
وـذـلـكـ يـدـلـ بـالـلـازـمـةـ عـلـىـ حـجـيـةـ أـقـوـالـهـ وـوـجـوـبـ الـأـخـذـ مـنـهـمـ ، وـمـنـ القـوـلـيـةـ : روـاـيـاتـ مـتـواـزـةـ لـفـظـاـ وـمـضـمـونـاـ ،
استـعـرـضـتـهاـ عـامـةـ كـتـبـ الـأـصـولـ وـقـدـ ذـكـرـتـ مـنـهـاـ طـوـافـ كـثـيـرـةـ ، مـنـهـاـ . ماـ وـرـدـ بـيـنـ مـقـامـ التـرجـيـحـ بـيـنـ الـخـبـرـيـنـ
المـتـعـارـضـيـنـ بـالـأـعـدـلـ وـالـأـشـهـرـ وـالـأـصـدـقـ وـالـقـوـلـ

بظهورها في المنجز حملاً للماضي على معناه الحقيقى أو الأعم منه ومن الوضعية من باب
عموم المجاز ، التزمنا بالتفصيل المتقدم تعبداً بالأخبار

بالتحيير عند التساوى ، ومنها . ما ورد في إرجاع آحاد الرواية إلى آحاد أصحاب الأئمة عليهم السلام ، ومنها . ما دل على وجوب الرجوع إلى الرواية والثقات والعلماء ، ومنها . ما دل على الترغيب في كتابة الروايات وحفظها وبشها . ومنها . ما دل على ذم الكذب والتحذير من الكاذبين والوضاعين . ومنها . ما ورد في توسيع الرجوع إلى أمثال كتب الشلمغاني وبني فضال ، ونحوهم من المنحرفين في الرأى ، الصدوقين في النقل ، إلى غير ذلك من طوائف الروايات التي يستفاد من مجموعها رضى الأئمة عليهم السلام ، بل رغبتهم بالعمل بالخبر الواحد ، وإن لم يفده القطع . هكذا في رسائل الشيخ الأنصاري وكفاية الآخوند وغيرهما من كتب الأصول . وأما دعاوى الإجماع على العمل بالخبر الواحد مطلقاً ، فقد تواترت . باستمرار . على ألسنة عوم الفقهاء منذ عهد الشيخ إلى اليوم . وأما دليل العقل واستقراء طريقة العقلاة في ذلك ، فعن الحجة النائيني . كما في تقريرات تلميذه الكاظمي قدس سرهما . قوله : «واما طريقة العقلاة ، فهي عمدة أدلة الباب بحيث لو فرض أنه كان سبيلاً إلى المناقشة في بقية الأدلة فلا سبيلاً إلى المناقشة في الطريقة العقلائية القائمة على الاعتماد على خبر الثقة والاتكال عليه في محاوراً لكم» .

وأخيراً ، نقول إن من يستعرض المسألة في مظانها من كتب أصول الفريقين : الخاصة والعامة ، ويتأمل في أدلة الطرفين ، لا يجد مناصاً إلا الاعتراف بحجية العمل بالخبر الواحد . أفاد العلم أم لم يفده . ولزيادة التفصيل في هذا الموضوع يراجع بابه من كتب الأصول للفريقين ك Kavanaugh الآخوند ورسائل الأنصارى وإرشاد الفحول والأحكام لابن حزم وغيرها .

الخاصة مع الاقتصاد على موردها من التفصيل في دين المعتق من غير تعد منه إلى غيره من سائر المنجزات ، فيرجع فيها إلى تقديم المنجز على الدين مطلقا.

الثاني . بتعيين المنجز ثلثا ، إن كان بقدرها ، وتعيينه من الثالث ، إن كان دونه لأن ذلك بحكم تعيين الميت ثلثة 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 لا حين التنجيز كالوصية التي يعتبر فيها
الثلث حين الموت لا حينها.

الرابع . تقسم المتقدم منها فالمقدم في المنجزات المرتبة مع زيادتها على الثالث مطلقاً وان كان فيها عتق متاخر ، فيقدم المنجز المتقدم عليه إجماعاً كالوصايا المترادفة ، غير أنه في الوصايا قيل بتقدم العتق وإن كان متاخراً في الذكر كما عن الشيخ والإسکافي ، ولكن المشهور فيها بنوا على العمل بالترتيب المذكور فيها ، وإن كان فيها عتق متاخر ولعل مستند الشيخ وابن الجنيد ^(١) ما تقدم من قوله : «يبدأ بالعتق» في الأخبار المتقدمة.

(١) ابن الجنيد هو الإسکافی ، وهو محمد بن أحمد بن الجنيد أبو علي الكاتب الإسکافی ، من أعاظم الفرقـة وأعيان الطائفة وأفضل قدماء الإمامية وأکثـرهم عـلما وفقـها وأدبـا ، وأکثـرهم تصـنيفا وأحسـنـهم تحرـيرا ، وأدقـهم نظـرا ، متـكلـم فـقيـه ، مـحدث أـديـب ، واسـع الـعلم ، صـنـف في الفـقـه والـكـلام والأـصـول والأـدـب والـكتـابـة وغـيرـها. تـبـلغ مـصنـفـاته . عـدا أجـوـبة مـسـائـله . نـخـوا مـن خـمـسـين كـتـابـا ..» هـكـذا ذـكـرـه وأـطـرـاه السـيـد بـحـرـ العـلـومـ في فـوـائـده الرـجـالـية (ج ٣ ص ٢٠٦ طـبعـ النـجـفـ) ويـسـتمـرـ في اـسـتـعـارـضـ كـتـبـه وـمـؤـلـفـاتـه . إـلـى قولـهـ في آخرـ ص ٢٠٧ . : وهـذـا الشـيـخـ عـلـى جـلالـتـهـ في

ولو اجتمعت منجزات ووصاية وزاد المجموع على الثالث ، فلا اشكال بل لا خلاف في تقسم المنجزات على الوصايا مطلقا ، وإن تأخر عنها في الذكر وكان النقصان في الوصية ، لأن التنجيز تمليك فعلي ، وقد تم السبب من قبل المعطى ، وإن كان مراعي في التخريج بالموت. ولا كذلك الوصية فإنها معلقة على الموت الذي هو منزلة الجزء من السبب.

هذا كله في المنجزات ، وأما الإقرار في مرض الموت ، فلا يخلو :

أما أن يكون الإقرار بدين أو بعين ، وعلى التقادير : فاما أن يكون لأجنبي أو للوارث. وعلى التقادير : فاما أن يكون متهمًا في إقراره أو لا يكون متهمًا فيه : اختلفت كلماتهم في نفوذه من الأصل مطلقا ، أو التفصيل بحسب الصور المتقدمة والقيود الواردة في بعض النصوص من التقييد بكونه عدلا أو مرضيا أو مليا أو مصدقا : على أقوال.

وليعلم أولاً كما سبق أنه لا ملازمة بين القول بنفوذ المنجزات من الأصل ونفوذ الإقرار منه أيضا. كما ادعاه في (المهدب) .^(١) لإمكان

الطاقة ورؤاسته وعظم علمه : قد حكى القول عنه بالقياس ، ونقل ذلك عنه جماعة من أعلام الأصحاب ، ومع ذلك فقد أثني عليه علماؤنا وبالغوا في إطاره ومدحه وثناؤه ...». وهو من أعلام القرن الرابع المجري ومن معاصري الشيخ الكليني . قدس سرهما.

(١) المهدب البارع في شرح المختصر النافع للمحقق الحلبي ، تأليف الشيخ أحمد بن محمد بن فهد الحلبي المتولد سنة ٧٥٧ هـ . المتوفى 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 الحق : «أما الإقرار للأجنبي

التخلف في الثاني بنفوذه من الثالث في مورد التهمة ، تعبدا بالأدلة الخاصة فيه ، كما أنه لا ملازمة بين القول بنفوذ المنجز من الثالث ونفوذ الإقرار منه أيضا وإن نسب إليه ذلك أيضا في (ملحقات البرهان) ^(١) إلا أنني لم أجده فيما حضرني من نسخة (المهذب) بل الموجود فيه التصرير بالعدم ^(٢).

وأنا نمنع الملازمة فيه لخروج المقر به عن كونه تركة الميت وماليه ومتعلقا به حق الغير
بعmomات أدلة (إقرار العلاء) فيكون خارجا من

فإن كان متهمما على الورثة فهو من الثالث ، وإن فهو من الأصل» : «أقول : إقرار المريض هل يمضي من الأصل ، أو يتقييد بالثالث كالوصية؟ ابن إدريس على الأول ، وهو لازم لكل من جعل المنجزات من الأصل».

(١) هي مجموعة صغيرة تحتوي على أربعة رسائل موجزة : في المسافة الملققة ، والرجوع عن قصد الإقامة ، وميراث الزوجة ، وتصرفات المريض اعتبرها مصنفها . وهو الفقيه الحسن السيد علي بحر العلوم الطباطبائي صاحب البرهان القاطع . من ملحقات كتابه (البرهان).

قال . أعلى الله مقامه . في آخريات الرسالة الرابعة من المجموعة . : «وأما الإقرار من المريض بمال للغير ، فربما استظهر . من اتفاق الأصحاب غير الحلي وسلام على عدم نفوذه مطلقا من الأصل . القول بخروج المنجزات من الثالث . إلى قوله : وعن المذهب : إن القول بكل منجز من الأصل يلزم القول بنفوذ الإقرار من الأصل ، والقول بكل من الثالث يلزم القول بأن الإقرار من الثالث ..».

(٢) ففي المذهب تتمة العبارة الآتية الذكر هكذا : «ومن قال : إنما من الثالث : منهم من قال : الإقرار من الأصل .. ومنهم من فصل والتفصيل في موضوعين : (١) في الفرق بين العين والدين (٢) وفي الفرق بين الوراث والأجنبى . إلى آخر كلامه ..

الأصل ، وإن قلنا بخروج المنجزات من الثالث.

هذا واستدل شيخنا في (الجوهر) على خروج المنجزات من الثالث بالأدلة الدالة على نفوذ الإقرار منه في مورد التهمة ثم قال : «ولا ينافي النفوذ من الأصل مع عدم التهمة ، إذ لعله تعلق لا يمنع من الإقرار مع عدم التهمة ، فإن تعلق الحقوق بالنسبة إلى ذلك مختلف»^(١) انتهى .

وتقرير الاستدلال بما على مدعاه في المنجز إنما هو لكون المانع عن النفوذ فيما زاد على الثالث في غير مورد التهمة تعلق حق الوارث به وهو كما يمنع من نفوذ الإقرار فيه كذلك يمنع من نفوذ المنجز فيه أيضاً لوجود المالك ، وهو تعلق حق الغير به ، فيكون من تنحیز ما تعلق به حق الغير ، وهو باطل.

قلت : لنا . في كلا طرفي كلامه . تأمل أما التعليل بعد المنافاة فيه أن حق الغير . بعد فرض تعلقه . لا يمكن نفوذ الإقرار في متعلقة وان لم يكن متهمما ، لعدم شمول دليل الإقرار له ، بعد أن كان مورده النفوذ على نفسه دون غيره . (ودعوى) اختلاف الحقوق بالنسبة إلى ذلك (أمر) لا نعقله بعد فرض التعلق.

وأما التقرير ، فيه أنه كما يحتمل أن يكون المانع تعلق حق الغير به . وعليه فيمنع في المنجز أيضاً . كذلك يحتمل أن يكون المانع لزوم التفويت على الوارث والإضرار به ، وان لم يتعلق له به حق فعلي ، وحيث

(١) فقد ذكر قبل هذه الجملة قوله : مضافاً إلى نصوص الإقرار المتضمنة لنفوذه من الثالث مع التهمة ، وبذونها من الأصل ولو لا تعلق حق الوارث في الجملة بحيث لا يمضي الإقرار عليه ، لم يكن وجه للنفوذ من الثالث .. ولا ينافي .. راجع : كتاب الحجر في أخرىات سرح قول الحق : وفي منعه من التبرعات المنجزة الرائدة عن الثالث خلاف بيننا .

لا ضرر ولا تفويت على الوارث لو نفذ من الثالث التزمنا بنفوذه فيه ، عملا بدليل الإقرار . في الحملة .^(١) ولا يتوهم على هذا الوجه لزوم القول بالتفصيل بين التهمة وعدمها في المنجز أيضا . مع أنه لا قائل به لأن التنجيز إنشاء للنقل وإيجاد لسببه وداعي التفويت لا يوجب سقوط أثر الإنشاء وليس هو كالإقرار من مقوله الخبر المحتمل فيه الصدق والكذب حتى يلغى الشارع احتمال الكذب في غير التهمة ويعتبره فيها .

وبعبارة أخرى : الإقرار ، وان كان خبرا عن أمر سابق يحتمل فيه الصدق والكذب ، الا أن غلبة الصدق فيما عليه أوجب جعله الشارع طريقا إلى الواقع ، لأن العاقل لا يقر غالبا بما فيه ضرر عليه ، وفي مورد التهمة يضعف ذلك الظهور ، ويقوى احتمال الكذب فيه لداع من الدواعي ، فيسقط عن الطريقة ، ولا كذلك الأسباب والانشائات في تأثيرها وإيجاد مسبباتها ، وان اختلفت الدواعي ، نعم يلزم القول بالتفصيل في المنجز أيضا ، لو كان وجہ المنع في الإقرار مع التهمة تعلق حق الوارث وهو ما يضعف كونه الوجه في ذلك أيضا . إذا عرفت ذلك ، فلنرجع إلى ذكر الأقوال وأدلتها فنقول : اختلفت كلماتهم في نفوذ الإقرار في مرض الموت على أقوال :

(١) إشارة إلى الحديث النبوى المشهور على ألسنة الفقهاء والمذكور في كتبهم الفقهية في مقام الاستدلال على إزام المقر بما أقر به ، وهو قوله (ص) : «إقرار العقلاء على أنفسهم حائز» قال : الحر العاملى في الوسائل أوائل كتاب الإقرار ، باب صحة الإقرار من البالغ العاقل : «وروى جماعة من علمائنا في كتب الاستدلال عن النبي (ص) أنه قال : إقرار العقلاء على أنفسهم حائز».

أحدها : نفوذه من الأصل مطلقا وهو الحكى عن السرائر ، والغنية ، والمراسيم وكشف الرموز. وعن الأولين : دعوى الإجماع عليها ^(١).

(١) ففي أخريات كتاب الصدقات من (كتاب السرائر) لمحمد ابن إدريس الحلبي ، باب الإقرار في المرض ص ٣٩١ طبع حجري ، قوله : «إقرار المريض على نفسه جائز للاجنبيين وللوارث وعلى كل حال ، إذا كان عقله ثابتًا في حال الإقرار ، يكون ما أقر به من أصل المال ، سواء كان عدلاً أو فاسقا ، متهمًا على الورثة أو غير متهم ، وعلى كل حال سواء كانت مع المقر له بينة أو لم تكن ، لإجماع أصحابنا المعتقد : أن إقرار العقلاه جائز فيما يوجب حكمًا في شريعة الإسلام».

وفي كتاب الغنية للسيد أبي المكارم حمزة بن زهرة الحسني بعنوان (فصل في الإقرار) ضمن كتاب التجارة ، عبارته في أول الفصل هكذا : «ويصح إقرار المحجور عليه وإقرار المريض للوارث وغيره بدليل الإجماع 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 بما أو دين» من غير فضل» :

ومن ملاحقة العبارتين يظهر رأيه جليا في تقديم الإقرار بالدين من الأصل مستدلا بالإجماع.

وفي كتاب المراسيم العلوية في الأحكام النبوية المطبوع ضمن الجواجم الفقهية في إيران للشيخ حمزة أبي يعلى سلار بن عبد العزيز الديلمي من أعلام القرن الخامس الهجري ، قال . في أخريات كتاب العتق والتدبير

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

ثالثها . إنه من الأصل مع العدالة وعدم التهمة مطلقا ومن الثالث مع عدمها مطلقا ، وهو الحكيم عن القاضي ، ونهاية الشيخ ^(١) .

رابعها . إن كان المقر عدلا فهو من الأصل ، والا فمن الثالث حكاه في مفتاح الكرامة والجواهر قوله ولم ينسبه إلى قائل .

خامسها . انه للأجنبي من الأصل مطلقا ، وللوارث كذلك مع عدم التهمة ، ومن الثالث معها ، وهو محكم عن ابن حمزة ^(٢) .

والمحاتبة ، بعنوان ذكر الإقرار في المرض : «من كان عاقلا يملك أمره فيما يأتي ويذر ، فإقراره في مرضه كإقراره في صحته» أي في الإخراج من الأصل .

(١) لم نجد ذلك جليا 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 الإقرار في المرض والهبة ، ص ٦١٧ طبع دار الكتاب العربي في بيروت هكذا : «إقرار المريض جائز على نفسه للأجنبي وللوارث على كل حال إذا كان مرضيا موثقا بدعاته ، ويكون عقله ثابتًا في حال الإقرار ، ويكون ما أقر به من أصل المال ، فإن كان غير موثوق به ، وكان متهمًا ، طولب المقر له بالبينة ، فإن كانت معه بينة أعطى من أصل المال وإن لم يكن معه بينة أعطى من الثالث ، إن بلغ ذلك . فان لم يبلغ فليس له أكثر منه» .

(٢) قال ابن حمزة المشهدى في كتاب الوسيلة المطبوع بالحجر ضمن الجواب الفقهية ، في فصل الإقرار ، قبل كتاب النفقات : «وإقرار

سادسها . ما هو المحكي عن المقنع : من نفوذه من الثلث في حق الوارث ، ولم يعلم
فتواه في الأجنبي ^(١) .

سابعها . ما هو المحكي عن المقنعة : من أنه ان كان بدين فهو من الأصل مطلقا ،
وان كان بعين وكان عليه دين يحيط بما في يده قبل إقراره ان كان عدلا مأمونا ، ولم يقبل
إقراره ان كان متهمما ^(٢) .

ثامنها . انه ان كان مأمونا فهو من الأصل ، صحيحا كان أو مريضا لوارث أو لأجنبي
بدين أو بعين ، وان كان متهمما فهو من الثلث مطلقا وهو المحكي عن أبي الصلاح ، ولم
أجد موافقا له في التفصيل بين التهمة وعدمها في حال الصحة ، بل قبل . بعد حكايته عنه .
لا خلاف في نفوذه من الأصل في الصحة مع التهمة أيضا .

تاسعها . نفوذه من الثلث للورثة مطلقا مع التهمة وعدمها ، وللأجنبي

المريض إذ كان صحيح العقل مثل إقرار الصحيح إلا في حق بعض الورثة لشيء إذا كان متهمما ، فإذا أقر له ولم يكن للمقرر له بينة على ما أقر له به ، كان في حكم الوصية».

(١) المقنع للصدقوق . رحمه الله . طبع بالحجر في إيران مع الجامع الفقهية ، قال . في أوائل باب الوصايا . «وإذا أقر الرجل . وهو مريض لوارث بدين ، فإنه يجوز إذا كان الذي أقر به دون الثلث» ولم يذكر غير الوارث .
(٢) كمال العبارة في مقتنه الشيخ المفید طبع حجري في إيران ، باب الإقرار في المرض هكذا : «وإقرار العاقل في مرضه للأجنبي والوارث سواء ، وهو ماض واجب لمن أقر به . وإذا كان على الرجل دين يحيط بما في يديه ، فأقر بأنه وديعة لوارث وغيره ، قبل إقراره إن كان عدلا مأمونا ، وإن كان متهمما 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 دينا؟ فقال : إن كان الميت مريضا فأعطه الذي أوصى له» ^(٢).

ومنها خبر أبي أيوب عنه أيضا ^(٣).

ومنها خبر العلا بياع السابري : «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلا مala فلما حضرها الموت قالت له : إن المال الذي دفعته إليك لفلانة ، وماتت المرأة فأتى أوليائها للرجل فقالوا له : انه كان لصاحبنا مال ولا نراه إلا عندك فاحلف لنا ما لها قبلك شيء ، ا فيحلف لهم فقال : إن كانت مأمونة عنده فيحلف لهم ، وإن كانت متهمة فلا يحلف لهم ويضع الأمر على ما كان فإنما لها من مالها ثلاثة» ^(٤).

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

(١) تمام العبارة في المختصر النافع للمحقق آخر كتاب الوصايا هكذا «.. أما الإقرار للأجنبي ، فإن كان متهمما على الورثة فهو من الثالث وإلا فهو من الأصل. وللوارث من الثالث على القديرين.

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

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

(٤) المصدر نفسه حديث رقم (٢)

المضاربة أيجوز ذلك؟ قال : «نعم إذا كان مصدقا» ^(١).

وصحيح الحلبي : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يقر لوارث بدين فقال بجوز إذا كان مليا» ^(٢).

ومنها خبره الآخر : «انه سأله أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أقر لوارث بدين في مرضه أيجوز ذلك قال : «نعم إذا كان مليا» ^(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 وصفر ونحاس وكل مالها أقرت به للموصى له وأشهدت على وصيتها وأوصت أن يحج عنها من هذه التركة حجتان ويعطى مولى لها أربعين ألف درهم وماتت المرأة وتركت زوجها ، فلم ندر 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 إلا بإقرارك له بدين يحيط بتركتك بشهادة الشهود وتأمريه بعد أن ينفذ ما توصيه به ، فكتبت له بالوصية على هذا . وأقرب للوصي بهذا الدين ، فرأيك أdam الله عزك في مسألة الفقهاء قبلك عن هذا وتعريفنا بذلك لنعمل به ان شاء الله تعالى؟ فكتب عليه السلام بخطه ان كان الدين صحيحًا معروفاً ومفهوماً فيخرج الدين من رأس المال ، وإن لم يكن الدين حقاً أندذ لها ما أوصت به من ثلثها كفى أو لم يكف» ^(٤).

ومنها خبر إسماعيل 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 الثالث» ^(١).

ومنها خبر سماعة : «سألته عمن أقر لوارث بدين عليه وهو مريض قال يجوز عليه ما

أقر به إذا كان قليلا» ^(٢).

ومنها خبر أبي ولاد : «سألت أبي 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 ألف درهم ثم مات على تلك الحال أيهما أقام البيينة فله المال فان

لم يقم واحد منهمما البيينة 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 يصرفه حيث شاء ، فمات ولم يأمر فيه صاحبه الذي جعله له

بأمر ولا يدرى صاحبه ما الذي حمله على ذلك كيف يصنع؟ قال يضعه حيث شاء» ^(٥).

(١) الوسائل كتاب الوصايا ، باب الإقرار 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 أبي عبد الله .. إلخ

(٤) راجع : مستدرك الوسائل ، كتاب الوصايا باب ٢٤ إن من أقر الواحد من اثنين.

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

وأنت خبير بأن القول المشهور وهو التفصيل بين التهمة وعدمها بالنفوذ من الثالث مطلقاً أو من الأصل كذلك هو مقتضى الجمع بين هذه الأخبار بعد إرجاع بعض القيود التي فيها ككونه عدلاً أو مرضياً أو ثقة أو مصدقاً أو ملياً ، سيمما بناء على تفسير الملاة بالوثاقة . كما عن الصباح . إلى المأمونية المقابلة للتهمة ، فيكون مرجع الكل إلى التفصيل بين التهمة وعدمها ، بما تخصص عمومات أدلة الإقرار التي مقتضاتها نفوذه من الأصل ولو مع التهمة في مرض الموت ، ضرورة أن في كل من الأقوال المتقدمة . عدا القول بالتفصيل المذكور . طرحاً بعض هذه النصوص أو جلها مع عدم الداعي إليه ، فراجع .

بقي هنا إشكال في ضمن إشكال . الأول . ان مقتضى مفهوم النصوص المتقدمة . كما قيل . سقوط الإقرار مع التهمة رأساً ، لا نفوذه من الثالث .

الثاني . بعد فرض النفوذ عليه يقتضي نفوذه على قدر نسبة ما يخصه من المال وهو الثالث ، لا نفوذه كله منه كما ينفذ على المعترف من الورثة مع إنكار الباقى بدين على مورثهم بقدر نصيبه من الإرث ، لا كله .

والجواب : أما عن الأول ، فمع قيام الإجماع . بقسميه . على عدم حرمان المقر له مما أقر به المقر ونفوذه من ثالثه ، إشعار جملة من النصوص به بل دلالتها عليه ، كما في ذيل خبر العلا من التعليل لعدم الحلف بأنما لها من مالها الثالث ، فإنه لا ربط لذكر ذلك إلا من حيث نفوذه ما أقرت به من الثالث ، وذيل روایتی إسماعيل بن جابر ، وسماعة ، بناء على ظهور إرادة الثالث فيما دون من الأولى ، وإرادة الثالث 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 بإقراره ، فيكون وفاء ما عليه مما له من المال وهو الثالث ، ولا كذلك في الوراث ، فان المخاطب بالوفاء جميع الورثة ، فعلى المعترض بنسبة ما يخصه من الإرث باعترافه ، فما أبعد ما بين المقيس والمقيس عليه. نعم يقاس المقام بما لو علم الوصي بدين على الميت مع إنكار الورثة وعجزه عن إثباته ، فإنه يجب عليه وفاءه من الثلث مع عدم التمكن من غيره وليس إلا لكون الدين على الميت ، والوصي نائب عنه ومخاطب به ، حيث لا طريق له على الوراث ، فظاهر لك من مجموع ما ذكرنا أن الأقوى في مسألة المنجزات في مرض الموت نفوذها من الأصل وفي مسألة الإقرار فيه نفوذه منه أيضا ، سواء كان بدين أو بعين لأجنبي كان أو للوارث ، إلا في صورة التهمة ، فإنه ينفذ من الثلث مطلقا في الصور المزبورة. وحيث قوينا نفوذ المنجز من الأصل كفينا مؤنة التعرض لبقية الفروع المبنية على نفوذه من الثلث.

والله

العلم بحقائق أحكامه

رسالة

في حرمان الزوجة من بعض الإرث

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أجمعـت الإمامـية . عـلـى ما قـيل عـدـا الإسـكـافـي .^(١) عـلـى حـرـمان زـوـجـة في الجـمـلة . إـرـثـا من تـرـكة زـوـجـهـا . وـانـما اخـتـلـفـوا في مـوـضـعـين (الأـول) : فـيـمـا تـحـرمـ مـنـهـ منـ أـعـيـانـ التـرـكـةـ (الـثـانـيـ) : فـيـمـنـ تـحـرمـ مـنـهـ مـنـ الزـوـجـاتـ مـطـلـقاـ ، أوـ خـصـوصـ غـيرـ ذاتـ الـوـلـدـ مـنـهـاـ .

أـمـاـ المـوـضـعـ الأولـ ، فـقـدـ اخـتـلـفـ كـلـمـاتـهمـ فيـ ذـلـكـ عـلـىـ أـقـوالـ :

أـحـدـهـاـ . وـهـوـ الـمـنـسـوبـ إـلـىـ الشـيـخـ فيـ (الـنـهاـيـةـ) وـابـنـ حـمـزةـ وـابـنـ الـبـرـاجـ . وـأـبـيـ الـصـلـاحـ

وـالـتـقـىـ^(٢) : بـلـ قـيلـ هوـ الـمـشـهـورـ . حـرـمانـاـ

(١) نسبة إلى (إسكاف) بالكسر ، وهي النهراونات بين بغداد وواسط . وهو نفسه ابن الجنيد محمد بن أحمد أبو علي الكائـبـ ، وـكانـ منـ أـعـاظـمـ الفـقـهـاءـ الإـمامـيـةـ ، وـمـنـ مـقـدـمـيهـمـ فيـ الـعـلـمـ وـكـثـرـةـ التـصـنـيفـ فيـ مـخـتـلـفـ فـنـونـ الـعـلـمـ وـالـأـدـبـ ، وـكـانـ يـقـولـ بـحـجـيـةـ الـقـيـاسـ ، وـيـوـافـقـ الـعـامـةـ فيـ كـثـيـرـ مـنـ فـتاـوـاهـ تـوـفـيـ بالـلـيـ سـنـةـ ٣٨١ـ هـ (رـاجـعـ عنـ تـفـصـيلـ تـرـجمـتـهـ : رـجـالـ السـيـدـ بـحـرـ الـعـلـمـ . مـعـ تـعـلـيقـاتـهـ : جـ ٣ـ صـ ٢٠٥ـ . ٢٢٤ـ (طـبعـ النـحـفـ)).

(٢) هـكـذـاـ فيـ الأـصـلـ معـ العـطـفـ . وـلـعـلـ الصـحـيـحـ بـدـونـ وـأـوـ العـطـفـ فـإـنـ أـبـاـ الـصـلـاحـ هوـ نـفـسـهـ النـقـيـ بـنـ نـحـمـ بـنـ عـبـيـدـ اللـهـ الـحـلـيـ الـمـعاـصـرـ لـلـعـلـمـيـنـ السـيـدـ الـمـرـتضـىـ وـالـشـيـخـ الـطـوـسـيـ ، وـلـهـ مـصـنـفـاتـ فيـ الـفـقـهـ كـثـيـرـةـ مـنـهـاـ (الـكـافـيـ) وـلـعـلـهـ لـاـ يـزالـ مـنـ نـفـائـسـ الـمـخـطـوـطـاتـ (تـرـجمـ لـهـ السـيـدـ بـحـرـ الـعـلـمـ فيـ رـجـالـهـ جـ ٢ـ صـ ١٣١ـ . ١٣٤ـ) طـبعـ النـحـفـ

الـأـشـرـفـ .

من مطلق الأرض ، سواء كانت بياضاً أو مشغولة بزرع أو بناء أو نخل أو شجر أو غير ذلك^(١) وبقى من البناء وما فيه من الآلات كالطلوب^(٢) والبوب والخشب والقصب وغير ذلك من الآلات المستدخلة في البناء ، ويعطى حقها من قيمة ذلك ، ونسبة إلى أهل هذا القول توريتها من عين النخل والشجر ، وعليه يكون حرمانها عندهم من مطلق الأرض مطلقاً عيناً وقيمة ، ومن البناء وما فيه من الآلات عيناً لا قيمة ، وتوريتها من عين

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

وفي (الوسيلة إلى نيل الفضيلة لأبي جعفر محمد بن علي بن حمزة الطوسي ، المطبوع مع الجامع الفقهية طبعة حجرية في إيران) في فصل ميراث الأزواج : «.. وإن لم تكن (أي الزوجة) ذات ولد منه (أي الزوج) لم يكن لها حق في الأراضين والقرى والمنازل وللن دور والرباع».».

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

وأما أبو الصلاح النقى الحلى ، فلم يحضرني كتابه (الكافى) المخطوط . كما عرفت . ولكن المنقول عنه ذلك أيضاً في عامة الموسوعات الفقهية .

(٢) الطلوب . بالضم . : الآجر . كما عن القاموس .

النخل والشجر.

لكن لم أجده في النهاية ذكر النخل والشجر^(١) حتى يعلم توريثها من عينهما أو من قيمتهما ولعل النسبة من جهة اختصاص الحرمان في الذكر بالأرض واحتياط التقويم في الذكر بالبناء والآلات ، وليس النخل والشجر منهما فيكونان باقين في عمومات الإرث ، الموجب للإرث من عينهما كسائر الأموال ، إلا أنه كما يحتمل ذلك ، مع عدم جواز النسبة بمجرد ذلك ، كذلك يحتمل إدخالهما في الآلات التي ترث من قيمتها لا من عينها ، وكيف كان

الثاني مثل الأول مع توريثها من قيمة النخل والشجر وهو للعلامة في القواعد والشهيد في الدروس^(٢) وجمع كثير ، بل نسبة غير واحد . كالقواعد وغيره . إلى المشهور . بل لعله قول من تقدم من القدماء بناء على إلحاقيهما 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) الآنفة الذكر إشارة إلى ذلك حيث يقول «وقال بعض أصحابنا ..» فإن 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 والأبنية 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 والأبنية والنخل ..»

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

الثالث . اختصاص الحرمان بخصوص أرض الريع 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 المفید^(١) وابن إدريس^(٢) وكاشف الرموز^(٣) . ومال إليه في

(١) قال الشيخ المفید . كما في المقنعة . باب ميراث الأزواج غير ذوي الأولاد . : « .. ولا ترث الزوجة شيئاً مما يخلفه الزوج من الريع وتعطى قيمة الخشب والطوب والبناء والآلات فيه ، وهذا هو منصوص عليه عن نبی المدی عليه وأله الصلاة والسلام وعن الأئمة من عترته . والريع : هو الدور والمساكن دون البساتين والضياع».

(٢) قال محمد بن إدريس العجلی الحلی 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 الميت ولد لا ترث من الريع والمنازل شيئاً والحق بعض أصحابنا جميع الأرضين من البساتين والضياع وغيرها وهذا اختيار شيخنا أبي جعفر ، والأول اختيار الشيخ المفید . إلى قوله . : وال الصحيح أنها لا ترث من نفس التربة ولا من قيمتها ، بل يقوم الطوب والآلات وتعطى قيمتها».

(٣) كشف الرموز أول شرح للمختصر النافع للمحقق الحلی ، تصنیف الفقیہ الحسن بن أبي طالب الآبی الیوسفی معاصر الحق الحلی وتلمیذه 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 الريع 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 والريع يقول : «مسألة . قال الشيخ في النهاية : المرأة لا ترث من زوجها من الأراضين والقرى والريع من الدور والمنازل ...» وبعد أن يستعرض آراء الفقهاء القدماء في المسألة كالقاضي بن البراج وأبي الصلاح الحلي وابن حمزة والشيخ المفید وابن إدريس والسيد المرتضى وغيرهم . يقول : «والذی یقوی فی نفسي أن هذه المسألة تحری بحری المسألة المتقدمة فی تحصیص الأکبر من الذکر بالمصحف والسیف ، وأن الريع ، وان لم یسلم فی الزوجات ، فقيمتها محسوبة لها ...» وفي آخر المسألة یختتم کلامه بقوله : «وبعد هذا کله فالفتوى علی ما قاله الشیخ رحمة الله».».

(٢) راجع . من كفاية السبزواري ، كتاب المواريث ، 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 . : وللأصحاب اختلاف في هذه المسألة في موضوعين : (الأول) . فيما يحرم منه وقد اختلف فيه الأصحاب على أقوال . إلى قوله . : الثالث . حرمانها من الريع ، وهي الدور والمساكن دون البستين والضياع ، وتعطى قيمة الآلات والآبانية من المساكن ، وهو قول المفید وابن إدريس ، 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) اختصاص الحرمان

في الأقوال ، ثم يأخذ في ترجيح الأقوال على ضوء ترجيح أداتها والجمع بين متعارضاتها ، فيرجح . أولا . قول السيد المرضي ، وهو رابع الأقوال لقوة دليله . وأخيرا : يختتم المورد بقوله : «وبعد قول السيد فقول المفید ومن تبعه لا يخلو عن قوة»

(١) وذلك لقول الحق الحلبي الصريح في (ختصر النافع ، كتاب الميراث ، المقصد الثاني في ميراث الأزواج : «ويرث الزوج من جميع ما تركه المرأة ، وكذا المرأة عدا العقار ، وترث من قيمة الآلات والأبنية ..»).

(٢) لا ندري ما ذا يقصد . الماتن . ب (تلميذه وشرحه) بعد أن ذكر (كشف الرموز للمحقق الآبي) تلميذ الحق الحلبي وهو أول شروح النافع . بعد شرح المصنف نفسه له . والذي يستعرض شروح (النافع) . المدرجة في (الذريعة للمرحوم الطهراني) ويواكتب تلاميذ الحق الحلبي المذكورة في مصادر ترجمته لم يجد تلميذا شارحا للكتاب غير الحق الآبي المذكور ، فإن أقدم ما أطلعنا عليه من شروح ، هو (التقديح الرابع) للفاضل المقداد السوري المتوفى سنة ٨٢٦ هـ ، و (المهدب البارع للشيخ أحمد بن محمد بن فهد الحلبي المتوفى سنة ٨٤١ هـ . وهذا العلما لا يمكن لهما معاصرة أو تلميذه الحق الحلبي المولود سنة ٦٠٢ والمتوفى سنة ٦٧٦ هـ . عادة . بحكم الbon الشاسع بين التأريخين . وأخيرا ، فلم نجد تخرجاً واضحاً لما يريد الماتن . قدس سره . من هذه الحملة على أن عدم الوجود لا يدل على عدم الوجود . والله العالم .

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

بالرباع أرضاً وعمارة ، لكن عيناً لا قيمة ، فتعطى حقها من قيمتها أرضاً وعمارة ، وتوريثها من غير ذلك عيناً ولو كان ضيعة وعقارات.

هذه أربعة أقوال في حرمان الزوجة. إن صحت نسبة توريثها من عين التخل والشجر إلى الشيخ وأتباعه.

وقول وهو لابن الجنيد : عدم حرمانها من شيء وتوريثها من عين كل شيء كغيرها من الورثة^(١). فالمسألة بالنسبة إلى ميراث الزوجة خمسية الأقوال أو رباعيتها.

ومنشأ هذا الاختلاف اختلاف الأخبار الواردة في المقام عن الأئمة الأطهار عليهم السلام.وها نتلو عليك جملة ما وقفنا عليه :

منها . موثقة عبيد بن زراة والباقى : «قلنا لأبي عبد الله عليه السلام : ما تقول في رجل تزوج امرأة ثم مات عنها وقد فرض لها الصداق؟ قال : لها نصف الصداق ، وترثه من كل شيء ، وإن ماتت

سنة ١٣٩١ : «مسألة ، وما انفردت به الإمامية القول بأن الزوجة لا ترث من رباع المتوفى شيئاً ، بل تعطى بقيمة حقها من البناء والآلات دون قيمة العراض ، 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 تحصيص الأكبر من الذكور بالسيف والمصحف ، وأن الرباع ، وإن لم تسلم إلى الزوجات ، فقيمتها محسوبة لها».

(١) كما مرت الإشارة من الماتن إلى قوله باستثنائه في أول المسألة. وتذكر مخالفته هذه في عامة كتب الفقه بهذا الموضوع. ولا عجب منه فإنه كثير المخالفات للإمامية في آرائه الفقهية ، بالرغم من كونه من مفاخرهم وأعاظمهم . 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 التربة شيئاً ، أو يكون في ذلك منزلة المرأة فلا يرث من ذلك شيئاً؟ قال : يرثها وترثه من كل شيء ترك وترك»^(٢).

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

ومنها . رواية زرارة ومحمد : «لا ترث النساء من عقار الدور شيئاً لكن يقوم البناء والطوب ، وتعطى منها ثمنها أو ربها»^(٤).

ومنها . رواية يزيد الصائغ : «ان النساء لا يرثن من ربع الأرض شيئاً ، ولكن لهن قيمة الطوب والخشب»^(٥).

ومنها . روایته أيضاً : «عن النساء : هل يرثن من الأرض؟

(١) كتاب الوسائل للحر العاملي كتاب النكاح ، أبواب المهر باب ٥٨ ، حديث (٨) : عن عبيد بن زارة وفضل أبي العباس قالاً : 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 ..

قال لا ، ولكن يرثن قيمة البناء ، قال : قلت فان الناس لا يرثون ابدا فقال : إذا ولينا ولم يرض الناس ضربناهم بالسوط ، فان لم يستقيموا ضربناهم بالسيف»^(١). ومنها . رواية الصفار عن بصائر الدرجات عن عبد الملك : «قال دعا أبو جعفر عليه السلام . بكتاب علي . عليه السلام . فجاء به جعفر مثل فخذ الرجل مطوي ، فاذا فيه : ان النساء ليس لهن من عقار الرجل إذا توفي عنهن شيء ، فقال : أبو جعفر . عليه السلام : هذا والله خط علي . عليه السلام . وإملاء رسول الله . صلى الله عليه وآله .»^(٢). ومنها . رواية موسى بن بكير الواسطي : «قال : قلت لزراة : إن بكيرا حدثني عن أبي جعفر . عليه السلام . ان النساء لا ترث امرأة مما ترك زوجها من تربة دار ، ولا أرض إلا أن يقوم البناء والجذوع والخشب ، فتعطى نصيتها من قيمة البناء ، وأما التربة فلا تعطى شيئا من الأرض ولا تربة دار ، قال زراة : هذا مما لا شك فيه»^(٣). ومنها . ما كتبه الرضا عليه السلام الى محمد بن سنان فيما كتب من جواب مسائله : «علة المرأة أنها لا ترث من العقار شيئا إلا قيمة الطوب والنقض ، لأن العقار لا يمكن تغييره وقلبه ، والمرأة قد يجوز أن ينقطع ما بينها وبينه من العصمة ، ويجوز تغييرها وتبدلها ، وليس الولد والوالد كذلك ، لأنه لا يمكن التفصي بينهما ، والمرأة يمكن الاستبدال بها فما يجوز

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

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

(٣) الوسائل . بنفس المصدر الأنف ، حديث رقم (١٥) والاستبصار باب ٩٤ ، حديث رقم (١١) طبع النجف

أن يجيء ويذهب كان ميراثه فيما يجوز تغييره وتبديله إذا أشبهه ، وكان الثابت المقيم على حاله كمن كان مثله في الشبات والقيام»^(١).

ومنها . رواية محمد وزارة : «ان النساء لا يرثن من الدور ولا من الضياع شيئا ، الا أن يكون أحدث بناء فيرثن ذلك البناء»^(٢).

ومنها . رواية حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام : «قال إنما جعل المرأة قيمة الخشب والطوب لئلا يتزوجن ، فيدخل عليهم من يفسد مواريثهم»^(٣).

ومنها . رواية ميسرة بياع الرطي عن عبد الله . عليه السلام :

«قال : سأله 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 نصبيهن ، قال : قلت : كيف صار ذا ولهذه الثمن والربع مسمى؟ قال : لأن المرأة ليس لها نسب ترث به وإنما هي دخيل عليهم ، وإنما صار هذا هكذا لئلا تزوج المرأة فيجيء زوجها أو ولد من قوم آخرين ، فيزاحم قوما في عقارهم»^(٤).

(١) الوسائل ، كتاب الفرائض والمواريث ، باب ٦ حديث (١٤).

(٢) الاستبصار ، باب ٩٤ ، حديث (١٠) عن محمد بن مسلم وزارة عن أبي جعفر ..

(٣) الوسائل ، كتاب الفرائض والمواريث ، باب ٦ حديث (٩).

(٤) الاستبصار باب ٩٤ ، حديث (٨). والزط . بالضم . : طائفة من أهل الهند ، مغرب (جت) وإليهم نسب الثياب الرطية . هكذا في كتب اللغة . : فيكون المقصود من (بياع الرطي) بياع الثياب المنسوبة إلى الزط . ولعل في الرواية شاهدا 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 زراة ومحمد : «لا ترث النساء من عقار الأرض شيئاً» ^(٢) ، ومنها .

رواية عبد الملك بن أعين : «ليس للنساء من الدور والعقار شيء» ^(٣) .

ومنها . رواية الفضلاء الخمسة : «المرأة لا ترث من تركة زوجها من تربة دار أو أرض إلا أن يقوم الطوب والخشب قيمة ، فتعطى ربعها أو ثنمها ، إن كان له ولد ، من قيمة الطوب والجذوع والخشب» ^(٤) .

ومنها . رواية طريال المتضمنة لما سترعف ، ومنها موثقة زراة.

ومنها . صحيحة زراة : «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 الأحوال عن أبي عبد الله ، قال : سمعته يقول .. والمقصود بالأحوال : هو مؤمن الطاق ، أبو جعفر محمد بن علي بن النعمان الكوفي الصيرفي ، تلميذ الإمامين الバاقرين 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 أبواب ميراث الأزواج حديث (١٠) عن أحدهما عليهما السلام.

(٤) المصدر الآتف حديث (٥). ويقصد بالفضلاء الخمسة هم : زراة وبكير وفضيل وبريد ومحمد بن مسلم ، فإنهم بجمعهم روا الحديث عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام

ومتاع البيت مما ترك ، ويقوم النقض والأبواب والجذوع والقصب ، فتعطى حقها منه»^(١)
وموثقة مثلها الا أن (الرقيق) فيها بدل (الفرش) وليس فيها الأبواب ورواية طريال نحو الموثقة
الا انه قال فيها (ويقوم النقض والأجذع والقصب والأبواب)^(٢).

ومنها . رواية محمد بن مسلم : «النساء لا يرثن من الأرض ولا من العقار شيئا»^(٣).
ومنها . رواية الصدوق في (الفقيه) عن ابن أبي عمير عن ابن أذينة : «في النساء إذا
كان لهن ولد أعطين من الربع»^(٤)

إذا وقفت على ما تلوناه عليك من الأخبار فاعلم إن كلاما من هذه الأقوال . عدا
المشهور . يركن قائله الى بعض منها ، فنقول :

حجۃ الإسکافی : عمومات الكتاب ، منضما إليها روايتا عبید بن زراة ، وابن أبي
يعفور المتقدمة ، و قريب منها خبر أبي الجارود الدالة على توريثها من كل شيء .
وفيه : أنها مخصوصة . بعد الإجماع المحصل ، فضلا عن المنشول البالغ فوق جيد
الاستفاضة على حرمانها في الجملة . بالأخبار المتقدمة ،

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

(٢) في الاستبصار ، باب ٩٤ حديث (٩) ، الحديث بسنده عن خطاب ابن أبي محمد الممداي عن طريال بن
رجا عن أبي جعفر (ع) : «أن المرأة لا ترث مما ترك زوجها من القرى والدور والسلاح والدواب شيئا ، وترث من
المال والرقيق والثياب ومتاع البيت مما ترك ويقوم النقض والجذوع والقصب فتعطى حقها منه».

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

(٤) الوسائل ، أبواب میراث الأزواج ، باب ٧ حديث (٢)

فلتحمل تلك الأخبار^(١) على التقية ، لأن الحرمان من منفردات الإمامية مع إشعار الثانية بما حيث أقر السائل . على ما هو . مركوز في ذهنه : من حرمان الزوجة ، وإنما سأله عن حرمان الزوج وعدمه وأجاب بالمساواة بينهما تقية .

حججة المرتضى : الجمع بين عمومات الإرث ، والمتيقن مما دل على الحرمان ، وهو الرباع ، بحمل الحرمان فيها على الحرمان من العين ، والإرث فيها من القيمة .

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

حججة المفيد : تخصيص عموم الكتاب بما تواترت عليه نصوص الباب : من أرض الرباع التي هي القدر المتيقن منها ، واختصاص التقويم ببنائهما وألاتهما البنائية ، القاضي بالحريمان من عراصها عيناً وقيمة ، ومن البناء عيناً لا قيمة ، فيبقى غيرها من سائر الأرضين وما عليها باقيا تحت عموم المواريث ، لأصلالة العموم مع عدم اليقين بالتخصيص ، ومقتضاه الإرث من أعيان ذلك مطلقا .

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

(١) أي رواية عبيد وابن أبي يغفور وخبر أبي الحارود الدالة على عموم التوريث من كل شيء .

ما دل على حرمانها من مطلق الأرض والضياعة والعقار والقرى : من النصوص المتقدمة ، واحتياطها بعضها بالربيع في الذكر لا ينافي ذكر ما يعمها في غيره ، كما أن اشتتمال بعضها على ما لا تحرم من عينها كالسلاح والدواب لا يضر بالتمسك بها في غيرهما ، إذ هو كالعام المخصص في كونه حجة في الباقي ، مع احتمال تنزيلهما . كما قيل . على أعيان الحياة بإرادته السيف من السلاح والراحلة من الدواب ، كما وردت في بعض أخبار الحبوبة وإن لم نقل بأنها منها ، وحينئذ فلا يبقى شك في التخصيص حتى يتمسك فيه بأصلالة العموم .

حججة الشيخ وأتباعه . بناء على توريثها عندهم من عين النخل والشجر . تخصيص

عمومات الإرث بما دل على حرمانها من مطلق الأرض :

من تلك النصوص القاضية بحرمانها منها عيناً وقيمة ، وتحصيصها بالحرمان من عين البناء وآلاته بما دل مستفيضاً على تقويمها وإعطائهما من القيمة ، ويبقى غير البناء مما هو ثابت في الأرض كالنخل والشجر وغيرهما باقياً في عمومات الإرث الموجب لاستحقاقها من العين دون القيمة .

وفيه : مع أن النصوص النافية للإرث من العقار والقرى التي مقتضاتها نفي الإرث من الأرض وما فيها عيناً وقيمة بعد تحصيصها بما دل على تقويم البناء وإعطائهما من قيمته ، هي أخص من عمومات الإرث ومقتضاتها بعد الحمل عليه حرمانها في غير البناء مما هو ثابت في الأرض كالنخل والشجر من العين والقيمة معاً كالعارض ، لا توريثها من عينها ودعوى الإجماع على عدم حرمانها من النخل والشجر عيناً وقيمة . فمع أن ثاني الشهيدين في (رسالته) يظهر منه التأمل في تتحققه لا يثبت الاستحقاق من عين ذلك دون القيمة إن أغلب النصوص ، وإن اختص في التقويم بالبناء والآلات الخارج عنهم النخل والشجر ، إلا أن مصححة

(مؤمن الطاق) صرحت بتفويم النخل والشجر أيضا ، المنتجة . بعد التخصيص بها . حرمانها من عينهما ، دون القيمة كغيرهما من الأبنية وآلاتها.

ومن ذلك يظهر لك حجة القول المشهور المنصور ، وهو حرمانها من مطلق الأرض مطلقا عيناً وقيمة ، وإرثها من قيمة مطلق ما هو ثابت عليها حتى النخل والشجر ، وانه مقتضى الجمع والعمل بالنصوص المتقدمة المؤيدة بالشهرة المحكية مطلقا ، أو بين المتأخرین ، وبموافقته المحكمة المعبر عنها بالعلة في مکاتبة (ابن سنان)^(١) لعدم الفرق في الإفساد بين الرباع وغيرها من العقار المفسر بكل ملك ثابت له أصل ، فيشمل الدار والأرض والنخل والضياعة ، فهي أعم من الرباع المفسرة بخصوص المنازل والمساكن.

فظهر من ذلك كله أن الأقوى في المسألة حرمانها من مطلق الأرض مطلقا ، عيناً وقيمة ، ومن مطلق أعيان ما عليها من الأبنية ، وآلاتها المثبتة والنخل والشجر ونحوهما عيناً لا قيمة ، فترت من قيمة ذلك كله دون أعيانها ، إلا أنه مع ذلك لا محيس عن الصلح عند العمل حি�شما يمكن ، لأن الاحتياط لا يترك في مثل المقام

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

قولان معروfan.

الأول : منسوب . كما في الرياض وغيره إلى ظاهر الكليني والمفيد والمرتضى والشيخ في الاستبصار والحلبي وابن زهرة وصریح الحلی وجماعة من المتأخرین ، ومنهم الحق في النافع ، وتلميذه الآبی ، بل في الرياض

(١) وهي ما كتبه الإمام الرضا عليه السلام : إلى محمد بن سنان . فيما كتب من جواب مسائله . كما تقدم .
ومقصود بالعلة هي قوله (ع) : «.. لأن العقار لا يمكن تغييره».

بعد أن قواه . نسب الإجماع عليه إلى السرائر ومحكي الخلاف ^(١).

والثاني : منسوب إلى الشيخ في النهاية والتهذيب والصدوق في الفقيه بل في (المسالك) نسبة إلى أجيال المتقدمين ، وجملة المتأخرین بعد أن نسبة . أولا . إلى المشهور خصوصا بين المتأخرین ^(٢) وفي (الكافية) نسبة أيضا : إلى المشهور بين المتأخرین ^(٣) ، وفي الرياض إلى أكثر المتأخرین ^(٤)

(١) قال . في أخريات المقصد الثاني في ميراث الأزواج من كتاب المواريث . «واعلم إن مقتضى إطلاق العبارة وغيرها من عبارات الجماعة مما أطلق فيه الزوجة ، عدم الفرق فيها بين كونها ذات ولد من زوجها أم لا ، وهو الأقوى وفاما لكتير من أصحابنا كالكليني والمفید والمرتضی والشيخ في الاستبصار والحلبی وابن زهرة ظاهرا ، والحلبی وجماعة من المتأخرین صرحا وفي السرائر ، وعن الخلاف الإجماع عليه».

(٢) قال . في هذا الباب من كتاب الفرائض : «الثاني في بيان من تحريم من الإرث مما ذكر من الزوجات ، وقد اختلف الأصحاب فيه أيضا : فالمشهور . خصوصا بين المتأخرین . وبه صرح المصنف في الكتاب : اختصاص الحرمان بغير ذات الولد من الزوج . الى قوله . مضافا إلى ذهاب جماعة من أجيال المتقدمين كالصادوق والشيخ في التهذيب وجملة المتأخرین إليه ..».

(٣) قال الس sezواري في كفایته ، أخريات كتاب المواريث : «ولهم هبنا اختلاف آخر فيمن تحرم من الإرث من الزوجات ، فالمشهور خصوصا بين المتأخرین اختصاص الحرمان بغير ذات الولد من الزوج».

(٤) فإنه قال . بعد عبارته الآنفة الذكر . : «وأكثر المتأخرین خصوا الحكم بغير ذات الولد ..».

وعليه المحقق في الشرائع^(١) والعلامة في المختلف^(٢) والتحرير والإرشاد والقواعد والتبصرة ، والشهيد في اللمعة^(٣) واستحسنه الفاضل المقداد في (التنقح)^(٤) : وبالجملة الإنصاف ، أن القولين متكافئان في المعروفة ، الا أنه لا دليل على التفصيل المذكور إلا مقطوعة ابن أذينة المتقدمة ، اما يجعلها شاهد جمع بين الروايات المطلقة بالحرمان ، والمطلقة بتوريثها من عين كل شيء كموثقة

(١) قال في المسألة الخامسة من المقصد الثاني في مسائل من أحكام الأزواج : «إذا كان للزوجة من الميت ولد ، ورثت من جميع ما ترك ، ولو لم يكن له ترث من الأرض شيئا ، 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 والقري والبياع من الدور والمنازل . إل قوله . : وهذا الحكم الذي ذكرناه إنما يكون إذا لم يكن للمرأة ولد من الميت ، فان 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 . : «ومنع الزوجة غير ذات الولد من الأرض مطلقا عينا وقيمة ، ومتى من الآلات والأبنية عينا لا قيمة ..» وأيضا 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 الحالية من الولد أقوى».

(٤) هو من الشروح القديمة للمختصر النافع ، ولا زال من نفائس المخطوطات . كما عرفت سابقا.

عبيد بن زراة ، ورواية ابن أبي يغفور المتقدمتين بحملهما 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 المشتبة للإرث على التقبة ، لكونه مذهباً للجمهور كافة ، مع إشعار رواية ابن أبي يغفور بها . كما عرفت . لكن الشأن في ثبوت كونها رواية لا رأياً منه والذي يعطي كونها رواية رواية أخلاق الرواة عنه ، بإرسالها على نسق الرواية وتدوين مشايخ الحديث لها في أصولهم المعهولة لتدوين الروايات فيها ، مع كونه رواية لا رأياً منه والذي يعطي كونها رواية رواية . الذاهبين إلى القول بالتفصيل إليها ، والاعتماد فيه عليها وابن إدريس بنى على كونها رواية ، وإن رماها بالشذوذ ، ولم يعمل بها بناء على أصله في أخبار الأحاداد^(١) .

ويؤيد ذلك أيضاً . مضافاً إلى كونه من أخلاق الرواة ومشايخهم من أصحاب الصادق والكاظم عليهم السلام . أنه صاحب أصل وكتاب ، له كتاب في المواريث أيضاً^(٢) ، ومن المعلوم أن المدون في أصولهم

(١) فإنه قال في أخريات الفصل : وإذا انفرد الولد من الآبدين وأحد الزوجين من كتاب الفرائض من السرائر آخر ص ٤٠ طبع إيران حجري : «هذا إذا لم يكن لها من الميت ولد ، فأما إذا كان لها منه ولد أعطيت سهامها من نفس جميع ذلك ، على قول بعض أصحابنا ، وهو اختيار محمد بن علي بن الحسين بن بابويه ، تمسكاً منه برواية شادة وخير واحد لا يوجب علمًا ولا عملاً ..»

(٢) ففي (رجال النجاشي حرف العين باب عمر وعمرو وعثمان) قوله : عمر بن محمد بن عبد الرحمن بن أذينة .. إلى آخر نسبة الذي

رواياتكم التي يتلقونها من الأئمة عليهم السلام . ومن مجموع ذلك كله ربما يحصل للفقيه العلم العادي بكونها رواية ، مضافا الى لزوم القول بالتفصيل أقلية التخصيص في عموم الكتاب . الا ان الإنصاف مع ذلك كله ، أن تقييد تلك المطلقات . على كثرتها وعموم بعضها الناشي من ترك الاستفصال واختلاف رواتها مع تفاوت زمانها . بمقطوعة واحدة عندي محل تأمل ، وان اقتضته الصناعة بعد فرض كونها حجة ، لأن الخاص . وان كان واحدا . مقدم على العمومات وان كثرت .

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

وأقلية التخصيص اما يرکن إليها عند الشك فيه ، لا مع قيام الدليل عليه . وأما إجماع الحلبي . بعد تسليميه فهوون بما عرفت من الخلاف في المسألة ، ولعل دعواه منه الإجماع على القاعدة المستفادة من تلك المطلقات المتواترة معنى في الدلالة عليها . نعم ربما يتوهם في المقام ، بل قد توهمه بعض المعاصرین ، تخصيص المطلقات بغير ذات الولد مع قطع النظر عن مقطوعة ابن أذينة ^(١) بدعوى

ينهيه إلى عدنان ، ثم يقول : شيخ أصحابنا البصريين ووجههم ، روی عن أبي عبد الله عليه السلام بمكتبة ، نه كتاب الفرائض ..» وفي رجال الشيخ الطوسي باب أصحاب الكاظم عليه السلام . قوله : «عمر بن أذينة ثقة ، له كتاب» .

(١) الآفة الذكر . القائلة : «في النساء إذا كان لهن ولد

افتضاء الترتيب في علاج الأخبار المتعارضة ، وذلك ، بتقرير أن الأخبار الآمرة بإرثها مطلقاً من كل شيء ، مخصصة . أولاً . بالإجماع على حرمان غير ذات الولد ، الخارجة به عن عمومها ، وبعده تقلب النسبة ، وتكون بينها وبين المطلقات النافية للإرث نسبة العام والخاص المطلق ، فتختصص تلك المطلقات بها ، المنتج للتفصيل بعد الحمل عليه ، كما لو ورد عن المولى الأمر بإكرام العلماء وورد عنه النهي عن إكرامهم ، وورد عنه :

لا تكرم النحويين ، فالتعارض بين أكرم العلماء ، ولا تكرم العلماء من تعارض المتبادرتين ، الا أنه بعد تخصيص عموم (أكرم العلماء) بخصوص النهي عن إكرام النحويين ، لكونه أخص منه مطلقاً ، انقلبت النسبة بين عموم (أكرم العلماء) بعد إخراج من خرج منهم بالخاص ، وبين عموم (لا تكرم العلماء) إلى 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 ، وإن 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

«اعطين من الرابع» فإنما كالصريحة في التقيد ، منطوقاً ومفهوماً ، فلا مجال للتصرف فيها بخلاف غيرها من المطلقات . ووجه تسميتها بالمقطوعة لعدم استناد القول فيها إلى إمام ، وإنما هي عن ابن أبي عمر عن ابن أذينة في النساء إلى آخر الحديث ، فلم يعرف أنها عن إمام معصوم . وإن كان المعروف عن ابن أبي عمر أنه لا يروي إلا عن إمام معصوم ، وذلك مما يوثق الرواية ويعطيها اعتماداً ، وإن كانت مقطوعة . خصوصاً إذا اعتمدنا على رواية الصدوق فإنه في الفتية رواها عن ابن أبي عمر فقط .

بعنوانه المخصوص ، والأخذ بالقدر المتيقن لا يكشف عن رأي المقصوم عليه ، فلعل رأيه موافق لما يعمه. وعليه فيكون مبaitنا لتلك الأخبار لا أحص منه ، وهو واضح.

بقي هنا أمور ينبغي التنبيه عليها :

الأول : الظاهر من كلام من خص الحرمان بالرباع ، كالمفید ومن تبعه : اراده ما يعم الدار وغيرها من مطلق الأبنية الشامل لبيوت الدواب والغنم ومحارز الغلة وعلف الدواب وغير ذلك من الخانات والدكاكين والحمامات والمسابك ، بل كل بنية أعدت لأي مصلحة كانت ، فتحرم 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 أحده : أنه لا فرق في الأبنية والمساكن . على القول باعتبارها . بين ما يسكنه الزوج وغيره ولا بين الصالح للسكنى كالحمامات والأرجحة وغيرها ، إذا صدق عليه اسم البناء»^(١) وفي المختلف : «قال المفید : ولا ترث الزوجة شيئاً مما يخلفه الزوج من الرباع وتعطى قيمة الخشب والطوب والبناء والآلات فيه ، وهذا منصوص عليه عن نبی المهدی عليه وعلی آل السلام ، وعن الأئمة عليهم السلام ، من عترته عليهم السلام . والرباع هي الدور والمساكن دون البساتين والضياع»^(٢) انتهى.

(١) ذكر ذلك في آخر المقصد الثاني في ميراث الأزواج من كتاب المواريث ، 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 إرث الزوجة من كتاب الفرائض وأحكامه.

ولعله مستفاد من مقابله للبساتين والضياع ، والا فالظاهر عدم شمول المنازل والمساكن المفسرة بحما الرابع ، لمطلق الأبية 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 ، فترت منها قيمة لا عيناً.

ومنه يظهر دخول النخل والشجر في الآلات ، ولذا نسب القول بإرثها من قيمتها إلى المشهور ، وإلى الشيخ وأتباعه أيضاً . كما في المختلف . مع أنه لا نص عليهما في كلامهما

،

الثاني : الآلات التي تحرم من عينها وترث من قيمتها .
 منها . ما هو معلوم الدخول فيها كالطوب ، وهو الأجر المفخور المستدخل في البناء الثابت في الأرض ، ومطلق الأخشاب والأعتاب والشبابيك ، ولو كانت حديداً المستدخلة في البناء ، بل الثابتة بنحو العمود ، لوضع البناء وألاته عليه كالدلقات ^(١) المعهولة للطوارم في عصرنا ، بل والسلم المنصوب للصعود والتزول المستدخل في البناء ولو كان من الخشب ، بل والمرآة والزجاج المستدخلة في البناء والأبواب والشبابيك . ومن ذلك أيضاً حائط البستان المعبّر عنه بالطوف ، سواء قلنا بإرثها من عين النخل والشجر أو من قيمتها ، لكونه من البناء المقوم ، خلافاً للمحكي عن ثانى الشهيدين في (رسالته) حيث قال : «وأما حيطان البساتين وغيرها من

(١) الدلقات بفتحتين مصطلح خاص في الأسطوانات الخشبية ، المستعملة . يومئذ .

الأملاك فبحكم البناء إن لم نقل باختصاصه بالرابع ، وان قلنا بإثارتها من عين الأشجار تبعه البناء»^(١) انتهى . وفيه : أنه لا ملازمة بين حكم المخاط والمحيط بعد صدق البناء عليه ، إذ كل منها يتبع دليله.

ومنها . ما هو معلوم الخروج عنها ، فترت 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.

ومنها . ما هو مشكوك كالجذوع المنصوبة على الأرض لوضع أغصان الكرم عليه ، والقدور المنصوبة في الدكاكين لطبع (الهرais) والرؤوس ومحال صنع الحلوي ، فيرجع في حكمه إلى الأصل الموجب للإرث من عينها ويمكن جعل الضابط فيما يقوم وتعطى من القيمة ، وما لا يقوم وتعطى من العين : جزئيته من بناء ذلك المحل والعقار من دار ودكان أو حانوت أو حمام أو مسبك فما عد جزء منها تعطى من قيمته ، والا فترت من عينه ، لا كل ما يثبت في الأرض بحيث لا يعد من أجزاء البناء ، والعمارة كالتخت المنصوب في البيت ، وان ثبت أركانه في الأرض ، والمنبر من الخشبالمثبت كذلك ، فإنها ترث من أعيانها ، لا من قيمتها . والظاهر دخول (صفريحة الحمام) فيما تقوم ، لثبت جزئيتها منه ، وان لم نقل بجزئية القدور المنصوبة في الدكاكين للمطابخ المذكورة ، إذ لا أقل من الشك في جزئيتها منها .

(١) هي رسالته المطبوعة ضمن مجموعة رسائله الصغيرة : في صلاة الجمعة ، والحبوة وكشف الريبة وغيرها ، راجع هذه العبارة في الرابع من مباحث المطلب الخامس من الرسالة.

الثالث في كيفية التقويم. والكلام فيه يقع في مرحلتين :

الأولى : يقوم ما ترث من قيمته من الأعيان ثابتة مستحقة للبقاء. إلى أن تفني مجانا ، لا بأجرة ، أما كونها ثابتة ، فلكونها موروثة كذلك ولو بالقيمة. وأما كونها مجانا ، فلعدم وجود موجب لاستحقاق الأجرة لأن السبب لها أشغال ملك الغير بوضع ما يملكه فيه. والمرأة . على الأقوى . لم تملك العين الشاغلة ملك الغير حتى تستحق عليها الأجرة ، وليس إعطاؤها القيمة بدلا عن العين المملوكة لها ، بل تملكتها للقيمة بأصل الإرث ، ولو بنحو البدالية عن العين ^(١) والتدارك ملاليتها.

وما ذكرنا ظهر لك ضعف ما احتمله ثاني الشهيدين في (رسالته) من تقويمها باقية بأجرة ، معللا بأن الأرض لا تستحق فيها شيئا ، وما تستحق

(١) توضيح المطلب : أن من ملك الحال أو المظروف ولم يملك الحال والظرف فتملكه للحال بمجرد لا يوجب استحقاق البقاء في محل يملكه غيره ولو ثبت استحقاقه للبقاء بدليل خارج ، فبمجرد لا يثبت أيضا ، للوضع بنحو الجانبي لأن حواز الوضع يمكن بنحو المجان أو بالعوض ، والعام لا يدل على خصوص الخاص ، فما لم يثبت من الخارج كون الوضع بنحو المجان اقتضت القاعدة كونه بالأجرة ، لأنه شاغل ملك الغير ، فلا بد من تداركه بالأجرة عوضا عن المنفعة المستوفاة ، ومعلوم أن لزوم التدارك إنما هو مسبب عن التصرف في ملك الغير بإبقاء ملكه فيه فهذا السبب مفقود في المقام ، إذ الزوجة لم تملك العين أولا ، ثم يتنتقل حقها إلى البديل ، بل تملك القيمة من أول الأمر ، ولو بدلا عن العين وتداركاً ملاليتها فالموجب للأجرة بوضعه لم يملكه أبدا ، وما ملكته . وهو القيمة . غير موجب للأجرة (منه دام ظله).

فيه موضوع في تلك الأرض ^(١) ، وان ضعفه هو بما يرجع محصله الى التمسك في نفيها بإطلاق النصوص باستحقاقها قيمة ذلك ، وبالاقتصار على القدر المتيقن : من تخصيص عمومات القرآن تقليلا للتخصيص بقدر الإمكان ^(٢) ، الا أن التضييف ضعيف ، لإمكان دعوى كون المطلقات مهملة من حيث الكيفية ، وإنما هي مسوقة لبيان توريثها من القيمة ، لا من العين (ودعوى) التقليل والاقتصار على القدر المتيقن (موهنة)

(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 الأرض مجانا إلى أن يفنى ، ثم تعطى من قيمة الربح أو الشمن ، هذا هو الظاهر الموافق للأصول ، لأن الأصل إرثها من عين كل شيء ، فإذا عدل عنه إلى القيمة في بعض الموارد وجوب الاقتصار فيما خالف الأصل على ما به يتتحقق المعنى المخصوص ، وهنا كذلك ، ولأن البناء والشجر موضوع بحق في ملك مالكه ، فلا وجه لتقويمه مستحقة بأجرة ، ويتحمل تقويمه كذلك بأجرة ، التفاتا إلى أن الأرض لا يستحق فيها شيئا ، والبناء والشجر الذي يستحق فيه موضوع في تلك الأرض التي ليست لها ، ومشغل لها ، فيجمع بين حقها وحق الورثة في الإرث بتقويمها مستحقة البقاء بأجرة» وأشار بذلك إلى المرحلة الثانية من التقويم.

(٢) قال . بعد ذلك . : «ويضعف بأن النصوص مطلقة في استحقاقها قيمة ذلك ، والأصل فيه كونه على هيئته التي هو عليها وقت التقويم ، وأن ذلك تخصيص لعموم القرآن ، فيقتصر فيه على موضع اليقين تقليلا للتخصيص بقدر الإمكان ، فيجب زيادة القيمة ما أمكن لكونه خلاف الأصل ..».

جداً (كما أن) ما ذكره وجهاً للمجانية بقوله : «هذا هو الظاهر الموافق للأصول لأن الأصل إرثها من عين كل شيء ، فإذا عدل عنه إلى القيمة في بعض الموارد وجب الاقتصر فيما خالف الأصل على ما به يتحقق المعنى المخصوص ، وهو هنا كذلك. ولأن البناء والشجر موضوع حق في ملك مالكه ، فلا وجه لتقويمه مستحقاً بأجر^(١) انتهى (ليس) بوجيه من وجود غير حفيدة.

الرابع : لو لم يكن مع الزوجة وارث غير الامام ، وقلنا بعدم الرد عليها ، فهل تحرم ما كانت تحرم منه ، لو كان معها وارث أم لا؟ وجهان :

من دعوى عدم انصراف المطلقات في الأخبار المخصصة إليها مع عدم إتيان حكمة الحberman هنا أيضاً ، ومن اقتضاء التدرج في طبقات الإرث وقيام اللاحقة مقام السابقة الحberman أيضاً ، مضافاً إلى مفاد الأخبار عدم استحقاقها الإرث ، لا تقدم الوارث عليها من باب المزاحمة والتقليل.

الخامس : هل يتعين على الوارث دفع حصة الزوجة من القيمة ، أم له الدفع من العين وتجبر الزوجة حيثذا على القبول؟ قوله :

اختار ثانيهما جماعة نظراً إلى ظهور علة الحberman في الإرافق بالوارث والتتوسيعة له ، وعدم ظهور الأمر بالتقويم والدفع من القيمة على أزيد من الجواز لكونه في مظنة توهם إرثها من العين ، فلا يفيد أزيد من الجواز كالأمر الوارد في مورد الحظر الذي لا يفيد أزيد من الإباحة ، وإلى أنه إبقاء آية المواريث على عمومها في الآلات والأبنية ، لأنه على تقديره يتعلق إرثها بنفس الأعيان ، وإن كان الموارث غيرها ولاية التبديل والمعارضة

(١) وهذه الجملة بعض عبارته التي نقلناها بنصها . آنفاً . في كيفية المرحلة الثانية من التقويم ، فلاحظ .

عنها بالقيمة كالزكاة ، بناء على تعلق حق الفقراء بالعين^(١) ولمالك النصاب دفع بدله من القيمة.

الا ان الأقوى : هو الأول ، نظرا الى ظاهر الاخبار الدالة على نفي إرثها من العين وانما ترث من القيمة ، وان مفادها تعلق إرثها بالقيمة من أول الأمر ، الا انما ترث حينئذ من العين ، ثم ينتقل حقها إلى القيمة (وكون) العلة هي الإرافق والتتوسعة (فمع) أنها حكمة ، وأن عبر عنها بالعلة^(٢) يمكن أن تكون منشأ لتشريع الحكم بذلك يجعل إرثها من القيمة ولو حسما ملادة الفساد غالبا ، (وكون) الأمر بالتقويم في مظنة توهם الإرث من العين ، ليس بأولى من كونه في مظنة توهם حرمانها من العين والقيمة معا كالارض فيكون ظاهرا في تعين الإرث من القيمة ، وبقاء العام على عمومه يرجع اليه عند الشك في التخصيص ، لا مع وجود المخصوص ، لما عرفت من كون الإرث من القيمة مفاد ظواهر الأخبار المستفيضة ، بل المتواترة معنى وقياسه بالزكاة قياس مع الفارق

(١) المشهور . بل عن مصاييف السيد بحر العلوم . : انه كاد أن يكون إجماعا ، تعلق الزكاة بالعين ، لا بالذمة بدليل قوله عليه السلام :

«فيما سقت السماء العشر ، وفيما سقي بالدوالي نصف العشر وبغيرها من الروايات الكثيرة المذكورة في الوسائل باب ٤ من أبواب زكاة الأنعام وباب ١ من أبواب ما تجب فيه الزكاة ثم اختلف القائلون بالتعلق بالأعيان هل على نحو الإشاعة في الكل والشركة ، أم على نحو الكلي في المعين (التفصيل في كتاب الزكاة من كتب الفقه) .

(٢) والحكمة ليست كالعلة في دوران الحكم مدارها وجودا وعدما . 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 ، وتكون من قبيل المعاوضة القهريّة على الفقراء ، ولم يقم مثله دليل هنا على تعلق إرثها بالعين الا ظاهر العموم الذي قد عرفت تخصيصه بظواهر المستفيضة الدالة على كون إرثها من القيمة دون العين ، مع احتمال جريان ذلك في الزكاة أيضا . كما سترى .

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

اختار الأول منهما : شيخنا في (الجوهري) تبعا لشافي الشهيدين في (رسالته) نظرا 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 التناقص من ماله ، حيث لا يمكن جبره .
قلت : الأقوى هو الثاني . على كل من القولين في التنبية السابق .

أما بناء على تعلق حقها بالعين وللوارث دفع القيمة فواضح ، لأن الحق لا يتتحول عن العين ، الا بدفع القيمة ، فهو ثابت ما دام لم يدفع البدل لأن النقل لا يحصل إلا بالدفع ، وليس كالبائع الذي فيه يحصل النقل والانتقال بالعقد ، ووجوب دفع العوضين حينئذ من آثار ملك العينين ، بل يشبه المقام بالمعاطة التي يحصل فيها النقل بنفس التسليم والتعاطي ،

(١) بهذا النص وبمضامينه روایات كثيرة عن أئمة أهل البيت . عليهم السلام . ذكرت في أبواب زکاة الغلة من كتاب زکاة 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 يتعلّق بعين البناء والآلات ، إلا أنه متعلق بماليتها ، ولزوم دفع القيمة من باب التدارك لما لها من مالية الأعيان فأشبّه الضمان بالقيمة لما يتلفّه من القيمتات من كونه تداركاً مالية التالّف بعد إلقاء الخصوصيات المشخصة عند العقلاء في التالّف القيمي ، فالتصريف في العين بإتلافها أو نقلها بماليتها موقوف على تدارك ما للزوجة في ماليتها بالإرث . وبالجملة : نسبة مالية الأعيان المقومة المتعلّق بها حق الزوجة ، نسبة نفس الأعيان ، لو كان حقها المتعلّقاً بها في عدم نفوذ التصرف إلا بعد التدارك .

وبما ذكرنا : يظهر لك دفع توهّم ورود التوالي الفاسدة على القول بإرثها القيمة من أول الأمر : من وجوب دفع القيمة على الوارث ، وإن لم يتمكن من العين ، كالمغصوبة عند الموت لدخولها في ملكه قهراً الموجب لشغّل ذمته لها بالبدل ، ومثله ما لو تلفت بعد الموت فوراً باستقرار القيمة في ذمته ، مع أنه لا أظن أحداً يلتزم به ، وإن التزم به الأستاذ عمنا . رحمة الله . في (ملحقات برهانه)^(١) أو ليس إلا لكون القيمة تداركاً للمالية ، فإذا تلفت بتلف العين لا بتفریط لم يضمنها الوارث ، وإنما يضمنها لو تأخر التدارك وكان بتفریط منه ، فتستحق القيمة عليه حineذ .

وأما النماء المتحقق بعد الموت كأجرة المساكن وثمرة النخل ، بناء

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

على حرمانها من العين دون القيمة ، فهو مختص بغيرها من الورثة لا تستحق هي منه مطلقا ، وان تأخر التدارك ، وكان بتغريط ، لأن النماء من توابع ملك العين ، لا ملك المالية . وبذلك يظهر ضعف ما في (ملحقات البرهان) : من ابتناء ذلك على ما قواه : من دخولها بمجرد الموت في ملك الوارث واستغلال ذمته بالقيمة ، حيث قال : «منها ان تلف البناء والشجر بعد الموت ، بأن جاء سيل وأنخذ ما على الأرض طالبت الزوجة الورثة بشمنها أو ربعها من قيمتها لأن محل القيمة التي للزوجة هو ذمة الورثة ، وبمجرد الموت تنتقل العين إلى ملك الورثة ، وبمجرده أيضا تستقر قيمتها في ذمته ، ولذا لو نمت بعد الموت بأن أثمر الشجر بعد موته ليس للزوجة في الثمر شيء وإذا تلف ملك أحد لا يوجب سقوط حق الآخر . لكن في (مفتاح الكرامة) : ان هذه القيمة مستحقة من التركة ، وليس متصلة في ذمة الورثة ، فلو غصبت التركة من الورثة لم يضمنوا لها ، وان عادت بعد الغصب عاد حقها ، وهذا غير موافق لظاهر الأدلة»^(١) انتهى .

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

(١) (ملحقات البرهان) هي مجموعة من رسائل أربعة صغار : في المسافة الملفقة ، والرجوع عن قصد الإقامة ، وتصريفات المرض وميراث الزوجة ، تأليف الحجة آية الله الحق السيد علي بحر العلوم صاحب (البرهان القاطع) اعتبارها من ملحقاته وهذه العبارة توجد في أخريات رسالته الأخيرة ، في ميراث الزوجة وتاريخ خط هذه المجموعة من الرسائل بخط المؤلف سنة ١٢٨٦ هـ .

ثم انه يحتمل قويا جريان مثل ما ذكرناه هنا في الزكاة أيضا ، بدعوى تعلق حق الفقراء بمالية الأعيان الزكوية ، فللفقير العشر من المالية أو مالية العشر من النصاب. ودفع القيمة تدارك ماله من مالية الأعيان دون البذرية عن نفسها ، غير أنه مخير في تداركها بدفع المالية القائمة بتلك الأعيان أو بغيرها ، وهو مقتضى الجمع بين ما ورد ما هو ظاهر في التعلق بالعين كالعشر في الغلات ^(١) ، وما هو ظاهر في التعلق بالمالية كالشاة في الإبل ^(٢) ، الظاهر من كون ذلك تقديرًا للمالية المحمولة للفقير في نصاب الإبل . مثلا . بل وكذلك الشاة من نصب الغنم ما هو من جنسه ^(٣) ، فان مرجع ذلك تعين ما يستحقه الفقير من المالية

(١) كرواية زراة : عن أبي جعفر عليه السلام : . كما في أبواب زكاة الغلات من الوسائل . قال : «ما أبنت الأرض من الخنطة والشعير والتمر والزبيب ما بلغ خمسة أوسق ، والوسرق ستون صاعا ، فذلك ثلاثة عشر وما كان منه يسقى بالرشاء والدوالي والتواضح ، ففيه نصف العشر» وأمثالها في الباب كثير .

(٢) كما ورد كثيرا في باب تقدير النصب في الإبل من كتاب زكاة الوسائل كصحيحة زراة : عن أبي جعفر عليه السلام قال : «ليس فيما دون الخمس من الإبل شيء ، فإذا كانت خمسا ففيها شاة ، إلى عشرة ، فإذا كانت عشرا ، ففيها شاتان ، فإذا بلغت خمسة عشر ففيها ثلاثة من الغنم ، فإذا بلغت عشرين ففيها أربع من الغنم ، فإذا بلغت خمسا وعشرين ففيها خمس من الغنم ، فإذا زادت واحدة ففيها 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 الأعيان المنتشرة في جميع أجزائها بما يساوي شاة . مثلا.

وبذلك يظهر : ان ما ثبت حوازه للملك من العزل والقسمة والتبديل ونحو ذلك مما هو مخالف لقواعد الشركة ، كله جار على القاعدة ، لا مخالف لها ، وإنما ثبت تحصيصها بدليل خاص .

السابع : انه على القول بالتفصيل بين ذات الولد وغيرها ، لو اجتمعنا فهل يجوز الأولى . كمال النصيب من العراض وغير البناء ، وعليها دفع نصف قيمة البناء للأخرى ، لأنها ترث الشمن في ذلك بالفرضية ، غير أنه مع التعدد تقسم بينهن والمحرومة بحكم المعدومة في ذلك ، فتحتخص هي بها ، وعليها دفع ما ترث الأخرى منها؟ أم لها نصف ذلك ، ويرجع الباقي إلى الورثة ، وعليهم دفع نصيب الأخرى من القيمة ، لأنها تحجب الأولى عن الكمال ، لصدق التعدد بوجودها ، وإن لم ترث لحرمانها بالدليل؟ وجهان : والأول هو الأقوى ، لما عرفت من عدم الدليل على الحجب ، مع الحرمان .

الثامن : الأقوى توزيع الدين على ما ترث منه الزوجة وما تحرم منه لتعلق الدين استيفاء بمجموع التركة ، وليس للوارث ، غيرها ، إخراج الدين كله مما ترث منه ليس لم ما تحرم منه ، كما أن ليس لها إخراجه بكله مما تحرم منه ، لأن في كل منها ضررا على الآخر ، وهو منفي عقلا ونقلأ ، مضافا إلى أن العدل والإنصاف يقتضيان التوزيع .

في كل أربعين شاة ، وليس فيما دون الأربعين شيء ، حتى تبلغ عشرين ومائة ، فإذا زادت على مائة وعشرين ففيها شاتان .. فإذا زادت على المائتين شاة واحدة ، ففيها ثلاثة شياه ، فإذا بلغت ثلاثة ففيها مثل ذلك ثلاثة شياه ، فإذا زادت واحدة ففيها أربع شياه حتى تبلغ أربع مائة ، فإذا تمت أربع مائة كان على كل مائة شاة

»..

التاسع . حق الزوجة حق مالي يجوز الصلح عليه ، فلو صالح المحرومة . عن حقها .
مصالح وجب دفع القيمة إلى من انتقل الحق إليه بالصلح ، سواء كان أجنبياً أو بعض الورثة ، وهو واضح ، وإن توهם بعض المعاصرين بطلاق الصلح مطلقاً ، بناء على ما احتمله في دفع القيمة من كونه حكماً تكليفياً مختصاً لا شائبة فيه للوضع كما لو نذر إعطاء درهم لزيد ، وفساد المبني بمكان من الوضوح لمخالفته صريح الأخبار الناطقة بإرثها 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 والأنثى والختنى ، ولا بين الولد وولد الولد ، وإن لم يكن وارثاً ، لوجود الولد الصليبي ، ولا بين كونها ولدته في نكاح ترث به أولاً ، كما لو أولدتها في المتعة ثم تزوجها بعقد دائم ومات عنها كذلك ، بل ولا بين ما لو أولدتها 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 بذات ولد منه شرعاً ، ومن أنها ذات ولد صحيح بالنسبة إليها ، كل ذلك لإطلاق (المقطوعة) بناء على الاعتماد عليها في التفصيل بين ذات الولد وغيرها . و (دعوى) الانصراف في بعض الصورة المذكورة . إن سلمت . (فهو) من الانصراف البدوي الذي لا تعویل عليه .

الحادي عشر . لو ملكت الزوجة شيئاً من رقبة الأرض يساوي فرضها أو أزيد في حياة

زوجها بأحد الأسباب الممكدة ، فتحكمها بالنسبة

إلى البناء والآلات حكم ما لو لم تملك شيئاً من العراض ، لأن ذلك حكمها بالإرث ، فلا ينافي ملكها الرقبة بغيره من الأسباب.

الثاني عشر إذا كان في الأرض التي لم ترث منها . لا عينا ولا قيمة . زرع ولم يبلغ أو ان حصادة ، ورثت من عين الزرع ، فهل المالك الأرض أمرها بالقلع ، أو عليه التبقية بالأجرة؟ وجهان :

وهذه من فروع مسألة من ملك زرعاً في أرض لم يملك بقاءه فيها وكان الوضع فيها بحق ، وقد اختلفوا هناك على أقوال :

وتقسيح المسألة هو أن يقال : إن الملكية بهذا النحو (مرة) تكون بالإيجارة (وأخرى) بالزارعة (وثالثة) بالانتقال بالإرث.

أما إذا كانت بالإيجارة ، كما لو استأجر أرضاً مدة لم يدرك الزرع فيها ، فأما أن تكون المدة غير كافية لبلوغ الزرع عادة ، أو كانت كافية غير أنه اتفق تأخيره. وعلى الثاني : فأما أن يكون التأخير بتفريط من المستأجر ، أولاً بتفريط منه. فان كان الأول ، بأن استأجر مدة تقصّر عادة عن ادراك الزرع فيها ، فلمالك 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 ، وإنما مالك الأرض بالتبيّنة ، ولو يأجره ، نوع ضيق عليه لا يجب تحمله ، ولا يجدي كون الزرع في مدة الإيجارة كان بحق ، إذ لا يوجب ذلك حقاً له فيما زاد عليها ، فهو فيه ظالم مندرج في منطوق : «ليس لعرق ظالم حق»^(١) ومثله ما لو كانت المدة كافية ، ولكن التأخير كان بتفريط من الزراع ، لوحدة المناط.

(١) حديث نبوي شريف وقوله : «لعرق ظالم» بالتنوين في كليهما. وغلط من قرأه بالإضافة ، هكذا رواه أبو داود عن سعيد بن بريد والنسائي والترمذى كذلك ، وأخرجه الطيالسى وغيره عن زمعة بن صالح

وأما لو كان التأخير بغير تفريط منه ، بل بأفة سماوية من كثرة برد أو قلة الأمطار ، فعليه التبقية ، ولكن بأجرة لا مجانا ، لأن في القلع قبل بلوغه ضررا على الزارع من غير تسببه ، والاقدام منه عليه ، وإبقاءه في المدة الزائدة ضرر على المالك ، وكل منهما منهي عن الإضرار ، فلا بد من تدارك هذا الضرر الحادث بأفة سماوية ، وهو إنما يحصل بأحد وجهين أما القلع مع الأرش ، أو الإبقاء مع الأرش ، أو الإبقاء بأجرة ^(١) إلا أن التدارك هنا يتبعن على الزارع بدفع الأجرة ، لأن الضرر ، وان لم يأت منه ، الا أنه جاء من قبل زرعه ، دون الأرض ، فعليه تداركه ان أراد الإبقاء ، والا فله قلع زرعه ، وان كان قصيلا. وبعبارة أخرى ، شمول (لا ضرر) للضرر المجبور بالأجرة ، وتوجهه نحو الزارع أضعف ظهورا من شموله لضرر القلع المجبور بالأرش المتوجه نحو المالك الأرض فإذا قدم دليل نفي الضرر في جانب الزارع عليه في جانب المالك فلا يتمسك حينئذ ، بعموم (الناس مسلطون) لكونه محکوما لدليل نفي الضرر.

واما إذا كان بالمزارعة ، فإذا كان التأخير بتفريط من الزارع ، فحكمه حكم الإجارة فيه : من أنه للمالك قلue بلا أرش عليه ، وان لم يكن بتفريط منه ، فيتخير المالك بين القلع وعليه الأرش ، والإبقاء 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 والإبقاء ، وان كان الإبقاء بصورتين.

الأجرة ، وإنما كان له الخيرة بينهما في المزارعة دون الإجارة ، لأن الزرع مشترك بينهما ، ولا يجبر المالك على إبقاء حصته من الزرع ، فله قلعه قصيلاً كما كان للمستأجر ذلك ، غير أن قلعه لحصته مستلزم لضرر الزارع في حصته ، فوجب عليه حيشد تداركه بالأرش ، ولذا كان مالك الأرض في المزارعة خيراً. بين القلع وعليه الأرش ، وبين الإبقاء ، وله الأجرة وليس له القلع في الإجارة ، وان كان بأرش ، بل يتبعه عليه الإبقاء بالأجرة.

والى ما ذكرنا . من الفرق في الحكم بالتخير والتعيين ، بين المزارعة والإجارة . صرحت العالمة في (القواعد) حيث قال : في باب الإجارة :

«فإن استأجر للزرع وانقضت المدة قبل حصاده : فإن كان لتغريف المستأجر كأن يزرع ما يبقى بعدها فكالغاصب ، وان كان لعرض برد أو شبهه ، فعلى المؤجر التبقية ، وله المسئى عن المدة وأجرة المثل عن الزائد»^(١).

وقال . في باب المزارعة منه : «فلو ذكر مدة يظن فيها الإدراك فلم يحصل ، فالأقرب ان للمالك الإزالة مع الأرش ، أو التبقية بالأجرة سواء كان بسبب الزارع كالتفريط بالتأخير أو من قبل الله كتأخير الأهمية وتأخير المياه»^(٢) انتهى . غير أن حكمه في التسوية بين التغريف وعدمه في المزارعة ، ينافي قوله : في الإجارة مع التغريف «كالغاصب الذي حكمه جواز القلع للملك بلا أرش».

(١) راجع كتاب الإجارة الثالث في إجارة الأرض والعقارات.

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

وأما فيما نحن فيه ، وهو الانتقال بالإرث فحكمه حكم المزارعة ، لكون الزرع أو الشمرة على النخل والشجر مشتركة بين الزوجة لكونها ترث من عين ذلك ، وبين الوارث غيرها ، فيتخير الوارث غيرها بين القلع ودفع الأرش إليها والإبقاء وأخذ الأجرة منها ، لوجود ما ذكرنا من ملوك التخيير في المزارعة هنا أيضا ، فافهم :
هذا آخر ما أردنا بيانه في هذه المسألة.

ولله الحمد أولاً وأخراً

رسالة

في الرضاع

بسم الله الرحمن الرحيم

مسألة

اتفقـتـ كـلـمـةـ فـقـهـائـاـ ،ـ بـلـ الـفـقـهـاءـ كـافـةـ اـتـفـقـواـ ،ـ عـلـىـ سـبـبـيـةـ الرـضـاعـ لـنـشـرـ الـحـرـمـةـ فيـ الجـملـةـ.

ولنصرـدـ المـسـأـلـةـ تـيمـنـاـ بـماـ يـدـلـ عـلـيـهـ مـنـ الـكـتـابـ وـالـسـنـةـ المـسـتـفـيـضـةـ .ـ بـلـ الـمـتوـاتـرـةـ مـعـنـىـ .ـ

فـمـنـ الـأـوـلـ قـوـلـهـ :ـ عـزـ مـنـ قـائـلـ «ـخـرـمـتـ عـلـيـكـمـ أـمـهـاـثـكـمـ وـبـنـاـتـكـمـ وـأـخـوـاـنـكـمـ وـعـمـاـتـكـمـ وـخـالـاـنـكـمـ وـبـنـاـتـ الـأـخـ وـبـنـاـتـ الـأـخـتـ وـأـمـهـاـثـكـمـ الـلـاـتـيـ أـرـضـعـنـكـمـ ،ـ وـأـخـوـاـنـكـمـ مـنـ الرـضـاعـةـ ،ـ وـأـمـهـاـثـ بـنـاـتـكـمـ وـرـبـاـئـيـكـمـ الـلـاـتـيـ فـيـ حـوـرـيـكـمـ مـنـ بـنـاـتـكـمـ الـلـاـتـيـ دـخـلـتـمـ بـهـنـ ،ـ فـإـنـ لـمـ تـكـوـنـوـ دـخـلـتـمـ بـهـنـ ،ـ فـلـاـ جـنـاحـ عـلـيـكـمـ ،ـ وـحـلـاـلـ أـبـنـاـيـكـمـ الـذـيـنـ مـنـ أـصـلـاـبـكـمـ ،ـ وـأـنـ تـجـمـعـوـاـ بـيـنـ الـأـخـتـيـنـ ،ـ إـلـاـ مـاـ قـدـ سـلـفـ ،ـ إـنـ اللـهـ كـانـ غـفـورـاـ رـحـيمـاـ»^(١) وـهـذـهـ الـآـيـةـ الشـرـيفـةـ مـعـ قـوـلـهـ

تعـالـىـ «ـوـلـاـ تـنـكـحـوـ مـاـ نـكـحـ آـبـاؤـكـمـ»^(٢) دـلـتـ عـلـىـ أـسـبـابـ التـحـرـيمـ مـنـ النـسـبـ وـالـرـضـاعـ

وـالـمـصـاهـرـةـ .ـ

وـمـنـ الثـانـيـ أـخـبـارـ :ـ مـنـهـاـ .ـ مـاـ روـاهـ فـيـ الـكـافـيـ وـالـتـهـذـيـبـ :ـ «ـعـنـ عـبـدـ اللـهـ بـنـ سـنـانـ فـيـ

الـصـحـيـحـ عـنـ أـبـيـ عـبـدـ اللـهـ عـلـيـهـ السـلـامـ ،ـ قـالـ :ـ سـمعـتـهـ يـقـولـ :ـ يـحـرـمـ مـنـ الرـضـاعـ مـاـ يـحـرـمـ مـنـ

الـقـرـابـةـ»^(٣) .ـ

(١) سورة النساء . ٢٣ .

(٢) سورة النساء . ٢٢ . وـتـكـمـلـةـ الـآـيـةـ هـكـذـاـ «ـمـنـ الـنـسـاءـ إـلـاـ مـاـ قـدـ سـلـفـ إـنـهـ كـانـ فـاـحـشـةـ وـمـقـنـاـ وـسـاءـ سـبـيلـاـ».

(٣) بـابـ الرـضـاعـ مـنـ الـكـافـيـ ،ـ كـتـابـ النـكـاحـ رـقـمـ الـحـدـيـثـ (١) .ـ

ومنها . ما رواه في الكافي في الصحيح : «عن إبراهيم بن نعيم الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام : انه سئل عن الرضاع؟ فقال : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» ^(١).
 ومنها . ما رواه 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 . ما رواه في الكافي والفقيhe عن أبي عبيدة الحذاء في الصحيح قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : «لا تنكح المرأة على عمتها ولا خالتها ولا على أختها من الرضاعة ، وقال : ان عليا 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 عمن حدثه ، وحسنة الحلبي ، المرويات في الكافي» ^(٤).

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

(٢) كتاب النكاح ، باب نوادر في الرضاع ، حديث رقم (١٠).

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

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

ومنها . ما رواه في الكافي : «عن عبد الله بن سنان في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سئل وأنا حاضر عن امرأة أرضعت غلاماً ملوكاً لها من لبنها حتى فطمته ، فهل لها أن تبيعه؟ قال : فقال :

لا هو ابنها من الرضاعة ، حرم عليها بيعه وأكل ثديه ، قال ثم قال : أليس رسول الله صلى الله عليه وآله . قال : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» ^(١).

ومنها . ما رواه الشيخ في الصحيح عن الحليبي وابن سنان : «عن أبي عبد الله عليه السلام في امرأة أرضعت ابن جاريتها قال : تعنته» ^(٢).

ومنها . ما رواه عن أبي بصير وأبي العباس وعبيد كلهم جميرا : «عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا يملك أمه من الرضاعة ، ولا أخته ولا عمته ، ولا خالته ، فإنهن إذا ملكن عتنن ، وقال : كلما يحرم من النسب فإنه يحرم من الرضاع» ^(٣).

فقال : أما علمت أنها ابنة أخي من الرضاع».

وأما صحيحة الحليبي عن أبي عبد الله قال : قال أمير المؤمنين (ع) في ابنة الأخ من الرضاع : لا آمر به أحداً ولا أنهى عنه ، وإنما أنهى 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 (٤ ، ٥).

(١) باب التوادر من كتاب النكاح حديث رقم (٦) وفي الوسائل في باب ١٧ من أبواب ما يحرم من الرضاع.

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

(٣) في الوسائل ، باب ٤ من أبواب 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 أمي جارية بلبني؟ قال : هي أختك من الرضاعة ، قال : قلت : فتحل لأنخي من أمي لم ترضعها بلبنه يعني ليس بهذا البطن ولكن بطن آخر ، قال : والفحل واحد؟ قلت :

نعم هو أخي لأبي وأمي ، قال : اللبن للفحل ، صار أبوك أباها وأمك أمها» ^(١).

ومنها . في الموثق عن سماعة : «قال : سأله 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) ، ومنها . ما عن أحمد بن محمد ابن أبي نصر : «قال سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام : عن امرأة أرضعت جارية ولزوجها ابن من غيرها أيحل 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 ولدا ، ثم أنها أرضعت من لبنها غلاماً ، أيحل لذلك الغلام الذي أرضعته أن يتزوج ابنة المرأة التي كانت تحت الرجل قبل المرأة الأخيرة؟

(١) الوسائل ، كتاب النكاح باب (٨) من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث (٣) والمقصود من العبد الصالح هو الإمام 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 لبنة»^(١).

ومنها . في الحسن عن الحلبي : قال : «قلت لأبي عبد الله (ع) أم ولد رجل قد أرضعته صبيا ، وله ابنة من غيرها ، تحل لذلك الصبي هذه الابنة؟ فقال : ما أحب أن يتزوج ابنة رجل قد رضع من لبنة 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 ولدتها ، وإن كان الولد من غير الرجل الذي كان أرضعته بلبنه ، وإذا أرضع من لبن رجل حرم عليه كل شيء من ولدته 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 رجلا تزوج حاربة رضيعا فأرضعه امرأته فسد نكاحه. قال : وسألته عن امرأة رجل أرضعت حاربة أصلح لولده من غيرها؟ قال لا : قلت : فنزلت منزلة الأخت من الرضاعة؟ قال : نعم من قبل الأب»^(٤).

وبهذا الاسناد عن الحلبي وعبد الله بن سنان : «عن أبي عبد الله عليه السلام : في رجل تزوج حاربة صغيرة فأرضعها امرأته أو أم ولده؟

(١) المصدر الأنف الذكر حديث رقم (٥).

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

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

(٤) الوسائل ، باب ١٥ من أبواب ما يحرم بالرضاع ، حديث رقم (١).

قال : تحريم 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 ، إنه 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 منا كتحتهم . إلى أن قال . أمتلك وهي عمتك من الرضاعة ، أمتلك وهي خالتك من الرضاعة»^(٣) الحديث.

ومنها . روايته الأخرى : «عنه عليه السلام قال : عشر لا يجوز نكاحهن . إلى أن قال . أمتلك وهي عمتك من الرضاعة ، وأمتلك وهي خالتك من الرضاعة»^(٤).

(١) الوسائل : كتاب النكاح أبواب ما يحرم بالرضاع باب ١٠ ، حديث (٢). والكتابي ، 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 الكتابي 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 منا كتحتهم أمتلك ، أمها ، أمتلك أو أختها ، أمتلك ، وأمتلك ، وهي عمتك من الرضاعة ، وأمتلك وهي خالتك من الرضاعة ، أمتلك وهي أرضعتك ، أمتلك ، وقد وظفت حتى تستبرأها بجيضة ، أمتلك وهي حبلى من غيرك ، أمتلك وهي على سوم أمتلك ولها زوج». ومثله في الوسائل كتاب النكاح.

(٤) في أبواب ما يحرم بالرضاع روايات كثيرة بهذا المضمون

ومنها . رواية مساعدة بن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام : «يحرم من الإمام عشر : لا تجمع بين الأم والبنت ، يعني في النكاح ، ولا بين الأخرين . إلى أن قال . ولا أمتك وهي عمتك من الرضاعة ، ولا أمتك وهي حالتك من الرضاعة ، ولا أمتك وهي رضيعتك» ^(١) .

ومنها . صحيححة محمد بن مسلم : عن أبي حعفر عليه السلام : في رجل فجر بأمرأة ، أيتزوج أمها من الرضاعة أو بنتها؟ قال : لا ^(٢) إلى غير ذلك من الاخبار .

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

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

توجد في عامة كتب الأخبار . 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 بأمرأة حرمت عليه بنتها وأمها ، 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 ومضرب وغيرها من المشتقات يوجد المبدأ كاملاً غير منقوص .

من جنس أصله. «من يزرع الشوك لم يقصد به عنبا»^(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 سنه ، وان كان ضعيفا في مرتبة البريطانية ، ولذا يجتمع معه في بعض الأحكام ، ويفترق عنه في بعضها الآخر. وبذلك الربط الحاصل منه إليهما ، ومنهما إليه نسبيا ورضاعا تحصل الارتباطات صاعدة ونازلة المعبر عنها بالعناوين السبعة النسبية^(٣) وما يضاهيها من الرضاع ، وحيث

(١) هو عجز بيت لشاعر عربي جاهلي أو مختضم ، لا نعرف قائله : ويروى مع صدره . كما في مجمع الأمثال للميداني . هكذا :

إذا وترت امرأة فاحذر عداوته من يزرع الشوك لم يحصد به العنبر
قال الميداني : لا يقال : حصدت العنبر ، بل قطفته ، ولكن الشاعر العربي وضع الحصد مكان القطف.
والمقصود منه : من أساء إلى إنسان فليتوقع . وهو على غرار المثل المعروف : «أعجز من جاني العنبر من الشوك»
، قال حمزة : وهذا الشاعر أخذ هذا المثل من حكيماء العرب من قوله : من يزرع خيراً يحصد غبطة ،
ومن يزرع شرًا يحصد ندامة ، ولن يجئني من شوكه عنية».

(٢) هذا الكلام من ألسنة الفقهاء بحكم اشتراك الرضاع مع النسب في تأثير المنع ، وليس حديثا ولا رواية . على الظاهر . وإنما الحديث النبوى المذكور في عامة كتب الحديث للغريقين هو قوله (ص) : «الولاء لحمة كل حمة النسب» فجاء هذا الكلام على هذا الغرار بحكم وجود الملائكة في الثلاثة.

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

انا لم تحط به علما وبكميته وبشرطه حصوله اقتصرنا فيه على ما أعرب عنه الدليل . وأوضح لنا منهـج السـبيل المـوجب للرجـوع فيما شـك الى ما تقتضـيه الأـصول .

المـصـاهـرة ، استـيفـاء العـدـد ، اللـعـان ، الـكـفـر والـأـرـتـاد . بشـروـط مـفـصلـة هـنـاك .

والأـصنـاف المـحرـمة من النـسـب سـبـعة . وهي المـقصـودـة بالـعـنـاوـين السـبـعة في المـتن ، وهي :

(١) الأمـ والـجـدة . وـانـ عـلـتـ . لـأـبـ كـانـتـ أـمـ لـامـ لـهـمـاـ .

(٢) وـالـبـنـتـ الـصـلـبـيـةـ وـبـنـاـنـهاـ . وـانـ نـزـلـنـ وـبـنـاتـ اـبـنـهاـ . وـانـ نـزـلـنـ أـيـضاـ .

(٣) وـالـأـخـوـاتـ . لـأـبـ كـنـ أوـ لـأـمـ أـوـهـمـاـ . وـبـنـاـنـهـنـ وـبـنـاتـ أـوـلـادـهـنـ .

(٤) وـالـعـمـاتـ ، سـوـاءـ كـنـ أـخـوـاتـ أـبـيـهـ أـمـ لـأـحـدـهـاـ ، وـكـذـاـ أـخـوـاتـ أـحـدـادـهـ . وـانـ عـلـونـ .

(٥) وـالـخـالـاتـ . لـأـبـ أوـ لـأـمـ أـوـهـمـاـ . وـكـذـاـ خـالـاتـ الـأـبـ وـالـأـمـ . وـانـ عـلـونـ .

(٦) وـبـنـاتـ الـأـخـ ، سـوـاءـ كـانـ الـأـخـ لـأـبـوـيـهـ أـمـ لـأـحـدـهـاـ . وـسـوـاءـ كـانـتـ بـنـتـهـ الـصـلـبـيـةـ أـمـ بـنـتـ بـنـتـهـ وـانـ نـزـلـتـ ، أـوـ بـنـتـ اـبـنـهـ ، وـبـنـاـنـهـنـ . وـانـ نـزـلـنـ . (٧) وـبـنـاتـ الـأـخـتـ . وـانـ نـزـلـنـ .

هـذـهـ الـحـرـمـاتـ مـنـ النـسـاءـ عـلـىـ الرـجـالـ ، وـمـقـابـلـ ذـلـكـ يـحـرمـ مـنـ الرـجـالـ عـلـىـ النـسـاءـ أـيـضاـ ، فـيـحـرمـ عـلـىـ

الـمـرـأـةـ أـبـوـهـاـ . وـانـ عـلـاـ . وـابـنـهـ . وـانـ نـزـلـ . وـأـخـوـهـاـ وـابـنـ أـخـيـهـاـ وـابـنـ الـأـخـتـ ، وـالـعـمـ وـالـخـالـ . وـانـ اـرـتـقـعـاـ .

(عن كـتبـ الـفـقـهـ : كـتابـ الـنـكـاحـ)

وأما المباحث ، فالأول منها . في بيان معنى العبارة التي تضمنتها أخبار الفريقين ، واستفاض نقلها بينهم ، وهي : (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) :

فنقول : ما يحرم من النسب من العناوين السبعة النسبية إذا 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 العبارة فلا بد من انتزاع عنوان يكون وجوده مناطا للحكم ، وإنما وقع التعبير بذلك لبيان اعتبار اتحاد العنوان الحاصل منهما ، فيكون حاصل المعنى ، ان الرضاع يوجب ربطا على حد ربط النسب ، وعلاقة نحو علاقته ، كما يعرب عنه تشبيه لحمة بلحمة ، فالعلاقة السبعة الرضاعية تحرم كما تحرم العلاقات السبعة النسبية . وبعبارة أخرى : ان الرضاع يحدث ما يحدثه النسب من العناوين السبعة ، ويفعل فعله في تحققهما بعد تنزيل الرضاع منزلة الولادة في ذلك ، فيحرى مجراه في التحريم ، سواء كان الحكم به بسبب النسب أو بسبب المصاهرة كأم الزوجة الرضاعية ، فإنها محرمة على زوج بنتها من الرضاع ، ولكنها بالصاهرة لا بالرضاع . كما سترى .

لما عرفت أن عنوان أخت الأخ من حيث هو ليس من العناوين المحرمة في النسب ، وكذا يجوز لك تزويع المرضعة ، وان كانت أم أخيك ، لأن أم الأخ إنما تحرم عليك في النسب ، أما لكونها أما لك أو لكونها منكوبة أبيك ، فحيث ينفك عنهما في الرضاع ، لم تنشر الحرمة بينهما .

وبالجملة : فالمدار في التحرير بالرضاع على تحقق ما به يحرم في النسب كالأمومة والأخوة والبنوة . مثلا . فأم الأخ الرضاعي من النسب ، أو الرضاع لا تحرم على أخيه لأن حرمة أم الأخ من النسب إنما تحرم : إما لكونها أما له أو منكوبة أبيه ، وكل منها موجب للحرمة . وحيث يتجرد عنوان أم الأخ عنهما لم تحرم ، سواء كانت أما نسبية للأخ الرضاعي أو أما رضاعية للأخ النسي ، فضلا عن الأم الرضاعية للأخ الرضاعي . وكذلك أخت الأخ من الرضاع ، فإنها لا تحرم على أخيه ، لأن أخت الأخ من النسب إنما تحرم لكونها أختا لا أخت آخر ، فحيث تجردت أخت الأخ عن عنوان الأخت لم تكن محرمة ، سواء كانت أختا من الرضاع لأحبه من النسب ، أو أختا من النسب لأحبه من الرضاع : وكذا أخت العم وأخت الحالة لا تحرم ما لم تكن عممة أو حالة . وكذا في البنوة أيضا فإن أخت الابن من النسب محرمة : إما لكونها بنتا له أو ريبة ، وكل منها موجب للحرمة ، فلو تجرد عنوان أخت الابن عنهما كالأخت الرضاعية لابن النسي أو الأخت النسبية لابن الرضاعي لا يقتضي الحرمة من حيث القاعدة ، وان قلنا بها لدليل خاص . كما سترى . وحيث تبين لك الصابط في مدار التحرير ظهر لك ضعف ما استثناه في (التذكرة) : من أربعة نسوة يحرمن في النسب ، وقد لا يحرمن في الرضاع ، وهن : أم الأخ ، والأخت ، وأم ولد الولد وحده الولد وأخت الولد . ثم قال بعد عدهن : وهذه الصور الأربع مستثناء من

قولنا يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب^(١) ضرورة عدم دخولهن في عموم القاعدة حتى يصدق الاستثناء للذى معناه إخراج ما لواه لدخل ، اللهم الا أن يكون استثناء من توهם الدخول .

وأضعف منه : ما ذهب إليه الحلبي في (السرائر) قال . بعد حكاياته قول الشيخ في المبسوط : من أنه يجوز للفحل أن يتزوج بأم هذا المرضع وبأخته وبحدته . ما لفظه : «أما تزوجيه بأخته وبحدته فلا يجوز بحال لأنها في النسب لا تجوز أن يتزوج الإنسان بأخت ابن ولا بأم امرأة بحال . إلى أن قال . : والذي يقتضيه مذهبنا أن أم ولده من الرضاع محمرة عليه ، كما أنها محمرة عليه من النسب ، لأنه أصل في التحرير من غير تعليل ، فعلى هذا امرأة لها لبن أرضعت بنتا لقوم الرضاع الحرم ، ولتلك البنت المرضعة أخت ، فإنه يحل لابن المرضعة الذي قد شربت هذه البنت المرضعة منه ان يتزوج بأختها وهي أخت أخيه من الرضاع ، لما مضى من الأصل ، وهو انه أنها يحرم هذا المرضع وحده ، ومن كان من نسله دون من كان في طبقته وهذه من طبقته ، لأنه لا نسب بينه وبين أخت أخيه

(١) ففي أحاديث كتاب النكاح ، آخر المبحث الأول من الفصل الثاني . في الرضاع . قال : «أخذت ولدك في النسب حرام عليك لأنها إما بنته أو ربيتك . وإذا أرضعت أجنبية ولدك فبنتها أخت ولدك ، وليس بنتا ولا ربيبة . ولا تحرم أخت الأخ في النسب ولا في الرضاع إذا لم تكن أختا له بأن يكون له أخ من الأب وأخت من الأم ، فإنه يجوز للأخ من الأب نكاح الأخت من الأم . وفي الرضاع لو أرضعتك امرأة وأرضعت صغيرة أجنبية منك يجوز لأخيك نكاحها وهي أختك من الرضاع ، وهذه الصور الأربع مستثناء من قولنا : «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» .

ولا رضاع»^(١) انتهى.

وكأنه لما رأى عدم انفكاك جدة المرضع ، وكذا أختها عن التحرير على الأب في النسب وانفكاكه عنه في أخت الأخ بالنسبة إلى أخيه فيه اجرى الرضاع مجرأه في ذلك ، فحكم بالتحرير في الأولين وبالحل في الأخير وكأنه غفل عن كون سبب التحرير في الجدة لكونها أم زوجة لا لكونها جدة ، وفي أخت البنت لكونها بنتاً أو ربيبة ، لا لكونها أخت بنت مع عدم وجودهما في الرضاع ، لأن المرضعة لا تكون بحكم الزوجة لأب المرضع حتى تكون أمها أم زوجة لترحيم بالمصاهرة ، ولا أخت البنت بنتاً.

نعم نقول : بحرمة أخت البنت ، لا للقاعدة ، بل للدليل الخاص^(٢) والحلبي لم يستند إليه في التحرير ، بل استند فيه إلى القاعدة ، وهو كما ترى.

ثم ان مقتضى الضابط المتقدم . حسبما عرفت . وإن كان جواز نكاح أخت الابن ، ما لم تكن بنتاً أو ربيبة ، الا ان النصوص الخاصة نصت بتحريمهما على الأب ، وهي القاعدة المعروفة : من انه لا ينكح أب المرضع في أولاد صاحب اللبن نسباً ورضاعاً ولا في أولاد المرضعة نسباً لا رضاعاً ، خلافاً للطبرسي فألحق الرضاع منهم بالنسبة ، بناء منه على كفاية اتحاد المرضعة في نشر الحرمة بالرضاع ، وإن تعدد الفحل كما يأتي.

والنصوص المخرجة لها عن القاعدة ، هي : صحيححة علي بن مهزيار : «قال : سأل عيسى بن جعفر أبا جعفر الثاني (ع) : عن امرأة أرضعت لي صبياً فهل يحل لي ان أتزوج بنت زوجها؟ فقال ما أجد ما سأله ،

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

(٢) ولعله لما في الوسائل ، باب الرضاع وما يحرم من الرضاع.

من هنها يؤتى أن يقول الناس : حرمت عليه امرأته من قبل لبن الفحل هذا هو لبن الفحل ، لا غيره ، فقلت له : ان الجارية ليست بنت المرأة التي أرضعت لي ، هي بنت غيرها ، فقال : لو كان عشرا متفرقات ما حل لك منها شيء ، وكن في موضع بناتك»^(١) وهي صريحة في أولاد الفحل مطلقا من الرضاع أو النسب مطلقا ، وإن لم تكن من المرضعة.

وما رواه الكليني في الصحيح : «عن عبد الله بن جعفر قال : كتبتي الى أبي محمد (ع) : امرأة أرضعت ولد الرجل ، هل تحل لذلك الرجل ان يتزوج ابنة هذه المرضعة أم لا؟» فوقع : لا يحل له»^(٢). وما رواه أبيوب بن نوح في الصحيح : «قال : كتب علي بن شعيب الى أبي الحسن (ع) : امرأة أرضعت بعض ولدي هل يجوز لي أن أتزوج بعض ولدتها؟ فكتب : لا يجوز ذلك لك ، لأن ولدتها صارت بمنزلة ولدك»^(٣) وموردها أولاد المرضعة وإطلاقه يعم ما لو كان من غير صاحب اللبن ، لكن مع الاقتصر على أولادها من النسب ، بناء على اعتبار اتحاد الفحل في اللبن الحرم ، وتزييلا للولد والبنت فيما على معناهما الحقيقي ، وهن صحاح ، عمل بما المشهور لا بأس باستثناء موردها عن القاعدة ، مع إمكان دعوى عدم المنافاة بينها وبين ما تقتضيه أصلية الحل في غير العناوين الحرمية في النسب ، إذ ليس النسبة بينهما إلا نسبة الأصل إلى الدليل الوارد عليه ، لعدم ما يدل على الحصر

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

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

(٣) الوسائل ، باب ١٦ من أبواب ما يحرم بالرضاع في حرمة نكاح أبي المرضوع في أولاد صاحب اللبن حديث رقم (١).

في حديث : «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب».

اللهم الا ان يقال : ان الحديث ونحوه في مقام إعطاء القاعدة التي يجب اطرادها طرداً وعكساً. فتخصيص الكلية السلبية . حينئذ . بالنصوص الخاصة.

وكيف كان فيتفرع على القول به تحريم الزوجة على زوجها لو أرضعت ولدتها أمها التي هي جدة الولد من أمه ، لأن الزوجة . حينئذ . من أولاد المرضعة نسبا ، وقد عرفت أنه لا ينكح أب المرضع في أولاد المرضعة نسبا ، لعدم الفرق في التحرير بالرضاع بين سبعة على النكاح أو لحوقه به.

ثم : ان مورد النصوص الخارج بها عن القاعدة : هو حرمة نكاح أب المرضع في أولاد صاحب اللبن وهل يحرم نكاح الفحل ، صاحب اللبن ، في أولاد أب المرضع كما في (الخلاف) و (النهاية) وغيرها ، أو لا يحرم ، كما عليه المشهور ظاهرا؟ 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 خروجه عن مورد النص الموجب لأندرجه تحت القاعدة المقتضية للحل ، أنه من القياس الذي لا نقول به ، لأن ربط النسب في التحرير على أبيه أقوى من ربط الرضاع ، فالمنزل منزلة القوى لا يقاس به المنزل منزلة الضعيف ، وهو الولد من الرضاع ، مع أن للتزييل منزلة الضعيف ليس منطوق نص حتى يقال : بالتحرير ، لعدم الفائدة مع عدمه ، بل هو تنزيل مستنبط من القياس بالتزييل المنصوص ، فهو من القياس ، مع ما عرفت من وضوح الفرق بين المقيس والمقيس عليه ، فالأقوى عدم التحرير فيه ، وان قلنا بالتحرير في الأول.

وهل : نسبة اخوة المرضع من الرضاع الى امه من النسب كنسبتهم إلى أبيه فيكونوا منزلة أولادها في التحرير أم لا؟ وجهان :

ذهب شيخنا المرضي . قدس سره . في رسالته الرضاعية إلى الأول حيث ، قال : «والرواية . أي رواية ابن مهزيار . وان اختصت بتحريم ولد الفحل على أب المرضع ، الا ان تحريرهم على امه أيضا ثابت بالإجماع المركب ظاهرا ، مع ان كونهم منزلة بنات أبي المرضع يستلزم كونهم منزلة بنات أمه»^(١) انتهى .

قلت : تنزيلهم منزلة أولاد الأب لا يستلزم تنزيلهم منزلة أولاد الأم لتكون لهم اما ، ولو بالتنزيل حتى تحرم امهما عليهم ، لكونها لهم . حينئذ . منزلة الجدة . نعم غاية الأمر ثبوت تحريرها عليهم بنفسها لكونها ، ان لم تثبت أموتها لهم ، فهي منكوبة أبيهم التنزيلي ، وزوجة الأب لا تحرم امهما على أولاد زوجها ، فنظهر الثمرة في تحرير امهما عليهم وعدمه .

مع إمكان أن يقال : يحتمل عدم تحريرها أيضا عليهم لأنها ليست بزوجة أب لا من الرضاع ولا من النسب ، وزوجة الأب من النسب محمرة ، والأب من الرضاع كالاب من النسب في ذلك ، ولا دليل على كون المنزلة منزلة الأب من جهة اخوة ولده المنزليين منزلة أولاده محكم الأب في تحرير زوجته عليهم ، إذ لا أبوه بينهم ، لا من الرضاع ولا من النسب ، بل هو منزلة الأب لمن هو منزلة الولد ، فالقدر الثابت من الرواية تنزيلهم منزلة أولاده في خصوص تحريرهم عليه ، دون غيره ، فتأمل هذا .

واما . نكاح إخوة المرضع من النسب في إخوته من الرضاع ، أي أولاد أب المرضع في أولاد الفحل مطلقا ، وفي أولاد المرضعة نسبا ،

(١) رسالة استدلالية مفصلة طبعت في آخريات كتاب المكاسب في مجلد واحد

فالأشهر ، بل الأقوى جوازه ، لأنهم بالنسبة إليهم ليس إلا أخوة الأخ وإنما تحرم اخوة الأخ في النسب ، لكونهم إخوة لا أخ ، فإذا انفك عنوان (إخوة الأخ) عن الأخوة . كما هنا لا يوجب التحرير ، وإن نزلوا في النصوص الخاصة منزلة أولاد الأب ، فإن تحرير أولاد الأب بعضهم على بعض ليس من حيث كونهم إخوة ، خلافا للخلاف والنهاية والسرائر ، وقواه في الكفاية ، حيث قال : «والوجه الاستدلال على التحرير بأن كونهم بمنزلة الولد يقتضي أن يثبت لهم جميع الأحكام الثابتة للولد من حيث الولدية لعدم تخصص في المنزلة ، ومن جملة أحكام الولد تحرير أولاد الأب عليه ، فاذن ، القول بالتحرير لا يخلو عن قوته»^(١) انتهى .

وفي ما تقدم : من أن تحرير أولاد الأب بعضهم على بعض ليس من حيث كونهم أولاد أب ، بل من حيث كونهم إخوة ويدل عليه عطف الأخوات على الأمهات في المحرمات النسبية والرضاعية ، وإلا لاكتفى عن ذلك بذكر (وبناهن) ، وليس إلا لكون المعتر عنوان الأخوة دون عنوان أولاد الأب أو الأم .

اللهم إلا أن يقال . بل قد قيل .^(٢) إن الاخوة التي نبطرت بها الحرمة في آية المحرمات ليس مفهومها العرف . بل الحقيقي . إلا كون الشخصين ولدا لواحد ، فكونهم أولادا لأبيه أو لأمه عين 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 التحرير .

(٢) القائل : شيخنا المرتضى في رسالته الرضاعية (منه) .

وفيه : منع اتحاد أولاد الأب مع الاخوة في المعنى ، وان كلاً منها عين الآخر ، ضرورة أن عنوان أولاد الأب من حيث هو غير ملحوظ فيه الا ربط كل واحد منهم إلى الأب يربط التكوين ، والتوليد ، والملحوظ في عنوان الاخوة ليس الا ربط بعضهم مع بعض باشتراكهم في ذلك الربط الحاصل بالتالد ، 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 المرضعة رضاعاً مع تعدد الفحل ، ضرورة أنهما أولاد أم ، ولا أخوة بينهما ، بناء على المشهور من اعتبار اتحاد الفحل في ثبوت عنوان الأخوة . كما سترى .

مضافاً . الى إمكان أن يقال : ان أولاد الأب يعم ما كان نسبته إليه بواسطة أولاً بواسطة ، وما كان بواسطة لا يوجب التحرير كأولاد حاشية الأب والجد الا ما كان من حاشية نفسه كأولاد الأخ والأخت ، وتنزيل أولاد الفحل منزلة أولاده انما هو بواسطة المرضع ، فلا يصدق عليهم إخوة ، ولا أولاد آخر أو أخت ، فالاقوى جواز نكاح بعضهم في بعض ، وان حرم نكاح كل من الطرفين على المرضع لكونهم إخوته ، وعلى أبيه لكونهم أولاده أو ربيته أو بمنزلة أولاده ، ولكن الاحتياط لا يترك في جميع ذلك .

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

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

الرضاعية أم للزوجة بالتنزيل ومحرمة على الزوج ، لكن بالمصاهرة لا بالرضاع فلا ينافي تحريمها بالمصاهرة كونها أما بالرضاع ، وإن هو الا من فعل الرضاع فعل النسب ، لا فعل المصاهرة ، ضرورة أن علقة المصاهرة التي هي علاقة حاصلة بين كل من الزوجين وأقرباء الآخر منتزعه من وجود علقتين : علقة الزوجية ، وعلقة النسب ، فإذا وجدتا حدثت منهما علقة ثالثة هي الموجبة للحرمة ، وهي المصاهرة ، ففي المثال المتقدم : علقة الزوجية موجودة بالوهدان ، وعلقة النسب موجودة بالرضاع المنزل في تحقق عنوان الأمومة ، فحدثت من وجوديهما علقة المصاهرة ، فأوجب التحرم ، فالحرمة مسببة عن المصاهرة ، لا من الرضاع كي يتوجه أن الرضاع لا يفعل فعل المصاهرة ، وأين هو من فعل المصاهرة ، وإنما فعل فعل النسب من إحداث عنوان الأمومة للزوجة الرضاعية ، فهو من تنزيل الرضاع منزلة للنسب لا منزلة المصاهرة.

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

وكذا تحرم بالمصاهرة منكوبة الأب الرضاعي بعد تنزيله منزلة أبيه في النسب ، وبينت الزوجة المدخلولة بها من الرضاع لكونها ربيبة له بالرضاع بعد تنزيلها منزلة البنت بالنسبة . والجمع بين أخت الزوجة الرضاعية بعد تنزيلها منزلة الأخت النسبية ، ففي ذلك كله تحريم بالمصاهرة بعد إيجاد الرضاع علقة القرابة ، (ودعوى) اختصاص تحرم العناوين السبعة الرضاعية في الصدق بالنسبة الى من تحرم عليه ، أو اختصاص حرمة المصاهرة بما إذا كانت علقة القرابة حاصلة من خصوص النسب دون المنزل منزلته (موهونة) لأنه تقيد للأدلة من غير دليل.

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

التحريم لو أرضعت أمته الموطوءة زوجته الصغيرة حيث قال : ولو أرضعت أمته الموطوءة زوجته حرمتا . الى أن قال . ويحتمل قويا عدم التحرم بالصاهرة»^(١) .

قلت أما : حرمة الأمة ، فلكونها أما لزوجته بالرضاع المنزل منزلة أمها من النسب . وأما الزوجة ، فلكونها بنت موظئته بالرضاع ، إن كان اللبن من غيره ، وبنته إن كان اللبن منه ، فتحريمها في غير صدق البنية بالصاهرة ، لكن بعد تنزيل الرضاع منزلة النسب . ومنشأ ما احتمله قويا كونه من تنزيل الرضاع منزلة المصاهرة ، وهو توهم فاسد . كما عرفت .

الرابع : أركان الرضاع الموجبة لنشر الحرمة ثلاثة : الرضيع والمرتضعة وصاحب اللبن ، كأركان النسب المتحقققة بالولد والديه ، فتنشر الحرمة بالرضاع من الرضيع إليهما ، وإلى كل من أبيي كل منهما فصاعدا مطلقا نسبا ورضاعا ، خلافا للقواعد وثاني المحققين في شرحه في بعض صور الثاني . كما سترى . وإلى أولادهما فنازلا ، وإلى حاشية كل منهما ، ومن أبويهما دون أولادها لأن بنت العم والعمة . وكذا بنت الحال وخالة . لا يحر من عليه ، ومنهما إليه فنازلا من غير فرق في جميع الطبقات . صعودا وزولا . بين النسب والرضاع ، إذا وجد به العنوان الحرم بالنسب ، فالمرضعة أم للرضيع ، وصاحب اللبن أب له ، وآباءهما وأمهاتهما أجداد وجدات ، وإن وحدهما عم وعمة ، وخال وختلة ، وأولادهما إخوة له ، وأولادهم أولاد أخ أو اخت ، وأولاده بالنسبة إليهما أولاد ابن أو بنت لها فتنشر الحرمة في جميع ذلك نسبا ورضاعا على الشرط المتقدم .

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

وعنوان العمومة والخولة لكل من الأبوين ثابت له أيضا ، فعم الأم وعمتها عم له ، وعممه ، وحال الأب وخالته حال له وخالة . وان ترامت . فكل من العمومة والخولة لكل من الأبوين . وان ترامت بوسائل متعددة . تنزل منزلتهما بلا واسطة ، فتجري عليها أحكامها ، كغيرها من العناوين المتصاعدة والمتزايدة.

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

وبعبارة أخرى : يحرم على الإنسان ذو قرابته مطلقا ، الا فروع حاشيتي أصوله ، من غير فرق في ذلك كله بين النسب والرضاع . وكذا تحرم بالمساهمة على الزوج أصول الزوجة مطلقا . وفصولها مع الدخول بها والجمع بين الأخرين مطلقا ، وعلى الزوجة أصول الزوج وفصوله مطلقا في كل ذلك ، تنزيلا 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 ، در لبنيها عن نكاح ، أي وطئ صحيح ، غير حائل ، فلا تحرم بلبن الحنتي المشكل . لو وظفت شبهة ، لعدم إحراز الأنوثة ، سيما على القول بكونها حقيقة ثلاثة ، فضلا عن لبن الذكر أو البهيمة ولا الميّة ، ولو كانت امرأته لعدم صدق الإرضاع الم المصرح به في آية الرضاع ، ولا غير الموطوئة ، وان كانت ذات بعل . ولا الحائل ، وان كانت موطوئة بنكاح صحيح ، ولا مع الحمل أو الولادة ان كان من الزنا ، إجماعا . بقسميه . في ذلك كله ، وان تردد في اعتبار الحياة بعض ، وهو لا يضر بالإجماع المعتمد بدعوى غير

واحد ظهور الاتفاق عليه ، كما عن (كاشف اللثام) وغيره. مضافا إلى الأخبار الصحيحة ، أو بحكمها ، ففي رواية عبد الله بن سنان : «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 : سأله عن امرأة در لبنها من غير ولادة فأرضعت حاربة وغلاما من ذلك اللبن هل يحرم بذلك اللبن ما يحرم من الرضاع؟ قال : لا»^(٢) ورواه الصدق بإسناده : «عن ابن أبي عمير عن يونس بن يعقوب مثله»^(٣) وما رواه الشيخ : «عن يعقوب بن شعيب قال : قلت : لأبي عبد الله عليه السلام : امرأة در لبنها من غير ولادة فأرضعت ذكرانا وإناثاً أيحرم من ذلك الرضاع؟ فقال لي : لا»^(٤) وما رواه في الكافي أيضا : «عن بريد العجلاني في حديث قال : سأله أبا جعفر عليه السلام عن قول رسول الله صلى الله عليه وآله : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، فسر لي قال : فقال : كل امرأة أرضعت من لبن فحلها ولد امرأة أخرى من حاربة أو غلام ، 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) المصدر المذكور نفسه وبعد ذكر الحديث قال : ورواه الصدق .. إلخ.

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

(٥) الوسائل ، كتاب النكاح باب ٦ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث (٥) وتكميلة الحديث بعد ذلك : وكل امرأة أرضعت من لبن فحلين كانوا لها

ويتحقق : وطء الشبهة في نشر الحرمة بالصحيح على الأصح ، خلافاً للحلي ، لتردد
فيه^(١) ولعله للأصل ، والاقتصر على المتيقن في اللحوق به على النسب .
ويدفعه . مضافاً إلى دعوى الإجماع عليه المعتمد بالشهرة المستفيضة ومساواته له في
أغلب الأحكام . إطلاقات أدلة الرضاع أو عمومها مع الاقتصر على المتيقن من الزنا في
الخروج عنها وثبتت النسب بالشبهة واللبن عندهم يتبع النسب .
هذا : إذا كانت الشبهة لهما . وإن اختصت بأحدهما اختص به حكمه ، لثبت
النسب بالنسبة إليه ، دون غيره ، واللبن يتبع النسب .
فإن اختصت بها دونه حرمت هي على الرضيع لكونها أما له ، وكذا بناها نسبا
ورضاعاً من هذا اللبن ، لثبت الاخوة بينهم بالفرض من الأم ، وكذا من غيره على قول
الطبرسي^(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 الظهر 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 الحرمات : «فأما عقد
الشبهة ووطء الشبهة فعندي لا ينشر الحرمة ولا يثبت به تحريم المصاهرة بحال . وإنما أصحابنا رووا :
أنه يلحق به الولد ولا يجد فاعله ...».

(٢) هو أبو علي الطبرسي : 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 يكتفى في نشر الحرمة

وبالحملة : تحرم عليه المرضعة وأصولها وفروعها وحاشيتها وأصولها ، دون فصول الحواشي ، ولا تنشر الحرمة لو كان أنشى بينها وبين الفحل بالرضاع ، وإن حرمته عليه بالمصاهرة ، بناء على حصولها بالزنا السابق ، فبيتها من النسب تحرم عليه بالمصاهرة ، لكونها بنت موظئه ولو بالفجور ، فتحرم بيتها من الرضاع عليه أيضا بما تنزيلا للرضاع منزلة النسب ، فتحرم بالمصاهرة عليه وعلى أصوله دون فصوله ، إذ لا مصاهرة بينهم ، ولا اخوة بالرضاع. وكذا يختص حكم الرضاع بالفحل لو اختصت الشبهة به دونها.

ويحتمل غير بعيد عدم نشر الحرمة مطلقا ، ولو بالنسبة إلى من اختصت به ، لكونها بحكم من در لبنيه بنفسه لا تأثير له بعد بطلان النكاح بالنسبة إلى صاحبه ، فكانه أرضعه بلبنها من غير فحل أو بلبنه من غير أمومة. وعليه فلا تحرم بنت الموطوءة رضاعا على الواطئ ، وإن قلنا : بثبوت المصاهرة بالزنا لعدم تحقق الرضاع الناشر. حتى ينزل منزلة النسب ، بل ولا تحرم عناءين النسب أيضا لذلك ، فلا تحرم المرضعة على الرضيع ، وإن اختصت الشبهة بها دونه هذا : وهل يكتفى بالحمل ، في نشر الحرمة باللبن أو يعتبر فيه الولادة؟ قولان : نسب ثانيةما إلى الأكثـر ، بل عن الخلاف والغنية

الرضاعية اتخاذ المرضعة فقط ، أخذـا بعموم وإطلاق صدق الاخـوة بين جميع الذين أرضعـتهم من أباـنـها وـانـ كانت من فحـولـ متـعدـدة ، وـقـيـاسـاـ عـلـىـ تـحـريمـ التـناـكـحـ بـمحـضـ صـدقـ الاـخـوةـ النـسـبـيـةـ ، وـالـحـدـيـثـ النـبـوـيـ يـقـولـ : يـحرـمـ مـنـ الرـضـاعـ ماـ يـحرـمـ مـنـ النـسـبـ . وـلـكـ رـأـيـهـ هـذـاـ يـصـطـدمـ بـروـاـيـاتـ صـحـيـحةـ عـنـ أـهـلـ الـبـيـتـ عـلـيـهـمـ السـلـامـ تـقـيدـ ذـلـكـ إـلـاـطـلـاقـ المـدـعـىـ ، يـرـاجـعـ فـيـ تـفـصـيلـ الـمـسـأـلـةـ مـاـ ذـكـرـ فـيـ الـمـنـ مـنـ الـرـوـاـيـاتـ .

والسرائر ودعوى الإجماع عليه^(١). ولعله الأقوى لذلك ، مضافا إلى الأصل بعد تقييد المطلقات . لو سلم كونها مسوقة لبيان ذلك . بما دل على التقييد بما في الأخبار المتقدمة . ودعوى ورود القيد مورد الغالب فلا يفيده تقييدا : ليست بأولى من حمل المطلقات عليه ، فيبيعى الأصل سليما في غير مورد التقييد.

وعليه : فهل يعتبر أن تكون الولادة في محل يمكن أن يعيش فيه الولد ، أو يكفي انفصاله مع ولوج الروح فيه ، أو يكفي مطلقا ، ولو بالسقوط قبله؟ احتمالات : والأقوى الرجوع فيه إلى صدق الولادة عرفا.

هذا : ولا فرق في النكاح الصحيح بين كونه بعقد دائم أو منقطع أو بملك اليمين ونحوه ، إجماعا . بقسميه . وتنزيلا لللفظ (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 اعتبرناها في ولد المرضعة ، كما هو قول ، والا فمطلقا وان طالت أحوالا ، مع استمرار اللبن فيها أو على عوده بعد انقطاعه ، لأصالة بقاء اللبن على ما كان يحال عليه ، بل وان تزوجت

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

بآخر ، ما لم تحمل منه ، سواء زاد أم نقص أم انقطع ثم عاد ، لأن اللبن مما قد يزيد وينقص ، ولم يحدث ما يحال عليه ، فهو منسوب إلى الأول بل وإن حملت منه ، مع استمرار اللبن وعدم حدوث زيادة فيه ، فهو منسوب إلى الأول أيضا ، للأصل حيث لم يعلم تجدد ناقل عنه ، بل عن (التذكرة) : «لا نعلم فيه خلافا»^(١) ، بل وإن حدثت فيه زيادة يمكن استنادها إلى الحمل للأصل مع الشك في الاستناد ، خلافا للشافعي في أحد قوله : إن زاد بعد أربعين يوما فاللبن لهما عملا بالظاهر من أن الزيادة بسبب الحمل الثاني وفي (المسالك) . بعد حكايته عنه . قال : «وهذا قول موجه على القول بالاكتفاء بالحمل ، وإن كان العمل على الأول»^(٢).

(١) في البحث الثالث في اللبن من فصل الرضاع (الثاني) من أقسام مسألة إذا 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 للأول . سواء حملت من الثاني أم لم تحمل ولم نعلم فيه خلافا لأن اللبن كان للأول ولم يتجدد بما يجعله من الثاني ، فيبقى للأول».

(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 أيضا قطع به في (التذكرة) استصحابا لما كان .. ونقل عن الشافعي في ذلك قولين أحدهما مثل قوله والآخر أنه إن زاد بعد أربعين يوما من الحمل للثاني ، فهو لهما عملا بالظاهر من أن الزيادة بسبب الحمل الثاني فيكون اللبن للزوجين وهذا قول ..»

وفيه : ان الظاهر لا يلتفت إليه في مقابل الأصل حتى على القول بالاكتفاء . بالحمل ، لأن الاكتفاء بالحمل . على القول به . حيث لا يكون هناك ما هو أقوى منه في الاستناد إليه .

أما . لو انقطع اللبن عن الأول انقطاعاً بينا ، ثم عاد في وقت يمكن أن يكون للثاني ، فالمنسوب إلى قطع الأصحاب كما في (المسالك) إنه يكون للثاني ، وعلله فيه بأنه لما انقطع ثم عاد كان سببه الحمل فأشباه ما إذا نزل بعد الولادة ^(١) وهو جيد لانقطاع الأصل بانقطاعه عن الأول وبالحمل من الثاني يمكن استناده إليه والا حالة عليه ، . وحيثئذ . فنشر الحرمة به وعدمه مبني على الخلاف المتقدم في الاكتفاء بالحمل فيه أو اعتبار الولادة .

أما . إذا وضعت حملها فاللبن بعد الوضع للثاني خاصة ، وعن (التذكرة) «إجماع الكل عليه ، سواء زاد أم نقص انقطع أم اتصل» ^(٢) وعلله في (المسالك) بأن لبن الأول انقطع بولادة الثاني فإن حاجة المولود إلى 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 بينا 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 الأقسام . : «أن تحمل من الثاني وتلد فاللبن بعد الولادة للثاني خاصة . بالإجماع . قاله كل من يحفظ عند العلم سواء زاد أو لم يزد أو انقطع أو اتصل ، لأن لبن الأول انقطع بولادة الثاني فإن حاجة المولود إلى اللبن تمنع كونه لغيره» .

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

اللبن الى الوضع من الثاني كان ما قبل الوضع للأول مطلقا ، الا في صورة ما إذا انقطع انقطاعا بينما ثم عاد بعد الحمل الممكн فيه استناده إليه

وأما الثاني .^(١) فيعتبر في المرتضع : أن يكون سنه دون الحولين ويكتفى فيه تمامية رضاعه بتماميهما ، فلو ارتفع أو وقع المتمم بعدهما لم ينشر إجماعا . بقسميها . ومنقوله فوق الاستفاضة . ويدل عليه . مضافا إليه . الحديث المروي بطرق متعددة «لرضاع بعد فطام»^(٢) وما بمعناه الظاهر بحكم التبادر ، والسياق في إرادة ذلك ، دون ولد المرضعة .

ومراد به سن الفطام لا تتحققه ، فلو ارتفع قبلهما بعده أو بعدهما قبله^(٣) نشرت الحرمة في الأول ، ولم تنشر في الثاني ، بلا خلاف أجدده فيما ، الا ما يحکى عن ظاهر ابن أبي عقيل في الأول^(٤) ، وعن صريح

وهذا التعليل ليس للمسالك ، وإنما هو للتذكرة . كما مر عليك . وإنما نقله المسالك عن التذكرة حرفيًا 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 آنفا ، وقد سبق الحديث عن شروط النوع الأول منه (المرضعة) والثاني في شروط المرتضع .

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

(٣) أي قبل الحولين بعد الفطام ، أو بعد الحولين قبل الفطام .

(٤) هو الحسن بن علي بن أبي عقيل أبو محمد العماني الحنّاء ، من أعلام القرن الرابع المحرري ومن أساتذة الشيخ المفید . قدس سرهما .

الإسکافي في الثاني^(١) ونفى عنه البعد في (الكافية)^(٢) جموداً منهمما على لفظ 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 : لإرضاع بعد فطام قال قلت : جعلت فداك ، وما الفطام؟ قال : الحولان اللذان قال : الله عز وجل»^(٣). نعم يوافق قول الإسکافي خبر داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام «الرضاع بعد الحولين قبل أن يفطم يحرم»^(٤) الا انه مرمي في (التهذيب) بالشذوذ ، وهو موهون بإعراض الأصحاب عنه ، ولذا حمله في (الاستبصار) على التقية.

وهل : يعتبر الحولان في ولد المرضعة أيضا ، بمعنى اعتبارهما من ولادتها ، أم لا؟ قوله المشهور على الثاني ، وهو الأحوط ، بل الأقوى لإطلاقات أدلة الرضاع ، المتيقن تقديرها باعتبارهما في المرضع ، خلافاً لما عن التقى وابني زهرة ، وحمزة ، فذهبوا إلى الأول ، وعن الغنية الإجماع عليه ، مستندين في ذلك إلى إطلاق أو عموم حديث «لإرضاع بعد فطام» وإلى تفسير ابن بكر فيما ورد من سؤال ابن فضال منه في المسجد : «فقال له : ما تقولون في امرأة أرضعت غلاماً سنتين ثم أرضعت صبية

(١) هو محمد بن أحمد بن الجنيد أبو علي الكاتب الإسکافي المتوفى في الري سنة ٣٨١ هـ. وهو ومعاصره ابن أبي عقيل من قدماء الإمامية وأعاظم الطائفنة. وكثيراً ما كانا يخالفان فقهاء الإمامية في فتاواهم وآرائهم.

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

(٣) الوسائل ، كتاب النكاح باب ٥ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث رقم (٥).

(٤) المصدر المذكور حديث رقم (٧).

لها أقل من سنتين حتى تمت السنستان : يفسد ذلك بينهما؟ قال : لا يفسد ذلك بينهما لأنه رضاع بعد فطام وإنما قال رسول الله . صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ (لا رضاع بعد فطام) أي انه إذا تم للغلام سنستان أو الجارية ، فقد خرج من حد اللبن ولا يفسد بينه وبين من شرب لبنه»^(١).
وعليه فلا تنشر الحمرة لو بلغه أحدهما فضلاً عندهما ، وإنما تنشر فيما لو وقع الرضاع في الحولين من سن المرضع وولد المرضعة معاً.

وفيه : أن المورد ليس من المطلق أو العام حتى يتمسك بإطلاقه أو عمومه ، وإن توهם ذلك من ورود النكارة في سياق للنفي ، بعد أن كان أمر الفطام دائراً بين اعتباره في المرضع أو في ولد المرضعة ، بحيث لو تساوى الاحتمالان لكان مجملًا لا عاماً ، لأن النكارة المنافية هي لفظ الرضاع ، دون الفطام ، وعموم (لأرضاع) يتبع سعة المتعلق ، وتفسير ابن بكر . مع أنه اجتهاد منه لا رواية معارض بما عن (الفقيه) في تفسيره : إن معناه إذا 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 المنافاة بين التفسيرين ، لاحتمال أنه ذكر بعد الإفراد في مقابلة العامة الذين يحرمون برضاع الكبير ، وإجماع (الغنية) موهون بما عرفت ، فالأقوى ما عليه الأشهر ، بل المشهور وأما الثالث : وهو ما يعتبر في الرضاع فأمور .

منها . أن يكون الرضاع بلبن واحد وهو معتبر بوجهين :
(الأول) : اعتباره في القدر الحرم من الرضاعات ، وهو معتبر فيه على حدسائر الشروط المعتبرة في أصل التأثير ، بحيث لو تعدد الفحل فيه لم ينشر الحمرة مطلقاً حتى بين الرضيع والمرضعة ، واعتباره

(١) المصدر المذكور ، حديث رقم (٦).

بهذا الوجه موضع وفاق. الا من يكتفي في التحرير بسمى الرضاع أو الرضعة الواحدة ، وهو قول متوك . كما سيأتي . وتصوирه كما قيل . إذا أرضعته امرأة بعض الرضعات بلبن فحل ثم تزوجت باآخر بعد مفارقتها الأول وأرضعته تمرة الكمية المعتبرة بلبن الثاني مع عدم تخلل المنافى برضاع أجنبي في المدة الواقعية بين الرضعين مع فرض تغذيته بالماكول في تلك المدة فإن الرضاع . حينئذ . لا تأثير له في التحرير أصلا ، بل يعتبر في تأثير الرضاع اتحاد الفحل والرضعة معا في الكمية المعتبرة بلا خلاف فيه.

الثاني : هل يعتبر اتحاد الفحل أيضا ، في نشر الحرمة بين المرضعين أم يكفي فيه اتحاد المرضعة ، وان تعدد الفحل؟ قوله :

الأقوى كما عليه المشهور شهرة عظيمة : هو الأول ، بل حكاية الإجماع 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 منهما والرضعة وصاحب لبنه.

ويدل عليه . مضافا الى الإجماعات المعتمدة بالشهرة المحصلة فضلا عن المستفيضة .

صحيحه العجلي أو حستنه قال : «سألت أبا جعفر (ع) . إلى أن قال . فسر لي ذلك أي :
يحرم من الرضاع . إلخ ، 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 واحدا 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 ، وإنما هو من نسب ناحية الصهر رضاع ولا يحرم شيئا ، وليس هو سبب رضاع من ناحية لبن الفحولة

في حرم»^(١) وصحيحه الحلي : «سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يرضع من امرأة وهو غلام فهل يحل له أن يتزوج اختها لأمها من الرضاعة؟ فقال : إن كان المرأة رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحل واحد ، فلا يحل ، وإن كان المرأة رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحليين فلا يأس بذلك»^(٢) وموقعة عمار السباطي : «انه سئل الصادق عليه السلام ، عن غلام رضع من امرأة أبيح له ان يتزوج اختها لأبيها من الرضاعة؟ قال فقال : لا ، فقد رضعا جيما من لبن فحل واحد من امرأة واحدة؟ قال قلت : يتزوج اختها لأمها من الرضاعة؟ قال فقال : لا يأس بذلك ، ان اختها التي لم ترضعه كان فحلها غير فحل التي أرضعت الغلام ، فاختطف الفحلان ، فلا يأس»^(٣) مؤيدا ذلك بالعلة المستفادة من المعتبرة المستفيضة في نشر الحرمة مع اتحاد الفحل ، وإن تعددت المرضعة ، وهي كون اللبن للفحل وإن اتحاده هو المناط فيه.

خلافا للطبرسي فذهب إلى الثاني^(٤) وتبعه عليه (الفيض) في محكي مفاتيحه. وليس لهما دليل على ذلك إلا 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 محمد ابن عبيدة الهمداني : «قال : قال الرضا عليه السلام : ما يقول

أصحابك

(١) الوسائل ، كتاب النكاح باب ٦ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث رقم (١) والمراد بالعجي : هو بريد العجي .

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

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

(٤) أي عدم اشتراط اتحاد الفحل بل يكفي اتحاد المرضعة في التحرم.

في الرضاع؟ قال قلت : كانوا يقولون : اللبن للفحل حتى جاءكم الرواية عنك : انه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، فرجعوا الى قولك ، قال فقال لي : وذلك لأن أمير المؤمنين سألني عنها البارحة فقال لي : أشرح لي اللبن للفحل ، وأنا أكره الكلام ، فقال لي : كما أنت حتى أسألك عنها : ما قلت في رجل كانت له أمهات أولاد شتى فأرضعت واحدة منهن بلبنها غلاما غريبا أليس كل شيء من ولد ذلك الرجل من أمهات الأولاد الشتى محظى على ذلك الغلام؟ قال قلت بلى ، قال فقال أبو الحسن عليه السلام : مما بال الرضاع يحرم من قبل الفحل ولا يحرم من قبل الأمهات وإنما حرم الله الرضاع من قبل الأمهات وإن كان لبن الفحل أيضا يحرّم»^(١) التي لا تقاوم تلك الأدلة لإعراض الأصحاب عنها ، وموافقتها لمذهب العامة ، فهي محمولة على التقية ، حيث كان مذهبهم القوى بذلك ، على ما حكاه في (السرائر) حيث قال : «إن كان لأمه من الرضاع بنت من غير أبيه من الرضاع ، فهي أخته لأمه عند المحالفين من العامة لا يجوز له أن يتزوجها وقال أصحابنا الإمامية بأجمعهم : يحل له تزويجها لأن الفحل غير الأب وبهذا فسروا قول الأئمة عليهم السلام في ظاهر النصوص وألفاظها المتواترة : أن اللبن للفحل ، يريدون : لبن فحل واحد»^(٢) انتهى . فإذا ما عليه المشهور هو الأقوى ، وإن كان الاحتياط لا ينبغي تركه إذ لو لا لزوم تنزيل الأخبار على الفرض النادر ، بل الأندر ، لأمكن حملها

(١) الوسائل ، كتاب النكاح باب ٦ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث رقم (٩).

(٢) كتاب النكاح ، باب الرضاع ومقدار ما يحرم من ذلك وتتمة العبارة . وإنما إذا كان فحلان ولبنان فلا يحرّم».

على اعتبار اتحاد الفحل في القدر المحرم ، كما يشم ذلك من خبر (العجلبي) المشعر باعتباره في أصل النشر وللتأثير . ومن التقييد بوحدة المرضعة في الخبرين الآخرين مع عدم اعتبار وحدتها إلا في ذلك اتفاقا .

هذا وما أبعد . كما قيل . بين قول الطبرسي المكتفي في التحرير بواحدة المرضعة مطلقا حتى بين المرضعين ، وبين قول العالمة في القواعد من اعتبار اتحاد الفحل مطلقا ، حتى في غيرهما حيث قال : «العاشر لا تحرم أم المرضعة من الرضاع على المرضع ولا اختها منه ، ولا عمتها منه . ولا خالتها ولا بنتات اختها ، ولا بنات أخيها ، وإن حرم من بالنسبة لعدم اتحاد الفحل»^(١) انتهى .

وأغرب منه موافقة الشارع له في (جامع المقادس)^(٢) ، حيث التفت إلى جهة الأشكال ، وأجاب بما يكون ردا على نفسه حيث قال في شرحه : «أطبق الأصحاب على أن حرمة الرضاع لا ثبت بين مرضعين إلا إذا 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 العالى الكركي العاملى الملقب بالحقائق الثانى ، له كتب وممؤلفات فقهية وغير فقهية كثيرة ، وأهم كتبه الفقهية شرح قواعد العالمة في ست مجلدات المسماى بـ (جامع المقادس) طبع منها ثلاثة ، وبقى الآخر مخطوطا ، توفي يوم الغدير ١٨ ذي الحجة من سنة ٩٤٠ هـ . على الأصح . وكانت وفاته في النجف الأشرف ودفن فيها .

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

الوارد بذلك وحکينا خلاف الطبرسي ، فعلی هذا لو كان ملن أرضعت صبيا أم من الرضاع لم تحرم تلك الأم على الصبي لأن نسبتها اليه بالجدودة ائما يتحصل من رضاعه من مرضعته ورضاع مرضعته منها ، ومعلوم أن اللبن في الرضاعين ليس لفحل واحد ، فلا ثبت الجدودة بين المرضع والأم المذكورة لانتفاء الشرط فيتتفى التحرير. ومن هذا يعلم ، أن أختها من الرضاع وعمتها منه وخالتها منه لا يحرمن ، وان حرم من بالنسب ، لما قلناه من عدم اتحاد الفحل ، ولو كان المرضع أئشي لم يحرم عليه أبو المرضعة من الرضاعة ولا أخوها منه ولا عمها منه ، ولا خالها منه ، مثل ما قلناه ، فان قيل : عموم قوله عليه السلام : «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» يقتضي التحرير هنا ، وأيضا فإنهم قد أطلقوا على مرضعة المرضعة أنها أم ، وعلى المرضعة بلبن أبي المرضع : أنها أخت ، فتكون الأولى جدة ، والثانية حالة ، فيندرجان في عموم التحرير للجدة والخالة ، وكذا الباقي ، قلنا : الدال على اعتبار اتحاد الفحل خاص ، فلا حجة في العام . حينئذ . وأما الإطلاق المذكور فلا اعتبار به مع فقد الشرط ، فإنهم أطلقوا على المرضع أنه ابن للمرضعة ، وعلى المرضعة منها بلبن فحل آخر : أنها بنت لها أيضا ، ولم يحكمو بالأخوة المشمرة للتحرير بين البنت والابن لعدم اتحاد الفحل» انتهى .

وأنت خبير بما فيه ، لأن الأخبار الخاصة المخصصة لعموم حديث «يحرم من الرضاع» ونحوه التي عمدتها صحيحه الحلي ، وموثقة عمار^(١)

(١) أما صحيحه الحلي فهي «قال : سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يرضع من امرأة وهو غلام أيجمل له ان يتزوج أختها لأمها من الرضاعة؟ فقال : ان كانت المرأة رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحل واحد فلا يحمل وان كانت المرأة رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحلين

قد صرحتا بتحريم أخت المرضعة على المرضع إذا ارتفعتا من لبن فحل واحد ، ومن المعلوم أن لبن ارتفاع المرضعة معاير للبن المرضع منها بالفحولة . وبالجملة : فشرط اتحاد الفحل بهذا الوجه بناء على اعتباره لم يعتبر إلا في تحقق عنوان الاخوة بين المرضعين دون غيره من العناوين .

ومنها .^(١) الكمية ، وهي معتبرة عندنا ، إذ لا يكفي مسمى الرضاع في نشر الحرمة ، بل ولا الرضعة الواحدة ، وإن كانت كاملة بأن يمتلىء بطنه الصبي ويتبسلع ، خلافاً لمعظم أهل الخلاف في الأول ، فاكتفوا في النشر بمسماه ، وإن قل ، كأبي حنيفة وأصحابه ومالك والأوزاعي والشوري والبلخي والليث بن سعد . على ما حكى عنهم . بل عن الأخير دعوى إجماع أهل العلم على نشر الحرمة بمثل ما يفترض به الصائم ، راوين الفتوى بذلك عن علي عليه السلام ، وابن عباس وابن عمر ، مستندين إلى إطلاقات أدلة الرضاع من الكتاب والسنة .

وعن الشيخ في (التبیان) والحلی في (السرائر) حکایة ذلك عن

فلا بأس بذلك» وأما موثقة عمار السباطي التي سميت بالموثقة لأجله من حيث كونه فطحيها فهي : «قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن غلام رضع من امرأة ، أبخل له أن يتزوج أختها لأبيها من الرضاع؟ فقال : لا ، فقد رضعا جمِيعاً من لبن فحل واحد من امرأة واحدة .

قال : فيتزوج أختها لأمها من الرضاعة؟ قال . فقال : لا بأس بذلك إن أختها التي لم ترضعه كان فحلها غير فحل التي أرضعت الغلام ، فاختطف الفحلان ، فلا بأس» كلاماً 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 . فأمور منها . أن يكون الرضاع بلبن فحل واحد .. إلخ .

بعض أصحابنا ، ولم نعثر على القول به منا إلا ما يحکى عن المصري في (دعائيم الإسلام)

(١) انه روى عن أمير المؤمنين عليه السلام : أنه قال : «يحرم من الرضاع كبيه وقليله حتى المقصة الواحدة» ثم قال : وهذا قول بين صوابه من تدبره وقوله عليه السلام «لأن الله تعالى يقول **«وَأَمْهَاتُكُمُ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ»**» والرضاع على القليل والكثير. وبوافقه مكتبة علي بن مهزيار لأبي الحسن عليه السلام : «يسأله عما يحرم من الرضاع؟ فكتب إليه قليله وكثيره حرام» (٢).

وللإسکافي منافي الثاني . فيما حکى عنه . أنه قال : «قد اختلفت الرواية من الوجهين جميما في قدر الرضاع المحرم ، الا ان الذي أوجبه الفقه عندي واحتياط المرأة لنفسه : أنه كلما وقع عليه اسم رضعة وهي ملأه بطن الصبي أما بالملص أو الوجور محرم للنكاح». ولعله نظرا منه الى ما ورد في الضعيف . ب الرجال العامة والزيدية . «عن زيد بن علي عن آبائه عن علي عليه السلام : انه قال : الرضعة الواحدة كالمائة رضعة لا تحل له أبدا» (٣) والقوى : «الرضاع الذي

(١) هو النعمان بن محمد بن منصور قاضي مصر ، كان في بدء حياته مالكيًا ثم استبصر ، ويعرف بالقاضي النعمان أبي حنيفة الشيعي تميزا 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 يمتليء ويتبسلع»^(١) والحسن المضرر : «سألته عما يحرم من الرضاع قال إذا رضع حتى تمتليء بطنه فان ذلك ينبت اللحم والدم وذلك الذي يحرم»^(٢).

الا ان الجميع كما ترى ، إذ المطلقات . على تقدير كونها مسرقة لبيان ذلك . يجب تقييدها بما دل على اعتبارات التقديرات الآتية في التحرير ، والروايات المتقدمة . مع ضعف سندتها ، 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 سترى . بل وصريح بعضها عدم الاكتفاء بالرضعة أو الرضعتين المعتمدة بالإجماعات المحكية عن (الخلاف) (ونجح الحق) ومواضع من التذكرة .

ثم ان الكمية المعتبرة عندنا لها تقديرات ثلاثة : بحسب الأثر والزمان والعدد .
أما الأول ، فهو ما أنبت اللحم وشد العظم . ويدل عليه . مضافا إلى الإجماعات المستفيضة المحكية عن التذكرة والإيضاح والمسالك وتلخيص الخلاف وغيرها المعتمدة 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 وشد العظم»^(٣) والصحيح : «قلت :

(١) المصدر نفسه باب ٤ حديث (٢) وآخره هكذا : «حق يتسلع وعمليء وينتهي بنفسه» وهو مرسلاً ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السلام .

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

(٣) باب ٢ من أبواب ما يحرم من الرضاع من نكاح الوسائل حديث (١٤) .

فما الذي يحرم من الرضاع؟ فقال ما أنبت اللحم والدم»^(١) وصححه علي بن رئاب قال
قلت : ما يحرم من الرضاع؟ قال ما أنبت اللحم وشد العظم ، قلت فيحرم عشر رضعات؟
قال : لا ، لأنه لا ينبع اللحم ولا يشد العظم عشر رضعات»^(٢) والحسن : «لا يحرم من
الرضاع الا ما أنبت اللحم والدم»^(٣) ومرسلة ابن أبي عمير التي هي بحکم الصحيحه :
«والرضاع الذي ينبع 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 عشرا . إذا كان
متفرقات فلا بأس»^(٦) وخبر عبيد ابن زرارة : «عن أبي عبد الله عليه السلام : سأله عن
الرضاع ما أدنى

(١) بهذا المضمون تقريبا 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 ينبوه؟ فقال : لا ، فقلت : اثنان . أصلحك الله؟ فقال : لا ، قال : فلم أزل أعد عليه حتى بلغت عشر رضعات»^(١) بناء على مخالفة الجواب بما بعد (حتى) لما قبلها ، وخبره الآخر عنه أيضاً : «في حديث إلى أن قال . : فما الذي يحرم من الرضاع؟ فقال ما أنبت اللحم والدم فقلت : وما الذي ينبوت اللحم والدم؟ فقال كان يقال عشر رضعات ، قلت : فهل يحرم عشر رضعات؟ فقال : دع ذا ، ما يحرم من النسب فهو يحرم من الرضاع»^(٢).

إلى غير ذلك من النصوص ، ولا يضر اشتمال بعضها على الدم يدل العظم ، سيما بناء على إرادة الغريزي منه وهو الذي ينسب إليه الإنبات لا الذي يستحيل إليه الغذاء في الكبد قبل الانتشار منه إلى الأعضاء . كما في كشف اللثام ،^(٣) ولا الاقتصار 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 فيما . 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 جماعة الدين محمد بن الحسن بن محمد الأصبهاني المشهور بالفاضل الهندي المتوفى في أصبهان سنة ١١٣٧ هـ. والمدفون فيها . وقد وردت في بيان كمية الرضعة الحرجية التي تقدر بواحدة من ثلاثة : إما العدد أو إنبات اللحم أو اشتداد العظم . وأول الجملة هكذا . بعد استعراض روایات الباب . : «والمراد بالدم فيما . أي في حسنة حماد وصحیحة عبیدة . الغریزی ، وهو الذي ینسب إلیه الإنبات ..»

ثم الظاهر منها إرادة فعلية النبت لا أهلية الإنبات. فلو منع عنه مانع لمرض ونحوه لم تنشر الحرمة مع احتماله ، وهو الأحوط ، كما أن الظاهر أيضاً كونه الأصل في التقدير ، والأخيران معتبران من باب الامارة عليه كما يعطيه صريح بعضها.

وعليه ، فلو علم بتخلف الأثر عن التقديرين الآخرين ، فلا نشر للحرمة ، وتنشر لو تخلفاً عنه بأن حصل ، ولما يكمل العدد أو الزمان فيكونان مرجعين ما لم يحرز عدمه ، خلافاً لجماعة فاعتبروها أصولاً وأسباباً متعددة للتحريم بحيث لو انفرد كل منها عن أخيه نشرت الحرمة ، والآخرين فاعتبروا العدد أصلاً ، وظاهر النصوص هو الأول.

هذا وربما يقال : إن التقدير بالأثر إنما يناسب القول بكفاية الرضعة الواحدة ، بل المسمى ، لما هو مسلم عند الأطباء : من فعل الطبيعة في الغذاء بعد وروده في المعدة ، فإنه يطبخ فيها وينجذب صفوه بتوسيط العروق الماساريقا إلى الكبد ، وتبقى فضلته في قعر المعدة ، ثم يتضخم في الكبد وتتطيح طبخاً ثانياً ، فتنوعه إلى أربعة أنواع ، تعلوها رغوة صافية متلونة بالصفرة ، سميت صفراء ، وعاؤها المرارة ، ورسوبها السوداء متلون بالسوداء المشوب بالخضرة ، وعاؤه الطحال وما بينهما ، لا بمرتبة الرغوة في الصفرة ولا بمرتبة السوداء في الرسوب ، هو الدم والبلغم ، مما رق منه وتم نضجه تلون بالاحمراء ، وهو الدم ، وما لم يتم هو البلغم ولا وعاء لهما فينشر الدم مصاحباً للبلغم إلى أعضاء البدن ، فيختلف بدلاً عما تحلل من البدن ، فإن انقطع المدد عن الدم من الغذاء مدة بحيث لا يمكن استحالته بدلاً عما تحلل ، تخلف البلغم حينئذ عن الدم بعد تلونه بلونه في التحليل إلى ما يكون بدلاً عما تحلل ، حتى يأتيه المدد ، فالدم الحاصل من الغذاء . وإن قلّ . هو الناشر إلى البدن ويأخذ كل ذي قسط قسطه ، ويكون بدلاً لما

تحلل منه ، فيحصل النمو به لكل جزء من اجزاء البدن. وأين 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 لأهل الخبرة موازيما لما يحصل بالعدد أو الزمان ، إذ ليس موضوع الحكم هنا إلا كسائر موضوعات الأحكام الشرعية المبنية على الصدق العرفي دون المدافة الفلسفية. ولو سلم فلا يعلم حصوله مع احتمال فساده في مرتبة من المراتب المتقدمة بحيث يمنع عن الاستحالة الى ما يكون بدلا عما يتحمل من البدن وأصالة السلامه لا يثبت بها النمو الذي هو شرط التحرير.

هذا والمرجع في تتحققه هو أهل الخبرة ، والأقوى انه يعتبر فيه ما يعتبر في الشهادة من العدد والعدالة ، لاعتبار العلم بذلك ، أو ما يقوم مقامه. ولا يكفي الواحد ، وان كان عدلا أفاد الظن ، لعدم الدليل على الاكتفاء به.

ولشيخنا في (الجواهر) طريق آخر للعلم بتحققه 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 . مثلا . مع اختلال شرط الزمان والعدد ، كما إذا كانت الرضاعات ناقصة واشترطنا الكمال في المدة كالعدد أو تحقق الفصل في المدة قبل إكمال العدة ، وقلنا : بعدم اشتراط التوالي في النشر بالأثر ، فيحكم بالتحريم بهذا الطريق ، لأن العادة قاضية باستقلاله . مثلا . في إنبات 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 العادي بالنمو البالغ حد الأثر المعتبر شرعا 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 الجموع يبلغ الحد المعتبر ، وان تخلل بين النموات الحاصلة من الرضعات نوات حاصلة من غيرها ، لعدم اعتبار التوالي في التقدير بالأثر.

وفيه : ان ذلك انا يتم بعد إحراز مقدمتين : حدوث النمو بكل من الرضعاتلينضم بعضه إلى بعض ، وهو من نوع لاحتمال فساده في مرتبة من مراتب الطبخ ، والتضج في المعدة أو في الكبد أو في النشر الى حيث ينتهي إلى نمو البدن منه ، وقد عرفت أن أصالة الصحة لا تثبت النمو ودوامه بعد فرض حصوله إلى أن يبلغ المجموع القدر المعتبر ، وهو من نوع أيضا ، لأن البدن يتحلل منه ويختلف بدله وأصالة البقاء . مع أنه ضعف في ضعف . لا يثبت تحقق عنوان الشرط المعتبر في الأثر ، ولعله لذا لم يجعلوه طريقا للعلم به ، كما اعترف به هو . رحمه الله .

وأما الثاني^(٢) فهو التقدير بالزمان ، وهو رضاع يوم وليلة بحيث يرتفع كلما يحتاج إليه الصبي حتى يرتوي ، ويصدر بنفسه ، تنزيلا للرضاعة والرضاع في الأخبار على المتعارف ، وقوله (ع) : في مرسلة 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) أي من شروط المرضع ، فالشرط الأول . كما مر آنفا . هو المشار إليه بقوله : أن يكون سنه دون الحولين ..

«الرضاع الذي ينبت اللحم والدم هو الذي يرضع حتى يتملئ ويتضلع وينتهي بنفسه»^(١) كخbir ابن أبي يغفور : «سألته عما يحرم من الرضاع؟ قال : إذا رضع حتى يمتلئ بطنه فان ذلك ينبت اللحم والدم وذلك الذي يحرّم»^(٢) بناء على اعتباره كذلك في الكشف بالعدد أو الزمان عن الأثر ، ولو تبعدا ، والا فلو تحقق الأثر بغيرهما كفى في التحرير .

ويدل على التحرير بهذا التقدير . بعد الإجماع المستفيض نقله ، المعتمد بدعوى الاتفاق عليه من غير واحد . موثقة زياد بن سوقة : «قلت لأبي جعفر عليه السلام : هل للرضاع حد يؤخذ به؟ قال : لا يحرّم الرضاع أقل من رضاع يوم وليلة أو خمس عشرة رضعة متاليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد لم يفصل بينهما رضعة امرأة غيرها ، فلو ان امرأة أرضعت غلاما أو جارية عشر رضعات من لبن فحل واحد وأرضعنهم امرأة أخرى من لبن فحل آخر عشر رضعات ، لم يحرّم نكاحهما»^(٣) وضعف السند . مع أن الموثقة حجة .

محبور بعمل الطائفة بها فيه^(٤) وان عورض في العدد بروايات اخر . وما عن (المقنع) : انه «سئل الصادق عليه السلام : هل لذلك حد؟ فقال : لا يحرّم من الرضاع الإرضاع يوم وليلة أو خمس عشرة

(١) الوسائل ، كتاب النكاح باب ٤ من أبواب ما يحرّم بالرضاع حديث (٢).

(٢) المصدر نفسه حديث رقم (١).

(٣) المصدر نفسه باب ٢ من أبواب ما يحرّم بالرضاع حديث رقم (١).

(٤) أي بالموثقة في التقدير بالزمان.

رضعة متواليات لا يفصل بينهن»^(١).

والظاهر أنها 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 ما عليه عمل العصابة ، دون كل ما روی ، فإنه مختلف : ما أنبت اللحم وقوى العظم وهو رضاع ثلاثة أيام متواليات أو عشر رضعات متواليات محررات مرويات بلبن الفحل» وبخمسة عشر يوما في مرسلة الصدوقي . المحكمة عن (هدايته) : «أنه سئل الصادق عليه السلام : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب؟» «ولا يحرم من الرضاع الإرضاع خمسة عشر يوما ولigliyehn وليس بينهن رضاع»^(٢) لإعراض الأصحاب عنهمَا ، وتطرق الموهنات عليهمَا مع احتمال قطع الحديث على النسب في الثاني ، فيكون الباقى فتوى منه ، ولا موافق له عليه حيئذا.

ولا التحديد بسنة في صحيح علاء بن رزين عن الصادق (ع) : «سألته عن الرضاع ، فقال : لا يحرم من الرضاع إلا ما ارتفع من ثدي واحد سنة»^(٣) وان صح سنده الا أنه متترك العمل به معرض عنه ، مع اشتتماله على اعتبار وحدة الثدي المعلوم عدمه ، الا أن يكون كنایة عن وحدة المرضعة ، فيجب طرحه ، أو تصحيفه بالضم والتشدید أو بالكسر مع الإضافة إلى ضمير الارتضاع : على أن المراد في الحولين اللذين هما سن الرضاع والسنة فيه ، فيوافق خبر الحلبي عن الصادق (ع) :

(١) وأول عبارة (المقنع للصدوق) هكذا : «ولا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم وشد العظم» راجع : آخر كتاب النكاح منه. ومثله في الوسائل في باب ١ من أبواب 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 زرارة أو زرارة عنه (ع) أيضاً : «سألته عن الرضاع؟ فقال : لا يحرم من الرضاع الا ما ارتضعنا من ثدي واحد حولين كاملين»^(٢) بناء على إرادة حولي المرضع المعتبر فيهما وقوع الرضاع ، ولا فرق في اليوم أو الليلة بين الطويل منهما والقصير . لانجباره ابداً بالآخر . كيف ولو اعتبر التساوي بينهما وجوب حمل الآخر على يومي الاعتدال ، وما يقرب منهما في السنة ، وهو . مع بعده . ينافي كونه عالمة . نعم في الاكتفاء بالتلفيق . لو وقع في أثناء أحدهما لحصول المعنى أو وجوب الاحتساب من أولهما للأصل مع الاقتصار على المتيقن في الخروج عنه . قوله : اختار ثانيةما جدنا في (الرياض) تبعاً لجماعة ، ولعل الأول هو الأقوى والأقرب إلى اعتبار العدد في كونهما علامتين للأثر .

وأما الثالث :^(٣) وهو التقدير بالعدد ، فقد اختلفت كلمات الفقهاء بعد شذوذ القول بكفاية الرضعة للواحدة كما عرفت ، مع أن الواحد ليس من العدد ، وإن تألفت منه الأعداد ، على قولين :

بين قائل بالعشر ونسب ذلك إلى مشهور القدماء منهم : المغيد وابن أبي عقيل والمرتضى وسلام وابن البراج وأبي الصلاح وابن حمزة . على ما حكى عنهم . وهو المحكم عن المختلف والإيضاح ، واستقر به في الملة ، وهو أحد قولي ابن إدريس حيث قال : في أول النكاح من السرائر : «المحرم عشر رضعات متواليات في الصحيح من المذهب ، وذهب

بعض

(١) المصدر نفسه باب ٥ حديث (١٠).

(٢) المصدر نفسه باب ٥ حديث رقم (٨).

(٣) وهو الثالث من شروط المرضع ، وهي الأثر ، والزمان ، والعدد : المشار إليه . الآن .

أصحابنا الى خمس عشرة رضعة ، معتمدا على خبر واحد ، ورواية عمار بن موسى الساباطي ، وهو فطحي المذهب مخالف للحق ، مع أنها قد قدمنا أن أخبار الآحاد لا يعمل بها ولو رواها العدل ، فالاول مذهب السيد المرتضى وخيرته وشيخنا المفید ، والثانی خیرة شیخنا أبي جعفر الطوسي والأول هو الأظهر الذي يقتضيه أصول المذهب»^(١) وان قال . في أول باب الرضاع . : «الذی یحرم من الرضاع ما ینبت اللحم وشد العظم على ما یقدمناه ، فان علم ذلك ، والا كان الاعتبار بخمس عشرة رضعة على الأظهر من الأقوال ، وقد حکينا الخلاف فيما مضى إلا أنا اخترنا هناك التحریم بعشر رضعات ، وقویناه ، والذي أفتی به وأعمل عليه الخمس عشرة رضعة لأن العموم قد خصصه جميع أصحابنا المحصلين والأصل الإباحة والتحريم طارئ ، فالإجماع من الكل یحرم بخمس عشرة رضعة ، فالتمسک بالإجماع أولى وأظهر فان الحق أحق أن یتبع» انتهى . وهذا منه يدل على اضطرابه في المسألة :

وبین قائل بالخمس عشرة ، وهو خیرة الشیخ والعلامة في التذكرة والإرشاد والتبصرة والتلخیص ، وظاهر القواعد والتحریر والشرع ، بل اختللت کلماتهم في الأشهر من القولین : فعن المختلف والمقتصر ، وغاية المرام ونهاية السيد : ان العشر هو قول الأکثر ، وفي (الروضة) نسبته إلى المعظم ، وعن التذكرة وزبدة البيان ، والمفاتیح : أن المشهور هو الخمس

(١) فإنه قال : «ومن شروط تحريم الرضاع أن يكون ما ینبت اللحم ويشد العظم ، فان لم یحصل ذلك فيهما وليلة أو عشر رضعات» - هكذا أول العبارة ، وتكملتها : «لأن الرضاع يتناول القليل والكثير فالإجماع حاصل على العشر وتخصيصها ، ولأن بعض أصحابنا یحرم بالقليل من الرضاع والكثير ويتعلق بالعموم ، فالأظهر ما اخترنا».«.

عشرة : وعزاه في (كنز العرفان) إلى الأكثـر ، وفي (كنز الفوائد) إلى عامة المتأخـرين ، وفي المسالك : إلى أكثـرهم ، قال : «أكثـر الـقدماء على القول بالعشر» ودفع بذلك للتنافـي بين كلامـي العـلامة في المـختلف والتذكرة.

ومنـشـأ هذا الاختلاف اختلاف الأخـبار في ذلك : فمن ذهـب إلى العـشر استـدل .

بعد العمـومات . بـرواياتـ منها : روايةـ فضـيل بنـ يـسار : «عنـ الـباقـر عليهـ السـلام قالـ : لا يـحرـم منـ الرـضاعـ الاـ المـخبـورـ ، قـلتـ : وـماـ المـخبـورـ؟ قـالـ أـمـ تـربـيـ اوـ ضـئـرـ تـسـتـأـجـرـ اوـ أـمـةـ تـشتـرـىـ ، ثـمـ تـرضـعـ عـشـرـ رـضـعـاتـ يـرـوـيـ الصـبـيـ وـيـنـامـ»^(١) وـمـنـهاـ : المـوثـقـ عنـ عمرـ بنـ يـزـيدـ قالـ : «سـأـلـتـ الصـادـقـ عـلـيـهـ السـلامـ عـنـ الغـلامـ يـرـضـعـ الرـضـعـةـ وـالـثـتـيـنـ؟ فـقـالـ : لـاـ يـحرـمـ ، فـعـدـتـ عـلـيـهـ حـتـىـ أـكـمـلـتـ عـشـرـ رـضـعـاتـ ، قـالـ إـذـاـ كـانـتـ مـتـفـرـقـةـ فـلـاـ»^(٢) وـمـنـهاـ خـبـرـ هـارـونـ بنـ مـسـلـمـ عـنـ أـبـيـ عـبـدـ اللهـ عـلـيـهـ السـلامـ : «لـاـ يـحرـمـ منـ الرـضـاعـ الاـ مـاـ شـدـ الـعـظـمـ وـأـنـبـتـ الـلـحـمـ فـأـمـاـ الرـضـعـةـ وـالـرـضـعـتـانـ وـالـثـلـاثـ حـتـىـ بـلـغـ عـشـرـاـ إـذـاـ كـنـ مـتـفـرـقـاتـ فـلـاـ بـأـسـ»^(٣) وـمـنـهاـ خـبـرـ عـبـيدـ اـبـنـ زـرـارةـ عـنـ أـبـيـ عـبـدـ اللهـ عـلـيـهـ السـلامـ قالـ : «سـأـلـتـهـ عـنـ الرـضـاعـ مـاـ اـدـنـ مـاـ يـحرـمـ مـنـهـ؟ قـالـ : مـاـ أـنـبـتـ الـلـحـمـ وـالـدـمـ . ثـمـ قـالـ . تـرـىـ وـاحـدـةـ يـنـبـتـهـ؟ فـقـالـ : لـاـ ، فـقـلـتـ : اـثـنـانـ . أـصـلـحـكـ اللهـ . فـقـالـ : لـاـ ، قـالـ :

(١) الوسائلـ ، كتابـ النـكـاحـ بـابـ ٢ـ منـ أـبـوابـ ماـ يـحرـمـ بـالـرـضـاعـ حـدـيـثـ رقمـ (١١) باـخـتـلـافـ بـسيـطـ فيـ بـعـضـ كـلـمـاتـ الـحـدـيـثـ .

(٢) المـصـدرـ الـآنـفـ ذـكـرـهـ حـدـيـثـ رقمـ (٥)

(٣) المـصـدرـ الـآنـفـ الذـكـرـ حـدـيـثـانـ : رقمـ ٩ـ وـ ١٩ـ مـنـهـ ، وـفيـ كـلـ مـنـهـماـ هـارـونـ عـنـ مـسـعـدـةـ بـنـ زـيـادـ الـعـبـدـيـ .

فلم أزل أعد عليه حتى بلغت عشر رضعات»^(١) وعنها خبره الآخر . أيضا 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 يحرّم من النسب فهو يحرّم من الرضاع»^(٢).

ومن ذهب الى الخمس عشرة استدل بروايات : منها موثقة ابن سوقة المقدمة . ومنها موثقة عبيد بن زرارة «عن أبي عبد الله عليه السلام : قال سمعته يقول : عشر رضعات لا يحرّم شيئا»^(٣) ونحوه خبر ابن بكير عنه أيضا^(٤) ومنها : صحيحه علي بن رئاب عنه أيضا : «قال : قلت : ما يحرم من الرضاع؟ قال : ما أنبت اللحم وشد العظم ، قلت : فيحرم عشر رضعات؟ قال : لا ، لأنه لا ينبت اللحم ، ولا يشد العظم عشر رضعات»^(٥) ومنها مرسلة (المقنع) المقدمة في التقدير بالرمان .

والأخس في الجمع بين أخبار القولين . مع معارضتها ببعضها الدال على العشر بالمفهوم الذي لا يقاوم المنطوق في المعارضة والحصر في روایة فضيل المعلوم عدم اختصاص التحرير بما فيها مع اشتتمال سنته على محمد بن سنان المحروم عند الأكثر ، والتعليق بعدم الإنبات بالعشرة في صحيحه ابن رئاب ، الموجب لتقليل الخبر المعلل على غيره ، مع أقوائية سنته .

(١) المصدر الأنف الذكر حديث رقم (٢١).

(٢) المصدر الأنف الذكر حديث رقم (١٨).

(٣) المصدر الأنف الذكر حديث رقم (٣).

(٤) المصدر الأنف الذكر حديث رقم (٤).

(٥) المصدر الأنف الذكر حديث رقم (٢).

حمل أخبار العشر على التقبية ، كما يشعر به ، بل يومئاليه نسبته إلى قائل في قوله : «كان يقال» في خبر عبيد بن زراة ، سيمما قوله فيه : «دع ذا» والجواب بما لا يطابق سؤاله ، وليس إلا الاعتراض عن بيان عدم النشر بالعشر ، بذكر جملة أخرى على التقبية ، فإذا بطل النشر بالعشر انحصر العدد الحرم بخمس عشرة ، إذ لا قائل بالتحريم فيما بينهما من العدد ، والخمسة عشر مع دلالة النص عليه إجماعي ، بل لا خلاف في التحرير به .

ثم انه يعتبر في العدد : التوالي ، بمعنى عدم تخلل رضعة من امرأة أخرى ، إجماعا ، وللموتفقة المتقدمة المصرحة به ، وبتفسيره ، وبذلك فلا يقدح تخلل غيرها من المأكول وغيره للأصل ، ولتفسيره في النص بما عرفت .

وفي اختصاص القدر بتخلل الكاملة منها ، لوحدة المراد منها ومن الرضعة المعتبرة في العدد بحسب السياق بعد تنزيلها على التعارف ، أو يعمها والناقصة أيضا ، فيقدح تخلل مسامها لنفي الطبيعة الموجب لنفي جميع أفرادها ، ولعله الأقوى .

وجهان : بل قولان . وهو معتبر أيضا في التقدير بالزمان ، لكن بمعنى عدم تخلل مطلق المأكول والمشروب ، رضاعا كان أو غيره في المدة المضروبة حدا لا للتقيد به في الموتفقة ، والا ، لا اختص القدر بما فسر به مع ظهور تخصيص التقيد به بالحملة الأخيرة ، بل لأن ذلك مقتضى انطباق الرضاع في المدة المزبورة .

وتقييده بامرأة واحدة من لبن فحل واحد :

توضيحه : أن القدر الحرم . أياما كان من التقديرات الثلاث . يعتبر فيه . بالنص والإجماع . اتحاد الفحل والرضعة معا ، فلو تلفق العدد . مثلا . من مرضعتين ، بطل الاحتساب ، وان اتحد الفحل ، كما لو

ارتضع ما دون العدد من مرضعة ، وارتضع المكمل كذلك من غيرها ، لم تنشر الحرمة ، وان اتحد الفحل ، لعدم صدوره بذلك أبا ، ولا المرضعات أمهات لانتفاء الشرط الموجب لانتفاء المشروع ، بخلاف ما لو ارتبط من واحدة تمام القدر من لبن فحل ، ومن أخرى دونه من ذلك اللبن أيضا ، تحققت الأبوة للفحل ، والأمومة للأولى ، لوجود شرط التحرير ، ولم يتحقق الأمومة للثانية ، لفقد الشرط. وان حرمت على المرتضع لو كان ذكرا لا لكونها أمه ، بل لكونها منكوبة أبيه.

وبالجملة : رضاع القدر المحرم لا بد أن يكون من مرضعة واحدة. وحيث يتحقق ذلك في العدد ، وان تخلل المأكول فيه ما لم يتخلل الرضاع في أثنائه ، احتاج إلى قيد التوالي بهذا المعنى فيه ، ولا يتحقق ذلك في الزمان مع تخلل الغذاء مطلقا ، لعدم انطباق الرضاع معه على تمام المدة ، الذي معناه أن يرتبط كل ما يحتاج إليه من لبن امرأة واحدة ، فإن يكن بغير اللبن لم يكن رضاعا ، وان كان منه بالرضاع أجنبية ، لم يكن من امرأة واحدة فقوله : «رضاع يوم وليلة من امرأة واحدة» يعطى منافاة التخلل مطلقا 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 أصلا ، حتى الرضعة والرضعتين في التقدير بالمرة ، لصدق رضاع يوم وليلة عرفا مع التخلل المذكور ، فضلا عن تخلل غيره.

(١) أوائل كتاب النكاح في شروط الرضعات العددية والزمانية ، شرح قول المحقق «ويعتبر في الرضعات قيود ثلاثة».

وفيه : مساواة اعتبار الزمان هنا للزمان في ضرب المسافة ، ويوم التراوح مع فرضه حدا للرضاع الواقع فيه ، المحمول بيان كميته بعد امتناع رضاع مستمر في تمام المدة على التغذى به كلما احتاج اليه ، وإلا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة ، بعد أن كان الظرف حدا 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 الإسکافي والشيخ في المحکي عن موضع من (مبسوطه) ، دون الموضع الآخر فاكتفيا بالوجور ، ولعله (المرسل) عن الصادق عليه السلام : «وجوز الصبي اللبن بمنزلة الرضاع ^(١) الموهون . مع إرساله . بإعراض الأصحاب عنه ، واحتمال إرادة التغذى في المنزلة و (لدعوى) شمول الرضاع له ، فيدخل تحت إطلاقات أدلة التحرير بالرضاع ، الممنوع صدقها عليه بحكم العرف ، وتبادر الغير منه ، (ولحصول) الإثبات الموجب للتحريم به ، فيحکم بوجود المعلول بعد وجود عنته ، وهو مسلم ان كانت العلة مطلقاً النشوء لا النشوء الخاص الحاصل من الرضاع المتبادر منه غيره ، مع كونها من العلة المستحبطة التي لا تعوّيل عليها ، لاحتمال أن يكون الرضاع مدخليّة في التحرير بالأثر كما للحمل أو الولادة مدخلية في التأثير ، بل ولا يجدي الوجور من الثدي إلى حلق الصبي ، ما لم يكن بالتقامه الثدي وامتصاصه ، بل ولا بد أن يكون على النحو المتعارف ، بل قد يشكل لو التقم وامتص من الثدي لا من موضع معتاد ، لو فرض ثقب فيه فضلاً عن غير الثدي ، لخروجه عن إطلاقات أدلة الرضاع بعد تنزيله على

(١) الوسائل ، كتاب النكاح باب ٧ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث رقم (٣).

المتعدد ، فضلاً عما لو أدخل اللبن في جوفه من ثقب ونحوه أو أكله جبنا ونحوه ، لعدم صدق الرضاع على ذلك كله.

ومنها : أن يكون الرضاع بلبن غير ممزوج بغيره بحيث يخرجه عن عن اسمه ، ولو في فيه بسكر ونحوه ، بل ولو بلعابه المخرج له عن إطلاق اسم اللبن عليه.

المبحث السادس : هو انه لا فرق في التحرير بالرضاع بين سبقه على النكاح أو لحوقه له ، فكما يبطل به النكاح ابتداء ، يبطل به استدامة من غير خلاف أحده فيه ، بل الإجماع . بقسميه . عليه .

مضافاً إلى إطلاقات أدلة الرضاع الشاملة للتحرير به حدوثاً ودوماً وخصوص الخبرين المتقدمين : صحيحه الحلبي أو حسته عن أبي عبد الله عليه السلام : « قال لو أن رجلاً تزوج جارية رضيعة 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 يترب على وقوعه قهراً من دون تخلف فيه ، وترتبط الحكمة على العنوان الحاصل به ضروري لا يدانه شك ولا شبهة من غير فرق بين كون التحرير بالرضاع أو بالمصاهرة بعد تنزيل الرضاع فيها منزلة النسب . كما تقدم . الأول : لو كانت له زوجة صغيرة فأرضعتها من يفسد نكاحها بالرضاع كأمه وجدته وأخته وزوجة الأب والأخ إذا كان بلبنهما ، فإنه يفسد نكاحها . حينئذ . لصيورتها أختاً أو عمّة أو حالة على الأولين ، وبنت أخت على الثالث وأختاً أو بنت أخي على الآخرين ، فيبطل به لا حقاً كما يبطل به سابقاً ، لما عرفت من تضافر النصوص والفتاوي بذلك

وفي سقوط مهرها وعدمه أو التشطير وجوه ، بل لعلها أقوال :

وتفصيل المسألة هو ان المرضعة : إن اختص السبب الحرم بما بأن انفردت به ، كما لو سعت بنفسها إلى ثدي المرضعة فامتصت منه بدون شعورها كما لو كانت نائمة أو بحكمها ، فالوجه سقوط مهرها ، وعلله بأن الفسخ جاء من قبلها ، فكان كالردة قبل الدخول ^(١).

ويحتمل التشطير ، لأنه فسخ قبل الدخول فأشبه بالطلاق المنصف للمهر ، والموت .

على القول به.

(١) الردة . بالكسر . الاسم من الارتداد عن الدين ، وأصحاب الردة . على ما نقل . منهم : من ارتد عن الإسلام إلى الجاهلية ، ومنهم من أنكروا فرض الزكاة بعد النبي (ص) . والتفصيل في محله . والمرتد عن الإسلام إلى الكفر قسمان : إما عن فطرة الإسلام ، فيقتل في الحال وتعتذر زوجته حين الارتداد عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته . وإن تأخر قتلها ثواب لا تسقط هذه الأحكام بتوبتها لكنها مفيدة لظهورها بذنه وصحة عباداته وتملكه الجديد . وأما المرتد عن غير فطرة ، بل عن ملة بأن كان كافرا فأسلم ثم ارتد ، فيستتاب عدة مرات ، فان تاب ، وإلا قتل في الرابعة وتعتذر زوجته عدة الطلاق ، فان تاب في العدة رجعت الزوجية ، وإن بانت منه ، ولا تقسم أمواله إلا بعد القتل . عن رسالة الأحكام لسيدنا الوالد . قدس سره . وفي الحديث عن أهل البيت عليهم السلام : «كل مسلم بين المسلمين ارتد عن الإسلام وجحد محمدا (ص) بتوبته» وكذبه ، فإن دمه مباح لكل من سمع ذلك منه ، وامرأته بأئنة منه فلا تقربه ويقسم ماله على ورثته وتعتذر امرأته عدة المتوفى عنها زوجها وعلى الإمام أن يقتله إن أتى به إليه ولا يستتبه» 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 إنما ثبت في الطلاق لدليله ، فلا يقاس به غيره.

ويضعف بعدم مدخلية القصد في حكم الوضع ، لأن غايته عدم الإثم ، لا عدم السقوط ، فإذا الأقوى : السقوط كما عليه الفتوى.

وان اختص السبب بالمرضعة ، بأن انفردت بإرضاعها 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 متמורה وإن قوبلت أحياناً بالمال. ولعل الأظهر ، 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 إليها بما يغنم لها ، لو قلنا بعدمه للضرر الوارد عليه من قبلها.

(ودعوى) ثبوت غرامة المهر إنما هو بالعقد لا بالفسخ الطارئ كما في (المسالك) فلا ضرر من قبلها (ضعف) لأن الإقدام منه بالعقد إنما هو على المهر المعوض بالمنفعة أو الانتفاع ، وهو ليس بضرر ، وإنما الضرر دفعه بلا عوض ، الموجب لتضييعه عليه ، وهو مسبب عن فعلها.

وعليه فيرجع بما يغنم من المسمى ، زاد على مهر المثل أو لا ، ويحتمل الرجوع بمهر المثل فيما لو زاد المسمى فإن الزيادة ضرر أقدم عليه بالعقد وإنما الفائت عليه بفعلها ما يساوي مهر المثل أو الأقل منه من المسمى .

لا يقال : إن دفع الزيادة إنما كان بإزاء المعوض من البضع ، ولو لخصوصية دعته إليه ، والفرض أنه لم يسلم له ذلك.

لأننا نقول : ان الخصوصية داعية الى الإقدام على الضرر وتحمله لا أن دفع الزائد معها ليس بضرر كي يقال : دفعه بدونه ضرر جاء من قبلها .
 وان كان إرضاعها لضرورة كالخوف عليها من التلف ، فقد قيل بعدم ضمانها هنا ،
 وان قلنا بضمانها ، لو قصدت به الإفساد ، لأن الفعل جائز لها ، بل واجب عليها ، فكان
 كما لو حفر بئرا في ملكه ، فإنه لا يضمن المتردي فيها ، مضافا الى كونها محسنة «**ما على**
المُحْسِنِينَ مِنْ سَيِّلٍ»^(١).

وفيه : وضوح الفرق بين المقام المستلزم لصدق الإتلاف والضرر على الزوج ، وبين حفر البئر غير المستلزم المتردي فيها ، والإحسان . لو سلم إيجابه الجبران في المقام فغايته الرجوع على الصغيرة في مالها بما تغرم للزوج ، لا عدم ضمانها له بما أضرته به أو أتلفته عليه ، ولو اشتراكا في السبب ، فستعرف الكلام فيه ان شاء الله .

الثاني : لو كان له زوجتان : كبيرة ، وصغرى فأرضاخت الكبيرة الصغيرة . حرمت الكبيرة مؤبدا ، لأنها صارت أم زوجته ، وأم الزوجة محرمة أبدا ، والصغرى كذلك ، ان كان الرضاع بلبنة أو لم يكن ولكن دخل بها ، لأنها على الأول بنته ، وعلى الثاني ربيته التي دخل بأمها ، وكل منهما لا ينفك التحرير عنه ، وان لم يدخل بها انفسخ به نكاح الصغيرة أيضا ، لامتناع نكاح الأم وبنتها ، وإبطال أحدهما بالخصوص ترجيع بلا

(١) فقرة من آية (٩١) من سورة التوبة ، وقامت الآية هكذا : «**لَيْسَ عَلَى الْضُّعَفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنْفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ ، مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَيِّلٍ وَاللَّهُ عَفُورٌ رَّحِيمٌ**» أي ما عليهم سبيل بالحجفة والعقوبة والمؤاخذة بحكم إحسانهم وتفضلهم .

مرجح ، فكان كما لو عقد عليهما دفعه ، من غير فرق في البطلان بين الحدوث والدوم ، وجاز له تجديد العقد عليها ، لأنها حينئذ ربيبة لم يدخل بأمها ، ومثلها يجوز العقد عليها. ويدل عليه ما تقدم : من النص ^(١) وخبر علي بن مهزيار : «عن أبي جعفر عليه السلام ، قال قيل له : إن رجلاً تزوج بحارية صغيرة فأرضعتها امرأته ، ثم أرضعتها امرأته الأخرى ، فقال ابن شبرمة : حرمت عليه الحارية وامرأته ، فقال أبو جعفر عليه السلام : أخطأ ابن شبرمة ، تحرم عليه الحارية وامرأته التي أرضعتها أولاً ، فأما الأخيرة فإنها لا تحرم عليه ، لأنها أرضعتها وهي بنته» ^(٢).

وهذه النصوص كافية في إثبات المدعى : من إبطال النكاح السابق بالرضا عن اللاحق. وضعف سند الأخير ^(٣) واشتماله على ما يمكن المناقشة فيه على التخاطئة في تحريم الثانية لكونها مرضعة لبنته دون زوجته لبينونتها بإرضاع الأولى بتقريب : أنه إنما يتم بناء على اعتبار فعليّة الزوجة في تحريم أمها على الزوج ، وهو منوع ، بل يكفي في التحريم كونها أم امرأته ولو كانت زوجة بمنع اعتبار التلبيس بالمبده في قوله تعالى «وَأَمْهَاتُ نِسَائِكُمْ» كما

(١) إشارة إلى صحيح البخاري : «لو أن رجلاً تزوج حارية رضيعة فأرضعتها امرأته فسد نكاحه» وخبره الآخر : «رجل تزوج حارية صغيرة فأرضعتها امرأته أو أم ولده قال تحرم عليه».

(٢) الوسائل ، كتاب النكاح باب ١٤ من أبواب ما يحرم بالرضا عن 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 الحبر ، والعمل بمضمونه في إثبات المدعى لتصريحه بانفساخ نكاح الصغيرة ، والأولى من المرضعين.

وبالجملة : لا إشكال في حكم المسألة بعد وضوح مدركتها : من تطابق النصوص والفتاوي عليه.

فلا يلتفت إلى ما عسى أن يقال على تحريم الكبيرة مؤبداً لصيرورتها بالإرضاع أم الزوجة : بأنه بمجرد صدق الأمية والبنوية يتحقق انفساخ النكاح ، فيستحيل صدق أمية الزوجة فعلاً ، ضرورة استلزم صدق الأمية فسخ الزوجية ، لأنه أول آنات صدق البنوية.

أو يقال على انفساخ نكاح الصغيرة أيضاً ، مع عدم الدخول بأمها المرضعة بعد الموجب لانفساخ نكاحها ، مع اقتضاء الأصل بقاءه واحتصاص الأم بالانفساخ بناء على تعليم الزوجة لمن كانت زوجة^(١) لتحقق سبب التحرير فيها وإبقاء الربيبة على عقدتها الأول من غير حاجة إلى تجديد العقد عليها لصحة نكاح الربيبة ، مع عدم الدخول بأمها ، وإن عقد عليها أولاً ، ثم انفسخ عقدتها ، ولا يقاس المقام بالعقد على الأم وبنتها دفعه لعدم التأثير في كل من العقددين الموجب لعدم تحقق الزوجية لكل منهما.

إذ ذلك كله . مع انه اجتهاد في مقابل النص^(٢) يدفع الأول منهما :

(١) وإن لم تكن بالفعل زوجة ، بل هي ربيبة غير مدخول بأمها ، فتكون الأم . على هذا . مشمولة لقوله تعالى : في تعداد المحرمات من النساء . «**وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ**» فتحرم : وذلك على اختيار أن المشتق حقيقة في الأعم ما

تلبس بالمبเดأ بالفعل وفيما انقضى عنه المبدء وتلبس بالفعل بغيره.

(٢) تلك النصوص المشار إليها آنفاً من خبر ابن مهزيار وغيره.

أولاً : أنه يكفي في التحرير 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 ، والعلول متأخر عن العلة بالذات ، وإن افترنا بالزمان ، وهذا القدر من التأخر - ولو طبعاً . كاف في تحقق سبب التحرير . والثاني منها : بأن المانع هو امتناع اتحاد زمان زوجية الأم وبنتها ، وهو كما يمنع عن تأثير العقددين ابتداء كذلك يمنع عن دوام أثرهما ، وبعد الانفساخ لا مانع عن تجديد العقد على البنت ما لم يدخل بأمها.

هذا : وقد تقدم الكلام في ما يتعلق بشبه مهر الصغيرة حينئذ وسقوطه مطلقاً ، أو على التفصيل المتقدم ، وأما الكبيرة ، فيثبتت مهرها بعد الدخول مطلقاً وقبله أيضاً ، إن لم يكن الفسخ من قبلها ، وإلا فيسقط كلها مطلقاً ، ولو كان لضرورة ، لأن الفسخ كان من قبلها ، والتشطير خلاف الأصل . ومع الضرورة فالأقوى فيه السقوط أيضاً ، بعد أن كان الفسخ من قبلها . نعم لا يعد رجوعها على الصغيرة في مالها بما تضررت بالإحسان عليها . ولو استند التحرير إلى فعليهما ، بأن كان السبب الحرّم مشتركاً بينهما كأن أرضعتها الكبيرة مختارة عشر رضعات ، ثم انفردت الصغيرة بخمسة آخر من غير شعور الكبيرة بناء على التحرير بالخمس عشرة .

يتحمل الحوالة في التحرير على الأخير ، فتكون العشرة حينئذ شرطاً في تتحقق التحرير بالأخير ، وعليه فحكم الكبيرة حكم النائمة في إرضاعها العشر التي ثبتت مهرها ، لعدم كون الفسخ من قبلها ، ف تكون 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 ، ويثبت لها الثالث ، ان لم نقل بالتشطير للفرقة قبل الدخول ، ويسقط الباقي أيضا بالفرقة ، ان قلنا به ، لأنه أقل من النصف الساقط بها ، ويسقط من الصغيرة بفعلها الثالث ويثبت لها الثلثان على الزوج ، ان لم نقل بالتشطير وان قلنا به فيثبت لها عليه السادس ، لسقوط الثالث بفعلها والنصف بالفرقة فيسلم السادس لها من المهر .

ويحتمل العكس في ترتيب التقسيط على التشطير : بتقاسم السقوط بالفرقة على السقوط بالفعل ، وحينئذ فيسقط من مهر الصغيرة النصف بالفرقة ثم الثالث بفعلها ، فيثبت لها على الزوج ثلث المهر ، ويسقط من الكبيرة . حينئذ . النصف بالفرقة ثم الثلثان بفعلها فيبقى لها السادس من مهرها ، وفي رجوع الزوج بما يغرمه 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 بوجهه ، ان تم كان مقتضاه السقوط مطلقا ، وان لم يكن الفسخ من قبلها حيث قال في الفرع الأول : « ولو انفردت المرضعة بالارتساع مثل أن سعت إليها فامتصت ثديها من غير شعور المرضعة سقط مهرها بطalan العقد الذي باعتبار استدامته يثبت استدامة استحقاق المهر ، بل كل عقد يتعقبه الفسخ والانفساخ من طرف أو طرفين يبطل تسببه ، ومنه الإقالة والخيار في البيع المقتضي رد الشمن إلى المشتري ، والمبيع إلى البائع ، بل ذلك روح البطلان الذي هو كالصحة ، المستلزم حصولها في طرف ثبوتها في الطرف الآخر ، ومن هنا لم يذكر أحد في المقام وجها لثبوت المهر»^(١) انتهى .

(١) هذه الجملة بمجموعة من متن الشائع وشرح الجواهر ، ذكرها

قلت : ما ذكره شيخنا وجهاً لذلك وحيه ان عد عقد النكاح من عقود المعاوضات حقيقة ، وليس كذلك لأنه عقد شرع حدوث علقة الارتباط بين الزوجين من حيث انتفاع كل منهما بالآخر بالانتفاع الخاص من وطئ ونحوه ، وان شئت قلت : حقيقته تسليط كل منهما صاحبه على نفسه من حيث الانتفاع الخاص به ، غير ان تسليط الزوجة للزوج على نفسها كذلك أوجب انتفاء سلطتها التي كانت لها على نفسها قبله ، واختصت السلطنة على الانتفاع الخاص بالزوج ، بخلاف الزوج فإنه باق على ما كان عليه من سلطنة التسليط على نفسه ولذلك صارت الزوجة مملوکاً بضعها للزوج بهذا المعنى ، لأن الانتفاع بها مختص به ، ووقع التعبير عن ذلك بالهبة في قوله عز من قائل «**وَهَبْتُ نَفْسَهَا لِنَبِيٍّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَكْحِهَا**»^(١) وهذا التسليط منها مرة يكون مجاناً فتكون مفوضة وأخرى يعطي بإزاره شيء يكون المبذول لها كالتحلة فتكون ، حينئذ ممهورة ، وليس الغرض المقصود من العقد إلا التناكح والتناسل غالباً دون تملك المهر ، ولذا لا يبطل العقد ببطلانه أو الإخلال به ، ولا يعد ركناً من أركانه ، بخلاف المعاوضة التي ليست معناها الا تبديل مال بمال ، الموجب لرجوع كل بدل إلى صاحبه ببطلان التبديل وانتفاء البدالية ، ولذا كان كل من العوضين ركناً من العقد.

في أحكام الرضاع ومسائله العشرة من كتاب النكاح ، في شرح قول المحقق : «الرابعة الرضاع المحرّم يمنع من النكاح سابقاً ، ويبيطله لاحقاً»

(١) آية (٥٠ من سورة الأحزاب) وأول الآية هكذا «**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَخْلَلْنَا لَكَ أَزْواجَكَ الَّذِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكْتُ يَمِيلُكَ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكَ وَبَنَاتِ عَمَّاكَ وَبَنَاتِ خَالِكَ وَبَنَاتِ خَالِتِكَ الَّذِي هاجَرْنَ مَعَكَ وَأُمَّرَأً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبْتُ ..**».

وان أبيت إلا كونه معاوضة ، فالمعوض نفس التسلیط الحاصل بالعقد لطرو الانفساخ في الأشياء غير أنه لو كان من قبلها كان ذلك منها رفعاً لتسلیطها ورجوعها عن فعلها عرفاً ، وليس كذلك لو لم يكن من قبلها . نعم لو كان عوضاً عن السلطنة الحاصلة بالتسلیط أمكن دعوى الرجوع به مطلقاً ، لاستلزم بطلان المعوض بطلان العوض.

وبعبارة أخرى : المهر . بعد تسلیمه . يكون عوضاً عن التسلیط الذي هو فعلها ، ولذا كان الإيجاب منها ، وبعد تتحققه بالعقد وفرض صحته فالاستدامة لأثره ، وهو التسلط والسلطنة ، وبطلان الاستدامة بالفسخ الطارئ لا من قبلها يشبه تلف المعوض بعد التسلیم ، ولا كذلك لو كان من قبلها ، فإنه رجوع منها عرفاً عما فعلته ، وإبطال لما بذلتة ، فلا تستحق المهر حينئذ ، ولذا تراهم فصلوا في سقوط المهر وعدمه : بين كون الفسخ من قبلها ، وعدمه مع كون بطلان استدامة العقد المستلزم لرجوع كل من المعاوضين إلى صاحبه بمريء منهم ومنظر . فافهم .

الثالث : لو كانت له زوجة كبيرة فأرضعت له زوجتين صغيرتين حرم من عليه أجمع ، ان كان الرضاع بلبنه ، وكذا إن لم يكن ، ولكن كان قد دخل بالكبيرة ، لصيروحة الكبيرة بذلك أم زوجته ، والصغيرتين بنتيه . على الأول . وبنتي منكوحته على الثاني مطلقاً ، من غير فرق بين ما لو ارتفعت دفعة أو على التعاقب ، لأن الثانية حينئذ أيضاً ، ربنته التي قد دخل بأمهما . وان لم يكن قد دخل بها وكان اللبن من غيره حرمت الكبيرة مؤبداً ، لكونها أم زوجته ، وانفسخ نكاح الصغيرتين ، ان ارتفعت دفعة لعدم اجتماع نكاح الأم وبنتها في وقت ، وجاز تحديد العقد على كل منهما لأنهما ربستان لم يدخل بأمهما ، وان كان على التعاقب حرمت الكبيرة وانفسخ نكاح الأولى دون الثانية ، لأنها صارت ريبة بعد انفساخ زوجته

المريضة ، ولم يدخل بأمها ، 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 مؤبدا ، ان كان بلينة ، أو لم يكن ولكن دخل بإحديهم ، لأنها : إما بنته أو ربيته التي دخل بأمها ، والأولى من المرضعتين مؤبدا مطلقا ، وان لم يدخل بها لأنها أم زوجته وتحرم الثانية أيضا على المشهور شهرة عظيمة ، لصدق «**وأمهات نسائكم**» عليها الشاملة لمن هي أم زوجة فعلا أو صارت أم من كانت زوجة ، لأن الإضافة تكفي في صدقها أدنى الملابسة مع منع جريان «**نسائكم**» المضاف بمجرى المشتق . أولا . ولو سلم جريانه مجراه ، فمنع اعتبار التلبس في صدق المشتق . ثانيا . ولو سلم فمنع اعتباره في المقام . ثالثا . وان اعتبرناه في غيره لعدم اعتباره في «**نسائكم**» في آية تحريم الريائب بالص والإجماع ، (والتفكيك) بينهما : بدعوى عدم استلزم صرف ظهور أحدهما بقرينة صرف ظهور ما لم تقم عليه قرينة (ركيك) تأبه وحدة السياق ، مضافا إلى ما يظهر من موارد التحرير بالمشاهدة كون السبب مجرد حدوث علقيتي النسب والزوجية وما يحكمها في الخارج ، ولا دليل على شرطية اتحادهما في الزمان . بل يمكن أن يستدل عليه في المقام بحديث «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» لأن أم الزوجة في النسب محمرة ، فأمها من الرضاع كذلك من غير فرق بين سبق الأمومة ولحوقها ، غير أن الأمومة من النسب لا يمكن فرض تحقق عنوانها بعد الزوجية لتأخر التكowين . بخلاف عنوان الأمومة من الرضاع ، ولذا تحرم الريبة لو تأخر حدوث عنوان البنية والأمية عن انفساخ الزوجية .

وقيل . كما عن الشيخ في (النهاية) وابن الجنيد . : لا تحرم الثانية لأنها أرضعتها ، وهي بنته . نعم هي أم من كانت زوجة ، فلا تحرم : أما بناء على اعتبار التلبس بالمبتدء في صدق المشتق . وقد عرفت ما فيه ، أو لخبر علي بن مهزيار . المتقدم . الصریح في ذلك ^(١) . وفيه . مع ضعف سنته بصالح بن أبي حماد أنه مرسل ، لأنه في (الكافی) رواه عن أبي جعفر عليه السلام ^(٢) وأبو جعفر . عند الإطلاق يراد به الباقي . عليه السلام . مؤیداً بكون المخطئ ابن شبرمة الذي أدركه . عليه السلام . ولو أريد به الجواد عليه السلام ، لأن ابن مهزيار أدركه ، لم يعلم أنه أخذ منه ، لظهور كلمة (رواه) في غيره فالإرسال محقق على التقديرين . ولعله لذا أعرض المشهور عن هذه الفقرة من مضمونه . فالأقوى : ما عليه المشهور : من تحريم الثانية أيضاً .

ومما ذكرنا يظهر موقع التأمل في كلام شيخنا في (الجواهر) حيث اختار عدم تحريم الثانية ، قائلاً . بعد الاستدلال بخبر ابن مهزيار : ما لفظه :

(١) أبي في عدم الحرمة وذلك بصراحة ذيله القائل : «فاما الأخيرة فإنها لا تحرم عليه لأنها أرضعته وهي بنته» . والتعليق يعطي اشتراط فعلية التلبس في المشتق .

(٢) وكذلك في الوسائل : كتاب النكاح باب ١٤ من أبواب 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 فأرضعها امرأته ، ثم أرضعها امرأة له أخرى؟ فقال ابن شبرمة : حرمت عليه الجارية وامرأته ، فقال أبو جعفر عليه السلام : أخطأ ابن شبرمة : تحرم عليه الجارية وامرأته التي أرضعها 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 مصدق قوله تعالى «وَرَبِّكُمُ الَّذِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ الَّذِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ» وبين قوله «أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ» فإن الأولى صادقة قطعا على بنت من كانت زوجة ، بخلاف الثانية ، الظاهرة في اعتبار اجتماع الأمية والزوجية ، خصوصا مع اشتراطبقاء المبدء في صدق المشتق ان شابهه ، على أنه قد عرفت انحصر المحرّم في الرضاع بما يحرّم من النسب ، وليس في النسب من انحصر صدقها في أم من كانت زوجة ، إذ أم المطلقة . مثلا . ليس حرمتها بذلك بل لتحقق الصدق قبل الطلاق وهو سبب التحرير مؤبدا فليس حرمتها لأنها أم من كانت زوجته بل لأنها كانت أم زوجة فعلا .. بخلاف الريبة ، فإن 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 تحرير الريأب كلمة «دَخَلْتُمْ بِهِنَّ» فيها.

وأنت خبير بأن الدخول لا مدخلية له في صدق «نِسَائِكُمْ» على من كانت زوجة ، إن اعتبرنا التلبس في صدق المشتق حقيقة.

الخامس : لو كانت له زوجة صغيرة فأرضعتها أمته الموطوءة ، حرمت الموطوءة مؤبدا ، لأنها أم زوجته ، والصغرى أيضا كذلك مطلقا لأنها : إما بنته أو ربيته التي دخل بأمها إلا أنه لا يرجع هنا على الموطوءة بمهر الصغيرة ، لو ثبت لها عليه مهر ، وان قلنا بالرجوع على الكبيرة بمهر

(١) هذه الجملة شرح لقول الحق في أخريات المسألة الرابعة من أحكام الرضاع . «لو كان له زوجتان زوجة رضيعة فأرضعتها إحدى الزوجتين أولا ، ثم أرضعتها الأخرى حرمت المرضعة الأولى والصغرى دون الثانية ، لأنها أرضعتها وهي بنته».«

الصغرى في الفروع المتقدمة ان كانت الأمة مملوكة له ، لأن السيد لا يثبت له على مملوكته مال ، إلا إذا كانت مكابحة مطلقا ، ولو كانت مشروطة ، لصيورتها بحيث يمكن له الاستحقاق عليها وإن كانت موطدة بالعقد أو بالتحليل فيستتبع به بعد عتقها.

خلافاً لشيخنا في (الجواهر) حيث مال إلى الاستبعاد مطلقا ولو كانت مملوكته ، عملاً بقاعدة الضمان في إتلاف المال^(١).

وهو ضعيف ، للفرق الواضح بين مملوكته وملوك غيره ، لأن الأول لا يمكن الاستحقاق له عليه ، والثاني لا يمكن الاستيفاء منه ، لزاحة حق مالكه المقدم على حقه ، فيستتبع بعد العتق ، لعدم المزاحمة حينئذ. ولو قيل بتأخر الاستحقاق في الأول إلى العتق ، لزم تخلف المعلول عن علته.

السادس : لو كان لاثنين زوجتان : كبيرة وصغرى ، فطلق كل منهما زوجته ، وتزوج بالأخرى ، ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة الرضاع الحرم حرمت الكبيرة عليهما مطلقا ، وإن لم يدخلها ، لصيورتها أم زوجة بالنسبة إلى أحدهما ، وأم من كانت زوجته بالنسبة إلى الآخر ، بناء على الأقوى : من التحرير بذلك ، وحرمت الصغيرة عليهما ، إن دخلاها ، وعلى من دخل ، أن احتضن الدخول بأحد هما ، لصيورتها ربيته التي دخل بأهمها ، كما أنه لو فرض اللبن لأحد هما صارت بنتا.

بقي هنا مسائل : الأولى . إذا قال : هذه أختي من الرضاع أو بنتي أو

(١) قال . في شرح قول المحقق في أحكام الرضاع من كتاب النكاح : «الخامسة : لو كانت له أمة بطالها ، فأرضعت زوجته الصغيرة حرمتا جميعاً عليه ، ويثبت مهر الصغيرة ، ولا يرجع به على الأمة .. إلا أن الإنفاق عدم خلو ذلك عن التأمل ، إن لم يكن إجماعا ، ضرورة اشتراك ضمانه مال الغير ، ويتبع به بعد العتق أن اعتق ..».

أمي مع إمكان ذلك . بأن لا يكذبه الحس بحسب سنهما على وجه لا يمكن ارتضاعهما من لين واحد ، أو ارتضاعها من لبنيه أو ارتضاعه منها إذ لا أثر لقوله . حينئذ . فلا يخلو : اما . أن يكون الإقرار منه قبل العقد عليها أو بعده . وعلى التقديرتين : فاما أن تصدقه ، أو تكذبه ، أولاً بأن لا يعلم الحال . ولو كان بعد العقد : فاما أن يكون قبل الدخول بها أو بعده . وعلى التقديرتين ، فاما أن يكون قد سمى لها مهراً أو لا ، وعلى التسمية : فاما أن يكون المسمى بقدر مهر المثل أو أكثر منه أو أقل .

فنقول : أما إذا كان قبل العقد ، حكم بتحريمها عليه ظاهراً مطلقاً صدقته أو لا ، فلا يجوز له التزويج بها ، وإن أكذب نفسه ، لعموم نفوذه : «إقرار العقلاة على أنفسهم». نعم لو أظهر لدعواه تأويلاً محتملاً بأن قال : «إن اعتمدت في الإقرار على قول من أخيري ، ثم تبين لي أن مثل ذلك لا يثبت به الرضاع «وأمكן في حقه ذلك ففي (المسالك) احتمل القبول لإمكانه ، إلا أنه قال بعده : «وأطلق الأصحاب عدم قبوله مطلقاً ، لعموم : إقرار العقلاة على أنفسهم جائز وعليه العمل»^(١) انتهى وقوى 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 الأصحاب : «وفيه أن المتيقن من الخبر المزبور إلزم المقر بما أقر به من أقر له مع المخالفه له ، لا أن المراد به إلزمـه بذلك ، وإن وافقه المقر له على الكذب في الإقرار . إلى أن قال . بعد نقل كلام العـلامة وشارحيه واستغرابـه منهم عدم احتمالـهم القبول في هذه الصورة ونقل ما عن أبي حنيفة القبول مطلقاً ، وانه على

(١) راجع ذلك في شرح قول المحقق . في المسألة السابعة من أحـكام الرضاع : «إذا قال : هذه أختي من الرضاع».

إطلاقه غير جيد : ضرورة عدم قبوله مع المخاصمة . ما لفظه . : «نعم ما قلناه في صورة التصديق على الكذب في الإقرار لا يبعد قوله في المقام وفي غيره من المقامات من البيع والملكية والوقفية والزوجية ونحو ذلك ، بل إن لم يقم إجماع ، أمكن دعوى القبول في حال عدم العلم من الخصم فضلاً عن صورة الموافقة له على الإقرار الصوري ، والمسألة محتاجة إلى تأمل تام في غير المقام من أفرادها»^(١) وقال قبل ذلك في صدر المسألة : «فإن أكذب نفسه ووافقته المرأة على ذلك ، احتمل قوياً جواز النكاح لأنحصر الحق فيهما».

قلت : تنفيح هذه المسألة : هو أن يقال : الرجوع عن الإقرار مرة يكون بإنكاره نفس الإقرار الذي هو فعل من أفعاله ، وأخرى بإنكاره لما أقر به من البيع أو الوقف ونحوهما ، ومرة ثالثة بإنكاره لصحة الإقرار بدعوى صورية إقراره أو كونه مكرها عليه ، ونحو ذلك من الدعاوى المستلزم ثبوتها بطلان الإقرار.

لأكلام في عدم قبول إنكاره في الصورتين الأوليين يعني عدم الإصغاء إليه ، لكونه إنكاراً بعد إقرار.

وأما الصورة الأخيرة ، فالأقوى قبول قوله بمعنى الإصغاء إليه كسائر الدعاوى المسموعة ، لكن على موازين القضاء . فيطالب بالبينة ، وعلى المنكر اليمين حيث يتوجه عليه ، ولذا يثبت لو صدقه المنكر ، لأنحصر الحق فيهما كما ذكره في (الجواهر) ولعله على غير هذه الصورة ينزل إطلاق كلام الأصحاب ، لو سلم ، وحينئذ فيبطل نفوذ الإقرار وأثره بالنسبة إليهما ، دون غيرهما ، لعدم ثبوت الزوجية في الواقع ، حتى يجوز لأم الزوجة

(١) راجع العبارة بطولها في شرح المسألة السابعة من كلام الحق . كما أشرنا إليه .

مثلا . الكشف عن معاصمها عنده» بخلاف ما لو أقام على دعواه بينة أو حكم بثوتها الحاكم ، فإنه يبطل بذلك الإقرار من أصله في الواقع .

وان كان بعد العقد ، وكان قبل الدخول ، حكم عليه بالتحريم ، لنفوذ الإقرار في حقه ، فان صدقته فلا شيء لها من المهر ، لبطلان العقد وكذلك ان لم تصدقه ، ولكن أقام على ذلك بينة أو حلف اليمين المردودة لو ادعى عليها العلم بذلك فأنكرت مع ردها اليمين ، والا فلا ينفذ الإقرار في حقها ، فلها المهر كاما ، لثبوته بالعقد ، أو النصف على القول بالتشطير الفسخ قبل الدخول ، سيما وقد جاء من قبله .

وان كان بعد الدخول ، وصدقته على ذلك ، فالعقد باطل : فان اعترفت بالعلم قبله ، فلا شيء لها عليه ، لأنها بغي بالدخول ، وان ادعت تحدد العلم لها بعده قبل قوله . وحينئذ : فيحتمل ثبوت المسمى لها ، بناء على أن العقد هو سبب ثبوت المهر ، لأنه مناط الشبهة ، فكان كالصحيح لتضمين البعض بما وقع عليه التراضي في العقد .

ويحتمل . ولعله الأقوى . ثبوت مهر المثل مطلقا ، وان زاد على المسمى لبطلان العقد الموجب لبطلان ما تضمنه من المهر ومنع إلحاق الشبهة بالصحيح إلا في عدم الإثم وبعض الأحكام ، فيتضمن لها قيمة المثل ، جريا على قاعدة ضمان تلف الأموال وما بحكمها ، أو الرجوع إلى المسمى ، ان ساواه ، أو كان أقل منه ، لقدومها على الرضاع عن البعض بالأقل ، فلا يلزمها الزائد .

ويضعف بأن مهر المثل هو المعمول شرعا في قيمته ، ورضاهما بدون وجه شرعي لا عبرة به .

وان كذبته في إقراره ، لم ينفذ في حقها إقراره ، ولم يجز لها التزويج من غيره ، وجاز لها مطالبتها بحقوقها ، وان لم يجز له مطالبتها بحقوقه ، لمنافاتها إقراره النافذ في حقه ، الا أن يقيم بينة على ما أقر به

فيثبت بها بطلان النكاح الموجب لبطلان حقوقها عليه الا المهر ، فيثبت لها بالدخول حسبما تقدم من مهر المثل أو المسمى مطلقاً أو على التفصيل ولو أكذب نفسه بإبداء التأويل المحتمل في حقه في صوري : ما بعد العقد قبل الدخول ، وبعده ، وصدقته في التكذيب ، فالكلام فيه ما تقدم من تصديقها لتكذيب نفسه في الصورة المتقدمة قبل العقد.

هذا كله في الممهورة ، ومنه يعلم حكم ما لو كانت مفوضة في جميع الصور المتقدمة ، والله العالم.

الثانية : لا تقبل الشهادة على الرضاع وإن وصفه بالحرم مطلقة ، بل لا بد أن تكون مفصلة بأن يشهد على الارتضاع في الحولين من الشדי خمس عشرة رضعة أو عشر رضعات متاليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد بلبن الحمل أو الولادة عن نكاح صحيح أو بحكمه ، من غير خلاف أجده من تعرض لهذا الفرع.

وعلى وجه الاختلاف الكبير بين الفقهاء فيما يعتبر في التحرير به من الشروط : فقد يعتبر عند الحاكم في الرضاع ما لا يعتبر فيه عند الشاهد : لما اجتهادا أو تقليدا منه لغيره.

وأشكّل عليه باستلزم ذلك اعتبار ذكر التفصيل في غيره من الشهادات أيضا ، لسريان العلة في غيرها من أغلب موارد الشهادة ، قال في (المسالك) . بعد التعليل بذلك : «ومثل هذا ، ما لو شهد الشاهدان بنحوه الماء مع الاختلاف الواقع بين الفقهاء فيما تحصل به بحاسة» ^(١) وفي (الجواهر)

(١) في شرح المسألة الثانية منه للمحقق من أحکام الرضاع . من كتاب النكاح . وهي قوله : «لا تقبل الشهادة بالرضاع إلا مفصلة ،» قال الشهيد الثاني . قدس سره . في كلام له قبل هذه الجملة المذكورة في المتن ، واعلم أن ما ذكر من اعتبار التفصيل يتم مع اختلاف مذهب الشاهد

بعد ذكر عدم قبولها إلا مفصلة ، والتعليق بذلك ، وحكاية ما تقدم من (المسالك) قال : «وصريحه كظاهر غيره سرارة المسألة في كل ما كان المشهود به ذا شرائط مختلف فيها أو أسباب كذلك ، ومنه حيئذ الملك والبيع والوقف والزوجية والطلاق ونحو ذلك مما يقطع الفقيه بملاحظة إفرادها بعدم اعتبار التفصيل في الشهادة بها ، ومنه ينقدح الاشكال فيما نحن فيه . الى أن قال . بعد المبالغة في الاشكال على الفرق بين المقام وغيره : «فالمتجه طرد الحكم في الجميع نحو ما سمعته من (المسالك) إذ احتمال الخصوصية في الرضاع لم تتحققها»^(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 بحملة غير مفصلة ، والظاهر أن اعتبارهم التفصيل في الشهادة على الرضاع مستند إلى النص لدلالة بعض الظواهر عليه كما بناه (في رسالة الرضاع).

لمذهب الحاكم في الشرائط واحتمال الاختلاف أما مع العلم باتفاقهما على الشرائط كما لو كان الشاهد مقلدا للحاكم فيها موثقا ببراءة مذهب فالوجه عدم الافتقار الى التفصيل وان كان أحivot ، خروجا من خلاف الأصحاب حيث أطلقوا اشتراطه ، ومثل هذا ...».

(١) تجد هذه العبارة بتفصيلها في شرح المسألة الثامنة المذكورة للمحقق من مسائل الرضاع في النكاح.

(٢) القائل : آقا محمد علي المزارجبي المازندراني (منه). ولد ١١٨٨ وتوفي سنة ١٢٤٥ هـ. من مؤلفاته الكثيرة : تعليقته المفصلة على (روضة الشهيد الثاني) من الطهارة إلى الديات (منا)

والعجب منه أنه في (رسالته الرضاعية) استند في اعتبار التفصيل إلى وقوع السؤال من الإمام عن عدد الرضعات من أخير بوقوع رضاع بين اثنين.

وأنت خبير بأن عدم قبول قول من أخير بالرضاع لا يستلزم عدم قبول من أخير بوقوع الرضاع الحرم 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 الحرم ، 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 وننوه 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 إخبار عن ثبوت النسبة بحسب علمه واعتقاده ، إذ لا طريق له إليه إلا العلم ، وتصديق خبره بما دل على تصديق خبر العادل ، ليس معناه إلا تصديقه في علمه به وكونه معتقد و沐ِّلُوماً له ، وأين ذلك من ثبوت المخبر به في الواقع مع وقوع الخطأ فيه كثيراً ، إلا إذا تعلق بالمحسوسات أو بما كان متنهما إلى المبادي الحسية^(١)

(١) فالمحسوسات واضحة الأمثلة ، وأما المتنمية إليها من الحدسيات كإثبات الملائكة النفسية . مثل العدالة والعفاف ونحوهما . من طريق المبادي المحسوسة المتمثلة بالأعمال الخارجية .

اللهم الا أن يكون مفاد دليل «صدق العادل» تصديقه في المخبر به وكونه مطابقا للواقع ، وهو اثنا يتم حيث يكون المخبر به من الأمور الحسية أو المتهمة إليها ، لأن احتمال الكذب منفي في حق العادل بما دل على تصديقه ، واحتمال الخطأ منفي بالأصل لندرة وقوعه في الحسوسات ولغوية احتماله فيها عند العقلاء ، ولذا خص الأكثر اعتبار الشهادة فيما كان المشهود به من الأمور الحسية أو متنهما إليها.

وأما الثاني فالمشهور به : مرة يكون له واقع لا يختلف باختلاف الآراء والأنظار ، كالملكية والزوجية ونحوهما وإنما الاختلاف في بعض أسبابه ، وأخرى يكون مما لا واقع له متفقا عليه ، بل تتحققه واقعا يختلف باختلاف الآراء كبعض الأسباب الشرعية ، فإن البيع بالفارسية . مثلا . عند بعض سبب ، وعند آخر غير سبب .

فإن كان المشهود به من القسم الأول ، قبلت الشهادة به مطلقة ، لأنه شيء متعدد له واقع غير مختلف فيه ، يمكن استناده في تتحققه إلى الحس ، فلا يكلف بالتفصيل ذكر السبب .

ولا كذلك لو كان من القسم الثاني لعدم ثبوت واقع إلا بحسب معتقده فلا بد من ذكره مفصلا في شهادته به حتى يعلم موافقته فيه للحاكم وعدمه وليس معنى تصديقه في هذه الصورة إلا تصديق خبره دون المخبر به .

ومن الثاني الفسق ، والعدالة بناء على أنها عبارة عن حسن الظاهر ^(١)

(١) العدالة في اللغة معناها الاستقامة والاعتدال في كل شيء وعدم الجحور والانحراف يميناً وشمالاً وفي مصطلح الفقهاء . حيث أخذوها شرطا في كثير من المسائل والأحكام كمسألة التقليد وإماماة الجماعة والطلاق والشهادات - اختلف في حقيقتها : إنها الملكة النفسانية الباعثة على إتيان الواجبات وترك المعاصي ، أو أنها فعل الواجبات وترك المحرمات عن

لتوقفهما على معرفة المعاصي حتى يكون مرتكب واحد منها فاسقا ، ومتجنب الكل ظاهرا عادلا ، وكم من فعل يكون معصية عند بعض ، ولا يكون معصية عند آخر ، فلعل الشاهد استند في تفسيقه إلى صدور فعل منه يراه معصية بالاجتهاد أو التقليد ، ولا يراه الحاكم معصية ، وفي تعديله بحسن الظاهر عنده لتجنبه ظاهرا عن جملة أمور لا يرى غيرها معصية حتى يكون ارتكابه

ملكة ، أو أنها الاستقامة العملية والسلوك في حادة الشعير بإتيان الواجبات وترك المحرمات ، أو أنها : الإسلام وعدم ظهور الفسق في الخارج ، أو أنها : حسن الظاهر فحسب ، ولكل من هذه الآراء قائلون وأدلة وصلات بإخبار أهل البيت عليهم السلام : ولو أمعنا التأمل والتحقيق في هذه الآراء الخمسة لمخضت عن رأين متعارضين فقط ، فإن الأولين ربما يجتمعان في مفهوم واحد ، فيخضع أحدهما للآخر وتكون الحصيلة : أن العدالة نتيجة عمل خارجي وانطواء نفسي ، والآخرين ، الظاهر أنهما من الطرق الكاشفة عن حقيقة العدالة ، لا هي نفسها ، كما أن للعدالة طرقا أخرى تكشف عنها غير حسن الظاهر وعدم ظهور الفسق ، وهي العلم ، والبينة والثائق والاطمئنان ، والشیاع والاستفاضة . على ما قبل.

ثم اختلفوا . في المعاصي التي تخدم العدالة ، هل تنقسم إلى صغيرة وكبيرة أم كل الذنوب كباقي؟ وإنما الاختلاف بينهما نسي.

ثم اختلف القائلون بالتقسيم في المائذن بينهما فالمشهور : إن الكبيرة ما توعد عليها النار في الكتاب ، وقيل : محض التوعيد ، سواء من الكتاب أم من السنة. وقيل : الكبيرة هي ما رتب لها في الشريعة حد معين وقيل : الكبيرة : هي المعلومة الحرمة بدليل قاطع كإجماع أو كتاب أو سنة ، وقيل : غير ذلك في تعريف الكبيرة ، وبالمعاكسة تعرف الصغيرة لأن الكبير والصغر من المعاني المترادفة التي يعرف أحدهما بمعاكسة الآخر

معصية ، ويراه الحاكم معصية نعم على القول بأنها هي الملكة ، تقبل الشهادة بما مطلقة ، لأن لها واقعية كالملكية والزوجية.

ومنه أيضا : سببه الرضاع للتحريم ، فكم من رضاع يراه بعض سببا للتحريم شرعا ، وينكره الآخر ، ولا يرى سببته له شرعا ، فلا تكفي شهادته الرضاع الحرام إلا مفصلة بذكر سبب التحرم من الكمية والكيفية.

هذا مع أن ما كان من القسم الثاني يؤول . في الحقيقة . إلى الفتوى فان ترتيب المترتب على ما يراه سببا فتوى منه بذلك واجتهاد في سببية السبب وهو غير مقبول ولا متبع . ولا كذلك ما كان من القسم الأول ، فإنه له واقع يشهد بشبوته وتحققه في الواقع ، ولا تؤول الشهادة عليه إلى الفتوى والاجتهاد.

نعم لو ان ما كان من القسم الثاني يجري فيه الأصل الموضوعي كما لو كان له فردان : صحيح وفاسد لم يسئل عن تفصيله ، للحمل على الصحيح بأصالحة الصحة ، غير أن الكلام فيه في أن اجراء الأصل : هل هو وظيفة الشاهد أم وظيفة الحاكم . والظاهر هو الأول لأن الحاكم وظيفته الحكم بالبيبة لا بالبيبة والأصل .

نعم ليس على الشاهد بيان الاستناد إليه في شهادته ، بل قد يقال : بإفساده الشهادة بذكر المستند في بعض الموارد ، قال الشهيد في (القواعد) :

ثم اختلفوا أيضا . بعد الاتفاق بقدح الكبيرة في العدالة واستمرارها . هل تقدح الصغار فيها أيضا ، وكذا منافيات المرأة وهي الصفات الموجبة للخسنة والدناءة . على اختلافها ؟ إلى غير ذلك من مسائل الخلاف بين الفقهاء في موضوع العدالة وطرقها وقادحيتها وغير ذلك . يراجع في تفصيل ذلك : موضوع العدالة في أبواب الاجتهاد وامامة الجماعة والشهادات من الموسوعات الفقهية وكتب الأخبار .

«ذكر الشاهد السبب في الشهادة : قد يكون سبباً كما في صورة الترجيح وقد يكون فعله وتركه سواء 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 صرخ بأن هذا ملكه» علمته بالاستفاضة ، وهذا ضعيف ، لأن الشريع جعل الاستفاضة من أسباب التحمل ، فكيف يضر ذكرها ، وإنما يضر ذكر الاستصحاب ان قلنا به لأنه يؤذن بشكه في البقاء ، ولو أهمل ذكره وأتى بصورة الحزم زال الوهم. ولو قيل بعدم الضرر أيضاً ، كان قوياً. وكذا الكلام لو قال : هو ملكه ، لأنني رأيت يده عليه أو رأيته يتصرف فيه بغير مانع وغاية ما يقال : ان الشاهد ليس له وظيفة ترتيب المسببات على الأسباب إنما يشهد بما يعلم ، وإنما ذلك وظيفة الحكام. قلنا : إذا كان الترتيب شرعاً وحکماً الشاهد ، فقد حكى صورة الواقعه ، فكيف ترد الشهادة بما هو مستندها في الحقيقة ^(١) انتهى.

وبالجملة : لو كان في المقام أصل موضوعي يمكن استناده كأصلية 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 بالمشهود به ، ولا ريب أن العبرة بالعلم لا غير ، كما يستفاد من الأخبار المتواترة.

لأننا نقول : معنى اعتبار الامارة ترتيب 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 العاملی الدمشقی المتوفی سنة ٧٨٦ھ. ص ١٧٠
طبع إیران حجري بعنوان : قاعدة في ذكر السبب في الشهادة.

بصورة الجزم من غير حاجة إلى ذكر المستند.

فتحصل مما ذكرنا ان المشهود به إن كان من الأمور الواقعية ، حازت الشهادة عليها مطلقة ولم يفتقر قبر لها إلى ذكر التفصيل ، كالشهادة على الملكية أو الزوجية ونحوهما مما قامت السيرة القطعية المتلقاة . خلفا عن سلف إلى زمن المقصوم عليه السلام . على قبولها مطلقة في أمثال ذلك من غير استفصال منه عن أسبابها.

وان كان من غيرها ، فان كان هناك أصل موضوعي فكذلك ، والا فلا بد من التفصيل ، فيقبل منه ما كان معتقده اجتهادا أو تقليدا موافقا لمعتقد الحاكم ، ولا يقتل ما كان خالفا له.

نعم غير بعيد استثناء صورة ما لو علم الحاكم موافقته لمذهبه وكان واثقا به ، فيقبلها عنده ، مطلقة غير مفصلة ، كما استثنوها بعض ، الا أنه خلاف إطلاقهم المنع عن قبولها مطلقة ، فالرضاع ما لا تقبل الشهادة فيه مطلقة. وكذا الشهادة على النجاسة ، فإنها أيضا مما اختلفت فيها الأقوال فإن العصير . مثلا . ظاهر عند واحد ، وبخس عند آخر ^(١).

وكذا للكر ، فإنه أيضا ليس من الأمور الواقعية ، بل يختلف باختلاف آراء المجتهدين : فرب مقدار من الماء هو كر عند بعض ، وليس بكر عند آخر ^(٢) فالشهادة في أمثال ذلك لا تقبل مطلقة.

(١) العصير العني إذا غلا واشتد ببنفسه أو بالواسطة ولم يذهب ثلثاه اختلفوا في بخاسته بعد اتفاقهم على حرمته . إذا أسكن كالمسكرات عموما . فالمشهور أخروا 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 الكر الوارد في لسان الأخبار ، الذي به يعصم الماء المطلق من الانفعال بالنجاسة : على أقوال شتى ، فقيل

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 الإشكال في وجه المخصوصية مع وجودها في غيره أيضا ، بل تختلف بحسب المقامات في موارد الشهادات حسبما ذكرنا .

هذا : ولا يتوهم الفرق على ما قلنا بين ما لو شهد على الرضاع على أحد العناوين السبعة المسيبة عنه ، فيقال بالقبول مطلقة في الثاني كالشهادة على الأمومة والبنية ، فإنما كالشهادة على الملكية والزوجية ، ضرورة عدم الفرق بينهما بعد أن كانت العناوين المحرمة مسببة عن الأسباب المختلفة في تتحققها ، ولذا عطف غير واحد الصورة الثانية على الأولى في تعداد الأمثلة كالعلامة في بعض كتبه ، والكركي ، وكاشف اللثام وشيخنا في (الجواهر) ، بل منهم من انتصر في المثال على الصورة الثانية كالداماد في (الرسالة الرضاعية) حيث قال فيها : «مسألة : لا تسمع الشهادة في الرضاع مطلقة كما يسمع الإقرار به مطلقا ، بل لا بد من التفصيل ، فلو شهد الشاهدان بأن هذا ابن هذه من الرضاع أو أخوها . مثلا . لم تسمع حتى يقولا : نشهد أنها أرضعته من لبن الولادة عشر رضعات تامات . إلى أن قال . صرح بذلك الأصحاب ، وذهبت إليه العامة ، لأن النصاب المتعلق به التحرير مختلف فيه كمية وكيفية : فبعضهم حرم بالقليل وبعضهم بالإيجار ^(١) إلى غير ذلك من الاختلافات ، فلا بد من ذكر الكمية

هو ما بلغ مكسر مساحته (٢٧ شبرا) ، وقيل (٣٦ شبرا) ، وقيل ثلاثة وأربعين شبرا إلا ثمن الشبر ، وقيل غير ذلك . عن الموسوعات الفقهية وكتب الأخبار . في أوائل كتاب الطهارة .

(١) أوجره إيجارا : الشيء في فيه : جعله فيه .

والكيفية ، وسائل ما اختلف في اعتباره . الى أن قال . بعد ذلك : ضابطة اعلمن : أن هذا الحكم ليس مختصا بباب الرضاع ، بل أنه أصل ضابط في مطلق الشهادة فيما اختلف فيه آراء المحتهدين»^(١) انتهى.

هذا كله في الشهادة على الرضاع مطلقة. ولو شهد على الإقرار به مطلقا ، قبلت الشهادة في ثبوت الإقرار ، وإن كان مطلقا ، لنفوذه في حق المقر مطلقا مفصلا كان أو مطلقا و (دعوى) إن المقر رهما ظن محّما ما ليس منه (يدفعها) أنه أمر آخر لا تعلق له بالشهادة على الإقرار الذي مع ثبوته لا يجب على الحاكم استفصالة ، لعموم مؤاخذة العقلاء بإقرارهم وهو واضح ، لا شك فيه ولا شبهة تعترى به.

الثالثة : لو ملك أحد عموديه من الرضاع انعقد عليه كالنسب على الأظهر الأشهر ، بل المشهور ، ولا سيما بين المتأخرین ، بل عن بعض دعوى الإجماع عليه ، للمعتبرة المستفيضة الدالة على الانتقاد فيه ، مع تضمن بعضها للاستدلال عليه بحديث «يحرم من الرضاع»^(٢) فلا يعارضها

(١) توجد هذه العبارة في أخريات الرسالة المسماة بضوابط الرضاع ص ١١٧ طبع إيران حجري والسيد الدمام هو محمد باقر بن محمد الحسيني الاستآبادي المعروف بالسيد الدمام لأن والده كان صهرا للمحقق الثاني الكركي ، توفي سنة ١٠٤١ هـ. ودفن في النجف الأشرف.

(٢) الروايات المعتبرة بهذا المضمون كثيرة ، تجدها في عدة أبواب وكتب من كتب الأخبار ، كتاب العتق ، وباب الرضاع من كتاب النكاح وفي كتاب الضمان ، وفي كتاب التجارة باب ٤ من أبواب بيع الحيوان من كتاب الوسائل ، روايات كثيرة نذكر منها ما يلي : «محمد بن الحسن بإسناده عن أحمد بن محمد بن عيسى ، عن ابن أبي عمير عن ابن عثمان عن أبي بصير وأبي العباس وعيبد ، كلهم عن أبي عبد الله عليه السلام :

ما دل على العدم من الأخبار المرجوحة بالنسبة إلى تلك المعتبرة ، التي هي أكثر منها عددا وأوضح منها سندًا وأرجح منها بالعمل ومخالفة العامة ^(١)

قال : إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو عمتها أو خالته أو بنت أخيه أو بنت اخته . وذكر أهل هذه الآية من النساء . عتقوا جميعاً وملك عمها وابن أخيه وابن اخته والحال . ولا يملك أمه من الرضاعة ولا اخته ولا عمتها ولا خالته ، إذا ملكن عتقن ، وقال : ما يحرم من النسب فإنه يحرم من الرضاع . وقال ملك الذكور ما خلا والدا أو ولدا ، 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 بانعتاق العمودين من الرضاعة على ولديهما ، 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 إلى أنه كذلك . إلى قوله . : وخالف فيه الحسن ابن أبي عقيل من قبل وقال : لا يأس بملك الأم والأخت من الرضاعة وبعدهن ، وإنما يحرم منها ما يحرم من النسب في وجه النكاح فقط ، فواافقه الشيخ المقيد وتلميذه سلار 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 تسويف البيع إلا لضرورة . ويستمر في تأييده لكلام المشهور بالكتاب والسنة ثم يقول : احتاج النافون للانعتاق .. بموثقة الحسن بن محمد بن سماعة بعلو إسناده عن عبد الله وجعفر ومحمد بن العباس عن أحدهما عليهما السلام قال : يملك

ولو لا تضمن بعضها للاستدلال بحديث (بحر) لأمكن المناقشة في الاستدلال به عليه ، كما استدل لظهوره في حمرة النكاح دون غيره ، فاللازم حينئذ حمرة ترتيب آثار الملك بقرينة استدلال الامام به في المقام ، وكيف كان فلتفصيل المسألة محل آخر

الرابعة : اختلفوا في ثبوت الرضاع بشهادة النساء وعدمه على قولين :

فعن الشيخ في (الخلاف) وموضع من (المبسot) والحلبي في (السرائر) والعلامة في (القواعد) وغيرهم عدم قبول شهادتهن في الرضاع ، بل في الأول : دعوى الإجماع عليه ^(١) وفي الآخرين : القول بالقبول متوك ، وهو الذي يتضمنه الأصل وعموم «**فإنكحوا ما**

طاب لكم

الرجل أخاه وغيره من ذوي قرايته من الرضاعة» .. وموثقته أيضا «عن محمد بن زياد عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام : قال : إذا اشتري الرجل أباه أو أخاه فهو حر إلا ما كان من قبل الرضاع ، وموثقة ابن فضال عن حماد عن الحلي عن أبي عبد الله عليه السلام . في بيع الأم من الرضاعة . قال : لا بأس بذلك إذا احتاج».

ثم يأخذ في فدح 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 يخص البيع بوقت الحاجة والضرورة لا مطلقا . إلى آخر كلامه المنفصل المنييد . فراجعه.

(١) قال : الشيخ في الخلاف ج ٢ آخر كتاب الرضاع ، مسألة ١١ «لا تقبل شهادة النساء عندنا في الرضاع بحال . إلى قوله . : دلينا : إجماع الفرقة وأخبارهم».

من النساء ^(١) وأحل لكم» ^(٢) فتأمل ، ولأن التحرير متوقف على وجود سببه ، ولا دليل على ثبوته بشهادتكم الا ما قد يقال : باندراجه في عموم ما دل على قبول شهادتكم فيما يتعدر أو يتعرّض الاطلاع عليه من أمرورهن للرجال ، الممنوع كون الرضاع منه حتى تشمله كلية الكبri.

وعن المفید والمرتضی وسلام وحسن وأی علی وابن حمزة والشیخ في موضع آخر من (مبسوطه) قبول شهادتكم فيه ، واستقر به العلامہ في (القواعد) ^(٣) والحقوق في الشرائع ^(٤) وان تردد هو في النافع الا أنه جعله في الأشباه ^(٥) ، بل قيل : أنه الأشهر ، ولا سيما بين المتأخرین ، لعموم ما دل على قبول شهادتكم فيما لا يستطيع الرجال أن ينظروا إليه

(١) «إِنْ خَيْثُمْ أَلَا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَأَنْكِحُوهَا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ...» سورة النساء . ٣ .

(٢) ففي سورة النساء آية ٢٤ بعد عرض آية التحرير السابقة «خَرَمْتُ عَلَيْكُمْ...». «وَأَحْلَلَ لَكُمْ مَا وَرَأْتُمْ أَنْ تَبْتَغُوا إِلَيْكُمْ مُحْصَنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ...».

(٣) فقال في خاتمة باب الرضاع : «الأقرب قبول شهادة النساء منفردات .. إلى قوله : ولو شهدت بأنني 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؟ أقر به الجواز».

(٥) قال . في ملحقات كتاب الشهادات من المسائل . «الثالثة : لا تقبل شهادة النساء في الملال والطلاق وفي قبولها في الرضاع تردد ، أشبهه القبول».

ويطلعوا عليه^(١) والرضاع منه ، وخصوص مرسلة ابن بکير : «عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام في امرأة أرضعت غلاما وجارية قال : يعلم ذلك غيرها؟ قلت : لا ، قال : لا تصدق إن لم يكن غيرها»^(٢) الظاهره بعموم مفهومها على أنها تصدق مع وجود غيرها ، الشامل بإطلاقه ما لو كان الغير من النساء ولو لم نقبل شهادتها لم يكن وحده للتعليق على عدم وجود الغير معها مع كون الإجماع المتقدم موهونا بفتوى حاكيه في شهادة (مبسوطه) المتأخر عن (خلافه) . على ما قيل بالخلاف مؤيدا بإطلاق قبول قول المرأة والنسوة إذا كن مستورات في خبر ابن أبي يعفور^(٣) وبما روي عن الفقيه من أن نقص عقول النساء هو الموجب

(١) مضامين روایات کثیره ذکرها 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 إليه ويشهدوا عليه ... » وغيرها كثیر.

(٢) في الوسائل : كتاب النكاح ، باب ١٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث رقم ٣ ، الرواية هكذا : «ويإسناده . أئي محمد بن يعقوب الكليني . عن علي بن الحسن بن فضال عن محمد بن عبد الله بن زارة و محمد وأحمد ابني الحسن بن علي عن الحسن بن علي عن عبد الله بن بکير عن بعض أصحابنا ...».

(٣) في الوسائل ، كتاب الشهادات ، باب ٤١ ما يعتبر في الشاهد من العدالة ، حديث رقم (٢٠) : «محمد بن الحسن بإسناده عن أئي القاسم جعفر بن محمد بن قولويه عن أئيه عن علي بن عقبة وذبيان بن حكيم الأودي عن موسى بن أكيل عن عبد الله بن أئي يعفور عن أئي جعفر (ع) :

لكون شهادة المرأة نصف شهادة الرجل ، وان شهادة الشتتين منهن منزلة شهادة رجل واحد ^(١) فتأمل.

ولعل هذا القول هو الأقوى ، لأن الرضاع لا يمكن إنكار كونه من الأمور الخفية التي لا يمكن اطلاع الرجال عليها غالبا حسبما هو معتبر في التحرير ، فلو لم تعتبر شهادتهن عليه لزم الوقع كثيرا في ورطة نكاح المحرمات مع غلبة إرضاع غير الأمهات من المرضعات ، فناسبت الحكمة قبول شهادتهن ، وشمول أخبار قبولها له أيضا ، وان كان موردها ما لا يجوز نظر الرجال اليه كالعذرنة وعيوب الفرج والحيض والنفاس ، وحيث قلنا بقبول شهادتهن منفردات قلنا بقبول شهادتهن منضمات ، فتقبل فيه شهادة رجل وامرأتين بالأولوية.

ثم على تقدير قبول شهادتهن ، فهل تقبل شهادتهن فرعا على شهادتهن على الرضاع أولا؟ وجهان : ينشأان من قبول شهادتهن أصلا ، فتقبل شهادتهن فرعا بالأولوية ، ومن ان القبول في الأصل لتعسر اطلاع الرجال عليه ، ولا كذلك في الفرع وبذلك تمنع الأولوية وعلى تقدير تسليمها فهي ظنية لا تحدي.

قال : تقبل شهادة المرأة والنسوة إذا كن مستورات من أهل البيوتات معروفات بالستر والعفاف ، مطيعات للأزواج ، تاركت للبناء والتبرج إلى الرجال في أندائهم».

(١) الوسائل ، باب ١٦ من أبواب الشهادات . في تفسير الحسن العسكري عن أمير المؤمنين (عليهما السلام) في تفسير قوله تعالى «**أَنْ تَضِلَّ إِحْدَا هُمَا فَتُذَكَّرٌ إِحْدَا هُمَا الْأُخْرَى**» : «إذا ضلت إحداهما عن الشهادة فنسييتها 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 : «حرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(١) وخصوص صحيحه زراة : «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الظهار؟ فقال : هو من كل ذي حرم أم أو أخت أو عمّة أو حالة ، ولا يكون الظهار في عين ، قال قلت : كيف يكون؟ قال : يقول الرجل لامرأته . وهي ظاهرة 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 النسبة والرضاعية في التحريم ، لا في اشتراكهما في وقوع الظهار به في التشبيه .
وأما الصريحة ، فلأن غاية ظهور التكير شموله لكل حرم بالنسب أما كان أم غيرها ، كما صرخ بذلكن بعده ، لا كل ما كان محظيا ، ولو بالرضاع .
وأما اشتراكهما في قول الزور ، فلكونه مجرد لا يثبت به حكم الظهار ، ضرورة أن الظهار زور ومنكر ، لا كل زور ومنكر ظهار .
فإذا الأقوى هو القول بالعدم ، لا للأصل مع عدم الدليل المخرج منه .

خاتمة : قد ظهر لك : ان بعض أحكام النسب ثابت في الرضاع ، وهو تحريم النكاح وثبوت المحرمية بالاتفاق ، وببعضها مختلف فيه عندهم وهو اعتقاد أحد العموديين من الرضاع بالملك ، وثبوت الظهار بالتشبيه

(١) نبوي مشهور مروي بطريق 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 .

بالمحرمات من الرضاع ، كما عرفت الخلاف فيه ، وأن الأقوى هو الثبوت في الأول ، والعدم في الثاني ، ويفترقان في كثير من الأحكام ، فإنها تثبت في النسب ولا تثبت في الرضاع كالتوارث ، واستحقاق المنفعة وعدم قبول شهادة الولد على والده ، وسقوط قود الوالد بالولد ، وعدم استيفائه حد القذف ، وحد القطع بسرقة ماله ، وحق الولاية للأب والحضانة للأم ، وتحمل العقل^(١) في جنائية الخطأ ، وعدم نفوذ قضاء الولد على والده ، دون الإفتاء ، وانصراف إطلاق الوالد أو الولد في النزور والأيمان إلى من كان من النسب دون الرضاع ، فان هذه الأحكام ثابتة في النسب دون الرضاع فلا توارث بين الولد ووالده من الرضاع ، ولا استحقاق للنفقة أيضا ، وتقبل شهادة الولد على والده من الرضاع ، ويقاد الوالد بولده من الرضاع ويستوفي منه حد القذف والسرقة ، إلى غير ذلك من الأحكام المتقدمة ، فإنها غير جارية في الرضاع

فما يتصدر لحكم الرضاع بحسب مشاركته للنسب ومبaitته إياه ، ينقسم إلى أقسام ثلاثة : قسم يتحد حكمهما إجمالا ، وقسم يختلف حكمها كذلك ، وقسم اختلفت فيه كلمات الفقهاء ، وقد عرف التفصيل في كل منها بما لا مزيد عليه .
تبنيه : اعلم ان للأم إطلاقات ثلاثة : أمهات النسب ، وأمهات الرضاع وأمهات التبجيل والعظمة ، وهن زوجات النبي . صلى الله عليه وآله .

(١) بالفتح والسكون. الاسم من عقل يعقل ، وهي دية القتيل : قال الطريحي . في مجمع البحرين . «وأصله أن القاتل كان إذا قتل قتيلا جمع الدية من الإبل فعقلها بفناء أولياء المقتول أي شدتها في عقلها ليسلمها إليهم ، ويقبضونها منه ، فسميت الدية عقلا ، بالمصدر ، يقال : عقل البعير يعقله عقا ، والجمع عقول».

فإنك أمهات المؤمنين ، لقوله تعالى «الَّتِي أُولَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ»^(١) ويشاركن أمهات النسب في حمرة نكاحهن بالنص لا بإطلاق الأمومة عليهم دون المحرمية ، فلا يجوز عندنا النظر إليهن فيما يجوز النظر إلى الحارم ، خلافاً لبعض من خالفنَا . على ما قيل . فجحوزوا النظر إليهن لإطلاق الأمومة عليهم ، وهو مردود بالتهي عن التبرّج ، مضافة إلى ما روتة أم سلمة : «قالت كنت أنا وميمونة عند النبي صلّى الله عليه وآله : فأقبل ابن أم مكتوم ، فقال احتجبا عنه ، فقلنا إنه أعمى ، فقال النبي صلّى الله عليه وآله : فعمياوان أنتما؟»^(٢) الخبر.

وليس كل من حرم نكاحها جاز النظر إليها كاحت الزوجة : اللهم الا ان تدعى الملازمة بين تأييد الحرمة والمحرمية ، فلا ينقض بأخت الزوجة المحرمة ، جمعاً لا تأييداً . وفيه : ان الملازمة ، لو سلمت كليتها ، فإنما هي بين التحرير بأحد العناوين المتقدمة والمحرمية ، لا مطلقاً ، وقد عرفت أن حمرة نكاحهن بالنص لا بإطلاق الأمومة عليهم ، فقد استبان أن المراد أمومة الإجلال والكرامة ، لا غير .

هذا ما وسعنا من تحرير مسائل هذا الباب على تشتيت البال وتشويش الخيال ، والله المادي إلى الحق والموفق للصواب .

(١) سورة الأحزاب . ٦ .

(٢) في مقدمات كتاب النكاح من الوسائل باب ١٢٩ من أبواب مقدماته وأدابه ، 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 يصرنا؟ قال : فأعمياوان أنتما ، ألسنتما تبصرانه؟

٢٠٩ في الولايات

رسالة

في الولايات

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 الإجمال ، وما يقتضيه الأصل فيها ،

فنقول . وبالله التوفيق . :

الولاية لغة كما عن القاموس والمجمع . بالفتح . : مصدر بمعنى الربوبية والنصرة ، ومنه

قوله تعالى «**هُنَالِكُ الْوَلَايَةُ لِلَّهِ الْحَقُّ**» ^(١) وبالكسر : اسم بمعنى الامارة ^(٢) واصطلاحاً : هي

سلطنة على الغير عقلية أو شرعية ، نفسها كان أو مالاً أو كليهما بالأصل ، أو بالعارض ،

(١) سورة الكهف . ٤٤ . وتتمة الآية «**هُوَ خَيْرٌ نَّوَابًا ، وَخَيْرٌ عُقبًا**» .

(٢) والسلطنة والامارة نوعان : عامة ، وخاصة .

فالعامة : هي المتعلقة بأنباء التصرفات المشروعة على جهة العموم ، كما لو جعل الشارع المقدس للفقيه .

مثلاً . الولاية على أموال القاصر بجميع أنحاء التصرفات الراجعة مصلحتها إليه بلا استثناء ، وتسمى هذه بالولاية العامة .

والخاصة : هي السلطنة الضيقة النطاق ، كما لو فرض جعل الشارع للفقيه إحرازه خاصة معين من

التصرفات كالإيجار أو الاستئجار فقط . وتسمى هذه بالولاية الخاصة .

والفرق بينها وبين الحق المفسر بذلك أيضا . كما تقدم في مسألة الفرق بين الحق والحكم .^(١) هو ان تفسير الحق بذلك تفسير له باعتبار أثره . غالبا . فان الحق . حقيقة . : هو الشيء الثابت الموجب لسلطنة من هو له على من هو عليه . والولاية هي نفس السلطنة المنجولة أو المجموعه لصاحبها على الغير ، فأثرها في الأول . وهو التصرف من صاحبها . اما هو غالبا لاستيفاء ما هو له ولمصلحةه ، وفي الثاني اما هو لنقص في المولى عليه ورجوع مصلحته اليه اتفاقا للنظام .

ثم انما تنقسم باعتبارات مختلفة إلى أقسام متعددة : فتنقسم باعتبار إلى الولاية بالمعنى الأخص ، وإليها بالمعنى العام ، (فال الأولى) هي المسيبة عن أحد الأسباب الخمسة : الأب ، والجد له ، والملك ، والسلطنة ، والوصية . كما عن (التدكرة) حيث حصرها في الأسباب المذكورة . ثم قال بعد عدها . «ولا ثبت بغير ذلك عندنا»^(٢) (والثانية) : هي مطلق القدرة على إنفاذ التصرف في الشيء ، فنعم الوكيل والمأذون ، والمتصدق في مجھول المالك ، ومالك الصدقة في الزكاة بالنسبة إلى العزل والدفع إلى المستحق وتبديل العين بالقيمة ، والأم بالنسبة إلى الحضانة ، ومتولي الوقف للعام أو الخاص من الواقف ، وفي القصاص والتناص ، والمرthen في بيع العين المرهونة . في الجملة وغير ذلك من الموارد التي وقع التعبير فيها . كثيرا . 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 التدكرة ، المبحث الثاني في أسباب الولاية . : «وهي عندنا خمسة : الأبوة والجدودة والملك والسلطنة والوصية ، ولا ثبت بغير ذلك عندنا ، خلافا للعامة فإنهم يثبتون مع ذلك شيئا آخرين : العصوبة والعنق» .

وان كان بظاهره ينافي ما تقدم من (التذكرة) : من اختصاصها بأحد الأسباب المتقدمة ، الا أن الجمع بينهما 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 والتقويض ، ويمكن الجمع بحمل ما كان مسببا 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 تغير الولاية بالمعنى الأخص .

وتنقسم أيضا باعتبار إلى الإجبارية والاختيارية ، وهما صفتان ملن له الولاية ، دون من عليه ، فمناط الاختيارية كونها بالنظر والاختيار كالوكيل ونحوه ، والإجبارية كونها بالجعل والعنوانية ، كما في الأب والجد ، وان أمكنه الخروج بما يوجب سقوطها عنه بكفر ونحوه ، فان ذلك لا ينافي صدق الإجبارية عليها ، كالالتزام الوكيل ونحوه بنذر وشبهه غير المنافي لصدق الاختيارية عليها . وهذا التقسيم لها باعتبار معناها الأعم ، وعلى الاحتمال الآخر في الجمع : من اختصاص كل لفظ معناه ، فالاجبارية صفة للولاية بالكسر والاختيارية صفة لها بالفتح .

وباعتبار عموم المولى عليه وخصوصه ، وبالنسبة إلى عموم جهات التولية وخصوصها تنقسم أيضا : 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 إلى ما يكون الولي مستقلاً بالتصرف ، سواء كان تصرف الغير منوطاً بإذنه أم لا ، ومرجع ولايته حينئذ ، إلى كون نظره سبباً في جواز تصرفه ، وإلى ما يكون تصرف الغير منوطاً بإذنه ومرجعه حينئذ إلى كون نظره شرطاً في تصرف الغير ، فهو بهذا الاعتبار يطلق عليه الولي أيضاً لعدم استقلالية تصرف الغير إلا بإذنه ، وبين المعنين عموم من وجهه . كما قيل .

ثم أن أكمل الولايات وأقواها : هو ولادة الله سبحانه وتعالى على خلقه من الممكبات بعد أن كانت بأسرها في جميع شئونها وكافة أطوارها مفتقرة في وجودها إلى الواجب ، مقهورة تحت سلطانه متقلبة بقدرته ، إذ لا استقلالية للممكناً في الوجود لكنه ممكناً بالذات موجوداً بالغير ، وعدم التعلق في الممتنع لنقص في المتعلق ، لا لقصور في التعلق ، وإنما فهو على كل شيء قادر .

ومن رشحات هذه الولاية : ولادة النبي . صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ . وخلفائه الموصومين عليهم السلام : بالولاية الباطنية ، فإن لم ينجز التصرف بما في الممكبات بأسرها من الذرة إلى الذرة بإذنه تعالى ، وهي بهذا المعنى خارجة عن الولاية المبحوث عنها في المقام ، ولم ينجز . كما سترى . 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 بباب فرض طاعة الأئمة عليهم السلام حديث

(١٠) هكذا : «، وبهذا الاستناد عن مروك بن عبيد عن محمد بن زيد الطبراني ، قال : كنت قائماً على رأس الرضا عليه السلام بخراسان ، وعنده عدة من بني هاشم ، وفيهم إسحاق بن موسى بن عيسى العباسي ، فقال : يا إسحاق ، بلغني

هذا ولا ريب في أن مقتضى الأصل الأولي عدم الولاية بجميع معانيها لأحد على أحد لأنها سلطنة حادثة ، والأصل عدمها ، ولأنها تقتضي أحکاما توقيفية ، والأصل عدمها ، إلا أنه خرجننا عن هذا الأصل في خصوص النبي . صلّى الله عليه وآله ، والأئمة عليهم السلام . بما دل : من العقل والنقل على أن لما أولوية التصرف مستقلا في نفوس الناس وأموالهم من غير توقف على إذن أحد منهم ، فضلا عن ثبوتها لهم بمعنى توقف تصرف الغير في شيء على إذنها ، ولو في الجملة.

أما العقل فالمستقل منه حكمه بوجوب شكر المنعم بعد معرفة أنها أهلا للنعم ، والغير المستقل حكمه بأولوية وجوب اطاعة الرعية للإمام بالنسبة إلى وجوب إطاعة الابن للأب ، لأن الحق في الأول أعظم منه ، في الثاني بمراتب.

وأما النقل ، فمن الكتاب منه قوله تعالى «**الَّبِيُّ أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ**^(١)» «**وَمَا كَانَ إِيمَانُهُمْ وَلَا مُؤْمِنَةٌ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخَيْرَةُ ..**^(٢)» «**فَلَيَحْذِرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ**^(٣)» «**وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ**

أن الناس يقولون أنا نزعم أن الناس عبيد لنا ، لا وقربتي من رسول الله (ص) ، ما قلته . فقط . ولا سمعته من آبائي قاله ، ولا بلغني عن أحد من آبائي قاله ، ولكنني أقول : الناس عبيد لنا في الطاعة موال لنا في الدين ، فليبلغ الشاهد الغائب».

(١) الأحزاب . ٦ ، وتنمية الآية **(وَأَزْوَاجُهُ أَمْهَاتُهُمْ)**.

(٢) الأحزاب . ٣٦ .

(٣) سورة النور آخر آية . ٦٣ .

وَأُولَئِنَّمْ مِنْكُمْ»^(١) و «إِنَّمَا وَلِيَكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ»^(٢) الآية.

ومن السنة منها مستفيضة بذلك بل متواترة معنى ، ويکفيك منها الأخبار الدالة على وجوب إطاعتهم ، وان طاعتهم : طاعة الله ومعصيتهم معصيته^(٣) مضافا إلى ما روي عن النبي . (ص) . في خبر أبوبن عطية : «أَنَا أَوْلَى بِكُلِّ مُؤْمِنٍ مِّنْ نَفْسِهِ»^(٤) وإلى ما ورد عنه (ص) متواترا في حديث (غدير خم) : «أَلَسْتُ أَوْلَى بِكُمْ مِّنْ أَنفُسِكُمْ؟ قَالُوا : بَلِّي ، قَالَ : صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ مَنْ كَنْتَ مُولَّاهُ فَهُذَا عَلَيْهِ مُولَّاهٌ»^(٥) وإلى مقبولة عمر بن حنظلة^(٦) ،

(١) سورة النساء ، أوائل آية ٥٩ .

(٢) سورة المائدة . ٥٥ ، وتکملة الآية ﴿ وَالَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ يَقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُمْ رَاكِعُونَ ﴾ ، وقد نزلت في حق علي (ع) .

(٣) ذكر الكليني في كتاب الحجة من أصول الكافي روایات كثيرة بحدا المضمون وعقد لها باباً أسماه (باب فرض طاعة الأئمة) .

(٤) في أصول الكافي ، كتاب الحجة ، باب ما يجب من حق الإمام على الرعية ، حديث رقم (٦) وتمة الحديث «وعلي أولى به من بعدي».

(٥) لست بحاجة إلى إثبات توادر الحديث من طرق السنة والشيعة ، ولا إلى تخريجه وعرض قضته بعد أن أسهبت في ذلك الأجزاء الأوائل من كتاب الغدير للمغفور له الحجة الأميني . قدس سره .

(٦) في أصول الكافي . كتاب فضل العلم ، باب اختلاف الحديث حديث رقم (١٠) : «إِبَاسِنَادِهِ عَنْ عُمَرَ بْنَ حَنْظَلَةَ ، قَالَ : سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامَ : عَنْ رَجُلَيْنِ مِنْ أَصْحَابِنَا بَيْنَهُمَا مَنَازِعَةٌ فِي دِينٍ أَوْ مِيرَاثٍ ، فَتَحَاكَمَ إِلَى السُّلْطَانِ وَإِلَى الْقَضَايَا : أَيْحَلَ ذَلِكَ؟ قَالَ : مَنْ تَحَاكَمَ إِلَيْهِمْ فِي حَقٍّ أَوْ بَاطِلٍ فَإِنَّمَا تَحَاكَمَ إِلَيْهِمْ الطَّاغُوتُ ، وَمَا يَحْكُمْ لَهُ فَإِنَّمَا يَأْخُذُ سَحتَهُ

ومشهورة أبي خديجة^(١) والى ما ورد في التوقيع من الأمر بالرجوع في الواقع الحادثة إلى رواة الحديث معللاً بأنكم حجتى عليكم وأنا حجة الله^(٢).

وان كان حقا ثابتا ، لأنه أحده بحكم الطاغوت ، وقد أمر الله أن يكفر به ، قال الله تعالى «يُرِيدُونَ أَنْ يَسْحَكُمُوا إِلَى الظَّاغُوتِ وَقَدْ أَمْرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ» ، قلت : فكيف يصنعان؟ قال : ينظران الى من كان منكم من روى حديثنا ، ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحکامنا ، فليرضوا به حکما ، فاني قد جعلته عليكم حاكما فإذا حکم بحکمنا فلم يقبله منا ، فإنما استخف بحکم الله ، علينا رد ، والرآد علينا الرآد على الله ، وهو على حد الشرك بالله ...» الحديث.

(١) في الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ١١ من أبواب صفات القاضي حديث رقم (٦) : «إِبَاسْنَادِهِ عَلَى أَبِي خَدِيجَةَ ، قَالَ : بَعْنِي أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : إِلَى أَصْحَابِنَا ، فَقَالَ : قُلْ لَهُمْ : إِيَّاكُمْ إِذَا وَقَعَتْ بَيْنَكُمْ خُصُوصَةٌ أَوْ تَدَارِيَ فِي شَيْءٍ مِّنَ الْأَخْذِ وَالْعَطَاءِ أَنْ تَحَاكِمُوهُ إِلَى أَحَدٍ مِّنْ هُؤُلَاءِ الْفَسَاقِ ، اجْعَلُوهُمْ بَيْنَكُمْ رِجَالًا قَدْ عَرَفَ حَلَالَنَا وَحَرَامَنَا ، فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُمْ عَلَيْكُمْ قَاضِيَا ، وَإِيَّاكُمْ أَنْ يَخَاصِمُوهُمْ بَعْضَكُمْ بَعْضًا إِلَى السُّلْطَانِ الْجَاهِرِ».

(٢) في المصدر الآنف الذكر ، حديث رقم (٩) : «وَفِي كِتَابِ إِكْمَالِ الدِّينِ وَإِتَامِ النِّعَمَةِ ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عَصَمٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَعْقُوبٍ قَالَ : سَأَلَتْ مُحَمَّدَ بْنَ عُثْمَانَ الْعُمْرِيَّ أَنْ يَوْصِلَ لِي كِتَابًا قَدْ سَأَلْتُ فِيهِ عَنْ مَسَائِلَ أَشْكَلَتْ عَلَيَّ ، فَوَرَدَ التَّوْقِيعُ بِخَطِّ مَوْلَانَا صَاحِبِ الرِّمَانِ (ع) :

أَمَا مَا سَأَلْتُ عَنْهُ . أَرْشِدْكَ اللَّهُ وَبِتَكَ . إِلَى أَنْ قَالَ . : وَأَمَّا الْحَوَادِثُ الْوَاقِعَةُ ، فَارْجِعُوهُ فِيهَا إِلَى رَوَاةِ حَدِيثِنَا فَإِنْكُمْ حجتى عليكم وأنا حجة الله» الحديث. رواه الشيخ في (العينة) والطبرسي في (الاحتجاج) وغيرهم.

قلت : الكلام في ثبوت الولاية مستقلاً لها . تارة يعني نفوذ تصرفه ووجوب طاعته ، لو تصرف في شيء أو أمر به ، وأخرى . يعني أن له أخاء التصرف في نفوس الرعية وأموالهم ، حسبما تتعلق به إرادته ، كما ينفذ تصرف الإنسان بحسب إرادته في نفسه وماله في غير معصية موجبة لعدم نفوذه ، فله أن يزوج البالغة الرشيدة بغير اذنه ، أو يبيع مال إنسان بغير اذنه كما كان ذلك لكل منهما في نفسه أو ماله ، فنفوذ التصرف ووجوب الإطاعة مقام ، قوله أن يتصرف أو أن يأمر مقام آخر .

لا إشكال في ثبوتها لها بالمعنى الأول ، فإن الأدلة المتقدمة كل منها وأف في الدلالة

عليه كاف في إثباتها له ، بعد أن كانت إطاعتهم اطاعة الله تعالى :

وأما الجزم بشبوتها بالمعنى الثاني ، ففيه تأمل ، لعدم خوض تلك الأدلة عليه ، بعد أن كان غير آية «**النَّبِيُّ أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ**» وما معناها من السنة كلها واردة في مقام وجوب الإطاعة وحرمة المخالفه الراجعين إلى المعنى الأول ، دون الثاني ، وأما هي ، فلا دلالة فيها على المطلوب أيضا ، 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 وافيا في إثبات ذلك ، الا أنه للتأمل فيه مجال ، لقوة احتمال أن يكون المراد بيان الأولوية عند التزاحم في التصرف ، وتقدم إرادته عند التخالف في الإرادة بحيث لو أراد الإنسان شيئا وأراد الإمام غيره ، قدمت إرادته على إرادته ، لكونه إنما يأمره بشيء أو ينهاه عنه ليس إلا مصلحة ملزمة راجعة إليه ، ضرورة أنه في مرتبة المكمل لنقص المولى عليه الذي اقتضى اللطف وجود مكمل له متبع في أوامره ونواهيه ، بل ولو كان مصلحة نفسه ، لرجوعها أيضا

إلى مصلحة النوع ، المقدم على مصلحة الشخص ، فيرجع حيثذاك إلى معنى الأول المدلول عليه بما سواه من الأدلة ، فلا تكون ناهضة لإفادة المعنى الثاني ، وإن لا دليل على ثبوتها بهذا المعنى لهم كان مقتضى الأصل 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 ولية الإجباري ، وعدم التصرف في مال أحد إلا بإذنه إلى غير ذلك من الموارد التي يقطع الإنسان بمساواة معاملاتهم بين الناس مع معاملات بعضهم من بعض. وبالجملة ، ليس سلطتهم على الرعية كسلطنة السيد على مملوكيه الجائز له التصرف فيه لخض التشهي ما لم يكن من أحد الوجوه المحرمة.

هذا والبحث عن ذلك ، وإن كان قليل الجدوى ، بل معدوم الشمرة لعدم ظهورها إلا فيما عسى أن يتوجه ظهورها في الفقيه زمن الغيبة ، بناء على عموم ولايته ، وأن له ما للإمام حيث شك في تصرف أن له ذلك للشك في كونه للإمام أم لا ، فإن ولاية الفقيه فرع عن ولاية الإمام والفرع يتبع أصله ، فلا يزيد عليه بالضرورة. وهو فاسد ، لعدم ثبوتها بهذا المعنى للفقيه بالضرورة بحيث لو تصرف وجوب تنفيذه مطلقاً ، كما هو للإمام وإن قلنا بعموم ولايته ، إذ الثابت له من الأدلة الولاية بالمعنى الثاني ، وهو كون نظره شرطاً في التصرف : أما مطلقاً أو في الجملة : وأما كون النظر مسبباً فيه ، فهو مختص بالنبي وخلفائه المعصومين صلوات الله عليهم أجمعين . كما سترى.

وأما الولاية لهم بالمعنى الآخر الذي قد عرفت مرجعه إلى اعتبار اذنه شرطاً في تصرف الغير ، فثبوتها لهم . 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 والإقرار بهم والإذعان لهم بالطاعة؟ قيل له : لأنه لما لم يكن في خلقهم وقواهم ما يكملون به مصالحهم وكان الصانع متعاليا عن أن يرى ، وكان ضعفهم وعجزهم عن إدراكه ظاهرا ، لم يكن بد لهم من رسول بينه وبينهم معصوم يؤدي إليهم أمره ونفيه وأدبه ، ويوقفهم على ما يكون به إحراز منافعهم ودفع مضارهم فإذا لم يكن في خلقهم ما يعرفون به وما يحتاجون إليه من منافعهم ومضارهم ، فلو لم يجب عليهم معرفته وطاعته لم يكن في مجيء الرسول منفعة ولا سد حاجة ، ولكن إتيانه عبشا بغير منفعة ولا صلاح وليس هذا من صفة الحكيم الذي أتقن كل شيء ، فإن قال قائل : فلم جعل أولي الأمر وأمر بطاعتهم؟ قيل : لعل كثيرة : منها . أن الخلق لما وقفوا على حد محدود ، وأمرروا أن لا يتعدوا ذلك الحد لما فيه من فسادهم ، لم يكن يثبت ذلك ولا يقوم إلا بأن يجعل عليهم فيه أمينا يمنعهم من التعدي والدخول فيما حظر عليهم ، لأنه إن لم يكن ذلك كذلك لكان أحد لا يترك لذاته ومنفعته لفساد غيره ، فجعل عليهم قياما يمنعهم من الفساد ويقيم فيهم الحدود والأحكام . ومنها . أنا لا نجد فرقة من الفرق ولا ملة من الملل عاشرا وبقوا إلا بقىم 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 قوم إلا به فيقاتلون به عدوهم ويقسمون به فيأهـ ، ويقيم لهم جمعتهم وجماعتهم وينع ظالمهم من مظلومهم . ومنها . أنه لو لم يجعل لهم إماما قيما أمينا حافظا مستودعا للدرست الملة وذهب الدين وغيرت السنة والأحكام ، ولزاد فيه المبتدعون ونقص منه

الملحدون ، وشبهوا ذلك على المسلمين ، لأنّا قد وجدنا الخلق منقوصين محتاجين غير كاملين ، مع اختلاف أهوائهم وتشتت آنحائهم ، فلو لم يجعل لهم قيمة حافظاً لما جاء به الرسول لفسدوا على نحو ما بینا ، وغيرت الشرائع والسنن والأحكام والإيمان ، وكان في ذلك فساد الخلق أجمعين»^(١) الحديث.

وأنا الكلام في ثبوتها لهم بنحو الكلية التي معناه : توقف كل تصرف على إذنهم ، إلا ما علم عدمه بدليل يخصه أو يدل عليه بنحو العموم أو الإطلاق ، والظاهر عدمه ، لعدم دليل ينهض بإثبات الكلية المزبورة ، وحيث كان الحكم مخالفًا للأصل وجوب الاقتصار فيما خالفه على ما قام عليه الدليل . وقصيرى ما دلت عليه الأدلة لزوم الرجوع إليهم في المصالح العامة التي لا يريده الشارع فعلها من مباشر معين كإقامة الحدود والتعزيرات والقضاء في الناس دفعاً للخصوصة فيما بينهم ، والتصرف في مال القسر والمحانين مصلحة لهم ، والإلزام بأداء الحقوق ونحو ذلك.

وبالجملة فما علم بوجوب الرجوع فيه إليهم وتوقف التصرف على إذنهم أو علم عدمه بدليل ، ولو بنحو العموم أو الإطلاق ، فلا كلام فيه . وحيثما شك في مورد ، قيل : يرجع فيه إلى ما تقتضيه الأصول العملية . وفيه : أن الأصل إنما يكون مرجعاً في مورد الشك مع انسداد باب العلم المفروض افتتاحه في المقام بالرجوع إلى الإمام أو نائبه الخاص ، (ودعوى) أن الأصل يقتضي توقف كل تصرف على إذنهم إلا ما خرج بالدليل بناء

(١) ذكر الحديث بكلمه ، الشيخ الصدوق . قدس سره . المتوفى سنة ٣٨١ هـ . في كتابه عيون أخبار الرضا عليه السلام : ج ٢ ص ٩٧ طبع النجف الأشرف بباب ٣٤ : العلل التي ذكرها الفضل بن شاذان .

على استفادته من الأدلة المتقدمة (فهي) على عهدة من استفاد منها قاعدة كلية يرجع إليها عند الشك ، ولم يتحقق عندنا من الأدلة ما يوجب ثوتها بنحو الكلية حتى يكون مرجحاً عند الشك في مورد خاص. نعم ، الظاهر من تلك الأدلة . حسبما ذكرنا . وجوب الرجوع إليهم في كل ما يكون من المصالح العامة الذي يرجع فيه كل قوم إلى رئيسهم ضبطاً للسياسة ، واتفاقاً للنظام ، كما صرحت به خبر العلل وغيره.

هذا : وإن قد عرفت ما ذكرناه مقدمة ، وتبصرت فيما عرفناك في ولاية النبي صلى الله عليه وآلـه ، والـامـامـ عـلـيـهـ السـلـامـ ، فـلـنـرـاجـعـ إـلـىـ ماـ هوـ المـهـمـ فـيـ المـقـامـ : من ولاية غير الإمام من أقسام الولايات ، فنقول :

ها هنا مباحث :

(المبحث الأول)

في ولاية الحاكم ، أعني (الفقيه) في زمن الغيبة. وهذا القسم هو الأهم في التعرض من سائر أقسامها لما يبيّني عليه كثير من الأحكام المتفرقة في أبواب الفقه .
والكلام فيه : . تارة في ثوتها له ، وأخرى . في القدر الثابت منها ، وثالثة . في المولى عليه وموارد الولاية .

أما ثوتها للفقيه ولو في الجملة ، فمما لا كلام فيه . بعد الإجماع عليه بقسميه ، وورود النصوص المعتبة في القضاء وما يعمه ، والحوادث الواقعـةـ . وإنما الكلام في القدر الثابت منها له ، فالذي يظهر من بعض ثبوت الولاية للفقيه بمعنيـهاـ^(١) على وجه له الاستقلالية في التصرف ، فضلاً

(١) أي الخاصة وال العامة. 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 أئمـة ورثـة الأنـبياء ^(١) وجملة : على أئمـة الـعلمـاء وأـمنـاء الرـسـل ^(٢) ،

صاحب (جامع المقاصد) ومن تبعه ، فقد استدلوا على سعة أفق الولاية للفقيه . في زمن الغيبة . بالأدلة الأربع ، فالعقل المستقل بضرورة نصب الإمام الحق حفظاً للنظام الديني والدنيوي هو نفسه يستقل بضرورة استمرارية الرعاية والنظام . في زمن الغيبة . على أيدي وكلاء الإمام وفقهاء الشريعة لاضطلاعهم بما أكثر من غيرهم ، واستدلوا بالإجماع بقسميه على ذلك أيضاً فعن (جامع المقاصد) في هذا الباب : «اتفق أصحابنا على أن الفقيه العادل الجامع لشرائط الفتوى ، المعتبر عنه بالمحتجد في الأحكام الشرعية ، نائب من قبل أئمة المهدى عليهم السلام : في حال الغيبة في جميع ما للنيابة فيه مدخل . وربما استثنى بعض الأصحاب القتل والحدود» وهكذا استدلوا على سعة أفق الولاية للفقيه بظاهر إطلاقات الآيات الشاملة . بمقتضى عموم الخطاب فيها لكل زمان . للفقيه أيضاً ، مثل قوله تعالى «فَسَلُّوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ» قوله تعالى ! «أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَئِكُمْ أَنْتُمْ مُنْكَرٌ» .

واستدلوا . أخيراً . على ذلك ببطوائف كثيرة من النصوص الواردة عن أهل البيت عليهم السلام : أشار إلى

جملة منها سيدنا المصطفى (قده)

(١) أصول الكافي ، كتاب فضل العلم ، وباب صفة العلم حديث (٢) وباب ثواب العالم والمتعلم حديث (١) .

(٢) المصدر نفسه بباب صفة العلم ، حديث رقم (٥) .

وعلى أنهم حصون الإسلام^(١) ، وعلى أنهم خلفاء النبي (ص)^(٢) وعلى تشبههم بسائر الأنبياء في حديث افتخاره يوم القيمة . في المروي عن (جامع الأخبار)^(٣) وعلى تنزيتهم منزلة أنبياء بنى إسرائيل

(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 منسوبا إلى الشيخ الصدوق . قدس سره . والظاهر عدم صحة النسبة ، كما حقق ذلك الحقن الثبت الشيخ آغا بزرگ الطهراني رحمه الله في (الذرية ج ٥ ص ٣٣) بحرف الجيم.

وما قاله بعنوان (جامع الأخبار) : «المطبوع مكررا من سنة ١٢٨٧ هـ . حتى اليوم ، المتداول المرتب على (٤١ فصلا) المشهور انتسابه إلى الشيخ الصدوق ، لكنه مما لا أصل له أصلا ، وقد اختلفت أقوال الأصحاب في تعين مؤلفه ، نعم هو غير الصدوق جزما ، كما ذكره شيخنا في (نفس الرحمن) ثم فصله في (خاتمة المستدرك ص ٣٦٦) وأنهى أطراف الترديد في المؤلف إلى سبعة كلها محتملات» إلى 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 القيمة أهولا . إلى قوله . : اجتوا على ركبكم بين يدي العلماء تتحجوا منها ومن أهولها ، فاني أفتخر يوم القيمة بعلماء أمتي كسائر الأنبياء قبلي» والظاهر من هذه الجملة تشبهه نفسه (ص) بسائر الأنبياء من حيث الافتخار بعلمائهم ، لا تشبه 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 الحادى 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 معا ، وفي طليعتهم المجلسيان الأول والثانى . قدس سرهما . ويعيل إلى رأيهما بصححة النسبة والاعتماد عليه سيدنا الحجة البالغة السيد بحر العلوم . قدس سره . فقد عقد لذلك في آخر كتاب (فوائد الأصولية) فائدة خاصة ، ففصل فيها مختلف الآراء حول صحة النسبة والاعتماد وبطلاً نهاما ، وأخيراً يظهر منه صحة النسبة والاعتماد لما فصله من ذكر المؤيدات الناصعة في إثبات ذلك . وهذا الرأى يعني : أن الكتاب للإمام (ع) تأليفاً أو إملاءاً.

وقول بإنكار النسبة وعدم صحة الاعتماد على ما جاء فيه من أخبار كما ذهب إلى ذلك صاحب الفصول والمر العاملى وبعض آخر غيرهما وقول ثالث بالتوقف في ذلك ، كما يظهر من الفاضل المندي في (كشف اللثام) وبعض آخر .

وقول رابع : اعتبار أخباره من الأخبار القوية المحتاجة إلى تعضيد أو سلامه من المعارض . مع إنكار النسبة الى الإمام (ع) . كما هو رأي الشيخ الأنباري وبعض معاصريه .
والظاهر . كما عليه المستدرك للنورى والسيد المحسن الكاظمى وبعض المحققين من المتأخرین : أنه ليس من تأليف الإمام (ع) ولا من إملائه على أصحابه ، ولكنه من إملاء بعض أصحابه وجمعه لأقوال الإمام كأنه الأصل من كلامه ، مما جاء فيه من أخبار في معرض الحجية وعدمهها .

النبي (ص) : على أدتاهم . في المروي عنهم . في الاحتجاج ^(١) ، وعلى تفضيلهم على جميع خلق الله إلا النبيين والمرسلين وكفضل الشمس على الكواكب ، وفضل الآخرة على الدنيا ، وكفضل الله على كل شيء ، في المروي عن (المدية) انه : (قال الله تعالى لعيسى عليه السلام : عظيم العلماء واعرف فضلهم واني فضلتهم على جميع خلقي إلا النبيين والمرسلين ^(٢) وعلى أنهم حكام على الملوك والملوک حكام على الناس ، في المروي عن كنز الكراجكي ^(٣) عن الصادق عليه السلام ، وعلى الرجوع إليهم في الحوادث الواقعة ، فيما صدر من التوقيع الرفيع المشهور ، وأن بحاري الأمور بيدهم ، وعلى نصبه حاكما وقاضيا ، في مقبولة ابن حنظلة ، ومشهورة أبي خديجة ^(٤) إلى غير ذلك مما ورد في تعريفهم وتوصيفهم وأنهم كفلاء لأيتام آل محمد ، صلى الله عليه وآلها ، المعنى بهم هنا الأئمة : من يتم العلم لا يتم الآباء . وتقريب الاستدلال بهذه الأخبار هو أن يقال :

أما الجملة الأولى : فبتقريب أن الإرث هو انتقال مال المؤرث إلى

(١) في أوائل كتاب منية المريد في آداب المفید والمستفید للشهید الثاني . قدس سره .

(٢) أوائل كتاب : منية المريد في آداب المفید والمستفید للشهید الثاني . قدس سره .

(٣) كنز الفوائد للقاضي أبي الفتح محمد بن علي بن عثمان الكراجكي من أعلام القرن الخامس الهجري ومن تلامذة الشيخ المفید . قده . ذكره وذكر كتابه باطراء سیدنا الحجة المهدی . قدس سره . في كتاب رجاله المعروف بالفوائد الرجالية (ج ٣ ص ٣٠٢ - ٣٠٧) .

(٤) مر عليك آنفا : نص رواية التوقيع وحديثي المقبولة والمشهورة .

الوارث ، والولاية من جملة ما هو للمورث ، فتنتقل الى الوارث^(١).

وفيه . مع قوة إرادة الأئمة عليهم السلام : من العلماء لوقوع التفسير بحسب كثیرا في إطلاق العلماء ، وحمله للإرث حينئذ على معناه الحقيقي وهو الوارث لا بواسطة ، ولو أراد العموم من العلماء لزم التحوز في إطلاق الورثة عليهم ، لأن العلماء ورثة الأوصياء ، والأوصياء هم ورثة الأنبياء وإطلاق ورثة الأنبياء على من كان وارثهم بالواسطة مجاز. ولو قيل بلزوم التحوز على كل تقدير : إما بتخصيص عموم العلماء أو بالتحوز في الورثة بإرادة من يكون وارثاً بواسطة.

قلنا : التخصيص أولى من المجاز حيث يدور الأمر بينهما ، ومع فرض التساوي بين الاحتمالين يسقط الاستدلال به حينئذ . أن ذلك إنما يحمل الإرث على ما يشمل متعلقة الولاية حيث لا يكون من أفراده ما هو المت Insider منه أو المنصرف إليه المفروض وجوده في المقام ، لظهور المراد من كونهم ورثة الأنبياء ورثتهم في تبليغ الأحكام وتمييز الحلال من الحرام سيما مع وجود قرينة لذلك في بعضها المذيل بقوله : «ان الأنبياء لا يورثون دينارا ولا درهما وإنما يورثون علماء»^(٢) فالموروث حينئذ ، هو خصوص

(١) إذ لا إشكال في عدم إرادة الإرث الحقيقي هنا لعدم النسب الموجب له ، فلا بد من الأخذ بأقرب الجوازات ، وهو انتقال ما هو ثابت لهم عليهم السلام : من المنزلة والمقام الى العلماء ، وهي الولاية والسلطة على الرعية ، إلا ما أخرجه الدليل.

(٢) في أوائل كتاب (منية المرید في آداب المفید والمستفید للشہید الثاني) الحديث عن أبي الدرداء ، قال : سمعت رسول الله (ص) يقول : من سلك طریقاً یلتسم فیه علماً سلک اللہ بہ طریقاً یا جنۃ وان الملائکة لنضع أجنحتها رضا 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 فتشتبه للعلماء أيضا ، لوجود ما هو مناط وجودها فيهم أيضا (مدفوعة) بأن الملازمة على تقدير تتحققها إنما تستلزم وجودها لهم في الجملة ، دون القدر الثابت منها للنبي . صلّى الله عليه وآله . لقوة احتمال تبعية الولاية للعلم في المقدار .

وأما الثانية ، فبتقرير أن الأمين له الولاية فيما هو أمانة عنده من مال المؤمن .

بالكسر . وبعمومه المستفاد من حذف المتعلق يشمل الولاية التي هي من ماله أيضا ، حسبما عرفت في الإرث ، فأمناء الرسل أمناء لما لهم الذي منه الولاية . وعليه فتكون الامانة حينئذ : هي في صفات الرسل من العلم بالأحكام والولاية ونحوهما . ويمكن أن يقرر وجه آخر وهو أئمّة أمناء 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 ، لتحقق هذا المعنى فيهم : من وجوب حفظهم فيما يرجع إليهم من صلاح أمور معادهم ومعاشهم من الفساد والإفساد ، وهو معنى الولاية التامة والرئاسة الكبرى الثابتة للنبي صلّى الله عليه وآله ، والامام عليه السلام .

وفيه : ما تقدم أيضا : من أن الحمل على العموم إنما هو حيث لا يكون هناك ما يتبادر منه أو ينصرف إليه المطلق المفروض وجوده هنا ، وهو كونهم أمناء في تبليغ الأحكام وإرشادهم إلى معرفة الحلال والحرام كما يعطي تصريح بعضها بالامناء على الحلال والحرام ،
مضافاً إلى كفاية

ومن في الأرض حتى الحيتان في الماء ، وفضل العالم على العابد كفضل القمر على سائر الكواكب ، لأن العلماء ورثة الأنبياء لأن الأنبياء لم يورثوا ديناراً ولا درهماً وإنما ورثوا العلم فمن أخذ به فقد أخذ بحظ وافر» .

ثبوته . في الجملة . في مدحهم وإطلاق الأمانة عليهم ، وأما التعميم الى جهات الإتيان وقدر الامانة ، فالاطلاقات مهملة من هذه الحقيقة ، غير مسوقة لبيانها.

ومثل ذلك تقريراً ورداً : يجري في الثالثة المعتبر فيها عنهم يحصون الإسلام بناء على أن التشبيه بالحسن من حيث كونه حافظاً لما فيه من عروض الآفات عليه.

وأما الرابعة^(١) : فبतقرير أنه لو قيل : فلان خليفي ، من غير تقييد فهم عرفاً منه ، بل كان معناه : أنه قائم مقامه في كل ما كان له أن يفعل إلا ما خرج ، تنزيلاً للخلف منزلة السلف فيما تقتضيه الوظيفة التي منها الولاية .

وفيه : ما تقدم من التبادر أو الانصراف إلى التنزيل في تبلغ الأحكام الموجبة للحمل عليه ، لا على العموم .

ومثل ذلك يجري فيما ورد من التشبيه بالرسل^(٢) تعميماً لوجوه الشبه أو اختصاصاً بها يتبادر منها أو ينصرف اليه .

وكذا فيما ورد من التنزيل منزلة الأنبياء في بني إسرائيل في (الرضوي)^(٣) .

(١) وهي قوله (ص) : اللهم ارحم خلائقى ، قيل : ومن خلفاؤك يا رسول الله؟ قال : الذين يأتون من بعدى ويررون حدثى وسنرى» . كما في مرسلة الفقيه .

(٢) أمثال قوله (ص) : «علماء أمتي كسائر أنبياء بني إسرائيل» . كما في كتب الأخبار .

(٣) في قوله (ص) : «منزلة الفقيه في هذا الوقت كمنزلة الأنبياء في بني إسرائيل» .

وأما ما دل على الفضيلة والأفضلية^(١) فالتقريب فيه بدعوى المناسبة بين منصب الولاية والفضيلة في الشرف.

وفيه إنما منوعة عكسا ، وان سلمت طردا ، إذ لا يلزم أن يكون الفاضل ولها على المفضول نعم يلزم أن يكون الولي فاضلا بالنسبة إلى المولى عليه من حيث الجهة الموجبة للولاية عليه ، لأنه بمنزلة المكمل لنقصانه ، والا لزم الترجيح بلا مرجع.

بقي الجواب عما قد يشكل على الخبر المروي عن قوله تعالى لعيسى : عظّم العلماء واعرف فضلهم فاني فضّلتهم على جميع خلقني إلا النبيين والمرسلين^(٢) فان العلماء ان أريد بهم خصوص الأئمة عليهم السلام : لزم مفضوليتهم بالنسبة إلى 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 بإرادة أفضلية علماء كل عصر بالنسبة الى أهل عصرهم إلا نبي ذلك العصر ، وأفضلية الأئمة على أنبياء السلف والمرسلين مستفاده من دليل خارج ، فلا تخصيص حينئذ ، لا في الجمع الخلوي باللام ولا المعرف بالإضافة.

(١) أمثال قوله (ص) : كما عن مفتاح الفلاح للبهائي . : «علماء أمتي أفضل من أنبياء بنى إسرائيل» أو تفضيلهم على الناس كفضل النبي ص على أدناهم . كما عرفت . وكفضل الله على كل شيء . كما عن المنية .

(٢) كما عرفت ذلك عن منية المرید للشهید الثانی .

(٣) فإن الذي يظهر من الاخبار الواردة في مطانحا : «أن الأئمة عليهم السلام أفضل الخليفة بعد النبي محمد (ص) : آدم ومن دونه».

وأما كونهم حكاما على الملوك الذين هم حكام على الناس^(١) فغايتها ثبوت الحكم لهم ولو في نفوذ قضائهم عليهم ، وأين ذلك من ثبوت الولاية الكلية لهم؟
 وأما التوقيع وما يليه من الأخبار^(٢) فلا ينهض لإثبات الولاية الاستقلالية للفقيه على وجه يكون مستقلا بالتصرف كالإمام إلا فيما خرج بالدليل.
 وبالجملة : لا شك في قصور الأدلة عن إثبات أولوية الفقيه بالناس من أنفسهم ، كما هي ثابتة لجميع الأئمة عليهم السلام بعدم القول بالفصل بينهم وبين من ثبت له منهم عليهم السلام بنص غدير خم ، بل الثابت للفقيه أنها هو الولاية بالمعنى الثاني^(٣) لكن الكلام في ثبوتها له بنحو العموم على وجه يرجع إليه حيث ما شك في مورد ثبوتها له فيه أولا ، بل يقتصر في الرجوع إليه على كل مورد قام الدليل عليه بخصوصه ، ويبقى مورد الشك تحت الأصل الذي قد عرفت مقتضاه العدم؟ وجهاً بل قولان :

(١) كما عن كنز الكراجكي من قول الإمام الصادق (ع).

(٢) من قوله (ع) : في التوقيع المشهور : «فإنهم حجتى عليكم وأنا حجة الله» وقول الإمام الحسين (ع) كما في تحف العقول : «أن بحاري الأمور والأحكام على أيدي العلماء بالله ، الأمانة على الحلال والحرام» وقول الإمام الصادق (ع) . في مقبولة ابن حنظة . «فإني قد جعلته عليكم حاكما» وقوله (ع) في مشهورة أبي حذيفة : «فإني قد جعلته عليكم قاضيا» كما مر آنفا ، وكقولهم (عليهم السلام) . كما في كتب الأخبار . «إن العلماء كافلون لأيتام آل محمد (ص) ونحو ذلك كثير في كتب الحديث.

(٣) وهو دخل اعتباره في تصرفات الغير لا استقلاله في التصرف.

وتنقيح هذه المسألة من أصلها . بعد معلومية أن البحث في وجوب الرجوع إلى الفقيه في زمن الغيبة إنما هو من حيث تبعيته للإمام فيما يجب الرجوع فيه إليه ونيابته عنه ، وإنما فهو كغيره من عدول المسلمين هو أن يقال : إن كل معروف علم ارادة وجوده في الخارج ولكن شك في توقفه على إذن الفقيه في زمن الغيبة وعدمه ، بل يجب إيجاده على كل من يقدر عليه كفاية : فأما أن يكون الشك فيه مسبباً عن الشك في كونه مشروطاً بإذن الإمام عليه السلام أولاً ، أو يكون مسبباً عن الشك في حصول الإذن 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 الإمام عليه السلام ، وأخرى في مأذونية الفقيه منه بالخصوص ، ولو بنحو العموم بعد إحراز كونه مما يعتبر فيه إذن الإمام عليه السلام .

أما إذا كان منشأ الشك هو الأول ، فلا مانع عن التمسك فيه بالأصل الذي مقتضاه عدم ، إذ المانع عنه . كما تقدم . ليس إلا انفتاح باب العلم المفروض انسداده في زمان الغيبة . وعليه فيكون من الواجب كفاية على كل من يقدر عليه . فقيها كان أو غيره . وإن كان هو الثاني ، فلا كلام في كون الفقيه هو المتيقن من كان له ولادة ذلك ، إنما الكلام في اختصاصها به ، إن ثبت عموم النيابة له ، وإن لا فيتولاه كل من يقدر عليه كفاية ، للعلم بإرادة وجوده شرعاً وعدم تعين الموجد له ، بناء على عدم استفاداة العموم من أدلة النيابة ، إلا أنه حينئذ ، يدور أمره بين احتمالات ثلاثة : سقوط اعتبار الإذن في زمن الغيبة أو اختصاص الإذن للفقيه فيه ، أو تعميمه لكل من يقدر عليه . أما سقوط الإذن من أصله ، ففيه تقيد لما دل على اعتباره من غير دليل . وأما

اختصاصه به ، فلا دليل عليه بالفرض ، فلم يكن بد من القول بحصوله لكل من يقدر عليه كفاية بعد إحراز التكليف به وفرض عدم تعيين مكلف خاص.

وبالجملة : لا بد من حصول الاذن بعد فرض اعتباره : فأما ان يكون خاصا أو عاما للمكلفين. لا يقال : الأصل 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) معارضه أصالة عدم قصد الاختصاص بأصالة عدم قصد التعميم ، فيبقى أصل عدم السقوط سليما (موهونة) بأن التعميم لا يحتاج إلى القصد ، بل يكفي فيه عدم قصد الاختصاص ومع التنزل وفرض التساوي في مخالفتهما للأصل لرجوعه 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 أيضا.

نعم لو شك في أصل وجوبه على غير الفقيه بحيث لا يكون إيجاده في الخارج مطلوبا الا منه ، كان المرجع فيه لغير الفقيه هو البراءة لكون الشك فيه حينئذ ، راجعا إلى الشك في التكليف ، كما لو شك في كون الوجوب مشروطا بحضور الامام (ع) ، نظير شرطية الحضور لوجوب الجمعة عينا أو مطلقا فالمرجع فيه أيضا ، الى البراءة . مطلقا . للفقيه وغيره. وهاتان الصورتان خارجتان عن حريم البحث ، لأن الشك فيما شك في أصل إرادة إيجاده في الخارج مطلقا ، 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 : إن ما يتوقف على اذن الامام عليه السلام : إن لم يكن لصرف تعظيمه وجلالته ومحض المكرمة

له ، بل كان من حيث رئاسته الكبرى على كافة الأنام الموجب للرجوع إليه في كل ما يرجع إلى مصالحهم المتعلقة بأمور معادهم أو معاشهم ودفع المضار عنهم وتوجه الفساد إليهم مما يرجع فيه المؤسون من كل ملة إلى رؤسائهم اتفاقا للنظام المعلوم كونه مطلوبا مدى الليالي والأيام ، فلا بد من استخلاف من يقوم مقامه في ذلك حفظا لما هو المقصود من النظام وحينئذ فاما أن يكون المنصوب من قبله هو كل من يقدر عليه من غير اختصاص ببعض دون بعض ، أو يكون صنفا خاصا منه وعلى الثاني : فأما أن يكون هم الفقهاء ، أو طائفه مخصوصة غيرهم ، والأخير باطل قطعا ، لعدم الدليل عليه ، بل ولا الإشارة منه إليه. والأول مستلزم لكفاية نظر المريد لإيجاده في الخارج والاستغناء عن نظر من يكون نظره مكملا ومعتبرا في تصرف غيره ، وهو مناف للفرض من إنماته بنظر الإمام من حيث رئاسته الذي مرجه إلى التوقف على انضمام نظر الرئيس والاحتياج إليه.

فتعين كون المنصوب هو الفقيه الجامع للشرائط في زمن الغيبة مع ظهور بعض الأدلة المتقدمة في ذلك ، كقوله عليه السلام : «وأما الحوادث الواقعة» وقوله : «مجاري الأمور بيد العلماء» وقوله : «هو حجي عليكم ، وجعلته حاكما» فان المبادر منها عرفا استخلاف الفقيه على الرعية وإعطاء قاعدة لهم كليلة بالرجوع إليه في كل ما يحتاجون إليه في أمورهم المتوقفة على نظر الإمام ، وان وقع السؤال في بعضها عن بعض الحوادث الا أن الألف واللام في الجواب ظاهرة في الجنس بقرينة المقام وسوقه مساق ما هو كالصریح في العموم بإرادة كل أمر من الجمع المحلي في قوله : «مجاري الأمور» مما يكون من شأنه الجريان عن نظر الإمام عليه السلام. نعم لو شك في جهة اعتبار نظره بين كونه شرطا تبعدا الموجب للاقتصار فيه عليه ، أو من حيث رئاسته الموجب للاستخلاف فيه كان المرجع في وجوب

الرجوع إلى الفقيه هو البراءة هذا مضافاً إلى غير ما يظهر من تتبع فتاوى الفقهاء في موارد عديدة . كما سترى . في اتفاقهم على وجوب الرجوع فيها إلى الفقيه مع أنه غير منصوص عليها بالخصوص ، وليس الا لاستفادتهم عموم الولاية له بضرورة العقل^(١) والنقل^(٢) ، بل استدلوا به عليه ، بل حكاية الإجماع 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 والجنون ، فإن الولاية عليهم ثابتة للحاكم ما لم يكن لهم ولـي مقدم عليه في المرتبة^(٣) بضرورة العقل^(٤) المؤكـد بالنقل^(٥)

(١) فـان العـقل كـما يـحكم بـضرورـة نـصب الـولاـية لـلنـبـي وـالـأئـمـة (عـ) لـاستقـامـة النـظـام الـديـنـي وـالـدـنـيـوي ، كذلك يـحـكم بـضرورـة تـصـبـ من يـقوم مـقام الـإـمـام (عـ) عـنـد غـيـرـه لـنـفـس الـعـلـة وـهـذا الـمعـنى مـنـ الـمـسـتـقـلـات الـعـقـلـيـة الـتـي لـا رـيبـ فـيـها.

(٢) كما عـرفـتـ آنـفـا مـنـ اـسـتـعـرـاضـ الـرـوـاـيـاتـ الـكـثـيرـةـ الـظـاهـرـةـ فـيـ هـذـا الـمـعـنىـ مـنـ الـوـلاـيـةـ.

(٣) وـهـمـ الأـبـ وـاجـلـدـ لـهـ ،ـ وـالـوـصـيـ الـمـنـصـوبـ مـنـ قـبـلـهـماـ .

(٤) فـانـ العـقلـ يـسـتـقـلـ بـالـحـكـمـ بـضـرـورـةـ نـصـبـ مـنـ يـرـعـيـ شـعـونـهـماـ الـنـفـسـيـةـ وـالـمـالـيـةـ .ـ بـحـكـمـ قـصـورـهـماـ عـنـ ذـلـكـ .ـ وـحـيـثـ لـاـ يـوـجـدـ لـهـمـ وـلـيـ ذـاتـيـ أـوـ مـنـصـوبـ مـنـ قـبـلـهـ .ـ فـلـاـ مـنـاصـ مـنـ إـنـاطـةـ الـأـمـرـ إـلـىـ الـحـاـكـمـ الـشـرـعـيـ لـأـنـهـ وـلـيـ مـنـ لـاـ وـلـيـ لـهـ .ـ كـمـاـ اـشـهـرـ فـيـ الـحـدـيـثـ النـبـوـيـ :

(٥) فـمـنـ الـكـتـابـ مـفـهـومـ قـوـلـهـ تـعـالـىـ :ـ كـمـاـ فـيـ سـوـرـةـ النـسـاءـ .ـ «ـوـاـبـتـلـوـاـ الـيـتـامـىـ حـتـىـ إـذـاـ بـأـغـلـوـاـ الـتـكـاحـ ،ـ فـإـنـ آـنـسـتـمـ مـنـهـمـ رـشـدـاـ فـادـفـعـواـ

فله التصرف في نفوسهم مما يوجب حفظها وتربيتها ، حسبما تقتضيه مصالحهم التي منها الإيجار والاستئجار ، فضلا عن أموالهم ونحوها مما يرتبط بهم من الحقوق وغيرها^(١) فله أنحاء التصرف فيها مراعيا فيه المصلحة لهما ولو بجلب المنفعة ، فضلا عن دفع المضرة وفي تعين الأصلح أو كفاية الصلاح؟ وجهان : ولعل الأخير هو الأقوى^(٢).

إِلَيْهِمْ أَهْوَ الْهُمْ» والرشد . على ما هو المشهور . العقل والتذير . فنكون الآية شاهدا لضرورة الولاية عليهم : إما من قبل ولديهما النسي أو المنصوب من قبلهما أو من قبل الشرع والضرورة القطعية وهو الحاكم ومن السنة عموم الحديث النبوى المشهور : «السلطان ولي من لا ولي له». وهو شامل لولاية الحاكم لكل من الصغير والجائعون مع فقد ولديهما الأولى . والروايات عن أهل البيت عليهم السلام في هذا المعنى كثيرة تذكر في كتاب الوصايا والنكاح والحجر . كما سيبأني ذكرها في المتن .

(١) نحو حقوقهم الاعتبارية كحق الشفاعة والخيار والنسخ بالخيار ودعوى الغبن والإخلاف ورد الحلف وحق القصاص بالدم والجنایات وإقامة البينات وجرح الشهود وغير ذلك مما يرتبط بشؤونهم الاعتبارية . فضلا عن نفوسهم وأموالهم

(٢) والمراد بالأخير : هو كفاية محض الصلاح ، ولا ضرورة إلى توخي الأصلح لهما . كما عليه المشهور . ولعله الإطلاقات أدلة الولاية وصدق السلطة والرعاية ، ولكن القدر المتيقن من الإجماع ودليل العقل : توخي الأصلح لهما في مورد التعارض بينه وبين محض الصلاح . وبذلك تقيد إطلاقات الأدلة النقلية غير المبنية لذلك ، فرعائية الأصلح : إن لم تكن أقوى ، فلا أقل من الاحتياط .

ومنها . الولاية على الغائب في أمواله في الجملة ^(١) ، فإن القدر الثابت أن له التصرف فيها ولاية بيع ونحوه إذا تسارع اليه الفساد ونحوه مما يوجب بقاءه الضرر عليه ، أو استيفاء حق للغير مستحق عليه ، يتوقف استيفاؤه منه ولو بيع ونحوه ، لما دل على ولايته على المتنع عن أداء الحق عليه ^(٢) بعد اتحاد المناطق بينهم من امتناع إيصال الحق إلى مستحقه ، من غير فرق في الامتناع بين كونه قهراً أو عن اختياره ، إلا في الإثم وعدمه ، مضافاً إلى ما دل عليه غيره من الأدلة ^(٣) وتعطيل الاستيفاء إلى 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 ما لم يكن له وكيل على قبضه ولو بنحو العموم وإنما يتبع كونه له بقبضه إياه منه لا قبله أن كان ديناً ونحوه من المثلثات في بدل الغرامات .

(١) والغائب . كما يظهر من تضاعيف ما ذكره الفقهاء في الباب . نوعان : أحدهما . المفقود خبره مطلقاً ، ويشمل الضائع في البلدان أو في بلاده الواسعة الأطراف ، والضال الطريق ، والمنقطع الذي تعطلت به واسطة الإيصال ولم يعلم خبره ، والمفقود في المعركة والأسرى ، ومطلق الغائب المحظوظ الجهة . والثاني . الغائب المعلوم الخبر ولكن غيبته مجهرة الأمد ، مع طول المدة ، والظاهر شمول الولاية في الجملة لكلا النوعين كما يظهر من عموم مناطقات الأدلة الواردة في بعض الفروع ، بالإضافة إلى الإطلاقات الشاملة .

(٢) كما سيأتي بيان ذلك من قبل المصنف . قريباً .

(٣) كمرسلة جحيل بن دراج عن أحدهما . عليهما السلام . : قالا : «الغائب يقتضي عليه إذا قامت عليه البيئة وبياع ماله ، ويقتضي دينه ، وهو غائب ...» وغيرها من الروايات بهذا المضمون . في باب القضاء .

وأما في غير ذلك فليس له ولاية التصرف ، وان كان له فيه المصلحة والا لجاز التصرف للحاكم في أموال الغيّب والتقلب فيها للاستباح لهم المقطوع بعدم جوازه ، للأصل ، وقاعدة المنع عن التصرف في مال الغير إلا باذنه . والتشبث للجواز بدليل الإحسان^(١) من الوهن بمكان ، وإلا لجاز في الحاضر أيضا ، لأنه إحسان عليه ، بل ومع منعه عنه ، ولم يذهب اليه وهم فضلا عن القول به.

نعم يجب عليه حفظه ، لا من باب الحكومة والسياسة ، بل للاذن المستفاد بشاهد الحال ، أو لقاعدة نفي الضرر الموجب لوجوبه كفاية على كل من يقدر عليه وان كان غير الحاكم ، سواء تعلق الحفظ بالعين أم بالمنفعة ، ولعل جواز البيع فيما يتسارع اليه الفساد من ذلك أيضا ، لرجوعه إلى حفظه ولو بحفظ ماليته ، فيجب عليه كفاية ، لا ولاية فتأمل ، من غير فرق في المنع عن التصرف فيما ذكرنا بين أقسام الغيّب حتى المجهول ماله المفقود أثره ، فلا يتصرف في أمواله ، ولو بالقسمة بين ورثته حتى بعد الفحص عنه واليأس منه ، على الأقوى ، وعليه المعظم كما في (المسالك)^(٢) للأصل ولزوم تعطيل حق الوراث فرع تحقق كونه مالكا بالإرث وتنتزيل الظن بالموت بعد الفحص منزلة اليقين بعد تسليمه . كما ستعرف مخصوص بما دل على اعتباره في خصوص بینونة الزوجة :

(١) انطلاقا من قوله تعالى «**وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ**». كما في سورة البقرة آية ١٩٥ .

(٢) مسالك الأفهام في شرح شرائع الإسلام للشهيد الثاني . قده . كتاب الفرائض ، المسألة الثامنة من مسائل ثمانية : المفقود يتربص بماله .

تعليقًا على قول الحق (وقال في الخلاف : لا يقسم حتى تمضي مدة لا يعيش مثله إليها) قال : «هذا هو الأقوى تمسكا بالأصل وعليه المعظم».

أما بالطلاق أو أمرها بالاعتداد بعدة الوفاة من غير توقف على الطلاق ، فإن الولاية ثابتة له في ذلك باتفاق النص والفتوى الا 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 المحتمل كونه فيها ، فان لم يعلم حاله في مدة الأجل أمرها الحاكم بالاعتداد أربعة أشهر وعشرة أيام ثم هي تحل للأزواج من غير توقف على الطلاق . كما هو ظاهر الحقق في الشرائع ^(١) وغيره . تنزيلا للظن بالموت بعد الفحص منزلة اليقين به بالنص أو أمر وليه بالطلاق ، فان لم يكن أو كان ، ولم يطلق ، طلقها الحاكم على الأشهر الأظهر من اعتبار الطلاق في الفرقة ، جمعا بين الأخبار بحمل مطلقها على مقيدها . نعم عن (الحلبي) سقوط هذا الفرع من أصله في زمن الغيبة وأنها مبتلة فيه وعليها الصبر إلى أن يعرف موته أو طلاقه

^(٢).

(١) قال . في كتاب الطلاق ، المقصد الخامس في العدد ، الفصل الخامس في عدة الوفاة . «ولم ينفع إن عرف خبره . إلى قوله . : وإن لم يعرف خبره أمرها (أي الحاكم) بالاعتداد عدة الوفاة ثم تحل للأزواج» .

(٢) ففي السرائر كتاب الطلاق ، باب العدد ، بعد الكلام عن عدة الوفاة يقول : «واما ما يجري بجري الموت فشيئان : أحدهما . غيبة الزوج التي لا تعرف الزوجة معها له خيرا ولا لها نفقة . وبعد عرض المسألة وحكمها كما في المتن . يقول : «وهذا حكم باطل في حال غيبة الإمام (ع) وقصور يده ، فإنهما مبتلة ، وعليها الصبر إلى أن تعرف موته أو طلاقه على ما وردت به الاخبار عن الأئمة الأطهار» .

وهو . على أصله . حسن حيث لم يعمل بأخبار الآحاد ويفيد النبوي المروي : «تصير امرأة المفقود حتى يأتيها يقين موته أو طلاقه» وخبر السكوني : «عن جعفر عن أبيه عليهما السلام : إن عليا (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 المصمار التي منها . موثقة سماعة : «سألته عن المفقود ، فقال : ان علمت أنه في أرض فهي تنتظر له ابدا حتى يأتيها موته أو يأتيها طلاقه ، وإن لم تعلم أين هو من الأرض كلها ولم يأتها منه كتاب ولا خبر ، فإنها تأتي الإمام فیأمرها أن تنتظر أربع سنين ، فيطلب في الأرض فان لم يجد له أثرا حتى تمضي أربع سنين أمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشرا ، ثم تحل للأزواج ، فإن قدم زوجها بعد ما تنقضي عدتها فليس له عليها رجعة ، وإن قدم وهي في عدتها أربعة أشهر وعشرا ، فهو أملك برجعتها»^(٢) وظاهرها الالتفاء بالأمر بالاعتداد من غير توقف على الطلاق .

ومنها صحيحة الحلي : «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 أثرا أمر الوالي وليه أن ينفق عليها ، فما أنفق عليها فهي امرأته ، قال قلت : فإنما تقول : إني أريد ما تريده النساء : قال : ليس لها ذلك ولا كرامة ، فإن لم ينفق عليها ولية

(١) الوسائل . كتاب الطلاق باب ٢٣ حكم طلاق زوجة المفقود حديث (٣).

(٢) الكافي للكليني ، كتاب الطلاق باب المفقود حديث (٤).

أو وكيله أمر بأن يطلقها ، وكان ذلك عليها طلاقا»^(١)

ومنها . صحيح بريد : «سألت أبا عبد الله عليه السلام : عن المفقود كيف يصنع بأمراته؟ قال : ما سكتت وصبرت يخلى عنها ، فإن هي رفعت أمرها إلى الوالي أجلها أربع سنين ، ثم يكتب إلى الصقع الذي فقد فيه فليسأل عنه ، فان خبر عنه بحياة صبرت ، وان لم يخبر عنه بشيء حتى تمضي الأربع سنين دعاولي الزوج المفقود ، فقيل له : هل للمفقود مال؟

قال : فان كان له مال أنفق عليها حتى يعلم حياته من موته ، وان لم يكن له مال قيل للولي : اتفق عليها ، فان فعل فلا سبيل لها أن تتزوج ، ما أنفق عليها ، وان أبي أن ينفق عليها أجراه الوالي على أن يطلق تطليقة في استقبال العدة وهي طاهر ، فيصير طلاق الولي طلاق الزوج ، فان جاء زوجها من قبل أن تنقضى عدتها من يوم طلقها الولي فبدأ له أن يرجعها فهي امرأته ، وهي عنده على تطليقتين ، وان انقضت العدة قبل أن يجيء أو يراجع فقد حلت للأزواج ولا سبيل للأول عليها»^(٢).

ومنها . مرسلة الفقيه ، وفيه : «وفي رواية أخرى : ان لم ينكح الزوج ولها الوالي ، ويشهد شاهدين عدلين ، فيكون طلاق الوالي طلاق الزوج ، وتعتد أربعة أشهر وعشرا ، ثم تزوج 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 :
طلاقا واجبا.

(٢) الوسائل ، كتاب الطلاق باب ٢٣ حكم طلاق زوجة المفقود حديث (١)

(٣) المصدر الآنف الذكر من الوسائل حديث (٢).

أيُجبرُ ولِيهِ عَلَى أَنْ يَطْلُقُهَا؟ قَالَ : نَعَمْ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ولِي طَلْقَهَا السُّلْطَانُ قَلَتْ فَانْ قَالَ الْوَلِيُّ : أَنَا أَنْفَقَ عَلَيْهَا؟ قَالَ : فَلَا يَجِدُهُ عَلَى طَلَاقِهَا ، قَالَ قَلَتْ : أَرَأَيْتَ إِنْ قَالَتْ : أَنَا أَرِيدُ مَا تَرِيدُ النِّسَاءُ وَلَا أَصْبِرُ وَلَا أَقْعُدُ كَمَا أَنَا؟ قَالَ : لَيْسَ لَهَا ذَلِكُ ، وَلَا كَرَامَةً إِذَا أَنْفَقَ عَلَيْهَا»^(١)

والجمع بينها موجب لاعتبار الطلاق الا أن عدتها عدة الوفاة على القولين تعبدا بالنص المقدر لها ذلك.

(واحتمال) كون وجه الجمع بين الطلاق وكون عدتها عدة الوفاة هو إحراز ما يوافق الواقع من كونه إما ميتا ، فالعددة عدة الوفاة ، وإما حيا فالفرقـة بالطلاق ، وعدة الوفاة مشتملة على عدة الطلاق ، وتظهر الشمرة فيما لو آب فيما بين العدتين لم يملك رجوعها لانكشاف الواقع بانقضائه عدتها (حسن) لو لا أنه اجتهاد في مقابل النص المصرح في مضمر سماعة بما لو قدم وهي في عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام كان أملـك برجعتها ، الشامل لما لو كان وقت قدوـمه بين زـمن العـدـتين ، فلا منـدوـحة عن الـلتـزـام تعـبدـا بـكونـهـ عـدـةـ هـذـاـ الطـلاقـ بـخـصـوصـهـ مـساـوـيـةـ لـعـدـةـ الـوـفـاةـ.

هـذاـ ، ولـعلـ المرـادـ بـالـولـيـ المـأـمـورـ مـنـ الـحاـكـمـ بـالـطـلاقـ :ـ هوـ مـنـ كـانـ مـتـصـرـفـاـ بـالـولـاـيـةـ الإـذـنـيـةـ ،ـ لـاـ خـصـوصـ الـوـكـيلـ لـمـنـافـاتـهـ لـعـطـفـهـ عـلـيـهـ فـيـ الصـحـيـحـةـ المـتـقدـمـةـ ،ـ فـلاـ يـنـافـيـ عـطـفـهـ عـلـيـهـ لـكـونـهـ أـخـصـ مـنـهـ ،ـ أـوـ الـأـوـلـىـ بـمـيرـاثـهـ مـنـ أـوـلـىـ الـأـرـاحـامـ ،ـ أـوـ الـوـلـيـ الإـجـبـارـيـ باـعـتـارـ سـبـقـ ولاـيـتـهـ فـيـ حـالـ الصـغـرـ ،ـ وـانـ زـالـتـ عـنـهـ فـيـ الـكـبـرـ.

وـكـيفـ كـانـ ،ـ فـانـ رـجـعـ بـعـدـ انـقـضـاءـ الـعـدـةـ أـرـبـعـةـ أـشـهـرـ وـعـشـرـةـ أـيـامـ كـانـ أـجـنبـيـاـ لـمـ يـمـلـكـ الرـجـوعـ بـهـاـ ،ـ تـزـوـجـتـ بـغـيـرـ أـمـ لـاـ ،ـ وـانـ رـجـعـ فـيـ

(١) الوسائل ، المصدر الآنف الذكر حديث (٥) وفي الكافي : كتاب الطلاق ، باب المفقود حديث (٣).

في أئنائها مطلقا ، كان أملاك برجعتها.

ومنها . الولاية على المحجور عليه . وهو : اما لجنون أو لسفه أو لصغر بالنسبة إلى نكاحهم .

أما المحجور عليه للجنون مع مسيس الحاجة الضرورية اليه ، وكان له صلاحا ، فجملة صورة هي أنه : لا يخلو : إما أن لا يكون لهما ^(١) ولي إيجاري من الأب أو الجد له ، أو كان . وعلى التقديرين : فأما أن لا يكون جنونهما متصلا بالبلوغ ، بل تجدد وطءه عليه بعده ، أو كان متصلة به .

وعلی التقادیر : فاما أن يكون جنونه إطباقياً أو أدوارياً يجن في وقت ويفيق في آخر.

أما إذا لم يكن لهما ولی ومسته الضرورة اليه وكان إطباقيا ، فلا إشكال في كون الولاية حينئذ للحاكم مطلقا ، تحدد جنونه بعد بلوغه أو بلغ جنوننا ، بل لعل الإجماع يقسميه عليه.

وأما لو كان له ولی وكان الجنون طارئا عليه بعد البلوغ والرشد ، فالأقوى . ولعله الأشهر . كون الولاية فيه له أيضا ، دون الولي الإجباري لانقطاع ولايته بالبلوغ والرشد . (رد دعوى) كون الولاية ذاتية لمن باقتضاء الأبوة والحدودة ذلك ، غير أن البلوغ مانع عنه فتعود بطره عليه (موقوفة) على استفادة ذلك من الأدلة ، ودونها خرط القناد ، فالولاية للحاكم ، لأنه ولی من لا ولی له . نعم إذا اتصل حنونه ببلوغه أشكال الحكم بانقطاع ولايته بمجرد البلوغ مع اقتضاء الأصل بقاءها ، بناء على جريان الاستصحاب ، فيما لو كان الشك في المقتضى ، مع ظهور آية

(١) الملاحظ أن الضمائر في . التقسيم . تتنى وتفرد بلحاظي الذكر والأثنى ، أو المحجر عليه ، والمقصود واحد.

(الإيناس) ^(١) في ذلك وان كان موردها المال ، لتعليق الحكم بالدفع على البلوغ وإيناس الرشد القاضي بعدهما والحبس عنه بانتفاء أحدهما ، والمخاطب بالدفع بعد تحقق الشرطين بمقتضى السياق هو المخاطب بالحبس قبله ، وهو الولي الإجباري المقدم على غيره مع وجوده . مراعاة الإذن منهما في هذه الصورة ، بل وفي ما قبلها أيضا هو الأحوط.

هذا إذا كان الجنون إطباقا ، وأما إذا كان أدوارا ، فقد صرحاوا بعدم الولاية لأحد عليه

، بل ينتظر به إلى وقت الصحة ويوكل فيه إلى نفسه.

وبالجملة : يظهر من اعتباراهم اعتبار الأمرين : مسيس الحاجة الى النكاح وكون الجنون إطباقا ، مع أن الأول يعني عن الثاني ان كانت الحاجة في مجموع الوقتين ، لعدم المسيس إليه في دور الجنون وان كان في جميعها فلا وجه للانتظار به إلى دور الإفادة بعد تنزيل الولي منزلته ، بل يزوجه فيه دفعا للضرورة عنه وان كان أدواريا.

واما المحجور عليه للتبذير كالسفيه : فاما أن لا يستلزم نكاحه إتلافا ماله ، أو يستلزم وعلى التقديرتين : فأما أن لا تكون له بالنكاح حاجة ضرورية ، أو تكون.

فإن لم يستلزم ذلك صح نكاحه بنفسه مطلقا ، وان لم تكن له به حاجة ، لأنه ليس

محجورا 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 المسوجة لإتلاف ماله بعد الحجر عليه للحفظ له.

(١) وهي قوله تعالى «وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوهُ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تُأْكِلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبِرُوا» سورة النساء آية . ٤ .

وان كان له به حاجة يتضرر بتركه كانت الولاية فيه للحاكم مع فقد الأولي منه ، كما صرخ به غير واحد من الأصحاب ، قال في (المبسوط) «وان كان محجورا 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 (الشرائع) : «والمحجور عليه للتبذير لا يجوز له أن يتزوج غير مضطر ، ولو أوقع كان العقد فاسدا ، فان اضطرر 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). وإذا زوج الأجنبي وقف على اجازة من اليه العقد. وقيل : يبطل ، والأول أظهر . وقال في (القواعد) : «والمحجور عليه للسفه لا يجوز له أن يتزوج إلا أن يكون مضطرا إليه ، فإن تزوج من غير حاجة كان العقد فاسدا ، ومع الحاجة يأذن له الحاكم فيه»^(٣) انتهى فلو استقل به . والحال هذه . بطل عقده لاستلزماته التصرف في ماله الممنوع عنه بالحجر عليه من المهر والنفقات ، مضافا الى مفهوم صحيحة الفضلاء : «عن أبي جعفر عليه السلام قال : المرأة التي قد ملكت نفسها غير السفيهه ولا المولى عليها تزويجها بغير ولی حائز»^(٤) ويتم في السفيه

(١) راجع : كتاب النكاح من (مبسوط الشیع) 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 الأربع المؤثرون : الفضل بن يسار و محمد

بعدم القول بالفصل بينه وبين السفيهية ، فتأمل . فلو استقل فيه بنفسه . والحال هذه . بطل عقده على الأقوى ، لكون الولاية فيه للحاكم لما ذكرنا ، لا لما توهم من التلازم بين ولاية النكاح وولاية المال ، لانتقاده بالمفليس وطلاق زوجة المفقود.

ويحتمل . كما قيل . الصحة ، لأنه بنفسه ليس تصرفا ماليا ، والمهر غير لازم في العقد بنفسه ، والنفقة تابعة كتبية الضمان للإتلاف.

وفيه : ان صحة العقد مع عدم المهر أو فساده لا ينفي لزوم الخسارة في ماله ، وقياس تبعية النفقة للنكاح بتبعية الزمان للإتلاف ، قياس مع الفارق لأن الضمان مرتب على تحقق الإتلاف في الخارج وان كان محظوظا ، والنفقة مرتبة على العقد الصحيح وهو . لاستلزماته التصرف في المال . يقع فاسدا لا تأثير له . وأما الكلام فيه بالنسبة إلى وليه الإجباري ، فهو الكلام في المجنون بالنسبة إليه حرف بحرف.

وأما المحجور عليه للصغر فلم أعتبر على من صرحت بثبوت الولاية عليه للحاكم في نكاحه ، وان نسب القول بالعدم في (الروضة) و (الرياض) إلى المشهور في الأول ، وإلى الأشهر في الثاني ^(١) الا ان ظاهر الأصحاب

ابن مسلم وزراة بن أعين وبريد بن معاوية . والصحيفة مذكورة 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 مطلقا في المشهور» وقال : السيد الطباطبائي في الرياض ، كتاب النكاح في فصل أول أيام العقد شارحا عبارة (المختصر النافع للمحقق) : «ولا يزوج الوصي إلا من بلغ فاسد العقل . وكذا الحاكم» معلقا على الفقرة الأولى هكذا : ولا يزوج

- كما في (الحدائق) وغيره^(١). اتفاقيهم عليه ، بل الذي يظهر منهم كونه من المسلمين عندهم حتى أن من تنظر فيه إنما تنظر في الدليل . كما سترى .

قال : في (المبسوط) فيما حضرني من نسخته : «النساء على ضربين عاقلة ، ومجونة ، فإن كانت مجونة ، نظرت : فان كان لها أب أو جد كان لها تزويجها . صغيرة أو كبيرة بكرًا كانت أو ثيابا فان لم يكن لها أب ولا جد ولها أخ أو ابن أخ أو عم أو ابن عم أو مولى نعمة فليس له إيجارها بحال . صغيرة أو كبيرة بكرًا كانت أو ثيابا . بلا خلاف ، ولا يجوز للحاكم تزويجها . وعند المخالف : للحاكم تزويجها ، ان كانت كبيرة بكرًا كانت أو ثيابا . الى أن قال : وان كانت عاقلة ، نظرت : فان كان لها أب أو جد أجبرها ، ان كانت بكرًا . صغيرة كانت أو كبيرة . وان كانت ثيابا كبيرة لم يكن لها ذلك وان كانت ثيابا صغيرة كان لها ذلك . وفيهم من قال : ليس لها ذلك على حال وان كان لها أخ أو ابن أخ أو عم أو ابن عم أو مولى نعمة لم يكن لها تزويجها صغيرة بحال وان كانت كبيرة كان له تزويجها بأمرها . بكرًا كانت أو ثيابا . والحاكم

الوصي للأب والجد صغيري الموصي مطلقا على الأشهر كما في المسالك : وهو الأظهر ، وعلى الفقرة الثانية هكذا : وكذا الحاكم .. فلا يزوج الصغارين مطلقا في المشهور» فلما لاحظ ان كلمة الأشهر وردت في الوصي لا في الحاكم . كما يقول السيد المتن فلا يلاحظ .

(١) قال : الشيخ البحرياني . قدس سره . في الحدائق الناضرة أوائل كتاب النكاح ، في ولادة الحاكم : «وثبت ولايته على من تجدد جنونه أو سفهه بعد البلوغ من غير اشكال عندهم ولا خلاف وتنتفي عن الصغير مطلقا عند الأصحاب».

في هذا كالأخ والعم سواء في جميع ما قلناه ، إلا في المجنونة الكبيرة فإن له تزويجها وليس للأخ والعم ذلك. ثم قال : فهذا ترتيب النساء على الأولياء : فإن أردت ترتيب الأولياء على النساء قلت : الأولياء على ثلاثة أضرب : أب وجد ، وأخ وابن أخي وعم وابن عم ومولى نعمة ، والحاكم : فان كان أب أو جد . وكانت مجنونة . أجبرها ، صغيرة كانت أو كبيرة ثيبة كانت أو بكرة. وان كانت عاقلة أجبرها ان كانت بكرة ، صغيرة كانت أو كبيرة ، وان كانت ثيبة لم يجبرها صغيرة عندهم ، وعندنا : ان لهما إجبارها إذا كانت صغيرة ، وله تزويجها بإذنها إذا كانت كبيرة ، فإن كان لها أخي وابن أخي وعم وابن عم ومولى نعمة لم يجبرها أحد منهم ، صغيرة كانت أو كبيرة بكرة كانت أو ثيبة عاقلة كانت أو مجنونة ، والحاكم يجبرها إذا كانت مجنونة ، صغيرة أو كبيرة ، وان كانت عاقلة فهو كالعلم»^(١) انتهى.

ولعل كلامه هنا في الصغيرة المجنونة بالنسبة إلى ولاية الحاكم عليها ينافي كلامه المتقدم فيها فلاحظ ^(٢) وعنده في (التبیان) : «لا ولاية لأحد عندنا إلا للأب والجد على البكر غير البالغ فاما من عداهما فلا ولاية له»^(٣) انتهى وهو بالنسبة إلى الصغيرة غير البكر مسكت عنه ،

(١) راجع ذلك من المسوط : 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 مطلقا ، وأحيانا يقول : «والحاكم يجبرها إذا كانت مجنونة صغيرة أو كبيرة».

(٣) بهذا المضمون ذكر في تبيان الشيخ في تفسير الآيات الأولى من سورة النساء.

عاقلة كانت أو مجنونة. نعم بالنسبة إلى البكر الصغيرة ، عاقلة كانت أو مجنونة ، ظاهره الإجماع على عدم الولاية لغير الأب والجد له ، وإن كان الحاكم.

وقال في (السرائر) «عندنا : أنه لا ولاية على النساء الصغار الالاتي لم يبلغن تسع سنين ، إلا للأب والجد من قبله»^(١) انتهى. وهو ظاهر في الإجماع على اختصاص الولاية على الصغيرة بالأب والجد له.

وقال في (التذكرة) في ولاية السلطنة : «المراد بالسلطان هنا الإمام العادل أو من يأذن له الإمام ، ويدخل فيه الفقيه المأمون القائم بشرط الاقتداء والحكم ، وليس ولايته عامة ، وليس له ولاية على الصغارين ولا على من بلغ رشیدا ، ذكرا كان أو أنثى . إلى أن قال في المسألة الثالثة . قد بينما أنه ليس للسلطان ولاية في تزويج الصغار وبه قال الشافعي ، خلافا لأبي حنيفة فإنه قال : له تزويجها إلا أنه لا يلزم ، فإذا بلغت كان لها الرد ، بخلاف تزويج الأب والجد ، وعلى هذا التفسير فهو موافق لمذهبنا لأنه فضولي لا فرق بينه وبين الأجنبي»^(٢).

وقال في (الشرائع) : «ولو زوج الصغيرة غير الأب والجد توقف على رضاها عند البلوغ وكذا في الصغير» 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 الحكم فإن ولاية الحاكم تختص في النكاح على البالغ فاسد العقل أو من تحدد جنونه بعد بلوغه ، ذakra كان أو أنشى ، مع الغبطة ، فلا ولاية له على الصغارين ، ولا على الرشيدين ، وتسقط ولاليته مع وجود الأب أو الجد له» ^(١) وقال الكري في شرحه . بعد ذكره المراد من الحاكم : «إذا تقرر ذلك فولاية الحاكم في النكاح إنما تثبت على من بلغ فاسد العقل أو تحدد فساد عقله بعد البلوغ ، ذakra كان أو أنشى ، إذا كان النكاح صلحا له» ^(٢).

وقال في (الحدائق) : «وتنتفي أي ولاية الحاكم عن الصغير مطلقا عند الأصحاب»

^(٣)

وقال في (المسالك) : «قد ذكر المصنف وغيره : أنه لا ولاية للحاكم على الصغير مطلقا ، وعلله بأنه لا حاجة له إلى النكاح ، والأصل عدم ثبوت ولاليته فيه ولا يخلو من نظر ، إن لم يكن إجماعيا» ^(٤).

وقال : سبطه السيد السندي في (شرحه على النافع) : «وهذا التفصيل أعني اختصاص ولاليته بمن بلغ فاسد العقل هو المعروف من مذهب الأصحاب

أولياء العقد من كتاب النكاح ، بل الموجود مضمونها ، ولكنها بنصها موجودة في نفس الباب من (المختصر النافع) للمحقق نفسه :

(١) يرجع من قواعد العلامة : الفصل للثاني في الأولياء من كتاب النكاح

(٢) جامع المقاصد للمحقق الكري ، أوائل كتاب النكاح ، في أولياء العقد.

(٣) نقلنا نفس العبارة عنه آنفا

(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 و الحق ، انه : ان اعتبرت الإطلاقات والعمومات المتضمنة لشبوت ولاية الحاكم وجوب القول بشبوت ولايته في النكاح على الصغير والجنون مطلقاً كما في ولاية المال ، وإلا وجوب نفيها كذلك. أما التفصيل فلا وجه له ، ولعلهم 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 منافية في حق الصغير ، خصوصاً الأئمة . والمسألة محل إشكال ، وللننظر فيها مجال»^(١).

وقال في (الكشف) : «ولا ولاية له على الصغارين للأصل ، وعدم الحاجة فيما ، وفيه نظر ظاهر ، فإن استند الفرق إلى الإجماع صح ، والا أشكال»^(٢) انتهى.

(١) يقصد بالسيد السندي : السيد محمد بن علي بن الحسين بن أبي الحسن الموسوي الجععي صاحب المدارك المتوفى سنة ١٠٠٩ هـ ، العلیم الححقق تلمذ على أبيه . تلميذ الشهید الثانی . وعلى المقدس الأردبیلی وغيرهما من فحول الفقهاء . وكان الشهید الثانی . صاحب المسالک . جده لأمه ، فلذلك غير عنه سیدنا في المتن بسببه . من آثاره العلمية . غير المدارك . شرح مفصل على المختصر النافع للمحقق الحلی ، ولعله لم يزل من نفائس المخطوطات . ولقد نقل نفس العبارة المشار إليها في المتن شيخنا المحقق البحراني في حدائقه في باب (ولاية الحاكم) .

(٢) يقصد (كشف اللثام في شرح قواعد الأحكام) تأليف الححقق محمد بن الحسن الأصبهاني 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 الأخبار المعتبرة التي : منها . خير 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 (البخار) : «عن أبي عبد الله . عليه السلام . في الصبي تزوج الصبية هل يتوارثان؟ فقال : إن كان أبواهما اللذان زوجاهما حين فنعم»^(٢) ومنها . صحيحة محمد بن مسلم : «قال سألت أبا جعفر . عليه السلام . عن الصبي يتزوج الصبية؟ قال : إذا كان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم جائز ، ولكن لهما الخيار إذا أدركها ، فإن رضيا بذلك ، فإن المهر على الأب ، قلت : فهل يجوز طلاق الأب على ابنه ، في صغирه؟ قال : لا»^(٣) واشتمال ذيله على ما لا نقول به : من الخيار بعد الإدراك لا يضر في الاستدلال بصدره على المدعى . ومنها . ما رواه في (الكافي) في الصحيح (والتهذيب) في الموثق : «عن أبي عبيدة الحذاء ، قال : سألت أبا جعفر (ع) : عن غلام وجارية زوجهما وليان لهما ، وهما غير مدركين فقال : النكاح جائز ، وأيهما أدرك كان له الخيار ، وإن ماتا قبل أن يدركا ، فلا

ميراث

(١) تهذيب الشيخ الطوسي (قده) ، كتاب النكاح باب ٣٤ عقد المرأة وأولياء الصبية حديث (٣٢) ، وتكملة الحديث ، قلت : فهل يجوز طلاق الأب؟ قال : لا».

وفي الوسائل ، كتاب الطلاق باب ٣٣ من أبواب مقدماته يذكر 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 أدركوا ورضيا ، قلت : فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال : يجوز ذلك عليه ان هو رضي ، قلت : فان كان الرجل الذي أدرك قبل الحاربة ورضي بالنكاح ثم مات قبل أن تدرك الحاربة أترثه؟ قال : نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك ، فتحل باليه ما دعاها إلىأخذ الميراث الا رضاها بالتزويج ، ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر قلت : فان ماتت الحاربة ولم تكن أدركت : أيرثها الزوج المدرك؟ قال : لا ، لأن لها الخيار إذا أدركت ، قلت : فان كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك؟ قال : يجوز عليها تزويج الأب ، ويجوز على الغلام ، والمهر على أب الحاربة ..»^(١) الخبر . واحتصاص المورد بالأب ، وان وقع في فرض السؤال ، الا أن مساقها مساق غيرها من الأخبار ، وذكر الأب قرينة إرادة غيره من الوالدين المذكورين أولا ، ولذا كان لهما الخيار عند البلوغ لكونه حيئذ فضوليا موقوفا على الإجازة . ومنها . رواية داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام ، وفيها : «والتيمة في حجر الرجل لا يزوجها إلا برضاهـ»^(٢) بناء على ارادة البلوغ كنایة من المستثنى الشامل بإطلاق المستثنى منه لما لو كانت في حجر الحاكم ، ويفيد القول به كونه من المسلمين عندهم بل يمكن استفادة الإجماع عليه من كلامهم ، فان الفاضل في (التذكرة) قال . في البحث التاسع في المولى عليه ، في كتاب النكاح في المسألة الثانية . : «الجنون الصغير يجوز للأب والجد له أن يزوجاه مع المصلحة كالاعقال ، وليس لغيرهما ذلك

(١) الكافي للكليني ، كتاب المواريث باب ميراث الغلام والحاربة يزوجان : حديث (١) . والتهذيب للطوسى كتاب النكاح ، باب ٣٢ عقد المرأة وأولياء الصبية ، حديث (٣١) .

(٢) التهذيب ، كتاب النكاح باب ٣٢ حديث (٢٦) .

من عصبة وسلطان إجماعاً»^(١) انتهى.

ونفي الولاية عن غيرهما في الجنون الصغيرة بالإجماع يعطي نفيها كذلك في الصغيرة الخالية عن الجنون بالأولوية التي كادت أن تكون قطعية بل هي كذلك ، لأن السبب الموجب للولاية في الصغيرة الجنون أكثر منه في الصغيرة الجردة عن الجنون. بل في (الرياض) صرح بالإجماع على ما يشلله حيث ، مزج قول مصنفه : ولو زوج الصغيرة غير الأب والجد توقف على رضاها عند البلوغ ، وكذا في الصغير ، بقوله : إجماعاً^(٢).

هذا مضافاً إلى أن الولاية له ، ان سلمت. فإنما هي فيما إذا اضطر الصبي إلى النكاح بحيث يتضرر بتركه ، والمفروض عدم الحاجة إلى الوطء لصغره حتى يتولاه الحاكم ، دفعاً للضرر عنه. وهذا بخلاف الجنون والسفه لتمكن في حقهما الحاجة إليه والتضرر بتركه. (ودعوى) إمكان فرض الحاجة إليه لعدم انحصارها بالوطء حتى يقال بانتفائها بالنسبة إليه كما في (الجواهر) تبعاً لغيره (واضحه) الضعف ، إذ المصلحة الموجبة له :

أما أن تكون جلبة المنفعة له ، أو لدفع المضرة عنه ، فان كان من القسم الأول ، فواضح ، وإن كان من القسم الثاني فإنما يجب مقدمة ، دفعاً للضرورة وجوب وجود ما يتوقف عليه ذو المقدمة من حيث الإيجاد والعمل لا من حيث السببية ، ومقتضاه الاكتفاء فيه بالصورة الظاهرية التي لم يترتب عليها أثر في الواقع.

وبالجملة : إذا توقف دفع الضرر عن الصغير في نفسه أو ماله على انتسابه . مثلاً . إلى ذي شوكة بالتزويع ، ولم يمكن التخلص بغيره ،

(١) البحث التاسع من بحوث الركن الثاني في العاقد ، وهي الزوجة أو ولديها ، المسألة الثانية منه.

(٢) راجع ذلك في أوائل الفصل الثاني في أولياء العقد.

ووجب على الولي ، وان كان الحاكم ، إيجاده بحسب الصورة ، توصلا ، لعدم توقفه على النكاح الصحيح المؤثر لعلقة الزوجية في الواقع ، إذ ليس ذلك مشرعا له ، كما لا يكون مشرعا ومسوغا في غيره كالمجور على البيع والطلاق ونحوهما ، فان بيع المجور عليه والطلاق كذلك لا يؤثران تمليكا ولا بينونة قطعا بالضرورة ، بخلاف الجنون والسفه ، فان ضرورتهما غالبا تتعلق بالوطء والحرمية للخدمة ونحوها المتوقف دفعها على صحيح النكاح لا صوريته ، فالتعليق لعدم الولاية بما عللوه : من عدم حاجة الصغير الى النكاح متين جدا.

وأقصى ما يمكن أن يستدل به للقول بشيئها له : عموم ما دل على ولاية الحاكم المستفاد من نحو قوله (ص) : «للسلطان ولِي من لا ولِي له» وغيره المراد به أنه قائم مقام الولي ، حيث لا ولِي غيره ، مضافا الى خبر أبي بصير الوارد في تفسير : «من بيده عقدة النكاح»^(١) ، بل في صحيح ابن سنان : «**الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ**» هو ولِي أمرها»^(٢) وبذلك يقطع الأصل المستدل به على النفي ، ويخصص به ، سيمانا بالنبوى منها عموم ما دل بالمفهوم عليه ، لأن النسبة بينهما نسبة العموم والخصوص المطلق.

توضيح ذلك : ان ما دل بالمفهوم على نفي الولاية عن غير الأب والجد له يعمّ الحاكم وغيره ، وما دل على ولاية الحاكم أخص منه مطلقا من حيث ذات الولي ، وان كان عاما في نفسه بالنسبة إلى متعلق الولاية ، نكاحا

(١) الوسائل ، كتاب النكاح ، باب حديث (٤) بإسناده : «عن أبي عبد الله (ع) قال : سأله عن **الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ**؟ قال : هو الأب والأخ والرجل يوصي اليه ، والذي يجوز أمره في مال المرأة فيتبع لها ويشتري».

(٢) المصدر نفسه حديث (٢) يستند عن عبد الله بن سنان.

كان أو غيره ، بعموم ، حذف المتعلق ، بناء على أن المنساق من النبوي ونحوه : إن كل مورد يتعلق به ولاية الولي من الأب والجده والسلطان قائم مقامه ، ومنه النكاح بالنسبة إلى الصغير .

ولكن فيه ما لا يخفى : أولا . إنه لا حابر نضيق سنه بعد ما عرفت من فتوى الكل أو الجل بالعدم وثانيا . لا عموم له . من حيث المتعلق بل هو من هذه الحيثية مهملا مسوق لإثبات الولاية . في الجملة . ، ولأن سلمنا عمومه من حيث المتعلق فالنسبة بينهما حينئذ نسبة العموم والخصوص من وجه ، لأن مفاد المفهوم : ان غير الأب لا ولاية له في نكاح الصغير . سلطانا كان أو غيره . ومفاد الحديث ، بناء على العموم : السلطان له ولاية على المولى عليه في النكاح وغيره ، واللازم حينئذ الرجوع إلى المرجحات الخارجية الموجودة لعموم المفهوم ، فيخصص بها عموم الحديث المستفاد من حذف المتعلق ، لو سلم (لا يقال) ولاية الفقيه فرع ولاية الإمام (ع) : وهي ثابتة له بالضرورة بالولاية العامة ، فيثبت للفرع ما هو ثابت للأصل بعموم النيابة (لأنا نقول) : غير معلوم ثبوتها في الأصل حتى يتلزم به في الفرع بعموم النيابة ، ويكتفى الشك فيه . بعد أن كان مقتضى الأصل عدمه ، ولا ينافي ذلك ولايته العامة الموجبة لوجوب التسليم له في امتنال أوامرها وتنفيذ تصرفاته لو أمر أو تصرف من غير رد له واعتراض عليه ، لما مرت إليه الإشارة : من أن الكلام في الشيء بعد فرض وقوعه منه غير الكلام فيه من حيث أن له إيقاعه أم لا ، وان ذلك الا كما لو قيل : لو جعل الله فرعون في الجنة وموسى في النار لا يعترض عليه . وقد تقدم أن المشاهد من أحواهم ومعروفة من سيرتهم جريهم على ما أسسواه من القواعد الشرعية والقوانين الإلهية من غير فرق بينهم وبين غيرهم من الرعية في الفروج والأموال ونحوهما . وتأخر ولائهم

على الصغير عن وليه الإجباري أقوى دليل لما ذكرنا ، مع أنه أولى بالولي من نفسه ، فضلا عن المولى عليه. وقد تقدم من (الفاصل) ^(١) نفي الولاية عن السلطان ، المراد منه الإمام (ع) فالفقير منفيه عنه بالأولوية وأما تفسير (من يده عقدة النكاح) بالولي في الرواية ، فهي مجملة من حيث الذات ومجملة من حيث المتعلق. والمتيقن هو الولي الإجباري ، وارادة مطلق من يتولى أمرها مقطوع بعدها ، لشمول سعته حينئذ ، العصبة المقطوع بعده.

ومنها . ولايته على المفلس في التحجير عليه عن التصرف في ماله دون غيره بعد اجتماع شرائطه : 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 بالإجماع . بقسيمه . ومن قوله فوق حد الاستفاضة ، المعتضد بدعوى غير واحد عدم الخلاف فيه ، وان خلت النصوص . كما في الحدائق . عمما يدل عليه صريحا بل وظاهرا ولذا توقف في أصل الحجر بالفلس ، متحجا عليه بذلك ^(٢) الا انه غير ملتفت اليه ، بعد ما عرفت من الإجماع عليه.

نعم ادعى شيخنا في (الجواهر) اشعار النصوص به ، بل ظهورها

(١) وهو العلامة في (التذكرة) . كما تقدمت عبارته آنفا .

(٢) أي يخلو النصوص عن الدلالة على الولاية صراحة وقوله : (غير ملتفت إليه) أي إلى احتجاج الحدائق بذلك . قال . في حدائقه : كتاب الحجر ، أوائل المطلب الثالث في المفلس : «بقي هنا شيء لم أقف على من تتبه له وهو أن ما اشتهر في كلام الأصحاب ، بل الظاهر أنه لا خلاف فيه من كون المفلس يجب الحجر عليه كما يجب على الصبي والسفيه والجنون لم أقف فيه على نص واضح» .

فيه حيث قال في الرد عليه بعد نقله عن التوقف في أصل المسألة : «وفيه مع عدم انحصر الحجة فيها ، بل الإجماع بقسميه هنا كاف في ذلك على أن الموجود منها غير خال من الاشعار ، بل الظهور ، سيمما النبوى المتقدم آنفا ، كموثقة عمار عن الصادق عليه السلام : «كان أمير المؤمنين (ع) يحبس الرجل إذا التولى على غرمائه ثم يأمره فيقسم ماله بينهم بالحصص فان أبي باعه ، فيقسمه بينهم ، فإن الأمر بقسمة ماله ظاهر في رفع اختياره في التخصيص لو أراده ، بل هو ظاهر في رفع اختياره لو أراد التصرف فيه على وجه يخرجه عن ملكه حتى لا يستحق الدّيانت منه ، بل لعل المراد من قوله : (يحبس) المنع من التصرف ، كما يرشد اليه خبر غيات : عن جعفر عن أبيه عليهما السلام : إن عليا عليه السلام كان يفلس الرجل إذا التوى على غرمائه ، ثم يأمر به ، فيقسم ماله . الحديث . ضرورة عدم معقولية إرادة غير ذلك من التفليس خصوصا بعد قوله (ع) ثم إلخ ، ومنه حينئذ تظهر دلالة خبر الأصبغ بن نباتة : عن أمير المؤمنين عليه السلام : أنه قضى أن الحجر على الغلام حتى يعقل ، وقضى في الدين أنه يحبس صاحبه ، فان تبين إفلاسه وال الحاجة فيخللى سبيله حتى يستفيد مالا ، وقضى عليه السلام : في الرجل يتلوى 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 عليهم السلام : انه كان يحبس في الدين ثم ينظر فان كان له مال أعطى الغماء وان لم يكن له مال ، دفعه الى الغماء وقال لهم : اصنعوا به ما شئتم «ان شئتم فأجروه ، وان شئتم فاستعملوه» ^(١) انتهى .

(١) هذه العبارة بطولها ذكرها في (الجوادر) : كتاب المفلس في شرح قول الحق : «وكذا لا يحجر. عليه الحكم لو سأله هو الحجر

وفيه : ان الإنصاف عدم ظهور هذه النصوص في المدعى من الحجر بالفلس ، وانما هي ناظرة إلى حكم الممتنع من حيث هو ممتنع المماطل 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 المأمور في موضوعه بحيث لا يترب الحكم المذكور مع عدم تتحققه في الخارج وان كان كارها للوفاء في الباطن. وأين ذلك من التحجير عليه بالتماس الغرماء الذي يكفي في تسويقه مجرد خوفهم على تلف أموالهم ، امتنع المديون عن الوفاء أو لم يمتنع ، ومنعه عن التصرف في ماله وسلب اختياره عنه والتقطيم بين غرمائه حكم مشترك بين المفلس والممتنع ، وبينهما عموم من وجه يجتمعان ويفترقان ، فلا يستدل بنصوص الحكم في أحدهما على ثبوته في الآخر. نعم ريا يشعر به خبر غياث المتقدم ، بناء على إرادة تنزيل الملتوي منزلة المفلس في تقسيم ماله بين غرمائه المشعر بمفروغية كون ذلك حكم المفلس ، مع أنه يحتمل . قريبا . إرادة صيرورته مفلسا بعد سلبه خيار ماله وقسمته بين غرمائه . ولو سلم ، فإن هو إلا إشعار لا ترفع به اليد عن الأصول المعتبرة . وأما النبوي المروي عنه . صلى الله عليه وآله . أنه حجر على معاذ بالتماسه ، فهو مرمي بالضعف لكونه عاميا ، وبعدم العمل بضمونه من الحجر عليه بالتماسه دون غرمائه ، وان استقر به في

على نفسه ، ويستعرض الأدلة على ذلك من الأصل والروايات وتحققتها ويردها . الى قوله في رد الخبر . مع كون المشهور على خلافه . كما في المسالك . إلى قوله . وما أبعد ما بينه وبين الحديث البحرياني الذي توقف في أصل الحجر بالفلس ، ولو مع الشرائط ، محتاجا بأنه ليس في النصوص ما يدل عليه ، وفيه ... إلخ . والروايات المذكورة في عبارته ذكرت في الوسائل كتاب الحجر (باب ٦ ، ٧) .

(التذكرة) مستدلا به عليه^(١) ومع طرح الحديث بتمام مضمونه . كما فعله في (الجواهر) . كيف يستدل به على المدعى من ثبوت الحجر بالفلس . وبالجملة : فالمسألة من حيث النصوص المذكورة كما ذكره صاحب (الحدائق) إلا أنه من حيث الفتوى لا إشكال فيها ، لعدم انحصر الحجة بها ، بعد ما عرفت من الإجماع بل الصورة 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 الحكم ويفسخ بال الخيار بعد قبضه وكذا بيع ماله للوفاء عنه^(٢) ، ويدل عليه . بعد الإجماع بقسميه . النصوص المتقدمة وغيرها ، بل هو المعنى بقولهم : «الحاكم ولي الممتنع» .

ومنها ولايته على الأوقاف العامة مع عدم تعيين الواقف ولها عليها فإن الولاية ثابتة له عليها نصا وإجماعا بقسميه ، وأنه من المصالح العامة التي يرجع بها إلى الإمام (ع) وإلى نائبه بعموم النيابة :

وجملة الكلام في الولاية الوقف . بعد ثبوت أن للواقف جعل ولاية

(١) قال العلامة في (التذكرة) : كتاب الحجر ، أواخر الفصل الثاني في شرائط الحجر : فروع . ج . : «لو لم يلتمس أحد من الغرماء الحجر ، فالتمس المفلس ، فالأقرب عندي جواز الحجر عليه لأن في الحجر مصلحة للمفلس ، كما فيه مصلحة للغرماء . إلى قوله . : وقد روي أن حجر النبي (ص) على معاذ كان بالتماس من معاذ دون طلب الغرماء» .

(٢) وذكر الفقهاء . في هذا الباب مواضيع كثيرة . في متفرقات أبواب الفقه . تكون للحاكم الولاية فيها على مطلق الممتنعين عن الالتزام بحقوقهم وواجباتهم من الماليات وغيرها ، لا يسع الحال استعراضها .

الوقف لنفسه أو لغيره بالنص والإجماع^(١). هو : أن الواقف : (مرة) يوقف العين وقفًا عاماً على نوع أو جهة ويجعل ولها عليه من دون أن يعين كيفية خاصة زائدة على عنوان الوقف على ذلك النوع أو تلك الجهة بل يجعل كيفيات التصرف والصرف في مصرفه موكولاً إلى نظر الولي ، فله بحسب الجعل من الواقف أنباء التصرف فيه إلا ما ينافي عنوان الوقف فإذا لم يعِنْ عليه كيفية خاصة ، بل جعلها موكولة إليه ومنوطه بنظره ، فليس لأحد الرد عليه في تصرف من تصرفاته إلا ما كان منافياً للوقف وعنوانه.

(وآخر) يعين كيفيات مخصوصة ، ويقررها في جعل الوقف ، ويجعل ولها عليه بحسب ما قرره وعيته من الكيفية المخصوصة ، إلا أن غرضه من جعل النظارة على الواقف إعطاء منصب له عليه وعود منفعة . مالية كحق التولية أو اعتبارية أو هما معاً . إليه بحيث يكون حلّ مقصوده مصلحة الولي مقدماً على مصلحة الموقوف عليه ، كما لعله يقصد ذلك كثيراً في جعلهم النظارة لأولادهم للتوصيل به إلى أغراضهم الدينوية في حق أولادهم وعليه فليس له أن يتصرف فيه لغير ما قرره من الكيفية المعمولة بأصل الوقف ، لأنها غير موكولة إلى نظره كالأول : (وثالثة) يجعل ولها وغرضه

(١) وخالف ابن إدريس في (السرائر) في جواز جعلها للنفس مطلقاً ، ولكنه خلاف الإجماع. قال العلامة في (التذكرة) : في مسألة أن الواقف أحق بالتولية : «حق التولية للواقف في الأصل ، لأن أصل قرية الوقف منه ، فهو أحق أن يقوم باليصانها وصرفها في مظاها ومواردها. فإذا وقف ، فلا يخلو : إما أن يشترط التولية لنفسه أو لغيره أو يطلق ولا يذكر شيئاً. فإن شرطها لنفسه صح ولزم لأنه أكد بشرطه بمقتضى الأصل . إلى قوله . : ولا نعلم فيه خلافاً. وإن شرطها لغيره لزم . عندنا . ولم يجز لأحد مخالفته عند علمائنا ...».

ليس إلا مصلحة الموقوف عليهم ورعايتهم في إيصال حقوقهم إليهم من دون غرض يتعلق بالولي ، وان جعل له حق التولية عوضا عن المباشرة .

والظاهر ثبوت جعلها للواقف لنفسه أو لغيره بجميع معانيها الثلاثة ، لعموم ما ورد : من أن الوقوف على حسب ما يقفها أهلها^(١) ، مضافا إلى أن ذلك من شئون تصرفات المالك في ملكه التي منها إخراجه عن ملكه مكيفا بهذه الكيفية . (ودعوى) كونه تصرف في غير ملكه أو في ملك غيره بالوقف (مسلم) لو كان جعل الولاية متآخرا عن تملك الغير أو إخراجه عن ملكه ، ولو تآخرا بالطبع ، وليس كذلك ، بل هما . أي الوقف والولاية . مجموعان يجعل واحد من المالك في ملكه ، فالناظرة المعمولة بأحد المعنين الأولين هي ولاية ، وبالمعنى الأخير الظاهر أنها تولية ، لا ولاية . والفرق بينهما : ان التولية محض تسلط على الشيء وصاحبها مسلط ومفوض عليه ، والولاية سلطنة وصاحبها سلطان ذو سلطنة ، والفرق بين التسلط والتسلط واضح ، فالتولية والتفوض معنى ، والولاية التي حقيقتها الامارة معنى آخر . فالأولى تشبه الحكم ، والثانية تشبه الحق ، وان كثر إطلاق الولاية على التولية في كثير من مواردتها في لسان الفقهاء تسماحا بإرادة الولاية بالمعنى الأعم .

هذا إذا عين الواقف ولها على الوقف . وان لم يعين»^(٢) فان كان

(١) في الوسائل : كتاب الوقوف والصدقات باب ٢ حديث (١ ، ٢) : نص الحديث جواب مكتبة الى الامام الحسن العسكري سلام الله عليه .

(٢) وان لم يعين الواقف متوليا خاصا في ضمن العقد ، فهل التولية له ، أو للموقوف عليهم ، أو للحاكم الشرعي مطلقا ، 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 تباعي الملكية المطلقة في كثير من أحکامها : من ضيق دائرة السلطة ، وتقيدتها بالحياة ، واقتضائها الدوام وان انتقلت بالموت ، فالموت في الوقف انتهاء لزمان الملكية . وفي الملك قاطع للملكية وناقل لها الى غيره .

وان كان وقفا عاما فالولاية عليه الحاكم ، لأنها من المصالح العامة إلا أن الظاهر أنه من التولية دون الولاية بمعنى الأخص ، فليس له الا مباشرة إصلاح الوقف ، وصرف نمائه في مصرفه بنفسه أو بنائية ، بناء على أن النوع أو الجهة مصرف . ولو قلنا . كما لعله الأظهر - أنه ملك لنوع ولو على جهة خاصة كالأراضي المفتوحة عنوة . على الأقوى . من كونها ملكاً للمسلمين يصرف نمائها في مصالحهم العامة ^(١) كان الأظهر كونها من باب الولاية ، دون التولية .

ومنها . ولائيته على المال المنتقل إليه بالإرث من لا وارث له سواه فإنه على المشهور . كما قيل . يجب صرفه على مطلق الفقراء ، وإن لم يكن من أهل بلده . وقيل باختصاصه بفقراء بلده نظرا إلى أدلة لا تصلح لإثبات الاختصاص بهم ^(٢) ، وقيل : بمحفظه له بدفنه أو الوصية به

وربما بنيت المسألة على الخلاف في أن العين الموقوفة هل تبقى على ملك الواقف ، أو تنتقل الى الموقوف عليهم أو الى الله تعالى ، أو بالتفصيل بين الخاصة : فالى الموقوف عليهم ، وال العامة فإن الله تعالى .

(١) راجع : الجزء الأول من (البلغة) أوائل الرسالة في الأراضي الخزاجية .

(٢) كما هو رأى الشهيد الأول . قدس سره . قال : في أوائل الفصل الثالث في الولاء من كتاب الميراث من (اللمعة) بعد الكلام

- كما عن الخلاف . مدعيا فيه الإجماع عليه ^(١) الموهون بشذوذ القول به وقيل : بتحليله للشيعة لكونه من الأنفال بناء على أنه حكمها ^(٢) .
- ولعل سند المشهور . مضافا إلى ظهور بعض النصوص ^(٣) فيه . اجراء

على ولاء المعتق وضامن الحريرة . «ثم الامام عليه السلام . ومع غيابه يصرف في الفقراء والمساكين من بلد الميت» وقال الشهيد الثاني في شرح هذه العبارة : «ولا شاهد لهذا التخصيص إلا ما روى من فعل أمير المؤمنين عليه السلام . وهو . مع ضعف سنته . لا يدل على ثبوته في غيابه».

(١) قال الشيخ في (الخلاف) كتاب الفرائض مسألة ١٥ :

«كل موضع وجب المال لبيت المال عند الفقهاء للMuslimين . وعندنا للإمام إن وجد الإمام العادل سلم إليه بلا خلاف ، وإن لم يوجد وجب حفظه له . عندنا . كما تحفظ سائر أمواله التي يستحقها ...».

(٢) راجع : الجزء الأول من البلقة ، ص ٢٨٨ المقالة الرابعة في أرض الأنفال .

(٣) منها . كما في الوسائل باب ٣ من أبواب ولاء ضمان الحريرة والإمامية من كتاب الفرائض والمواريث . صحيحـة : محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : «من مات وليس له وارث من قرابته ولا مولى عتاقه قد ضمن حريرته فماله من الأنفال». ومنها . صحيحـة الحلي عن أبي عبد الله (ع) «.. ومن مات وليس له مولي فماله من الأنفال» وغيرها . بنفس الباب . روایات آخر بمضمونها .

قال الشهيد الثاني في (المسلالك) في كتاب الفرائض . في شرح قول الحقـق . آخر المقصد الثالث في الميراث بالولاـء : فإذا عدم الضامـن كان الإمام وارث من لا وارث له . إلخ . : «.. وذهب جماعة

حكم مجهول المالك عليه فيدفع إلى الفقراء صدقة عنه ، لوجود مناطه الذي هو تعذر وصول المال الى صاحبه ، وهو قوي في غير الأرضي منه. وأما هي فقد تقدم الكلام فيها في بحث الأنفال من (رسالتنا الخراجية)^(١). ثم انه من المعلوم ان مباشرة الحاكم له هنا من باب التولية دون الولاية التي غير معقول حريانها على هذا الغائب (ع) الذي هو أكمل الأنام ، وله الولاية عليهم بال تمام ، فكيف يكون مولى على مال لمن له الولاية عليه؟

تبنيه : قد عرفت ان للحاكم ولاية على الأيتام ما لم يكن هناك ولـي مقدم عليه ، فلو نصب قيما عليهم كانت القيمة بالنيابة عنه ، ومقتضاه انزعاله بموجته أو بخروجه عن الأهلية. وهل له إعطاء ولاية الصغار إليه بحيث تدور سلطنته 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 موقف .
لكثرتها وتفرقها في أبواب الفقه . على مزيد تتبع لا يسعني الآن ذلك^(٢).

منهم المصنف . إلى قسمته في الفقراء والمساكين ، سواء في ذلك أهل بلده وغيرهم وهذا هو الأصح . وفي صحيحـة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام ، والحلبي عن أبي عبد الله (ع) : أنه من الأنفال وهو دال على جواز صرفه في الفقراء والمساكين ، إن لم يدل على ما هو أعم من ذلك».

(١) وهي الرسالة الخامسة من محتويات الجزء الأول من كتاب : (بلغة الفقيه).

(٢) وقد ذكر الفقهاء رضوان الله عليهم . لولاية 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 من أولده سفاحاً.

وتبوكما لهما بالاشتراك بينهما مورد اتفاق النص والفتوى. وإن اختص الأول بالذكر في أكثر النصوص^(٢) ، إلا أن المراد منه ما يشمل الجد

الفقه كولايته على التصرف في سهم الإمام عليه السلام . الذي هو نصف الخمس . حسب ما يراه من المصلحة ، وكولايته على التصرف بأموال الزكاة وأحذها من الممتنع ووضعها في شئون المسلمين ، وكولايته على التصرف بجهول المالك والمال الذي لا يمكن إيصاله إلى صاحبه لبعض المانع ، فيتصدق به على الفقراء بثواب صاحبه الواقعي . كما سيأتي من الماتن . وكولايته على التصرف في الأراضي المفتوحة عنوة في زمان الإمام (ع) . كما هو الظاهر . وكولايته على من لا ولية له في الدماء والثروج والأموال المحترمة . على ضوء الأصلح . وغير ذلك كثير من الموارد الخاصة وال العامة وموارد الحسبة التي سيذكر بعضها سيدنا المصنف . قدس سره . فراجع .

(١) وعليه عامة الفقهاء الإمامية ، إلا ابن أبي عقيل . من القدماء . فإنه لا يرى ولاية التزويج إلا إلى الأب دون غيره من الأولياء

(٢) في (التهذيب) كتاب النكاح باب ٣٢ في أولياء العقد روایات كثيرة بهذا المضمون ، كقول الإمام 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 وإن عدم 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) ففي التهذيب بنفس الباب الأنف حديث (٣٦) «بإسناده عن عبيد بن زراة قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الجارية يريد أبوها أن يزوجها من رجل وبريد جدها أن يزوجها من رجل آخر؟ قال : الجد أولى بذلك ما لم يكن مضاراً ، إن لم يكن الأب زوجها قبله . ويجوز عليها تزويج الأب والجد».

(٢) كالرواية الأنفة عن المصدر الأنف وفيه أيضاً : رواية محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) قال : إذا زوج الرجل بنت ابنه فهو جائز على ابنه ، ولا به أيضاً أن يزوجها ، فقلت : فإن هو أبها رجلاً وجدها رجلاً؟ فقال : الجد أولى بنكاحها» ،

(٣) في الحدائق الناضرة للشيخ يوسف البحريني ، كتاب النكاح ، أخريات المسألة العاشرة قوله : «وهل يتعدى الحكم هنا إلى أب الجد وجد الجد وإن علا مع الأب أو مع من هو أدنى منه حتى يكون أبو الجد أولى من الجد وجد الجد أولى من أب الجد . إلى قوله . : قد عرفت مما قدمناه في غير مقام ، قوة القول الثاني .. وحينئذ ، فيقدم عقد الأعلى في الصورة التي فرضتها». أما المفاتيح فعلمه 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 اللمعتين ^(٢) حيث توهם 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 ما لفظه : «بل عن الفاضل الشارح في وصايا المسالك : أن الولاية للأب ثم من يليه من الأجداد على ترتيب الولاية : الأقرب منهم إلى الميت فالأقرب ، ومقتضاه الترتيب بين الأب والجد الأدنى أيضا ، وهو غريب لمنافاته ما فرضوه من الخلاف في تقسم عقد الأب أو الجد مع التعارض ، بل الرجحان في ذلك لعقد الجد على الأظهر لفحوى ما دل عليه في عقد النكاح من الرواية والإجماع ومنافاته لما اختلفوا فيه : من أن ولاية الجد مشروطة بحياة الأب أولا ، وفرعوا عليه تقسم وصي الأب على الجد ، وإن كان الأظهر عموم ولاية

الحججة للشيخ علي آل كاشف الغطاء حفظه الله ، ولم نجد هذا الموضوع في مظانه من هذه النسخة المخطوطة .
والله العالم .

(١) راجع ذلك في (مسالك الأفهام) في شرح شرائع الإسلام ، للشهيد الثاني : كتاب الوصايا ، آخر الفصل الخامس في الأووصياء قوله : في شرح قول الحق (وكذا لو مات إنسان ولا وصي له ..) : «اعلم أن الأمور المفترضة إلى الولاية : إما أن تكون أطفالا أو وصايا أو حقوقا أو ديونا ، فإن كان الأول ، فالولاية فيهم لأبيه ثم جده لأبيه ثم من يليه من الأجداد على الترتيب الولاية للأقرب منهم إلى الميت فالأقرب».

(٢) أشرنا . غير مرة في هذا الكتاب . إلى أن المراد من (شرح اللمعتين) : شرح الروضة للشيخ الجواد المعروف بـإ كتاب ، والثنية للتغليب والكتاب لا يزال من نفائس المخطوطات .

الجد» انتهى.

وأنت خبير بأن مراده من الأب هو أب الميت ، فيكون هو الجد الأدنى لأطفاله. وقوله (ثم ملن يليه من الأجداد) : جد الميت ، فهو منه قول بالترتيب بين الأجداد ، لا بين أب الطفل وجده. وبذلك عليه صريح قوله : (الأقرب منهم إلى الميت فالأقرب). ويشهد له ذكر الفرع في الوصية التي موضوعها لو مات ولهأطفال 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 توهنه الفاضل المتقدم ذكره.

هذا : ومن اعتبر الترتيب في الأجداد : ان استند في ذلك الى دعوى انصراف الجد إلى 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 مستفيضا في النكاح وغيره حتى قيل بتقدم عقده على عقد الأب لو اتخد زمانهما ، 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 إلى الأدنى . لو سلم . كان مقتضاه عدم الولاية للأعلى أصلا ، ولو مع فقد الأدنى للأصل ، دون الترتيب بينهما.

وان استند في ذلك الى آية «**وَأُولُوا الْأَرْحَامُ بَعْضُهُمْ أُولَى بِبعضٍ**» الدالة على كون القريب أول بقريبه من بعيد أولوية تعين ، لا أولوية تفضيل مع الاشتراك في المبدء ، ومقتضاه ، وان كان الترتيب بين الأب والجد الأدنى أيضا ، الا أنه خرج عنه بالنص والإجماع على الاشتراك بينهما

فيقى الباقي داخلا في العام ، وعدم الأولوية في غيرهم من الأرحام من السالبة بانتفاء الموضوع ، لعدم الولاية لهم ، لا لعدم الأولوية بينهم.

(ففيه) : ان نصوص ولاية الجد الشاملة بإطلاقها للقريب والبعيد أخص مطلقا من عموم أولوية الأرحام بعضهم بعض في الولاية وغيرها ، المستفاد من حذف المتعلق ، فليكن مقدما عليه تقديمها للخاص على العام أو المقيد على المطلق ، مضافا الى وجود مناط اشتراك الجد القريب مع الأب في البعيد أيضا معه من نحو : «الولد وما يملك لأبيه»^(١) وغيره. فإذا الأقوى ما عليه المشهور.

فظهر من ذلك كله حكم المسألة بحملة صورها الثلاثة.

الأولى : اشتراك الأجداد مطلقا مع الأب في الولاية على أطفاله ، وهو المنسوب إلى الأشهر ، بل المشهور. ويعادل 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 أبي أحمد بن محمد بن أبي نصر عن أبي المغراة عن عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إلى لذات يوم عند زياد بن عبد الله إذا جاء رجل يستعدي على أبيه ، فقال : أصلح الله الأمير ، إن أبي زوج ابنتي بغير إذني ، فقال زياد جلسائه الذين عنده : ما تقولون فيما يقول هذا الرجل؟ فقالوا : نكاحه باطل. قال : ثم أقبل علىي ، فقال : ما تقول يا أبي عبد الله؟ فلما سألي أقبلت على الذين أجابوه ، فقالت لهم : أليس فيما تروون أنتم عن رسول الله (ص) : إن رجلا جاء يستعديه على أبيه في مثل هذا ، فقال له رسول الله (ص) : أنت ومالك لأبيك؟ قالوا : بلى ، فقالت لهم : فكيف يكون هذا . وهو ماله لأبيه . ولا يجوز نكاحه؟ قال : فأأخذ بقولهم ، وترك قولي».»

فلا يشترك مع الأب في الولاية إلا أبوه الذي هو الجد الأدنى للطفل.

الثانية : لو فقد الجد الأدنى قام الأعلى مقامه في الاشتراك مع الأب في الولاية بناء على الترتيب . والظاهر أنه مما لا خلاف فيه ، ثبوت الولاية لهم . في الجملة . غير أن القريب منهم يمنع البعيد عندهم بما دل على الترتيب .

الثالثة : لو فقد الأب فهل تختص الولاية بأبيه الذي هو الجد الأدنى ، بناء 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 الثابت 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 والإجماع ^(١) .
والقول بشبوتها لبعض منهم . كما عن بعض . شاذ لا يلتفت اليه ^(٢) .

(١) أما النص فقد ورد بمضامين كثيرة تخص الولاية بالأباء من طرف الآباء ، كمفهوم قوله (ع) : «ان كان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم . كما في الوسائل باب ٦ من أبواب عقد النكاح . وأما دعاوى الإجماع في المسألة فقد تواردت على ألسنة عامة الفقهاء في كتبهم كما عن الشيخ في (بيانه) في تفسير قوله تعالى **«إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي يِبَدِه عُقْدَةُ النِّكَاح»** : «لا ولاية لأحد عندنا إلا للأب والجد على البكر غير البالغ فاما من عداهما فلا ولاية له» ومثله غيره من عموم الفقهاء .

(٢) كالقول من بعض أصحابنا بشبوتها للام وآبائها ولأخ ، لروايات . مع ضعف سندها . محمولة على التقبة ، وكالقول من بعض العامة بشبوتها للعصبة والمعنقة والابن بالنسبة إلى أمه . كل ذلك شاذ ، ولا دليل معتبر عليه .

ثم الظاهر نفوذ تصرفهما مطلقا ، فيما يتعلق بالطفل وماله ، نكاها كان أو غيره إلا الطلاق ، فإنهما لا يملكانه بالنص وفي إلحاد الفسخ وهبة ما بقي من أجل المتعة به ، وجهان : والأقوى : العدم ، اقتصارا على المنصوص في الخروج عما لهما الولاية عليه وهو الطلاق .

وهل يعتبر في تصرفهما رعاية المصلحة له ، أو يكفي عدم المفسدة أولا يعتبر شيء منهم؟ وجوده . بل أقوال . : وسطها أو سلطها ، لما دل على جواز الإقراض من مال الطفل ، وتقويم الجارية على نفسه ، وغير ذلك المعلوم خلوة بمجرده عن مصلحة تعود اليه . وعود الأجر والثواب الآخرولي له لكونه مالكا للمال ، ليس من المصلحة التي عليها المدار ، بناء على اعتبارها في تصرف الولي ، مضافا إلى خلو أخبار تزويج الأب والجد للطفل عن اعتبارها ، مع أولوية الفروج بالاحتياط من غيرها ولو لا أدلة نفي الضرر فيما اشتمل على مفسدة ، وأشعار بعض النصوص بعدمها لكان القول بعدم اعتبارها أيضا قويا ، إلا أن الذي يظهر من عبارات بعض ، سيما القدماء ، ان اشتراط التصرف بالمصلحة من المفروغ عنه عندهم ، وأنه المسلم فيما بينهم ، فعن (المبسوط) قال : «ومن يلي أمر الصغير والجنون 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 إنما نصبوا لذلك ، فإذا تصرف فيه على وجه لا حظ فيه ، كان باطلا ، 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 الحكي 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 استظرف من عبارة (التذكرة) في باب الحجر نفي الخلاف في ذلك بين المسلمين .

وربما يستدل له في الجد مع فقد الأب بعموم قوله تعالى «**وَلَا تَقْرِبُوا مَا لَيْسَ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ**» ^(٣) الشامل للجد ، ويتم في الأب بعدم القول بالفصل .

وفيه : . بعد تسليم . عمومها أنه مخصوص بما دل على ولادة الجد وسلطنة الظاهر في أن له أن يتصرف في مال طفل بما ليس فيه مفسدة له .

هذا : ويختتم . غير بعيد . التفصيل بين ما لو كان تصرف الأب لحاجة به وضرورة له أدت إليه فيكون له ذلك ما لم تستلزم المفسدة ، وإن كان لأمر يرجع إلى الطفل اعتبرت المصلحة فيه . فولاية الأب برزخ بين ولاية السيد وبين ولاية الحاكم ، فهي أقوى منها ، ولذا كان مقدما عليه في الولاية على ولده المنزل منزلة المملوك له في الاخبار .

ثم المدار في المصلحة . حيث اعتبرناها في التصرف . على وجودها في الواقع ، فلو تصرف بناء عليها فانكشف العدم لم ينفذ لانتفاء المشروط

(١) يزيد به الحقيق الثاني الكركي العاملی المتوفی سنة ٩٤٠ هـ في کتابه (جامع المقاصد في شرح القواعد للعلامة) راجع : هذا الموضوع في باب شروط المتعاقدين من الكتب التي أشار إليها الماتن . قده .

(٢) وابنه (المشاهد السرية في شرح الروضة البهية) يقع في مجلدات أربعة ، لا تزال مخطوطة ، راجع : (الذریعة للمحقق الطهراني باب المیم) .

(٣) وتکملة الآية «**حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشْدَادَهُ**» سورة الانعام . ١٥٢ .

بانتفاء شرطه ، ولا كذلك لو تصرف بما فيه الصلاح فبان وجود الأصلح وقلنا بتقسيم الأصلح على ما فيه الصلاح ، لوضوح الفرق بين التقسيم مع المزاحمة الموقوف على الالتفات إلى وجود المزاحم ، وبين مبغوضية التصرف من أصله ، وبذلك يظهر ضعف احتمال كون الحسن حينئذ داخلا في عموم المستثنى منه النهي عنه في آية «**وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتَامَى إِلَّا بِأَنَّهِ هِيَ أَحْسَنُ**» والغفلة إنما تمانع تنجز النهي لا نفسه. ولو انعكس الأمر بأن تصرف بانيا على عدم المصلحة ، فظهر وجودها صح تصرفه ، وان توهم النهي عنه لوجود ما هو شرط في الصحة نعم يجري عليه قبح التجري وهو غير البطلان.

(المبحث الثالث)

في ولاية الوصي المنصوب من الموصى قيما على أطفاله ، وهي ثابتة له بالنص والإجماع ، لكن بحسب ما هو مجعل له منه من حيث الإطلاق والتقييد. فإن أطلق فلا إشكال في نفوذ ما يتولى من مصالحهم في حفظ نفوسهم وأموالهم وأخذ الحقوق الراجعة إليهم من غيرهم وإلى غيرهم ، منهم وغير ذلك من بيع وإيجارة ومزارعة ومساقاة ونحو ذلك مما يتعلق بإصلاح أموالهم ، كما لا إشكال في المنع عن فعل بعض ما كان للأب جوازه من حيث الأبوة القائمة بذلك الأب لعدم قابلية الالتفاف حينئذ منه إلى غيره. ومع الشك فيه يرجع إلى الشك في القابلية التي لا يمكن إحرازها بالأصل وعمومات الوصية ولعل من ذلك جواز تزويع الصغير والصغيرة لغير الأب والجد له ، وان كان قيما ، فإن الأصحاب اختلفوا في ثبوت ولاية التزويع للوصي مطلقا ، أو مع نص الموصي له عليه أو

نفيها مطلقاً على أقوال : أشهرها . كما في (المسالك) ^(١) ، بل المشهور كما عن غيره . : هو الأخير ، للأصل مع الشك في قابليتها للانتقال عنه بعد الموت ، واستغناه الصغيرة عن الحاجة إلى النكاح وعموم مفهوم الصحيحين في تزويع الصي للصبية : «ان كان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم جائز» ^(٢) وخصوص الصحيح المضرم : «سئل رجل عن رحل مات وترك أخوين وبنتا والبنت صغيرة فعمد أحد الأخوين الوصي فزوج الابنة من ابنه ، ثم مات أب الابن المزوج ، فلما مات قال الآخر : أخي لم يزوج ابنه ، فزوج الجارية من ابنه ، فقيل للجارية : أي الزوجين أحب إليك : الأول أو الأخير؟ قالت : الأخير ، ثم ان الأخ الثاني مات وللأخ الأول ابن أكبر من الابن المزوج ، فقال للجارية : اختاري أيهما أحب إليك الزوج الأول أو الزوج الأخير؟ فقال : الرواية فيها أنها للزوج الأخير ..» ^(٣) الخبر وهي وإن كانت مضمرة إلا أنها بالشهرة العظيمة منجبرة.

(١) قال : الشهيد الثاني في المسالك في باب أولياء العقد من كتاب النكاح . في شرح قول المحقق : ولا ولادة للوصي وإن نص له الوصي على النكاح . : «اختلاف الأصحاب في ثبوت ولادة التزويع للوصي مطلقاً أو مع نص الوصي له عليه أو نفيها مطلقاً على أقوال أشهرها الأخير» .

(٢) إشارة إلى صحيحي محمد بن مسلم عن الإمام 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 بن إسماعيل بن بزيع قال : سأله رجل .. إلخ .

واستدلوا على الأول بصحيحة ابن مسلم وأبي بصير : «عن أبي جعفر عليه السلام ، سأله عن الذي بيده عقدة النكاح؟ قال : هو الأب والأخ والموصى إليه»^(١). وخبر أبي بصير عن الصادق عليه السلام : «**الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ**» هو الأب والأخ والموصى إليه»^(٢) وهم . مع ندرة القول به مضمونهما . كما في الرياض وغيره . وخلوهما عن ذكر الجد وتضمنهما لولاية الأخ الذي لا يقول به أحد . لا يكافئان ما تقدم ، فيحملان على استحباب الإطاعة له . وعليه يحمل ذكر الأخ أيضا .

ومنه يظهر ضعف القول بالتفصيل بين ما لو نص عليه وعدمه بالثبوت في الأول وعدمه في الثاني ، تنزيلا لإطلاق كل من الأحجار المتعارضة على ذلك ، جمعا بينها ، وهو حسن لو كان له شاهد عليه وكذا القول بشبوتها له فيما لو بلغ سفيها مع الحاجة إليه واستثناء هذه الصورة من النفي مطلقا كما عن بعض منهم المحقق والعلامة ضعيف أيضا ، عدم الدليل عليه .

(ودعوى) : كون ذلك للأب فكما له أن يدفع الضرر بالتزويج عن ولده أو بلغ سفيها لو اضطر إليه ، كذلك الوصي القائم مقامه له ذلك أيضا حيث يكون مضطرا إليه (fasde) لثبوت ولادة التزويج للأب على صغاره المستصحبة إلى البلوغ وإيناس الرشد ولا كذلك الوصي حيث قلنا يعدم ولاته على الصغير مطلقا ، فلا متيقن حتى يستصحب . وحدوث الولاية له عليه عند البلوغ سفيها مع كونه منفيا بالأصل لا دليل عليه ، فالولاية حينئذ للحاكم يتولاه إذا كان له حاجة وكذا للوصي الولاية على مال الوصي فيما له الوصية به من الثالث ، فله التصرف حسب الوصية له من .

(١) الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٨ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ، إلا ان فيها (والرجل يوصى إليه) بدل (والموصى إليه)

(٢) الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٨ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ، إلا ان فيها (والرجل يوصى إليه) بدل (والموصى إليه)

باب الولاية ، لا من باب التولية ، لأنها في الحقيقة إعطاء سلطنة له من المالك الموصي فيما كان له من السلطنة على ماله ، غير أنها مقصورة على الثالث ، لأنه القدر الثابت من الأدلة في جواز انتقالها منه إليه بعد الموت.

(المبحث الرابع)

في ولاية المقاصلة والأخذ بالتقاص . وهي . في الجملة . ثابتة بالكتاب نحو قوله تعالى «وَالْحُرْمَاتُ قِصَاصٌ»^(١) «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ»^(٢) «فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ»^(٣) «فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوَقِّبُتُمْ بِهِ»^(٤) «وَجَزاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا»^(٥) ونحو ذلك بالسنة عموما : «نحو لا ضرر ولا ضرار»^(٦)

(١) سورة البقرة . ١٩٤ . وأول الآية ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ﴾.

(٢) سورة البقرة . ١٧٩ . وأخر الآية ﴿يَا أُولَئِكَ الَّذِينَ لَعَلَّكُمْ تَتَّقَوْنَ﴾.

(٣) سورة البقرة ١٩٤ ، وأول الآية ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ﴾.

(٤) سورة النحل . ١٢٦ . وأول الآية ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ﴾.

(٥) سورة الشورى . ٤٠ ، وتكميل الآية ﴿فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ﴾.

(٦) الكلام حول هذه القاعدة المستللة من الحديث النبوى . بايجاز . من جهات : في مدرك حجيتها ، وفي المعنى اللغوي للكلمتين ، وفي المقصود الشرعي من ذلك.

أما الجهة الأولى . فإنها من الأحاديث النبوية المسلمة الورود من العامة والخاصة ، والمتواترة النقل . إجمالا .

من الطرفين بأسانيد وصور بعضها صحيح وبعضها موثق بحيث يقطع بتصور البعض منها . على الأقل

وخصوصاً بالغاً فوق حد الاستفاضة كما تشير إلى بعضها ، وبالإجماع محسلاً ومنقولاً كذلك

،

ولقد طبّقها النبي (ص) . كثيرون كثيرون . على موارد عديدة جاءت في بعضها حالية من الملحق ، وفي بعضها بإلحاق كلمة (في الإسلام) وفي الآخر بإلحاق كلمة (على مؤمن) . والظاهر أن منطلق هذه القاعدة من قصة سمرة بن جندب مع الأنصارى المتواترة النقل في كثير من المصادر العامة والخاصة بلا زيادة ، كما يرويها الكليني في الكافي . في كتاب المعيشة بباب الضرار حديث (٢) بطريق عبد الله بن بكير عن زرارة عن الإمام الباقر (ع) حيث يقول النبي (ص) للأنصارى . بعد مساومته المتضاعدة لسمرة في بيع خالته الكائنة في بستان الأنصارى ، وتضرر الأنصارى بكثرة تردد سمرة إلى خالته من طريق بيته وعدم استئذانه منه . يقول له : اذهب فاقلعها وإرمها إليه ، فإنه لا ضرر ولا ضرار». وفي تاج العروس للزبيدي . في شرح القاموس بنفس المادة يشير إلى الحديث بلا زيادة أيضاً . حيث يقول . في عرض تفسيره لفقرتيه : «وبه فسر الحديث : لا ضرر ولا ضرار» ومثلهما غيرهما من عامة كتب الأخبار واللغة والفقه.

وجاءت بزيادة كلمة (على مؤمن) في الرواية الثانية للكليني في نفس الباب حديث (٨) من طريق عبد الله بن مسakan 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 الإسلام) في نهاية ابن الأثير الجزري ، وفي (مجمع البحرين للطريحي) . بنفس المادة . أثناء تفسيرهما لفقرتي الحديث ونحوهما في بعض كتب الحديث والفقه واللغة . وعلى كل فاختلاف الحديث في وروده بإحدى الزيادات أو بدوئهما لا يوهن تحقق التواتر

الإجمالي

وتفصيل المسألة : هو أن يقال : إن الحق الذي يراد أن يقتضي عنه بدلـه : أما عقوبة كالقصاص ، أو مال ، وهو : إما عين ، أو دين .

أو المعنوي في نقلـه . بعد ما كان التسامـل من الجميع على أصل بنته الأصيلة المتكـونـة من فقرـيـ الضـرـرـ والـضـارـ المـنـفـيـنـ . وـذـلـكـ كـافـ في مقـامـ الوـثـوقـ بمـدـرـكـ القـاعـدـةـ .

وـأـمـاـ الجـهـةـ الثـانـيـةـ . فالـضـرـرـ : اـسـمـ مـصـدـرـ . وـالـمـصـدـرـ : الـضـرـ . بـالـضـمـ وـقـدـ يـفـتـحـ . وـهـوـ ضـدـ النـفـعـ : وـمـعـنـاهـ : إـحـدـاثـ النـقـصـ بـالـنـفـسـ أـوـ الـمـالـ أـوـ الـعـرـضـ أـوـ أيـ شـائـنـ مـنـ شـئـونـ الـمـتـضـرـ نـفـسـهـ ، وـالـضـرـارـ . عـلـىـ فـعـالـ . : إـبـقـاعـ إـلـإـضـرـارـ بـالـغـيـرـ . بـذـلـكـ الـمـعـنـىـ . وـالـذـيـ يـتـرـاءـىـ مـنـ كـلـمـاتـ الـلـغـوـيـنـ كـابـنـ الـأـثـيـرـ فيـ الـنـهـاـيـةـ ، وـالـزـيـديـيـ فيـ تـاجـ الـعـروـسـ شـرـحـ الـقـامـوسـ وـغـيـرـهـماـ . فيـ تـفـسـيرـ الـضـرـرـ بـأـنـهـ : ضـدـ النـفـعـ أـوـ النـقـصـ الدـاخـلـ عـلـىـ الشـيـءـ أـوـ فـعـلـ الـواـحـدـ وـخـوـ ذلكـ : انـ الـمـقـابـلـةـ بـيـنـ الـضـرـرـ وـالـنـفـعـ مـنـ بـابـ التـضـادـ لـاـ مـنـ بـابـ الـعـدـمـ وـالـمـلـكـةـ . كـمـاـ قـيـلـ . بـدـلـلـ اـنـتـفـائـهـمـاـ مـعـاـ فيـ مـشـالـ الـبـيـعـ بـرـأـسـ الـمـالـ . مـثـلاـ . : وـلـوـ كـانـ الـتـقـابـلـ بـيـنـهـمـاـ بـنـحـوـ الـعـدـمـ وـالـمـلـكـةـ لـاـ خـالـاـ الـوـاقـعـ مـنـ أـحـدـهـمـاـ ، كـمـاـ أـنـ الـذـيـ يـتـرـاءـىـ مـنـ كـلـمـاتـ الـلـغـوـيـنـ أـيـضـاـ فيـ مـقـامـ التـفـرـيقـ بـيـنـ الـضـرـرـ وـالـضـرـارـ بـأـنـ الـضـرـرـ فـعـلـ الـواـحـدـ وـالـضـرـارـ فـعـلـ الـاثـيـنـ . عـلـىـ حـدـ تـبـيـرـ الـنـهـاـيـةـ وـالـتـاجـ وـالـلـسـانـ وـغـيـرـهـماـ : أـنـ الـمـقـصـودـ مـنـ فـعـلـ الـاثـيـنـ لـيـسـ مـعـنـاهـ . كـأـبـوابـ الـمـفـاعـلـةـ قـيـامـ الـمـعـنـىـ أـوـ صـدـورـهـ مـنـ اـثـيـنـ بـلـ مـعـنـاهـ صـدـورـ الـفـعـلـ مـنـ وـاحـدـ وـقـيـامـهـ بـالـآـخـرـ ، فـأـحـدـهـمـاـ يـجـدـثـ الـضـرـرـ وـالـآـخـرـ يـتـأـثـرـ بـهـ .

وـأـمـاـ الجـهـةـ الثـالـثـةـ . فـقـدـ قـيـلـ فيـ تـفـسـيرـ هـذـهـ الـجـملـةـ عـدـةـ مـعـانـ ، فيـ بـعـضـهـاـ إـبـقاءـ الـاستـعـمـالـ عـلـىـ حـقـيقـتـهـ مـنـ نـفـيـ الـطـبـيـعـةـ ، وـفيـ بـعـضـهـاـ يـصـرـفـ عـنـ الـمـعـنـىـ الـحـقـيقـيـ إـلـىـ التـجـوزـ الـمـنـاسـبـ .

فإن كان الأول ففي جواز استيفاء حقه بنفسه . كما عن جماعة بل في (الرياض) عليه أكثر المتأخرین بل عامتهم^(١) . أو وجوب رفعه إلى الحاكم . كما عن جماعة أيضا ، بل عن (الخلاف) : لا ينبغي أن

فمن ذلك . حمل النفي على النهي ، فيكون المراد تحريم الإضرار بالنفس أو الغير . بعامة شعوهما . على غرار قوله تعالى «فَلَا رَفَثٌ وَلَا فُسْقَةٌ وَلَا جِدَالٌ فِي الْحَجَّ» قوله (ص) : «لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل» . على بعض التفاسير . وذلك لصحة قيام المصدر مقام الفعل في الاستعمال ، فيكون المراد : لا تضر نفسك ولا غيرك . ومن ذلك . أن يكون المراد نفي الحكم . حقيقة . بلسان نفي الموضوع ، يعني أن ليس في عالم التشريع حكم يتعلّم ضررا على النفس أو على الغير ، فالسالبة بانتفاء الموضوع تكوينا ، من قبيل قوله (ع) : «لا سهو في السهو» .

ومن ذلك . أن يكون المنفي هو الضرر أو الإضرار غير المتأذكين شرعا ، إذ المتأذك منهما ليس ضررا ولا إضرارا في نظر الشرع ، كما هي النظرة العرفية والعقلائية كذلك . فالذى تستلزم القاعدة . بناء على هذا المعنى وجوب تدارك الضرر الحالى إذا حدث ، حيث أن ذلك المعنى أقرب المجازات بعد رفع اليد عن نفي الحقيقة . ولعل القول الثاني أقرب الثلاثة إلى مذاق الشريعة وابتنائها على المننة والمصلحة واللطف ، وأبقى للنفي والمنفي على حقيقتهما . بلا بجوز . (هذا ، ولتفصيل مراجعة مظان القاعدة من كتب الأخبار واللغة والفقه الموسعة من الفريقين) .

(١) راجع : أوائل كتاب القصاص منه ، القسم الأول في القود.

يقتضى بنفسه لأن ذلك للإمام أو من يأمره بلا خلاف^(١) ، بل عن (الغنية) : دعوى الإجماع عليه. فان تم كان هو الدليل ، لا ما قيل : من عظم خطره والاحتياط في إثباته ، ولأن استيفائه وظيفة الحاكم على ما تقتضيه السياسة وجزر الناس ، لأن إطلاق السلطان للولي وتسلط الناس على استيفاء حقوقها وغير ذلك يقتضي 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 موجودا جاز له استردادها بنفسه من غير توقف على إذن الحاكم ، وانتمكن من إثبات حقه عنده ، ما لم ينجر إلى فتنه توجب الكف عنه ، فيرفع أمره حينئذ إليه ، حسما للفساد ، وان لم يتمكن من الاسترداد أو كانت تالفة وهو ماطل أو جاحد وأمكنته التناقض ببدله ، اقتضى به عنده مستقلا ، وان كان من غير جنسه ، لإطلاق ما دل عليه من الأخبار كصحيحتي داود بن رزين ، وابن زري قال . في إحدىهما . : «قلت لأبي الحسن موسى (ع) : إني أخالط السلطان فتكون عندي الجارية فـيأخذونها والدابة الفارهة فـيعثونـيـ فـيأخذونـهاـ ، ثم يقع لهم عندي المال ، فليـ آخذـهـ؟ـ فقالـ :ـ خـذـ مـثـلـ ذـلـكـ ولا تـزـدـ عـلـيـهـ»^(٣)

(١) راجع هذه العبارة في كتاب الجنایات من الخلاف مسألة (٨).

(٢) أي من عرض القولين في صدر المسألة ، وهو دعوى الإجماع من الطرفين.

(٣) في الوسائل ، كتاب التجارة. باب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ذكر نص الحديث الأول ، وأشار الى الثاني بروايته عن الصدق. وفي (التهذيب للشيخ الطوسي) كتاب المكاسب ، أحاديث التناقض حديث (٩٩) «.. عن داود بن زري قال قلت لأبي الحسن موسى ..» إلخ.

وقال في الأخرى : «قلت لأبي الحسن عليه السلام : إبني أعامل قوما ، فربما أرسلوا إلى فأخذوا مني الجارية والدابة فذهبوا بهما مني ثم يدور لهم المال عندي ، فأخذ بقدر ما أخذناه مني؟ فقال : خذ منهم بقدر ما أخذوا منك ولا تزد عليه» ^(١) إن لم يكن ذلك إذنا منه .
نعم قد يقال : لو كان البدل من غير جنس الحق وكان مثلياً توصل ببيع البدل إلى ما يكون من جنسه ، فيقتضي به عنه . وحيثند فيجب الرفع إلى الحاكم ، لأن ولاية البيع غير ولاية التناصص .

الآن يضعف : بأن دفع المثل إنما يعتبر في الضمان لوجوب الرد على الضامن في حالتي وجود العين وتلفها الصادق معه برد المثل عرفا ، والأخذ بالتناصص ليس فيه عنوان الرد والاسترداد حتى يعتبر فيه ذلك ، بل هو أخذ بالبدل عوضاً عن ماله ، سوّجه الشارع تداركاً للضرر المرتفع بتدارك المالية .

وبالجملة ، ليس في التناصص عنوان رد العين واستردادها حتى يعتبر فيه المثل بخلاف الضمان المأخذوذ فيه الخروج عن عهدة العين بردتها الصادق يرد مثلها بعد تلفها ، فالرد والاسترداد عنوان ، والأخذ بالبدل مقاومة عنوان آخر ، لا دليل على اعتبار المثل فيه أيضاً ، بل الأصل يقتضي عدمه . وعليه فيتخير بالتناصص بين ما كان من جنسه وغيره لو اجتمعا عنده ، بل إطلاق الأخبار الآتية في التناصص 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 للشيخ الطوسي) كتاب المكافئ ، أحاديث التناصص حديث (٩٩) «.. عن داود بن زري قال قلت لأبي الحسن موسى ..» إلخ .

يقتضي به عنه . يعطي جوازه مطلقا ولو من غير جنسه.

وان كان الثالث أعني كون الحق دينا . كان له التناقض بنفسه بما يقع من ماله في يده إذا كان ممتنعا عن حقه أو جاحدا له من غير توقف على اذن الحاكم مطلقا ، تمكّن منه ومن إثبات حقه عنده أولا ، لإطلاق 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 فيح筠ه فيظفر من ماله بقدر الذي جحده : أيأخذه ، وان لم يعلم الجاحد بذلك؟ قال : نعم»^(١) وخبر علي بن مهزيار^(٢) وصحيح أبي بكر : «قلت له رجل لي عليه دراهم فجحدني وحلف عليها : أيجوز لي أن وقع له قبلي دراهم أن آخذ منه بقدر حقي؟ قال فقال : نعم»^(٣) والمروي عن النبي . صلى الله عليه وآله . لما قالت له هند : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وانه لا يعطيني ما يكفيه وولدي إلا ما أخذت

(١) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٨٣ من أبواب ما يتکسب به حديث (١٠).

(٢) في المصدر الآنف من الوسائل ، حديث (٨) : «ويبسناده 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) يسألة عن رجل دفع إليه رجل مالا 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 أرده عليه؟ فكتب : «اقبض مالك مما في يدك».

(٣) المصدر الآنف من الوسائل حديث (٤) والظاهر أن الراوي أبو بكر الحضرمي عن الإمام الصادق عليه السلام.

منه سرا ، وهو لا يعلم ، فهل على ذلك شيء؟ فقال (ص) : «خذلي ما يكفيك وولدك بالمعروف»^(١).

(ودعوى) : تخثير الغريم في تعين الوفاء من ماله إذا كان الحق كليا ، فلا يتعين إلا بتعيينه أو تعيين وليه ان كان ممتنعا ، وهو الحكم القائم مقامه في التعين (ضعف) لعدم المنافاة بين كون الحكم ولها على الممتنع وثبت الولاية للمقتضى أيضا بالأدلة الخاصة ، فالالأظهر . كما عليه الأكثر . جواز التناقض بنفسه مطلقا من غير توقف على اذن الحكم ، ممتنعا كان الغريم أو جاحدا.

نعم قيل . كما عن الشيخ في (النهاية) وجماعة . : المنع عن التناقض من الوديعة ، لعموم ما دل على وجوب رد الأمانات إلى أهلها»^(٢) حتى ورد عن الصادق عليه السلام . في خبر عبد الله بن إسماعيل : «أدّ الأمانة لمن ائتمنك وأراد منك النصيحة ولو أنه قاتل الحسين عليه السلام»^(٣) وقال أيضا في خبر عمار : «اعلم أن ضارب علي بالسيف وقاتله ، لو ائتمني

(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 بيتي أمينة ودماءهم ، وأنه وقع لهم عنده وديعة؟ فقال : أدّوا الأمانات إلى أهلها وإن كانوا مجوسا».

(٣) في الوسائل ، كتاب الوديعة : باب ٢ وجوب رد الأمانة حديث (٤) هكذا : عن إسماعيل بن عبد الله القرشي . في حديث . : إن رجلا

على السيف واستشاري ثم قبلت ذلك منه لأديت إليه الأمانة»^(١). وخصوص خبر ابن أخ الفضيل بن يسار : «قال كنت عند أبي عبد الله عليه السلام ، ودخلت امرأة وكتت أقرب القوم إليها ، فقالت لي : اسأله فقلت : عما ذا؟ فقالت : إن ابني مات وترك مالاً كان في يد أخي ، فأتلفه ، ثم أفاد مالاً فأودعنيه ، فلي أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شيء؟ فأخبرته بذلك ، فقال : قال رسول الله . صلى الله عليه وآله . أذ الأمانة لمن ائتمنك ، ولا تخن من خانك»^(٢).

والقول بالجواز للشيخ في (التهذيبين) والخلبي في (السرائر) والفضل في (الإرشاد) والمخالف (ظاهر النافع) وصريح (الشرع) والصميري في (شرحه) والمقداد في (التنقية) والشهيدين في (النكت) و (المسالك) على ما حكى عنهم ، بل في الأخير ، وعن الكفاية : «انه عليه أكثر المؤاخرين» وفي (الرياض) : «بل لعله عليه عامتهم» لإطلاق الأدلة المتقدمة وعمومها ، وخصوص صحيح البخاري : «.. إن شهاباً ما رأه في رجل له ذهب بـألف درهم ، واستودعه بعد ذلك ألف درهم ، قال أبو العباس : قلت له : حذها مكان الألف التي آخذ منك فأبي شهاب ، قال : فدخل شهاب على أبي عبد الله عليه السلام ، فذكر

قال لأبي عبد الله عليه السلام : الناصب يحمل لي اغتياله؟ قال : أذ الأمانة .. إلخ. وبضمونه بنفس المصدر حديث (١٢).

(١) في الكافي ، كتاب المعيشة ، باب أداء الأمانة ، حدیث (٥) : «بسنده عن عمّار بن مروان قال : قال أبو عبد الله : في وصيّة له : اعلم أن ضارب علي ..» إلخ.

(٢) الوسائل ، كتاب التجارة باب ٨٣ جواز استيفاء الدين ، حدیث (٣).

ذلك ، فقال له : أما أنا فأحب أن تأخذ وتحلف»^(١) ومكاتبة علي بن سليمان : «قال كتب اليه رجل غصب رجلاً مالاً أو جارية ثم وقع عنده مال بسبب وديعة أو قرض مثل ما خانه أو غصبه : أيجعل له حبسه عليه أم لا؟ فكتب عليه السلام : نعم يحل له ذلك إن كان بقدر حقه ، وإن كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه ويسلم الباقى له إن شاء»^(٢) فلتتحمل الأخبار المانعة على الكراهة ، جمعا ، بل ظاهر الصحىحة عدمها ، لكونه عليه السلام لا يجب المكره ، إلا أن قاعدة التسامح تقضى ثبوتها. ولو فرض التعارض بين الأخبار الخاصة وتساويهما في الظهور وغيره الموجب لتساقطهما من بين وجوب الرجوع إلى عمومات الطرفين من وجوب رد الأمانات وجواز التناقص. والسبة بينهما وإن كان من العموم والخصوص من وجه ، إلا أن المرجح لما عرفت مع عمومات التناقص ، مضافا إلى منع كون الأخذ بالتناقص خيانة ، بل لعله إحسان عليه بإبراء ذمته ، بل هو نوع إيصال له ورد إليه ، فالظاهر . كما عليه الأكثر . هو الجواز مطلقا ، ولو كان من غير جنس حقه.

هذا وحيثما أراد التناقص ولم يمكن الأخذ بقدر حقه إلا ببيعه كما لو كان له عليه مأة درهم وعنده سيف مثلاً قيمته مائتان تولى بيعه ليقتضي بشمنه قدر حقه ، فففي ضمانه لو تلف قبل بيعه بغير تعدٍ وتفريط وعدمه وجهان ، بل قولان : اختار بعضهم العدم لأن القبض المتجدد بعد القصد وإن لم يرض به المالك وخرج المقبوض عن كونه أمانة مالكية إلا أنه كان

(١) المصدر الآنف الذكر ، حديث (٢). وأبو العباس هو البقباق.

(٢) تهذيب الشیخ الطوسي كتاب المکاسب آخر أحاديث التناقص حديث (١٠٦) : «عن محمد بن عيسى عن علي بن سليمان قال : كتب اليه .. والظاهر أن المقصود هو الباقي عليه السلام ، بقرينة ما قبله من الحديث.

مأدونا من الشرع فيكون أمانة شرعية ، والأمين مطلقا لا يضمن سواء كان مالكيا أو شرعا. ويضعف بأن الإذن الشرعي أعم من الجاني والضمان بالغرض ، والعام لا يدل على خصوص الخاص ، واليد من أسباب الضمان كإلتلاف لعموم «على اليد»^(١) ونحوه بعد فرض خروج ما تحتها عن كونه أمانة مالكية ، ولا ملازمة بين المأذونية والأمانة الشرعية التي معناها استنابة المأذون في حفظ مال المالك يجعل الشرع ، كالثوب الذي أطارتة الريح وأما التصرف المأذون في مال الغير بإلتلاف عين أو منفعة كالأكل في المحمصة فقبضه مقدمة للإلتلاف المأذون ، وان كان مأذونا فيه ، لأن الاذن في الشيء إذن في لوازمه ، إلا أنه قبض ضمان لليد وعدم كون الاذن به للحفظ مالكه ، بل لكونه مقدمة للإلتلاف الذي رخص فيه شرعا ، فلو تلف قبل إتلافه كان عليه ضمانه ، وليس إلا لليد الموجبة له بعد أن لم يكن القبض قبض أمانة شرعية ، وان كان مأذونا به من الشارع ، فإذا الأظهر الضمان بمجرد القبض المراد به التقادص ، ولو ببيعه والتقادص بشمنه وان جواز ذلك من باب التولية دون الولاية التي لا معنى لضمان الولي كالحاكم ونحوه.

وفي ضمان الزائد على ما اقتضى به من ثمنه ، وعدمه وجهان. بل قولان : والأقوى عدم وفاقه للقواعد وغيره ، لكونه بالنسبة إليه أمينا من الشارع استنابة على حفظه مالكه إلى أن يوصله إليه فورا ، فلو أخر لا لعذر دخل في ضمانه ، خلافا لشیخنا في (الجواهر) تبعا لغيره. ولعله نظرا إلى كونه من ثمن مال مضمون عليه بجملته. وفيه : ان أحکام

(١) سيأتي الكلام . من السيد الماتن ومنا . حول هذه القاعدة المسئلة من الحديث النبوى الشريف في الرسالة الآتية (قاعدة اليد).

اليد تختلف باختلاف العناوين الطارئة عليها ، فاليد على الزائد من الثمن غيرها على العين
المشمن باختلاف عنوانها ، فافهم فإنه واضح .

(المبحث الخامس)

في ولاية المتصدق بجهول المالك ، لقطة كان أو غيرها ، وهو : عين أو دين .
فإن كان الأول تخير بين التصديق به أو بشمنه ، لو كان الصلاح في بيعه عن مالكه ،
لثبوت الولاية له في ذلك بالنصوص المستفيضة وبين دفعه إلى الحاكم أو حفظه والإيصاء به
(١) ولا يضمنه على الآخرين .

(١) وعلى كل من هذه الموارد الثلاثة شواهد من النصوص المذكورة في كتاب اللقطة من كتب الاخبار ، فشاهد التصدق من قبل الملتقط قول أمير المؤمنين عليه السلام . وقد سئل عن حكم اللقطة . : «يعرفها فان جاء صاحبها دفعها إليه وإلا حسها حولا ، فان لم يجيء صاحبها أو من يطلبها تصدق بها» . كما في الوسائل باب ٢ من أبواب اللقطة . وشاهد الدفع إلى الإمام عليه السلام وإلى الحاكم . بحکم 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 وخلصت منه قال : فقال له أبو عبد الله (ع) ، والله ان لو أصبته كنت تدفعه إليه؟ قال : إى والله ، قال : فأنا . والله . ماله صاحب غيري ، قال : فاستحلقه أن يدفعه إلى من يأمره ، قال : فحلف ، فقال : فاذهب فاقسمه في إخوتك ، ولك الأمان مما خفت منه ، قال : فقسمته بين إخواني» - الوسائل باب ٧ من أبواب اللقطة . وشاهد الحفظ والإيصاء به

وفي ضمانه على الأول لو حضر المالك ولم يرض بالأجر؟ قولان : أشهرها ذلك ، للنص^(١) ولو لاه لأمكن القول بعده ، لأن ذلك نوع إيصال إلى المالك بعد تعذر إيصال العين إليه : وهو الوجه للقول بالعدم ، لا ما قيل . كما في (الروضة) : من كونه أمانة قد دفعها بإذن الشارع فلا يتعقبه الضمان^(٢) لأن الإتلاف من أسباب الضمان ، والاذن به أعم من كونه بحاناً أو بالغوض .

وان كان الثاني أمكن القول بتعيين الدفع إلى الحاكم ، لأن المدفوع لا يتعين كونه للمالك لكي يتصدق عنه إلا بقبضه أو قبض من يقوم مقامه من الوكيل أو الحاكم ، إلا أن إطلاق أدلة التصدق يعطي كون ولاية

رواية علي بن جعفر عن أخيه الكاظم (ع) : «قال : سأله عن الرجل يصيب اللقطة دراهم أو ثوباً أو دابة : كيف يصنع؟ قال : يعرفها سنة فان لم يعرف صاحبها حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيها أباها وان مات أوصى بها ، فإن أصابها شيء فهو ضامن». الوسائل باب ٢ من أبواب اللقطة .

(١) في الوسائل باب ٢ من أبواب 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؟ ولمن الأجر؟ : هل عليه أن يرد على صاحبها أو قيمتها؟ قال : هو ضامن لها ، والأجر له ، إلا أن يرضى صاحبها فيدعها والأجر له».

(٢) راجع : كتاب اللقطة ، الفصل الثالث في لقطة المال . في شرح قول الماتن (وفي الضمان خلاف) أي في الضمان وعدمه . وبعد أن ذكر منشأ الضمان : من دلالة الاخبار ، وقاعدة (على اليدين) ، وكونه إتلاف مال الغير . ذكر منشأ عدم الضمان ، فقال : ومن كونه أمانة .. إلخ .

التعيين له أيضاً كمال الملك في الزكاة ، الذي له ولاية التعيين والتبديل . ولكن الاحتياط في الدين لا ينبغي تركه .

ولو كان لقطة التي معناها المال الضائع لا مطلق ما لا يد عليه من المال تخير الملتقط بعد التعريف . حيث يجب . بين الوجوه الثلاثة المتقدمة وزيد فيها . مطلقاً أو في غير الحرم منها . جواز التملك بالنسبة مضموناً عليه مالكه لو ظهر وطلبها بالمثل أو 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 أو القيمة عند التلف قبل الظهور فيكون ديناً على التقديرين يخرج لو مات من أصل التركة ، كما يظهر من عبارات الأكثر إلا أنها منزلة على ما ذكرنا ، كما هو مفاد الأخبار الواردة في المقام ، وصرح به الشيخ على ما حكى عنه في (التذكرة) حيث قال : «مسألة قال الشيخ رحمه الله : اللقطة تضمن بمطالبة المالك لا بنيّة التملك» وإن أورد عليه بقوله . بعده . : «وفيه نظر لأن المطالبة تترتب على الاستحقاق فلو لم يثبت الاستحقاق أولاً لم يكن لصاحبها المطالبة فلو ترتب الاستحقاق على المطالبة لزم الدور»^(١) . إلا أنه فيه أن علقة المالك . حسبما دلت عليه الأدلة . لم تذهب بالكلية وإن ضعفت حتى بلغت أدنى مراتب الملك من مرتبة ملك أن يملك ، وهذه المرتبة كافية في جواز المطالبة والتغريم بعدها . وكيف كان فلو نوى الحفظ لمالك بعد نية التملك لم يخرج عن كونه مضموناً بمعنى الذي ذكرنا من الضمان التقديري 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 البحث الأول . الضمان وعدمه . من المطلب الثاني في الأحكام من كتاب اللقطة .

مجرد ذلك عن ملكه وصيروته 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 لإطلاق ما دل على جوازه. وتفصيل الكلام في المقام موكول إلى 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. ومواردها كل معروف علم إرادة وجوده في الخارج شرعاً من غير موجب معين. فهو من قبيل ما كان فيه ولاية الفقيه ، غير أنه متذر الوصول له حتى يرجع إليه. وثبوتها في مواردها مدلول عليه بالكتاب عموماً ، نحو قوله تعالى «وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ»^(١) وقوله : «ما عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَيِّلٍ»^(٢) بعد معلومية كونه إحساناً. والسنّة المستفيضة عموماً كقوله (ص) : «عون الضعيف من أفضل الصدقة» ونحوه. وخصوصاً ، كما ستعرف ، والإجماع بقسميه . محصلاً ومنقولاً . فوق حد الاستفاضة ، بل وبضرورة العقل الحاكم بوجوب حفظ النظام.

فمن الموارد المنصوص عليه بخصوصه : ولاية عدول المؤمنين فيما لم يكن أبداً ولا جد ولا وصي ولا حاكم أن يأتوا بما للأب والجد فيه الولاية أو الحاكم ، مع عدم لزوم المباشرة. ضرورة تقدمهم عليهم أن وجدوا

(١) سورة البقرة . ١٩٥ . ومباء الآية : «وَأَنْتُمْ فِي سَيِّلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ، وَأَحْسِنُوا ...».

(٢) سورة التوبة . ٩٢ . ومباء الآية «أَلَيْسَ عَلَى الْضُّعْفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنْفَقُونَ خَرْجٌ إِذَا نَصَخُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ..».

نصا وفتوى ، بل ضرورة ، لما رواه في (*الكافي*) في الصحيح : «عن محمد بن إسماعيل بن بزيع قال : مات رجل من أصحابنا ولم يوص ، فرفع أمره إلى قاضي الكوفة ، فصيّر عبد الحميد القييم بهاله وكان الرجل خلف ورثة صغاراً ومتاعاً وجواري ، فباع عبد الحميد المتاع ، فلما أراد بيع الجواري ضعف قلبه في يبعهن ، إذ لم يكن الميت صير إليه وصيته ، وكان قيامه بهذا بأمر القاضي ، لأنهن فروج ، فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام ، فقلت له : يموت الرجل من أصحابنا ولم يوص إلى أحد ويختلف الجواري فيقيم القاضي رجلاً منا ليبيعهن ، أو قال : يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لأنهن فروج . مما ترى في ذلك القييم؟ قال فقال : إذا كان القييم مثل ذلك 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) بزيادة المذكورة.

والوجوه المحتملة في الماثلة بين أمور أربعة : الماثلة في الإيمان بالمعنى الأعم ، أو في الوثاقة وبينهما عموم من وجه ، أو في الفقاهاة لكون محمد بن إسماعيل بن بزيع من الفقهاء من مشايخ بن شاذان ، وعبد الحميد أن أريد به ابن سعد البجلي الكوفي بناء على ظهور لفظ (*الكتاب*) فيها لما عن

(١) في الوسائل باب ٦٦ من أبواب عقد البيع وشروطه ، حديث (٢) ينقله عن *الكافي* والتهذيب.

(٢) فقال هكذا : عبد الحميد بن سالم العطار ثقة .. ونقد الرجال تأليف المير مصطفى التفريشي 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 سيل إلى الثالث لمعلومية عدم اعتبارها مجرد عن غيرها من أحد العناوين المتقدمة ، مع منافاة اعتباره لإطلاق المفهوم الدال على ثبوت البأس مع عدم الفقيه ولو مع تعذر المفروض ارادة إيجاده مع فقد الفقيه أيضا ولو لتعذر الوصول اليه ، وهذا بخلاف الاحتمالات الأخرى ، فإن البأس ثابت للفاسن أو الخائن أو المخالف

وأما الوثاقة ، فيقرب اعتبارها موثقة سماعة : «في رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية وله خدم وماليك كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك؟ قال : إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس»^(٢) بناء على أن المراد من يوثق به في مراعاة المصلحة وملاحظة الغبطة ، كما ورد في صحيحه علي بن رئاب : «رجل مات وبيني وبينه قرابة وترك أولادا صغارا وماليك وجواري ، ولم يوص ، فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية ويتحذها أم ولد ، وما ترى في بيعهم؟ قال : إن كان لهم ولد يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم وكان مأجورا منهم ، قلت : فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية ويتحذها أم ولد؟ فقال : لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيمة بأمرهم الناظر فيما يصلحهم وليس لهم أن يرجعوا فيما فعله

(١) في رجال النجاشي . حرف العين . : «عبد الحميد بن سعد بجلي كوفي ، له كتاب ، أخبرنا ابن نوح قال : حدثنا الحسن بن حمزة قال : حدثنا ابن بطة قال : حدثنا الصفار قال : حدثنا أحمد بن محمد بن عيسى قال : حدثنا صفوان عن عبد الحميد بكتابه».

(٢) في تحذيب 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 نعثر على من نص على وثاقة عبد الحميد ابن سعد البجلي ، الا أن الآقا 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 أيضا ، وان قلنا باتحاده مع ابن سالم حيث أنه من أصحاب الرضا (ع) فقط أو الكاظم والرضا عليهما السلام . أن عبد الحميد ليس راويا عن الجواد عليه السلام حتى يلزم أن يكون حيا يومئذ ، وإنما الراوي ابن بزيع . ولعل مراده : انه اتفق ذلك ولو قبل وقت السؤال بمنة ، وحکاه للإمام حکایة ، مع إمكان توثيقه أيضا بنفس هذه الرواية فتأمل ، ورواية صفوان الذي هو من أصحاب الإجماع عنه.

الا أن الأقوى . مع ذلك اعتبار العدالة ، للنص عليها في خبر إسماعيل بن سعد : «قال سألت الرضا عليه السلام عن رجل يموت بغیر وصیة وله ولد صغیر وکبار : أیحل شراء شيء من خدمه ومتاعه من غیر

(١) المصدر نفسه ، حديث (٢١) سهل بن زياد عن ابن محبوب عن علي بن رئاب قال : سألت أبا الحسن (ع) عن رجل يبني وبينه قرابة مات وترك ..

(٢) تعليقة الآقا الوحيد البهبهاني المتوفى سنة ١٢٠٦ هـ . كما هو الصحيح . على رجال المیرزا محمد الاسترآبادي المطبوع بايران ، طبعت معه في هامشه.

أن يتولى القاضي بيع ذلك ، فإن تولاه قاضٍ قد تراضا به ولم يستعمله الخليفة ، أيطيب الشراء منه أم لا؟ قال عليه السلام : إذا كان الأكابر من ولده معه في البيع ، فلا بأس إذا رضي الورثة بالبيع وقام عدل في ذلك»^(١). مضافا إلى أن الحكم ، أعني التصرف في مال الغير ، حيث كان مخالفًا للأصل وجب الاقتصار فيه على الأنصار منها ، وهو العدالة لأنها أخص من الإيمان والوثاقة ، مع كونها المنساق إليها في أمثال ذلك عرفا.

هذا ومع تعذر العدول ، فهل يثبت ذلك لغيرهم من الفساق ، فيكون واجباً كفائيًا على كل من يقدر عليه وان كان فاسقاً؟ أو لا.

والكلام فيه (مرة) من حيث تكليفه نفسه في جواز تصدّيه وعدمه (وآخر) من حيث فعله المرتبط به فعل غيره كشراء مال الطفل منه حيث تصدى لبيعه.

أما الأول فالظاهر جواز توليته ذلك مع المصلحة ومراعاة الغبطة ، توصلا إلى ما يريد الشارع إيجاده للمصلحة المترتبة على وجوده ، كتجهيز الميت الواجب كفاية على كل من يتمكن منه مع عدم ولي له مطلقا حتى الحاكم وعدول المؤمنين ، وحيثند فلو أحرز صدور الفعل المعروف منه سقط عن الغير ، وإن شك في صحته ، حملاً لل فعل منه على الصحيح بحكم أصالة الصحة في فعل المسلم. وفي قبول قوله لو أخبر بوقوعه منه صحيحًا تردد ، ينشأ : من أنه يملك وقوعه كذلك فيملأ الإقرار به كما يقبل قول الوكيل فيما وكل فيه. ومن لزوم التبيين في نبأ الفاسق بحكم آية

(١) تهذيب الشيخ الطوسي : آخر كتاب الوصية في الزياادات : آخر حديث (٢٠).

النبي» ^(١).

وأما الثاني ففي حواز الاقدام على ما يصدر منه من التصرف ، ولو مدعيا فيه المصلحة ومراعاة الغبطة ، إشكال ، ما لم يحرز ذلك فيه بنفسه ، فلا يجوز اشتراء مال الطفل من الفاسق المتصدي لبيعه ، ما لم يحرز المشتري الغبطة له في بيعه ، إذ لم يقع منه فعل حتى يحمل على الصحيح بل هو متصد لوقوعه ، وغير مصدق في دعواه الغبطة ، وإن كان الاخبار بها مرجعه غالبا إلى علمه الذي لا يعلم إلا من قبله. وهذا بخلاف العادل المصدق في خبره بالنسبة إلى المخبر به في الواقع ، وإن كان من علمه الذي هو طريق له إليه ، ولن يست المصلحة مما لا طريق إلى ثبوتها إلا بعلم المخبر الذي لا يعلم إلا من قبله حتى يجب تصديق الفاسق في خبره لترتبا المخبر به عليه.

وبعبارة أخرى : تصدق خبر العادل بحكم مفهوم آية النبأ ولزوم التبين في خبر الفاسق بحكم منطوقها أنها هو في كل منهما بالنسبة إلى المخبر به ، دون نفس الخبر وبالجملة ، الحكم هنا . وهو حواز التصرف في مال الطفل . محمول على تصرف فيه الغبطة له ، فيجب أولا إحراز الموضوع في ترتبا الحكم عليه ، فلا بد في كل فعل يقع بين اثنين من إحراز الموضوع لكل منهما في ترتبا الحكم عليه. ولعله يعطي ذلك وقوع السؤال عن حل الشراء وطيبة في خبر إسماعيل بن سعد ، الدال بمفهوم الجواب على ثبوت البأس إذا لم يقم عدل في ذلك.

وعليه فيجوز . بل يجب . أخذ المال من يد الفاسق المتصدي لبيعه ما لم تعلم الغبطة فيه ، لأن عموم أدلة القيام بذلك المعروف لا ترفع اليـد

(١) وهي قوله تعالى . كما في سورة الحجرات . ٦ . «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَقَبِيَّوْا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُضْبِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ».

عنها بمحرّد تصرف الفاسق ، فإن وجوب إصلاح مال اليتيم ومراعاة غبطته 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 أصلالة صحة المعاملة من الطرفين تحكم بالأول ، إن لم تكن مثبتة ، لكن
يجري المنع عن تناول الثمن على كل من تقديرني صحة المعاملة على المثلث وفسادها ، لبقاءه
على ملك مالكه على الثاني ، وعدم إحراز المصلحة فيه على الأول.

هذا ولابد أن تصرف العدول مع فقد من هو مقدم عليهم في المرتبة ليس على وجه
النيابة عن الحاكم ، فضلا عن كونه على وجه النصب من الإمام عليه السلام ، بل هو محض
امتناع للتوكيل به وجوهاً أو استحباباً ، فيجوز لغير المتوكيل منهم مراجحة المتوكيل فيه ،
وان دخل في مقدمات العمل ، وكان الأثر لمن سبق منهما في النتيجة دون المقدمات.

وأما الحكم ففي جواز مراجحة بعضهم لمن سبقه منهم في مقدمات العمل دون نفسه؟
ووجهان : مبنيان . كما قيل . على مستند ولاية الحاكم فإنه : إن استندنا في ولايته إلى أمره
عليه السلام ، بإرجاع الحوادث إليه في (التوقيع المتقديم) جازت مراجحته قبل وقوع التصرف
منه وان دخل في مقدماته لأن المأمورين بالإرجاع هم العوام دون الحكام ، فإنهم أولياء في
مرتبة واحدة كالأب والجده له الموجب لنفوذ تصرف السابق منهما في نفس الفعل دون
مقدماته ، وان استندنا إلى عمومات النيابة كما يعطيه إضافة (الحججة) إلى نفسه في تعليمه
« بأنكم حجتي عليكم وأنا حجة الله » وغيره ، فيمكن أن يقال بعد عدم جواز المراجحة بعد سبق
أحدthem ، ولو في مقدمات الفعل ، لأنه بعد تنزيله منزلة الإمام 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 مطلقا ، وان استندنا في ذلك الى عمومات النيابة ، لأن المنع حيىئذ انما يتم لو كانت النيابة متعلقة بمقدمات الفعل أيضا كنفسه ، وهو منوع إذ المسلم كون الفعل بنفسه متعلق النيابة دون مقدماته ، فلا ينزل منزلة الإمام إلا حيث يدخل فيما كان نائبا عنه فيه وهو نفس التصرف المعروف دون مقدماته ، وان هما الا كالوكيلين النافذ تصرف السابق منهمما فيما وَكِلَ فيه ، وان سبقه الآخر في مقدماته.

هذا كله ما لم تستلزم المزاحمة والسبق إلى النتيجة توهيناً من سبقه في التصدي الداخلي في مقدمات العمل قبله وإلا فهو منوع لذلك ، وهو أمر آخر ، لا دخل له بالجهة المبحوث عنها فافهم ، والله العالم بحقائق أحكامه.

ثم ما سمح به الدهر من تحير مسألة الولاية ، لا ما أردناه ، إذ كان المرام هو التتبع التام والعلوم في كلمات القوم ، واستحصال نهاية ما أرادوا واستنتاج غاية ما أفادوا ، فحال دون المرام حائل الأيام ، وتتابعت صروف الزمان ومعوقات الحدثان ، فمما أصبحت به عند اشتغالي بالولاية : أن فجعت بولد ، وأي ولد ، روح له اللطف جسد ، علي الاسم والسمة ، لم أسمع في حبه لا ولمه ، نشأ أكرم منشأ ، ويعرف حسن المنتهى بحسن المبدء غاص في بحار الفقه على الخفايا وبجودة الفكر أبرزها ، وجال في ميادين العلم لإحراز الغاية فأحرزها. ورثاه بعض العلماء^(١). بقصيدة ، أولها :

(١) هو العالمة الأديب السيد رضا بن السيد محمد بن هاشم الموسوي النجفي الشهير بالهندي المتولد سنة ١٢٩٠ المتوفى سنة ١٣٦٣ هـ والقصيدة تناهز الخمسين بيتاً من روائع الأدب العربي ، نوجد بكلماتها في مجموعة المخطوط.

ألم يكف بالمهدي ما فعل الردى فتنى وأشجى في علي مهدا

فأقام فقده وأقعد ، وغار الحزن بقلبي وأنجد.

ما غاب عنّي إنما شوّقه يمثله عندي على شكله

فأطلق الدمع لفقدانه وأحبس القلب على تلكه

ما كنت بالحازع لو لم أكن فجعت بالمهدي من قبله

لا يبرء الآسود جرح الحشا إن وقع الجرح على مثله^(١)

أصبحت به ولما يندمل جرح أخيه ، وحصلت منها على ضدّ ما أرجوته كنت أرجو أن

يكونا أكرمي خلف عن أكرم سلف ، يستكملان تليد الفضل والطريف ، ويرفعان قواعد

الدين الحنيف.

فكان غير الذي قدرت من أمل (ما كل ما يتمنى المرء يدركه)

وطنت نفسي لما يجري القضاء به رضا بما يفعل المولى ويتركه

قد يصعب المهر أحيانا وفارسه يلوى الشكيم على شد قيد يعركه^(٢)

«وحسي الله ونعم الوكيل ﴿وَأَفْوَضُ أَمْرِي إِلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بَصِيرٌ بِالْعِبَادِ﴾»

(١) الظاهر : أن هذه الأبيات الأربع من إنشاء المصنف . قده . في رثاء ولده وقرة عينه ، وتطفح العاطفة الأبوية من خلالها .

(٢) وهذه الأبيات الثلاثة أيضا من إنشاء قريحة السيد المصنف . قده . في رثاء ولديه وفلذتي قلبه ، فقد فقد بفقدهما عينيه الباصرتين وعجز البيت الأول تضمين لصدر بيت للمتنبي ، عجزه (تجري الرياح مما لا تشتهي السفن) من قصيدة له . كما في ديوانه يستهلها بقوله :

بِمَ التَّعْلِلَ لَا أَهْلَلَ لَا وَطَنَنَ لَا نَسِيمَ لَا كَائِسَ لَا سَكَنَ

رسالة

في قاعدة اليد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلوة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين : محمد .
 صلى الله عليه وآله . وعترته الطيبين الطاهرين ، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين ، من الآن
 إلى يوم الدين. وبعد ، فيقول الراجي عفو ربه الغني محمد بن محمد تقى آل بحر العلوم
 الحسني 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 أحکامها وسعة عمومها
 (ورابعة) في معارضتها مع غيرها وتقديعها عليه وتقدیم الغير عليها فهنا مقامات :

(١) هكذا كان سيدنا وجدنا (بحر العلوم) يكتب في توقيعاته الشريفة ويوجد لدينا بعض صور خطه الشريف
 موقعها بـ (محمد المهدي الحسيني الطباطبائي) وذلك بمحكم انتسابه إلى إبراهيم طباطبا بن إسماعيل الديماج
 بن إبراهيم الغمر بن الحسن المثنى بن الإمام الحسن السبط (ع) وأم إبراهيم الغمر . المدفون في الكوفة . فاطمة بنت
 الإمام الحسين (ع) ، فهو من طرف الأب حسني طباطبائي ، ومن طرف الأم حسني فاطمي .

(المقام الأول)

في معنى اليد. والمقصود منها في المقام : هو الاستيلاء والسلطة على الشيء بحيث تكون لصاحبها القدرة على أنباء التصرف فيه. وهو أحد معانيه الحقيقة عرفا ، للتبارد ، بل ولغة ، كما يظهر من تعدادهم ذلك في معانيها الظاهر في الحقيقة ، فعن ابن الأعرابي في (لسان العرب) : «اليد : النعمة ، واليد : القوة ، واليد : القدرة ، واليد : الملك ، واليد : السلطان ، واليد : الطاعة ، واليد : الجماعة ، واليد : الأكل ، وفيه أيضا : «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 (الصحاح) : «واليد : القوة ، وأيده أي قواه . إلى أن قال . : «وهذا الشيء في يدي أي في ملكي» ^(٢) وفي (القاموس) في . تعداد معانيها قال . : «والقوة والقدرة والسلطان والملك بكسر الميم .. ^(٣)» انتهى. وهي بهذا المعنى لا تستلزم وقوع التصرف فيه ، بل يكفي في تتحققها القدرة عليه فمن حمى أرضا لنفسه استولى عليها ، وإن لم يتصرف فيها بزرع أو رعي ونحوهما ، فإنه ذو يد عليها عرفا قبل وقوع التصرف فيها. نعم ، لا يصدق اليد على الشيء بمجرد القدرة على الاستيلاء عليه ، بل لا بد من فعليته في

(١) راجع ذلك في مادة (يدي) منه

(٢) راجع ذلك في مادة (يدي) منه

(٣) وتتم العباره : «والجماعة والأكل والندم والغياث والاستلام والنذل والنعمة والإحسان تصطنه» راجع ذلك في مادة (يدي) منه.

صدقها عليه ، فالقدرة على الاستيلاء غير فعليته الموجبة لتحقّقها 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 ومسببته عنه.

ثم اليد على الشيء التي قد عرفت أن معناها الاستيلاء عليه والإحاطة به : (مرة)

تكون سبباً للملك (وأخرى) مسببة عنه.

فالأول ، كالحيازة للمباح فإنما تحدث ربطاً بينه وبين الحائز ربط إضافة واحتصاص ، يعبر عنه بالملك ، له طرفاً : طرف الإضافة إلى المالك ، وطرف التعلق بالملوك ، ولا ينتفي الربط الحادث به بكل طرفه إلا بفك الملك كالتحرير والاعتراض . على القول بخروج المعرض عنه عن الملك به.

والثاني ، وهو ما كان مسبباً عن أحد النواقل الشرعية ، سواء كانت اختيارية أو قهريّة ، كإرث ، فإن اليد والاستيلاء على المنتقل إليه إنما هو بأحد أسبابه الموجبة للنقل إليه ، والنقل حينئذ إنما هو تحويل لطرف الإضافة من المنتقل عنه إلى المنتقل إليه ، فطرف التعلق . والحالة هذه . لم ينفك عن كونه متعلقاً به ، وإن كان بالدقة الفلسفية يرجع إلى إعدام ربط الأول بطرفه 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 تجتمع الاستيلاء الفعلي ، فيتحدّان في الوجود ، وقد تنفك الافتراضية عن الفعلية كالعين المغصوبة تحت يد الغاصب .

هذا وما ذكرنا من انفكاك اليد عن التصرف لا ينافي استكشاف ثبوتها به حيث يقع الشك في تتحققها بعد أن كانت فعلية التصرف مسببة عنها . غالبا.

وبالجملة : لا شك في صدق اليد لمن يشاهد منه بعض التصرفات المترتبة على الملك كالبيع والإحارة في الأعيان ، واستعمالها كذلك غالبا 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 الأغلاق إليه؟ إشكال . وأشكل منه مع افتتاح الباب ، فهو كمن بيده جام الدابة غير الملتحمة به وان اختص بها .

وفي صدق اليد على المتاع بوجوده في داره أو على الدار بوجود متاعه فيها ما لم يعلم استناد الوضع إليه أيضا؟ إشكال . اللهم إلا أن يدعى ظهور ذلك في كونه مستندا إليه ، وهو على عهدة مدعيه . أولا .

ولو سلم فممنوع بلوغ ظهوره حد الصدق به . ثانيا .

وقد تتعارض وجوه التصرف والاستعمال . فان تساوايا في مرتبة الاستكشاف في الشدة والضعف تساوايا في صدق البد أو عدمه . والا فالصدق لما هو أشد في القوة كالدابة 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 يستقى منها . مثلا . فهل المسلك مشترك في الملك بينهما

بناء على صدق اليد لهما عليه ، أو يختص بصاحب الدار ، وإنما بحارة حق الاستطراف . فقط . لمنع اليد على أزيد مما يفيد ملك المتنفعة أو الانتفاع ، أو يختص بالسلوك بدعوى اختصاص اليد له المستكشف بمشاهدة تصرفه فيه ومنع ثبوت يد لصاحب الدار عليه ما لم يكن مشاركا 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 الاستطراف قطعا ، لمنع صدق اليد له على شيء من عرصة الدار ، وإن تعين عليه ذلك في أقصر الخطوط من المبدء إلى المنتهى ، لأنه المتيقن من تعلق حق الانتفاع به وجواز مزاومة المالك فيه . والتعيين في حزء منها ، إن قلنا به ، فبحكم شرعى لا مدخلية له في صدق اليد عليه عرفا ،

ويد الوديعي على الوديعة يد المودع بعد تنزيله منزلته في حفظها لأن معناها الاستئابة في الحفظ ولذا لا يقع الضمان فيها لعدم تعقل ضمان الإنسان لنفسه في ماله ، بل هو كذلك في مطلق الأمين كالوكيل والمستعير ، فاليد فيما حقيقة للموكل والمعير ، وإن كانت العارية بالضمان تخرج عن الایتمان فيد التابع للمتبوع وإن ترتب عليها أثر في الجملة من حيث هي كذلك.

(المقام الثاني) في الدليل على اعتبارها . ويدل عليه . مضافا إلى محكي الإجماع المستفيض المعتمد بدعوى الاتفاق عليه من بعض والضرورة من آخر . الروايات المستفيضة : منها . رواية حفص بن غياث المروية في الكتب الثلاثة ، وفيها : «رأيت إذا رأيت شيئا في يد رجل ، أيجوز لي أن

أشهد أنه له؟ قال : نعم ، فقال الرجل : أشهد أنه في يده ، ولا أشهد أنه له فلعله لغيره؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام : أفيحل الشراء منه؟ قال : نعم ، فقال . عليه السلام . : فلعله لغيره ، فمن أين جاز لك أن تشتريه ويسير ملكا لك ، ثم تقول . بعد الملك . : هو لي وتحلّف عليه ولا يجوز أن تسبّه إلى من صار ملكه من قبله إليك؟ ثم قال (ع) : ولو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق»^(١).

ومنها . المروية . في الوسائل صحيحًا وعن الاحتجاج مرسلا .. كما قيل . : عن مولانا الصادق عليه السلام في حديث فدك : «إن مولانا أمير المؤمنين عليه السلام قال لأبي بكر : أتحكم فيما بخلاف حكم الله تعالى في المسلمين؟ قال : لا ، قال : فان كان في يد المسلمين شيء يملكونه ادعى أنا فيه : من تأسّل البينة؟ قال : إياك كنت تأسّل البينة على ما تدعى على المسلمين قال : فإذا كان في يدي شيء فادعى فيه المسلمين : تسألي البينة على ما في يدي ، وقد ملكته في حياة رسول الله . صلى الله عليه وآله . وبعده ولم تأسّل المؤمنين على ما ادعوا عليّ كما سألتني البينة على ما ادعى عليهم»^(٢).

(١) راجع : الوسائل كتاب القضاء ، باب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، حديث (٢) ولعل مقصوده من الكتب الثلاثة باستثناء الاستبصار بقرنية نقل الوسائل نفس الحديث عن الصدوق والشیخ والکلبی ، والرواية عن الصادق (ع).

(٢) في الوسائل ، بنفس الباب حديث (٣) يستنده عن علي بن إبراهيم في تفسيره عن أبي عمير عن عثمان بن عيسى وحماد بن عثمان جمِيعاً عن أبي عبد الله (ع) .. وقال . بعد نقل الحديث . : ورواه الصدوق في (العلل) عن أبيه عن علي بن إبراهيم عن أبيه ، ورواه الطبرسي في (الاحتجاج) مرسلا.

ومنها . رواية مساعدة بن صدقة : «كل شيء هو لك حلال حتى تعرف الحرام بعينه فتدفعه من قبل نفسك ، وذلك مثل ثوب يكون عليك قد اشتريته وهو سرقة : أو المملوك عندك لعله حر قد باع نفسه أو خدع فيبيع قهراً أو امرأة تحتك وهي أختك أو رضيعتك ، والأشياء كلها على هذا حتى يتبين لك غير ذلك أو تقوم به البينة» ^(١).

ومنها . رواية حمزة بن حمران : «ادخل السوق فأريد ان اشتري جارية ، تقول : إني حرّة ، فقال : اشتراها ، الا ان يكون لها بينة» ^(٢).

ومنها . صحيح العيسى : «عن مملوك ادعى أنه حر ولم يأت ببينة على ذلك : أشتريه؟ قال نعم» ^(٣).

ومنها . موثقة يونس بن يعقوب : «في المرأة تموت قبل الرجل أو رجل قبل المرأة؟ قال (ع) : ما كان من متع النساء فهو للمرأة وما كان من متع الرجل والنساء فهو بينهما ، ومن استولى على شيء منه فهو له» ^(٤).

(١) في الوسائل ، كتاب التجارة باب ٤ من أبواب ما يتكسب به حديث ^(٤) : عن مساعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : سمعته يقول : كل شيء ..

(٢) الوسائل ، كتاب التجارة باب ٥ من أبواب 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 العيسى بن القاسم عن أبي عبد الله (ع) قال : سأله عن مملوك.

(٤) في الوسائل ، كتاب الفرائض والمواريث ، باب ٨ من أبواب ميراث الأزواج حديث ^(٣) ، عن يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله (ع) في امرأة تموت.

(والمناقشة) فيها بضعف السندي بعض ، وعدم الدلالة أو إجمالها في جملتها ، لأن حديث (فديك) لا يدل على أزيد من كون المطالب بالبينة أنها هو المدعى دون المدعى عليه ، وهو غير المدعى : من إفادة اليد الملكية ، ومثل ذلك في عدم الدلالة له ما تضمن جواز الشراء من يكون المال في يده الدال على صحة المعاملة معه بإلغاء ما يوجب المع عنه من الاحتمالات المانعة عن الصحة من السرقة والحرية ونحوهما ، وهو أعم من إفادة الملك ، فإن الولي والوكيل والمأذون . مثلا . يجوز الشراء منهم مع عدم كونه ملكا لهم ، فجواز الشراء وصحة المعاملة أعم من الملكية والعام لا يدل على خصوص الخاص وتتضمن خبر حفص لجواز الشهادة استنادا في تحملها إلى مؤدى الأصول والأamarات ، وهو منوع جدا . كما ستعرف . والاستدلال بخبر (مسعدة) مبني على كون جملة (هو لك) صفة للشيء (وحلال) خبرا للمبتدأ ، وهو أحد الاحتمالين فيه ، مع انه يحتمل . ولعله الظاهر . كون لفظ (حلال) خبرا للضمير المنفصل ، وهو مع خبره خبرا للمبتدأ الأول و (لك) متعلق (بحلال) والمعنى : كل شيء هو حلال لك حتى تعرف .. إن وحيئذا سيكون من أدلة البراءة ، دون اعتبار اليد ، ولا أقل من إجمال الخبر بعد قيام الاحتمالين فيه .

(مدفوعة) أما : ضعف السندي فمحبوب بالعمل . وأما مطالبة البينة من غير ذي اليد في خبر (فديك) فلكونه مدعيا يدعى خلاف الظاهر على ذي اليد ، وليس الا لظهور كون ما في يده له ، وإلا لكان مدعيا أيضا وكان مورد التداعي دون المدعى 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 يخرجه عن الحجية في غيره وأما خبر مسعدة فالاحتمال الأول فيه هو الظاهر منه . ولو بمعونة الأمثلة فيه .

هذا مع أن من مجموع الأخبار بعد ضم بعضها إلى بعض ولو بمعونة سياقها يشرف الفقيه على القطع باعتبار اليد وإفادتها الملك.

ثم الظاهر اعتبارها من باب الظن النوعي الحاصل من غلبة كون الشيء في اليد ملكاً لمن هو في يده اعتبارها الشارع إنقانا للنظام وقياما للسوق كما صرحت به في ذيل خبر حفص بن غياث ، بل المستفاد منه اعتبار كل إمارة يوجب عدم اعتبارها احتلال النظام ، بل الأدلة دلت على إمضاء الشارع لما عليه بناء العقلاة من أهل الأديان في جميع الأزمان قبل الإسلام وشرع الأحكام من الحال والحرام : من اعتبار اليد وإفادتها الملك ،

هذا وهل يعتبر في التملك باليد كالحيازة للمباح قصد الملك ، أم يعني قصدها عن قصده ، فتكون الحيازة بنفسها سبباً تاماً للملك ، وإن تجردت عن قصده ، بل ولو مع قصد العدم ، لأن ترتيب المسبب على السبب قهري وإن كان السبب اختيارياً ، ومثله سببية الإحياء للملك في (الموت) في اعتبار القصد معه ، وعدمه ، بل ومع قصد العدم؟ وجهان : بل قولان ولعل الأقوى العدم ، لما دل على سببية الأحياء والسبق للملك نحو «من أحى أرضاً ميتة فهي له» وقوله في النبوي المنجبر : «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به»^(١) الشامل بإطلاقه ما لو 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 محل آخر.

نعم يستثنى من تأثير اليد للملك في المباحث موات الأرضين منها فإنما تملك بالحياء ، لما دل على سببيته للملك. وأما تحريرها فلا يفيد

(١) مضى تحقيق وتحريج هذين الحديثين النبويين وغيرهما في آخر الجزء الأول من (البلغة) ضمن البحث عن الأرضي الخراجية.

إلا الأولوية بالتصرف ، وهذا مسلّم عندهم ، مع شمول حديث «من سبق» لها الدال على الأحقيّة المطلقة التي هي مساوقة للملكية ، ولذا يستدل به على الملك في الاحتشاش والاحتطاب ونحوهما ، وخروجها عنه بما دل على حصر سبب الملك فيها بالإحياء ينافي الاستدلال به . كما عن بعض . على الأولوية بالتصرف بالتحجير المتوقف على ارادة مطلق الأحقيّة من لفظ الأحق فيه ، دون الأحقيّة المطلقة ، ولعله لهذا اعترف جدنا في (الرياض) بعدم العثور على نص يدل على افاده التحجير الأولوية بالتصرف ، حتى احتمل استناد الأصحاب في حكمهم بذلك الى فحوى ما دل عليها في السبق إلى مكان من المسجد أو السوق ونحوهما من النص . قال . في باب إحياء الموات . : «واعلم اي لم أقف على ما يتضمن أصل التحجير فضلا عما يدل على خصوص الأولوية به إلا اتفاقهم عليه ظاهرا ودعواه في كلام جمع منهم صريحا ولعلمهم أحذوه من فحوى ما دل عليها في السبق إلى مكان من المسجد أو السوق من النص وغيره ولا بأس به»^(١) انتهى .

وبالجملة ، التمسك بالحديث على الملك في غير (الموات) من المباحث الأصلية بالسبق إليها ، وعلى الأولوية بالتصرف فيها بالسبق والتحجير دون الملك ما لم يبلغ حد الأحياء ، لا يخلو من إشكال ظاهرا .

وتوضيحة : هو ان مفاد الجملة الشرطية عليه المقدم للتالي عليه تامة بحيث يتربّ عليه التالي ترتبا فعليا ، ومقتضاه كون السبق علة للأحقيّة ، وحينئذ : فإن أريد بها الأحقيّة المطلقة ، أي الأحقيّة في جميع وجوه التصرفات والانتفاعات حتى المتوقفة على الملك ، كان ذلك مساويا للملكية ومقتضاه حصول الملك بالتحجير لتحقق السبق به الموجب له بمقتضى

العلية

(١) ذكر ذلك في أوائل كتاب احياء الموات . أثناء عرض المصنف لشروط الأحياء ، ومنها : أن لا يكون محرا عليه من قبل .

المستفادة منه : وان أريد بها مطلق الأحقية الصادقة على مجرد الأولوية دون الملكية ، لم يكن دالا على الملك بالسبق في المباحث الأصلية ، لأنه أعم ، والعام لا يدل على خصوص الخاص . وان أريد المعنيان منها معا كان من استعمال اللفظ الواحد في أكثر من معنى ولكنه مدفوع بآن خروج الانتفاعات المتوقفة على الملك في خصوص الموات من المباحث ، وان سبق إليها بالتحجير ، عن إطلاق الأحقية المستفاد عمومها من حذف المتعلق بأدلة الإحياء الدالة على الخصار سبب الملك به لا ينافي ثبوت الأحقية في باقي التصرفات غير المتوقف على الملك بالإطلاق المقيد بغیره .

توضيح ذلك : أن الحكم المطلق إذا كان متربا على موضوع عام ، ثم ورد دليل مقيد له في خصوص جهة من جهات إطلاقه بالنسبة إلى فرد مخصوص من إفراد موضوعه العام ، كان ذلك الفرد من غير تلك الجهة مشمولا لإطلاق الحكم باقيا على اندراجه في عموم الموضوع يستدل به عليه . مثلا . لو قال : (إكرام العلماء واجب) الظاهر بمعونة حذف المتعلق في كونه واجبا في الحضر والسفر مثلا ، ثم ورد نهي عن إكرام زيد العالم في السفر ، فيبقى وجوب إكرام زيد في الحضر مدلولا عليه بإطلاق نفس الخبر ، وغيره من أفراد العلماء يجب إكرامه في حالتي السفر والحضر ، لسلامة جهات الإطلاق في حقهم عن التقيد واختصاصه به في خصوص السفر

ففي ما نحن فيه نقول : ان لفظ ما في الحديث يعم جميع الأعيان التي لم يسبق إليها مسلم ، سواء كانت مواتا أم غيرها من المباحث الأصلية مما ينقل ويتحول . والأحقية بالسبق إليها الشامل بعمومها المستفاد من حذف المتعلق بجميع التصرفات ووجوه الانتفاعات حتى المتوقفة على الملك حكم شرعي مرتب على ذلك الموضوع العام ثابت من سبق إليها بإيجاد علته من السبق

غير أنه لما ورد دليل خاص في خصوص الموات قد دل على حصر سبب الملك بالاحياء ، وجب خروج التصرفات المتوقفة على الملك عن إطلاق الأحقية فيها ، وبقي غيرها ، حتى ما يكون سببا للملك كنفس الأحياء ، لأنه غير متوقف على الملك ، داخلة تحت إطلاق الأحقية فيها أيضا ، وحيثند فالاًحقية المطلقة الملزمة للملكية والأحقية في الجملة الملزمة بمجرد الأولوية بالتصرف مقصودان من لفظ الأحق في الحديث المستعمل في مطلق الأحقية أي الطبيعة المهملة ، فيستفاد إطلاقه في غير الموات من الجهتين : من الإطلاق والإرسال ، وفي الموات من الجهة الأولى فقط من حمل المطلق على المقيد . ومن الحق في محله : أن الطبيعة المهملة تتحدد مع المراتب . أعلاها وأسفلها والمتوسطات بينهما . فهي حقيقة في جميع مراتبها ، كما عليه (سلطان العلماء)^(١) فالمراد من الأحق في المباحث 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 أيضا من اللفظ ، وأما خصوصية المرتبة النازلة فهي مستفادة من دليل المفید ، فلا يلزم هناك استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد ، بل لا يلزم ذلك حتى على القول باستفادة الإطلاق من اللفظ وكون التقييد مجازا ، فإن اللفظ بعد التقييد مجاز في الباقي ، لا أنه مستعمل في أكثر من معنى .

(١) وهو السيد الحسين بن الميرزا رفيع الدين محمد بن محمود الحسيني الأصفهاني العام المحقق الشهير بـ (سلطان العلماء) لتفويض الشاه عباس الماضي الصفوي أمر الوزارة والصادرة إليه فكان خليفة السلطان وصهره على ابنته ، له تأليف وتعاليق قيمة على الروضة والعلم والزبدة وغيرها في منتهى التحقيق والتدقيق توفى في أيام الشاه عباس الثاني في مازندران ونقل جثمانه الطاهر إلى النجف الأشرف سنة ١٠٦٤ هـ .

وأما السبق إلى الأوقاف العامة فهو موجب للأحقية في التصرفات المخالفة لجعل الوقف أو الغير المنافية له. وأما المنافيات له فغير موجب لها لعدم قابلية دخولها في الملك وعدم توسيع ما ينافي الوقف من التصرف فان الوقوف على حسب ما يقفها أهلها ، فهو أيضا خارج بالدليل الخاص عن اقتضاء السبق للأحقية في جميع التصرفات المنافية للوقف.

فتلخص مما ذكرنا : أن السبق إلى ما لم يسبقه مسلم ما يكون هو وغيره لو لا السبق شرع سواء موجب للأحقية في جميع التصرفات ووجه الانتفاعات في غير الموات والأوقاف العامة من المباحث الملازمة للملكية ولمجرد الأولوية دون الملكية فيما يمعنة دليل الحكم في الأول ، والمفيد في الثاني .

(المقام الثالث)

في مقدار عموم (قاعدة اليد) وبيان جملة من أحكامها. وقام 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 أيضا ، فنقول : القدر المستفاد من أدلة اعتبارها من الأخبار المتقدمة : هو اعتبارها في الأموال ، لعدم عموم فيها يشمل غيرها إلا إطلاق قوله (ع) في ذيل موثقة ابن يعقوب : «ومن استولى على شيء منه فهو له» وهو حسن لو لا تقييد شيء فيه بالضمير المحصور بـ (من)

العائد إلى المتعاقدين. وحيث لا دليل على اعتبارها في غير مورد الأخبار ، فمقتضى الأصل عدمه.

ومنه يظهر الوجه في عدم ثبوت الأعراض باليد ، وان حكيم الإجماع عليه فيما لو تنازع رجلان في زوجية امرأة هي تحت أحدهما ، كان القول قول من هي تحته. فان تم فللاجحاح ولظهور 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 تحتك وهي تحتك أو رضيعتك» بناء على عدم لفرق . في إلغاء ما يخالف اليد . بين مجرد احتماله أو وجود مدع به ، لكن على أحد الاحتمالين المتقددين في تفسير الخبر : من جعل جملة (هو لك) صفة لشيء و (حلال) خبرا ليكون حينئذ دليلا على على اعتبار اليد. وبأن البعض يملك ، واليد أمارة مفيدة للملك ، ملك عين كان أو ملك الانتفاع ، فتأمل ، فضلا عن ثبوت النسب بها ، بل لعل عدمه من المتفق عليه عندهم ، كما يظهر من كلاماتهم في مسألة : ما لو تنازع اثنان على بنوة صبي في يد أحدهما ، حيث حكموا بمساواتهما في الدعوى وأنه من باب التداعي دون المدعى والمدعى عليه. ولو لاه لكان ذو اليد مدعى عليه ومنازعة مدعيا ، نعم في (القواعد) ما يعطي ذلك على إشكال حيث قال : «لو تداعيا صبيا. وهو في يد أحدهما لحق بصاحب اليد خاصة على إشكال»^(١) ويظهر من قوله (الفخر) في شرحه : ان من الأصحاب من يقول بذلك حيث قال : «اليد : إما أن تكون عن التقاط ، أولا ، والأول لا تقدم

(١) راجع ذلك في كتاب القضاء من (قواعد العالمة) الفصل الرابع في النسب.

والثاني : إما أن يتقدم استلحاقي صاحب اليد فيقدم ، أو لا يتقدم ، فهل يقدم؟ قيل : نعم ، لأنها أمارة دالة عليه ، وأنه مدعى عليه وغيره مدع ، وقيل : لا ، لأن اليد لا تأثير لها في النسب ولا في ترجيحه ، والأصح الثاني»^(١) انتهى.

قلت : ولعل التقديم . لو قيل به . فلترجح أحد الإقرارين باليد بعد تساويهما في الإقرار ، لا لتقديم قول ذي اليد من حيث هو ذو اليد على من يدعي عليه.

نعم يلحق الصغير بمن ادعى بنوته إذا كان أباً أو ولو كان أما حيث يمكن اللحوق به ولا منازع له عليه ، الا أن ذلك من ثبوت النسب بالإقرار المتضمن له دعواه بما مع ورود الأخبار المستفيضة به ، مضافا إلى إمكان كونه متدرجًا تحت قاعدة المدعى بلا معارض ، ان قلنا بما ، فلا دخل له بشبوت النسب باليد.

ثم على تقدير اختصاص (قاعدة اليد) بالأموال ، فهل هي تختص بالأعيان منها ، أم تعم المنافع أيضا؟ صرخ بالأول منهمما النراقي في (مستنده) حيث قال . بعد أن ذكر اختصاص أخبار الباب بخصوص الأعيان ما نصه . : «يمكن دعوى اختصاص صدق اليد حقيقة بالأعيان ، فإنما المبادر عرفا من لفظ ما في اليد ، بل الاستيلاء ، وصدقه على المنافع غير معلوم ، بل نقول : إن الكون في اليد والاستيلاء إنما هو في الأشياء الموجودة في الخارج القارة ، وأما الأمور التدريجية الوجود الغير القارة ، كالمนาفع ، فلو سلم صدق اليد والاستيلاء فيها ، فإنما هو فيما تتحقق ومضي ، لا في المنافع

(١) راجع : (إيضاح الفوائد في شرح إشكالات القواعد) لفخر المحققين في نفس الباب.

الآتية التي هي المراد هنا»^(١) انتهى.

وأنت خبير بما فيه . بعد صدق اليد عرفا على المنافع وان قبضها حاصل بقبض العين ، ولذا جاز للمؤجر مطالبة الأجرة من المستأجر مجرد قبضه العين المستأجرة مع أن ما بإزاء 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 منافعه ، ولا كذلك المملوك فان منافعه مضمونة لصدق اليد عليها باليد عليه ، ولا دخل للاستيفاء في صدق اليد على المنفعة بقبض العين حتى يفصل بين المستوفاة منها وغيرها ، أو يفرق فيها بين ما مضى وما يأتي .

نعم ، من استولى على عين يدعى استحقاق منفعتها بالخصوص ، وأنكره مالك العين ، لم يقبل قول المدعي بملك المنفعة بمجرد اليد عليها باليد على العين مع إنكار 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 بمحلدين ضخمين طبعة حجرية. راجع هذه العبارة في المجلد الثاني منه كتاب القضاء والشهادات ، السادس من مواضيع الكلام في اليد ضمن الفصل الخامس في نبذ من أحكام الدعاوى في الأعيان وأول العبارة هكذا : «هل يختص اقتضاء اليد لأصالة الملكية أو الاختصاص بالأعيان ، أم يجري في المنافع أيضاً إلى قوله . إلا أنه يمكن ...». (٢) راجع الرسالة الثالثة من محتويات الجزء الأول من (البلغة).

استحقاقها خاصة متضمنة لدعوى نقلها منه اليه ، فلا تقبل إلا بحجة شرعية فلا تأثير لليد عليها ، كما لا تأثير لليد اللاحقة بعد اعترافه باليد السابقة . حسبما سترى . وإنما يقبل قوله بالاستحقاق حيث لا يعلم إنكار المالك له ، كما يقدم قول المستولي على غيره لو أدعى الاستحقاق أيضاً لاتحاد جهة الاختصاص بهما معاً ، مع كون أحدهما ذا اليد ، فالقول قوله حتى تقوم بينة على خلافه ، فلو كانت العين بيد شخص يدعى استيجارها من المالك ولم يعلم إنكار المالك لدعواه وادعى غيره استحقاق المنفعة أيضاً بإجارة أو غيرها ، كان القول في استحقاق المنفعة قول من هي في يده ، ويطلب المدعى بالبينة .

الآن ذلك يشكل على (النراقي) مع اعترافه به ، بناء على مختاره : من عدم صدق اليد على المنافع واحتياص اعتبرها بالأعيان ، إذ لا بد للمستولي بالفرض على المنفعة ، وما هو ذو يد عليه معترض به لغيره ، فما يدعى من المنفعة لا يدل له عليه ، وماليه يد عليه من العين لا يدعى .

وعليه فيكون من التداعي دون المدعى والمدعى عليه قال في (المستند) : «فلو ادعى أحد استئجار شيء في يد غيره مدعياً بأنه استأجره ، يطلب البينة من المدعى لأصالته الاختصاص بالمستولي فإن جهة الاختصاص بينهما واحدة بخلاف ما لو ادعى المالك عدم الإجارة لأن ملكيته مختصة به والمستأجر يدعى الاختصاص الاستيجاري ، ولا دليل عليه»

(١).

(١) راجع ذلك في المصدر الآتف الذكر من المستند بعنوان : (السابع) ما ذكر من أن الاستيلاء يدل على أصلية الاختصاص للمستولي إنما هو إذا لم يكن هناك مدع ثبت له اختصاص آخر أيضاً ، فلو كان كذلك لا يفيض الاستيلاء شيئاً . إلى قوله . : فلو أن .

ومثله في (عوائده) فراجع ^(١).

(الثاني)

هل يختص اعتبار اليد وكونها إمارة بالنسبة إلى غير صاحبها أو يعم حتى بالنسبة إليه أيضاً لو شك في كون ما في يده له ، قوله : أقواهمما الثاني . لا لما قيل : من الاستدلال عليه - أولاً . بخبر مساعدة المتقدم ، بناء على كونه دليلاً على اعتبار اليد دون البراءة بجعل (هو لك) فيه صفة (لشيء) ومورده بقرينة الأمثلة فيه : كون ذي اليد محتملاً لخلاف ما تقتضيه يده من الملكية أو الاختصاص وشاكا فيه : الأمر فيه بإلغاء ذلك الاحتمال وعدم ترتيب الأثر على شكه . وثانياً . بعموم قوله في ذيل موثقة يونس بن يعقوب (ومن استولى على شيء منه فهو له) الشامل بإطلاقه لما كان المستولي شاكا أيضاً . لأن الأول . مع قوة الاحتمال كونه دليلاً على البراءة بجعل (حلال) خبراً للضمير المنفصل كما تقدم فيكون دليلاً للبراءة دون قاعدة اليد . : أن الشك فيه . لو سلم . إنما هو للشك في تملك من انتقل منه إليه المعلوم اعتبار اليد فيه ، مع أن بعض أمثلته لا دخل لليد فيه ، كالزوجة المحتمل كونها (رضي عنك) فإن الموجب لإلغاء الاحتمال ذلك فيه إنما هو مخالفته للأصل دون قاعدة اليد .
وأما الثاني ، فظهور 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 يحكم بالاشتراك

(١) عوائد الأيام في بيان قواعد الأحكام . نفس العبارة ذكرها في أخرىات القاعدة في بيان أن مقتضى اليد الملكية .

وأين ذلك من كون المستولي بنفسه شاكا في ملكه لما في يده.

بل لصحيحه جحيل بن صالح عن الصادق عليه السلام : «رجل وجد في بيته دينار؟

قال : يدخل منزله غيره؟ قلت : نعم كثير ، قال : هذه لقطة ، قلت : فرجل وجد في صندوقه دينارا؟ قال : فيدخل أحد يده في صندوقه غيره أو يضع فيه شيئا؟ قلت : لا ، قال : فهو له»^(١) حيث حكم بأن ما في الصندوق له مع كونه شاكا فيه بالفرض ، وليس إلا لكون اليد معتبرة حتى بالنسبة إلى صاحبها ، ولعموم التعليل في ذيل خبر (حفص) المتقدم «ولو لم يجز ذلك ما قام للمسلمين سوق» بعد فرض كون السوق مثالا ، وان المقصود لزوم احتلال النظام لو لا اعتبار اليد ، والظن النوعي المستفاد من غلبة كون ما في اليد ملكا لصاحبها الشامل الذي اليد أيضا ، 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.

وان نوقيش في الرواية بمنافاة ذيلها . الحاكم بملكية ما في الصندوق لصاحب الدال على اعتبار اليد ولو كان شاكا صاحبها . لصدرها الحاكم بكون ما وجده في دار لقطة إذا دخلها غيره أيضا ، الدال على عدم اعتبار اليد مع كون صاحبها شاكا ، إذ المفروض أن الدار وما فيها لم تخرج بدخول الغير عن كونها تحت يد مالكها وكونه ذا يد عليها بما فيها ، الا ان المناقضة ضعيفة ، لمنع الغلبة المفيدة للظن . ولو نوعا . بكون ما وجده في بيته مع دخول الغير فيه كثيرا ملكا له فإذا كان مما يمكن سقوطه من الداخلين فيه كالدينار ونحوه ، ضرورة أن ملك البيت من حيث هو ليس سببا لتملك ما فيه ، وهذا بخلاف ما يوجد فيه من الأمتعة

(١) الوسائل ، كتاب اللقطة ، باب ٣ من أبوابها ، حديث (١).

وغيرها مما يبعد وضعه فيه من الداخلين أو سقوطه منهم ، فهو له وان شك فيه لغلبة عدم تذكر المالك مفصلا لما يملكه مما هو موجود في بيته أو دكاته ونحوهما.

وان أبيت عن ذلك ، فنقول : ان مقتضى اليد اعتبارها مطلقا في كل ما يوجد في ملكه من إفادة لها الملكية له ، خرج من ذلك مورد النص فيبقىباقي داخلا في العموم ، وكونه من التخصص لا من التخصيص قد عرفت ما فيه.

نعم قد يقال : ان الصحيحه تعارضها موثقة إسحاق بن عمار : «عن رجل نزل في بعض بيوت مكة فوجد فيها نحوا من سبعين درهما 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 أيضا . أولا . مع تصرّحه . ثانيا : بالتصدق مع عدم المعرفة الشامل إطلاقه للشك أيضا . كما عرفت مع أن الأمر بالسؤال لا يكاد يتوجه مع كون أهل المنزل ذوي أيد على المنزل وما فيه ظاهرا أو باطننا : بل اللازم دفعه إليهم من دون سؤال منهم ، فإن أنكروه تصدق به .

الا انما منزلة . لكون المال فيه مدفونا بالفرض على الكنز الذي لو وجده في الخربة كان لواجده ، وفي العمار عرّف به أهله أولا ، وليس للعمارة من حيث هي مدخلية الا من حيث احتمال كونه لأهلهما

(١) المصدر الآنف الذكر باب ٥ من أبواب اللقطة ، حديث (٣) بسنده هكذا : «عن إسحاق بن عمار قال : سألت أبا إبراهيم (ع) عن رجل ...».

المفقود في الخربة.

هذا وما أبعد ما بين القول بعدم اعتبار اليد في حق صاحبها لو كان شاكا ، وبين القول بكونه ملكه ، وان علم عدمه ، وأنه مما إعطاء الله ورثة ساقه اليه . كما عليه جدنا في الرياض . لإطلاق الصحيحه المتقدمة في الصندوق» بناء على شموله لما لو كان عالما بالعدم المعلوم انصرافه إلى غيره» ^(١) .

هذا ، وهل يشترط في اعتبارها انضمام كونه مدعيا له ، أم يكفي فيه عدم نفيه عن نفسه فيحكم به له ، وان كان ساكتا عن دعوه ذلك؟ وجهان : والأقوى هو الثاني ، لعموم صدر خبر حفص . المتقدم . «رأيت إذا رأيت شيئا في يد رجل؟ أجوز لي أنأشهد أنه له؟ قال : نعم» الناشي من ترك الاستفصال عن دعوه الملكية وعدمها ، وذيل موثقة ابن يعقوب : «ومن استولى على شيء منه فهو له» والإجماع محكي عليه أيضا ، بل لعله من الضروريات المسلمة عندهم ، ولذا لم يشك أحد في ملكية ما في يد الغائب له ، وما في يد الميت كذلك ، فينتقل منه إلى وارثه ما لم يعلم خلافه ، وفي حواز الانتفاع بما في يد أحد مع اذنه من غير إحراز منه لدعوه ملكيته ، وليس إلا لكتابه اليد للحكم بالملكية وان لم ينضم إليها دعواها.

(الثالث)

لا فرق في إفادة اليد الملك بين اليد العادلة وغيرها فيما لم تكن

(١) راجع ذلك منه في كتاب اللقطة ، الثانية من المسائل الثلاث ما وجده في داره أو في صندوقه المختصين بالتصرف فيما فهو له ..

عادية بالنسبة إليه ، كسرج الفرس وثياب العبد المغضوبين إذا ادعاهما الغاصب ، لعدم معلومية الغصب فيهما ، فيقدم قوله ، لأنه ذو يد عليهما ، وطلب المالك بالبينة ان ادعاه . ويحتمل . قويا . الفرق بين العبد والدابة ، ففي العبد ما لم يصدق مولاه ، والا فيقدم قول المالك ، لأن العبد ذو يد على ثيابه ، وهو وما في يده مولاه ، بخلاف الدابة بالنسبة إلى ما عليها من السرج واللحام.

(الرابع)

لو اشترك اثنان أو أكثر فيما يصدق به اليد عرفا ، فهل الثابت به يد واحدة لمن فلا يد لكل واحد منهم أو يثبت به يد لكل واحد منهم فتعدد الأيدي حينئذ ، وعليه فهل تختص اليد بالبعض نصفا أو ثلثا 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 متعلقهما وعلى الثاني كان من تعارض اليدين لاتحاد المتعلق فيهما . وتظهر الثمرة بينهما فيما لو غصب العين اثنان دفعه ، فتلفت عندهما رجع المالك عليهمما معا بالمناصفة أو بالثلثة بحسب تعدد الشركاء ، على الأول ، وله الرجوع على من شاء منهما أو عليهمما بالتوزيع على التساوي أو على التفاضل ، على حد حكم تعاقب الأيدي ، على الثاني أقوال :

أما الأول ، فلا إشكال في بطلانه لتعدد اليد بعد فرض تحقق ما يوجب صدقها بالنسبة إلى كل واحد منهمما من الاستيلاء بحيث لو كان منفردا لكان مستقلا به .
نعم لو كان تتحققه موقوفا على الانضمام بحيث لولاه لم يحصل

استياءً أصلًا لم تتحقق إلا يد واحدة لهما ، وان كان الحكم فيها وفي الصور الآتية التنصيف أو التشليث . مثلا بحسب تعدد الشركاء.

وبالجملة : ليست اليد آية عن صدق التعدد بعد فرض وجود ما به يتحقق الصدق.

وعلى الثاني ، فذهب إلى الأول منهم بعض ، ولعله الأكثـر ، فاليد إنما هي عندهم ثابتة على البعض المختلف قدره بحسب تعدد الشركاء ، فلا يـد له على ما زاد عليه وكانت الـيد لصاحبـه فيه ، فيكون كلـاً منـهما أو منـهم بالنسبة إلى ما في يـد صاحبـه مـدعـيا ، وبالـنسبة إلى ما في يـده مـدعـى عـلـيه.

والأقوى عندي : هو الأخير ، كما يظهر من شيخنا في (الجواهر) فتكون لكل واحد منهمـا أو منـهم يـد على الكل ، لعدم تـعقل الـيد على البعض المشـاع بعد اـمـتنـاع فـرض تـعقلـه إلا بـتعلـق الـيد بـجـمـيع العـيـن ولـذـا لم يـتحقـق قـبـض البعض المشـاع إـلـا في ضـمـن قـبـضـ الجميع ، وـلـيس إلا لـعدـم تـقلـل قـبـضـه مشـاعـاً بـقـبـضـ البعضـ المـعـين ، فالـيد ثـابـتـة علىـ الكلـ ، لكنـ لا بـنـحـوـ الـاسـتـقـلالـ ، فـالـمـنـفـيـ فيـ المـقـامـ اـنـماـ هوـ الـاسـتـقـالـلـيـةـ دونـ أـصـلـ الـاسـتـيـاءـ وـالـيدـ فـحـيـشـذـ يكونـ كـلـ منـ ذـوـيـ الـأـيـديـ علىـ العـيـنـ مـدـعـيـ للـجـمـيعـ وـمـدـعـىـ عـلـيـهـ بـالـنـسـبـةـ إـلـيـهاـ كـذـلـكـ.

نعمـ رـيمـاـ يـدـ فيـ المـقـامـ إـشـكـالـ عـلـىـ كـلـ مـنـ القـوـلـينـ الـأـخـيـرـينـ ، وـهـوـ أـنـ الـيدـ ثـابـتـةـ لـكـلـ منـهـماـ : اـنـ كـانـتـ عـلـىـ الـبـعـضـ أـشـكـلـ تـعـقـلـهـ مـعـ تـساـوـيـ أـجزـاءـ الـعـيـنـ بـالـنـسـبـةـ إـلـىـ تـعـقـلـ الـيدـ بـهـاـ . كـماـ عـرـفـتـ . وـانـ كـانـ عـلـىـ الكلـ أـشـكـلـ الـحـكـمـ بـمـلـكـيـةـ الـبـعـضـ مـنـ النـصـفـ أوـ الـثـلـثـ . كـماـ عـلـيـهـ الـفـتـوـيـ . بـعـدـ فـرـضـ ثـبـوتـ الـيدـ عـلـىـ الـجـمـيعـ ، وـانـ عـورـضـ بـمـثـلـهـ فـيـكـونـ مـنـ تـعـارـضـ السـبـيـنـ الـفـعـلـيـنـ الـمـمـتـنـعـ تـوارـدـهـماـ عـلـىـ مـسـبـبـ وـاحـدـ .

وبالجملة الحكم بالتصيف . مثلا . بينهما حينئذ إنما يكون منشأ النصف . بالتحريك .
دون اقتضاء اليد ، وهو خلاف ما يظهر من فتواهم بذلك .

ودفع الاشكال بما تكشف به حقيقة الحال : هو أن يقال : إن الملكية تابعة لليد في الاستقلالية وعدتها ، لأن الحكم بما إنما هو باقتضاء لليد لها ، ويتصف كل منها بالاستقلالية واللاستقلالية ، ومتضمنا اليد على الكل لا بنحو الاستقلال ملكية الكل كذلك ، فكل منها يملك الكل لا بنحو الاستقلال بحيث لو تم نقصانها من حيث عدم الاستقلال تولد منه كسر . مثلا . من الكسور التسع ^(١) فملكية البعض مستقلة هو عين ملكية الكل لا بنحو الاستقلال ، بل الملكية المنبسطة على الكل لا ضعف فيها في مرتبة الملكية ، وإنما النقصان فيها من جهة الاستقلالية على وجه أو تمت هي من هذه الجهة وصارت ملكية مستقلة كانت مقتصرة على كسر من الكسور أو جزء من الأجزاء بحسب تعدد الشركاء ، فالمقتصرة على البعض هي عين المنبسطة على الكل ، لا فرق إلا في الاستقلالية وعدتها .

ولعله الى ما ذكرنا يرجع كلامهم في إفادتها ملكية النصف ، أي الملكية الاستقلالية ، وبذلك صح اتصاف كل منها بأنه مدع ومدعى عليه لأن كلاً منها يدعي الاستقلالية المستلزمة دعوah لعدم ملكية صاحبه أصلاً لا عدم استقلاليته ، وصاحبها . من حيث كونه ذا يد ولو لا بنحو الاستقلال الظاهر في الملكية . كذلك منكر ، فكل منها مدع للاستقلالية ومنكر لما يدعيه صاحبه عليه من نفي أصل الملكية ، فما به يكون مدعياً غير ما به يكون مدعى عليه ، فلا وجه لالتزام لغوية حكم اليد بالنسبة إليهما ، وان

(١) ويقصد : الاعيادية منها لا العشرية ، وهي المكسورة عن الواحد كالنصف والثلث والربع والخمس والسدس والسبع والثمن والتسع والعشر .

القضاء به لهما بالمناصفة ، لقاعدة المدعى مال لا يد لأحد عليه. كيف والمال تحت يديهما . أولا . واحتياط قاعدة قبول قول من يدعى مالا لا يد لأحد عليه بما لا يكون له منازع . كما سترى . والمفروض كون كل منهما منازعا للآخر . ثانيا . وان البدلين بالنسبة إليهما من توارد السببين على مسبب واحد المعلوم امتناعه ، فيكون اليمين لترجيح أحد السببين على الآخر لا للقضاء به. كيف وإنما الممتنع توارد السببين التأمين على ملكية الكل بنحو الاستقلال لا بنحو الشركة .

وبما ذكرنا يتضح لك موقع التأمل في كلام شيخنا في (الجواهر) في اشتراط القضاء لهما باليدين وعدمه حيث قال : «وقد يناقش بعدم اندرجهما في القاعدة المزبورة إذ الفرض أن يد كل منهما على العين لانصفها ضرورة عدم تعقل كونها على الصفة المشاع الا بكونها على العين أجمع في كل منهما ، وحيثئذ فلا مدع ولا مدعى عليه منهما ، ضرورة تساويهما في ذلك ، الا ان الشارع قد جعل القضاء في ذلك بأن العين بينهما كما سمعته من النبوى المرسل ، فالنصف هو القضاء بينهما في الدعوى المزبورة التي كان مقتضى يد كل منهما الكل .

ومنه يظهر لك عدم كون كل منهما مدعيا لنصف الآخر ومدعى عليه في نصفه كي يتوجه التحالف ، بل المتوجه إلغاء حكم يد كل منهما بالنسبة إلى تحقق كونه مدعى عليه ، ويكون كما لو تداعيا عينا لا يد لأحد عليها ولا بينة لكل منهما ، فان القضاء حيئذ بالحكم بكونها بينهما لكون الدعوى كاليد في السبب المزبور المحمول على التنصيف بعد تعذر 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 رفعها عنه ، فقول كل منهما : (هي لي)

دعوى بلا مدعى عليه ، فلا يمتن فيها فتأمل جيدا ، فإنه دقيق نافع» انتهى.

قلت : ان ما ذكرنا أدق ، وبالقبول أحق فظاهر لك : أن توقف القضاء على اليمين إنما هو للميزان ، لا لترجح أحد السببين بها على الآخر ، ولا ينافيه النبوى المرسل : «في رجلين تنازعا في دابة ليس لأحدهما بينة فجعلها النبي . صلّى الله عليه وآلـهـ . بينهما» حيث لم يذكر فيه القضاء باليمين لعدم معلومية كون الدابة في يديهما ، فلعله تنازعا فيها ولا يدلهما عليها وهو واضح.

(الخامس)

كما أن اليد تفيد الملكية وتكون امارة عليها ، كذلك فيما يعتبر في حله التذكية ، إن كانت اليد مسلمة تفيد كونه مذكى . إجماعا بقسميه . وللمعتبرة المستفيضة فيها وفي سوق المسلمين وأرضهم وهل هي إن كانت للكافر إمارة على الميتية أو لا تكون أمارة أصلا ، وإنما الحكم بكونه ميتة لأصالة عدم التذكية السالمه عما يحكم عليها من الأمارة الدالة على التذكية؟ قولان : ذهب إلى الأول منها شيخنا في (الجواهر) ^(١) تبعا لأستاذه (كافش الغطاء) والأقوى : الثاني ، لعدم ما يدل على كون يد الكافر إمارة على الميتية إلا ما عسى أن يتورهم استفادته . كما في الجواهر . من خبر إسحاق 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 طاهرا ...» : «أما ما كان مطروحا ولا أثر استعمال عليه أو كان في يد كافر لم يعلم سبق يد مسلم عليه أو أرضهم وسوقهم وبلادهم فهو ميتة لا يجوز استعماله».

لا بأس بالصلحة في الفراء اليماني وفيما صنع في أرض الإسلام ، قلت : فان كان فيها غير أهل الإسلام؟ قال : إذا كان الغالب عليها المسلمين فلا بأس»^(١) الدال بمفهومه على ثبوت البأس مع عدم الغلبة في المجهول فضلاً عما علم كفره وخبر إسماعيل بن عيسى : «سألت أبي الحسن . عليه السلام . عن جلود الفراء يشتريها الرجل في سوق من أسواق الجبل : أيسأل عن ذكاته إذا كان البائع مسلماً غير عارف؟ قال : عليكم أنتم أن تسألوها عنه إذا رأيتم المشركين بيعون ذلك»^(٢) بناء على أن الأمر بالسؤال من جهة الميتية ومن تقديمهم يد الكافر على أرض المسلمين وسوقهم في الحكم تكون المأخوذ منه ميتة ، إذ لو لم تكن يد الكافر إمارة لم يكن مجرى للأصل المحكوم لامارة السوق ، وليس الا لكون اليد امارة ، فتكون من تعارض الأمارتين ، وأقوائية إمارة اليد من السوق .

وفي الكل نظر : أما خبر إسحاق ، فلكفاية الأصل الموجب للاجتناب في ثبوت البأس. وأما خبر إسماعيل فظهور الإلزام بالسؤال في عدم أمارية يد الكافر ، وإلا لوجب الاجتناب عنه ، دون الفحص (ودعوى) استفادتها من المقابلة ليد المسلم المستفاد منها حكم الوضع من الأمارية دون صرف التكليف ، فليكن كذلك في يد الكافر بقرينة المقابلة ولو بمعونة فهم العرف منها (فدفعها) : أنه يكفي في التقابل عدم ما هو ثابت في يد المسلم من الأمارية ، سيما في المفهوم الذي ليس المستفاد منه الا سلب ما هو ثابت بالمنطوق .

(١) الوسائل ، كتاب الطهارة ، باب ٥٠ من أبواب النجاسات حديث (٥).

(٢) المصدر نفسه ، حديث (٧) ، وتكرملته : «إذا رأيتم يصلون فيه فلا تسألو عنده».

وأما تقديم يد الكافر على سوق المسلمين ، فإنما هو لقصور السوق عن كونه إمارة فيما كان في يد الكافر فعلا ، المعلوم كفره ، وإنما هو إمارة بالنسبة إلى مجھول الحال ، إلهاقا للمشكوك بالغالب ، فالتقدیم فيه ليس إلا للأصل السالم عما يحكم عليه من أدلة السوق الدالة على حكم مجھول الحال دون معلوم الكفر. وبما ذكرنا . ظهر لك . أن يد الكافر ليست إمارة على الميتبة حتى تعارض يد المسلم التي هي إمارة على التذکية تعارض الأمارتین الموجب للترجیح بينهما ، بل هو من باب تقابل الإماراة وعدم الإماراة ، لا إماراة العدم حتى يلتزم الترجیح.

وحيث اتضح لك ما ذكرنا ، ظهر أنه لا شك على المختار في الحكم بتذکية الذیحة المشتركة بين المسلم والكافر الموجودة في يديهما معا ، لقيام الإماراة عليها من يد المسلم ، سيما على المختار : من كون اليد على الكل وإن كان لا بنحو الاستقلال الحاکمة على أصالة عدم التذکية ، وإن كانت في يد الكافر أيضا ، لما عرفت من عدم كون يده إماراة على العدم ، فهي بحكم العدم في قبال يد المسلم ، فلم يبق إلا الأصل المحکوم لها. ولعله كذلك أيضا ، على القول الآخر ، وإن كان حينئذ من تعارض الأمارتین لأقوائیة يد المسلم في الإماراة باعتضادها بأصالة صحة فعله ، وليس الأصل في فعل الكافر الفساد حتى يكون معاضدا ليده ، وأصالة عدم التذکية ليست في مرتبة الإماراة حتى تصلح للاعتضاد بها^(١). وهذا هو الوجه

(١) ولا يخفى أن ذلك ينتقض بأصالة الصحة التي جعلها سيدنا المصطف عاضدة لأمارۃ يد المسلم ، فهي أيضا ليست في مرتبتها كي تعوضها. وعليه فالمراجع . بعد تساقط الأمارتین بالمعارضة . أصالة عدم التذکية ، وذلك لحكومتها على أصالة الصحة ، لأنما أصل موضوعي وتلك أصل حکمي ، فتأمل جيدا.

في ترجيح يد المسلم على يد الكافر ، لو قلنا بكونها إمارة أيضا ، لا ما ذكره شيخنا في (الجواهر) زيادة عليه من أقوائية ما دل من الأخبار على اعتبار يد المسلم بالتعدد ، لأن أكثرية العدد لا تصلح للترجح بعد حجية ما دل على اعتبار يد الكافر ، وأنها امارة وهو واضح. بل وكذا على المختار . لو وجد في السوقين أو الأرضين للمسلمين والكافار مع علم التاريخ وجهمه لانقطاع الأصل بتحقق الامارة القاطعة له.

نعم يشكل على القول الآخر لو كان السابق من اليدين أو السوقين ما هو إمارة على الميتية^(١) لعدم المانع عن الحكم بها بعد فرض انفرادها عما يعارضها من الامارة ، فلا يجدي لحق إمارة التذكير بعد عدم تعقل لحق التذكير فعلا بعد الموت ، ضرورة كون الأمارة كاشفة عن تحقق الموضوع الذي هو مؤداها في الواقع ، وان كان كشفا ظليا ، الا أن الشارع اعتبرها في مرحلة الكاشفية ، وليس الامارة كالأصل الذي لا يترب عليه الا الأحكام المعمولة للشارع حتى يمكن التفكير فيها بحسب اقتضاء الأصول لها.

اللهم الا أن يقال : ان الميتة حيث لا ينتفع بها المسلم بوجوه الانتفاعات أصلا لحرمتها وبخاستها ، لم يكن بد من كون ما في يده مذكى . ولا كذلك

(١) قد يقال بعدم ورود الإشكال ضرورة أنه بناء على كون الأمارة كاشفة ، فمعناه كشفها عن الواقع وترتيب الآثار من أول الأمر . كما هو مختار سيدنا المصنف قدس سره فيما يأتي . فلا بد من المعارضة مطلقا حتى في صورة سبق إحدى الأمارتين على الأخرى ، إن مقتضى كل منهما ترتيب آثار الواقع من ذي قبل ، وذلك تناقض ظاهر . نعم يتم الاشكال بناء على الوجه الآخر من وجهي الامارة وهو ترتيب الآثار من حين تتحققها لا من ذي قبل فتأمل .

الكافر ، فإن عدم تذكيره عنده لعدم حاجته إليها لا حاجته إلى عدمها^(١) فغلبة عدم التذكير عند الكافر لعدم مسيس الحاجة إليها ، وغلبة التذكير في يد المسلمين وسوقهم لمسيس الحاجة إليها لتوقف وجوه الانتفاعات به على التذكير ، فحيث وجد في يد المسلم ، فلا بد من وقوفه على تذكيره وإن سبقتها يد الكافر. واليه يرجع ما تقدم من أصالة الصحة في فعل المسلم ، وعدم أصالة الفساد في فعل غيره ومنه يعلم الوجه في تقديم اليد الحكيمية للMuslim على اليد الفعلية للكافر فضلاً عن سوقهم وأراضيهم ، وظهر لك أيضاً حكم الذبيحة المشتركة بين المسلم والكافر الموجودة في يديهما فعلاً بعد الحكم بتذكيرها أو تقطعت وإنفرد بقطعة منها بعد العلم بكيفيتها ، فإن القطعة المبادنة منها مذكاة. وإن كانت في يد الكافر هذا وحيث حكم على الجلد ونحوه بعد التذكير الراجع إلى الميتية للأصل واستعمل ، ثم قامت إحدى إمارات التذكير من يد المسلم أو غيرها فهل هو على نحو الكشف أو من حين قيام الامارة ، فيحكم بنجاسة ما لاقاه قبل ذلك؟ وجهان : الأقوى : الأول ، وإن اختار ثانيةما شيخنا في (الجواهر) حيث قال : «وعلى كل حال فحيث حكم بالتزكية لحصول إمارتها الشرعية بعد الحكم بالميتية للأصل أو اليد أو بالعكس ، فهل هو على الكشف بمعنى جريان حكم المذكى عليه مثلاً فيما مضى من الأفعال وال مباشرة لو كانت ، أولاً ، بل من حين تحقق الامارة؟ وجهان : أوفقهما بالأصل والاحتياط الثاني ، ولا ينافي عدم تصور التذكير له الآن ، ضرورة

(١) قد يستلزم ذلك إخراج يد الكافر عن الأمارية . وهو خلاف الفرض . ومع التسليم بذلك جار فيهما حتى لو كانتا في عرض واحد ، ولا خصوصية لحالة سبق إحديهما الأخرى كما لا يخفى .

كون المراد جريان الأحكام لا التذكية حقيقة ، وربما يؤيده . في الجملة . ما قيل من وجوب الوضوء للعصر . مثلا . على من شك فيه بعد الفراغ من الظهر ، وان حكم بصحة الظهر بناء على أن الدليل فيها صحة فعل المسلم ، فهي حيئذ وان ثبتت في الظهر ، لكن لا يثبت بها كونه متوضعا حقيقة ، فتأمل جيدا»^(١) انتهى.

وفيه : أن ما ذكره إنما يتم على تقدير أن يكون اعتبار اليد من باب التبعد وكونه من الأصول التعبدية ، لا من باب الأمارة التي معناها الكشف عن الواقع . وثبتت مؤداتها في الواقع وان كان في مرحلة الظاهر ، لكون الكشف ظنيا لا علميا . كما عرفت . والتأييد بما ذكره من وجوب الوضوء للعصر تأييد بما لا يكون مؤيدا ، لأن صحة الظهر إنما هي لأصالته الصحة أو لقاعدة الشك بعد الفراغ التي هي من الأصول التعبدية التي يمكن التفكيك في أحكامها . وأين ذلك من اليد التي هي من الأمارة التي قد عرفت معناها ، وقد اعترف هو بها . وبالجملة حيث قامت إمارة على التذكية كشفت عن تتحققها من حين إزهاق الروح ، فترت عليه أحكامها من حينه ، لا من حينها ، والله العالم .

(السادس)

يشترط في إفادة اليد الملك عدم العلم بحدوثها بعنوان آخر ، ولو علم بكونها في يده بنحو العدوان أو الأمانة ، ثم شك في ملكيتها . وهي في يده في الزمان اللاحق . لم تكن اليد مقيدة 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 ما لا شك فيه ولا شبهة تعترى به

(السابع)

يقبل قول ذي اليد مطلقا ، وان كانت عادلة في جملة مما يتعلق بما في يده كالطهارة والنحافة ، فلو أخبر بطهارة ما كان متৎجاً أو بالعكس قبل قوله ، للإجماع المحكى فيه ، وفي قبول تصديقه لأحد المتنازعين لو تنازعوا على عين في يده فصدق أحدهما فيكون المصدق بحكم ذي اليد في كونه مدعى عليه وصاحب مدع وعليه البينة ، وهو من المسلم عندهم من حيث الفتوى ، الا أن الكلام في دليله ، مع قطع النظر عن الإجماع عليه إذ غاية لزوم تصديقه بالإقرار نفوذه في نفيه عن نفسه ، لا كونه للمصدق فيكون حينئذ من المتنازع على شيء لا يد لأحد عليه بعد أن كان يده بالإقرار كلا يد . وللعلم المستند : هو قاعدة «من ملك شيئاً ملوك الإقرار به»^(١) وهي قاعدة مسلمة عندهم . على ما يظهر من فتاواهم

المتفرعة

(١) أنها قاعدة فقهية مسلمة لدى عامة الفقهاء ، يطبقونها على مواردها المتفرقة في أبواب الفقه . وللتعرف عليها بالتجاز يستدعي الكلام عن جهات :

الأولى . الفرق بين هذه القاعدة وقاعدة (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) هو عموم مفاد هذه وخصوص مفاد تلك ، فتلك مقتصرة على صورة ما إذا كان الإقرار على النفس لا لها ، وهذه تعمّ الصورتين .

الثانية . مدرك القاعدة : الملازمة العقلية بين السلطة على ثبوت الشيء واقعا وبين السلطة على إثباته خارجا . كما قيل (أولا) أو التسالم

في أبواب الفقه المعللة بها في كلماتهم . وان ذكر بعض لها وجوها ومؤيدات لعلها لا تخلو من مناقشة .

منها ما ذكره المدقق التستري الشيخ أسد الله . قده . في رسالته المعمولة لهذه (القاعدة) ما لفظه : «وما يؤيده مطلقاً في التصرفات القولية أن المقر حيث كان قادرًا على إنشاء المقر به عند ما أقر به ، فتكليفه مع فقد البينة عليه بفعله لإثباته مع ان المرجع إليه في قصد مدلوه وكونه لاغياً ظاهراً في نظره ، بل ممتنعاً لكونه تحصيلاً للحاصل في الطلاق ونحوه حال من حكمة يعتد بها ، فينبغي عدم اعتبار الشارع مثله ، فإذا ثبت ذلك بحسب الأصل اطرد فيها إذا عرض ما يمنع من الإنشاء كموت الزوج ونحوه ، فليتأمل في ذلك» انتهى .
وفيه : ان خلو التكليف بفعله لإثباته للغويته عنده أو لامتناعه لكونه من تحصيل الحاصل عن الحكمة ، مبني على تصديقه فيما أقرّ به وتحققه في الواقع ، وهو أول الكلام ، فتكون فائدة التكليف بفعله الحكم بنفوذه

المطبق والإجماع المستفيض . (ثانياً) حتى أنها اعتبرت عند الفقهاء من الضروريات الأولية واعتبروها . في مقام الاستدلال . كالأدلة اللغوية .

الثالثة مفاد القاعدة . بجزئها الشرطي والجزائي . : أن المالك للشيء . عيناً كان أم فعلاً . واقعاً ، مالك للإقرار به ظاهراً ، بلا فرق في السلطة بين ما لو كانت أولاً وبالذات كمالك الأصلي أم حصلت ثانياً وبالعرض ، كالوكيل والولي ونحوهما ،

الرابعة . الظاهر شرطية كون المقر مالكاً للشيء فعلاً في زمان الإقرار لتطبيق القاعدة ، فلا تكفي مالكيته لذلك في زمان وقوع الفعل منه سابقاً ، ويترتب على ذلك عدم نفوذ إقرار الوكيل أو الولي . مثلاً . بعد انتهاء دور الوكالة أو الولاية . والتخصيص لا يسعه المجال .

على غيره في مرحلة الظاهر ، فجهل الغير بالواقع في النفوذ عليه حكم جهل نفسه به مع الشك فيه في الاحتياط بفعله ثانيا ، وان احتمل وقوعه منه . أولا . فتكون فائدةه قطع الشك باليقين في النفوذ على غيره ، فالأنحسن أن يؤيد بخلو العدول عن الإنشاء مع القدرة عليه إلى الإقرار به كاذبا عن الفائدة الموجبة لذلك مع فرض تمكنه فعلا مما يحصل به الغرض من الإنشاء المفروض قدرته عليه حين الإقرار به ، ضرورة أن الإقرار بخلاف الواقع لا بد وأن يكون لداع قوي مفقود فيما يتمكن من إنشائه . ولا كذلك فيما كان موافقا للواقع لكافية موافقته له في العدول عن الإنشاء إلى الإقرار به ، فلذا اعتبر تصديق إقراره في ثبوت المقر به شرعا.

وقال أيضا . بعد كلامه المتقدم . : «وأما أدلة الإقرار فهي شاملة للإقرار بالتصرفات العقدية والإيقاعية وما أشبهاها قطعا ، من حيث أنها تقتضي إلزامه بما لولاهما لما ألزم به أو إسقاط ما لولاهما لكن ثابتا له ، ولا ريب أنه ليس معنى (إقرار العلاء على أنفسهم جائز) كونه نافذا بالنسبة إليهم خاصة على أن يكون قوله «على أنفسهم» متعلقا بجائز ، وقدم عليه لإفاده الحصر بعد الإقرار ، وذلك لما هو الظاهر من اللفظ والثابت في الحكم ، فان 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 الإقرار المذكور ويسقط به عن ذلك المال حق كل من له حق مالي على ذلك المقر كواجب النفقة والغريم . وإذا أقر من عنده جارية بأنه غصبتها من فلان نفذ ذلك في حقه وحق الجارية ، وبالولد له منها كما نص عليه في الأخبار . وإذا أقر المولى بعقد عبده حكم بحربيه ونفذ ذلك في حقهما وفي كل ما يترب على حربيته من إرث ووصية وغيرها . وإذا أقر الأب بنكاح الصغير نفذ ذلك

في حق الجد كعكسه. وإذا أقر الصبي بالوصية في المعروف نفذ في حق وليه في حياته ووارثه بعد موته. وإذا أقر ذو الحق بوصول حقه إليه نفذ في حقه ، وفي حق من عليه الحق فيسقط عنه التكليف بالوفاء وان كان غير عالم به ما لم يكن عالماً بعده ، وربما لا يجوز له الوفاء حينئذ ، كما إذا كان مصادماً لحق واجب عليه. وإذا أقر أحد بحق عليه لغيره نفذ ذلك بالنسبة إليهما ، وان جهله ذلك الغير ما لم يعلم خلافه ووجب عليه أحده إدا توقف عليه حق لازم له عليه ، وهكذا حكم سائر الأقارب ، فلا ينبغي أن يحمل الخبر على المعنى المزبور. نعم يمكن أن يحمل على أن المراد ان إقرارهم على أنفسهم من حيث أنه إقرار جائز على أنفسهم ، من غير تعرض لما عداهم نفياً ولا إثباتاً فيثبت الحكم في غير المقر نفياً أو إثباتاً بدليل آخر ، فلا يدل حينئذ على المدعى ولا ينفيه الا ان فيه تقليل فائدة الخبر ، وتقييد إطلاقه بلا ضرورة إليه ، فالأولى أن يحمل على أن إقرارهم على أنفسهم فيما يتعلق بهم نافذ مطلقاً ، فالنسبة إليهم أصلحة وبالنسبة إلى غيرهم فيما يترب عليه تبعاً ، وعلى هذا بناء الأقارب ، فالتصريف المقر به ان كان مما يشارك المقر فيه غيره كعقد النكاح . مثلاً . لم ينفذ إلا في حقه خاصة ، وان كان مما يختص به نفذ بالنسبة إليه أولاً وبالذات ، وبالنسبة إلى غيره ثانياً وبالتالي . وعلى هذا فحكم التصرف بقسميه حكم العين التي عليها يد المقر مع غيره ، وما عليها يده خاصة . ولما كان كل من إبقاء النكاح وإزالته مع توابعه بالطلاق حقاً مختصاً بالزوج له الولاية عليه لا غير ، فإقراره حينئذ بالطلاق إقرار في حق نفسه ، وإخراج لأمره من يده ، فإذا سمع كان ثابتاً مطلقاً ولا معنى للتفرقة المذكورة أصلاً وكذلك الكلام في نظائر الطلاق كـ«إقرار الأب بنكاح الصغير ونحوه» انتهى.

وهو كلام حسن جدير بأن يكتب بالنور على وجنات الحور ، الا أنه مبني على كون الإقرار كالبينة في كونه إمارة ناظرة إلى الواقع ، لا أنه من قبيل الأصول التعبدية في وجوب الأخذ بمؤداته والإلزام بما أقر به حتى يمكن التفكك في أحکامها ، واستفاداة أحد الأمرين : من كونه أصلاً أو إمارة مبني على كون الجار متعلقاً بالإقرار ، أو بجائز ، قدم عليه لِفَادَة المحصر ، فيكون الأول مفاد الشانى . والثانى مفاد الأول ، الا أن التعلق بالإقرار يضعفه لزوم كون القيد حينئذ توضيحاً ، لأن مفهوم الإقرار لا يتحقق الا حيث يكون على النفس فتأمل .

(الثامن)

لو أقر بما في يده أزيد ثم أقر به لعمرو بالإضراب ، كما لو قال : هو لزيد بل لعمرو ، قضى به للأول بإقراره وغنم بدله للثاني بالحيلولة فهو كالمت祑 عليه ، لأنه حال بإقراره النافذ عليه للأول بين الثاني وحقه باعترافه ، بلا خلاف منه معتد به ، بل عن (الإيضاح) : إن ذلك من قواعدهم الظاهر في الإجماع عليه .

وان حکی عن ابن الجینید : الرجوع إليه في مراده ان كان حیا وإلا فهو مال متداع بينهما فان التفت البینة حلفا واقتسمها ونفى عنه بعد في الدروس قائلاً بعد حکایته عنه : «وليس ذلك بعيد لأنه نسب الإقرار إليهما في كلام متصل ، ورجوعه عن الأول إلى الثاني محتمل لكونه عن تحقق وتخمين فالمعلوم انحصر الحق فيهما ، أما تخصيص أحدهما فلا» انتهى .

إلا انه من الضعف بمكان ، لأن اتصال الكلام مع احتمال الخطأ والتخمين لا ينافي التعبد بإقراره في النفوذ عليه لإطلاق دليله ، ولغوية

احتمال الخطأ والنسيان في مقابل الإقرار.

كضعف ما احتمله في (المسالك) ولعله من العامة . كما في الجواهر . : من القضاء به للأول وعدم العزم للثاني ، لأنه إقرار بما تعلق به حق الغير قبله ، مع أنه : إن تم كان مقتضاه عدم الدفع له لو فرض انتقاله إليه من الأول ، مع أن وجوب الدفع إليه حينئذ كاد أن يكون من المتفق عليه .

ومثله ما لو أضرب عن الثاني إلى الثالث أيضاً في دفع العين للأول والغرامة لكل واحد من الآخرين بتمام البدل .

نعم لو عطف الثالث على الثاني من دون إضراب عنه بأن قال : هو لزيد بل لعمرو وبكر ، غرم بدلاً واحداً لهما بالمناصفة بينهما ، ولو قال : هو لزيد وعمرو ، بل لبكر دفع العين إلى الأولين وغرم تمام البدل لبكر ، ولو قال : بل ولبكر بالعطف ، غرم الثالث ، واحتمال النصف عملاً بالإضراب والعطف الموجب للتshireek مع أحدهما . كما في الجواهر . ضعيف .

وكذا مثله في الحكم ما لو قال : غصبه من فلان ، بل من فلان في الدفع للأول والغرامة للثاني ، لما تقدم من الإقرار والخيلولة ، بعد أن كان الإقرار بالغصب مستلزمًا للإقرار باليد للمغصوب منه الدال على الملك له .

لكن في (القواعد) : الإشكال في ذلك ^(١) . ولعله ينشأ مما ذكرنا ومن أن الغصب يصدق من ذي اليد ، وإن لم يكن مالكا للعين ، كما لو كان بيده بنحو الإجارة أو الإعارة ، فيدفع للأول لسبق الإقرار باليد الظاهرة في الملك وعدم الصارف لها عن الظهور ، بل يصلح أن يكون هو صارفاً عن ظهور الثاني فيه ، فليحمل الغصب في الإقرار الثاني على

(١) راجع ذلك في المطلب الثاني فيما عدا الاستثناء من كتاب الإقرار

ما تنفك اليد فيه عن الملك وعليه فلا غرامة للثاني ببدل العين.

وضعف . كما في الجوادر تبعاً للمسالك . بأن الإقرار بالغصب : اما أن يقتضي الإقرار بالملك على وجه يقتضي الضمان أولاً . فإن اقتضاه فقد أقر للاثنين بذلك فكانت كالسابقة فيضمن للثاني ، وان لم يقتض لم يجب الدفع إلى الأول في هذه الصورة فضلاً عن الغرم للثاني لعدم الإقرار له بما يقتضي الملك لأن الفرض أعمية الغصب من الملك ، (واحتمال) الفرق بعدم المعارض للأول بخلاف الثاني الذي عارضة حق الأول بسبب الإقرار (يدفعه) : أنه مقتض لعدم الغرامة للثاني ، وان صرح بالملكية ^(١) انتهى.

وأنت خبير بوضوح الفرق بين الإقرار بالملك ، والإقرار بالغصب الذي قد عرفت كونه أعم منه ، فيغرم في الأول بخلاف الثاني. هذا والمسألة وان كانت من أحكام الإقرار إلا أنها تعرضنا لها استطراداً لكونها متعلقاً بها في اليد.

(١) راجع ذلك من الجوادر في كتاب الإقرار ، النظر الرابع في اللواحق في المقصد الأول منها ، في شرح قول الحق (وكذا لو قال : غصبتها من فلان بل من فلان) وعلق عليه بقوله : لأن الإقرار بالغصب من الشخص يستلزم الإقرار له باليد الدالة على الملكية. ثم ذكر اشكال القواعد على ذلك . الى قوله : وفيه : ان الإقرار .. إلخ. وفي مسالك الشهيد الثاني في نفس الباب. علق على قول الحق ذلك بتوجيهه «بأن الإقرار بالغصب من الشخص يستلزم الإقرار له باليد . الى قوله في رد ذلك . : «ويضعف بأن الإقرار بالغصب ..» الى آخر ما ذكره في المتن من عبارة الجوادر.

(التاسع)

هل تجوز الشهادة بالملك المطلق بمشاهدة اليد الظاهرة فيه أو لا؟ قولان : والأول مروي ^(١).

وتنقيح المسألة : هو أن اليد : إما أن يكون معها للتصرف المكرر بلا منازع كالمدم والبناء والإجارة ونحو ذلك من التصرفات التي لا تنفك . غالباً عن الملك ، أو لا يكون بل كانت مجرد عنه.

فإن كان الأول فالجواز هو المشهور شهرة عظيمة حتى ادعى الاتفاق عليه ، بل عن (الخلاف) : دعوى الإجماع عليه ، فان تم ، والا ، فلا يخلو من إشكال ظاهراً ، وان استندوا فيه إلى قضاء العادة بأن ذلك لا يكون إلا في الملك وجواز شرائه منه ، وممّا حصل عند المشتري جاز له دعوى الملكية . ولو ادعى عليه فأنكر جاز له الحلف ، وإلى الأولوية من اليد المجردة عنه ، المصح 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 لإمكان وقوعه من غير المالك كالوكيل والولي ونحوهما . وان أريد بما 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 ، أبجوز لي أن أشهد أنه له؟ قال : نعم».

(٢) تعليل للإشكال المذكور بقوله آنفاً : وإنما فلا يخلو من إشكال

وأما الثاني ، فلعدم توقف جواز الشراء على كون البائع مالكا ، بل يكفي فيه صحة بيعه الموافقة للأصل ، فيكون من الأسباب الشرعية الموجبة للملك المسوغ للحلف عليه ، ومنه يظهر الجواب عن الثالث.

وأما الأولوية ، فمممتو حجواز 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 المتأخرین . كما في المسالك والكافية وغيرهما . على الجواز أيضا ، 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 سنته . مخالف لما دل على اعتبار العلم في الشهادة ، ضرورة أن مفاد اليد ليس إلا الظن وان نصبها الشارع طريقا للحكم بالملكية فلا يكفي فيما كان العلم بالواقع معتبرا فيه ، ويرده أيضا ما قاله في (الشرايع) . بعد أن نسب الجواز الى القليل : «وفيه اشكال» عللها 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.

مضافا الى ما قيل على الجواز : من لزوم التعارض بين بينة المدعى

(١) قال في كتاب الشهادات ، الطرف الثاني فيما به يصرير شاهدا ، مسائل ثلاث : الأولى . «لا ريب أن المتصرف بالبناء والمعلم والإجارة 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..».

لو شهدت بالملك له وبيته ذي اليد ، كذلك لو علم استنادها الى اليد لتساويهما في الشهادة على الملك والرجوع في الترجيح حينئذ إلى ترجيح البينة الخارجية أو الداخلية ، مع أن تقدس بينة المدعي في الفرض من المسلم ظاهراً عندهم حتى على القول بتقدس البينة الداخلية للترجح باليد ، لأنه إنما هو حيث لا يعلم الاستناد إليها لا مطلقاً.

وبالجملة : ليس للشاهد أن يشهد إلا على اليد أو التصرف أو هما معاً ضرورة عدم جواز الشهادة على مؤدى الأصول والأمارات كالاستصحاب والبينة ، مع أنها أقوى من اليد ، ولذا تقدم عليها.

وأحيب عن ذلك كله : أما عن ضعف الخبر فبانجباره بالشهرة المستفيضة والإجماع المحكي ، وبعد الخبر يختص به عمومات ما دل على اعتبار العلم في الشهادة ، فيكون المورد مستثنى منها. وأما عن تعليل الشرائع للمنع ، فمع أن مثله جار في التصرف الذي نفي الريب عن الجواز فيه ، فلا وجه لفرق بينهما ، لا يخفى وضوح الفرق بينهما إذ التصرير بالملك تكذيب لدعواه وقوله : التي في يد هذا ، إلى محقق موضوعه ، لأن المدعي من كان قوله مخالفاً للظاهر. وأما عن استلزم الجواز التعارض بين البينتين والرجوع إلى ترجيح الداخلية أو الخارجية ، فلعدم المنافاة بين الجواز وأقوائية بينة المدعي من بينة ذي اليد إذا علم استنادها في الشهادة على الملك إليها ، وتقدس الترجيح بذلك على الترجيع بغيره من المرحفات.

هذا غاية ما ذكر دليلاً للمنع والجواز من الطرفين والنقض والإبرام 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 يجب السلطنة الخاصة أو نفسها : هي أمر إضافي واحتصاص خاص متزع من أسبابه ، وتحقق المعنى المنتزع

يدور مدار تحقق منشأ انتزاعه ، سواء كان المنشأ من الأسباب الواقعية المستحيل التخلص أو الشرعية الممكن في حقه ذلك في الواقع.

وحيث تتحقق الإحاطة بالشيء الحاصلة من الاستيلاء عليه كانت موجبة لاختصاص الحاط بالمحيط وإضافته إليه ومقتضية له ما لم يمنع عنه مانع من الاختصاص بالغير ، ضرورة أن الإحاطة على ما لا اختصاص له بأحد يوجب انتزاع الاختصاص الخاص إليه ، وحيثما شك فيه كان مقتضى الأصل عدمه (وسبق) الملكية للغير من حيث هو سبق ، سيما لو كان مجهولاً مع الشك في بقائهما كما هو الغالب في موارد اليد (لا) ينافي الملكية الثاني ، لعدم اتحادهما في الزمان ، وإنما المنافي هو كونه حين ما هو في اليد مستحقاً للغير ، وهو كما يحتمل ، يحتمل العدم لإمكان الانتقال إليه ولو من المالك الأول ، فيكون الثاني من شئون سلطنة الأول وفي طوله فمراجع الشك حيث إن إلى الشك في كون اليد الفعلية طويلة أو عرضية ، ويكتفي في ترتيب الأثر على اليد الفعلية من انتزاع الإضافة الخاصة منها إلى صاحبها عدم إحراز كونها عرضية للأصل ، وإن لم يثبت به كونها طويلة بعد ثبوت المقتضي 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 منافية بالأصل أيضاً كما عرفت. نعم هي مستصحبة ، ومقتضاهما ، وإن كان ذلك ، إلا أن التفكير بين الأحكام في بحاري الأصول التعبدية غير عزيز فتأمل^(١) ، مع كون اليد . كما سترى . مقدمة على الاستصحاب ، إذ لولاه لما قام للمسلمين سوق .

(١) وجه التأمل : هو أن الشك في المزاجة وعدمها مسبب عن الشك في دوام اليد وعدمه ، والأصل في السبب حاكم على الأصل في المسبب بالاستصحاب يتعين كونها عرضية (منه رحمه الله).

وبالجملة ، فمنشأ الانتزاع ، وهو الاستيلاء ما دام موجوداً كان مقتضياً لانتزاع الإضافة الخاصة منه ما لم يمنع مانع عنه من كونها يداً عرضية ، وقد عرفت أن مقتضى الأصل عدمه ، والاستصحاب غير مجد في المقام.

وإذ قد عرفت ذلك ، ظهر لك جواز الشهادة على الأمر المتنزع ، وهو الملكية ، بمشاهدة منشأ انتزاعه ، فالإيد ولو كانت مجردة عن التصرف كما يجوز الشهادة عليها إذا كانت معلومة بالحس أو غيره ، كذلك يجوز الشهادة على ما ينزع منها من الاختصاص الخاص ، ضرورة معلومية المتنزع بمعلومية منشأ انتزاعه ، ولا ينافي كونها من هذه الحيوية سبباً لانتزاع الملكية كونها كاشفة عن سبق الاستحقاق بالغلبة. ولا كذلك مؤدي غيرها من الأصول والأمارات الموجبة للحكم به تبعداً ، ولذا لا تجوز الشهادة بمؤدي الاستصحاب والبينة ، مع أنها أقوى من الإيد . كما سترى . فما دل على اعتبار الإيد في إفادتها الملك إنما هو في الحقيقة إمضاء من الشارع لما عليه العرف والعقلاة من الانتزاع المذكور بمشاهدة منشأ انتزاعه ، ويشهد لما ذكرنا : ما هو المعلوم : من جواز الشهادة على الملك المطلقاً بمشاهدة أسبابه الشرعية كالبيع ونحوه مع عدم العلم بملك البائع للمبيع الموجب لسريان الشك إلى ملك المشتري لتوقفه عليه في الواقع ، وليس إلا لكون السبب الشرعي معلوماً بالحس أو غيره ، وترتبط المسألة على السبب علمي من غير حاجة إلى تقييد الملك فيه بالظاهر . وكونه حكماً ظاهرياً ، فكذلك الإيد والاستيلاء إذا كان مشاهداً جازت الشهادة بما ينزع منه لكونه معلوماً بمعلومية منشأ الانتزاع ، وإن كان اعتباره للحكم بسبق الاستحقاق من باب الامارة الكاشفة عنه بالغلبة .

ولذا حكي عن (كشف اللثام) تشبيه الشهادة بمقتضى بعض الطرق الشرعية بالشهادة على أثر الأسباب الشرعية فإنها أيضاً متحتملة للفساد ، كما

تحتمل الطرق التخلف.

وان استغريه في (الجواهر) وأورد عليه بوجهين : لا يخلو ان من نظر . حيث قال بعد حكايته عنه . : «وفيه أولا ان من الواضح للفرق بينهما ضرورة أن الشارع قد جعل السبب في الظاهر سببا للأثر فيه على وجه لم يختلف عن مقتضاه ، بخلاف الطريق ، فإنه قد جعله طریقا مع تخلفه ، إذ التصرف قد يجتمع غير الملك بخلاف البيع الصحيح بحسب الظاهر ، فإنه لا يختلف عن أثره فيه كالمسبب في الواقع . وان أبىت عن ذلك وفرضت صورة تختلف فيها الشهادة بالسبب وأثره لم تحوّز للشهادة بالأثر أيضا ، بل لا بد فيها إذا كانت عند الحاكم من الشهادة بالسبب نفسه وفعله . ولذا أوجب الأصحاب ذكر السبب في الشهادة بالجرح ، ولم يجوزوا الشهادة بالأثر ، لاحتمال كونه غير مسبب عند الحاكم .. »^(١) انتهى
موضع الحاجة من كلامه .

وأنت خير بما فيه : أما الأول ، فلما عرفت : من عدم الفرق بين اليد من حيث كونها منشأ وسببا للأمر المترزع منه المشهود به ، وبين غيرها من الأسباب الشرعية ، وان كان الفرق بينهما من حيث كونها كاشفة عن سبق الملك بالغلبة واضحًا .

ولعل (الجواهر) اقتصر نظره إليها من حيث الكاشفية دون حيث السببية التي هي الوجه للتتشبيه في كلام (الكشف) ولذا اختصت اليد

(١) راجع ذلك في نفس الباب الآنف الذكر من الشرائع في شرح قول الحقق : أما من في يده دار ، . وقبل هذه العبارة قوله : ومن الغريب ما في (كشف اللثام) من تشبيه الشهادة بمقتضي الطرق الشرعية بالشهادة على أثر الأسباب الشرعية فإنما أيضا مختملة للفساد كما تحتمل الطرق التخلف . وفيه .. إلخ .

جواز الشهادة بمفادها دون غيرها من سائر الأدلة التي لا توجد فيها الحقيقة السببية. وأما الثاني ، فلان ذكر السبب في الجرح إنما هو لاحتمال أن لا يكون سبباً عند الحاكم وإن كان سبباً عند غيره ، وهذا غير الطريق المعلوم كونه طريقاً ، وإن احتمل تخلفه عن الواقع ، فتختلف الطريق بعد 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 للانتزاع منها وجواز الشهادة على الأثر المنتزع من منشأه والتشبث به بالأسباب الشرعية في جواز الشهادة مع احتمال التخلف في السبب مستفاد من نفس الخبر المتقدم من قوله : «أفيحل الشراء منه؟ قال : نعم ، فقال : لعله لغيره» إلخ ، فتكون الرواية على ما ذكرنا ، وفتاوي أكثر الأصحاب في جواز الشهادة على مفاد اليد من الملك موافقة للقاعدة ، ولذا أفتى بضمونها من لا يعمل بخبر الواحد .

وان كان صحيحاً فضلاً عن الضعف منه ولو كان منجبراً. اللهم إلا أن يفرق في جواز الشهادة على الأمر المنتزع بين ما كان منشأ انتزاعه سبباً كالحيازة أو كاشفها 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 تتحقق المنشأ وهو اليد سبب لتحقق 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 ، وببدله مع تلفه بالمثل إن كان

مثليا ، وبالقيمة ان لم يكن ، الا ما استثنى. ويدل على سببيتها للضمان . مضافا الى الإجماع عليها بقسميه في الجملة ، وقاعدة الاحترام الموجبة لذلك حسبما مر تفصيلها في قاعدة «ما يضمن بصححه يضمن بفاسده»^(١) النبوى المنجبر ضعف سنته بتلقي الأصحاب له بالقبول ، واستدلالهم به عليه في كثير من الموارد ، وهو : «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»^(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 والنمسائي وابن ماجة والحاكم من حديث الحسن عن سمرة بن جندب بلفظ (حتى تؤديه) وكذلك في كنز العمال للمتقى ج ٥ ص ٢٥٧ ، وسنن البيهقي ج ٦ ص ٢٩ ومثله مستدرك وسائل الشيعة للنوراني باب ١ من كتاب الغصب حديث (٤) ولكن في سنن أبي داود والترمذى ومثله : خلاف الشيخ الطوسي كتاب الغصب مسألة (٢٠) فيما إذا غصب شيئا ثم غير صفتة .. وبعض كتب الحديث ترويه بلفظ (حتى تؤدي) وعلى كلتا صورتي روايته ، فالحديث متواتر النقل إجمالا . وبلغ من الشهرة بحيث اعتبر قاعدة كلبة يطبقها الفقهاء على مختلف مواردها من الفقه.

والملاحظ أنه ليس المقصود من اليد في الحديث المذكور : اليد الجارية إذ ربما ليس للمتعدي يد أصلا أو أن المأمور غير قابل لوضعه في اليد الخاصة كالدور ونحوها ، بل المقصود هنا المعنى الاستعاري لليد ، وهو محض المستوى على الشيء ، ومعناه إقرار الضمان القهري على صاحب اليد الآخذه من قبل الشرع أو العقل أو كليهما. فلا يرتفع هذا الضمان الاعتباري إلا بالأداء إلى المالك الحقيقي أو التنزيلي بوحدة من مراتب الأداء المندروحة ، برد العين مع وجودها ، أو برد مثلها مع إمكان ذلك ، أو برد قيمتها مع تعسر الأولين . كما سترى.

الشامل بإطلاق اليد فيه لأنواع اليد إلا ما خرج عنه بالدليل كيد الأمانة بالمعنى الأعم ، مالكية كانت أو شرعية. بناء 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 الشع من الضمان ، لا إخبار عن كون المأخذ كائنا في اليد إلى زمان التأدية ، لأنه . مع كونه حينئذ من بيان الأمر البديهي الذي يجل عنده الحكيم . لا يناسب التعدي بكلمة (على) ولا التغيير بخصوص التأدية ، للزوم الكذب مع التلف قبلها ، ضرورة أن غايتها التلف حينئذ دون التأدية ، فهو إنشاء لحكم شرعي تكليفي أو وضعي لا سبيل إلى الأول منها ، فيتعين الثاني . وتقريره : 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 أيضا من تقدير مضارف للموصول بدلاله الاقتضاء بعد عدم صلاحيته بنفسه لأن يكون مبتدأ للخبر المتقدم حيث كان المراد منه الأعيان الخارجية المتصفة بكوئها مأخذة ، فهي بنفسها غير قابلة لتعلقها باليد المراد منها صاحبها ، وإنما القابل لذلك إنما هو باعتبار أمر آخر فيها من العهدة والضمان أو الحفظ أو الرد ونحو ذلك ، فهو نظير قوله تعالى «**سُئلَ الْقُرْبَةَ**» الدال على سؤال الأهل بدلاله الاقتضاء : فإن كان المضاف المقدر هو الضمان والعهدة كان المتعلق به المقدر من أفعال العموم نحو (ثابت) ، وإن كان غير ذلك كان المناسب تقدير المتعلق به من أفعال الخصوص نحو (واجب ولازم) فيكون الحاصل على الأول (ثابت على اليد ضمان ما أخذت وعهده) وعلى الثاني (واجب على اليد حفظ ما أخذت أورد ما أخذت أو أداء ما أخذت) ، فلا كلام في أصل

التقدير والمحذف . في الجملة . في المقامين ، إنما الكلام في تعين المقدر والمحذف فيما والأظهر ، 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 والمغيب في قول الصادق عليه السلام في صحيحه أبي ولاد ، إلى غير ذلك من الأمثلة : هو الأول ، فإن الأنسب يجعل التأدية غاية لحمل المحمول المقدر على الموصول هو ذلك ، دون المعنى الثاني الذي حاصله : واجب أو لازم على اليد حفظ المأمور أو رده أو تأديته إلى أن تؤديه ، فإن ذلك بين ما هو إظهار حكم بديهي كتقدير الحفظ ، وما يوجب التفرقة كتقدير الرد أو التأدية ، مع استلزماته خلو الحديث عن ذكر ما هو حكمه بعد التلف ، ويكون على الأول أتم فائدة وأعم نفعا . وحيث تعين المعنى الأول ، فالمستفاد منه هو حكم الوضع ، وان استلزم التكليف بدليل خارج أو بإجماع مركب ونحوه ، فمن يدعى ظهوره في الحكم التكليفي ، فلعل دعوه ناشئة من الغفلة عن الفرق في مدخله كلمة (على) بين ما كان من الأفعال نحو (عليك بالصدقة وعليك بصلة الليل وأداء الفرائض) ونحو قوله تعالى **«وَلِلّهِ عَلَى النَّاسِ حُجُّ الْبَيْتِ»** وما كان من الأعيان كالأمثلة المتقدمة ، فدعوى الظهور في بيان الحكم التكليفي مسلمة في الأول ، ومنوعة في الثاني ، بل الظاهر فيه كونه بيانا للحكم الوضعي ، وان لم ينفك عن التكليف .

هذا مع إمكان ان يقال : بعدم الحاجة إلى المحذف والتقدير على تقدير كونه بيانا للحكم الوضعي بدلالة كلمة (على) الموضوعة للضرر على العهدة والضمان ، كدلالة (كلمة اللام) على الملك المتعلقة بالأعيان والأموال عند الإطلاق ، فإنها منصرفة إلى الاختصاص المطلق المساوق للملكية والملازم لها ، وان كانت في الأصل موضوعة مطلق الاختصاص

فكذلك كلمة (على) فإنما عند الإطلاق منصرفه إلى التضير المطلق الذي هو ضد الملكية للضمان أو ملازم له ، فقوله (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) ضد قوله (ع) : «اليد ما أخذت وللعين ما رأت»^(١) فكما أن الثاني دليل على الملكية ، فالأول دليل على الضمان والعهدة ، فلا يحتاج في الاستدلال بالحديث على الضمان إلى تكليف الحذف والتقدير فان هذا المعنى إنما يستفاد منها باعتبار كونها ملاحظة لمعنى أسمى هو الضمان والعهدة ، كما في دلالة سائر الحروف على المعاني الحرافية المعتبر عنها عند إرادة تفصيل معانيها بمعانٍ اسمية ، مثل أنه يقال : (من) للابتداء (والى) للانتهاء (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 يراد منه ، فاعلم ان الحديث بالنسبة إلى أفراد اليد وأنواع الأخذ ، وان كان مطلقا ، الا أنه بالنسبة إلى زمان الأخذ إلى حين الأداء عام ، فلو ثبتت يد على مال لا بعنوان الضمان

(١) في الكافي للكيلاني ، كتاب الصيد ، باب صيد الطيور الأهلية حديث (٦) «إبستاده : أن أمير المؤمنين (ع) قال في رجل أبصر طائرا فتبعد حتى سقط على شجرة ، فجاء رجل آخر فأخذته 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 أبيه عن علي (ع) : أنه سُئل عن رجل أبصر طيرا .. الحديث. وفي (النهذيب للشيخ الطوسي) : كتاب الصيد والذبائح باب الصيد والذكاة ، حديث (٥٧) عن أمير المؤمنين عليه السلام قال في رجل .. الحديث.

في وقت كيد الأمانة . مثلا . ثم شك في ضمانها لعرض 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 إلى 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 إلى 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 : «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ» فإنه عام بالنسبة إلى الأفراد ، مطلق بالنسبة إلى الزمان فلو ثبت في وقت عدم وجوب الوفاء بعقد ثم شك فيه في وقت آخر كان اللازم استصحاب حال المخصوص ، كما لو شك في لزوم البيع الغبني للشك في كون الخيار على الفور أو باق بعد للعلم به ، فاللازم هنا استصحاب حكم المخصوص الحاكم على العموم المستفاد من دليل الحكمة في «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ» المطلق بالنسبة إلى الأزمان ، ضرورة صلاحية الاستصحاب لأن يكون بيانا في مورد كان العموم فيه من جهة عدم البيان ، فلا إشكال ، كما توهם في تقسيم استصحاب حال المخصوص على حال العموم في «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ» ولو شك في لزوم العقد في زمان لم يكن لازما قبله ، وتقسيم حال العموم على حكم المخصوص في حديث (على اليد) لو شك في ضمان يد في زمان لم تكن على الضمان في زمان قبله ، لوضوح الفرق بين المقامين ، فإن دلالة الحديث على الضمان في الأزمان من زمان الأخذ إلى حين التأدية بالعموم المستفاد من التقييد بالغاية ، وعلى أفراد اليد بالإطلاق بدليل الحكمة ، والاستصحاب لا يقاوم العام لحکومته عليه فيتعاكسان في

تقسم أحدهما على الآخر في الحديث والآية ، فيقدم حال العموم على استصحاب حكم المخصوص في الأول وبالعكس فيقدم حال المخصوص على العموم الناشي من الحكمة في الآية ، وهو واضح بأدنى 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 باعتبارهما : إما من باب الكشف فيهما أو التبعد كذلك أو بالاختلاف بينهما من حيث جهة اعتبارها فهنا صور :

والحق تقدم (اليد) على الاستصحاب مطلقا ، سواء قلنا باعتبارها من باب الامارة كما يعطيه صدر خبر حفص من قوله «رأيت إذا رأيت شيئا في يد رجل» إخ الظاهر في كون النقص عليه بما هو عليه بناء العقلاء فيكون إمضاء منه . عليه السلام . لما هو عليه طريقتهم ، أم من باب التبعد كما لعله يعطيه ذيل الخبر الظاهر في كون منشأ الجعل والتبعد هو قيام السوق ، وانه لواه لاحتل النظام ، سواء قلنا باعتبار الاستصحاب من باب الكشف أم التبعد .

أما على المختار : من كونها إمارة كاشفة عن الواقع ، والاستصحاب اعتباره من باب التبعد ، فتقديمها عليه واضح ، ضرورة حكمة الأمارة التي هي في الموضوعات بمنزلة الدليل الاجتهادي في الأحكام على الأصل .

وأما تقدمها عليه على بقية الأقوال في كيفية اعتبارها ، فلانة لما لم ينفك مورد (اليد) غالبا عن استصحاب مخالف لها في الاقضاء ، كان اعتبارها لو لا التقدم لغوا وحمل الأحجار الكثيرة على فرض مورد نادر يمكن فيه التفكير 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 بتقسيم الاستصحاب عليها ، وهو ليس بجيد إلا في صورة ما لو اعترف ذو اليد بسبق يد المدعى أو ملكه ، فيطالب هو بالبينة ، لأن اعترافه بذلك متضمن لدعوى انتقاله منه إليه ، فيكون ، مدعيا يطالب بالبينة . وبالجملة : ذو اليد إن لم يعترف بسبق الملك لأحد أو اعترف ، ولكن لغير من يدعى عليه مع غيبته ، بل وحضوره مع سكته ، قدم قول ذي اليد . ولا كذلك لو اعترف به له لما عرفت من تضمن اعترافه له دعوى الانتقال منه إليه فتلغو يده وبطالة بالبينة . بل ويحتمل أن يكون مثله في لغوية اليد ومطالبته البينة ما لو اعترف لغيره من لو تم له لكان للمدعى ، لأنه يمتّ به ، كما لو اعترف به لورثه . مثلا . فإن الاعتراف بسبق الملك له كالاعتراف بسبق الملك لنفس المدعى وبعبارة أخرى : فرق في الاعتراف لغير المدعى بين من كان ملك المدعى في طول ملك المعترف له أو في عرضه في لغوية اليد في الأول ، وعدمها في الثاني . ولعله بذلك يتثبت الخصم لتصحيح مطالبة (الأول) للبينة من ذي اليد في (حديث

فدرك) ^(١) بعد اعترافه بالنحلة من رسول الله (ص)

(١) المقصود ب (الأول) : هو أبو بكر بن أبي قحافة التميمي

الذي لو لم يتم الانتقال منه اليه لكان فيئاً للمسلمين : بحديث مجعل عليه (ص)

(رضي الله عنه). والمقصود بذى اليد هي فاطمة الزهراء بنت محمد (ص) حيث كانت صاحبة اليد في فدك تصرفت فيها . بعد أن نخلها إياها أبوها النبي (ص) أيام حياته وكانت (خالصة له) لأنها مما لم يوجد عليها بخيل ولا ركاب . وفديك . كما عن ياقوت الحموي في معجم البلدان . قرية بينها وبين المدينة ثلاثة أيام ، وبها عين فواراء ونخل كثيرة».

قال البلاذري في (فتح 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 وحقن الدماء ، فقتل النبي منهم ، ولما بلغ أهل فدك ذلك أرسل رئيسهم (يوشع بن نون) اليهودي إلى رسول الله (ص) بالصلح على أن يعطيه فدك ، ويؤمنه وقومه وعلى أن يعمل بها في تخليها بأن يكون لهم نصف التمر ، ثم ان شاء رسول الله أبقاءهم وان شاء أجلهم ، فرضي (ص) . وكانت فدك خالصة لرسول الله (ص) لأنها مما أفاء الله بها على رسوله حيث لم يوجد عليها بخيل ولا ركاب : ومثل ذلك في شرح النهج لابن أبي الحديد المعتزلي بعنوان : ما ورد من السير والأخبار في أمر فدك . وفي نفس المصدر وغيره من مصادر التاريخ : إن فاطمة (ع) قالت لأبي بكر إن فدك 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 فشهاداً أن رسول الله كان يقسمها . قال أبو بكر : صدقت يا ابنة رسول الله وصدق علي وصدقت أم أيمن وصدق عمر وصدق عبد الرحمن ابن عوف .. قال ابن أبي الحديد ومثله غيره .
: طالبته . أولاً .

«نحن معاشر الأنبياء لا نورّث» إلخ ، مع اعترافه في احتجاج علي (ع) معه بعدم سؤال البينة من ذي اليد ، بل تسئل من يدعى عليه^(١) وليس الا لبطلان اليد بدعوى الانتقال بالنحلة التي لو لم تتم لكان فيها لا ميراثا ، الا (أن المبني) : من احتمال المساواة بين الاعتراف بسبق اليد لنفس

بالنحلة ، وله منعها 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 وإن أشهد الله وكفى بالله شهيداً أني سمعت رسول الله (ص) يقول : إننا معاشر الأنبياء لا نورث ذهبا ولا فضة ولا دارا ولا عقارا وإنما نورث الكتاب والحكمة والعلم والنبوة . هذا بايجاز ولتفصيل عن موضوع فدك يراجع ما كتبناه في تعليقنا على الجزء الثالث من (تلخيص الشافي).

(١) في الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، حديث (٣) : «على بن إبراهيم في تفسيره عن أبيه عن ابن أبي عمر عن عثمان بن عيسى وحماد بن عثمان جميعاً عن أبي عبد الله (ع) . في حديث فدك . : أن أمير المؤمنين (ع) قال لأبي بكر : أتحكم فيما يخالف حكم الله في المسلمين؟ قال : لا ، قال : فان كان في يد المسلمين شيء يملكونه ، ادعىـتـ أـنـاـ فـيـهـ :ـ مـنـ تـسـأـلـ الـبـيـنـةـ؟ـ قالـ :ـ إـيـاكـ كـنـتـ أـسـأـلـ الـبـيـنـةـ علىـ ماـ تـدـعـيـهـ عـلـىـ الـمـسـلـمـيـنـ .ـ قالـ :ـ فـإـذـاـ كـانـ فـيـ يـدـيـ شـيـءـ ،ـ فـادـعـيـ فـيـهـ الـمـسـلـمـوـنـ ،ـ تـسـأـلـيـ الـبـيـنـةـ عـلـىـ ماـ فـيـ يـدـيـ ،ـ وـقـدـ مـلـكـهـ فـيـ حـيـاةـ رـسـوـلـ الـلـهـ (صـ)ـ وـبـعـدـهـ ،ـ وـلـمـ تـسـأـلـ الـمـؤـمـنـيـنـ الـبـيـنـةـ عـلـىـ ماـ اـدـعـواـ عـلـىـ كـمـ سـأـلـتـيـ الـبـيـنـةـ عـلـىـ ماـ اـدـعـيـتـ عـلـيـهـمـ .ـ إـلـىـ أـنـ قـالـ .ـ وـقـدـ قـالـ رـسـوـلـ الـلـهـ صـلـىـ الـلـهـ عـلـيـهـ وـآـلـهـ وـلـيـمـيـنـ :ـ الـبـيـنـةـ عـلـىـ مـنـ اـدـعـيـ ،ـ وـالـيـمـيـنـ عـلـىـ مـنـ أـنـكـرـ».

المدعي أو من يمت به من مورثه في لغوية اليد فيهما مع إمكان تضعيقه بوضوح الفرق بينهما بتقريب : أن الاعتراف للمدعي اعتراف له باليد وان كانت سابقة ، والاعتراف لمورثه لا يكون اعترافا له باليد والملكية السابقة إلا بضميمة مقدمة هي بقاء يد المورث الى حين موته ، بل ومعها أيضا لعدم ثبوت اليد به للوارث (فاسد) لا ينفع في تثبت الخصم لتصحيح فعل (الأول) : من انتزاع (فده) من يد فاطمة . عليها السلام . ومطالبتها بالبينة لسبق الانتزاع منها على دعواها النحلة ، حيث كان فيما جاء به من (حديث فدك) : ان الأول لما بويع واستقام له الأمر على جميع المهاجرين والأنصار بعث الى (فده) من أخرج وكيل فاطمة بنت رسول الله (ص) منها ، ثم جاءت فاطمة عليها السلام ، فوقع بينها وبينه من الاحتجاجات ما وقع ، وكذا بين علي (ع) وبينه بما ظهر منه وبان ، من المحالفة للكتاب والسنة . ولو سلم المبني لم بجز انتزاع العين من ذي اليد إلا بعد الاعتراف لمن لو تم له لكان للمدعي ، وقد انتزعها منها قبل الاعتراف والمحاصمة . وبالجملة : في لغوية اليد بالاعتراف لمورث المدعي وعدمهما لنا تأمل ، والله العالم .

الثاني : في معارضتها مع البينة التي هي من الأamarat الكاشفة عن الواقع . وتقدميها على اليد مما لا كلام فيه : سواء قلنا بكونها أصلا أو إمارة . أما على الأول فواضح ، لحكومة الامارة على الأصل وأما على على الثاني ، فهو وان كان من تعارض الأمارتين ، الا أن الواجب فيه تقديم أقواها ، وهو البينة ، لأن اعتبارها في مورد اليد دليل على تقدمها عليها ، كما ان اعتبار اليد في مورد الاستصحاب دليل على تقدمها عليه ، وأنه 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 البينة ، حتى يكلف المدعي بإقامته مع حصر ميزان القضاء بالبيانات والأيمان كون الأولى على المدعي والثانية على المنكر . هذا مضافا إلى أن اعتبار إمارة اليد من باب الغلبة المنكشف بها حال المشكوك من حيث كونه مشكوكا إلحاقا له بالغالب ، فالحيثية المزبورة مأخوذة في موضوعها والبينة ، وان كانت أمارة كافية عن الواقع عند الجهل به ، إلا أن الجهل لم يؤخذ موضوعا في اعتبارها ، فالجهل مورد للحاجة إليها . غالبا . لا أنه مأخوذ في موضوع اعتبارها . وبعبارة أخرى : البينة معتبرة في مورد الجهل بالواقع لكن لا من حيثية الجهل به كالدليل الاجتهادي المعتبر طريقا في معرفة الأحكام المقيد للظن لا من حيث الجهل بحكم مورده ، بخلاف الغيبة ، فإنها معتبرة في إلحاق المشكوك من حيث كونه مشكوكا بالغالب للظن الحاصل من الغلبة ، فحصول الظن بها أنها هو بعد ملاحظة الغلبة في أكثر الأفراد والشك في فرد خاص ، فيحصل الظن باللحوق كالاستصحاب المأخذ في الشك بناء على اعتباره من باب الظن النوعي ، وبناء العقلاء المستفاد إمضاؤه من الاخبار ولا كذلك البينة ، إذ لا يتوقف حصول الظن بها على ملاحظة الجهل في موردها ، فالamarat كما تحكم على الأصول كذلك يحكم بعضها على بعض ، فما كان ملاحظة الشك مأخذة في موضوعه كان محكوما لما لم تكن مأخذة فيه لكونه رافعا لموضوعه ، غير أنه لما كان ظنيا كان حاكما . ولو كان علميا لكان واردا عليه .

ثم البينة : ان شهدت بالملك المطلق أو بالفعل ، قدمت على اليد ، وان 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 للاحقة على اليد السابقة .

(لا يقال) : ان حكومة اليد على الاستصحاب تنافي تقدم البينة

عليها مع العلم غالباً باستناد الشاهد في شهادته إلى الاستصحاب ، وان هو الا تقسيم 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 بابا في (الوسائل) حيث قال : باب جواز البناء في الشهادة على الاستصحاب بقاء الملك وعدم المشارك في الإرث . إلى أن قال . : «محمد بن يعقوب عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن معاوية بن وهب قال : قلت له : ان ابن أبي ليلى يسألني الشهادة عن هذه الدار ، مات فلان وتركها ميراثا ، وانه ليس له وارث غير الذي شهدنا له؟ فقال : اشهد بما هو علمك ، قلت : ان ابن أبي ليلى يحلفنا الغموس ، فقال : احلف انتا هو على علمك»^(١) «وعنه عن أبيه عن إسماعيل 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 هلاكه ونحن لا ندرى ما أحدث في داره ولا ندرى ما أحدث له من الولد إلا أتنا لا نعلم أنه أحدث في داره شيئاً ولا أحدث له ولد ، ولا تقسم هذه الدار على ورثته الذين تركت في الدار حتى يشهد شاهداً عدلاً 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 أبقيت أمتي ، فيؤخذ بالبلد ، فيكفله القاضي البينة أن هذا غلام فلان لم يبعه ولم يهبه : أفتشهد 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 بإسناده عن علي بن إبراهيم نحوه.

(١) راجع من كتاب الشهادات منه باب ١٧ ، حديث (١).

وكذا الذي قبله ^(١) «وإسناده عن الحسن بن محمد بن سماعة عن أحمد بن الحسن وغيره 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 أبق غلامي أو أمتي ، فيكلفونه القضاة شاهدين بأن هذا غلامه أو أمته لم يبع ولم يهب ، الشهد على هذا إذا كلفناه؟ قال نعم» ^(٢) انتهى .

وثانياً : ان البينة التي لم تتفك . غالباً . عن الاستصحاب لما اعتبرها الشارع في موارد اليد التي يخالف مفادها مقتضى البينة ، دل على تقدم استصحابها بالخصوص على اليد بالخصوص ، وان كانت اليد مقدمة على غيره من سائر الاستصحابات ، وبالجملة كما أن اعتبار اليد في مورد الاستصحاب دل على تقديمها عليه ، والا لكان اعتبارها لغوا كذلك اعتبار البينة التي لم تتفك غالباً عن الاستصحاب في موارد اليد دل على تقديمها بالخصوص عليها والا لكان اعتبار البينة لغوا في أغلب مواردها (ودعوى) اختصاص اجراء الاستصحاب بالحاكم دون الشاهد (مدفوعة) بلزوم تركب ميزان القضاء حينئذ من البينة وفعل الحاكم ، مع أن الحكم منه إنما يكون بعد إقامة الميزان عندـه .

وكيف كان ، فالمستفاد من الأخبار المتقدمة . بضميمة ما ورد فيما يعتبر في الشهادة من العلم الحاصل من طريق الحس . كما عن بعض جموداً على التمثيل بالمحسوس من الشمس والكف في النصوص ، أو الأعم منه ومن غيره تنزيلاً للمنصوص على المثال بإرادة 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 بد من ضعفه ، بل وزواله . غالباً .

(١) المصدر الأنف الذكر حديث (٢) مع تبعه الأخير .

(٢) المصدر الأنف الذكر حديث (٣) .

بمرور الليالي والأيام ، سيمما نحو العام ، فضلا عن الأعوام ، لطرو الاحتمالات المبنعة عن عروض العوارض وتطرق الحوادث فلا مندوحة إلا الاستناد إلى الاستصحاب عند أداء ما تحمله من الشهادة. وبالجملة : فالروايات . كما تراها . صريحة في جواز الشهادة مستندًا في بقاء المعلوم عند التحمل إلى الاستصحاب وحملها على صورة بقاء العلم القطعي إلى حين الأداء . كما في الجواهر . (مع) كونه حملا على الفرض النادر ، بل الأندر تأبه صراحة منطوقها.

وبما ذكرنا يظهر لك : أنه لو كان الحكم شاهداً حاز له الشهادة بالملك ، ولم يجز له الحكم به ، لو قلنا بجواز القضاء بعلمه ، لأن تنزيل الظن الاستصحابي منزلة العلم بالبقاء في الشهادة لدليل دل عليه بالخصوص لا يوجب تنزيله منزلة العلم في القضاء به ، بل ولو ضم إليه شاهد واحد أيضا ، للزوم تركيب ميزان القضاء حيث نعم لو علم به من دون استناد إلى الاستصحاب ، ومنعنا عن القضاء بعلمه واستثنى منه ما لو ضم إليه شاهد واحد . بلا خلاف كما في (وسائل البغدادي) لأن علمه لا يقتصر عن شهادة الشاهد ، فيكون من القضاء بالعلم على القول بالمنع عنه ، لا من القضاء باليقنة فافهم .

هذا ، ولكن يجوز له الحكم بالدين على من هو عليه لو علم به في السابق ، كما يجوز الحكم به لو شهدت البينة كذلك لثبت الاشتغال المستصحب إلى أن يتحقق الوفاء ، لعدم وجود ما يعارضه مما يكون مفاده الوفاء ، فاتضح الفرق بين ما لو ادعى دينا على أحد وما لا في يد أحد ، فيكتفى في الأول باليقنة وإن 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 ثبت 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 المتاخم ، أو مطلق الظن .

فعلى 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 والوقف والموت والعتق . وعلى الآخرين . ولا سيما الآخرين منهم . فالعمدة في دليل اعتبارها . كما قيل . هو :

الإجماع ، وهو غير معلوم تتحققه فيما كان اليد على خلافها ، فالأقوى تقدمها على الاستفاضة كما لعله المشهور بينهم . خلافاً لوالد الشيخ البهائي في (رسالته التي كتبها في هذه المسألة) فاختار فيها تقديم الاستفاضة على اليد . واستدل عليه بأمور لا تتم إلا على مبناه : من أنه لا دليل على اعتبار اليد . بعد تضييفه لسند خبر حفص المتقدم إلا أصلة الصحة وحمل أفعال المسلمين عليها وإنكار كونها بنفسها من الأمارات أو الأصول التعبدية . وهو . على مبناه . حسن لكن دون صحته خرط القتاد ، بعد ما عرفت من دليل اعتبارها وإفادته الملك حتى بالنسبة إلى ما لا يجري فيه أصل الصحة في فعله كالصغرى والكافر .

هذا والظاهر أنه لا يجوز الشهادة بمفادها في الأمور المذكورة مستنداً إليها إلا فيما يحصل بها العلم ، بناء على كفايتها وفي الشهادة ، وان حصل من غير طريق الحس . كما هو الأقوى . ضرورة أن جوازها في صوري حصول مطلق الظن أو الظن المتاخم بناء على كفاية ذلك في اعتبارها ينافي اعتبار العلم في الشهادة .

اللهم إلا ان يكتفى به سيما المتاخم منه في خصوص الشهادة المستندة إليها وان لم يكتف به في الشهادة بمؤدى البينة التي هي أقوى من الاستفاضة

في كونها طریقاً إلى ترتیب الأحكام عليها ، إلا أنه لم يقم عليه دلیل واضح ، وان كان ظاهر عباراتکم یعطي جواز ذلك ، إلا أنها لا تخلو من تشويش واضطراب.

نعم یشهد الشاهد بنفس الاستفاضة دون مفادها ، فيحكم الحاکم بمفادها لثبوت ما یوجبه بالبينة لعدم الفرق بين قیام الاستفاضة عند الحاکم وبين قیام البينة عليها عنده ، ان قلنا بجواز القضاء بالاستفاضة منه ، كما لعله یظهر أيضاً ، من عبارات أكثرهم في الحکم بمفادها من الأمور التي ثبتت بها وبالجملة : فهناك مقامات ثلاثة.

الأول : اعتبار الاستفاضة وحجيتها في ثبوت أمور مخصوصة بها بحیث یترتب على

الثابت منها أحكام تتحقق في الخارج كالید بالنسبة إلى مفادها.

الثاني : في الحکم والقضاء بها على الخصم بحیث يكون ميزاناً له عليه كالبينة.

الثالث : في جواز الشهادة بمفادها مستنداً إليها عند الحاکم.

أما الأول ، فهو من المتفق عليه عندهم ، وان وقع الخلاف في مقدار ما یثبت بها من

الأمور.

واما الآخیران ، فيظہر من کلام بعض وقوع الخلاف فيه. والذی یظہر من جدنا في

(الرياض) دعوى الاتفاق عليه في الآخر منهما^(١).

قلت : إن تم إجماع فيهما أو في أحدهما ، فهو ، والا ففي غير صورة حصول العلم

بها إشكال ، لعدم دلیل واضح یدل على كونها ميزاناً للقضاء

(١) راجع ذلك . في آخریات كتاب القضاء منه ، الفصل الثالث في أحكام تعریض البینات. وفي آخریات كتاب الشهادات. المسألة الأولى من مسائل أربع في شرح قول المصنف : يکفي في جواز الشهادة بالملک مشاهدته يتصرف فيه إلخ.

فضلا عن الشهادة بمقادها لو سلم كونها ميزانا ، كما لا يصير شاهدا بمقاد البينة ، مع أنها ميزان القضاء . وتفاصيل الكلام في اعتبارها ، ومقدار ما يثبت بها ، وما هو شرط فيها موكول الى محله . وإنما الكلام هنا في تقدمها على اليد ، أو تقدم اليد عليها . وقد عرفت ما هو الأقوى منهما والله العالم .

(تدليل)

اشتهر بين الفقهاء : أن من ادعى ما لا يد لأحد عليه قضي له به وذكروها بنحو القاعدة الكلية ، وأرسلوها إرسال المسلمين ، والمعروف عندهم أيضاً قاعدة أخرى ، وهي ان من ادعى أمراً ولا معارض له قيل قوله . وهي أعم من الأولى ، لاستعمالها على ما لا يدخل من الأمور تحت اليد ، واحتصاص الأولى بما لا يد عليه مع كونه قابلاً للدخول تحت اليد مع اختصاصها أيضاً فيما لا يكون له منازع فيما يدعى ، والا لكان من التداعي . فلا يقبل قول كل منهما إلا بالحججة ، ولذا قيده به توضيحاً في (في القواعد) حيث قال : « وكل من ادعى ما لا يد لأحد عليه ولا منازع له فيه قضي له به» انتهى .

هذا ولعلكم . أولاً . ان اليد المتفقة في القاعدة الأولى نعم يد المدعى وغيره . وان نفي ملكية العين عن نفسه وأبيتها مالك مجھول فإنه لا يسلمه الى مدعيه بمجرد دعواه إلا بإقامة الحجۃ وان احتمل كونه مالكا له ولذا صرحوا في اللقطة بعدم تسليم الملتقط أباها لمن يدعى بها بمجرد دعواه الا أن تكون مقرونة بحجۃ أو محفوفة بقرائن تفید العلم العادي بصدقه لأن المكلف بإيصالها إلى مالكها ، فهو معارض لمن يدعى بها بحسب الوظيفة ولذا يكون خارجاً عن القاعدتين . كما يخرج عنهما لو كان المدعى به تحت

يد المدعي لكونه حينئذ يقضى به له لليد ، دون غيرها من القاعدتين. كما يحکم به له أيضاً لو كانت دعواه موافقة للأصل فان الحکم بذلك انما هو للأصل دون القاعدة ، الا ان يستدل بها حينئذ تكثيراً للأدلة فهذه الصور الثلاث من الدعاوى خارجة عن القاعدتين.

ثم المراد من قولهم في القاعدة الأولى : (لا يد لأحد عليه) دائرة بين محتملات ثلاثة :
الأول : انه لا يد لأحد عليه مطلقاً في حالتي الدعوى وما قبلها أصلاً لا معلوم صاحبها ولا مجھول.

الثاني : لا يد لأحد عليه في حال الدعوى وقبله معلوم مع العلم يسبق يد عليه قبله ، لكن مجھول صاحبها الثالث : اختصاص نفي اليد بحال الدعوى دون ما قبله ، بل ولو علم سبق يد عليه قبله معلوم فضلاً عن المجھول.

لا إشكال في عدم ارادة المعنى الأول ، والا لاختصت القاعدة بقبول قوله في المباحث الأصلية ، وما كان بحکمتها وكادت تنعدم فائدتها.
وارادة المعنى الثاني غير بعيدة ، وان كان الثالث أعم نفعاً ، بل لعله الظاهر من كلامنا.

هذا والمراد من قولهم (قضى له به) ليس المراد منه ما هو ظاهره من قضاء الحکم ، بل قبول قوله في ترتيب 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.

إذا عرفت ذلك فنقول :

يدل على الأولى من القاعدتين مضافاً إلى الإجماع المحکي مستفيضاً المعتمد بالشهرة المحققة فضلاً عن المنقوله . صحيحة

منصور بن حازم : «قلت للصادق (ع) : عشرة كانوا جلوسا ووسطهم كيس فيه ألف درهم ، فسأل بعضهم بعضا : ألكم هذا الكيس؟ فقالوا كلهم : لا ، فقال واحد منهم : هو لي ، فلمن هو؟ قال (ع) : هو للذى ادعاه»^(١) الخبر. فإنه حكم عليه السلام بأنه ملن ادعاه ، وليس الا لكونه مدعيا له بلا معارض لما لا يد لأحد منهم عليه ، بعد أن نفاه كل منهم عن نفسه وان نوقيش فيه بأنه من الحكم له باليد لأن توسط الكيس بينهم أوجب صدق اليد لهم عليه ، فإذا نفى من نفى منهم عن نفسه ثبتت اليد ملن لم ينف فضلا عن دعواه بكونه له. وأشار إليها في محكي (السرائر) حيث قال . بعد ذكر الصحيح : «ان هذا الحديث صحيح وليس هذا مما أخذه بمجرد دعواه وإنما هو لما لم يثبت له صاحب سواه واليد على ضربين. يد مشاهدة ويد حكمية ، فهذا يده عليه يد حكمية لأن كل واحد منهم نفى يده عنه وبقي يد من ادعاه عليه حكمية. ولو قال كل واحد من الجماعة في دفعه واحدة أو متفرقا : هو لي ، لكان الحكم فيه غير ذلك. وكذلك لو قبضه واحد من الجماعة ثم ادعاه غيره ، لم تقبل دعواه بغير بينة ، لأن اليد المشاهدة عليه لغير من ادعاه ، والخبر الوارد في الجماعة : أنهم نفوه عن أنفسهم ولم يثبتوا لهم عليه يدا لا من طريق الحكم ولا من طريق المشاهدة ، ومن ادعاه له عليه يد من طريق الحكم ، فقبل فيه دعواه من غير بينة ، فافقه ما حررناه. وأيضا إنما قال : ادعاه من حيث اللغة لأن الدعوى الشرعية من ادعى في يد غيره عينا أو دينا»^(٢) انتهى .

قلت : قوله : إنما قال ادعاه من حيث اللغة إلخ دفعا لما يتوهם من أن قوله . عليه السلام في الجواب . هو للذى ادعاه ، كونه له من جهة دعواه لا

(١) الوسائل ، كتاب القضاء باب ١٧ حديث (١).

(٢) كتاب القضاء من السرائر ، أخرىات باب التوادر في القضاء.

من جهة اليد بإرادة المعنى اللغوي من الدعوى دون المعنى الشرعي ، ويؤكد ما ذكر من كون المدعي بالكيس ذوي أيد عليه : ما ذهب إليه غير واحد في باب اللقطة في الحكم بأن ما يقرب من اللقيط أو غيره بكونه له اليد عليه وإن كان صغيرا ، فكيف من كان الكيس في وسطهم؟ ولو ادعاه غيرهم وأنكروه كان هو المدعي وعليه البينة دوئهم ، وليس إلا لكونهم ذوي أيد عليه.

إلا أن المناقشة ضعيفة . لا لما قيل : من عدم اليد حتى لمن ادعاه لنفيه عن نفسه أولا ، لأن دراجه في قوله : (فقالوا كلهم لا) الظاهر في معناه الحقيقى الشامل له أيضا ، فقبول دعواه بعد نفيه عن نفسه ليس إلا لكونه مدعيا بلا معارض لظهور الجملة بخروجه من العموم وأنه بحكم 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 لإمكان نسيانه . أولا . ثم التذكر بعده . كما في الجواهر . غير موافق للقواعد الشرعية . بل منع كونهم ذوي أيد على الكيس المطروح بينهم ، فإن مجرد قرب الشيء من شخص لا يوجد صدق اليد له عليه إلا إذا كان القرب منه محفوفا بقرائن توجب صدق ذلك ، والا ف مجرد القرب من حيث هو من نوع إيجابه لصدق اليد عليه أشد المنع . ولذا ذهب الأكثر إلى المنع عنه في باب اللقطة.

قال في (مفتاح الكرامة) : «ولا يحکم له بما يوجد قريبا منه ، كما في التذكرة والدروس ومحض البرهان . وكذا الإرشاد والروضة ، وقيده في الدروس بما لا يدلله عليه ولا هو بحکم يده . الى أن قال . وفي :

(الشرع) ، فيما يوجد بين يديه أو الى جانبيه تردد : أشبهه أنه لا يقضى له ، وفي التحرير في القريب مثل ما يوجد بين يديه أو الى جانبيه

نظر ، ونحوه ما في الكفاية ، انتهى.

وفيه عن (المبسوط) : «وأما ما كان قريبا منه مثل أن يكون بين يديه صرة أو رزمه ،

فهل يحكم بأن يده عليه أم لا؟ قيل فيه : وجهان :

(أحدهما) لا تكون يده عليه ، لأن اليد يدان : يد مشاهدة ويد حكمية وهي ما

يكون في بيته ويتصرف فيه ، وهذا ليس بـأحدهما (والوجه الثاني) أن تكون يده عليه ، لأن

العادة جرت بأن ما بين يديه يكون له مثل الإناء بين يدي الصراف ، والميزان وغيرهما وهذا

أقوى ، ^(١) انتهى .

والتعليق بجريان العادة والتمثيل بالميزان ونحوه مما يعطي فيه لزوم الاقتران بما يفيد ذلك

لا مطلقا مع كون الصححة المزبورة بمئي منهم ومنظر ، ولم يستدل أحدهم بما على سبيبة

القرب لصدق اليد ، نعم اللقيط وان كان صغيرا ، ذو يد على ثيابه وما هو ملفوف به

والمشدود على ثوبه والموجود في جيبيه والموضع تحته والخيمة والفضاط الموجود فيهما والدار

التي لا مالك لها ، وفي هذه الثلاثة من الأقمشة ، كل ذلك محكي في مفتاح الكرامة عن

المبسوط والشائع والتحرير والمسالك والدروس والإرشاد واللمعة والروضة ومجمع البرهان

والكفاية ، بل فيه عن (المبسوط) : ذلك كله مما لا خلاف فيه» ^(٢) انتهى .

قلت : وهو كذلك لصدق اليد والاستياء في جميع ذلك وان كان صغيرا ، لأن

الاستياء ممكن في حقه وان كان حصوله له بفعل الغير ، ولا يعتبر في صدق اليد وحصول

الاستياء له أن يكون حدوثه بفعل نفسه

(١) راجع ذلك في كتاب اللقطة ، المطلب الأول في الملقط في شرح قول العالمة في القواعد (ولا يحكم له بما يوجد قريبا منه)

(٢) راجع نفس المصدر في شرح كلام القواعد (أو ما في يده عند الالتفات) إلخ .

حتى يتوهם عدم صدقه في الصغير لعدم تمكّنه من الاستيلاء الذي هو مسبب عن الأفعال الاختبارية. فظهر أن توسط الكيس من حيث هو لا يوجب صدق يد المحققين به عليه. ولو سلم ، فالتوسط إن أوجب صدق اليد ، فالثابت به إنما هو يد واحدة لمجموع من لا يتحقق عنوانه إلا بهم دون كل واحد منهم ، ضرورة عدم صدق التوسط والبيانية لواحد من العدد ، فلا يد من ادعاه أيضا بعد نفي الغير له عن أنفسهم اللهم إلا أن يحاب عنه بأن السبب في المقام إنما هو قرب الكيس من كل واحد منهم لا توسطه بينهم هذا ومع التنزل والتسليم ، فتوسط الكيس بين جماعة محققين به يمكن تتحققه في الخارج على كيفيات مختلفة يوجب صدق اليد في بعضها دون جميعها ، فلعله كان مطروحا قبل أن يحدقوا ، وان كان دفعة ، فلا يد لهم عليه ، أو اجتمعوا عليه متفرقين لا دفعة ، فلا يد لغير الأول منهم أو كان المدعى لا حقا في الدخول معهم في الاجتماع عليه وان كان قبل السؤال ، فلا يد للمدعي عليه ، والحكم في الجواب يكونه له من دون استفصال عن الكيفية لا بد وان يكون منطبقا على جميع محتملاتها التي لا يتم الحكم في بعضها لو كان سببه اليد ، فلا بد من سبب موجود في جميع صورها ، وليس الا كونه مدعيا بلا معارض فيما لا يد لأحد عليه ، وليس الفرض ظاهرا في كيفية حتى يؤخذ بظاهره في الدلالة عليها ، بل الكيفيات خارجة عن مدلائل الألفاظ فلا ظهور للسؤال في كيفية مخصوصة. وحينئذ فالصحيحة وافية في الدلالة على المقصود من إثبات القاعدة الأولى.

واستدل عليها أيضا في (الجواهر) تبعا للمحكي عن أستاذه في (مفتاح الكرامة) بصحبته الأخرى المروية في (الكاف في باب الحجة) وفيه : «محمد بن إسماعيل عن الفضل بن شاذان عن صفوان بن يحيى عن

منصور بن حازم قال قلت : لأبي عبد الله (ع) : ان الله أجل وأكرم من أن يعرف بخلقه ،
بل الخلق يعرفون بالله ، قال : صدقت : قلت : إن من عرف أن له ربا فقد ينبعي له أن
يعرف أن لذلك الرب رضي أو سخطا وأنه لا يعرف رضاه أو سخطه الا بوحى أو رسول ،
فمن لم يأته الوحي فقد ينبعي له أن يطلب الرسل ، فإذا لقيهم عرف أكمل الحجة ، وأن لهم
الطاعة المفترضة ، وقلت للناس : تعلمون أن رسول الله (ص) : كان هو الحجة من الله على
خلقه؟ قالوا : بلى قلت : فحين مضى رسول الله . صلى الله عليه وآله . من كان الحجة على
فقالوا : القرآن ، فنظرت في القرآن فإذا هو يخاصم المرجئي والقديري والزنديق الذي لا
يؤمن به حتى يغلب الرجال بخصوصته ، فعرفت أن القرآن لا يكون حجة إلا بقيم ، فما قال
فيه من شيء كان حقا ، فقلت لهم : من قيم القرآن؟ فقالوا : أين مسعود قد كان يعلم ،
وأعمري يعلم ، وحذيفة يعلم ، قلت : كله؟ قالوا : لا ، فلم أجده أحدا يقال : أنه يعرف ذلك
كله الا عليا (ع) وإذا كان الشيء بين القوم ، فقال : هذا لا أدرى وقال هذا لا أدرى وقال
هذا : لا أدرى ، وقال هذا : أنا أدرى فأشهد ان عليا عليه السلام كان قيم القرآن ، وكانت
طاعته مفترضة ، وكان الحجة على الناس بعد رسول الله (ص) وأن ما قال في القرآن . فهو
حق ، فقال : رحمك الله»^(١) الخبر.

وتقريب الاستدلال بها على المدعى . بتوسيعه منا . : هو عموم

(١) راجع ذلك من المஹر : في كتاب القضاة ، النظر الرابع في أحكام الدعوى ، الفصل الثاني من فصلى المقدمة في التوصل إلى الحق في شرح المسألة الأولى من مسائلى الحق (من ادعى ما لا يد لأحد عليه قضى له به ..) والحديث ذكره الكليبي في أصول الكافي كتاب الحجة ، باب الاضطرار إلى الحجة ، حدیث (٢).

قول الراوي (وإذا كان الشيء بين القوم) إلخ. الظاهر في أن لقدم قول من يدعى الدرية على من لا يدعها وأنه مقبول متبع من المفروغ عنه عند العقلاء على نحو القاعدة الكلية ليتم الاستدلال بها على ثبوته في المورد الخاص من ثبوت الإمامة لعلي (ع) ، وقد أقره الإمام على ذلك بقوله : في الجواب : رحمك الله.

وفيه : ان ذلك إن تم ، فهو بمعونة صدرها والفترات المشتملة عليها مخصوص بما يتعلق بالأحكام من المسائل العلمية الراجح محصله الى وجوب اتباع الأعلم وتقديم الفاضل على المفضول ، وأين ذلك من قبول قول المدعى في الأمور الخارجية نحو الملكية وغيرها ، وعموم الشيء اما هو بحسب متعلقة دون غيره.

وأما الدليل على القاعدة الثانية فلم أجده ما ينهض لإثباتها بنحو الكلية ، وإن استدل عليها حدنا في (الرياض) برواية الكيس ^(١).

الا أن مفادها . كما عرفت . مخصوص بما يمكن دخوله تحت اليد ، لا كل أمر تعلق به دعوى من يدعى بلا معارض لتكون دليلا على القاعدة الثانية التي قد عرفت أنها أعم من الأولى .

نعم قد ثبت من الشرع في جملة من الموارد قبول قول المدعى بمجرد دعواه ، التي منها : من يدعى عينا لا يد لأحد عليها ، ومنها : دعوى الوكالة في بيع ما في يده كالدلال ونحوه مما قامت السيرة القطعية على جواز المعاملة معه عليه ، وإن لم تنفذ على الموكل لو أنكر وكالته ، ومنها :

دعوى : المرأة عدم اليأس وعدم الزوج أصلا ، ودعوى الإعسار 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 لأحد عليه .

سبق اليسار ، ودعوى الصبي عدم البلوغ ، ودعوى الحرية حيث لا يعلم سبق الملك ، ومنها : دعوى المرأة اليأس والحيض والطهر والحمل ، والصبي دعوى البلوغ بالاحتلام ، ودعوى المطلقة ثلاثة أنها تزوجت بال محلل مع الوطء والطلاق بعده ، وهذه الموارد ، وان قبل قول المدعى فيها ، إلا أنه لا لأمر جامع بينها : من كونه مدعيا بلا معارض حتى يتسرى إلى غيرها فيحكم به عند وجوده ، بل لأن سبب القول فيها مختلف ، فإن الأول منها مندرج كما عرفت في القاعدة الأولى ، والثاني أنها يقبل قوله لقبول قول ذي اليد فيما يتعلق بما هو في يده مطلقا ، وان لم تكن يدا مالكية ، بل ولو كانت يد عدوان كالغاصب فإنه يقبل تصديقه لأحد المتنازعين على العين المنصوبة في يده . كما سترى . وأما دعوى المرأة عدم الياس وعدم الزوج أصلا ، ودعوى الإعسار مع عدم سبق اليسار وعدم البلوغ والحرية حيث لا يعلم سبق الملك ، فإنما يقبل قول المدعى في أمثال ذلك لكونه موافقا للأصل ، لا لعدم المعارض . وقد عرفت خروج ما كان موافقا له عن موضوع القاعدة ، فإنه من قبول قوله بالدليل المعتبر وان كان هو الأصل . وأما بقية الموارد المتقدمة فلنكونها مما لا يعلم إلا من قبله ، وكل ما كان كذلك قبل قوله ، وهي قاعدة أخرى معتبرة بالنص والإجماع .

وبالجملة : فإن تم إجماع على تأسيس هذه القاعدة ، وإن فلا دليل عليها بنحو الكلية .

والله العالم بحقائق أحكامه

رسالة

في أحكام الدعاوى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مسألة : في معنى المدعى والمدعى عليه عرفاً ووظيفة كل واحد منها ، وذكر أحكام التداعي وبيان نبذة مهمة من مسائل القضاء ، فهنا مقامات :

(المقام الأول)

في معنى المدعى 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 : فيبين من عرفه بـ (من لو ترك الخصومة لترك) ^(١) وهو المقصود من عبر عنه بأنه (لو ترك يخلّي وسكته) ^(٢) أو وسيله ^(٣) وبين من عرفه بأنه : الذي يدعى خلاف

(١) بهذا عبر الححقق الحلبي في الشرائع . آخر كتاب القضاء . النظر الرابع في أحكام الدعوى وبهذا أيضاً عبر الشهيد الأول في متن اللمعنة في كتاب القضاء ، القول في كيفية الحكم . وغيرهما كالعلامة في قواعده في كتاب القضاء أيضاً .

(٢) وهو تعريف الشهيد الثاني في الروضة في شرح كلام الشهيد الأول في المصدر الآنف . قال : وهو المعبر عنه بأنه الذي يخلّي وسكته» .

(٣) في الرياض : كتاب القضاء ، أحكام الدعوى . في تعريف المدعى . : «هو الذي يترك ويخلّي سبيله لو ترك الخصومة ولم يطالب

الأصل ، أو خلاف الظاهر ^(١) وبين مقتصر فيه على المعطوف عليه أو على المعطوف ^(٢) فتكون المسألة ثلاثة الأقوال أو رياعيتها ويحتمل في كلام بعض ^(٣) كونها ثنائية . والمشهور . كما قيل . : هو الأول . وعليه ، فمعنى تركه المعلق :

هو تركه كما كان قبل الدعوى ، ومن حيث ما كان يدعى به وان لم يترك بالكلية ومن حيئية أخرى ، فلا ينتقض بداعي الوفاء ، فإنه يطالب بالدين وان ترك دعوى الوفاء ، فالحيئية مأحوذة في التعريف .

بشيء» وفي المسالك للشهيد الثاني . بنفس الباب . : «الذى إذا سكت خلي ولم يطالب بشيء».

(١) الملاحظ : أن هذين التعبيرين والتعبير الأول عن المدعى ذكره عامة فقهائنا الأعلام من القدماء والمؤخرين كالعلامة في قواعده ، وتبعه جميع شراح القواعد كولده فخر المحققين في الإيضاح ، والحقوق الكركي في جامع المقاصد ، والفالض 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 تعريف ثلاثة أو أربعة للمدعى : إنه الذي يترك لو ترك ، وإنه الذي يدعى خلاف الأصل ، وإنه الذي يدعى خلاف الظاهر ، ونحو ذلك ، والمنكر بعكسه . بحكم المضايقة بينهما .

(٢) يلاحظ (الجواهر) في هذا الباب فإنه يستعرض عامة تعريف المدعى والمنكر .

(٣) كالمحقق في (شرائعه) بنفس الباب ، فإنه لم يذكر تعريفه بخلاف الظاهر . ولعله لما ذكره في (الجواهر) : «ما لا ينبغي صدوره ضرورة عدم منافاة أكثر الدعاوى للظاهر الذي هو مقتضى العادة ونحوها».

والمراد بالأصل : هو القاعدة الشرعية المعتمول بها في الواقعة المخصوصة سواء كان من الأصول الأولوية العملية كأصالة البراءة وأصالة العدم واستصحابه ، أم الثانية كأصالة الصحة ونحوها ، أو الظواهر المعتبرة كقاعدة اليد ونحوها ، فالمدار في كل خصومة على ما هو مقتضى الأصل المعتمول به فيها ، فمن يكون قوله مخالفًا كان مدعياً.

وبعد تبيّن معنى الأصل الموجب لصدق المدعي على من كان قوله مخالفًا له ، ظهر لك عدم ورود ما قيل عليه . كما في الجواهر . من إجمال التعريف به : «لأنه إن كان المراد مخالفة مقتضى كل أصل بالنسبة إلى تلك الدعوى ، فلا ريب في بطلانه ضرورة أعمية المدعي من المخالفة للأصل ، فإن كثيراً من أفراده موافقة لأصل العدم غيره ، ولكنها مخالفة لأصل الصحة ونحوه ، وإن أريد مخالفة أصل في الجملة ، فلا تمييز فيه عن المنكر الذي قد يخالف أصلاً من الأصول»^(١) انتهى .

ضرورة أنه لا مسرح ولا بحري للأصل الأولى بعد حكمة الأصل الشانوي عليه حتى تكون مخالفته مناطاً في الصدق ، ولو تنازعاً في صحة المعاملة وفسادها كان من يدعى الفساد مدعياً لمخالفته قوله الأصل المعتمول به في الخصومة وهو أصالة الصحة ، ومن يزعم الصحة منكراً لموافقة قوله له وإن كان مخالفًا للأصل الأولى وهو عدم الانتقال والتملك لعدم العبرة به

(١) قال . في ضمن النظر الرابع في أحكام الدعاوى ، في شرح قول الحقق : وكيف عرفناه فالمذكر في مقابلة : «وعلى كل حال ، لا يخفى عليك أيضاً أنه ليس شيء منها منطبقاً على معنى المدعي الذي قد عرفت وإنما المراد بتعريفه بذلك التمييز بذكر شيء من خواصه اللاحزة أو الغالبة وإن خرجت عن مفهومه ، مع أنه قد يناقش أيضاً بأن فيه إجمالاً لأنه إن كان ...» إلخ .

بعد حكميته . وهذا بخلاف . ما لو تنازعا في وقوع أصل المعاملة وعدمه فان المدعى منهما من يزعم وقوعها ، لأنه يدعي 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 أنيط بمخالفته صدق المدعى في التعريف : هو الظهور النوعي الناشيء من الغلبة ، دون ظاهر حال الشخص فإنه لاختلافه بحسب الأشخاص والأحوال غير صالح لجعله ميزانا في الصدق وعليه فيكون التعريف به أعم مطلقا من التعريف بمخالفة الأصل ، بناء على اعتبار الأصول من باب الظن النوعي ، وارادة ما يعم الظهور العرفي من التعريف بمخالفة الظاهر وان اعتبرناها من باب التبعد خرجت الأصول عن التعريف ، وكانت النسبة حينئذ بينه وبين التعريف بمخالفة الأصل عموما من وجه : يجتمعان في مورد ، ويفترقان في آخر ، كما لو ادعت الزوجة بعد الطلاق الدخول بما مع الخلوة قبله مع ادعاء الزوج عدمها ، فإنها مدعية على التعريف بمخالفة الأصل والزوج منكر ، وبالعكس على التعريف بمخالفة الظاهر لغلبة وقوع الوطء من هو حديث عهد بالعرس مع الخلوة بها باسدال الستر وإغلاق الباب الكاشفة عنه كشفا ظننا ، وكانت امارة عليه معتبرة شرعا بما دل عليها من الأخبار المستفيضة . وحيث أردنا بالأصل القاعدة الشرعية المعمولة في تلك الخصومة اندراج فيه التعريف بمخالفة الظاهر ، إن خصصناه بما كان ظهوره معتبرا شرعا ، وان عمنناه لما يشمل الظهور العرفي كان أعم من وجه ، كما يظهر من بعض في مسألة : ما لو اتفق الزوجان على إسلامهما قبل الميسىس ، واختلفا في التقارن وعدمه ، فادعت الزوجة سبق إسلامها على الزوج فيبطل به النكاح ، وادعى الزوج عدمه والتقارن فيه فالنكاح باق ، فالزوجة مدعية على التعريف بمخالفة

الأصل لمخالفة قولها له وهو أصالة عدم التقدم لا استصحاب النكاح ، لأن الأصل المعمول به في المقام إنما هو الأصل الموضوعي دون الحكي ، والزوج منكر ، وعليه فيحلف الزوج ويكون النكاح بينهما على حاله ، وينعكس الأمر على التعريف بمخالفة الظاهر بعد التقارن وندرته فتحلخ الزوجة ويطلق النكاح. (والمناقشة) بأن قول مدعى التقارن مخالف للأصل أيضا ، بعد أن كان معنى التقارن بين الشيئين هو كون حدوث أحدهما عند حدوث الآخر المعلوم كون مقتضى الأصل عدمه ، بل كل من التقارن والتقدم عنوان متزع مما يكون منشأ انتزاعه مخالفًا للأصل ، بل التأخر أيضًا كذلك بناء على أن منشأ انتزاعه هو حدوث كونه مسبوقا بالآخر وحادثا بعده ، لا عدم حدوثه عنده وقبله حتى يكون موافقا للأصل وهو أصل العدم ، وحينئذ فيكون الزوج مدعيا أيضًا (فاسدة) لأن الأصل المعمول به في هذه الخصومة المنوط بمخالفته صدق المدعى . كما عرفت . هو أصالة عدم التقدم دون أصالة عدم التقارن ، لعدم ترتيب الأثر عليه وإنما الأثر مرتب على الأصل الأول ، ضرورة أن بطلان النكاح إنما يترب على تقدم إسلام الزوجة ، وعدم التقارن لا يثبت تقدم إسلامها ، بل هو أعم منه ومن التأخر المتعدد مع التقارن في الحكم من بقاء النكاح وهو واضح.

وكيف كان فالمنكر في كل تعريف : ما يقابل المدعى فيه ، وحيث ما فرض الشك في الصدق من حيث الشك في انطباق التعريف عليه وعدمه إلزم أحدهما بالبينة من دون تعين ، بناء على أن الاكتفاء من المنكر بيمنه إنما هو للتسهيل عليه في حجته وكونها رخصة في حقه . وأما على القول بالعزيمة واحتصاص الوظيفة بها ، فيشكل الحكم في حق كل منهما بإقامة البينة أو اليمين . كما سترى . والأحسن في الإحالة في ذلك على العرف . بل الظاهر : إن من عرفه بأحد التعريف المذكورة إنما رام

التعريف له بلازمه وخاصته لا التعريف له بالكتبه والحقيقة حتى ينطبق عليه طردا وعكسا ، فالكل يحومون حول معنى واحد مما هو عند العرف من معناه . ولعله عندهم هو الاخبار الجازم بما يتضمن ترتيب الحق له أو سقوطه عنه ، فإن الاخبار بذلك يسمى عندهم دعوى ، والخبر مدع ، كما أن الاخبار بما يعود ضررا 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 عرفا طلب خاص لا مطلق الطلب الذي قد ينطبق على المنكر أيضا.

(المقام الثاني)

في حكم المدعي والمدعى عليه المعير عنه بالمنكر أيضا ، وبيان وظيفة كل واحد منها ، فنقول :

إنه قد استفاض النص والإجماع على أن : «البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه»^(١) وقيل في وجه اختصاص كل منهما بما عليه من الوظيفتين هو ضعف الدعوى لمخالفتها الأصل أو الظاهر ، وقوة الإنكار لموافقتها له أو ل祌ا فلم يقنع في الدعوى إلا بالحججة القوية ، أعني البينة لبعدها عن التهمة جبرا لخبره ، واجتنأ في الإنكار بما لا يكون في القوة كالبينة وهو اليمين دفعا للتهمة المحتملة فيه ، وإن لم تبلغ قوة التهمة في المدعي ، فاقتضت المناسبة ذلك تعديلا للميزان وعلى كل حال ، فمن المعلوم أن النصوص المفصلة واردة في مقام البيان بنحو التفصيل لما بين

(١) ومنطلق النصوص والإجماعات هو النبوي المشهور المذكور في عامة كتب الحديث من الفريقيين في باب القضاء : «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه».

بنحو الإجمال : من الميزان للحكم وحصر القضاء به في قوله (ص) : «إِنَّمَا أَقْضِي بَيْنَكُمْ بِالْبَيِّنَاتِ وَالْأَيْمَانِ»^(١) فتكون مبنية لوظيفة كل منها بنحو القاعدة الكلية ، فالقضاء بغيرها أو بغير التفصيل فيها خروج عن موازينه.

نعم قد تخصصت القاعدة . كما قيل . بجملتها : الأولى والثانية في موارد : بعضها متعلق بالأولى ، وهي (البينة على المدعى) فيقبل قوله بلا بينة : إما مطلقا ، أو مع اليمين ، وبعضها متعلق بالثانية بمعنى أنه منكر لا يمين عليه أو يمين لا على المنكر ، بل على المدعى . أما الأول ففي موارد : (منها) : دعوى الأمين تلف العين المقبوضة له بنحو الأمانة الشرعية أو المالكية ، فإنه يقبل قوله في التلف ، ولو مع يمينه ، ولا يطالب بإقامة البينة عليه . ويدل عليه . مضافا إلى الإجماع المستفيض . المرسل عن الصادق (ع) وفيه : «عن المودع إذا كان غير ثقة : هل يقبل قوله؟ قال : نعم ولا يمين عليه»^(٢) وخبر مساعدة عنه (ع) : «ليس لك أن تؤمن من خانك ، ولا تتهمن من ائتمنت»^(٣) وخبر ابن زياد عنه عن أبيه : «أن رسول الله (ص) قال : ليس لك أن تتهمن من ائتمنته ولا تؤمن الخائن»^(٤) وضعف السندي منحبر بما عرفت

(١) راجع : الوسائل ، كتاب القضاء باب ٢ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث ١. وتنتمي الحديثة : «وبعضكم أحن بحجتيه من بعض فأيما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له به قطعة من النار».

(٢) الوسائل : كتاب الوديعة باب ٤ في أحكامها حديث (٧).

(٣) نفس المصدر الآتف حديث (٩).

(٤) المصدر الآتف حديث (١٠) بتكميلة جملة : وقد حررته.

وان اشتمل الأول على عدم اليمين كما عن بعض ، إلا أن الأقوى قبول قوله معها ، لعموم ما دل على حصر القضاء بميزانه من البيينة أو اليمين مع عدم معلومية الجابر له من هذا الخصوص حتى يخصص به ما دل بعمومه على الحصر .

هذا مع إمكان أن يقال إنكار المالك للتلف مرجعه في الحقيقة إلى دعوى خيانة الأمين واتهامه ، كما لعله تشعر به الأخبار المتقدمة مع انطباق التعريف عليه أيضا ، لأنه لو ترك ترك ، وكان قوله مخالفا للأصل والظاهر من عدم الخيانة ، الحكم على أصلية عدم التلف ، والأمين منكر وليس هو إلا مخبرا بما يتحقق به انتهاء حق المطالبة والاسترداد للعين من المالك .

ضرورة أن العين غير مضمونة على الأمين ، بل يجب ردتها ما دامت موجودة لا مطلقا ، حتى يجب رد بدلها مع التلف ، فلم تتحقق الخصومة من المالك معه إلا بدعوى أحد أمرين : إما التعدى مع تصديقه التلف أو اتهامه بالخيانة مع تكذيبه ، وعلى التقديرين فهو مدع والأمين منكر . وعليه فلم يكن المورد مما خرج عن القاعدة . كما قيل . واتضح به وجه توجّه اليمين عليه أيضا ، لأنه من يمين المنكر في قبول قوله مع الخصومة وليس الوجه فيه هو تعسر إقامة البينة عليه حتى يتوجه القول بالتفصيل . كما عن الشيخ . بين ما لو استند إلى مسبب ظاهر كالحرق والغرق ونحوهما وعدمه ، سواء استند إلى سبب خفي كالسرقة ونحوها أو لم يذكر السبب أصلا ، مع أن ترك الاستفصال في الأخبار يقتضي القبول مطلقا .

ومنها : دعوى الوديعي رد الوديعة إلى المالك مع إنكاره فإنه يقبل قوله على المشهور شهرة عظيمة ، بل الإجماع محكي عليه مستفيضا ، والنصوص المستفيضة شاملة له أيضا ، ولا كذلك في دعوى الوكيل الرد

على الموكِل ، والمستعير الرد على المعير على الأقوى ، وان كانت العين بيدهما أمانة بالمعنى الأعم. وقيل كما في (الجواهر) وغيره في الفارق بين الوديعة وغيرها في ذلك انا هو النص والإجماع المفقودان في غير الوديعي من الأمانة

قلت : وهو وان كان كذلك إلا أنه يمكن تطبيق كل من القبول في الوديعة وعدمه في غيرها على القاعدة ، بتقرير : أن إنكار الرد في الوديعة مرجعه في الحقيقة إلى إنكار أصل الحفظ الذي ائتمنه المالك عليه واستنابه فيه. وليس الحفظ في غيرها إلا مستبعة للأغراض المقصودة بالذات من عناوينها والعلة الغائية لإيجادها ، فإن عقد الوكالة مفاده الاستنابة على التصرف دون الحفظ وان استبنته ، ومفاد العارية هو التبرع بالمنفعة أو الانتفاع . وأما الوديعة فالعلة الغائية لها والمقصود الأصلي فيها ليس الا نفس الحفظ الذي ائتمنه عليه ، ولذا عرّفوها بأنها الاستنابة على الحفظ ، والوكالة استنابة على التصرف ، فالحفظ في الوديعة كالتصريف في الوكالة في أن المالك ائتمنه عليه وإن اطمأن بحفظ الوكيل لما له المسبب عن اطمئنانه بأمانته ، فهو أمين عنده في حفظه لا أمين له فيه بحيث ائتمنه عليه ، وإنكار الرد خارج عما ائتمنه عليه في غير الوديعة وان كان مرجعه إلى إنكار الحفظ ، فيبقى تحت قاعدة البينة على المدعى ، لأن الرد فعل خارجي يدعى الوكيل أو المستعير . مثلا . على المالك فيطالب بالبينة . ومنها : دعوى المالك إبدال النصاب في أثناء الحول لئلا تتعلق به للزكاة أو يكلف بأدائها فإنه يصدق قوله فيه بلا يمين وكذا لو ادعى الدفع إلى المستحق إجمالاً فيما كما في (وسائل البغدادي) وغيره ، وهو كذلك لذلك ولأن التصرف . وهو الإبدال في الأول . من شئون المالكية ، وفي الثاني مما يملكه بالولاية التي هي ثابتة للمالك كولاية التبديل والعزل بالقسمة ، فيندرج تحت قاعدة (من ملك شيئاً ملك الإقرار به) بل المالك فيهما منكر لما يدعى عليه

الحاكم من اشتغال الذمة بالدفع ، سيمما في الأول الذي يوافق قوله الأصل وهو عدم تعلق الركبة بماله أو عدم التكليف بأدائه ، مع أنه . ولا سيمما في الثاني . مما يتعرّض أو يتغافل إقامة البينة عليه لإمكان احتسابه من الدين الذي له على المستحق ، وسقوط اليمين فيهما لكون الدعوى عليه من الحكم غير جازمة لاحتمال الفراغ أو عدم التعلق ، سيمما مع كونه مصدقاً فيهما واستصحابه بقاء العين وعدم الإبدال في الأول لا يثبت إدارة الحول على الموجود أو كونه فيه.

ومنها : دعوى المالك نقصان ما خرّص عليه المصدق لينقص بحسب ذلك ما قرر عليه من الركبة ، بل هو منكر لما يدعى عليه المصدق من بلوغ القدر المخروص المنبعث عن الحدس والتخيّل ، لموافقتها للأصل ومخالفة قول المصدق له .

ومنها : دعوى الذمي الإسلام قبل الحول ليتخلص من الجزية ، فإنّه يقبل قول كلّ منهما ، ويصدق بلا يمين . للإجماع الحكيم فيهما أيضاً في (الوسائل) وغيره ، وسقوط اليمين فيهما ، لما عرفت من كون الدعوى غير جازمة ، والأصل يقتضي البراءة ، مع أن الدعوى في الثاني أيضاً ما لا تعلم إلاّ 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 الجزایا ضمن كتاب الجهاد ، فصل في كيفية عقد الجزية ، آخر الفصل : «إذا أسلم الذمي بعد الحول سقطت عنه الجزية» ويشير السيد الماتن . قوله . بتعليق (الجب) إلى الحديث النبوي المشهور : «الإسلام يجب ما قبله والتوبة تجحب ما قبلها» قال الجزمي في النهاية بعد ذكر الحديث . : «أي يقطعان ويمحوان ما قبلهما من الكفر والمعاصي».

ومنها : دعوى الصبي الحري الذي ظاهره البلوغ بالنبات : الاستنبات بالعلاج ، ولم يكن عن بلوغ ليتحقق بالذري في عدم القتل. وعن بعض عدم قبول قوله الا بالبينة ، لأن النبات ظاهر في البلوغ اعتبره الشارع إمارة عليه ، فهو مقدم على الأصل فيه ، فهو مدع لمخالفة قوله له ، فيطالب بالبينة عليه ، والأقرب فيه القبول احتياطا في الدماء لأنه لو لم يسلم فليس إلا القتل ، ولا أقل من كونه موجبا للشبهة التي تدرء بها الحدود بعد أن كان المجعل امارة على البلوغ اثما هو النبات بنفسه لا مطلقا ، وحيث احتمل كونه غيره أو جب دعواه الشبهة الدائرة للقتل.

نعم لو ادعى الاستنبات لإبطال ما أوقع من عقد أو إيقاع ، فإنه لا يقبل قوله حيث إن إلا بالبينة ، لسلامة الامارة فيه مما يوجب عدم العمل بما من الشبهة الدائرة للحد.

ومنها : دعوى البلوغ والأقوى تقييدها بدعوى الاحتلام دون السن لعدم تعذر إقامة البينة عليه بخلاف الاحتلام الذي لا يعلم إلا من قبله فإنه يقبل فيه لأنه لا يمكن إقامة البينة عليه ، فلو توقف عليها لزم الحرج والضرر المنفيان : آية ورواية^(١).

وبالجملة : سماع الدعوى في مثل ذلك اثما هو للضرورة التي تتقدّر بقدرها ، وهي متحققة في دعوى الاحتلام دون السن.

اللهم إلا أن يقال بتعرّف البينة غالبا عليه أيضا ، فيتحقق المتعسر غالبا بالمتذر في القبول. ولعله لذا عن بعض قبول قوله فيه مطلقا من غير تقدير باختصاصه بدعوى الاحتلام ، فتأمل وكيف كان ، فلا يعين عليه

(١) إشارة إلى قوله تعالى في نفي الحرج . كما في سورة المائدة : «**مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ**» وقوله (ص) في نفي الضرر : «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام».

لأنها ضربت على المنكر دون المدعى ، وللزوم الدور ، لتوقف اعتبارها على البلوغ فلو توقف البلوغ عليها دار : (لا يقال) سماع الدعوى مشروط ببلوغ المدعى والشأن فيه ، فيدور أيضا (لأنا نقول) : ما دل على القبول في المقام من الضرورة يدل على القبول فيه من دون شرط ، فيكون خصصا لما دل على شرطية البلوغ لسماع الدعوى وبما ذكرنا يظهر لك الوجه في قبول قول المدعى لكل ما لا يعلم إلا من قبله كدعوى البراءة مما يتعلق بالحيض والطهر كالعدة وغير ذلك مما يتعدى الاطلاع عليه ، ولكل ما يوجب الشبهة الدائمة للحد احتياط في الدماء.

ومنها : دعوى من عليه الحق الإعسار حيث لا تكون الدعوى مالية ولا مسبوقة باليسار ، فان المشهور . كما قيل . على قبول قوله بيمنيه بلا بينة ، مع أنه مدع لما يوجب سقوط المطالبة من العسر المفسر بالضيق والشدة في مقابل اليسر المفسر بالسعة ، و بما ضدان وجوديان لا ينتقضان فلا يثبت بالأصل حتى يكون مدعاه منكرا في الحقيقة لموافقة قوله له ، بل هو مدع لمخالفة قوله إياه ، وحيث علق الانظار عليه في الآية الشريفة ^(١) كان شرطا في وجوبه . فلا بد من إحرازه لتوقف الحكم به على تتحققه لكونه شرطا لما علق عليه من الانظار ، مضافا إلى ما ورد في الأخبار : «من أن عليا (ع) كان يحبس على الدين ثم يفتش عن ماله فان وجد والا أطلقه وأنظره إلى الميسرة» ^(٢) ولو لا حواز المطالبة بالحق عند الشك في الإعسار لم يكن للحبس وجه قبل التبين (لا يقال) : مقتضى المفهوم

(١) إشارة إلى آية (٢٨٠) من سورة البقرة «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرْهُ إِلَى مِيَسَّرَةٍ».

(٢) راجع . بهذا المضمون في الوسائل آخر : كتاب الحجر باب ٧ حديث (١).

من جعل الميسرة غاية هو كون اليسار شرطا لجواز المطالبة فيتوقف ثبوته على تتحققه والأصل عدمه (لأننا نقول) : جعل اليسير غاية إنما هو لبيان انتهاء زمان الانظار بانتفاء شرطه ، وهو الإعسار ، لا لكونه شرطا في تركه المرادف للمطالبة ، فهو كدخول الليل المجموع : غاية للصوم الواجب في النهار المنتفي هو بانتفاء زمانه المنكشـف بدخول الليل. وكذا الحكم المعلق على السكون . مثلا . المنتفي بالحركة ، فإنه لانتفاء شرطه . وهو السكون . لا لخصوصية في الحركة من حيث هي حركة أوجبت انتفاء الحكم أو ثبوت ضده فاتضـح الجواب عما توهـم من دوران الأمر ، بين كون الإعسار شرطا لأنـظار . كما يستفاد من منطق الآية . أو كون اليسار شرطا للمطالبة . كما يستفاد من مفهومها الثابتة حجيـته.

وهذا أقصى ما يمكن أن يستدل به على عدم قبول قوله إلا بالبيـنة . كما عن بعض . إلا أن الأقوى ما عليه المشهور من قبول قوله بيعينه لكونه منكرا لوجود ما يتمكن منه من الوفاء ، وان كان الإعسار المفسـر بالضيق والشدة أمرا وجوديا بعد أن كان مناط صدقـه إنـما هو بفصلـه العـدمـي .

توضـيـح ذلك : ان العـسر واليسـر المفسـرين بالضيق والسعـة ، وانـ كانوا أمـرين وجـودـين ، إلا أنهـما يدورـان مـدار فقدـ المـال ووجودـه ، وامتـياـز العـسر عنـ ضـدـه إنـما هو بـفصـله العـدمـي منـ فقدـ المـال أـصـلا أوـ فقدـ مـقدـار ماـ به يـتحقـق الـيسـير ، ضـرـورة أنـ منـ عنـده مـال لاـ يـزيدـ علىـ مؤـنتهـ الشرـعـية وضرـورةـ مـعيـشـتهـ هوـ معـسـرـ شـرـعا ، وـمنـاطـ صـدقـهـ عـلـيـهـ إنـماـ هوـ فـقدـانـ ماـ زـادـ عـلـيـهـ لاـ وـجـدانـ ماـ نـقـصـ عـنـهـ ، لاـ شـتـراكـهـماـ فيـ وـجـدانـ ذـلـكـ الـقـدرـ ، وـإنـماـ الـامـتـياـزـ بـفـقدـ ماـ زـادـ عـلـيـهـ وـوـجـدانـهـ ، فـالـاعـسـارـ ، وـانـ كـانـ وـجـودـيـاـ ، إلاـ انـ اـمـتـياـزـهـ عـنـ ضـدـهـ بـفـصلـهـ العـدمـيـ المـأـخـوذـ فيـ صـدقـهـ ، وـلمـ يـكـنـ مـلـحوـظـاـ فيـ صـدقـ المـيـسـرـ إـلـاـ كـونـهـ وـاجـداـ لـلـقـدرـ الـمـوـجـبـ لـصـدقـهـ منـ غـيرـ مـلـاحـظـةـ أـمـرـ عـدـمـيـ

في صدقه وحقيقةه ، فيكون الإعسار حينئذ هو الموفق للأصل الموجب لصدق المنكر على من يكون قوله موافقا له ، فيتوجه عليه اليمين . وأما الأخبار . فمع معارضتها بغيرها وكونها حكاية فعل لا عموم فيه . محمولة على كون الدعوى مالية وكانت مسبوقة باليسار . وأما الثانية أي تخصيص الجملة الثانية المتకفلة لبيان وظيفة المنكر : من كونه منكرا لا يمين عليه أو يمين لا على المنكر ، بل على المدعى .

فالأول منها : هو كل منكر لا غرامة عليه لو أقر بما أنكره فإنه لا يمين عليه لأن المنكر إنما كان عليه اليمين ليدفع بها غرامة المدعى عن نفسه فحيث لا غرامة فلا يمين . وهو واضح ، مثاله : ما إذا كان عبد في يد إنسان فادعى على مولاه أنه اعتقه . وادعى آخر على مولاه أنه باعه منه : فان كذبها المولى ولم تكن لها بينة حلف لها أنه منكر لدعواهما وإن صدق أحدهما ثم كذب الآخر لم يحلف من كذبه لأنه لا غرامة مع إقراره فلا يمين مع إنكاره ، ضرورة أنه لو صدق المشتري . أولا . ثم أقر للعبد لم ينفذ إقراره لكونه إقرارا في ملك الغير ولا غرامة على تفويت الحرية لأنها غير مضمونة ، فحيث لا غرامة بإقراره لا يمين مع إنكاره . وهذه قاعدة مسلمة نتبه إليها الشيخ في (المبسوط) ، وكذا لو صدق العبد . أولا . لم يحلف للمشتري لانفساخ العقد بحرية العبد المسيبة عن إقراره له أولا ، فيكون من تلف المبيع قبل قبضه الموجب للانفساخ قهرا وإتلاف البائع كالتلف السماوي في سببته لانفساخ كما أسلفناه في محله ، فتكون هذه القاعدة في مجاريها مخصوصة لعموم اليمين على من أنكر . والثاني : يمين الاستظهار التي هي على المدعى 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 حيا يدعى الوفاء

لكان المدعي حيئذ منكرا عليه اليمين ، وحيث كان محتملا في حقه نزل الشارع الميت الصامت منزلة الحي المدعى للوفاء مراعيا 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 إله إلا هو : لقد مات فلان وان حقي عليه ، فان حلف وإلا فلا حق له لأننا لا ندرى لعله قد وفاه بهيئة لا نعلم موضعها؟ أو بغير بينة قبل الموت ، فمن ثم صار اليمين مع البينة»^(١) وعليه فلم يكن المورد خارجا عن قاعدة الوظيفة.

(تكميلة) : هل اليمين اعتبرت في حق المنكر إرفاقا 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 فجاءه رجل وادعها وأقام البينة العدول أنها ولدت عنده لم يبع ولم يهرب ، وجاء الذي في يده البينة مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم يبع ولم يهرب؟ قال أبو 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 كانت له بينة وإنما 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 أبي الإمام موسى بن جعفر (ع) وهي طويلة حذف 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 ، وخصوصاً ما ورد مستفيضاً في ترجيح إحدى البيتين 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 إلى ما ورد في (حديث فدك) : من إنكار علي أمير المؤمنين (ع) على الأول ، حيث ابتدأ بطلب البينة من ذي اليد ، وكان حق الطلب أن يبتداء بسؤالها من المدعى وهو المسلمون^(١) ولو كانت البينة من ذي اليد غير مقبولة ولا مسموعة ، لكن الإنكار عليه بعدم القبول وعدم الحجية أولى من الإنكار بابتداء الطلب منه ، وهو واضح ، بل الظاهر كون ذلك من المسلمات عندهم ، حيث اختلفوا في تقديم بينة الخارج على على بينة الداخل أو بالعكس مطلقاً ، أو على التفاصيل الآتية : من الإطلاق والتقييد ، وذكر السبب وعدمه ، وما يمكن فيه التكرر وما لا يمكن ، المعلوم ابتناء ذلك كله على حجية بينة المنكر من دون نكير عليهم ، وليس ذلك إلا لكون بينة المنكر معتبرة أيضاً ، فيكون خيراً بين اليمين وإقامة البينة ان أراد دفع كلفة اليمين عن نفسه ، بل عن بعض : جواز إقامة البينة عند الحاكم تسجيلاً لثبت حقه خوفاً من تعذر إقامتها لو ظهر مدع عليه. (لا يقال) : إن مرتبة المنكر لإقامة حجته متأخرة عن مرتبة المدعى لإقامة حجته ، بل مشروطة بعدم الحجة للمدعى ، ولذا لا يعين على المنكر بعد إقامة المدعى بيته ، فكيف يكون المنكر خيراً في حجته بين البينة واليمين؟ (لأننا نقول) مع أنه اجتهاد في مقابل النص الوارد في تعارض البيتين مع كون العين في يد أحدهما ، يدفعه أن المنكر حيث لا بينة للمدعى خيراً

وأحكام الدعوى ، حديث (٤).

(١) تقدمت الإشارة إلى هذه الحاجة في رسالة : (قاعدة اليدين).

بين إقامة البينة أو اليمين . ومعها وإن كان لا يطالب باليمين لأن الإلحاد حق المدعي يضطر إليه عند الحاجة ومع البينة لا حاجة له إليه ، إلا 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 المعارضتها بمثلها ، غير أنه على الثاني يمكن أن تكون فائدة بينته دفع بينة المدعي ، فيكون المورد بعد الاسقاط كما لو لم تكن بينة للمدعي ، ويمكن ترجيحها باليد على بينة المدعي بناء على تقدم بينة الداخل على الخارج . فاتضح بما ذكرنا أن اليمين حيث تتوجه على المنكر إنما هي من باب الإرافق لا حصر الحجة بها ، والله العالم .

وأما النبوى ، فمع كونه محمولا على الغالب ، يتحمل أن يكون ناظرا إلى ما هو للمدعي وعليه من الميزان لقطع الخصومة التي هي من حقوقه ولذا لو تركها لترك من البينة عليه واليمين له على المدعي عليه . ولذا كان الإلحاد متوقفا على طلبه لأنه من حقوقه وإن توقيف استيفاؤه على الحاكم وكان له الاكتفاء باليمين مع تمكنه من البينة ، فمساق الحديث : البينة على المدعي وله اليمين على من أنكر ، وليس ناظرا إلى حصر إثبات حق المنكر باليمين .

وأما خير منصور بن حازم ، فمع كونه مرميأ بالضعف ، غير مكافء لما دل على الترجح في صورة التعارض بالمرجحات الآتية المستلزم لقبول بينة المنكر لو انفردت بنفسها ، فيختص لو بني على العمل به بمورده من إلغاء بينة المنكر مع قيام بينة المدعي لا مطلقا ، وإن كان التعليل فيه يقتضي العموم .

(المقام الثالث)

في التداعي وبيان جملة من أحکامه ، فنقول : لو تداعيا في ملكية عين : فلا يخلو :
اما أن تكون العين بيديهما أو بيد أحدهما أو بيد ثالث غيرهما أو لا يد لأحد عليها. وعلى
التقادير : فاما أن لا تكون لها بينة أو كانت ولكن لأحدهما دون صاحبه أو لها معا ،
، فهنا صور أصولها أربعة ، وأقسام كل أصل منها ثلاثة :
الصورة الأولى . ما لو كانت العين بيدهما ، وهي على أقسام :

(القسم الأول) : إذا لم تكن لها بينة فالحكم فيه بعد التحالف التنصيف لكون كل
منها مدعيا من جهة ومدعى عليه من جهة أخرى لأنه منكر لما يدعى عليه صاحبه من
الاختصاص 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 بنحو
الاستقلال وأنه من تزاحم البدلين في توجيه اليمين على كل منهما والقضاء بالنصف عليهم.
وهو على الأول واضح لتغاير موضوع ما به يكون مدعيا لموضوع ما به يكون منكرا فإنه في
الأول هو النصف الذي في يد صاحبه ، وفي الثاني هو النصف الآخر الذي في يده ، وتغاير
الموضوع شرط في صدق العنوانين على واحد وعلى الثاني : فقد يتوهם الإشكال في صدقهما
على كل منهما مع كون العين في يدهما ، فان موضوع ما يدعى ملكية جميعه . وهو العين .
عين ما يدعى الآخر ، فكيف يكون مدعى عليه فيما يكون فيه مدعيا ، إذ ليس هو إلا
ملكية الجميع يدعىها كل منهما. الا أنه مدفوع بكفاية التغاير بالاعتبار في صدق العنوانين
عليه ، إذ العين التي في يديهما مربوطة بعدهما بمقتضى اليد عليها ، فكل منهما بدعواه
الاختلاف به يدعى على صاحبه خلاف

ما تقتضيه يده من الربط به ، فكل من حيث الربط الحاصل له به باليد مدعى عليه ، وبالنسبة إلى الربط الحاصل للأخر بما مدع ، ضرورة أن مقصود كل منهما في دعواه انتزاع العين من يد الآخر ليستقل بها.

وبعبارة أخرى : اليد يدان : يد مستقلة ، ويد مزاجمة بمثلها ، ومفاد كل منهما غير مفاد الأخرى ، لأن مفاد الأولى هو الملكية المستقلة بمعنى استقلال مالكها بها ، ومفاد الثانية هو الملكية غير المستقلة ، فمفاد 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 مدعيا على الآخر ، والآخر مدعى عليه وهذا القدر من التغاير كاف في صدق العنوانين على كل منهما.

وان أبيت عن ذلك ، فلنقرر المطلب بتقرير آخر ، وهو أن اليد وغيرها من الأمارات المعتبرة شرعا في الأحكام كخبر الواحد والإجماع المنقول مثلا ، أو في الموضوعات كالبينة واليد ونحوها هي أمارات على مؤدياتها مفيدة لها دالة عليها عرفا ، غير أنها لما كانت ظنية غير علمية احتجاج إلى إمضاء الشارع للعمل بدلاتها ، فابجعلوه منه هو اعتبار الدلالة لا كونها دالة ، وحيثند فاليد ان كانت مستقلة كانت دالة على الملكية المستقلة وان كانت مزاجمة بمثلها كانت دالة على النصف كذلك عرفا ، والشارع جعل كلا من اليدين معتبرة في مدلولهما العرفي من الكل مستقلان في الأول وبالنصف في الثاني. وان قلنا فيه بكون اليد على الكل أيضا بعد أن كان مفادها النصف عرفا ، فكل منهما مدعى عليه لمفاد يده. هذا ومرجعه في الحقيقة إلى ما ذكرناه أولا ، ضرورة أن النصف المشاع مستقلان عن الكل لا بنحو الاستقلال ، فالمملوكة المتعلقة بالكل لا بنحو الاستقلال : ان تم نقصانها في الفرض من حيثيتها الاستقلالية تولد منه كسر من الكسور التسعة

وهو النصف مثلا ، فلا نقض في الفرض بالنسبة إلى الملكية وإنما النقض بالنسبة إلى الاستقلال وعدمه.

وهما ذكرنا يظهر لك موقع التأمل في كلام شيخنا في (الجواهر) حيث قال : «وقد يناقش بعدم اندراجهما في القاعدة المزبورة إذ الفرض أن يد كل منهما على العين لا نصفها ، ضرورة عدم تعقل كونها على النصف المشاع إلا بكونها على العين أجمع في كل منهما وحيثئذ فلا مدعى عليه منهما ، ضرورة تساويهما في ذلك ، الا أن الشارع قد جعل القضاء في ذلك بأن العين بينهما ، كما سمعته من النبوى المرسل فالنصف هو القضاء بينهما في الدعوى المزبورة التي كان مقتضى يد كل منهما الكل ، ومنه يظهر لك عدم كون كل منهما مدعيا لنصف الآخر ومدعى عليه في نصفه كي يتوجه التحالف ، بل المتوجه إلغاء حكم يد كل منهما بالنسبة إلى تحقق كونه مدعى عليه ، ويكون كما لو تداعيا عينا لا يد لأحد عليها ولا بينة لكل منهما ، فان القضاء حيثئذ بالحكم بكونها بينهما لكون الدعوى كاليد في السبب المزبور المحمول على التنصيف بعد تعذر إعماله في الجميع للعارض الذي هو استحالة اجتماع السببين على مسبب واحد ، إذ لا وجه لاستحقاق كل منهما اليمين على الآخر ، ضرورة عدم كونه مدعى عليه بعد عدم يد له على العين يراد رفعهما عنه ، فقول كل منهما : هي (لي) دعوى بلا مدعى عليه فلا يمين فيها فتأمل جيدا ، فإنه دقيق نافع. أو يقال في الفرض باعتبار ثبوت اليد لكل منهما على العين مدعى عليه ، لو كان مدع خارج عنهم ، وإنما فلا يتصور كونه منهما بعد أن كان مع كل منهما عنوان المدعى عليه لمعلومية التبادل بين المدعى والمدعى عليه ، ومن هنا كان التحالف إذا كان كل منهما مدعيا منكرا بمعنى أنه مدع لشيء ومنكرا 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 لترجم أحدهم السببين كالترجح بما لاحدى البيتين وان ترتب عليه كون العين للحالف منهما»^(١) انتهى واما ذكرنا كلامه بطوله لتقف على موقع التأمل فيه وبذلك يظهر الوجه في إخلاف كل منهما للآخر إن أريد القضاء بالنصف عليهم قطعا للخصوصة الواقعة بينهما ، لأن كلاما منهما مدعى عليه ويمينه يمين المنكر ، خلافا للمحكي عن (الخلاف) والغنية والكافى والإصباح وظاهر الشرائع في الحكم بالتصنيف من دون يمين ، بل عن الأولين : دعوى الإجماع عليه مؤيدا بظاهر النبوى المرسل : «ان رجلين تنازعا في دابة ليس لأحدهما بينة فجعلها النبي (ص) بينهما»^(٢) إلا أنهما موهونان بالإرسال ، ومصير معظم إلى الخلاف من لزوم التحالف ، مع كون المرسل ، وإجماع الغنية ليس فيها إلا عدم التعرض لليمين ، وهو أعم من عدمها ، فلا موجب لتخصيص ما دل على حصر القضاء بالميزان من البينة أو اليمين ، ثم ان حلفا أو نكلا مع الرد أو بدونه قضي بينهما وإن فهو للحالف منهما.

هذا وقد يتوهם النقض بعدم اليمين في نظير المقام من التداعى في مسائل تعرضوا لها

في الصلح :

منها : مسألة ما لو أودعه إنسان درهرين وآخر درهما وامتنج الجميع

(١) راجع ذلك في : كتاب القضاء النظر الرابع في أحكام الدعاوى المقصد الأول في دعوى الأموال ، في شرح قول الحق (مسائل : الأولى لو تنازعا عينا في يدهما ولا بينة).

(٢) أي النبوى ودعوى الإجماع : فالأول موهون بالإرسال ، والثانى بعدم تتحققه.

ثم تلف درهم كان لصاحب الدرهمين درهم ونصف ، وللآخر نصف درهم لخبير السكوني عن الصادق (ع) ، المنجبر بالعمل ، وفيه : «عن رجل استودعه رجل دينارين واستودعه آخر ، دينارا فضاع دينار منهما؟ فقال : يعطى صاحب الدينارين دينارا ويقتسمان الدينار الباقى بينهما نصفين»^(١).

ومنها : ما لو كان لواحد ثوب بعشرين درهما وللآخر ثوب بثلاثين درهما ، ثم اشتبها ، فان خير أحددها صاحبه فقد أنصفه ، وان تعاسرا بيعا وقسم ثنتهما بينهما أحmasa : أعطى خمسان لصاحب العشرين وثلاثة أحmas لصاحب الثلاثين ، لخبير إسحاق بن عمار عن الصادق (ع) : «في الرجل ببعضه الرجل ثلاثين درهما في ثوب ، وآخر عشرين درهما في ثوب فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه؟ قال : يماع الثوبان ، فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أحmas الشمن والآخر خمسا الشمن. قلت : فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين : اختر أيهما شئت؟ قال : قد أنصفه»^(٢).

ومنها : ما لو كان معهما درهمان فادعاهما أحددهما وقال الآخر : هما بيبي وبينك ، كان لمدعاهما درهم ونصف ، وللآخر نصف درهم ، لمصححة عبد الله بن المغيرة : «عن غير واحد من أصحابنا عن أبي عبد الله (ع) في رجلين كان معهما درهمان ، فقال أحددهما : الدرهمان لي ، وقال الآخر :

هما بيبي وبينك؟ قال فقال أبو عبد الله (ع) : أما الذي قال هما بيبي وبينك ، فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شيء وأنه لصاحب ، 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 محمد بن أبي حمزة^(١) ولا يمتن في هذه النصوص المنجبرة بالعمل الحاكمة بالقسمة المقدمة. وان استقرب التحالف في الأخير في محكى (الذكرة) حيث قال : «الأقرب أنه لا بد من اليمين فيحلف كل واحد منها على استحقاق نصف الآخر الذي تصادمت دعواهما فيه فمن نكمل منها قضى به للأخر ولو نكلا معاً أو حلفاً معاً قسم بينهما نصفين»^(٢) واستحسنه في محكى (المسالك).

إلا أنه مدفوع : (أولاً) بوضوح الفرق بين تلك الفروع ولا سيما الأولين منها ، وبين محل البحث المأمور فيه كون الدعوى من كل منها بنحو البت ودوران الاحتمال في المدعى به بين كونه لهما بالإشاعة أو لكل منها بالاستقلال المتغرين في المسألة الأولى والثانية قطعاً ، لعدم الجزم بما يدعى كل منها بسبب الاشتباه وعدم احتمال الإشاعة في المشتبه منها معلومة كونه : إما له أو لصاحبه (وثانياً) بإمكان دعوى خروجهما عن عنوان التداعي بحصول الشركة الحكيمية بالاشتباه الملحق بالمنزح الحقيقي والعرفي في سببته لها بناء على القول به ، لوجود المناطق الموجب لها من عدم التمييز فأدت الضرورة إلى الحكم فيه أيضاً بالشركة الحكيمية دون الحقيقة التي هي بمعنى الإشاعة في الكل لبقاء كل من المالين على ملك مالكه على الأقوى ، وكانت الشركة بينهما على نسبة المال ، ولذا لو ابتعت بمجموع الدرهم الثلاثة سلعة كانت الشركة فيها أثلاً ثالثاً ، لكن بالإشاعة لكونه معيضاً عن مجموع الثمن الذي له فيه الثالث ، بخلاف ما لو اشتراها بواحدة منها فإن الشركة فيها على حد الشركة في ثمنها من

الحكيمية لقيام

(١) في المصدر الآنف ، أخر الحديث إشارة إلى المرسلة المذكورة.

(٢) آخر كتاب الصلح بعنوان : مسألة : لو كان في يد شخصين درهمان ، فادعواهما أحدهما وادعى الآخر واحداً منها ..

المشمن مقام الشمن في دوران الاشتباہ بين کونه : إما له أو لصاحبہ.
 (لا يقال) ان مقتضی الشركة في مسألة الوديعة هو الحكم بالتشییث في القسمة بينهما دون التنصیف الذي حکم به الخبر الوارد فيها بتنصیف الدرهم بينهما فیعطی لصاحب الدرهین درهم ونصف ولآخر نصف درهم فیرجع إلى الترییع في الإنصال الأربعة من الدرهین الموجودین دون التشییث فيما الموجب لتخریج الخبر مخرج الصلح القهري تعبدا (لأننا نقول) مقتضی الشركة الحکمية التي هي لا بنحو الإشاعة في قسمتها بعد تلف البعض : هو ما حکم به الخبر من تنصیف المرد المتشبہ بينهما لو كانت الشركة بين اثنین ف تكون الروایة جاریة على القاعدة في قسمة أمثالها ، لا على خلافها تعبدا.

ضرورة أن القسمة إنما ترد على المتشبہ المرد بينهما ، دون ما هو معلوم لواحد منهما بعد أن كان معنی التقسیم هو إعطاء كل ذي حق حقه من المال فیعطی لصاحب الأکثر ما هو له على التقدیرین ، سواء كان التالف منه أو من الآخر كصاحب الدرهین المعلوم کون الواحد منهمما له على كل حال ، فلا قسمة فيه ، وإنما القسمة في الواحد المرد بينهما ، ومقتضی الشركة فيه بين اثنین تنصیفه بينهما ويكون التلف منهما بقدر ما لو ضم إلى ماله من الموجود كان طبقا لما كان له قبل التلف فيكون حکم التالف في التوزیع حکم الموجود في القسمة من التعلق بالقدر المرد بينهما بحیث لو كان التالف مضمونا ، كما لو كان المزج بتعد منه ، كانت القسمة في بدلہ على نسبة القسمة في الموجود المرد.

توضیح ذلك : ان خلط المالین المتماثلين بحیث یرتفع التميیز بالاشتباه لا یخلو : أما أن یختلفا في القدر أو یتساویا فيه. وعلى التقدیرین : فاما أن تكون الشركة الحکمية بين اثنین أو أكثر والحكم في جميع صورها : هو ما ذكرنا : من قضاۓ الضرورة إعطاء حکم الشركة في الجميع قبل

التلف على نسبة السهام فيه ، للاشتباه الدائري في الكل الموجب لتعذر التعيين ووقوع قسمة الموجود منه بعد التلف على المردد المشتبه بين الشركاء على نسبة عددهم : من التنصيف بين الاثنين والتشليث بين الثالث 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.

ولنجد توضيح ذلك بالمثال : كما لو كان لواحد درهم والآخر 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 درهمين كان لصاحب التسعة سبعة دراهم باليقين ، وعليه من التالف واحد كذلك ولو 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 أو ضم 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 درهمان وتلف منها أربعة دراهم ، كان لصاحب الشمانية 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 تساوياً في قدر المال فيقسم الموجود بينهما بالسوية ، ويوزع التالف عليهم كذلك. ولو كان الشركاء أكثر من اثنين وبالنسبة إلى عددهم في قسمة الموجود بينهم وتوزيع التالف عليهم بالتشليث أو التربع أو التخميس ، وهكذا. والقسمة في الشوبين المشتبهين تقع في ماليتهما على نسبة ملك الثمنين فتحصص أحمسا

ويعطى لصاحب العشرين خمساً ، ولصاحب الثلاثين ثلاثة أحmas بموجب الشركة الحكيمية في نفس الشوبين ، غير أن القسمة لما كانت متعددة في عينيهما كانت في ثمنيهما . وبما ذكرنا اتضح لك عدم منافاة القسمة في فرض الدرهم المردود بينهما للعلم الإجمالي في كونه لأحدهما حتى يقال بكونه من الصلح القهري تعبداً.

وأما النقض بالمسألة الثالثة ، فقد يدفع بأن النص ، وان كان السؤال فيه ظاهراً في كون نسبتهما إليه بنحو الإشاعة . إلا أنه يجب صرفه عن ظاهره بإرادة اختصاص التداعي في واحد منهما بقرينة جواب الإمام ، الظاهر 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 ما في يديهما لهما بنحو الإشاعة أيضاً ، فلا يصلح النقض به . مع أن العلم الإجمالي حينئذ باختصاص ما احتضن التداعي به بأحددهما يوجب سقوط اليد من الجانبين لسقوط إحداهما بالعلم الإجمالي بأنها ليست مالكية ، والأخرى بسقوط ظهورها في تعين صاحبها بالنسبة إلى الآخر فيكون حكمها حكم ما لو تداعياً عيناً لا يد لأحد عليها : من القضاء فيه بالخلاف بعد القرعة . كما سترى . فالحكم فيه بالتنصيف من دون يمين مع أنه لم يصلح نقضاً مخالفًا للقاعدة أيضاً .

اللهم إلا أن يمنع وجوب صرف السؤال عن ظاهره بتقريب أن يقال : إن قوله في السؤال : (هما بياني وبينك) إما محمل من حيث ارادة كون النسبة إليهما بنحو الإشاعة فيهما أو إرادة الواحد منهما ، وأما الأعم منهما الشامل لهما ، وقوله في الجواب (فقد أقر بأن أحد الدرهرين ليس له فيه شيء) وان كان ظاهراً في إرادة الواحد بالعدد دون الملحق من النصفين المساوي للواحد المعتبر عنه به أيضاً ، إلا أن ذلك لم يكن مما

أقر به بقوله (هما بيني وبينك) لظهوره في الوحدة التلفيقية أو إجماله بينها وبين الوحدة العددية ، فلا تكون خصوص العددية مقترا بها ، فيصرف ظهور الجواب الى ما يرجع الى ظاهر السؤال : من كونه بينهما بالإشاعة وحينئذ فيكون داخلا في محل البحث من احتمال كون العين لهما بنحو الإشاعة فيصلح النقض به للحكم في محل البحث لعدم ذكر اليمين فيه.

توضيح ذلك : أن الواحد إذا لوحظ بلحاظ الكسور كان مرادفا لما يساويه منها ، ضرورة أن الواحد ينطبق على النصفين وثلاثة أثلاث وأربعة أرباع ، وهكذا إلى عشرة أعشار ، كما أن عشرين عشرا ينطبق على الاثنين وكذا عشرة أحمس وثمانية أرباع وستة أثلاث وأربعة أنصاف ينطبق عليه أيضا ، فيقوم كل من اللفظين مقام الآخر في التعبير ، فيقال : واحد ونصفان وثلاثة أثلاث وأربعة أرباع ، وإنما التغاير بالاعتبار.

إذا عرفت ذلك ، فنقول : قوله في السؤال (هما بيني وبينك) من غير تقييد بالتفاضل الظاهر في التساوي ينحل بعبارة أخرى إلى قوله (نصفهما لي ونصفهما لك) وله مصداقان : أحدهما الواحد بالعدد ، والآخر بالتلطيف من نصفين ، وهو : أما محمل بينهما أو ظاهر في الوحدة التلفيقية فكيف يكون ما أقر به هو الوحدة العددية فيصرف بقرينة الإقرار إلى إرادة الوحدة من حيث النتيجة المنطبقة على كل منهما . مضافا إلى لزوم مخالفة الرواية للقاعدة إن اختص التداعي فيها بالواحد بالعدد ، لما عرفت من سقوط اليدين وإرجاع حكمه إلى ما لو لم تكن يد عليها من القرعة والخلف بعدها . كما مستعرف . فلا مناص عن الحمل على اختصاص التداعي بواحد منهما ، الصادق معه أيضا باعتبار الجموع قوله : هما بيني وبينك ، مع احتمال الإشاعة أيضا بتشليث الاحتمالات فيه بكونه : إما له أو لصاحبه أو لهما معا مع كونه في يديهما ، فيكون من محل البحث .

إلا أن النقض به ليس الا من جهة عدم ذكر اليمين فيه مع الحكم بالتنصيف ، وهو لا ظهور له في العدوم بحيث يخصص ما دل على القضاء باليمين ، ولعل الترك للايكال الى ما يقتضيه ميزان القضاء من حصره بالبينة واليمين.

(القسم الثاني) : لو كانت لأحدهما بينة دون الآخر ، قضي بها لصاحب البينة ، لعموم ما دل على حجيتها ، ولا يمتن عليه بناء على أن يمين المنكر للإرفاق لا للوظيفة. ولو قلنا بالثاني وأنه يختص حجته بها لزم ضم اليمين إليها بناء على ما عليه المشهور : من أن اليد المشتركة إنما هي على النصف ، فالقضاء بالجميع له يتوقف على اعمال الوظيفتين.

اللهم إلا أن يدعى كون الترجيح بالداخل أو الخارج إنما هو لضرورة التعارض المفقود مع وحدة البينة الموجبة للعمل بمؤداها. ولعله الوجه في إطلاق من أطلق القضاء بجميعها لذى البينة من دون تقييد باليمين معها مع تصريح أكثرهم في صورة التعارض بترجح بينة الخارج.

(القسم الثالث) : لو كانت لكل واحد منهمما بينة على ما يدعى قضي بها إنما بالسوية مطلقاً أو بعد التحالف من دون ملاحظة الترجيح هنا كما عن المشهور ، ولعله عندهم لاختلاف محلهما وموضع اعتبارهما فلا ينفك عن الترجيع : اما بتنقسم بينة الخارج أو الداخل ، فبينة كل منهما إنما ثبتت ما تحت يد الآخر على الأول أو ما تحت يده على الثاني ، فالمثبت بإحداهما غير المثبت بالأخرى ، ومعه لا يرجع الى المرجحات الخارجية من الأعدالية والأكثريه. وهو حسن بناء على أن يد كل منهما على النصف ويشكل بناء على ما هو الأقوى : من كون يد كل منهما على الكل لتساويهما في الدخول ، فلا ترجيع من حيث الداخلية أو الخارجية.

وبالجملة : لا كلام في الحكم بالتنصيف ، وإنما الكلام في وجه

ذلك مع اقتضاء بينة كل واحد منها اختصاص العين به ، فبين قائل يتسلط البينتين ورجوع الفرض بعده إلى الصورة الأولى ، الا أنه لا ينبغي حينئذ اختصاص ذلك بصورة التساوي ، ومع الترجيح بإحدى المرجحات الآتية في الصور الباقيه ينبغي العمل بالراجح ، لأن التسلط في التكافؤ والتساوي بينهما ، وبين قائل بترجح بينة الخارج بالوظيفة لأن يد كل منهما على النصف فيقضى لكل منهما بما في يد غريمه ، وقائل بترجح بينة الداخل باليد فيقضى له بما في يده الموجب للتنصيف على التقديررين وان اختلفا في الاعتبار.

وتطهر الشمرة بينهما وبين الوجه الأول في كون التنصيف انما هو بعد التحالف على الأول ، وبدونه على الآخرين ، لأن المأمور فيهما انما هو مأخوذ بالبينة التي لا معنى لليمين معها.

فمن الغريب ما ذهب إليه في (التحرير) : من لزوم التحالف مع بنائه على ترجح بينة الخارج حيث قال هنا بعد الحكم بالتنصيف والقضاء لكل منهما بما في يد غريمه تقديما لبينة الخارج ما لفظه : «وهل يخلف كل واحد على النصف المحكوم به أو يكون له من غير مين؟ الأقوى عندي الأول مع احتمال الثاني» وكذا في (التنقيح) حيث فرع على الحكم بالتنصيف : أما لتقديم بينة الخارج أو الداخل بقوله : «فيكون بينهما نصفين على التقديررين سواء أقاما بينة أو لم يقيما بينة ويكون لكل منهما اليمين على صاحبه فان حلفا أو نكلا فالحكم كما تقدم ، وان حلف أحدهما ونكل الآخر قضى بها للحالف» انتهى.

ولم أروجها لذلك الا التشبيث بخبر إسحاق بن عمار : «عن أبي عبد الله عليه السلام ، أن رجلين اختلفا الى أمير المؤمنين (ع) في دابة في أيديهما وأقام كل واحد منهما بينة : إنما نتجت عنده ، فأحلفهم على (ع) فحلف

أحدهما وأبى الآخر أن يخلف ، فقضى بها للحالف ، فقبل له ، فلو لم تكن في يد واحد منهما وأقاما به البينة؟ فقال : أحلفهما فأيهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف ، فإن حلفا جمِعاً جعلتها بينهما نصفين»^(١) الخبر وهو كما يحتمل ذلك تعبداً كذلك يحتمل ابتناءه على التساقط الموجب للتحالف . كما عرفت.

(الصورة الثانية) : ما إذا كانت العين بيد أحدهما وادعاهما كل منهما ، وهي بهذا القيد تندرج في عنوان التداعي ، والا فمحرد إنكار ذي اليد لما يدعى عليه وتکذیبه فيما يدعى به قائلًا في جواب قوله (هو لي) أنه (ليس لك) لا يكون الا مدعى عليه وخارجها عن عنوان التداعي ، بل هو من قسم المدعى والمدعى عليه . فقط . ولعل من لم يعتبر بینة المنكر يريد من كان منكراً بهذا المعنى لأنها إن شهدت بما يوافق جواب المنكر كانت غير مسموعة ، لأنها نافية ، وإن شهدت بأنها له كانت غير مطابقة لجوابه : وهو أن تم خلاف ظاهر ما عليه الأصحاب في معنى المنكر المنطبق عليه تعاريفهم : من موافقة قوله الأصل أو الظاهر ، ومن لو ترك الصادق على ذي اليد مطلقاً وإن قال في جواب مدعى : هو لي ، كما يظهر من كلامهم في ترجيح بینة الداخل أو الخارج وغيره .

وكيف كان : فهذه الصورة أيضاً تنقسم إلى أقسام ثلاثة ، لأنها : اما أن لا تكون لها بینة أصلاً ، أو كانت لأحدهما ، أو لهما معاً .
اما الأول : فيقضي بها لذي اليد بعد يمينه .

(١) الوسائل : كتاب القضاء ، باب ١٢ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، حديث (٢) . وتکملة الحديث هكذا : «قيل : فإن كانت في يد أحدهما وأقاما جمِعاً بینة قال : أقضى بها للحالف الذي هي في يده» .

وأما الثاني : فيقضى بها لصاحب البينة مطلقا ، وان كان ذا اليد بلا يمين عليه . على الأقوى . ومعها ان لم يعتبر بينة المنكر .

وأما الثالث : فيبني على تقدم بينة الخارج أو الداخل . والأظهر عندي تقدم بينة الداخل لترجيحها باليد . ويحتمل . قويا . تقدم بينة الخارج لو كانت مطلقتين لمحوجية بينة الداخل باحتمال استنادها الى اليد لو قلنا بجواز الشهادة بمقادها ، لما تقدم في (قاعدة اليد) : من أن مراع تحقق الأمر المتنزع 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) : ما لو كانت العين بيد ثالث وادعها كل منهما فان صدقهما أو صدق أحدهما بعينه ، كان المصدق بحكم ذي اليد ، لقاعدة (من ملك شيئا ملك الإقرار به) فيجري عليه في الأول حكم الأولى بأقسامها الثلاثة ، وفي الثاني حكم الثانية كذلك . نعم لكل منهما أو لغير المصدق منهما إخلافه على نفي العلم بما يدعوه . فيحلف لهما في الأول ، ولغير المصدق منهما في الثاني ، لكونه مدعى عليه على التقديرتين . فيتووجه عليه اليمين لذلك ، وحيثما توجه اليمين على المصدق . بالكسر . : فان حلف والا غرم بالنكول او الحلف بعد الرد ، للحيلولة بينه وبين ما يدعوه بتصديقه ، فيغirm لكل واحد منهما بدل النصف لو صدقهما وبدل الكل لغير المصدق بالفتح . ان صدق أحدهما . ولو أقر لواحد منهما لا بعينه أقرع بينهما ، فمن خرج اسمه بالقرعة قضى بها له بيمينه لانكشف كونه ذا اليد بها ، وليس القرعة للكشف عن المالك حتى يقضى له بمحردها بعد الكشف بها عنه ، كيف ولا يزيد الإقرار على الوجدان لو كان في يد أحدهما ، فإنه . كما عرفت . يقضى له بيمينه ، وغاية الإقرار أن

المقر له بحكم ذي اليد. ولو قال في الجواب : ليست لي ولا أعرف من هي ، كان كما لو لم تكن في يد أحد لسقوط يده باعترافه وعدم نسبته إلى يد أصلا ، ولو بنحو الإجمال وحكمه حيئذ حكم الصورة الآتية. ولو كذبها وان ادعاهما لنفسه توجه اليمين لكل منهما عليه لكونه منكرا بالنسبة إلى كل منهما ان لم تكن لهما بينة : فان حلف لهما قضى بها له ، وان نكلهما أو نكل أحدهما بني على القضاء بالنكول أو بعد الرد. وان كانت بينة وكانت لأحدهما قضي 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 ، بناء على طرقية البينة. ولو قلنا بسببيتها للحكم بمؤداها ، كان من تعارض السببين الموجب لتساقطهما من البين ، كما لو وقع البيع من كل من الوكيلين في زمان واحد لبطلان كل منهما بالآخر لاستحالة الترجيح بلا مرجع ، فتبقى اليد سليمة عما يجب سقوطها. وحيث قلنا بها من باب الامارة . كما هو الأقوى . تعين العمل بالراجح منهما بما هو المنصوص به من المرجحات كالأعدالية والأكثرية لأن كون الشيء مرجحا ككونه حجة يتوقف على الدليل ، ومع فقد المرجح أقرع بينهما ، فمن خرج اسمه بالقرعة أحلف وقضى بها له بعد يمينه.

هذا وما ذكرناه : هو مقتضى الجمع بين الاخبار وترجح طائفة منها على الأخرى ، لأنها بين مصريحة بالتنصيف من غير تقييد بالتحالف ، وبين مصريحة به بعده ، وبين ما دل على الترجح بالأكثرية أو استشعر منه الترجح بالأعدالية ، وبين ما نص مع التساوي والاعتدال على القرعة والقضاء لمن خرج اسمه بما من غير تقييد بالحلف ، وبين مقيد لها به بعدها.

ولنورد الروايات لتفنن اختلاف مفادها

فمنها : رواية تميم بن طرفة : «ان رجلين أدعيا بعيرا فأقام كل واحد منهمما بينة فجعله أمير المؤمنين عليه السلام بينهما» ^(١).

ومنها . رواية غياث : «عن أبي عبد الله (ع) أن أمير المؤمنين عليه السلام ، اختصم إليه رحلان في دابة كلاهما أقاما البينة أنه أنتجهما فقضى بها للذى هي في يده ، وقال : لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين» ^(٢)

ومنها . رواية إسحاق عن أبي عبد الله عليه السلام» : أن رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين (ع) في دابة في أيديهما وأقام كل منهما البينة أنها نتجت عنده فأحلفهما علي (ع) ، فحلف أحدهما وأبي الآخر أن يخلف فقضى بها للحالف ، فقيل : فلو لم يكن في يد واحد منهمما وأقاما البينة؟

قال : أحلفهما فأيهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف فان حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين» ^(٣).

ومنها . صحيح داود عن أبي عبد الله (ع) : «في شاهدين شهدا على أمر واحد ، وجاء آخران فشهادا على غير الذي شهدا ، واحتلقو؟

قال : يقع بينهم فأيهما قرع فعليه اليمين ، وهو أول بالقضاء» ^(٤).

ومنها . موثقة سماحة عن أبي عبد الله (ع) : «ان رجلين اختصما إلى علي عليه السلام في دابة فزعهم كل واحد منها أنها نتجت على مذوده

(١) الوسائل : كتاب القضاء ، باب ١٢ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعاوى ، حديث (٤).

(٢) المصدر الآنف الذكر ، حديث (٣).

(٣) مر . آنفا . من المصنف ذكره ، ومننا تحريره.

(٤) المصدر الآنف الذكر ، حديث (٦) ، والمقصود من داود : ابن سرحان.

وأقام كل واحد منهما بينة سواء في العدد ، فأقرع بينهما سهرين ، فعلم السهرين كل واحد منهما بعلامة ، ثم قال : اللهم رب السماوات السبع ورب العرش العظيم ، عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم : أيهما كان صاحب الدابة ، وهو أولى بها ، فأسألك أن يقمع وبخرج سهنه ، فخرج سهم أحدهما فقضى له بها» ^(١).

ومنها . رواية البصري المصححة في (الفقيه) المضعة في (الكافي) عنه أيضا : «قال : كان علي (ع) إذا أتاه رجلان يختصمان ، شهود عددهم سواء وعدددهم سواء ، أقرع بينهم على أيهما يصير اليمين؟ قال : وكان يقول : اللهم رب السماوات السبع أيهما كان له فأدبه إليه ، ثم يجعل الحق للذى يصير عليه اليمين إذا حلف» ^(٢).

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 الرحمن بن عبد الله.

(٣) المصدر الآنف الذكر ، حديث (١) : أنه سأله الصادق (ع) عن الرجل ..

البيتين تختلفان في الشيء الواحد يدعى به الرجالان : أنه يقع بينهما فيه إذا اعترضت بينة كل واحد منهما وليس في أيديهما»^(١).

وأنت خبير بما تقتضيه الصناعة في الجمع والتنافي بين هذه الأخبار المختلفة في المفاد ، فإنها قاضية بتقديم ما دل على الترجيح بالعدد على ما دل بإطلاقه على التنصيف أو القرعة لأنه أخص منهما فليقيد به ، مضافا إلى الإجماع الحكيم على اعتبار التساوي عددا وعدالة في الحكم بالتنصيف ، وإلى النص باشتراط التساوي فيما في أعمال القرعة ، وبتقيد إطلاق كل مما دل على التنصيف أو القرعة بما دل على التحالف في الأول وإخلاف من خرج اسمه بالقرعة في الثاني جمعا بين ما دل عليهما بالإطلاق وما دل عليه بعد الحلف أو التحالف (لا يقال) : أن الترجيح بالأعدالية غير منصوص عليه في النصوص وإنما المنصوص باشتراط القرعة بالتساوي في العدالة ، وهو غير الترجيح بالأعدالية مع ذهاب الأكثرين إليه ، بل الحكيم عن بعضهم تقديمها على الترجيح بالأكثرية (لأننا نقول) : ما دل على اعتبار التساوي من جهتها في القرعة دل بمفهومه على عدمها عند عدمه ، وحيثئذ فاما : أن يحكم فيه بالتنصيف والمفروض باشتراطه بالتساوي إجمالا ، أو تقديم المرجوح وهو باطل ، فتعين العمل بالراجح . وقد تبين . ولو بمعونة النصوص أنها من المرجحات نعم النسبة بين أخبار التنصيف بعد تقييدها بالتساوي والتحالف ، وبين أخبار القرعة بعد تقييدها به وبالتحالف : هو التباهي اللازم فيه التماس المرجح وهو لأخبار القرعة من وجوهه.

بقي الكلام في وجه الإخلاف بعد القرعة ، فإنها : إن كانت لتعيين المالك كما هو ظاهر بعض النصوص وجوب الدفع إليه بعد تعيينه بها من

(١) راجع ذلك في كتاب القضاء ، المقصد الرابع في متعلق الدعاوى المتعارضة ، الفصل الأول في دعوى الأملاك.

دون حلف ، لأنه من دفع المال الى مالكه ، وان كانت لتعيين البينة الصادقة منها المشتبهه بغیرها فلا يمین أيضا ، لأن المأخوذ بما مأخوذ بالبینة التي لا يمین معها ، وان كانت لتعيين من عليه اليمین كما نص عليه في خبر البصري ، فأی وجه لوجوب إحلاف أحدهما حتى يلزم تعیینه بالقرعة.

اللهم الا أن تكون القرعة لتقديم أحدهما على الآخر بعد الحصر فيهما تقدیما لا ينافي توجه الدعوى عليه من الآخر ، فيكون منكرا أو بحکم المنكر في خصوص توجه اليمین عليه فأشبهه ذا اليد في تقليص قوله في الجملة مع سماع الدعوى عليه وإلزامه باليمین ، وحينئذ فيصرف ظاهر قوله في بعض النصوص : صاحب الدابة وأولى بها وكونه له ، بإرادة ذلك في مرحلة الظاهر دون الواقع بقرينة النص في قوله عليه السلام في خبر البصري «على أيهم يصير اليمین» تقدیما للنص على الظاهر ، وممثل ذلك يمكن أن يجاب عن وجه إحلاف من قدمت بيته ، بأحد المرجحين كما في خبر أبي بصير المتقدم ، يكون الترجيح موجبا لتقديمه قوله ، تقدیما لا ينافي توجه اليمین عليه كالمنكر ، لا موجبا لسقوط بینة الآخر عن الحجية بحيث يكون وجودها كالعدم.

توضیح ذلك : أن تزاحم البینتين موجب لتساقطهما بحسب القاعدة الأولوية بمعنى كون المزاحمة تمنع الأخرى عن كونها ميزانا للفصل والقضاء فيجب الفصل حينئذ بمیزان اليمین بعد حصر القضاة بها وبالبینة ، وحينئذ ان اشتملت احدى البینتين على المزية من الأعدالية أو الأکثرية فيحتمل أن تكون المزية موجبة لتقديم ما اشتمل عليها في كونه ميزانا للفصل أو تكون موجبة لتقديم قول صاحبها في توجه میزان اليمین عليه ، والقدر المتيقن منه هو الثاني ، إذ ليس هنا ما يدل بإطلاقه على الأخذ بذی المزية حتى يكون ظاهرا في جعله میزانا ، بل المستفاد تقديم الجمل الدائر بين الاحتمالين

اللازم حينئذ العمل فيه بالقدر المتيقن ، فتكون المزية فيما اشتمل عليها كالقرعة عند التساوي في تقليل قوله من حيث توجه اليمين عليه كالمنكر كما عليه غير واحد من الأصحاب ، فيكون الفصل في جميع شقوق المسألة . سواء اشتملت إحداها على مزية أولاً ، سواء قلنا بالقرعة بالتساوي أو بالتصنيف . إنما هو بميزان اليمين لا بالبينة ، غير أن القضاء في غير الأخير بالحلف ، وفيه بالتحالف .

(الصورة الرابعة) : ما لو تداعيا مع التقارن عرفا عينا لا يد عليها ففي سقوط الدعوى منها ، أو القضاء بالنصف بينهما من غير يمين ، أو معها ، أو القرعة لأنها لكل أمر مشكل وجوه :

للأول : استحالة اجتماع السببين على مسبب واحد (وفيه) : مع استلزماته بقاء الخصومة المنحرفة غالبا إلى الفساد أو قطعها بلا ميزان لحصره في البينة واليمين ، مع كون دعوى كل منهما سببا لقبول قوله ، لأن السبب هو دعوى من لم يكن له معارض ، وأما المزاحمة بمتلها فهي ساقطة عن السببية لا عن تأثير السبب كما تقدم في محله في قاعدة اليد . وللثاني : إعمال كل من السببين . في الجملة . ولو في بعض مؤداته كالليدين ونحوها بعد أن كان سقوطهما مخالفًا لما دل على سببية كل منهما ولا يمين لأنها ميزان في حق المنكر الذي لا يصدق على كل من المدعين وان صدق عليه كونه مدعيا لعدم الملزمة بين العوانين في الوجود ، وان لم ينفك دعوى المدعى عن إنكار كونه لغيره مع عدم صدق المنكر عليه عرفا ، 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 لها فيها ، وقياسها باليد قياس مع الفارق ، لأن اليد وان كانت مزاحمة تفيد الملكية الا أنها . في الجملة . لا مطلقا ، ضرورة أن

اليد : ان كانت مستقلة تفيد الملكية المستقلة ، وان كانت مزاحمة تفيد الملكية في الجملة ، بخلاف الدعوى على ما لا يد لأحد عليه ، فإنها لا تفيد الاختصاص والملكية أصلا إلا حيث لا تكون مزاحمة بمثلها.

وللثالث : سقوط الدعويين بالتعارض والرجوع الى التحالف في قطع الخصومة عند عدم البينة ، لحصر ميزان القضاء بالبينة واليمين ، وله وجه وان كان الأوجه في المقام هو القرعة ، لأنها لكل أمر مشكل ، الصادق في المقام بعد أن كانت اليمين وظيفة المنكر المتنافي صدقه على كل منهما.

وفي توجيه اليمين على من خرج اسمه بالقرعة كاليترين المتعارضتين وعدمه؟ وجهاً ، وجه الثاني : عدم قابلية الدعوى المعارضة لقبول قوله حتى يستكشف بالقرعة ، لما عرفت من اختصاص سببيتها له فيما لم تكن معارضة بمثلها ، بخلاف البينة المزاحمة بمثلها فإنها لا تسقط عن الحجية أصلا غير أن القرعة لتعيين إحداها في تقسيم قول صاحبها حتى يكون بحكم المدعى عليه في توجيه اليمين عليه ووجه الأول : انحصر الفصل وقطع الخصومة في البينة واليمين ، وحيث لا بينة فيتعيين اليمين إذ القرعة ليست بنفسها ميزانا للفصل ، بل لتعيين تقسيم من يقدم قوله منهما . كما عرفت . فتأمل.

هذا ان لم تكن لهما بينة ، والا : فإن كانت لأحدهما قضى بها لصاحب البينة ، وان كانت لهما وأقاماها فالحكم في هذا القسم هو الحكم في تعارض البينتين في الصورة الثالثة بعد إلغاء اليد بالبينة من الترجيح بالمنصوص ومع التساوي فالقرعة والقضاء لمن خرج اسمه بها بعد يمينه وفي صحيحي داود البصري المتقدمين دلالة على ذلك هذا كله حيث تكون الدعويان متقاربيين عرفا ليتحقق عنوان التداعي ، والا فلو ترتبا قدم قول الأول منهما وكان مدعى عليه ليس إلا ، لأن الثاني ادعى حينئذ على من كانت العين له

ظاهرا ، وان لم تكن في يده بمقتضى دعواه التي كانت سليمة عن العارض فإنه 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 ، بل المرجع فيه هو الصدق العربي.

والله العالم

رسالة

في القرض

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 .

ويدل عليه بخصوصه : من الكتاب قوله تعالى «مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضاً حَسَناً فَيُضَاعِفَهُ لَهُ أَضْعافاً كَثِيرَةً»^(١) وقوله تعالى : «إِنَّ الْمُصَدِّقِينَ وَالْمُصَدَّقَاتِ وَأَقْرَبُوا اللَّهَ قَرْضاً حَسَناً»^(٢) ببناء على إرادة إقراض بعضهم بعضاً كما عن بعض التفاسير . وأما على إرادة إقراض الله سبحانه وتعالى تنزيلاً له تعالى منزلة المقترض كما يقال : المعاملة مع الله للاستراح منه بما أعد من الثواب عليه ، فيكون دالاً عليه بالعموم نحو : «وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى»^(٣) وقوله تعالى «لَا خَيْرٌ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ»^(٤) ببناء على تفسير المعروف بالقرض في المروي عن الصادق عليه السلام . كما عن بعض المفسرين .

ومن السنة أخبار كثيرة نحو المروي عن الشيخ مرسلاً : «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 ساكتاً 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 إلى من أن أتصدق بهم»^(٢) وما روي عنه عليه السلام : «إنه كان يقول من أقرض قرضاً وضرب له أحلاً فلم يؤت به عند ذلك الأجل كان له من الشواب 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 يريده به وجه الله إلا حسب له أجراًها كحساب الصدقة حتى يرتجع إليه»^(٤) وظاهره أنه كحساب الصدقة في كل آن من آنات تأخيره ، فيكون ثوابه أضعاف ثوابها ، وإن كان بالنظر إلى ثواب ذاته ضعف ثواب الصدقة ، كما في المروي عنه أيضاً : «القرض الواحد بثمانية عشر وان مات حسبتها من الزكاة»^(٥) لأن درهم الصدقة بعشرة تزيد على أصلها بتسعة ، والقرض بثمانية عشر ، فكان ربحه في الشواب ضعف ربح الصدقة ، وإن تأخر زاد عنها بحسب التأخير أضعافاً مضاعفة ، وما روي عنه : «إنه 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 روایات كثيرة.

(٢) الوسائل : كتاب التجارة باب ٦ من أبواب الدين والقرض حديث (١).

(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 أخيه المسلم كان له بكل درهم أقرضه وزن جبل أحد من جبال رضوى وطور (سينا) حسناً ، وان رفق به في طلبه تعدى به على الصراط كالبرق الخاطف اللامع بغير حسناً ولا عذاب . ومن شكي إليه أخيه المسلم فلم يقرضه حرم الله تعالى عليه الجنة يوم يحيى المحسنين»^(٢) الى غير ذلك من الأخبار الواردة في هذا المضمار . وقد عرفت وجه الجمع فيما اختلف منها في كمية الشواب ، بل الإجماع . بقسمية . عليه ، والعقل مستقل بمحسن ، لما فيه من سد الخلة واغاثة الملهوف ، ومعونة الحاج ، فهو من المستقلات العقلية : من قبح الظلم وحسن الإحسان.

هذا وتقييح مهمات مسألة القرض يتم في ذكر مسائل :

(المسألة الأولى) : في حقيقة القرض . وهو عقد يفيد التمليل بالضمان . أي مضمون على المقترض بغرامة بدله فالتمليل تخرج الضمانات التي لا تمليل فيها كالأعيان المضمونة على من هي في يده مع بقائها على ملك مالكها . ومعنى ضمانها حينئذ كونها في عهده بحيث يجب ردتها لكونها ملكه ، ورد بدلها بعد تلفها . وبالضمان تخرج التمليلات المجانية والمعاوضات أيضا ، إذ المقصود منها التبديل لتعلق غرض كل منها بما في يد الآخر . وليس الغرض من القرض إلا محض الإحسان وعدم الخسران بحيث يكون بحكم عود ماله إليه مع الإحسان بقضاء الحاجة ، ولذا ورد : «أن درهم القرض يعود ، ودرهم الصدقة لا يعود» فهو من التمليل بالتعويض لا بالمعاوضة» فيكون معنى كونها مضمونة حينئذ : أي لا مجانا ، وإلا

(١) المصدر المذكور ، حديث (٣).

(٢) المصدر المذكور ، حديث (٥).

فلا معنى لكون العين المملوكة ولو بالقرض في عهدة مالكها.

هذا وحيث كان التضمين من كيفيات التمليلك توقف التملك على القبض ، إذ لا ضمان إلا بعد الاستيلاء بعديه بالطبع والمعلولة 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 للعلة المركبة من العقد والقبض معا ، وفي قرض المقبوض يتحقق الملك بالعقد لتقدم ما به يتحقق الضمان ، فلا يحتاج إلى مضي زمان بعده يمكن فيه القبض ولو لم يكن مقبوضا ، وفي معاطاته قام القبض مقام العلة المركبة في إفادتها الملكية المتزللة. وقيل بتوقف الملك على التصرف ، وهو متوجه ، ان قلنا بأن مفاد القرض هو الإباحة بالعرض كالمعاطاة بناء على إفادتها الإباحة ، إلا أنك قد عرفت أن مفاده التمليلك بالضمان لا الإباحة بالعرض حتى يملك بالتصرف ولو بدخوله في الملك آنا ما قبله.

(المسألة الثانية) : اختلفوا في كون القرض من العقود الجائزة ، أو الالزمة على قولين : المشهور : هو الأول ، بل الإجماع محكي عليه ، وهو الحجة لهم ، سيما بعد اعتضاده بالشهرة العظيمة وذهب بعض المتأخرین الى الثاني ، وهو الأقوى ، لعموم الأمر بالوفاء ، خرج منه ما لو علم جوازه ، وبقي غيره داخلا في العموم.

نعم ربما يقال : ان جواز الرجوع في العقد الجائز إنما هو لبقاء علقة الملكية السابقة للأول ، وإن انتقل إلى الثاني. فهو من آثار السلطنة السابقة ومن شروطها لأن العقود الناقلة للملك : (منها) ما يوجب قطع علقة الملكية بالكلية و (منها) ما يوجب نقل الملك مع بقاء العلقة للملك ولو في الجملة بحيث يكون زمام الملك بعد بيده على وجه لو شاء الرجوع إليه لرجع ، ولا سبيل إلى تعين أحدهما بالأصل لو شك في كون العقد من أيهما ، والشبهة مصداقية ولا يجوز

التمسك بالعموم في الشبهات المصداقية ، فاللازم حينئذ الرجوع الى استصحاب الكلي الثابت ولو في ضمن المرتبة الضعيفة ، ولو أضعف مرتب علقة الملكية وهذا القسم هو المتيقن من جريان استصحاب الكلي .

توضيح ذلك : ان لاستصحاب الكلي أقساما :

منها : ما لو تيقن وجود شيء كالحيوان مثله في ضمن فرد متيقن الزوال مع الشك في قيام غيره من أفراده مقامه .

ومنها : ما لو علم وجود حيوان في ضمن فرد مردد بين ما يعيش مدة وما لا يعيش في تلك المدة .

ومنها : ما لو علم وجود شيء في مرتبة شديدة وشك في زوالها بالكلية أو بقاء شيء منها ، كالسود الشديد إذا شك في زواله أو زوال شدته مع بقاء مرتبة الضعيف منه .

لا إشكال 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 المرتبة على الكلي دون الآثار المرتبة على خصوص أحد الفردين بخصوصه ، لعدم تعين أحدهما بخصوصه بثبوت الكلي . وأقوى منه جريانه في القسم الأخير ، لعدم كونه من تبديل فرد بفرد . ولا من الترديد بين أحد الفردين ، بل المشكوك بقاوه كان متيقنا 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 للشأن بعد رجوع الأول عليه ، لأنه من الاستصحاب في السبب المقدم على الاستصحاب في المسبب .

هذا ولكن فيه : إن ذلك لا يتم إلا بدعوى تنوع العام في الأمر بالوفاء بالعقود ، وهي ممنوعة ، فلا بأس بالتمسك بالعام فيما شك في

خروجه عنه ، كما في المقام ، والإجماع على الجواز لم تتحققه إن أريد به الجواز بالمعنى المصطلح ، كيف وثرة الجواز إلزام المقتضى برد العين ما دامت باقية ، والمشهور يعنونه ، مع أنه هو الشمرة بين القولين.

نعم للمقتضى رد العين لكونها أحد مصاديق ما عليه من الحق ، وليس للمقتضى 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 لعله الظاهر من دعوى الإجماع على جوازه ، فمسلم ولكن لا دخل له بحل العقد واسترداد العين بإبطال ملكية المقتضى الذي هو محل الكلام.

(المسألة الثالثة) المعروفة عند الأصحاب : عدم لزوم شرط الأجل في عقد القرض ، بل قيل بعدم وجdan الخلاف فيه قبل الكاشاني . نعم احتمله في (المسالك) بناء على ما ذكره سابقاً من لزوم عقده ، ولعله لبيانهم على جواز هذا العقد ، فلا يجب الوفاء به حتى يجب الوفاء بالشرط في ضمنه والا فليس الشرط . مخالفًا بناء على اللزوم . المقتضى العقد وحقيقةه حتى يبطل ، بل هو مخالف لإطلاقه الذي له المطالبة بحقه متى شاء ، وكل شرط كان كذلك فهو صحيح ، وحيث قوينا لزوم العقد فلا جرم نقول بلزوم الشرط فيه ، مؤبداً بما أشعرت به مضمورة الحسين بن سعيد : «سأله عن رجل أقرض رجلاً دراهماً إلى أجل مسمى ثم مات المستقرض : أيمكنه مال القارض بعد موته المستقرض منه أم لورثته من الأجل ما للمستقرض في حياته؟ فقال : إذا مات فقد حل مال القارض»^(١) بعد تنزيتها 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 الإمام الصادق (ع).

بأنه كالدين في الحلول بعد الموت.

وتحقيق المسألة : هو أن الشرط : إما أن يكون في عقد القرض أو في غيره من العقود الالزمة . وعلى التقديرين : فاما أن نقول بجواز العقد أو بلزمته .

اما الأول : فإن قلنا بجوازه كان الشرط تابعا له ، لما عرفت من عدم وجوب الوفاء بعقدة حتى يجب الوفاء بشرطه ، وإن قلنا بلزمته استتبع لزوم الشرط لأنّه من تمام مقتضاه الذي يجب الوفاء به .

وأما على الثاني ، فيلزم الشرط مطلقا على الأقوى ، كما عليه المشهور سواء قلنا بلزم عقد القرض أو جوازه. أما على الأول فواضح.

وأما على الثاني فيلزم الشرط فيه أيضا لعموم الأمر بالوفاء بتمام مقتضى العقد الذي منه الشرط مطلقا ، سواء أريد بالشرط مجرد أن لا يرجع بالمال إلى الأجل ، أو أريد به أن لا يتمكن من الرجوع لسقوط السلطنة عليه بالشرط ، بناء على الفرق بينهما برد العين لو استردها ، وان أثم بالاسترداد على الأول ، وعدم الرد لو استرد على الثاني. ولا يتوهם منافاة الشرط سعيا على الثاني وان كان في العقد اللازم لحقيقة القرض ، بناء على جوازه لعدم منافاة سلب السلطنة بسبب من الأسباب في وقت خاص لصدق الجواز على العقد ، وان هو الاكتشاف تأجيل الثمن في البيع ، بل المنافي له . لو سلم . هو سلب مطلق السلطنة لا السلطنة الخاصة.

وكيف كان ، فظهر أن الأقوى لزوم الشرط مطلقا ولو كان في عقد القرض ان قلنا
بلزومه ، والا فلا يلزم في عقد القرض ، ويلزم فيما لو كان في غيره من العقود الازمة ، والله
العالم.

(تنبيه) لو رهن عينا في عقد قرض إلى أجل ، فالأجل للرهن دون القرض ، فله المطالبة بالدين قبله وان اختص الاستيفاء من الرهن بحلول الأجل ما لم يصرح بكونه له ، فان صرحت به بنى على لزوم القرض وجوازه.

هذا وربما استدل على بطلان الأجل في القرض بما دل على استحبابه الظاهر في كونه مستحبا ابتداء واستدامة إلى حصول الوفاء ، وهو ينافي وجوب الإنذار إلى الأجل . وفيه : ان استحباب القرض من حيث هو قرض لا ينافي عروض الوجوب عليه بسبب الشرط لعموم «المؤمنون عند شروطهم» (ودعوى) أن عموم (المؤمنون عند شروطهم) الشامل لما لو كان الشرط في عقد القرض وغيره معارض لعموم ما دل على استحباب القرض الشامل لصوري وقوع الشرط فيه وعدمه معارضة العامين من وجهه ، فيرجح في القرض المشروط بالأجل . وهو مورد التعارض . عموم أدلة القرض باعتضاده بالشهرة المستفيضة (يدفعها) أن إطلاقات القرض مسوقة لاستحبابه من حيث هو قرض غير ناظرة إلى كيفيةه من حيث اشتراط الأجل فيه وعدمه ، فهي من هذه الحقيقة مهملة لا عموم فيها حتى يعارض عموم ما دل على الوفاء بالشرط فيبقى عموم (المؤمنون) سليما عن المعارض . وبذلك ظهر ضعف ما عليه شيخنا في (الجوائز) من بطلان شرط الأجل في القرض مع اختياره لكون عقده من العقود اللاحمة مستدلا عليه بذلك .

هذا ولا يخفى عليك ان النزاع في جواز عقد القرض ولزومه غير النزاع في لزوم شرط الأجل فيه وعدمه ، فان النزاع في الأول يرجع الى جواز فسخ الملك والرجوع بالعين وعدمه ، وفي الثاني إلى جواز مطالبة البديل قبل الأجل وعدمه ، وأحد هما غير الآخر ، وهو واضح . (المسألة الرابعة) : في متعلق القرض وما يصح اقتراضه . وقد ذكروا له ضابطا ، وهو أن كل ما يضبط وصفه وقدره يجوز اقتراضه .

ولا ريب بل لا خلاف . كما قيل . في طرده يعني صحة قرض مضبوط الوصف والقدر ، وإنما الكلام في عكسه ، وهو أن كل ما لا يضبط وصفه

ولا قدره لا يجوز قره ، لوقوع الخلاف فيه.

وتنقيح المسألة : هو أن ما يفترض : إما مثلي أو قيمي ، والثاني : إما أن يمكن ضبط أوصافه وقدره بحيث يصح بيعه سلماً أولاً يمكن كالجوهر ونحوها لفروط تفاوت أوصافها وقيمتها ، فهنا أقسام ثلاثة :

لا اشكال ، بل لا خلاف في جواز قرض الأول منها ، وهو المثلي بل الإجماع بقسمييه عليه. وكذا يجوز بلا خلاف . كما قيل . في الثاني وهو الأول من قسمي القيمي الذي يصح السلم فيه.

وأما الثالث ، وهو كالجوهر والقسي ونحوهما مما لا يضبط وصفه وتحتفل قيمته ، ففي جواز افتراضه وعدمه قولان : المنع ، وهو المحكي عن الشيخ في (مبسوطه) والجواز وهو المحكي عن ابن إدريس في (سرائره) 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 المقترض. والعمومات لا تنبع لإثبات ما شك في قابلية للقرض لأنها مهملة من هذه الحقيقة ، وإنما هي في مقام بيان رجحانه وما يتربّ عليه من الشواب والأحكام. وعليه فيقوى القول بالمنع عنه ، بل وعن مطلق القيمي ، وإن أمكن ضبط وصفه وقدره وصح السلم فيه ، إن لم يقم إجماع عليه ، وإلا فالأقرب في ضمانه . كما عن التذكرة .

هو المثل الصوري ، لأنه أقرب إلى العين المقترضة وأوفق بما هو المقصد من القرض من معونة المحتاج وعود المال إليه ولو بالتنتزيل ، ولذا كان درهم القرض على الضعف من الصدقة لتناوب القرض إليه ، بخلاف درهم الصدقة فإنها لا تعود ، وإن كان ضمانه في غير القرض من الإتلاف وغيره إنما هو بالقيمة ، إلا أن الأقوى مع ذلك كله جواز القرض فيه أيضا ، وضبط الغرامة بالقيمة لما هو المعلوم من حكمـة شـرع القـرض لـقضاء الحاجـة

ومعونة المحتاج التي مقتضاهما التعميم فشرح عقداً لما يكون فيه قضاء الحاجة ومعونة المحتاج المناسب لعميم نفوذه في جميع موارده ، نظير العموم المستفاد من الحكم بشيء في موارد الامتنان الشامل لجميع موارده لقضية الامتنان به نحو قوله (ص) «خلق الله الماء طهوراً» ولعله لذلك صح استدلالهم عليه بالأصل ، وعمومات أدلة القرض ، وإن فقد عرفت ما فيهما.

ثم إن ضمان المثلي إنما هو بمثله لأنه أقرب إلى العين المقترضة من غيره ، فكان التدارك به أخرى. وأما القيمي فضمانه بقيمتها لأنها أضبط فكان أعدل ، وحيثما تعذر المثل في المثلي انتقل ضمانه إلى القيمة إلا أن في انتقاله إليها عند التعذر ، أو المطالبة إن تأخرت عنه ، أو التسليم إن تأخر عنهم أرجها : أوجهها الأخير ، لأنه إنما يخرج به عن عدة المثل الثابت في ذاته إلى حين الوفاء ، وحينئذ فالعبرة بقيمتها حين الدفع ، لا حين التعذر أو المطالبة أو أعلى القيمتين إن تفاوت الأسعار ، ما لم يكن التفاوت لزيادة متصلة كالسمن ونحوه لو نقصت بتلف الزيادة عنده ، والا فلا في ضمنها بقيمتها سمينة لا مهزولة لأنها كالعين المضمونة التالفة في يده ، بل هي منها. وأما القيمي فالعبرة بقيمتها مع الاختلاف من حين القرض المتحقق بالقبض لتعيين ما هو مديون به من غرامة العوض القيمي بالاقتراض وقبول القرض إذ ليس في الذمة إلا القيمة الثابتة بالضمان بنفس القرض المتحقق بالقبض حقيقة الذي قد عرفت أن حقيقة التمليل بالضمان ، وليس العين المقترضة في عهدة المفترض إلى المطالبة أو التسليم حتى تعتبر القيمة عنده لأنها ملكه. ولا يضمن المالك ملكه ، ومعنى ضمانها حينئذ ، كما عرفت ، كونها مملوكة بعوض لا بمحانا.

ثم إن المضمون بالقيمة لو طالب المقرض بحقه دفع إليه المفترض العين المقترضة ، ففي وجوب قبولها عليه ، وعده ، وجهان : مهنيان على جواز

عقد القرض ، ولو مه ، لأنه على الأول كان له فسخ العقد الموجب لرجوع المال إلى مالكه فوجب حينئذ قبوله ، ولا كذلك على الثاني لأن الحق الثابت في ذمته هو القيمة وإن كان بدلا عن العين ، فردها بدلا عنه موقوف على رضاه للزوم العقد بالفرض (ودعوى) أولويتها عن العين ورد المبدل أولى من رد البدل مع صدق الوفاء به عرفا ، ولذا قال به بعض ، كالشهيدين في محكى الدروس والمسالك (متنوعة) جدا بعد تضمين الملك بالقيمة عند تتحققه بالقبض ، ضرورة أن القبض يبرهن بين المعاوضات والغرامات لا غرامية محسنة ولا معاوضة صرفة ، وهو واضح.

وكيف كان فقد ظهر لك : أن الأقوى جواز قرض الجواري والعبيد بلا خلاف فيه كما في (المسالك) وإن حكى عن الشيخ في (المبسوط والخلاف) : انه لا نص لنا ولا فتيا في إقراض الجواري ، وإن قال بعد ذلك : «والأصل جوازه وعموم الأخبار في جواز القرض يقتضي جوازه» فالمقصود من عدم الخلاف في جوازه في المسالك وغيره من الشيخ ومن تأثر عنه. وأما جواز اقتراض الخبز فمنصوص عليه حتى مع التفاوت في الوفاء بالعدد الصغير بدل الكبير وبالعكس المحمول على التفاوت اليسير المتعارف فيه التسامح .
بقي في المقام بيان الضابط المائي بين المثلي والقيمي ليتميز به ما هو الثابت في الذمة منهما فنقول :

المثلي : هو ما لا مدخلية لخصوصيات الأجزاء الشخصية والتخصصات الفردية في مالية الشيء ، بل المائية منوطه بالجامع منها ، ولذا صح بدلية البعض عن بعض في الغرامات مطلقا لأن مرتبة المائية محفوظة في جميعها.

ويقابله القيمي ، وهو ما كان لخصوصية الفرد مدخل في المائية ، ولذا كان الضبط فيه إنما هو بالقيمة لحفظ مراتب المائية فيها ، والعبرة في المناط

بمدخلية الخصوصيات في المالية وعدمه لا بوجود ماله دخل فيها وعدمه حتى ينتقض بالفردين المتشابهين في جميع الخصوصيات ، أو ينتقض بكل المثل المنحصر في فرد لعدم المدخلية في الثاني وان الخصر الكلي فيه ومدخليتها في الأول وان وجد ماله دخل فيها في شبهه ، ومع الغض عن ذلك فالمفروض فيما ذكر نادر والنادر بحكم المعدوم فلا يقدح 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 كالمئتين من صيرة 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.

وبالجملة : مما تساوت أجزاؤه في القيمة بمعنى المذكور كان مثلياً وان اختلفت أوصاف أنواعه ، بل وأصنافه في الرداءة 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 زيادة على عنوان المثل في بدل الغرامات مطلقاً في القرض وغيره. وأنت إذا أحاطت علماً بما ذكرنا من الضابط تجده سليماً عمما أورد على تعاريفهم من النقض طرداً وعكساً ، بل وإليه ترجع تعاريفهم في المقام بعد أدنى التأمل.

هذا وحيثما شك في كون ما في الذمة مثلاً أو قيمة للشك في كون المبدل مثلياً أو قيمياً ، فالقاعدة تقتضي فيه الاحتياط لدوران الثابت في الذمة بين أحد الأمرين المتباينين مع عدم تحديد أحدهما بالأصل ، دون التخيير حتى يكون مردداً بين كونه للضامن أو للمالك ، وليس طريق

الاحتياط فيه منحصر في أحد أمرين : إما دفع الضامن لهما ليتيقن بالبراءة أو رفع يد المالك عنهما لذلك حتى يحكم بعدمه بالإجماع فيقال بالتخيير ، بل الاحتياط فيه باعتبار القيمة لأنها أضبطة في حفظ المالية التي هي العمدة في ملاحظة الأموال بالنسبة إلى غراماتها حيث يدور الأمر بين رعايتها ورعايتها ذواها . ولو في الجملة . من حيث الشبه في الصورة.

وبالجملة : حيث يمكن الجمع بين التساوي في المالية والصورة ، لزم تقديمها ولذا يقدم المثل في المثل على القيمة . وحيث لا يمكن الجمع ودار الأمر بين اعتبار أحدهما كان اعتبار المالية أولى وأحوط ، فالاحتياط في الفرض منحصر في اعتبار القيمة وإن لم يثبت به كون المضمون قيميا .

نعم يظهر من بعض المحققين من المعاصرین كون الأصل في الفرض هو التخيير غير أنه احتمل كون التخيير للضامن لأصالة البراءة عما زاد على ما يختاره ، وإن فرض إجماع على خلافه ، فالأصل تخمير المالك لأصالة الاشتغال وعدم البراءة بدفع ما لا يرضي به المالك ، مضافا إلى عموم (على اليد) خرج منها ما إذا رضي المالك بشيء آخر غير العين وبقي الباقى داخلا في العموم ، وظاهره المفروغية من كون مقتضى الأصل هو التخيير ، وإن تردد في كون الخيار للضامن أو للمالك .

ويضعفه . مضافا إلى كونه مورد الاحتياط اللازم فيه : أما التعين بالقرعة أو الصلح القهري بناء على أنه لا طريق إلى الاحتياط فيه إلا بأحد الأمرين المتقدمين : من بذلكما أو رفع اليد عنهما المعلوم انتفاءهما بالإجماع والضرورة ، وقد عرفت تحقق الاحتياط فيه بالقيمة . أنه لا مجرى للبراءة في المقام الدائر أمره بين المتبادرتين لعدم الشك فيه بين الأقل والأكثر الارتباطيين حتى يؤخذ بالأقل المتيقن وينفى الزائد المشكوك بالأصل كالشك البدوي ، ولا بين التعين التخيير بناء على أن في التعين كلفة والأصل

البراءة عنها لعدم الشك فيه في تعلق التكليف بالفرد المتعين أو بالطبيعة السارية في الأفراد بحيث يكون التخيير أحد طرق الاحتمالين لا نتيجتهما حتى ينفي التعين بالأصل ، لما عرفت من دورانه بين المتبادرتين نعم رعا يقال . بل قيل . بالتحيير العقلاني هنا ، نظير تخيير المحتهد في الفتوى عند تعارض الدليلين الدائرين مفادهما بين المذورين مع عدم المرجح بناء على رجوع الشبهة فيه إلى الشبهة الحكمية ولو لاختلاف الأقوال في كونه مثلياً أو قيمياً.

ولا يخفى ضعفه مطلقاً سواء أريد به تخيير 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 إمكانه . أو القرعة أو الصلح القهري ، وهو واضح . نعم قد يشكل الاحتياط بالقيمة فيما لو قرر الفرض بوجه آخر يمكن فيه اجراء البراءة ، وهو ما لو دار المبدل المضمن 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 أيهما :

أهو المثلي أو القيمي ، فان في الفرض مع اختلافهما في المالية الدائرة بين الأقل والأكثر يمكن الأخذ بالمتيقن ونفي الرائد عنه بالأصل ، كما لو كانت مالية أحدهما درهماً والآخر درهرين ، فالالأصل البراءة عن الرائد وإن لم يثبت به عنوان الأقل من المثلي أو القيمي ، ومع التساوي في المالية وضبط مقدارها على التقديرتين يتحمل وجوب دفع المثل رعاية لذات المال مع ضبط المالية فيهما .

هذا تمام الكلام فيما أردنا بيانه من مهمات مسألة القرض ، والحمد لله أولاً وأخراً وظاهراً وباطناً .

بمذا ينتهي الجزء الثالث ، ويليه الجزء الرابع وهو يحتوي رسالتين :

(رسالة في الوصية ، رسالة في المواريث)

فهرس

محتويات الجزء الثالث من الكتاب

(رسالة في منجزات المريض) مسألة : اختلاف الفقهاء في نفوذ المنجزات من الأصل أو من الثالث. وتقسيم التصرف إلى المنجز والمعلق ، وبيان أقسام كل منها وأحكامه من حيث الأصل والثالث وإشارة إلى الاجماع وأقسامه وأحكامه وإشارة إلى حقيقة الوصية وأقسامها .

١٢

تحقيق في معنى التصرف الممنوع عند المريض ، وبيان حقيقة عقد الغضولي وإجازته وتخريجها من حيث النقل والكشف بقسميه وثمرة الخلاف ، وبيان المختار من ذلك

١٨ . ١٣

بيان المقصود من كون المنجزات من الأصل أو الثالث أو التفصيل ، وبيان الأقوال الثلاثة في أهلية المريض للتصرف وعدمها. وإشارة إلى بيان الأصل المثبت والأصل الموضوعي والحكمي

٢٤ . ١٩

عرض أقوال الفقهاء في أن منجزات المريض من الأصل

عرض أقوال الفقهاء في أن المنجزات من الثالث

ذكر أدلة القائلين بالنفوذ من الأصل . بعد اختياره.....

ذكر أدلة القائلين بالنفوذ من الثالث والجواب عنها.....

عرض الأمور المتفرعة على النفوذ من الثالث. وإشارة إلى حقيقة الخبر الواحد وأقسامه والخلاف في حجيته وعدمها.....

حكم الاقرار في مرض الموت : هل ينفذ من الأصل أم من الثالث أم بالتفصيل؟ أقوال تسعه في المسألة ذكرها وذكر الأخبار التي هي منشأ الاختلاف. وبيان وجوه الجمع بينها ، وذكر الاشكال في المسألة وجوابه. وبه ختام الرسالة.....

٦٥ . ٦١

٧٧ . ٦٦

(رسالة في حرمان الزوجة من بعض الإرث) : اختلاف الفقهاء في موضوعين : الموضع الأول فيما تحرم منه الزوجة من التركة. ذكر أقوال الفقهاء في ذلك ٨٦ . ٧٩
 ذكر الأخبار التي هي منشأ الاختلاف في الحرمان ٩١ . ٨٧
 بيان حجج الأقوال الخمسة في المسألة ، واختيار بعضها ورد الباقى ٩٤ . ٩٢
 الموضع الثاني هل يعم الحرمان مطلق الزوجة أم يختص بغير ذات الولد؟ ذكر القولين مع دليلهما ، واختيار حرمان مطلق الزوجة ورد الآخر ١٠٠ . ٩٥
 بقى هنا أمور : (الأول) الظاهر إرادة ما يعم الدور من الريع. (الثاني) تعيين الآلات التي تحرم من عينها وترث من قيمتها (الثالث) كيفية تقويم الأعian الموروثة في مرحلتيه (الرابع)
 حكم الزوجة إن لم يكن معها وارث غير الإمام (الخامس) هل يتبعن على الوارث دفع حصة الزوجة من القيمة أم له الدفع من العين (السادس) هل للوارث التصرف بالأعian قبل إعطاء حق الزوجة من القيمة (السابع) بناء على التفصيل : هل لذات الولد كمال النصيب وعليها دفع نصف قيمة البناء للأخرى (الثامن) الأقوى توزيع الدين على ما ترث الزوجة منه وغيره (التاسع) يجوز المصالحة على حق الزوجة (العاشر) الأقوى . على التفصيل عدم الفرق في الولد بين الذكر والأنثى والختنى (الحادي عشر) لو ملكت الزوجة من رقبة الأرض في حياة زوجها ما يساوى فرضها ، فحكمها في البناء والآلات حكم ما لو لم تملك شيئاً (الثاني عشر) إذا كان في الأرض المحرومة منه زرع ترث من عينه . وتنقيح وجوه الملكية في الأخير من حيث الإجارة والمزارعة والإرث . وبه ختام الرسالة

..... ١١٧ . ١٠١

..... (رسالة في الرضاع) : عرض الآيات والروايات الدالة على نشر الحرمة . في الجملة . ١١٩ .

١٢٦

تمام الكلام في ذلك ينتهي بمقيدة ومباحث وخاتمة . أما المقدمة فهي أن ربط الرضاع من سنج ربط النسب ١٢٩ . ١٢٧ وأما المباحث : (الأول) في بيان معنى : (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) (الثاني) أن المحرم من الرضاع ما يحدث به أحد العناوين الخرماء من النسب (الثالث) لا فرق في تنزيل الرضاع منزلة النسب بين كون التحرم به أو بالمساهمة (الرابع) أركان الرضاع المحرم ثلاثة : الرضيع والمريضة وصاحب اللبن (الخامس) في شروط نشر الحرمة بالرضاع التي يرجع بعضها إلى المريضة ، وبعضها إلى الرضيع ، وبعضها إلى الرضاع .

١٤٠

بيان الشروط في المرضعة ١٤٧ . ١٤١ بيان الشروط في المريضة ١٤٩ . ١٤٨ بيان الشروط في الرضاع ١٧٢ . ١٥٠ المبحث السادس : عدم الفرق في تحريم الرضاع بين سبقه على النكاح أو لحوقه له . ويتفرع 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 فأرضعتها أمته الموطدة (السادس) لو كان لاثنتين زوجتان كبيرة وصغيرة ، فطلق كل منهم زوجته وتزوج بالأخرى ، ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة ١٨٦ . ١٧٣

- مسائل : (الأولى) إذا قال : هذه أختي من الرضاع أو بنتي أو أمي ١٨٩ . ١٨٧
 (الثانية) لا تقبل الشهادة المطلقة على الرضاع بل لابد من تفصيلها. ويتم الكلام في مقامين ١٩٨ . ١٩٠
 : الأول . في طريق الشهادة والثاني . في المشهود به ، تحقيق في كلا المقامين ٢٠٠ . ١٩٩
 (الثالثة) لو ملك أحد عموديه من الرضاع انعقت عليه ٢٠٤ . ٢٠١
 (الرابعة) الخلاف في ثبوت الرضاعة بشهادة النساء وعدمه ٢٠٧ . ٢٠٥
 (الخامسة) الخلاف في وقوع الظهار بالرضاع وعدمه. وخاتمة في ثبوت بعض أحكام النسب في الرضاع ، وتنبيه في الاطلاقات الثلاثة للأم. وبه ختام الرسالة ٢١٢ . ٢٠٩
 (رسالة في الولايات) : مقدمة ومباحث : أما المقدمة ففي معنى الولاية لغة واصطلاحا ، وانقسامها بالاعتبارات ومقتضى الأصل فيها ٢٢٠ . ٢١٣
 أكمل الولايات ولاية الله ، ومن رشحاتها ولاية النبي والأئمة المعصومين عليهم السلام . الاستدلال على عموم ولاية النبي والأئمة صلوات الله عليهم بالعقل والنقل : كتابا وسنة ٢٢٤ . ٢٢١
 المبحث الأول . في ولاية الحاكم (الفقيه) في زمن الغيبة ، والكلام من جهات : في أصل ثبوتها . وفي القدر الثابت منها ، وفي المولى عليه وموارد الولاية ٢٣٠ . ٢٢٥

٢٣٣ . ٢٣١ الكلام في تعين موارد خاصة لولاية الفقيه ، منها . ولaitه على الصغير والمحنون	تنقیح مسألة ولاية الفقيه من أصلها
٢٣٥ . ٢٣٤ ومنها . ولaitه على أموال الغائبين في الجملة . وبيان حكم المرأة المفقود عنها زوجها	٢٣٥ . ٢٣٦ ومنها . ولaitه على الحجور عليه بجنون أو سفة أو لصغر بالنسبة إلى نكاحهم
٢٤١ . ٢٤٢ ومنها . ولaitه على المفلس في التحجير عليه من التصرف بماله	٢٥٨ . ٢٥٦ ومنها . ولaitه على المتنع عن أداء ما عليه من الحقوق . ومنها . ولaitه على الأوقاف العامة
٢٦١ . ٢٥٩ ومنها ولaitه على المال المنتقل إليه بالإرث من لا وارث له.....	مع عدم تعين الواقف ولها . وتفصيل البحث عن تشقيقات المسألة
٢٦٤ . ٢٦٢ المبحث الثاني . في الولاية بالقرابة ، وهي للأب والجد له من النسب . وتحقيق المسألة بصورها	٢٧٢ . ٢٦٥ الثلاثة : اشتراك الأجداد مع الأب في الولاية ، وقيام الأعلى مع فقد الأدنى من الجد مع
٢٧٥ . ٢٧٣ المبحث الثالث . في ولاية الوصي على أطفال الموصي	الأب وصورة فقد الأب وبقاء الجدين الأدنى والأعلى
٢٨٦ . ٢٧٦ المبحث الرابع . في ولاية المقاصلة ، وتفصيل صور المسألة فيما إذا كان الحق عقوبة أو عيناً أو ديناً . وبيان الجواز أو المنع في مقاصلة الوديعة	ديناً . وبيان الجواز أو المنع في مقاصلة الوديعة

المبحث الخامس . في ولاية المتصدق بجهول المالك ، لقطة كان أو غيرها ، عيناً أم ديناً ٢٨٧

٢٨٩

المبحث السادس . في ولاية الحسبة ، وبيان موارد لها وبه ختام الرسالة ٢٩٠ . ٢٩٨

(رسالة في قاعدة اليد) وفيها مقامات : المقام الأول . في معنى اليد لغة واصطلاحاً ، وما هو المقصود من موارد لها ٢٩١ . ٣٠٣

المقام الثاني . في الاستدلال على اعتبار اليد بالاجماع والروايات ٣٠٤ . ٣١١

المقام الثالث . في مقدار عموم (قاعدة اليد) وجملة من أحكامها . ويتم في بيان أمور : (الأول) هل تجري القاعدة في غير الأموال من الأعراض والنسب؟ ٣١٢ . ٣١٦

(الثاني) هل يختص اعتبار اليد في غير صاحبها أم تعم حتى صاحبها (الثالث) لا فرق في إفادة اليد الملك بين المالكة والعادية ٣١٧ . ٣٢٠

(الرابع) لو اشترك أكثر من واحد في صدق اليد فهل ثابت يد واحدة للمجموع أم تتعدد ٣٢١ . ٣٢٤

(الخامس) كما أن اليد إمارة على الملكية كذلك هي إمارة على التذكرة ٣٢٥ . ٣٢٦

(السادس) يشترط في إفادة اليد الملكية عدم العلم بجدوتها بعنوان آخر ٣٣٠ . ٣٣٠

يقبل قول ذي اليد مطلقاً وإن كانت عادية في جملة من موارد الطهارة والنحافة والإقرارات ٣٣١ . ٣٣٤

(الثامن) أحكام تعقب الإقرارات بعضها بنحو الاضراب ٣٣٥ . ٣٣٧

(التاسع) هل تجوز الشهادة بالملك المطلق بمشاهدة اليد ٣٣٨ . ٣٤٣

(العاشر) اليد على مال الغير توجب الضمان الاستدلال على ذلك بالاجماع وبحديث (على اليد) وتفسير الحديث.....	٣٤٤ . ٣٤٩
(المقام الرابع) في حكم معارضة اليد مع غيرها من الامارات كالاستصحاب والبينة والاستفاضة فهنا موارد (الأول) معارضتها مع الاستصحاب ٣٥٠ . ٣٥٣	٣٥٤ . ٣٥٧
(الثاني) معارضتها مع البينة.....	٣٥٨ . ٣٦٠
(الثالث) معارضتها مع الاستفاضة	٣٦١ . ٣٦٩
(تذليل) في بيان قاعدتين متفرعتين على (اليد) الأولى . (من ادعى ما لا يد لأحد عليه قضي له به) الثانية . (من ادعى أمرا لا معارض له قبل قوله). والاستدلال عليهما وبين مواردهما	٣٧٠ . ٣٧٥
(رسالة في أحكام الدعاوى) : المقام الأول . في معنى المدعى والمنكر عرفا..... ٣٧٠ . ٣٧٥	٣٧٦ . ٣٨٤
(تكميلة) : هل يمين المنكر معتبرة من حيث الارفاق به. أم أن حجته مختصة بها ، و اختيار أنها للارفاق.....	٣٨٥ . ٣٨٧
(المقام الثالث) في التداعي وصوره وأقسامها. القسم الأول من الصورة الأولى . إذا لم تكن لهما بينة. فالحكم التنصيف بعد التحالف وبين موارد النقوض على ذلك في مسائل. والجواب عنها	٣٨٨ . ٣٩٧
القسم الثاني من الصورة الأولى . : لو كانت لأحدهما بينة دون الآخر قضي لصاحب البينة.	
القسم الثالث من الصورة الأولى . : لو كانت لكل واحد منهما بينة على دعواه قضي لهما بالسوية.....	٣٩٨ . ٣٩٩

(الصورة الثانية) ما إذا كانت العين بيد أحدهما وادعاهما كل منها. وهي أقسام ثلاثة ، بيان	
أحكام كل منها	٤٠٠ . ٤٠٠
ما لو كانت بيد ثالث وادعاهما كل منهما تشقيق المسألة إلى فروع وبيان أحكامها مع الاستدلال عليها بالأخبار المختلفة	٤٠٦ . ٤٠١
(الصورة الرابعة) ما لو تداعيا مع التقارن عرفا عينا لابد عليها ، ففي سقوط الدعوى منهما ، أو القضاء بالنصف بينهما بلا يمين ، أو مع اليمين ، أو بالقرعة؟ وجوه أربعة وبه ختام	
الرسالة	٤٠٩ . ٤٠٧
(رسالة في القرض) : بيان ثواب القرض من النقل	٤١٢ . ٤١٠
المسألة الأولى . في حقيقة القرض وعقده	٤١٣ . ٤١٣
المسألة الثانية . الخلاف في لزوم عقد القرض أو جوازه ، و اختيار اللزوم	٤١٥ . ٤١٤
المسألة الثالثة . عدم لزوم شرط الأجل في عقد القرض . المسألة الرابعة . في متعلق القرض ، وبها ختام الكتاب	٤٢٤ . ٤١٦