

بلغنا من الفقيه

مكتبة السيد العبد
مؤلف

١١

بلغم من الفقيه

مجموعة بحوث ورسائل وقواعد لفهبة قيمة تده
ضرورة الفراغ في التشريع الاسلامي والفقه
الاستدلالي ، لا غنى لفقيه والمحقوقي من معرفتها .

تصنيف

الحجة المحقق السيد محمد آل بحر العلوم - قدس سره -

تحقيق وتعليق

السيد حسين ابن السيد محمد نقي آل بحر العلوم

لجزء الثالث

رسالة

في منجزات المريض

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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

(مسألة) : اختلفت كلمات الأصحاب في نفوذ منجزات المريض في مرض موته : من الأصل ، أو الثلث ، على قولين :

وتنقيح المسألة هو أن يقال : ان تصرف المريض في ملكه . عينا أو منفعة في مرض موته ، تملكها كان التصرف أو فك ملك كالعتق ونحوه ^(١) . لا يخلو : اما منجز ، أو معلق والمعلق : اما معلق على غير موته . وان وجد المعلق عليه بعد الموت . أو معلق على الموت . وهو : اما أن يكون زمان ما بعد الموت ظرفا للمنشأ دون الإنشاء ، أو يكون ظرفا لهما معا ، كقوله : أعطوا زيدا بعد وفاتي ألفا .

ثم المنجز : اما ان يكون عن حق واجب عليه كالديون والكفارات وأروش الجنائيات وبدل الغرامات . ومنه النذر المطلق . أو متبرعا به ، مجانا كان كالوقوف والصدقات ، والعطايا والهبات المجانية ، أو بمعاوضة تساويه في المثل أو القيمة كالبيع أو الإجارة بثلث المثل وأجرته ، أو بما دون ذلك ، ويعبر عنها بالمعاوضة المحاباتية :

(١) مثال الأول واضح ، كأن يقول : ملكت فلانا داري ، وشبهه ومثال الثاني ، كالوقوف العامة على عموم المنتفعين بها من مواردها ، مثل الحسينيات والمدارس والمساجد والمرابط ونحوها . فإنها تحرير الملكية وفكها الى غير عودة ، وليست تملكها ، لا لجهة ، ولا لشخص .

إذا عرفت ذلك فنقول ^(١) : اما ما كان معلقا على الموت ومؤجلا به ، فمخرجه
الثلث إجماعا . بقسميه - ^(٢) من غير فرق بين ما كان وصية تمليكية 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 المعصوم
(ع) مع المجمعين . بنحو مقرر في علم الأصول .

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

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

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

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

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

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

أو له . ولكل منها شروط وأحكام مفصلة في مضامنها من كتب الفقه وبحكم تعلق الوصية بالمال والمنفعة . تارة . وبالتصرف أخرى . يصح انقسامها الى :

وصية تمليلية . وهي إنشاء الموصي تملك عین أو منفعة لشخص معين أو أشخاص ، أو جهة معينة أو جهات ومن ملحقاتها : الإيضاء بالتسليط على حق من حقوقه القابلة للانتقال كالشفعة . مثلا .

ووصية عهدية . وهي : إيضاء الموصي لشخص معين أو أكثر بتنفيذ وصيته التي رسمها مما يتعلق بتجهيزه أو استئجار المحج والصلاة والصوم ونحوها من العبادات عنه . ومن ذلك : الولاية على أولاده الصغار أو المجانين والسفهاء من الكبار في إدارة شئوئهم .

ومن ملحقات العهدية . كما أشار في المتن : الإيضاء بتحرير الملك وفكه كإيقاف داره مسجدا أو حسينية ، نحوها . ومن ذلك عتق عبده في سبيل الله . ولتفصيل الموضوع يراجع باب الوصايا من كتب الفقه للفريقين .

(١) التدبير : هو عتق المملوك مقيدا بوفاء مالكة . وانما سمي بذلك بحكم صيغته المتعارفة كأن يقول المالك لمملوكه : «أنت حر دبر وفاقي» .

وهو قسمان : مطلق ، كقول المالك لعبده : إذا مت فأنت حر ، أو أنت حر دبر وفاقي . 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

بما لا يملك عند تحققه الا الثلث من ماله.

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

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

وان كان عن حق وجب عليه في مرضه بسبب من الأسباب ، فإن كان من التسييبات القهرية 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 (الشرائع) ^(١) لأن التصرف انما هو في نفسه وذمته ، دون ما له المتعلق به حق الوارث على القول بنفوذه من الثلث وان استتبع الوفاء

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

(١) قال . في لوائح كتاب الضمان ضمن مسائل . : «الثانية إذا ضمن المريض في مرضه ومات فيه ، خرج ما ضمنه من ثلث تركته على الأصح .» ويظهر رأيه أيضا في مسائل القسم الثاني من لوائح كتاب الوصية الخاص بتصرفات المريض.

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

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

لأننا نقول : لا يجدي الفرق المذكور لو سلم بعد أن كان الضمان بنفسه ليس تصرفا في المال الممنوع عنه ، وبه يتحقق عنوان الدين المقدم على حق الوارث ، 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 تقديمه عليه ، بل الدليل الدال على نفوذه من الثلث بعد تسليمه وارد في موارد مخصوصة ، وإنما يتسرى منها الى ما يكون مثلها بعد القطع باتحاد المناط ، فيبقى دليل تقديم الدين سليما عن المعارض مندرجا تحت الأصول والقواعد الموجبة لنفوذه من الأصل.

وأما النذر المطلق المتبرع به الواقع في مرضه : فان كان متعلقا بمال في ذمته نفذ من الأصل أيضا ، كما لو نذر في الصحة لما عرفت في الدين ^(١) وينفذ من الثلث . بناء عليه . لو تعلق بعين من أمواله ، كما لو نذر في مرضه

(١) وذلك من التعليل الذي ذكره . آنفا . بقوله : لأن التصرف انما 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 اشترى من ينعق عليه في مرضه بين ما لو اشتراه بثمان في الذمة فإن الثمن دين والانعقاد قهري بحكم الشرع ، وما لو اشتراه بعين من أمواله ، فإن الانعقاد وان كان قهريا إلا أن الثمن 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 الثمن المعين فيه إنما هو بإزاء ما يساويه في القيمة ومثل هذه المعاوضة ينفذ من الأصل بلا خلاف ، لعدم المحاباة فيه :

(مدفوعة) باتحاد المناط بينه وبين المحاباة في صدق التفويت عرفا عند الاقدام على هذه المعاوضة بعد إحراز عدم سلامة المعوض له فتأمل.

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

بل ينفذ منه أيضا بذل كل ما تعود منفعته لنفسه كمئونه ومئونة عياله وأضيافه ولو بنحو التوسعة ، كما لو وقع منه ذلك في حال الصحة ، بلا خلاف أجده فيه. ولو أجاز المريض المعقود على ماله فضولا بما يفيد التمليك بالمحاباة أو مجانا. 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 فالأظهر ذلك أيضا لكون الاستناد إلى المالك إنما هو بالإجازة الواقعة 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 بإجارة نفسه بدون أجرة المثل ،

العقود . كما هو الصحيح . لانطباق الأدلة عليه .

أقول : ذكر فقهاؤنا رضوان الله عليهم . في كتاب البيع من موسوعاتهم الفقهية : أن من جملة شروط المتعاقدين أن يكونا نافذي التصرف . فعلا . وفرعوا على ذلك مسألة عقد الفضولي وهو الشخص الثالث الكامل التصرف ، غير المتعاقدين ، وهو : إما أن يعقد للمالك ، أو لنفسه ، والأول :

فقد يسيقه منع المالك ، وقد لا يسيقه .

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

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

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

هذا وقد اختلفوا في أصل جواز عقد الفضولي وعدمه مطلقا ، والتفصيل المذكور بين العاقد للمالك . بقسميه . جوازا ، ولنفسه منعا . والتفصيل بين العقود جوازا ، والإيقاعات منعا ، إلى غيرها من الخلافات المفصلة في بابها من كتب الفقه . ولكل قول أدلة ومؤيدات ، لا يسع المجال استعراضها .

والظاهر . كما تعضده الأدلة المفصلة في مضاها . صحة عقد الفضولي بل وإيقاعه أيضا ، للعمومات الشاملة لجميع الأنواع ، ولخصوص بعض الأدلة الواردة في موارد التفصيل المذكورة .

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

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

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

ولا بد أن يتعقب عقد الفضولي . بناء على جوازه مطلقا أو على بعض التفصيلات الآتية الذكر . : أما اجازة المالك ذلك العقد . بحكم كونه أحد طرفيه ، فيصح ، واما الرد ، فيبطل . فالكلام . بإيجاز إذا . حول الإجازة ، والمجيز ، والمجاز ، فنقول :

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

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 ستعرف . وعلى كل فقد اختلفوا في تخريج ارتباط الإجازة المتأخرة بالعقد المتقدم على أقوال :

الأول . النقل ، أي انها ناقله ومصححة للعقد من حين صدورهما من المالك ، ولا تترتب آثار العقد من النقل والانتقال والثمرات الأخرى إلا من حين صدورهما ، لا من حين صدور العقد ، حتى كأن العقد الصحيح وقع من الآن ، لا من ذي قبل.

هكذا قيل في تصوير النقل ، وإن أشكل عليه بلزوم تأثير المعدوم ، فان العقد المتقدم . حال الإجازة المتأخرة . معدوم ، وليست الإجازة تمام السبب في النقل ، بل هي اما جزؤه مع العقد ، أو شرط صحته ، وتتمام السبب هو العقد.

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

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

الألفاظ إلى حين الإجازة ، فهي ليست لا حقة بأمر معدوم ، وليس للأمر المعدوم . وهو الألفاظ . أي صعيدية في ترتب الآثار والأحكام.

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

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

ولكن الحق إمكان تصور الشروط المتأخرة في التشريعات . كالتكويينات . ولذلك عدة تخريجات ، منها على رأي المحقق الخراساني . قدس سره . في كفايته : من أن العلة في الأمور الاعتبارية التي لا وجود لها إلا بمنشأ انتزاعها ليس الا لحاظ ما هو منشأ الانتزاع ، فكما يمكن لحاظ المقارن يمكن لحاظ المتقدم والمتأخر على حد سواء . ومنها على رأي

صاحب الفصول . على ما حكى عنه . من أن شرط الصحة في العقد الفضولي ، هو وصف تعقب الإجازة ، لا نفسها ، وهذا الوصف والعنوان حاصل حين العقد ، فليس من قبيل الشرط المتأخر واقعا .

ويظهر من القائلين بالكشف أنهم صوره بتصورات ثلاثة :

كشف حقيقي بمعنى أن الإجازة المتأخرة تكشف عن تأثير العقد من حين تحققه تأثيرا تاما ، وهو القول المشهور بين الفقهاء الذين يتهضمون تأثير الشرط المتأخر . بالرغم من تأخر زمانه .

وكشف تعبدي ، وهو نفس الأول مع تخريج التأخير بتصور اللحاظ . كما عليه الآخوند . أو التعقب . كما عليه الفصول . وذلك مذهب

فظهر أن محل النزاع إنما هو في المنجزات المتبرع بها ، تمليكا كان أو فك ملك مجانا أو بمعاوضة محاباتية.

غير المتهمذين لتأثير الشرط المتأخر من الفقهاء فهما . بحسب الواقع . معنى واحد ، وإن اختلفا بحسب المبنى ، والتخريج.

وكشف حكمي ، وهو معنى وسط بين الكشف الحقيقي ، 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 النماءات غير المملكة ، فهو من حيث ترتب النماءات غير المملكة ، كشف حقيقي ، ومن حيث عدم ترتب ملكية المبيع إلى المشتري الأصيل ، نقل حقيقي ، ولهذا كان وسطا بين الاثنين.

وهناك ثمرات وآثار تختلف في ترتيبها باختلاف المباني في الإجازة بين الكشف بأنواعه والنقل ، ولعل من أهمها موضوع النماءات الحاصلة بعد العقد ، فبناء على الكشف الحقيقي والتعدي هي لمن انتقلت العين إليه ، وهو المشتري الأصيل ، وعلى الكشف الحكمي والنقل هي لمن انتقلت عنه ، وهو المالك . وهناك ثمرات بين أنواع الكشف والنقل ذكرت في أبوابها من كتب الفقه ، لا يسعنا استعراضها في هذا المجال.

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

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

تكون بغيره ، كالكتابة والإشارة والفعل ، وكل ما يدل بصراحة على الرضا بمضمون العقد. ولا تورث الإجازة ، لأنها من الأحكام ومن شئون السلطنة على الملك ، وليست من الحقوق القابلة للإرث. وينبغي مطابقة الإجازة للعقد المجاز ، إطلاقا وتقييدا من حيث الثمن 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 المميز أحد طرفي العقد ، فلا بد من تحقق رضاه به ، ومع سبق الرد لا يتحقق ذلك. ولا تعتبر الفورية فيها ، بل للمالك حق الإجازة أو الرد في أي وقت شاء ، بحكم ارتباط العقد به ، ولصدق العمومات عليه كآتي البيع ، والعقود في أي وقت ، غاية الأمر أن يفتح باب خيار الفسخ للمشتري الأصيل عند تضرره بالتأخير. وأما المميز . وهو المالك . فلا بد من كونه جائز التصرف بالبلوغ والعقل ، والاختيار وعدم الحجر المالي لفلس أو سفه ونحوهما أو مرض موت بناء على عدم نفوذ منجزات المريض من الأصل كما هو الحق في المسألة . بلا فرق في ذلك بين البناء في الإجازة على الكشف . بأنواعه . أو النقل. وهل يكفي توفر ذلك الشرط . وهو جواز التصرف . حين الإجازة ، أم لا بد من تحققه حين العقد أيضا؟ قولان في المسألة :

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

كونه موقوفا مراعي إلى أن يكشف الحال بالبرء الكاشف عن النفوذ من الأصل من حين التصرف ، أو بالموت الكاشف عن نفوذه من الثلث كذلك

التصرف ، فلو كان محجورا حين العقد ، وارتفع حجره حين الإجازة صحت إجازته ، بخلاف العكس ، إذ الملاك صحة تصرفه فيما يؤول إليه من التصرفات بالخصوص ، فإن الإجازة تصرفه ، والعقد تصرف غيره . وأما المجاز . وهو عقد الفضولي . فلا كلام لنا في اعتبار ما يعتبر في غيره من العقود اللفظية ، لأنه من مصاديقها ، بحكم الأدلة المجوزة 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 يتراءى 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 ، وكالتنجز والعريضة . بناء عليها . في ألفاظ العقود ، فهذه ونحوها لا بد من اعتبارها في حال العقد ، إضافة إلى حال الإجازة ، إذ بدونها يختل صدق العقدية حينئذ ، وعقد الفضولي . كما هو الحق . هو العقد المتكامل القابل للتأثير لو لا رضا المالك .

وبعض الشروط ليس لها دخالة في تقوم العقد ككون المعاملة غير غررية أو غير ربوية وكون العوضين غير نجسي العين أو محرمين 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 والمجيز والمجاز لا يسع المقام ذكرها) .

إذا كان بقدره ، ونفوذ قدر الثلث 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 حينها فيما زاد على الثلث مع عدم الإجازة (وتوهم) الفرق بأن الوصية إخراج للمال عن الملك في زمان ينتقل فيه المال إلى الورثة لا يملك منه الا الثلث ، 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 بنفوذه من الأصل في الواقع ، وللوارث إبطاله عند الانتقال إليه ، فينفذ حينئذ من الثلث من حين الموت كالفسخ بالخيار الموجب للبطلان من حينه لا من حين العقد.

لأننا نقول : بعض التصرفات . بعد فرض وقوعه صحيحا في الواقع . لا يمكن طرو الفساد عليه كالعقود الموجب للتحرير ، إذ لا يعود الحر ملكا وكالوقف المأخوذ في معناه التأييد ، ولا قائل بالتفصيل بين ما يقبل طرو الفساد وغيره. هذا بالنسبة الى حكمة المسألة في الواقع ، وأما في مرحلة الظاهر ، فهل للمالك المتصرف في مرضه تنفيذ تصرفه وتسليم المعطى له على المال بالتسليم له ، أو التخلية بينه وبينه مطلقا أم لا كذلك؟ وجهان : والأوجه . بل الأقوى . هو الأول ويحتمل التفصيل بين ما يسعه الثلث حين التصرف وما لا يسعه كذلك ، فله التنفيذ في الأول ، لأصالة سلامة المال عن التلف مع عدم تعيين حق الوارث في خصوص ما تصرف فيه ، وليس له ذلك في الثاني ، لأصالة

عدم تجدد 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 سلامة 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 يوجب ترتيب آثار الشيء المتيقن الثابتة بواسطة اليقين ، وتلك الآثار لا بد أن تكون هي الآثار الشرعية المجعولة من قبل الشارع لأنه هو الأمر بترتيبها ولأنها هي القابلة للحلل الشرعي دون غيرها من الآثار العقلية والعادية.

وعليه فان المتيقن المستصحب : اما أن يكون نفسه حكما من الأحكام الشرعية المجعولة من قبل الشارع كوجوب شيء أو حرمة أو إباحته وأمثالها ، واما أن يكون من الموضوعات الخارجية أو اللغوية ونحوهما كحياة زيد وموته ، وكرية الماء ورطوبة الإناء وغير ذلك مما هو سوى الأحكام الشرعية ومعنى الاستصحاب في القسم الأول هو أن المجعول في زمان الشك حكم ظاهري مساو للحكم المتيقن في زمان اليقين في جميع الآثار المترتبة عليه ، وذلك هو معنى وجوب البقاء عليه.

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

ووجه الثاني وهو المنع مطلقا . أن المريض بالمرض المعقب بالموت ليس له سلطنة تامة في ملكه كما كان له في حال الصحة ، وجواز التنفيذ فرع وجود السلطنة كذلك عليه ، وهو غير محرز بعد أن كان المرض مخفوا بظهور الأمارات الردية الكاشفة غالبا عن تعقب الموت . نعم ليس له أن يتصرف تصرفا منافيا للتصرف الأول ان كان ملزما ، للزومه من قبله ، وان توقف نفوذه على انكشاف الحال ، فهو نظير الأصل في البيع الفضولي قبل الإجازة ، بناء على لزومه بالنسبة إليه ^(١) ، بل هنا أولى منه .

وفيه أيضا أن مرجع الشك في الجواز وعدمه الى الشك في تعلق

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

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

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

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

هذا ولا فرق فيما ذكرنا من جواز التنفيذ مطلقا بين كون المنع عن التصرف لتعلق حق الغير به ، أو للتعبد ، وإن كان لحكمة الإرفاق 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 المحقق : وأما منجزات المريض إذا كانت تبرعا .. «إذا تقرر ذلك فنقول : اختلف الأصحاب في تصرفات المريض المنجزة المتبرع بها على ذلك الوجه ، فذهب الأكثر ومنهم الشيخ في المبسوط والصدوق وابن الجنيد وسائر المتأخرين إلى أنها من الثلث كغير المنجزة».

(٢) والفرق بينهما أن الأصل الموضوعي ما كان فيه مجرى الاستصحاب من الموضوعات الخارجية كحياة زيد وموته . مثالا والأصل الحكمي ما كان مجرى الاستصحاب فيه حكما من الأحكام الشرعية كوجوب الامتثال وحرمة

نعم ربما يظهر الفرق بينهما في نفوذ الإجازة وتأثيرها لو أجاز قبل الموت على الأول ،
لتضمنها معنى الإسقاط ، وعدمه على الثاني ، لعدم جريانها في الأحكام.

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

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

وعليه فتظهر الثمرة بينهما في ذلك ، بل ربما احتمل ظهور الثمرة بينهما أيضا في
نفوذ إقراره في مرض الموت على تقدير كون المنع للتعبد ، 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 الثلث كما ستعرف.

وهو فاسد في كل من طرفيه! أما الأول ، فعلى إطلاقه لأنه يمكن أن نقول بنفوذ
المنجز من الثلث تعبدا ، ونقول . مع ذلك . بعدم نفوذ

الارتكاب مثلا ، ففي مثال ما نحن فيه : يكون استصحاب تعلق حق الغير موضوعيا ، لا تترتب عليه إلا آثاره
الشرعية المجعولة فقط ، بخلاف ما إذا كان المنع للتعبد 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 فيه هو حجر الحاكم الذي هو بمنزلة حكمه النافذ لا لتعلق حق الغرماء ، وإن علل به في بعض عباراتهم ، لكونه من المصادرة المحضه ^(١) ، كيف ولولاه لأمكن دعوى نفوذ 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 (المقنعة) واختاره الشيخ (في النهاية) والخلاف ، وهو صريح (الانتصار) و (الغنية) وبني حمزة والبراج وإدريس و (كشف الرموز) والقمي (ره) في (أجوبة مسائله) وجدي في (الرياض) وولده الخال في (المناهل) وصاحب (الحقائق) حاكيا له أيضا عن الشيخ الحر العاملي ، والمحدث الشيخ عبد الله بن صالح البحراني ، واختاره المقدس الأردبيلي في (شرح الإرشاد) والسبزواري في (الكفاية) وشيخنا المرتضى في بعض تحريراته ، وعمنا الأستاذ في (ملحقات برهانه) بل في (السرائر) : انه الأظهر بين الطائفة ، وفي موضع آخر منه : أنه الصحيح من المذهب ، وفي (الكشف للآبي) نسبته إلى الأكثر وقيل : أنه المشهور عند القدماء ، بل في (الانتصار) و (الغنية) دعوى الإجماع عليه .

وها نتلو عليك جملة من عباراتهم تسهيلا للوقوف عليها عند الحاجة :

قال الشيخ في (هبة النهاية) : «والهبة في حال المرض صحيحة

(١) المقصود من المصادرة : 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 شيئا وأقبضه ثم مات فمن أصحابنا من قال : لزمته الهبة في جميع الموهوب ، ولم يكن للورثة فيها شيء ، ومنهم من قال : يلزم في الثلث ويطل فيما زاد عليه ، وبه قال جميع الفقهاء ، دليلنا على الأول : أخبار الطائفة المروية في هذا الباب ، والرجوع إليها هو الحجة في هذه المسألة ^(٢).

وفيه أيضا في باب الوصية : «تصرف المريض فيما زاد على الثلث إذا لم يكن منجزا لا يصح بلا خلاف ، وإن كان منجزا مثل العتاق والهبة والمحابة فلا أصحابنا فيه روايتان : إحداهما أنه يصح والأخرى أنه لا يصح وبه قال الشافعي وجميع الفقهاء ، ولم يذكروا فيه خلافا ، دليلنا على الأول الأخبار المروية من طرق أصحابنا ذكرناها في الكتاب الكبير» ^(٣). وفيه أيضا في باب الشفعة : «إذا باع في مرضه المخوف شقصا وجابى فيه من وارث صح البيع ، ووجبت به الشفعة بالثمن الذي وقع عليه البيع ، وعند الفقهاء يطل البيع لأن المحابة هبة ووصية ، ولا وصية لو ارث ، ويطل في قدر المحابة . إلى أن قال . دليلنا أن هذا بيع صحيح فمن جعل المحابة فيه وصية فعليه 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 شيئا وأقبضه ثم مات فمن أصحابنا من قال : تلزم الهبة في جميع الشيء الموهوب ، سواء كان الثلث أو أكثر من الثلث ، وهو الصحيح من المذهب الذي تقتضيه الأصول»^(١).

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

وأيضا في موضع آخر منه : (قال محمد بن إدريس (ره) ان أراد بأنه بت عتقه في حال حياته ولم يجعله مدبرا بعد موته فإنه ينعقد جميعه ولا يستسعى في شيء لأن هذه عطية منجزة في الحال . الى أن قال . : الا على مذهب من قال من أصحابنا أن العطايا المنجزة تكون أيضا مثل المؤخرة تخرج من الثلث إذا كانت في مرض الموت ، والأول هو الأظهر بين الطائفة وعليه الفتوى وعليه العمل»^(٣).

وفيه أيضا في باب المهور من كتاب النكاح : «والصحيح أنها إذا

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

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

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

أبرأته من مهرها سقط جميعه ، وصح الإبراء لأن هذا جميعه ليس بوصية وإنما هو عطية منجزة قبل الموت والوصية بعد الموت ، وإنما هذه الرواية على مذهب من قال من أصحابنا : إن العطاء في المرض ، وإن كان 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 وتسلمها 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) : «ومما انفردت به الإمامية أن من وهب شيئا في مرضه الذي مات فيه إذا كان عاقلا مميزا تصح هبة ولا يكون من ثلثه ، بل يكون من صلب ماله ، وخالف باقي الفقهاء في ذلك وذهبوا الى أن الهبة في مرض الموت محسوبة من الثلث ، دليلنا الإجماع المتردد ، ولأن تصرف العاقل في ماله جائز ، وما تعلق للورثة بماله حق ، وهو حي ، فهبته جائزة ، ولذلك صح بلا خلاف نفقة جميع ماله على نفسه

(١) راجع هذه المسألة في باب المهور من كتاب النكاح ص ٣٠٣ من الطبعة الآنف الذكر ، والعبارة هذه تتبع مسألة ما إذا أبوات المرأة زوجها من جميع مهرها في حال مرضها ولم تملك سواه. وقبل هذه العبارة هكذا : وروي أنه لا يجوز للمرأة أن تبرئ زوجها من صداقها في حال مرضها إذا تملك غيره ، فإن أبرأته سقط عن الزوج ثلث المهر وكان الباقي لورثتها ، أورد هذه الرواية شيخنا في نهايته إيرادا لا اعتقادا ، كما أورد أمثاله 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 الثلث بدليل الإجماع المشار اليه»^(٢).

وقال ابن البراج في الوصية : «إذا جمع بين عطية منجزة وعطية مؤخره دفعة واحدة ولم يخرجها من الثلث كيف يفعل بهما؟ الجواب : إذا جمع بين ذلك ولم يخرجها من الثلث قدمت العطية المنجزة لأنها سابقة وتلزمه في حق المعطي فيجب فيها ما ذكرناه من التقديم على المؤخره 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 الثلث 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 لوجوه. الى أن قال . الرابع : لفتوى أكثر

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

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

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

وأما القول بنفوذه من الثلث فهو مذهب جم غفير من الأصحاب نتلو عليك أيضا جملة من عباراتهم :

قال الشيخ في (المبسوط) في باب الوصية : «رجل أعتق عبدا له ، لا مال له غير ، في مرضه المخوف ، نظر فيه : فان 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) لأستاذه 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 المجلسي . طاب ثراه . وفي آخرها : ان فراغه من تأليف الكتاب في شهر شعبان سنة اثنتين وسبعين وستمائة ، وتاريخ نقل النسخة سنة ثمان وستين وسبعمائة».

(٢) راجع : آخريات كتاب الوصية ، الثالثة . من مسائل تصرفات المريض وقبل كلمة : (لأصل) هذه الجملة : وهو أقرب ، مع قبول الأحاديث المعارضة 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 عتق المالك عبده : «عتق في مرض الموت من أصل التركة ، ان كان واجبا ، وان كان متبرعا به فهو من الثلث»^(١).

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

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

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

وفي باب الحجر منه أيضا : «والمريض ممنوع من الوصية بما زاد عن الثلث ، وكذا في التبرعات المنجزة على الخلاف»^(٤).

وقال في (الشرائع) في باب الحجر : «والمريض ممنوع من الوصية فما زاد عن الثلث إجماعا ، ما لم يجز الورثة ، وفي منعه من التبرعات المنجزة الزائدة عن الثلث خلاف بيننا ، والوجه المنع»^(٥).

وفي كتاب الوقف منه أيضا : «أما لو وقف في مرض الموت : فان أجاز الورثة ، وإلا أعتبر من الثلث كالهبة والمحاباة في البيع ، وقبل :

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

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

(٣) نفس المصدر الأنف ، وأوائل المسألة هكذا : «الخامسة إذا أوصى بعقده عبده أو أعتقه عند الوفاة ، وليس له سواهم ، انعتق ثلثه ولو أعتق ثلثه عند الوفاة ، وله مال ، أعتق الباقي من ثلثه ..».

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

(٥) راجع : آخر الفصل الأول من كتاب الحجر ، أول ص ١٠٢ من ج ٢ طبع النجف سنة ١٣٨٩ هـ ،

يمضي من أصل الشركة ، والأول أشبه»^(١).
 وفي كتاب الهبة منه أيضا : «السابعة إذا وهب في مرضه المخوف وبرء 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 يمضي من الثلث ، وقيل : من الأصل ، والأول مروي»^(٣).
 وقال العلامة في التبصرة «الخامس : المريض وتمضي وصيته في الثلث خاصة ، ومنجزاته المتبرع بها كذلك إذا مات في مرضه»^(٤).
 وقال في وصيته أيضا : «وتصرفات المريض من الثلث ، وإن كانت منجزة ، وأما الإقرار : فإن كان متهما فكذلك والا فمن الأصل»^(٥).
 وقال في (التحرير) في كتاب الحجر : «الرابع عشر : المريض محجور عليه إلا في ثلث ماله في التبرعات كالهبة والصدقة والعتق ، ولو

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

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

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

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

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

اشتمل البيع على المحاباة مضى ما قابل رأس المال من الأصل ، والزيادة من الثلث ، 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 ثوبا يوازن القيمة ، خرجت من صلب المال ، وإن تبرع بالهبة ومات في ذلك المرض أخرجت من الثلث»^(٢).

وفي كتاب الوقف منه أيضا : «وأما المريض فإن برأ من مرضه صح وقفه ، وإن 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 . : وإن وقعت في مرض الموت فقولان أقربهما خروجها من الثلث ، وكذا إذا وهب في الصحة وأقبض في مرض الموت ، أما الإقرار : فإن كان المريض متهما كان من الثلث ، وإن كان مأمونا أخرج من أصل المال»^(٤).

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

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

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

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

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

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

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

الأقوى»^(١).

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

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

وقال في (التذكرة) في باب الوقف : «مسألة : يصح وقف المريض كما يصح وقف الصحيح ، إلا أن بين علمائنا خلافا في أنه هل يمضي من الأصل أم الثلث ، 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 الثلث فتمضي فيه خاصة ، وكذا التبرعات الصادرة في مرض الموت على الأقوى» ثم فرع على وقوعها من الثلث فروعاً.

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

(١) راجع : (حرف ز أي ٧) من نفس الفصل.

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

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

(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 الهبات وتوابعها ، الفصل الخامس في الوصايا :

وقال في (الإرشاد) في باب الوصية : «وأما المنجزات الواقعة في مرض الموت المتبرع بها كالهبة والعتق ، ففيها قولان : أقربهما أنها من الثلث ولو برأ لزمت إجماعاً»^(١).

وفي الوقف منه : «ولو اشترى المديون المريض أباه ، لم يعتق إلا بعد الدين من الثلث ، ولو اشتراه محاباة عتق قدر المحاباة.»

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

وقال ولده في (الإيضاح) في شرحه : «اختلفت الفقهاء في تصرفات المريض المنجزة المتبرع بها ، أعني التي بلا عوض غير الإقرار ، فقال بعضهم : أنها من الثلث كالمعلقة بالموت ، وهو اختيار والدي المصنف والشيخ في (المبسوط) والصدوق وابن الجنيد ، ومفهوم قول الشيخ في (الخلاف). وقال المفيد في (المقنعة) والشيخ في النهاية وابن البراج وابن إدريس أنها من الأصل ، والأول هو الأصح عندي ، لوجوه»^(٣)

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

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

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

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

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

وفي (القواعد) في كتاب الوقف منه : «ولو وقف المريض على ابنه وبنته ولا وارث غيرهما دفعة دارا هي تركته ، فإن أجاز لزم ، والا صح في الثلث» ^(٢) وفي (جامع المقاصد في شرحه) : «أي لو وقف المريض على ابنه وبنته . الى أن قال . فاذا رد لم يصح تصرفه فيما زاد على الثلث» ^(٣).

وفي وصية القواعد أيضا : «الفصل الثالث في تصرفات المريض ، وهي قسمان : منجزة ومعلقة . الى أن قال . وأما المعجلة للمريض ، فان كانت تبرعا فالأقرب أنها من الثلث ، ان 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 الثلث ، ان كان تبرعا والا فمن الأصل ، وقيل : ان كان مخوفا فكذلك والا فمن الأصل كالصحيح» ^(٥).

وقال أيضا بعده : «مسائل : . الأولى . الهبة والعق 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 الثلث كالوصية»^(١).

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

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

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

وفي كتاب الحجر منه بعد قول الماتن : «وان كانت منجزة على رأي بشرط موته في
ذلك المرض قال : «هذا هو الأصح عملا ، بصحيح الأخبار»^(٥).
وقال الشهيد في (اللمعة) في باب الهبة : «ولو وهب أو وقف

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

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

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

(٤) راجع : نفس العنوان بعد ذلك بصفتين . 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 فهي من الثلث إلا أن يجيز الوارث»^(١).

وفي باب الحجر منه أيضا : «والمريض ممنوع مما زاد عن الثلث ، وإن تنجز على الأقوى»^(٢).

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

وفي موضع آخر منه : «فمن أعتق شقصا من عبده عتق كله ، إلا أن يكون المعتق مريضا ولم يبرء ، ولم يخرج من الثلث إلا مع الإجازة»^(٤).

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

وأیضا فيه في كتاب الوصية : «درس ، منجزات المريض المشتعلة على

(١) راجع ذلك بعنوان : الثاني . الهبة . (ج ٣ ص ١٩٦) طبع النجف الأشرف سنة ١٩٨٧ هـ ، وصاحب اللعة هو الشهيد الأول.

(٢) راجع ذلك بنفس المصدر الأنف (ج ٤ ص ١٠٦ من طبع النجف الأشرف).

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

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

(٥) هذه الجملة مذكورة في أول كتاب الوقف بعنوان (وله شروط ، أحدها . أهلية الواقف)

تفويت المال بغير عوض كالهبة والعق والوقف ، أو على محاباة كالبيع بالثمن الناقص أو الشراء بالزائد ، حكمها حكم الوصية في أصح القولين»^(١).

وفي (غاية المرام في باب الوصية) : «القول إنها من الأصل قول الشيخ في النهاية . إلى أن قال . : وقال : في (المبسوط) ومحمد بن بابويه وابن الجنيدي : أنها من الثلث ، واختاره المصنف والعلامة وهو المعتمد ، والمستند الروايات»^(٢).

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

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

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

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

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

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

وقال أيضاً في باب الهبة : «وأما إذا اتفق موته في مرضه : فإن كان المرض مخوفاً بمعنى غلبة الهلاك معه فالأظهر أن منجزاته من الثلث حيث لا يجزى الوارث»^(٢).
وقال في (الروضة) في كتاب الحجر . بعد قول الماتن : «وان تنجز على الأقوى :
«للأخبار الكثيرة الدالة عليه منطوقاً ومفهوماً وقيل : يمضي من الأصل»^(٣).

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

(١) وجدنا هذه العبارة . متنا وشرحاً . في أوائل كتاب الوقوف والصدقات . وتتمة عبارة الشرح تحت عنوان (وقيل يمضي ..) هكذا :

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

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

«لا خلاف في أن المريض إذا برئ من مرضه ينفذ تصرفه مطلقاً ، وأما إذا اتفق ..» وتتمة 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 ممنوع مما زاد على الثلث

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

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

وفي (المهذب البارع) بعد قول الماتن : وكذا في التبرعات المنجزة على الخلاف : «أقول المشهور أنها من الثلث ، وهو أحد قولي الشيخ في (المبسوط والنهاية) قاله الصدوق وأبو علي . وظاهره الخلاف ، واختاره المصنف و (العلامة) وقال الشيخان في النهاية والمقنعة : أنها من الأصل . الى 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 ان مات في مرضه ولم يجز الورثة»^(٤).

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

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

(٢) راجع : ج ٣ ص ١٩٦ من طبع النجف في شرح قول الماتن :

ولو وهب أو وقف أو تصدق في مرض موته فهي من الثلث .

(٣) المهذب البارع في شرح الشرائع لمصنفه أحمد بن محمد بن فهد الحلبي ، ولا يزال من نفائس المخطوطات ، رأينا نسخته الخطية في مكتبة الشيخ علي حفيد (الهادي من آل كاشف الغطاء) حفظه الله . والمسألة مذكورة في أخريات 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 :
«والمعتمد الأول وهو أنها من الثلث»^(١).

وفي التنقيح بعد ذكر أدلة الثلث ، قال : «والفتوى على هذا»^(٢).
وهو مختار الفاضل الجواد في (شرح اللمعتين)^(٣) وشيخنا في (الجواهر)^(٤) وجدنا في رسالة مستقلة ، وإن عدل عنه إلى الأصل في الرياض^(٥).
هذا ما وسعنا من نقل عباراتهم ، والإنصاف أن القولين متكافئان

والكتاب من نفائس المخطوطات.

- (١) راجع : ذلك في كتاب الوصية منه بعنوان (مقباس ، يختلف الأصحاب في منجزات المريض).
(٢) التنقيح الرائع من مختصر النافع ، شرح مفصل للمختصر في مجلدين ضخمين ، تأليف الفاضل المقداد السيوري 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 يريد المصنف : شرح اللمعة المسمى بالأنوار الغرورية للفاضل الشيخ محمد جواد بن الشيخ محمد تقي بن الشيخ محمد الأحمد ، الشهير بملاك كتاب وهو من نفائس المخطوطات.
(٤) قال . في كتاب الحجر : والسادس . المريض ، وهو ممنوع من الوصية بما زاد عن الثلث . كالصحيح . إجماعا محصلا ومحكما مستفيضا أو متواترا .. إلى آخر عبارة المتن والشرح ويقول بعد ذلك : وفي منعه من التبرعات المنجزة الزائدة عن الثلث 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 الثلث بين المتأخرين . وأما عند متأخري المتأخرين ، ولا سيما بين المعاصرين فلا استبعد انقلاب الشهرة الى ما عليه أكثر القدماء .

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

وشرحا : «الثامنة . تصرفات المريض إذا كانت مشروطة بالوفاة ، ويعبر عنها بالوصية ، فهي من الثلث مع عدم اجازة الورثة .. وان كانت منجزة غير معلقة عليها .. فقولان ، أشبههما وأشهرهما بين المتأخرين أنها تخرج من الثلث .. إلى قوله : والحلي والمرتضى وابن زهرة أخرجوه من الأصل ، وهو المشهور بين القدماء ظاهرا ، بل لعله لا شبهة فيه جدا . الى قوله . والمسألة محل اشكال 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 الثلث) لغفلي عن الشهرة القديمة ، فالمصير الى القول الثاني أقوى ثم أقوى» .

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

(١) المراد من الأصل هنا : الاستصحاب التنجيزي ، 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 شرعيا وهو فرع كون الملازمة الثابتة بين التصرف والنفوذ من الأصل حكما للشارع مجعولا منه للمالك من حيث هو مالك ، لا أمرا

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

موثقة عمار المروية في الكتب الأربعة : «عن ابن أبي عمير عن مرازم عن عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الميت أحق بماله ما دام فيه الروح ، يبين به ، فان قال بعدي فليس له الا الثلث» غير أن في (الفقيه) وما حضرنى من نسختي الكافي مكان فان قال بعدي (فإن تعدى) ^(١) وعليه فمعناه التعدي من زمن الحياة الى ما بعد الموت ، فيكون موافقا لما في (التهذيبين) ^(٢) في المعنى لا بمعنى التعدي عن الثلث

اعتباريا ينتزعه العقل من الموضوع فيحكم به فكم من فرق واضح بين قولنا : عصير العنب إذا غلا كان حكمه كذا ، وقولنا : العصير المغلي حكمه كذا ، فيجري الاستصحاب التعليقي في الأول لكون الملازمة بين الغليان والتنجس مثلا ثابتة شرعا مجعولة منه للعصير بما هو عصير ، وان كان تنجزه بالغليان ، ولا يجري في الثاني ، إذ لا حكم للعصير شرعا مطلقا قبل الغليان. وفي المقام يحتمل كون النفوذ حكما للتصرف بأن يكون موضوعه المالك للتصرف لا المالك إذا تصرف كان حكمه النفوذ ، وعليه فلا يجري الاستصحاب التعليقي أيضا ، إذ لا حكم للشارع مطلقا قبل التصرف ، وان أريد كون النفوذ من آثار السلطنة المجعولة للمالك فهو من الاستصحاب التنجيزي لا التعليقي فافهم (منه قدس سره).

(١) راجع : الكافي الكليني ، كتاب الوصايا ، باب أن صاحب المال أحق بما له ما دام حيا ، حديث رقم (٧) ولم نجد نص الحديث بسنده المذكور في كتاب الفقيه للصدوق (ج ٤ ص ١٤٩) طبع النجف باب ٩٧ في أن الإنسان أحق بماله ..

(٢) لعله يريد بالتهذيبين : كتابي الشيخ الطوسي في الأخبار (التهذيب

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

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

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

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

والاستبصار) والتشنية باسم أحدهما للتغليب كالحسين والقميرين لأهمية كتاب التهذيب وشهرته راجع من التهذيب : (باب ١٠ الرجوع في الوصية ، حديث رقم (٧٥٦) ج ٩ ص ١٨٨ طبع النجف ، وفيه جملة (فإن قال بعدي) كما في المتن. وهكذا يوجد في الاستبصار (ج ٤ ص ١٢٢). طبع النجف ، حديث رقم (٤٦٣).

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

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

ومنها موثقته الرابعة المروية في (الكتب الأربعة) : «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 ، فلتحمل الوصية فيها على التنجيز أو غيره من المحامل . كما قيل . وان كان يحتمل غير بعيد . عندي إرادة أن الرجل أحق بماله في تعيين وصيته فيما شاء من أعيان ماله كله ، إذ له تعيين ذلك ، وعليه فلا دلالة في الرواية على المنجزات بالكلية لا من الأصل ولا من الثلث.

ومنها موثقته الخامسة في (التهذيب والفتاوى 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 الثلث) 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 الثلث حديث رقم (٩). ومن الكافي للكليني ج ٧ ص ٧ طبع الجديد طهران باب أن صاحب المال أحق بماله ، حديث رقم ٢ بنفس السند. ومن كتاب (من لا يحضره الفقيه للصدوق) ج ٤ ص ١٥٠ طبع النجف ، باب ٩٧ أن الإنسان أحق بماله ، بنفس السند.

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

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

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

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

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

حديث رقم (١).

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

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

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

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

ومنها رسالة الكليني في (الكافي) عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم : «أنه أعاب رجلا من الأنصار أعتق مملوكه لم يكن له غيرهم فقال : تركت صبية صغارا يتكففون الناس»^(٢). والاعابة مستلزمة للنفوذ من الأصل لأنه الموجب لحرمان الصبية الصغار.

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

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

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

(٢) راجع من الكافي : 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 الثلث ، رد إلى الثلث ، وجاز العتق» ^(١) بإرادة جوازه من الأصل لا من الثلث بالتقريب المتقدم.

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

وأما ما أستدل به على النفوذ من الثلث فأخبار : بعضها لا ظهور فيه على المدعى ، بل على خلافه أظهر ، وبعضها مع ضعف السند . متضمن لما لا يلتزم به أحد ، وبعضها . لو سلم ظهوره . فمع معارضته لما هو أقوى منه دلالة لا تكفي 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 إرادة بقاء مقدار مما ينتقل عنه إلى غيره بالموت لينتفع به بالوصية بعد الموت وهو المناسب للصدقة ، دون التصديق ببعض ما كان كله له ، كيف وهو من حرمانه من أكثر ماله حين ما يملكه.

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

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

(٢) في مستدرک 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 الهدايا باب ١٠ جواز الوصية بثلث المال روايات كثيرة بهذا المضمون

فهو كما ترى من ظهوره في الوصية. والعجب ممن استدل به على المنجز.
ومنها خبر أبي حمزة : «ان الله يقول يا بن آدم تطوّل عليك بثلاث الى قوله وجعلت لك نظرة عند موتك في ثلثك فلم تقدم خيرا»^(١).

وفيه ما تقدم : من أن التطول يناسب العطية حيث ما يكون المقتضي للحرمان موجودا ، وهو هنا الموت الموجب 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 : الثلث ، والثلث كثير»^(٢).

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

ومنها خبر عبد الله بن سنان : «للرجل عند موته ثلث ماله . قال بعد ذلك . : وان لم يوص فليس على الورثة إمضاءه»^(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 تطوّل 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 الطبعة الحديثة 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 ، وتكملته : 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 تحقيقه بظهور اماراته المتحققة في المرض المتضمنة لكون الذي له في هذا الحال هو الثلث وما عداه ليس له ، المحمول على ارادة نفي مطلق التصرف فيما زاد عليه الذي منه المنجز.

وفيه مع وجوب تقييدها حينئذ بالتصرفات التبرعية ظاهرة أو محمولة على إرادة الوصية المتحققة قبل الموت عند الاشراف عليه غالبا ، سيما بقرينة ذيل خبر ابن سنان ، مع أن إطلاق (يموت) (وعند الموت) واردة وقوعه وتحقيقه شائع كثير فيه وفي أمثاله من نحو الرجل يبيع وينكح ويهب ويقف ونحو ذلك ، مع أن خبر البحار المعبر فيه بالميت 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 ثلثه»^(١).

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

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

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

ذلك من ثلثها ان كانت تركت شيئا»^(١).

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

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

وفيه : أنها متضمنة لبطلان الإبراء رأسا ، ولم يقل به أحد ، وصحة هبة الدين لمن هو عليه ، ولعل الأكثر لا يصححونه كييع الدين ممن هو عليه ، وان كان من المحتمل قويا صحته ، وكون مفاده الإبراء ، لا التملك الحقيقي ، كما احتملناه أيضا في شراء أحد العمودين : أنه بيع يكون مفاده الانعتاق لا التملك حقيقة ، ولو آنا ما بناء على أن بدلية الثمن عن الدين في الأول مفاده السقوط ، وعن الرقية في الثاني مفاده الانعتاق. وبالجمله فالتفصيل بين الإبراء والهبة ببطلان الأول ، وصحة الثاني لم يقل به أحد ، فكيف يمكن رفع اليد بها عن تلك الأدلة ، مع ضعف السند ، وعدم الجابر أيضا. ومن الثالث : روايات العتق التي هي العمدة لهم في الاستدلال على مطلوبهم.

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

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

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

ومنها خبر علي بن عقبة : «في رجل حضره الموت فأعتق مملوكا له ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك ، كيف القضاء فيه؟ قال :

ما يعتق منه الا ثلثه ، وسائر ذلك الورثة أحق بذلك ، ولهم ما بقي» ^(١) ونحوه خبر عقبة بن خالد ^(٢).

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

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

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

(١) راجع : الوسائل للحر العاملي ، كتاب الوصايا (باب ١١ ان من أوصى بأكثر من الثلث) حديث رقم (٤).
(٢) ذكر نصه في الوسائل باب ١٧ حديث (١٣). وهذا نصه : «.. عن عقبة بن خالد عن أبي عبد الله (ع) قال : سألت عن رجل حضره الموت فأعتق مملوكا له ليس له غيره. فأبى الورثة أي يجيزوا ذلك ، كيف القضاء فيه قال : ما يعتق منه الا ثلثه».

(٣) الوسائل باب ١١ حديث رقم (٦) الا أن فيه كلمة (خادما) في أول الحديث بدل كلمة (جارية).
(٤) في الوسائل ، كتاب العتق باب ٦٤ من أعتق بعض مملوكه 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 مملوكا وكان جميع ما أوصى به يزيد على الثلث كيف يصنع في وصيته؟ قال : يبدأ بالعتق فينفذه»^(٢).

ومنها صحيحة ابن مسلم : «عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه وأوصى بوصية وكان أكثر من الثلث؟ قال : يمضي عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقي»^(٣).
ومنها حسنته : «في رجل أوصى بأكثر من ثلثه وأعتق مملوكه في مرضه؟ فقال : إذا كان أكثر من الثلث يرد الى الثلث 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 بمضامين متقاربة في كتاب الجواهر كتاب الوصايا . في شرح قول المصنف : مسائل أربع : الأولى . إذا أعتق أو أوصى بعتق عبده وليس له سواهم .
(٢) الكافي للكليني ، كتاب الوصايا ، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حج حديث رقم (٣) .
(٣) سبق آنفا تخريج 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 وآله المستلزمة لنفوذ العتق من الأصل ، والى شيوع إطلاق (أعتق) على التدبير والوصية به في الأخبار وكلمات الفقهاء تبعاً لها . يجب حملها على ذلك لوجود القرينة الصارفة عن الظهور . لو سلم في بعضها كخبر أبي بصير الموصف فيه . للوصية المعطوفة على العتق بـثم كلمة أخرى الصريحة في كون الأولى وصية بالعتق لا عتق منجز ، وتقديمه للتقدم بالذكر مع كونه مدلولاً عليه بـثم أيضاً ، مع ظهور البدأ بالعتق في بعضها والجواز مطلقاً في الآخر في كون العتق منجزاً ينفذ من الأصل والا يقتضي البدأ بالأقدم فالأقدم ، والجواز مع وفاء الثلث به لا مطلقاً.

ومنها : الأخبار الواردة في عتق المملوك وعلى المعتق دين لا يملك غيره وهي ثلاثة . الأولى . صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج : «قال سألني أبو عبد الله عليه الصلاة والسلام : هل يختلف ابن أبي ليلى وابن شبرمة؟ فقلت : بلغني انه مات مولى لعيسى بن موسى وترك عليه ديناً كثيراً وترك ممالك يحيط دينه بأثمانهم فأعتقهم عند الموت فسألهما عيسى بن موسى عن ذلك فقال ابن شبرمة : أرى ان يستسعيهم في قيمتهم فيدفعها الى الغرماء فإنه قد أعتقهم عند موته ، وقال ابن أبي ليلى ، ارى ان أبيعهم وادفع أثمانهم إلى الغرماء فإنه ليس له ان يعتقهم عند موته وعليه دين يحيط بهم ، وهذا أهل الحجاز اليوم يعتق الرجل عبده وعليه دين كثير فلا يجيزون عتقه

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

إذا كان عليه دين كثير ، فرفع ابن شبرمة يده الى السماء ، فقال : سبحان الله يا بن ابي ليلى ، متى قلت : هذا القول؟ والله 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 هوى 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 قايستي ، 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 فيأخذ الغرماء خمسمائة درهم ، ويأخذ الورثة مائة درهم فقلت : أليس قد بقي من قيمة العبد مائة درهم عن دينه؟ فقال : بلى قلت : أليس للرجل ثلثه يصنع به ما يشاء؟ قال : بلى ، قلت : أليس قد أوصى للعبد بالثلث من المائة حين أعتقه؟ فقال : ان العبد لا وصية له انما أمواله لمواليه ، فقلت له : فان كان قيمة العبد ستمائة درهم ودينه أربعمائة؟ قال كذلك يباع العبد فيأخذ الغرماء أربعمائة درهم ، ويأخذ الورثة مائتين ، ولا يكون للعبد شيء ، قلت له : فان كان قيمة العبد ستمائة درهم ودينه ثلاثمائة درهم؟ فضحك ، وقال : من ههنا ، أتى أصحابك : فجعلوا الأشياء شيئا واحدا ، ولم يعلموا السنة ، إذا استوى مال الغرماء ومال الورثة أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء ونم يتهم الرجل على وصيته ، أجزت وصيته على وجهها. فالآن يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء ، ويكون ثلثه للورثة ويكون له السدس»^(١).

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

والخير صريح في التفصيل بين ما كان الدين نصف قيمة العبد فما دون ، وبين ما زاد عليه ، صح العتق ونفذ من الثلث في الأول وبطل في الثاني ، وكان بين الورثة والغرماء .
واليه يرجع الخبر الثاني ، وهو صحيحة زرارة : «عن أحدهما عليهما السلام في رجل أعتق مملوكه عند موته وعليه دين؟ قال : ان كان قيمته مثل الذي عليه ومثله جاز عتقه والا لم يجز» ^(١) والخبر الثالث في الصحيح : «إذا ملك المملوك سدسه استسعى» ^(٢) بتقريب انه لا يملك السدس الا حيث يكون الدين نصف قيمته فما دون ، وذكر السدس لبيان أقل المرتبة.

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

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

(٢) الرواية عن أبي البختري عن أبي عبد الله الصادق (ع) كما استدلل بها العلامة 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 وقّاه»^(١) لكن يجب تقييده بتلك الأخبار المفصلة ، حملا للمطلق منها على المقيد.

ومنها ما ورد في عطية الوالد لولده ، المفصل فيه بين وقوعه في حالتي الصحة والمرض ، كخبر جراح المدائني : «عن عطية الوالد لولده؟ قال إذا أعطاه في صحته جاز»^(٢).
 وخبر سماعة : «عن عطية الوالد لولده؟ فقال : أما ما كان صحيحا فهو ماله يصنع به ما يشاء ، فأما في مرضه فلا يصلح»^(٣) المحمولة على الكراهة لإيجابه الشحنة والبغضاء بينهم ، بقرينة التعبير في الأخير بلا يصلح ، وبما ورد في الخبر الآخر من التفصيل بين الإعسار والإيسار^(٤).

واستدلوا أيضا بعد الأخبار بأدلة لا يخفى وهنها.
 منها التمسك بأصالة عدم انتقال الزائد على الثلث.

-
- (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 الى خبر أبي بصير . كما في الوسائل بنفس المصدر حديث (١٢) قال : «سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يخص بعض ولده بالعطية؟ قال : ان كان موسرا فنعم ، وان كان معسرا فلا» وجملة (وبما ورد إلخ) عطف على جملة «لكن يجب تقييده بتلك الأخبار»

وفيه : انها محكمة لأصالة بقاء 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 فالتالي باطل ، أما صدق المقدم فبالإجماع والأخبار المتواترة الدالة عليه . وأما بيان عدم الاجتماع ، فلأن المقتضى لحصر الوصية في الثلث انما هو النظر الى حق الورثة والإبقاء عليهم ، وفي الأحاديث دالة على التنبيه على هذه العلة وهي موجودة في المنجزات ، فتساويا في الحكم» ^(١) ونبه عليه ولده في الإيضاح أيضا ^(٢).

وفيه : ان عدم نفوذ الوصية فيما زاد على الثلث انما هو لكونه تصرفا 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 المناط بين المسألتين فلا بد أن يتحدا في الحكم أيضا ، وهذا القياس يسمى بقياس تنقيح المناط المفروض الحجية كقياس منصوص العلة والأولية.

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

ومنها ما قيل من : لزوم خروج المنجز من الأصل اختلال حكمة حصر الوصية في الثلث لإمكان التجاء كل من يريد الزيادة في الوصية إلى عقد منجز فيعاض جميع ماله بدرهم . مثلاً . 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 ، الى غير ذلك ، ومنها كونه مقتضى الجمع بين النصوص بالجمع الدلالي ^(١) حملاً لإطلاق الأحقية ونحوه القاضي بنفوذ جميع التصرفات على التقييد بما دل على المنع عن بعضها من التبرع والمحاباة.

(١) التعارض . بمصطلح الأصوليين . : هو تنافي الدليلين اللفظيين 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 السندية 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 الجمع الدلالي ، وهو الجمع العرفي وقد يسمى بالجمع المقبول أي عند العرف ، وموارده كثيرة ، بعضها أظهر من بعض وربما نوقش في صحة بعضها. ومن موارده المتفق عليها ما إذا كان أحد الدليلين قرينة وشاهدا على التصرف بمدلول الآخر فيحمل ذلك الآخر عليه فحينئذ يذوب التكاذب واقعا بين الدليلين وان 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 المحكية المعتضدة بالشهرة بين القدماء ومتأخري المتأخرين ، ومخالفتها لمذهب العامة الموجبة لحمل ما يخالفها لو سلم ظهورها على التقية وان لم يكن فيها اشعار بها وإشارة إليها ، إذ لم يعتبر ذلك في الحمل عليها في الأخبار العلاجية إذ يكفي في الحمل عليها الموافقة لفتوى بعضهم فضلا عن الموافقة لفتاويهم اجمع ، بل ربما يحتمل قويا ارادة خصوص المنجزات من تلك الأخبار سؤالا وجوبا حيث كان اتفاق الجمهور على المنع عنه فيما زاد على الثلث فأوجب ذلك السؤال عنه من الامام (ع) فأجاب عليه السلام عن ذلك بما يفيد تلويحا ، ومن البعيد ان يكون مفاد هذه الأخبار على كثرتها مفاد «الناس مسلطون على أموالهم» فافهم.

وبالجملة فلا مناص عن القول بنفوذ المنجزات من الأصل لما ذكر مؤيدا ذلك كله بما قيل : من قيام السيرة على عدم الضبط عن المريض في تصرفاته ، الكاشف ذلك عن نفوذه من الأصل. الا أنه فيه ما تقدم من كونه أعم منه ومن جواز التسليم والتنفيذ للمعطي من حين التنجيز اتكالا على مقتضى الأصول في ذلك» بناء على الثلث أيضا

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

هذا ومما يتفرع على النفوذ من الثلث أمور :

الأول . تقدم الدين عليها كالوصية لأن الثلث 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 (الجواهر) بني على تقدم الدين عليه عند أهل القول بنفوذه من الأصل أيضا غير الحلبي منهم ، حيث قال . بعد أن حكى عن ابن إدريس نفوذ عتق المريض من الأصل وسقوط الدين من رأس . ما لفظه : «وأصحابه الموافقون له في كون المنجزات من الأصل لا يوافقونه فيما إذا زاحم التنجيز الدين ، بل يخصونه بالنسبة إلى الورثة والا كانوا محجوجين بهذا الصحيح وغيره ، بل لعل مقابله بالقول بالخروج من الثلث المعلوم كون المراد منه بعد خروج الدين تشهد بعدم المزاحمة 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 تقديمه عليه مطلقا ، إذ مع عدم مساعدة دليل عليه لا يقول به أحد من أهل القول بالنفوذ من الأصل ، بل يوافقون الحلبي في تقديمه المنجز على الدين. نعم في خصوص العتق المذكور ربما يقال به ، تعبدا بالنصوص الواردة فيه

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

وإطلاق الحلبي بتقديم المنحز مطلقا على الدين مبني على أصله : من عدم العمل بأخبار الآحاد»^(١)

(١) الخبر الواحد : هو غير البالغ درجة التواتر المفيد للقطع ، وإن تعددت رواته . وهو نوعان : منه . ما يفيد القطع ، وإن كان مخبره واحدا ، كما إذا احتف بقرائن تفيد اليقين بصدوره ، وهذا النوع مما لا شك في حجته . لا لذاته . بل لانتهائه إلى القطع المفروض بالحجية . ومنه . ما ليس بتلك الدرجة من افادة القطع . وفي حجية مثل هذا النوع من الخبر الواحد وعدمها وقع الخلاف بين السيد المرتضى وأتباعه والشيخ الطوسي وأتباعه ، فأنكر السيد حجته إذا لم يكن مخفوفاً 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 علية ، والأصم ، والقاشاني من أهل الظاهر ، وغيرهم . وقال شيخ الطائفة الطوسي بحجته ، وإن لم يفد العلم ولم يكن مخفوفاً بقرائن تدل على صحته ، وعليه عامة الفقهاء المتأخرين من الإمامية . وربما نسب القول بالحجية أيضا إلى كثير من العامة كابن شريح والحسن البصري والصيرفي . من الشافعية . وأحمد بن حنبل ، وداود الظاهري ، والحسين الكرايسي ، وحكي ذلك عن مالك بن أنس أيضا . كما ذكر ذلك ابن حزم في الأحكام . وفي الحقيقة إن مركز الخلاف بين الفريقين في وجود الدليل على الجواز وعدمه ، فالمنكر . كفريق السيد المرتضى علم الهدى . ينكر وجود الدليل القطعي على الحجية . والقائل بالحجية كفريق الشيخ الطوسي

وبالجملة فالأخبار المفصلة في عتق المديون ان قلت بظهورها في الوصية . كما عرفت . قلت بتقديم المنجز على الدين 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 . وانما في قيام الدليل على الحجية وعدمه ، فهو صغروي في الحقيقة مع اعتراف كل من الفريقين بحجية الخبر المفيد للعلم . وكل من الفريقين يعضد رأيه بالأدلة الأربعة ، الكتاب والسنة والإجماع والعقل ، وبالمؤيدات الكثيرة ، ولا يسع المجال لاستعراضها ومناقشتها وابن إدريس الحلبي من مؤيدي السيد المرتضى في إنكار حجية الخبر الواحد غير المفيد للعلم . كما في المتن . ولكن الذي يستعرض أدلة الفريقين ويستوعب المسألة درسا وتحقيقا في مظانها من كتب أصول الفقه للعامة والخاصة ، لا يجد بدا من موافقة الشيخ الطوسي من القول بحجية الخبر الواحد . بحد ذاته . وان لم يفد القطع ، وذلك لكثرة الآيات الواردة في هذا الخصوص كمفهوم آية النبي ، ومنطوق آية النفر ، وآية حرمة الكتمان ، وآية الذكر .

وكذلك لورود السنة النبوية عملا وقولا في ذلك : فمن العملية . ما تواتر نقله من إنفاذ رسول الله (ص) امرائه وقضائه ورسله وسعاته إلى الأطراف . وهم آحاد . لقبض الصدقات وحل العهود وتقريرها وتبليغ الأحكام ، وذلك يدل بالمالزمة على حجية أقوالهم ووجوب الأخذ منهم ، ومن القولية : روايات متواترة لفظا ومضمونا ، استعرضتها عامة كتب الأصول وقد ذكرت منها طوائف كثيرة ، منها . ما ورد في مقام الترجيح بين الخبرين المتعارضين بالأعدل والأشهر والأصدق والقول

بظهورها في المنحز حملا للماضي على معناه الحقيقي أو الأعم منه ومن الوضعية من باب عموم المجاز ، التزمنا بالتفصيل المتقدم تعبدا بالأخبار

بالتخيير عند التساوي ، ومنها . ما ورد في إرجاع آحاد الرواة إلى آحاد أصحاب الأئمة عليهم السلام ، ومنها . ما دل على وجوب الرجوع الى الرواة والثققات والعلماء ، ومنها . ما دل على الترغيب في كتابة الروايات وحفظها وبثها . ومنها . ما دل على ذم الكذب والتحذير من الكذابين والوضاعين . ومنها . ما ورد في تسويغ الرجوع إلى أمثال كتب الشلمغاني وبني فضال ، ونحوهم من المنحرفين في الرأي ، الصدوقين في النقل ، إلى غير ذلك من طوائف الروايات التي يستفاد من مجموعها رضي الأئمة عليهم السلام ، بل رغبتهم بالعمل بالخبر الواحد ، وإن لم يقد القطع . هكذا في رسائل الشيخ الأنصاري وكفاية الآخوند وغيرهما من كتب الأصول . وأما دعاوي الإجماع على العمل بالخبر الواحد مطلقا ، فقد تواترت . باستمرار . على السنة عموم الفقهاء منذ عهد الشيخ إلى اليوم . وأما دليل العقل واستقراء طريقة العقلاء في ذلك ، فعن الحجة النائية . كما في تقارير تلميذه الكاظمي . قدس سرهما . قوله : «وإما طريقة العقلاء ، فهي عمدة أدلة الباب بحيث لو فرض أنه كان سبيل إلى المناقشة في بقية الأدلة فلا سبيل إلى المناقشة في الطريقة العقلانية القائمة على الاعتماد على خبر الثقة والاتكال عليه في محاوراتهم» .

وأخيرا ، نقول ان من يستعرض المسألة في مظاهرها من كتب أصول الفريقين : الخاصة والعامة ، ويتأمل في أدلة الطرفين ، لا يجد مناصا إلا الاعتراف بحجية العمل بالخبر الواحد . أفاد العلم أم لم يفد . ولزيادة التفصيل في هذا الموضوع يراجع بابه من كتب الأصول للفريقين ككفاية الآخوند ورسائل الأنصاري وإرشاد الفحول والأحكام لابن حزم وغيرها .

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

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

الثالث . كون العبرة بثلث المال عند الموت لا حين التنجيز كالوصية التي يعتبر فيها الثلث حين الموت لا حينها.

الرابع . تقدم المتقدم منها فالمقدم في المنجزات المرتبة مع زيادتها على الثلث مطلقا. وان كان فيها عتق متأخر ، فيقدم المنجز المتقدم عليه إجماعا كالوصايا المتزاحمة ، غير أنه في الوصايا قيل بتقدم العتق وإن كان متأخرا في الذكر كما عن الشيخ والإسكافي ، ولكن المشهور فيها بنوا على العمل بالترتيب المذكور فيها ، وإن كان فيها عتق متأخر ولعل مستند الشيخ وابن الجنيد ^(١) ما تقدم من قوله : «يبدأ بالعتق» في الأخبار المتقدمة.

(١) ابن الجنيد هو الإسكافي ، وهو محمد بن أحمد بن الجنيد أبو علي الكاتب الإسكافي ، من أعظم الفرقة وأعيان الطائفة وأفاضل قدماء الإمامية وأكثرهم علما وفقها وأدبا ، وأكثرهم تصنيفا وأحسنهم تحريرا ، وأدقهم نظرا ، متكلم فقيه ، محدث أديب ، واسع العلم ، صنف في الفقه والكلام والأصول والأدب والكتابة وغيرها. تبلغ مصنفاته . عدا أجوبة مسائله . نحو من خمسين كتابا ..» هكذا ذكره وأطراه السيد بحر العلوم في فوائده الرجالية (ج ٣ ص ٢٠٦ طبع النجف) ويستمر في استعراض كتبه ومؤلفاته . إلى قوله في آخر ص ٢٠٧ . وهذا الشيخ على جلالته في

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

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

أما أن يكون الإقرار بدين أو بعين ، وعلى التقديرين : فاما أن يكون لأجنبي أو للوارث. وعلى التقادير : فاما أن يكون متهما في إقراره أو لا يكون متهما 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 أولا كما سبق أنه لا ملازمة بين القول بنفوذ المنجزات من الأصل ونفوذ الإقرار منه أيضا. كما ادعاه في (المهذب). ^(١) لإمكان

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

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

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

وانما نمنع الملازمة فيه لخروج المقر به عن كونه تركة الميت وماله ومتعلقا به حق الغير بعمومات أدلة (إقرار العقلاء) فيكون خارجا من

فان كان متهما على الورثة فهو من الثلث ، وإلا فهو من الأصل» : «أقول : إقرار المريض هل يمضي من الأصل ، أو يتقيد بالثلث كالوصية؟ ابن إدريس على الأول ، وهو لازم لكل من جعل المنجزات من الأصل». (١) هي مجموعة صغيرة تحتوي على أربعة رسائل موجزة : في المسافة الملفقة ، والرجوع عن قصد الإقامة ، وميراث الزوجة ، وتصرفات المريض اعتبرها مصنفها . وهو الفقيه المحقق السيد علي بحر العلوم الطباطبائي صاحب البرهان القاطع . من ملحقات كتابه (البرهان).

قال . أعلى الله مقامه . في آخريات الرسالة الرابعة من المجموعة . : «وأما الإقرار من المريض بمال للغير ، فرمما استظهر . من اتفاق الأصحاب غير الحلي وسائر على عدم نفوذه مطلقا من الأصل . القول بخروج المنجزات من الثلث . إلى قوله : وعن المهذب : إن القول بكون المنجز من الأصل يلزمه القول بنفوذ الإقرار من الأصل ، والقول بكونه من الثلث يلزمه القول بأن الإقرار من الثلث ..».

(٢) ففي المهذب تتممة العبارة الآنفة الذكر هكذا : «ومن قال : أحما من الثلث : منهم من قال : الإقرار من الأصل .. ومنهم من فصل والتفصيل في موضعين : (١) في الفرق بين العين والدين (٢) وفي الفرق بين الوارث والأجنبي . إلى آخر كلامه ..

الأصل ، وإن قلنا بخروج المنجزات من الثلث.

هذا واستدل شيخنا في (الجواهر) على خروج المنجزات من الثلث بالأدلة الدالة على نفوذ الإقرار منه في مورد التهمة ثم قال : «ولا ينافيه 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.

وتقريب الاستدلال بما على مدعاه في المنجز انما هو لكون المانع عن النفوذ فيما زاد على الثلث في غير مورد التهمة تعلق حق الوارث به وهو كما يمنع من نفوذ الإقرار فيه كذلك يمنع من نفوذ المنجز فيه أيضا لوجود الملاك ، وهو تعلق حق الغير به ، فيكون من تنجيز ما تعلق به حق الغير ، وهو باطل.

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

وأما التقريب ، ففيه أنه كما يحتمل أن يكون المانع تعلق حق الغير به . وعليه فيمنع في المنجز أيضا . 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 : مضافا إلى نصوص الإقرار المتضمنة لنفوذه من الثلث مع التهمة ، وبدونها من الأصل ولو لا تعلق حق الوارث في الجملة بحيث لا يمضي الإقرار عليه ، لم يكن وجه للنفوذ من الثلث .. ولا ينافيه .. راجع : كتاب الحجر في أخريات شرح قول المحقق : وفي منعه من التبرعات المنجزة الزائدة عن الثلث خلاف بيننا.

لا ضرر ولا تفويت على الوارث لو نفذ من الثلث التزمنا بنفوذه فيه ، عملا بدليل الإقرار . في الجملة .^(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 مقولة الخبر المحتمل فيه الصدق والكذب حتى يلغي الشارع احتمال الكذب في غير التهمة ويعتبره فيها .

وبعبارة أخرى : الإقرار ، وإن كان خيرا عن أمر سابق يحتمل فيه الصدق والكذب ، إلا 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 الطريقية ، ولا كذلك الأسباب والانشائات في تأثيرها وإيجاد مسبباتها ، وإن اختلفت الدواعي ، نعم يلزم القول بالتفصيل في المنجز أيضا ، لو كان وجه المنع في الإقرار مع التهمة تعلق حق الوارث وهو مما 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 النبوي المشهور على ألسنة الفقهاء والمذكور في كتبهم الفقهية في مقام الاستدلال على إلزام المقر بما أقر به ، وهو قوله (ص) : «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» قال : الحر العاملي في الوسائل أوائل كتاب الإقرار ، باب صحة الإقرار من البالغ العاقل : «وروى جماعة من علمائنا في كتب الاستدلال عن النبي (ص) أنه قال : إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» .

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

(١) ففي أخريات كتاب الصدقات من (كتاب السرائر) لمحمد ابن إدريس الحلي ، باب الإقرار في المرض ص ٣٩١ طبع حجري ، قوله : «إقرار المريض على نفسه جائز للاجنيين وللوارث وعلى كل حال ، إذا كان عقله ثابتا في حال الإقرار ، يكون ما أقر به من أصل المال ، سواء كان عدلا أو فاسقا ، متهما على الورثة أو غير متهم ، وعلى كل حال سواء كانت مع المقر له بيعة أو لم تكن ، لإجماع أصحابنا المنعقد : أن إقرار العقلاء جائز فيما يوجب حكما في شريعة الإسلام».

وفي كتاب الغنية للسيد أبي المكارم حمزة بن زهرة الحسيني 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 بها أو دين» من غير فضل :

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

وفي كتاب المراسم العلوية في الأحكام النبوية المطبوع ضمن الجوامع 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 الثلث 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 الثلث مع عدمها مطلقا ، وهو المحكي عن القاضي ، ونهاية الشيخ ^(١) .
رابعها . ان كان المقر عدلا فهو من الأصل ، والا فمن الثلث حكاة في مفتاح الكرامة والجواهر قولاً ولم ينسبها إلى قائل .
خامسها . انه للأجنبي من الأصل مطلقا ، وللوارث كذلك مع عدم التهمة ، ومن الثلث معها ، وهو محكي عن ابن حمزة ^(٢) .

والمكاتبة ، بعنوان ذكر الإقرار في المرض : «من كان عاقلا بملك 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 موثوقا بعدالته ، ويكون عقله ثابتا في حال الإقرار ، ويكون ما أقر به من أصل المال ، فان كان غير موثوق به ، وكان متهما ، طوّل المقر له بالبينة ، فإن كانت معه بينة أعطي من أصل المال وإن لم يكن معه بينة أعطي من الثلث ، إن بلغ ذلك . فان لم يبلغ فليس له أكثر منه» .
(٢) قال ابن حمزة المشهدي في كتاب الوسيلة المطبوع بالحجر ضمن الجوامع الفقهية ، في فصل 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 متهما^(٢).

ثامنها . انه ان كان مأمونا فهو من الأصل ، صحيحا كان أو مريضا لوارث أو لأجنبي بدين أو بعين ، وان كان متهما 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 متهما ، فإذا أقر له ولم يكن للمقر له بينة على ما أقر له به ، كان في حكم الوصية».

(١) المقنع للصدوق . رحمه الله . طبع بالحجر في إيران مع الجوامع 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 مقنعه الشيخ المفيد طبع بحجري 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 ودیعة لوارث وغيره ، قبل إقراره إن كان عدلا مأمونا ، وإن كان متهما لم يقبل إقراره ..»

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

ومنشأ هذا الاختلاف اختلاف الأخبار التي :

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

ومنها خبر أبي أيوب عنه أيضاً ^(٣).

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

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

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

(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 الامام 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
يجوز إذا كان مليا»^(٢).

ومنها خبره الآخر : «انه سأل 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 ويعطي مولى لها أربعمئة 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 بتركك بشهادة الشهود وتأمريه بعد أن ينفذ ما توصيه به ، فكتبت له بالوصية على
هذا. وأقرب للوصي بهذا الدين ، فرأيك أدام الله عزك في مسألة الفقهاء قبلك عن هذا
وتعريفنا ذلك لنعمل به ان شاء الله تعالى؟ فكتب عليه السلام بخطه ان كان الدين صحيحا
معروفا ومفهوما فيخرج الدين من رأس المال ، وان لم يكن الدين حقا أنفذ 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 الثلث»^(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 أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اعترف لوارث له بدين في مرضه؟ فقال لا تجوز وصيته لوارث ولا اعتراف له بدين»^(٣).
ومنها خبر السكوني : «قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أقر عند موته لفلان وفلان : لأحدهما عندي ألف درهم ثم مات على تلك الحال أيهما أقام البينة فله المال فان لم يقم واحد منهما البينة فالمال بينهما نصفان»^(٤).
ومنها خبر سعد بن سعد : «عن الرضا عليه السلام قال : سألت عن رجل مسافر حضره الموت فدفع مالا الى رجل من التجار فقال له إن هذا المال لفلان ابن فلان ليس لي فيه قليل ولا كثير فادفعه اليه يصرفه حيث شاء ، فمات ولم يأمر فيه صاحبه الذي جعله له بأمر ولا يدري صاحبه ما الذي حمله على ذلك كيف يصنع؟ قال يضعه حيث شاء»^(٥).

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

(٤) راجع : مستدرک 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 الثلث مطلقاً أو من الأصل كذلك هو مقتضى الجمع بين هذه الأخبار بعد إرجاع بعض القيود التي فيها ككونه عدلاً أو مرضياً أو ثقة أو مصداقاً أو ملياً ، سيما بناء على تفسير المألة بالوثاقة . كما عن الصحاح . إلى المأمونية المقابلة للتهمة ، فيكون مرجح الكل إلى التفصيل بين التهمة وعدمها ، بما تخصص عمومات أدلة الإقرار التي مقتضاها نفوذه من الأصل ولو مع التهمة في مرض الموت ، ضرورة ان في كل من الأقوال المتقدمة . عدا القول بالتفصيل المذكور . طرحاً لبعض 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 الثلث .

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

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

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

هنا هو المقر بعد ثبوت الدين عليه بإقراره ، فيكون وفاء ما عليه مما له من المال وهو الثلث ، ولا كذلك في الوارث ، فان المخاطب بالوفاء جميع الورثة ، فعلى المعترف بنسبة ما يخصه من 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 وفاؤه من الثلث مع عدم التمكن من غيره وليس إلا لكون الدين على الميت ، والوصي نائب عنه ومخاطب به ، حيث لا طريق له على الوارث ، فظهر لك من مجموع ما ذكرنا أن الأقوى في مسألة المنجزات في مرض الموت نفوذها من الأصل وفي مسألة 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 كفيينا مؤنة التعرض لبقية الفروع المبتنية على نفوذه من الثلث.

والله

العالم بحقائق أحكامه

رسالة

في حرمان الزوجة من بعض الإرث

بسم الله الرحمن الرحيم

أجمعت الإمامية . على ما قيل عدا الإسكافي . ^(١) على حرمان الزوجة في الجملة . إرثاً من تركة زوجها . وإنما اختلفوا في موضعين (الأول) : فيما تحرم منه من أعيان التركة (الثاني) : فيمن تحرم منه من الزوجات مطلقاً ، أو خصوص غير ذات الولد منها .
أما الموضع الأول ، فقد اختلفت كلماتهم في ذلك على أقوال :
أحدها . وهو المنسوب إلى الشيخ في (النهاية) وابن حمزة وابن البراج . وأبي الصلاح والتقي ^(١) : بل قيل هو المشهور . حرمانها

(١) نسبة إلى (إسكاف) بالكسر ، وهي النهر أو أنات بين بغداد وواسط . وهو نفسه ابن الجنيد محمد بن أحمد أبو علي الكائب ، وكان من أعظم الفقهاء الإمامية ، ومن مقدميهم في العلم وكثرة التصنيف في مختلف فنون العلم والأدب ، وكان يقول بحجية القياس ، ويوافق العامة في كثير من فتاواه توفي بالري سنة ٣٨١ هـ (راجع عن تفصيل ترجمته : رجال السيد بحر العلوم . مع تعليقاته : ج ٣ ص ٢٠٥ . ٢٢٤) (طبع النجف).
(٢) هكذا في الأصل مع العطف . ولعل الصحيح بدون واو العطف فإن أبا الصلاح هو نفسه النقي بن نجم بن عبيد الله الحلبي المعاصر للعلمين السيد المرتضى والشيخ الطوسي ، وله مصنفات في الفقه كثيرة منها (الكافي) ولعله لا يزال من نفائس المخطوطات (ترجم له السيد بحر العلوم في رجاله ج ٢ ص ١٣١ . ١٣٤) (طبع النجف الأشرف).

من مطلق الأرض ، سواء كانت بياضا أو مشغولة بزرع أو بناء أو نخل أو شجر أو غير ذلك^(١) وبقوم البناء وما فيه من الآلات كالطوب^(٢) والبوب والخشب والقصب وغير ذلك من الآلات المستدخلة في البناء ، ويعطى حقها من قيمة ذلك ، ونسب إلى أهل هذا القول توريثها من عين النخل والشجر ، وعليه يكون حرمانها عندهم من مطلق الأرض مطلقا عينا وقيمة ، ومن البناء وما فيه من الآلات عينا لا قيمة ، وتوريثها من عين

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

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

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

وأما أبو الصلاح النقي الحلبي ، فلم يحضرنى كتابه (الكافي) المخطوط . كما عرفت . ولكن المنقول عنه ذلك أيضا في عامة الموسوعات الفقهية.

(٢) الطوب . بالضم . : الآخر . كما عن القاموس.

النخل والشجر.

لكن لم أجد في النهاية ذكر النخل والشجر^(١) حتى يعلم توريثها من عينهما أو من قيمتهما ولعل النسبة من جهة اختصاص الحرمان في الذكر بالأرض واختصاص 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 نسبه غير واحد . كالقواعد وغيره . إلى المشهور . بل لعله قول من تقدم من القدماء بناء على إلحاقهما بالآلات ، كما عرفت . وعليه فتحرم من مطلق الأرض عينا وقيمة ، وتعطى من قيمة ما عليها من الأعيان الثابتة مطلقا ، فتحرم

(١) ولعل في آخر عبارة (النهاية) الأنفة 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 ربة الأرض شيئا . 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 ربة الأرض شيئا ، وتعطى قيمة الآلات والأبنية والشجر ..»

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

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

(١) قال الشيخ المفيد . كما في المقنعة . باب ميراث الأزواج غير ذوي الأولاد . : «.. ولا ترث الزوجة شيئا مما يخلفه الزوج من الرباع وتعطى قيمة الخشب والطوب والبناء والآلات فيه ، وهذا هو منصوص عليه عن نبي الهدى عليه وآله الصلاة والسلام وعن الأئمة من عترته . والرباع : هو الدور والمساكن دون البساتين والضياع» .
(٢) قال محمد بن إدريس العجلي الحلبي في كتابه (السرائر : كتاب الفرائض أثناء فصل : وإذا انفرد الولد من الأبوين وأحد الزوجين) :

«وكذا ذهب السيد المرتضى . فيما رواه أصحابنا وأجمعوا عليه : من أن الزوجة التي لا يكون لها من الميت ولد لا ترث من الرباع والمنازل شيئا والحق بعض أصحابنا جميع الأرضين من البساتين والضياع وغيرها وهذا اختيار شيخنا أبي جعفر ، والأول اختيار الشيخ المفيد . إلى قوله . : والصحيح أنهما لا ترث من نفس التربة ولا من قيمتها ، بل يقوم الطوب والآلات وتعطى قيمته» .

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

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

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

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

(٢) راجع . من كفاية السيزواري ، كتاب الموارث ، البحث الرابع في الميراث بحسب السبب ، وفيه فصول : الأول . في بعض الأحكام المتعلقة بميراث الأزواج ، وفيه مسائل : «الثالثة . المشهور بين علمائنا حرمان الزوجة عن شيء من ميراث الزوج في الجملة . إلى قوله . وللاصحاب اختلاف في هذه المسألة في موضعين : (الأول) . فيما يحرم منه وقد اختلف فيه الأصحاب على أقوال . إلى قوله . : الثالث . حرمانها من الرباع ، وهي الدور والمساكن دون البساتين والضياع ، وتعطى قيمة الآلات والابنية من المساكن ، وهو قول المفيد 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 أدلتها والجمع بين متعارضاتها ، فيرجح . أولا . قول السيد المرتضى ، وهو رابع الأقوال لقوة دليله . وأخيرا : يختتم المورد بقوله : «وبعد قول السيد فقول المفيد ومن تبعه لا يخلو عن قوة»

(١) وذلك لقول المحقق الحلبي الصريح في (مختصر النافع ، كتاب الميراث ، المقصد الثاني في ميراث الأزواج : «ويرث الزوج من جميع ما تركته المرأة ، 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 المحقق الحلبي وهو أول شروح النافع . بعد شرح المصنف نفسه له . والذي يستعرض شروح (النافع) . المدرجة في (الذريعة للمرحوم الطهراني) ويواكب تلاميذ المحقق الحلبي المذكورة في مصادر ترجمته لم يجد تلميذا شارحا للكتاب غير المحقق الآبي المذكور ، فإن أقدم ما أطلعنا عليه من شروح ، هو (التنقيح الرائع) للفاضل المقداد السيوري المتوفى سنة ٨٢٦ هـ ، و (المهذب البارع للشيخ أحمد بن محمد بن فهد الحلبي المتوفى سنة ٨٤١ هـ . وهذان العلمان لا يمكن لهما معاصرة أو تلمذة المحقق الحلبي المولود سنة ٦٠٢ والمتوفى سنة ٦٧٦ هـ . عادة . بحكم البون الشاسع بين التأريخين . وأخيرا ، فلم نجد تخریجا واضحا لما يريد الماتن . قدس سره . من هذه الجملة على أن عدم الوجدان لا يدل على عدم الوجود . والله العالم .

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

بالرباع أرضا وعمارة ، لكن عينا لا قيمة ، فتعطى حقها من قيمتها أرضا وعمارة ، وتورثها من غير ذلك عينا ولو كان ضيعة وعقارا.

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

وقول وهو لابن الجنيدي : عدم حرمانها من شيء وتورثها من عين كل شيء كغيرها من الورثة^(١). فالمسألة بالنسبة إلى ميراث الزوجة خماسية 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 زرارة والبقباقي : «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 ، ومما انفردت به الإمامية القول بأن الزوجة لا ترث من رباع المتوفى شيئا ، بل تعطى بقيمة حقها من البناء والآلات دون قيمة العراص ، وخالف باقي الفقهاء في ذلك ، ولم يفرقوا بين الرباع وغيرها في تعلق حق الزوجات : والذي يقوى في نفسي أن هذه المسألة تجري مجرى المسألة المتقدمة في تخصيص الأكبر من الذكور بالسيف والمصحف ، وأن الرباع ، وإن لم تسلم 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 المخالفة للإمامية في آرائه الفقهية ، بالرغم من كونه من مفاخرهم وأعاضهم . كما عرفت ذلك من السيد بحر العلوم في رجاله .

فهي كذلك»^(١).

ومنها . رواية البقباقي 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 بمنزلة المرأة فلا يرث من ذلك شيئاً؟ قال : يرثها وترثه من كل شيء ترك وتركت»^(٢).

ومنها . رواية محمد بن مسلم ، قال : «قال أبو عبد الله عليه السلام ترث المرأة الطوب ولا ترث من الرباع شيئاً؟ قال : قلت : كيف ترث من الفرع ولا ترث من الرباع شيئاً؟ فقال لي : ليس لها منهم نسب ترث به 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 ربعها»^(٤).

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

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

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

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

(٣) الاستبصار باب ٩٤ حديث (٤).

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

(٥) في الوسائل ، كتاب الفرائض باب ٦ ، حديث (١١) قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : إن النساء

فقال لا ، ولكن يرثن قيمة البناء ، قال : قلت فان الناس لا يرتضون 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 مطويا ، 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 لزرارة : إن بكيرا حدثني عن أبي جعفر . عليه السلام . ان النساء لا ترث امرأة مما ترك زوجها من تربة دار ، ولا أرض الا أن يقوم البناء والجدوع والخشب ، فتعطى نصيبها من قيمة البناء ، وأما التربة فلا تعطى شيئا من الأرض ولا تربة دار ، قال زرارة : هذا مما لا شك فيه»^(٣).

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

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

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

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

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

ومنها . رواية محمد وزرارة : «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 موارثهم»^(٣).

ومنها . رواية ميسرة يبيع الزطي عن عبد الله . عليه السلام . :

«قال : سألته عن النساء ما لهن من الميراث؟ فقال : لهن قيمة الطوب والبناء

والخشب والقصب ، فأما الأرضون والعقار فلا ميراث لهن فيه ، قال قلت :

فالثياب؟ قال : الثياب لهن نصيبهن ، قال : قلت : كيف صار ذا ولهذه الثمن والربع

مسمى؟ قال : لأن المرأة ليس لها نسب ترث به وإنما هي دخيل عليهم ، وإنما صار هذا

هكذا لئلا تزوج المرأة فيجىء زوجها أو ولد من قوم آخرين ، فيزاحم قوما في عقارهم»^(٤).

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

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

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

(٤) الاستبصار باب ٩٤ ، حديث (٨). والزط . بالضم . : طائفة من أهل الهند ، معرب (جت) وإليهم ننسب

الثياب الزطية . هكذا في كتب اللغة . : فيكون المقصود من (بياع الزطي) بيع 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 زرارة 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 تركه زوجها من تربة دار أو أرض إلا أن يقوم الطوب والخشب قيمة ، فتعطى ربعها أو ثمنها ، إن كان له ولد ، من قيمة الطوب والجذوع والخشب» ^(٤).

ومنها . رواية طربال المتضمنة لما ستعرف ، ومنها موثقة زرارة.

ومنها . صحيحة زرارة : «ان المرأة لا ترث فيما ترك زوجها عن القرى والدور والسلاح والدواب شيئاً ، وترث من المال والفرش والثياب

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

(٢) في الاستبصار ، طبع النجف كتاب الموارث 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 الآنف حديث (٥). ويقصد بالفضلاء الخمسة هم : زرارة وبكير وفضيل وبريد ومحمد بن مسلم ، فإنهم مجتمعهم روى الحديث عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام

ومتاع البيت مما ترك ، ويقوم النقض والأبواب والجدوع 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 والأجداع 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 الرباع»^(٤)

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

حجة الإسكافي : عمومات الكتاب ، منضمًا إليها روايتا عبيد بن زرارة ، وابن أبي يعفور المتقدمة ، وقريب منهما خبر أبي الجارود الدالة على توريتها من كل شيء . وفيه : أنها مخصصة . بعد الإجماع المحصل ، فضلا عن المنقول البالغ فوق جيد الاستفاضة على حرمانها في الجملة . بالأخبار المتقدمة ،

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

(٢) في الاستبصار ، باب ٩٤ حديث (٩) ، الحديث بسنده عن خطاب ابن أبي محمد الحمداي 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 والجدوع والقصب فتعطى حقها منه».

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

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

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

حجة 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 عراضها . أن ذلك ليس جمعا بين الدليلين بل هو طرح لهما ، إذ ليس كل من العين والقيمة مندرجا في العام اندراج المصاديق في مفهوم الكلّي حتى يكون حمل كل منهما على بعض أفرادها عملا به في الجملة ، بل هو طرح لهما بالكلية ، ولو سلم فلا شاهد لهذا الجمع الذي لا يمكن المصير اليه إلا بعد قيام شاهد عليه . حجة المفيد : تخصيص عموم الكتاب بما تواترت عليه نصوص الباب : من أرض الرباع التي هي القدر المتيقن منها ، واختصاص التقويم ببنائها وآلاتها البنائية ، القاضي بالحرمان من عراضها عينا وقيمة ، ومن البناء عينا لا قيمة ، فيبقى غيرها من سائر الأرضين وما عليها باقيا تحت عموم الموارث ، لأصالة العموم مع عدم اليقين بالتخصيص ، ومقتضاه الإرث من أعيان ذلك مطلقا .

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

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

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

حجة 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 عينا وقيمة ، وتخصيصها بالحرمان من عين البناء وآلاته بما دل مستفيضا على تقويمها وإعطائها من القيمة ، ويبقى غير البناء مما هو ثابت في الأرض كالنخل والشجر وغيرهما باقيا في عمومات الإرث الموجب لاستحقاقها من العين دون القيمة .

وفيه : مع أن النصوص النافية للإرث من العقار والقرى التي مقتضاها نفي الإرث من الأرض وما فيها عينا وقيمة بعد تخصيصها بما دل على تقويم البناء وإعطائها من قيمته ، هي أخص من عمومات الإرث ومقتضاها بعد الحمل عليه حرمانها في غير البناء مما هو ثابت في الأرض كالنخل والشجر من العين والقيمة معا كالعراص ، لا توريثها من عينها ودعوى الإجماع على عدم حرمانها من النخل والشجر عينا وقيمة . فمع أن ثاني الشهيدان في (رسالته) يظهر منه التأمل في تحققه لا يثبت الاستحقاق من عين ذلك دون القيمة إن أغلب النصوص ، وإن اختص في التقويم بالبناء والآلات الخارج عنهما النخل والشجر ، إلا أن مصححة

(مؤمن الطاق) صرحت بتقويم 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 عينا وقيمة ، وإرثها من قيمة مطلق ما هو ثابت عليها حتى النخل والشجر ، وانه مقتضى الجمع والعمل بالنصوص المتقدمة المؤيدة بالشهرة المحكية مطلقا ، أو بين المتأخرين ، وموافقته المحكمة المعبر عنها بالعلة في مكاتبة (ابن سنان) ^(١) لعدم الفرق في الإفساد بين الرباع وغيرها من العقار المفسر بكل ملك ثابت له أصل ، فيشمل الدار والأرض والنخل والضيعة ، فهي أعم من الرباع المفسرة بخصوص المنازل والمساكن.

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

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

الأول : منسوب . كما في الرياض وغيره إلى ظاهر الكليني والمفيد والمرتضى والشيخ في الاستبصار والحلي وابن زهرة وصريح الحلي وجماعة من المتأخرين ، ومنهم المحقق في النافع ، وتلميذه الآبي ، بل في الرياض

(١) وهي ما كتبه الامام الرضا عليه السلام : إلى محمد بن سنان . فيما كتب من جواب مسائله . كما تقدم . والمقصود 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) نسبه إلى أجلاء المتقدمين ، وجملة المتأخرين بعد أن نسبه . أولا . إلى المشهور خصوصا بين المتأخرين ^(٢) وفي (الكفاية) نسبته أيضا : إلى المشهور بين المتأخرين ^(٣) ، وفي الرياض إلى أكثر المتأخرين ^(٤)

(١) قال . في أخريات المقصد الثاني في ميراث الأزواج من كتاب الموارث . «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 وفاقا لكثير من أصحابنا كالكليني والمفيد والمرتضى والشيخ في الاستبصار والحلي وابن زهرة ظاهرا ، والحلي وجماعة من المتأخرين صريحا وفي السرائر ، وعن الخلاف الإجماع عليه».

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

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

(٤) فإنه قال . بعد عبارته الآنف الذكر . : «وأكثر المتأخرين 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 (التنقيح)^(٤) :
وبالجملة الإنصاف ، أن القولين متكافئان في المعروفة ، إلا أنه لا دليل على التفصيل
المذكور إلا مقطوعة ابن أذينة المتقدمة ، أما بجعلها 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 لم ترث من الأرض شيئاً ، وأعطيت حصتها من قيمة الآلات والأبنية» .
(٢) قال . في أخريات كتاب الفرائض وأحكامه : «مسألة ، قال الشيخ في النهاية : المرأة لا ترث من زوجها من
الأرضين والقرى والرياح من الدور والمنازل . إلى قوله . : وهذا الحكم الذي ذكرناه إنما يكون إذا لم يكن للمرأة ولد
من الميت ، فإن كان لها منه ولد أعطيت حقها من جميع ما ذكرناه ، ونكتفي بهذا عن مراجعة بقية كتبه المذكورة .
(٣) قال . ضمن عنوان القول في ميراث الأزواج . : «وتمنع الزوجة غير ذات الولد من الأرض مطلقاً عينا وقيمة ،
وتمنع 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 .. وان
كان في الخالية من الولد أقوى» .

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

عبيد بن زرارة ، ورواية ابن أبي يعفور المتقدمين 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 المثبتة للإرث على التقية ، لكونه مذهبا للجمهور كافة ، مع إشعار رواية ابن أبي يعفور بها . كما عرفت . لكن الشأن في ثبوت كونها رواية لا رأيا منه والذي يعطى كونها رواية رواية أجلاء الرواة عنه ، بإرسالها على نسق الرواية وتدوين مشايخ الحديث لها في أصولهم المعمولة لتدوين الروايات فيها ، مع كون . من عرفت . من أعظم فقهاءنا . رضوان الله عليهم . الذاهبين إلى القول بالتفصيل إليها ، والاعتماد فيه عليها وابن إدريس بني على كونها رواية ، وان رماها بالشذوذ ، ولم يعمل بما بناء على أصله في أخبار الآحاد ^(١) .

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

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

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

رواياتهم 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 روايتها 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 انما يركن إليها عند الشك فيه ، لا مع قيام الدليل عليه. وأما إجماع الحلبي . بعد تسليمه فموهون بما عرفت من الخلاف في المسألة ، ولعل دعواه منه الإجماع على القاعدة المستفادة من تلك المطلقات المتواترة معنى في الدلالة عليها. نعم ربما يتوهم في المقام ، بل قد توهمه بعض المعاصرين ، تخصيص المطلقات بغير ذات الولد مع قطع النظر عن مقطوعة ابن أذينة ^(١) بدعوى

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

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

اقتضاء الترتيب في علاج الأخبار المتعارضة ، وذلك ، بتقريب أن الأخبار الآمرة بإرثها مطلقا من كل شيء ، مخصصة . أولا . بالإجماع على حرمان غير ذات الولد ، الخارجة به عن عمومها ، وبعده تنقلب النسبة ، وتكون بينها وبين المطلقات النافية للإرث نسبة العام والخاص المطلق ، فتخصص 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 المتباينين ، الا أنه بعد تخصيص عموم (أكرم العلماء) بخصوص النهي عن إكرام النحويين ، لكونه أخص منه مطلقا ، انقلبت النسبة بين عموم (أكرم العلماء) بعد إخراج من خرج منهم بالخاص ، وبين عموم (لا تكرم العلماء) الى العموم والخصوص المطلق ، فيحمل العام منهما على الخاص ، المنتج بعد الحمل عليه لوجوب إكرام غير النحويين من العلماء ، وحرمة إكرام النحويين منهم . وفيما نحن فيه كذلك .

الا أنه توهم فاسد ، وان كانت الكلية مسلمة في التخصيص بالمتصل وما يجري مجراه من كلام الأئمة . عليهم السلام . المنزل منزلة كلام واحد من متكلم واحد ، الا أنها لا تجري في المقام ، لعدم قيام الإجماع عليه

أعطين من الرابع» فإنها كالصريحة في التقييد ، منطوقا ومفهوما ، فلا مجال للتصرف فيها بخلاف غيرها من المطلقات . ووجه تسميتها بالمقطوعة لعدم اسناد القول فيها إلى إمام ، وإنما هي عن ابن أبي عمير عن ابن أذينة في النساء إلى آخر الحديث ، فلم يعرف أنها عن إمام معصوم . وإن كان المعروف عن ابن أبي عمير أنه لا يروي إلا عن امام معصوم ، وذلك مما يوثق الرواية ويعطيها اعتمادا ، وان كانت مقطوعة . خصوصا إذا اعتمدنا على رواية الصدوق فإنه في الفقيه رواها عن ابن أبي عمير فقط .

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

بقي هنا أمور ينبغي التنبيه عليها :

الأول : الظاهر من كلام من خص الحرمان بالرباع ، كالمفيد ومن تبعه : ارادة 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 أجده : أنه لا فرق في الأبنية والمساكن . على القول باعتبارها . بين ما يسكنه الزوج وغيره ولا بين الصالح للسكنى كالحمامات والأرحية وغيرها ، إذا صدق عليه اسم البناء» ^(١) وفي المختلف : «قال المفيد : ولا ترث الزوجة شيئا مما يخلفه الزوج من الرباع وتعطى قيمة الخشب والطوب والبناء والآلات فيه ، وهذا منصوص عليه عن نبي الهدى عليه وعلى آله السلام ، وعن الأئمة عليهم السلام ، من عترته عليهم السلام. والرباع هي الدور 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 مقابلته للبساتين والضياع ، والا فالظاهر عدم شمول المنازل والمساكن المفسرة بهما الرباع ، لمطلق الأبنية حتى الدكاكين والحمامات ونحوهما ، ولكن الظاهر ذلك بقريضة 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 عينا وقيمة ، بل لعل الكلية عكسا أيضا مسلمة ، فكل أرض تحرم منها عينا وقيمة ، يقوم ما عليها من البناء والآلات ، فنرث منها قيمة لا عينا.

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

الثاني : الآلات التي تحرم من عينها وترث من قيمتها.

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

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

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

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

ومنها . ما هو مشكوك كالجدوع المنصوبة على الأرض لوضع أغصان الكرم عليه ، والقذور المنصوبة في الدكاكين لطبخ (الهرايس) والرؤوس ومحال صنع الحلوى ، فيرجع في حكمه إلى الأصل الموجب للإرث من عينها ويمكن جعل الضابط فيما يقوم وتعطى من القيمة ، وما لا يقوم وتعطى من العين : جزئته من بناء ذلك المحل والعقار من دار ودكان أو حانوت أو حمام أو مسبك فما عد جزء منها تعطى من قيمته ، والا فترث من عينه ، لا كل ما يثبت في الأرض بحيث لا يعد من أجزاء البناء ، والعمارة كالتخت المنسوب في البيت ، وإن ثبت أركانه في الأرض ، والمنبر من الخشب المثبت كذلك ، فإنها ترث من أعيانها ، لا من قيمتها. والظاهر دخول (صفريه الحمام) فيما تقوم ، لثبوت جزئتها منه ، وإن لم نقل بجزئية القذور المنصوبة في الدكاكين للمطابخ المذكورة ، إذ لا أقل من الشك في جزئتها 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 تفنى 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 لملك الغير حتى تستحق عليها الأجرة ، وليس إعطاؤها القيمة بدلا عن العين المملوكة لها ، بل تملكها للقيمة بأصل الإرث ، ولو بنحو البدلية عن العين ^(١) والتدارك لماليتها.

ومما 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 المحال أو المظروف ولم يملك المحل والظرف فتملكه للحال بمجرد لا يوجب استحقاق البقاء في محل يملكه غيره ولو ثبت استحقاقه للبقاء بدليل خارج ، فبمجرد لا يثبت أيضا ، للوضع بنحو المجانية لأن جواز 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 لملك 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 ينتقل حقها الى البدل ، بل تملك القيمة من أول الأمر ، ولو بدلا عن العين وتداركا لماليتها فالموجب للأجرة بوضعه لم تملكه أبدا ، وما ملكته . وهو القيمة . غير موجب للأجرة (منه دام ظله).

فيه موضوع في تلك الأرض^(١) ، وإن 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) ، إلا أن التضعيف ضعيف ، لإمكان دعوى كون المطلقات مهملة من حيث الكيفية ، وإنما هي مسوقة لبيان تورثها من القيمة ، لا من العين (ودعوى) التقليل والاقتصار على القدر المتيقن (موهونة)

(١) قال : في رسالته الصغيرة المطبوعة في ضمن رسائل صغيرة أخرى من مباحث المطلب الخامس في بيان الحكمة في هذا الحرمان : «الخامس : كيفية التقويم لما تستحق فيه القيمة من البناء والشجر على القول به : أن يقوم مستحق البقاء في الأرض مجانا الى أن يفنى ، ثم تعطى من قيمة الربح أو الثمن ، هذا هو الظاهر الموافق للأصول ، لأن الأصل إرثها من عين كل شيء ، فإذا عدل عنه إلى القيمة في بعض الموارد وجب الاقتصار فيما خالف الأصل على ما به يتحقق المعنى المخصص ، وهنا كذلك ، ولأن البناء والشجر موضوع بحق في ملك مالكه ، فلا وجه لتقويمه مستحقا بأجرة ، ويحتمل 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 هيأته التي هو عليها وقت التقويم ، ولأن ذلك تخصيص لعموم القرآن ، فيقتصر فيه على موضع اليقين تقليلا للتخصيص بقدر الإمكان ، فيجب زيادة القيمة ما أمكن لكونه خلاف الأصل ...».

جدا (كما أن) ما ذكره وجهها للمجانية بقوله : «هذا هو الظاهر الموافق للأصول لأن الأصل إرثها من عين كل شيء ، فإذا عدل عنه إلى القيمة في بعض الموارد وجب الاقتصار فيما خالف الأصل على ما به يتحقق المعنى المخصص ، وهو هنا كذلك. ولأن البناء والشجر موضوع بحق في ملك مالكه ، فلا وجه لتقويمه مستحقا بأجر^(١) انتهى (ليس) بوجبه من وجوه غير خفية.

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

من دعوى عدم انصراف المطلقات في الأخبار المخصصة إليها مع عدم إتيان حكمة الحرمان هنا أيضا ، ومن اقتضاء التدرج في طبقات الإرث وقيام اللاحقة مقام السابقة الحرمان أيضا ، مضافا الى مفاد الاخبار عدم استحقاقها الإرث ، لا تقدم الوارث عليها من باب المزاومة والتقدم.

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

اختار ثانيهما جماعة نظرا الى ظهور علة الحرمان في الإرفاق بالوارث والتوسعة له ، وعدم ظهور الأمر بالتقويم والدفع من القيمة على أزيد من الجواز لكونه في مظنة توهم إرثها من العين ، فلا يفيد أزيد من الجواز كالأمر الوارد في مورد الحظر الذي لا يفيد أزيد من الإباحة ، والى أنه إبقاء لآية الموارث على عمومها في الآلات والأبنية ، لأنه على تقديره يتعلق إرثها بنفس الأعيان ، وان كان الموارث غيرها ولاية التبديل والمعارضة

(١) وهذه الجملة بعض عبارته التي نقلناها بنصها . آنفا . 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 انها ترث حينئذ من العين ، ثم ينتقل حقها إلى القيمة (وكون) العلة هي الإرفاق والتوسعة (فمع) أنها حكمة ، وأن عبر عنها بالعلة ^(٢) يمكن أن تكون منشأ لتشريع الحكم بذلك يجعل إرثها من القيمة ولو حسما لمادة الفساد غالبا ، (وكون) الأمر بالتقويم في مظنة توهم الإرث من العين ، ليس بأولى من كونه في مظنة توهم حرمانها من العين والقيمة معا كالأرض فيكون ظاهرا في تعيين الإرث من القيمة ، وبقاء العام على عموميه يرجع اليه عند الشك في التخصيص ، لا مع وجود المخصص ، لما عرفت من كون الإرث من القيمة مفاد ظواهر الأخبار المستفيضة ، بل المتواترة معنى وقياسه بالزكاة قياس مع الفارق

(١) المشهور . بل عن مصابيح 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 القهرية 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 ستعرف .

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 مراعى بدفع القيمة لها؟ وجهان ، بل قولان :

اختار الأول منهما : شيخنا في (الجواهر) تبعا لثاني 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 المماثلة ويجوز التقاص من ماله ، حيث لا يمكن جبره . قلت : الأقوى هو الثاني . على كل من القولين في التنبيه السابق .

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

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

فما دام لم يدفع القيمة إلى الزوجة لم ينتقل حقها من العين إلى البدل ، فلا ينفذ التصرف فيه قبله ، لكونه من التصرف في متعلق حق الغير أيضا .
وأما بناء على تعلق إرثها بالقيمة من أول الأمر . كما هو الأقوى . فلأن إرثها ، وإن لم يتعلق بعين البناء والآلات ، إلا أنه متعلق بماليتها ، ولزوم دفع القيمة من باب التدارك لما لها من مالية الأعيان فأشبه الضمان بالقيمة لما يتلفه من القيميات من كونه تداركا لمالية التآلف بعد إلقاء الخصوصيات المشخصة عند العقلاء في التالف القيمي ، فالتصرف في العين بإتلافها أو نقلها بماليتها موقوف على تدارك ما للزوجة في ماليتها بالإرث . وبالجمله : نسبة مالية الأعيان المقومة المتعلق بها حق الزوجة ، نسبة نفس الأعيان ، لو كان حقها متعلقا بها في عدم نفوذ التصرف إلا بعد التدارك .

وبما ذكرنا : يظهر لك دفع توهم 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 قهرا الموجب لشغل ذمته لها بالبدل ، ومثله ما لو تلفت بعد الموت فورا باستقرار القيمة في ذمته ، مع أنه لا أظن أحدا يلتزم به ، وإن التزم به الأستاذ عمنا . رحمه الله . في (ملحقات برهانه) ^(١) أو ليس إلا لكون القيمة تداركا للمالية ، فإذا تلفت بتلف العين لا بتفريط لم يضمنها الوارث ، وإنما يضمنها لو تأخر التدارك وكان بتفريط منه ، فتستحق القيمة عليه حينئذ .

وأما النماء المتحقق بعد الموت كأجرة المساكن وثمره 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 بضمنها 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 بتفريط ، لان 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 واشتغال ذمته بالقيمة ، حيث قال : «منها ان تلف البناء والشجر بعد الموت ، بأن جاء سيل وأخذ ما على الأرض طالبت الزوجة الورثة بثمانها أو ربعها من قيمتها لان محل القيمة التي للزوجة هو ذمة الورثة ، وبمجرد الموت تنتقل العين الى ملك الورثة ، وبمجرده أيضا تستقر قيمتها في ذمتهم ، ولذا لو نمت بعد الموت بأن أثمر الشجر بعد موت الزوج ليس للزوجة في الثمر شيء وإذا تلف ملك أحد لا يوجب سقوط حق الآخر. لكن في (مفتاح الكرامة) : ان هذه القيمة مستحقة من التركة ، وليست متعلقة 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 مواقع 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 ، وتصرفات المريض وميراث الزوجة ، تأليف الحجة آية الله المحقق السيد علي بحر العلوم صاحب (البرهان القاطع) اعتبرها 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 لماله من مالية الأعيان دون البدلية عن نفسها ، غير أنه مخير في تداركها بدفع المالية القائمة بتلك الأعيان أو بغيرها ، وهو مقتضى الجمع بين ما ورد مما هو ظاهر في التعلق بالعين كالعشر في الغلات ^(١) ، وما هو ظاهر في التعلق بالمالية كالشاة في الإبل ^(٢) ، الظاهر من كون ذلك تقديرا للمالية المجعولة للفقير في نصاب الإبل . مثلا . بل وكذلك الشاة من نصب الغنم مما هو من جنسه ^(٣) ، فان مرجع ذلك تعيين ما يستحقه الفقير من المالية

-
- (١) كرواية زرارة : عن أبي جعفر عليه السلام : . كما في أبواب زكاة الغلات من الوسائل . قال : «ما أنبتت الأرض من الحنطة والشعير والتمر والزبيب ما بلغ خمسة أوسق ، والوسق ستون صاعا ، فذلك ثلاثمائة ففيه العشر وما كان منه يسقى بالرشاء والدوالي والنواضح ، ففيه نصف العشر» وأمثالها في الباب كثير .
- (٢) كما ورد كثيرا في باب تقدير النصب في الإبل من كتاب زكاة الوسائل كصحيحة زرارة : 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 ثلاث 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 الأنف الذكر . باب تقدير النصب في الغنم : «عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام :

القائمة بتلك الأعيان المنتشرة في جميع أجزائها بما يساوي شاة . مثلاً .
وبذلك يظهر : ان ما ثبت جوازه للمالك من العزل والقسمة والتبديل ونحو ذلك مما
هو مخالف لقواعد الشركة ، كله جار على القاعدة ، لا مخالف لها ، وانما ثبت تخصيصها
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 للآخرى ،
لأنها ترث الثمن في ذلك بالفريضة ، غير أنه مع التعدد تقسم بينهن والحرومة بحكم المعدومة
في ذلك ، فتختص هي بها ، وعليها دفع ما ترث الأخرى منها؟ أم لها نصف ذلك ، ويرجع
الباقى الى الورثة ، وعليهم دفع نصيب الأخرى من القيمة ، لأنها تحجب الاولى عن الكمال
، لصدق التعدد بوجودها ، وان 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 ليسلم له ما
تحرم منه ، كما أن ليس لها إخراجها بكلمة مما تحرم منه ، لأن في كل منهما ضرارا على الآخر
، وهو منفي عقلا ونقلا ، مضافا الى أن العدل والإنصاف يقتضيان التوزيع .

في كل أربعين شاة ، وليس فيما دون الأربعين شيء ، حتى تبلغ عشرين ومائة ، فاذا زادت على مائة وعشرين
ففيها شاتان .. فاذا زادت على المائتين شاة واحدة ، ففيها ثلاث شياه ، فاذا بلغت ثلاثمائة ففيها مثل ذلك
ثلاث شياه ، فاذا زادت واحدة ففيها أربع شياه حتى تبلغ أربعمائة ، فإذا تمت أربعمائة 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 أجنبيا أو بعض الورثة ، وهو واضح ، وإن توهم بعض المعاصرين بطلان الصلح مطلقا ، بناء على ما احتمله في دفع القيمة من كونه حكما تكليفيا محضا 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 والخنثى ، ولا بين الولد وولد الولد ، وإن لم يكن وارثا ، لوجود الولد الصليبي ، ولا بين كونها ولدته في نكاح ترث به أولا ، كما لو أولدها في المتعة ثم تزوجها بعقد دائم ومات عنها كذلك ، بل ولا بين ما لو أولدها بنكاح صحيح أو ملحق به كالشبهة لو تزوجها بعد ذلك ومات عنها ، إذا كانت الشبهة لهما ، بل وإن اختصت به دونها لكونها ذات ولد منه . وفيما لو اختصت بها دونه إشكال : من أنه زان ، فليست بذات ولد منه شرعا ، 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 . ان سلمت . (فهو) من الانصراف البدوي الذي لا تعويل عليه.

الحادي عشر . لو ملكت الزوجة شيئا من رقة الأرض يساوي فرضها أو أزيد في حياة زوجها بأحد الأسباب المملكة ، فحكمها بالنسبة

إلى البناء والآلات حكم ما لو لم تملك شيئاً من العراض ، لان 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 حصاده ، ورثت من عين الزرع ، فهل لمالك 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 :

وتنقيح المسألة هو أن يقال : ان الملكية بهذا النحو (مرة) تكون بالإجارة (وأخرى) بالمزاعة (وثالثة) بالانتقال بالإرث.

أما إذا كانت بالإجارة ، كما لو استأجر أرضاً مدة لم يدرك الزرع فيها ، فأما أن تكون المدة غير كافية لبلوغ الزرع عادة ، أو كانت كافية غير أنه اتفق تأخيرها . وعلى الثاني : فأما أن يكون التأخير بتفريط من المستأجر ، أولاً بتفريط منه . فان كان الأول ، بأن استأجر مدة تقصر 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 ، وإلزام مالك الأرض بالتبقية ، ولو يأجره ، نوع ضيق عليه لا يجب تحمله ، ولا يجدي كون الزرع في مدة الإجارة 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 الزارع ، لوحدة المناط.

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

وأما لو كان التأخير بغير تفريط منه ، بل بآفة 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 ، وإبقاؤه في المدة الزائدة ضرر على المالك ، وكل منهما منهي عن الإضرار ، فلا بد من تدارك هذا الضرر الحادث بآفة سماوية ، وهو انما يحصل بأحد وجهين أما القلع مع الأرض ، أو الإبقاء مع الأرض ، أو الإبقاء بأجرة ^(١) إلا أن التدارك هنا يتعين على الزارع بدفع الأجرة ، لأن الضرر ، وإن لم يأت منه ، إلا أنه جاء من قبل زرع ، دون الأرض ، فعليه تداركه إن أراد الإبقاء ، والا فله قلع زرع ، وإن كان قصيلا . وبعبارة أخرى ، شمول (لا ضرر) للضرر المجبور بالأجرة ، وتوجهه نحو الزارع أضعف ظهورا من شموله لضرر القلع المجبور بالأرض المتوجه نحو مالك الأرض فإذا قدم دليل نفي الضرر في جانب الزارع عليه في جانب المالك فلا يتمسك حينئذ ، بعموم (الناس مسلطون) لكونه محكوما لدليل نفي الضرر .

وأما إذا كان بالمزارعة ، فإذا كان التأخير بتفريط من الزارع ، فحكمه حكم الإجارة فيه : من أنه للمالك قلعه بلا أرض عليه ، وإن لم يكن بتفريط منه ، فيتخير المالك بين القلع وعليه الأرض ، 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 ، وإن كان الإبقاء بصورتين .

الأجرة ، وانما كان له الخيرة بينهما في المزارعة دون الإجارة ، لأن الزرع مشترك بينهما ، ولا يجبر المالك على إبقاء حصته من الزرع ، فله قلعه قصيلا كما كان للمستأجر ذلك ، غير ان قلعه لحصته مستلزم لضرر الزارع في حصته ، فوجب عليه حينئذ تداركه بالأرض ، ولذا كان مالك الأرض في المزارعة مخيرا. بين القلع وعليه الأرض ، وبين الإبقاء ، وله الأجرة وليس له القلع في الإجارة ، وان كان بأرض ، بل يتعين عليه الإبقاء بالأجرة.

والى ما ذكرنا . من الفرق في الحكم بالتخيير والتعيين ، بين المزارعة والإجارة . صرح

العلامة في (القواعد) حيث قال : في باب الإجارة :

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

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

(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
الثمرة على النخل والشجر مشتركة بين الزوجة لكونها ترث من عين ذلك ، وبين الوارث
غيرها ، فيتخير الوارث غيرها بين القلع ودفع الأرض إليها والإبقاء وأخذ الأجرة منها ، لوجود
ما ذكرنا من ملاك التخيير في المزارعة هنا أيضا ، فافهم :
هذا آخر ما أردنا بيانه في هذه المسألة.
ولله الحمد أولا وآخرا

رسالة

في الرضاع

بسم الله الرحمن الرحيم

مسألة

اتفقت كلمة فقهاءنا ، بل الفقهاء كافة اتفقوا ، على سببية الرضاع لنشر الحرمة في الجملة.

ولنصدر المسألة تيمنا بما يدل عليه من الكتاب والسنة المستفيضة . بل المتواترة معنى .
فمن الأول قوله : عز من قائل «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ ، وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ ، وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ ، فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ ، فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ، وَخَالَاتُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ، وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ، إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ، إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُوراً رَحِيماً» ^(١) وهذه الآية الشريفة مع قوله تعالى «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ» ^(٢) دلت على أسباب التحريم من النسب والرضاع والمصاهرة.

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

(١) سورة النساء . ٢٣ .

(٢) سورة النساء . ٢٢ وتكملة الآية هكذا «مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتاً وَسَاءَ سَبِيلاً» .

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

ومنها . ما رواه في الكافي في الصحيح : «عن إبراهيم بن نعيم الكنائي 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 والفقهاء عن أبي عبيدة الخذاء 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 رضعاً من امرأة» ^(٣) .

ونحوها . رواية أبان عمن حدثه ، وحسنة الحلبي ، المرويتان في الكافي» ^(٤) .

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

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

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

(٤) أما رواية أبان 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 غلاما مملوكا لها من لبنها حتى فطمته ، فهل لها أن تبيعه؟ قال : فقال :

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

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

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

فقال : أما علمت أنها ابنة أخي من الرضاع».

وأما صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله قال : قال أمير المؤمنين (ع) في ابنة الأخ من الرضاع : لا أمر به أحدا 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 النوادر من كتاب النكاح حديث رقم (١٦) 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 لأخي من أمي لم ترضعها بلبنه يعني ليس بهذا البطن ولكن ببطن آخر ، قال :
والفحل واحد؟ قلت :

نعم هو أخي لأبي وأمي ، قال : اللبن للفحل ، صار أبوك أباه وأمك أمها» ^(١).
ومنها . في الموثق عن سماعة : «قال : سألته عن رجل كان له امرأتان ، فولدت كل
واحدة منهما غلاما . 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 انها أرضعت
من لبنها غلاما ، 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
الامام موسى بن جعفر (ع).

(٢) المصدر الآنف الذكر ، باب ٦ حديث رقم (٦).

(٣) الوسائل ، كتاب النكاح باب ٦ من أبواب ما يحرم الرضاع حديث (٧).

قال : ما أحب أن يتزوج ابنة فحل قد رضع من لبنه» ^(١).

ومنها . في الحسن عن الحلبي : قال : «قلت لأبي عبد الله (ع) أم ولد رجل قد أرضعت صبيا ، وله ابنة من غيرها ، تحل لذلك الصبي هذه الابنة؟ فقال : ما أحب أن يتزوج ابنة رجل قد رضعت من لبن ولده» ^(٢).

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

ومنها . ما عن الكافي : «في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : لو أن رجلا تزوج جارية رضيعا فأرضعته امرأته فسد نكاحه. قال : وسألته عن امرأة رجل أرضعت جارية أتصلح 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 جارية صغيرة فأرضعتها امرأته أو أم ولده؟

(١) المصدر الآنف الذكر حديث رقم (٥).

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

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

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

قال : تحرم عليه» ^(١).

ومنها . رواية عثمان عن أبي الحسن عليه السلام قال : قلت له : «ان أخي تزوج امرأة فأولدها فانطلقت ، فأرضعت جارية من عرض الناس فيحل لي أن أتزوج تلك الجارية التي أرضعتها امرأة أخي؟ قال : لا ، 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 مناكحتهم . إلى أن قال . أمتك وهي عمتك من الرضاعة ، أمتك وهي خالتك من الرضاعة» ^(٣) الحديث.

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

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

(٢) الوسائل ، كتاب النكاح باب ٨ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث رقم (٧).

(٣) في كتاب النكاح من الكافي باب في نحوه ، حديث (١) بسنده هكذا : «.. عن مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام :

قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : ثمانية لا تحل مناكحتهم أمتك ، أمها ، أمتك أو أختها ، أمتك ، وأمتك ، وهي عمتك من الرضاعة ، وأمتك وهي خالتك من الرضاعة ، أمتك وهي أرضعتك ، أمتك ، وقد وطئت حتى تستبرأها بحيضة ، أمتك وهي حبلى من غيرك ، أمتك وهي على سوم أمتك ولها زوج». ومثله في الوسائل كتاب النكاح.

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

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

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

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

أما المقدمة ، فهي أن ربط الرضاع من سنخ ربط النسب الذي هو ربط بين النسب والمنسوب اليه ربط تكوين واشتقاق ، فإن الولد متكون من والديه ، ومادته الأصلية مشتقة من 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 الأنف ، باب ٦ من زنا بامرأة 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 يحصد به عنباً»^(١) ، وليس الا لسريان حقيقة الأصل في فروعه ، ولعل الرضاع بشرائطه كما يعرب عنه ما قيل : «ان لحمه الرضاع كلحمه النسب»^(٢) : له تأثير في ذلك الربط الأصلي ولو بنحو الاشتداد أو موجب لما يضاهايه من الربط الذي يكون من سنخه ، وان كان ضعيفا في مرتبة الربطية ، ولذا يجتمع معه في بعض الأحكام ، ويفترق عنه في بعضها الآخر. وبذلك الربط الحاصل منه إليهما ، ومنهما إليه نسباً ورضاعاً تحصل الارتباطات صاعدة ونازلة المعبر عنها بالعناوين السبعة النسبية^(٣) وما يضاهايهما من الرضاع ، وحيث

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

إذا وترت امرءاً فاحذر عداوته من يزرع الشوك لم يحصد به العنب
قال الميداني : لا يقال : حصدت العنب ، بل قطفته ، ولكن الشاعر العربي وضع الحصد مكان القطف . والمقصود منه : من أساء الى إنسان فليتوقع . وهو على غرار المثل المعروف : «أعجز من جاني العنب من الشوك» ، قال حمزة : وهذا الشاعر أخذ هذا المثل من حكيم من حكماء العرب من قوله : من يزرع خيراً يحصد غبطة ، ومن يزرع شراً يحصد ندامة ، ولن يجتنى من شوكه عنباً».

(٢) هذا الكلام من ألسنة الفقهاء بحكم اشتراك الرضاع مع النسب في تأثير المنع ، وليس حديثاً ولا رواية . على الظاهر . وانما الحديث النبوي المذكور في عامة كتب الحديث للفريقين هو قوله (ص) : «الولاء لحمه كلحمه النسب» فجاء هذا الكلام على هذا الغرار بحكم وجود الملاك في الثلاثة.

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

انا لم تخط به علما وبكميته وبشرائط حصوله اقتصرنا فيه على ما أعرب عنه الدليل . وأوضح لنا منهج السبيل الموجب للرجوع فيما شك الى ما تقتضيه الأصول.

-
- المصاهرة ، استيفاء العدد ، اللعان ، الكفر والارتداد . بشروط مفصلة هناك .
والأصناف المحرمة من النسب سبعة . وهي المقصودة بالعناوين السبعة في المتن ، وهي :
- (١) الأم والجدّة . وان علت . لأب كانت أم لام أم لهما .
 - (٢) والبنت الصليبية وبناتها . وان نزلن وبنات ابنتها . وان نزلن أيضا .
 - (٣) والأخوات . لأب كن أو لأم أولهما . وبناتهن وبنات أولادهن .
 - (٤) والعلمات ، سواء كن أخوات أبيه لأبويه أم لأحدهما ، وكذا أخوات أجداده . وان علون .
 - (٥) والخالات . لأب أو لأم أو لهما . وكذا خالات الأب والأم . وان علون .
 - (٦) وبنات الأخ ، سواء كان الأخ لأبوين أم لأحدهما . وسواء كانت بنته الصليبية أم بنت بنته وان نزلت ، أو بنت ابنه ، وبناتهن . وان نزلن . (٧) وبنات الأخت . وان نزلن . :
- هذه المحرمات من النساء على الرجال ، ومقابل ذلك يحرم من الرجال على النساء أيضا ، فيحرم على المرأة أبوها . وان علا . وابنها . وان نزل . وأخوها وابن أخيها وابن الأخت ، والعم والخال . وان ارتفعا .
(عن كتب الفقه : كتاب النكاح)

وأما المباحث ، فالأول منها . في بيان معنى العبارة التي تضمنتها أخبار 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 ، وانما 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 تشبيهه لحمته بلحمته ، فالعلائق السبعة الرضاعية تحرم كما تحرم العلائق السبعة النسبية . وبعبارة أخرى : ان الرضاع يحدث ما يحدثه النسب من العناوين السبعة ، ويفعل فعله في تحققها بعد تنزيل الرضاع منزلة الولادة في ذلك ، فيجري مجراه في التحريم ، سواء كان الحكم به بسبب النسب أو بسبب المصاهرة كأم الزوجة الرضاعية ، فإنها محرمة على زوج بنتها من الرضاع ، ولكنها بالمصاهرة لا بالرضاع . كما ستعرف .

الثاني : هو ان الثابت من نصوص التحريم بالرضاع ، انما هو ما يحدث به أحد تلك العناوين المحرمة من النسب دون لوازمها . فلو أرضعت أجنبية أخاك فبنتها ، وان كانت أخت أخيك ، الا أن أخت الأخ في النسب انما تحرم لكونها أختا ، لا لكونها أخت أخ ، فلو تجرد عن عنوان الأخت في الرضاع لم تكن محرمة ، بل ربما تنفك أخت الأخ عن عنوان الأخت في النسب أيضا ، فيجوز له نكاحها كما لو كانت امرأة لها بنت ثم تزوجها أبوك ، فأولدها ولدا هو أخوك من أبيك ، وأخته من أمه أخت أخيك نسبا من أمه ، وليست بأختك أصلا ، فلا مانع عن تزويجك إياها ،

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

وبالجملة : فالمدار في التحريم بالرضاع على تحقق ما به يحرم في النسب كالأمومة والأخوة والبنوة . مثلاً . فأم الأخ الرضاعي من النسب ، أو الرضاع لا تحرم على أخيه لأن حرمة أم الأخ من النسب إنما تحرم : إما لكونها أما له أو منكوحة أبيه ، وكل منهما موجب للحرمة . وحيث يتجرد عنوان أم الأخ عنهما لم تحرم ، سواء كانت أما نسبية للأخ الرضاعي أو أما رضاعية للأخ النسبي ، فضلاً عن الأم الرضاعية للأخ الرضاعي . وكذلك أخت الأخ من الرضاع ، فإنها لا تحرم على أخيه ، لأن أخت الأخ من النسب إنما تحرم لكونها أختاً لا أختاً أخ ، فحيث تجردت أخت الأخ عن عنوان الأخت لم تكن محرمة ، سواء كانت أختاً من الرضاع لأخيه من النسب ، أو أختاً من النسب لأخيه من الرضاع : وكذا أخت العمّة وأخت الخالة لا تحرم ما لم تكن عمّة أو خالة . وكذا في البنوة أيضاً فإن أخت الابن من النسب محرمة : إما لكونها بنتاً له أو ربيبة ، وكل منهما موجب للحرمة ، فلو تجرد عنوان أخت الابن عنهما كالأخت الرضاعية للابن النسبي أو الأخت النسبية للابن الرضاعي لا يقتضي الحرمة من حيث القاعدة ، وان قلنا بها لدليل خاص . كما ستعرف . ، وحيث تبين لك الضابط في مدار التحريم ظهر لك ضعف ما استثناه في (التذكرة) : من أربعة نسوة يحرم في النسب ، وقد لا يحرم في الرضاع ، وهن : أم الأخ ، والأخت ، وأم ولد الولد وجدة الولد وأخت الولد . ثم قال بعد عدهن : وهذه الصور الأربع مستثناة من

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

وأضعف منه : ما ذهب إليه الحلي في (السرائر) قال . بعد حكايته قول الشيخ في المبسوط : من أنه يجوز للفحل أن يتزوج بأم هذا الموضع وبأخته وبجدته . ما لفظه : «أما تزويجه بأخته وبجدته فلا يجوز بحال لأننا في النسب لا يجوز أن يتزوج الإنسان بأخت ابن ولا بأم امرأة بحال . الى أن قال . : والذي يقتضيه مذهبنا أن أم أم ولده من الرضاع محرمة عليه ، كما أنها محرمة عليه من النسب ، لأنه أصل في التحريم من غير تعليل ، فعلى هذا امرأة لها لبن أرضعت بنتا لقوم الرضاع المحرم ، 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 انما يحرم هذا المرتضع وحده ، ومن كان من نسله دون من كان في طبقته وهذه من طبقته ، لأنه لا نسب بينه وبين أخت أخيه

(١) ففي أخريات كتاب النكاح ، آخر المبحث الأول من الفصل الثاني . في الرضاع . قال : «أخت ولدك في النسب حرام عليك لأنها إما بنتك أو ربيبتك . وإذا أرضعت أجنبية ولدك فبنتها أخت ولدك ، وليست 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 مستثناة من قولنا : «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب».

ولا رضاع» ^(١) انتهى.

وكأنه لما رأى عدم انفكاك جدة المرتضع ، وكذا أختها عن التحريم على الأب في النسب وانفكاكه عنه في أخت الأخ بالنسبة إلى أخيه فيه أجرى الرضاع مجراه في ذلك ، فحكم بالتحريم في الأولين وبالحل في الأخير وكأنه غفل عن كون سبب التحريم في الجدة لكونها أم زوجة لا لكونها جدة ، وفي أخت البنت لكونها بنتا أو ربيبة ، لا لكونها أخت بنت مع عدم وجودهما في الرضاع ، لأن المرضعة لا تكون بحكم الزوجة لأب المرتضع حتى تكون أمها أم زوجة لتحرم بالمصاهرة ، ولا أخت البنت بنتا.

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

ثم ان مقتضى الضابط المتقدم . حسبما عرفت . وان كان جواز نكاح أخت الابن ، ما لم تكن بنتا أو ربيبة ، الا ان النصوص الخاصة نصت بتحريمها على الأب ، وهي القاعدة المعروفة : من انه لا ينكح أب المرتضع في أولاد صاحب اللبن نسبا ورضاعا ولا في أولاد المرضعة نسبا لا رضاعا ، خلافا للطبرسي فألحق الرضاع منهم بالنسب ، بناء منه على كفاية اتحاد المرضعة في نشر الحرمة بالرضاع ، وان تعدد الفحل كما يأتي.

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

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

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

من ههنا 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 كن عشرا متفرقات ما حل لك منهن شيء ، وكن في موضع بناتك» ^(١) وهي صريحة في أولاد الفحل مطلقا من الرضاع أو النسب مطلقا ، وان لم تكن من المرضعة.

وما رواه الكليني في الصحيح : «عن عبد الله بن جعفر قال : كتبت الى ابي محمد (ع) : امرأة أرضعت ولد الرجل ، هل تحل لذلك الرجل ان يتزوج ابنة هذه المرضعة أم لا؟ فوقع : لا يحل له» ^(٢). وما رواه أيوب بن نوح في الصحيح : «قال : كتب علي بن شعيب الى ابي الحسن (ع) : امرأة أرضعت بعض ولدي هل يجوز لي أن أتزوج بعض ولدها؟ فكتب : لا يجوز ذلك لك ، لان ولدها صارت بمنزلة ولدك» ^(٣) وموردها أولاد المرضعة وإطلاقه يعم ما لو كان من غير صاحب اللبن ، لكن مع الاقتصار على أولادها من النسب ، بناء على اعتبار اتحاد الفحل في اللبن المحرم ، وتنزيلا للولد والبنت فيهما على معناهما الحقيقي ، وهن صحاح ، عمل بما المشهور لا بأس باستثناء موردها عن القاعدة ، مع إمكان دعوى عدم المنافاة بينها وبين ما تقتضيه أصالة الحل في غير العناوين المحرمة في النسب ، إذ ليست 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 المرتضع 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 طردا وعكسا. فتخصص الكلية السلبية . حينئذ . بالنصوص الخاصة.

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

ثم : ان مورد النصوص الخارج بها عن القاعدة : هو حرمة نكاح أب المرتضع في أولاد صاحب اللبن وهل يحرم نكاح الفحل ، صاحب اللبن ، في أولاد أب المرتضع كما في (الخلاف) و (النهاية) وغيرهما ، أو لا يحرم ، كما عليه المشهور 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 نسبيا أو رضاعيا.

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

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

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

قلت : تنزيلهم منزلة أولاد الأب لا يستلزم تنزيلهم منزلة أولاد الأم لتكون لهم اما ، ولو بالتنزيل حتى تحرم أمها عليهم ، لكونها لهم . حينئذ . بمنزلة الجدة . نعم غاية الأمر ثبوت تحريمها عليهم بنفسها لكونها ، ان لم تثبت أمومتها لهم ، فهي منكوحة أبيهم بالتنزيلي ، وزوجة الأب لا تحرم أمها على أولاد زوجها ، فتظهر الثمرة في تحريم أمها عليهم وعدمه .

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

وأما . نكاح إخوة المرتضع من النسب في إخوانته من الرضاع ، أي أولاد أب المرتضع في أولاد الفحل مطلقا ، وفي أولاد المرضعة نسبيا ،

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

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

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

اللهم الا أن يقال . بل قد قيل . ^(٢) إن الاخوة التي نبطت بها الحرمة في آية المحرمات ليس مفهومها العرفي . 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 التحريم .

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

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

مضافا . الى إمكان أن يقال : ان أولاد الأب يعم ما كان نسبته إليه بواسطة أولا بواسطة ، وما كان بواسطة لا يوجب التحريم كأولاد حاشية الأب والجد الا ما كان من حاشية نفسه كأولاد الأخ والأخت ، وتنزيل أولاد الفحل منزلة أولاده انما هو بواسطة المرتضع ، فلا يصدق عليهم إخوة ، ولا أولاد أخ أو أخت ، فالأقوى جواز نكاح بعضهم في بعض ، وان حرم نكاح كل من الطرفين على المرتضع لكونهم 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 التحريم به أو بالمصاهرة

كالعناوين الخمسة المحرمة بها ^(١) فإن أم الزوجة

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

الرضاعية أم للزوجة بالتنزيل ومحرمه على الزوج ، لكن بالمصاهرة لا بالرضاع فلا ينافي تحريمها بالمصاهرة كونها أما بالرضاع ، وان هو الا من فعل الرضاع فعل النسب ، لا فعل المصاهرة ، ضرورة أن علاقة المصاهرة التي هي علاقة حاصلة بين كل من الزوجين وأقرباء الآخر منتزعة من وجود علقتين : علاقة الزوجية ، وعلاقة النسب ، فاذا وجدت حدثت منهما علاقة ثالثة هي الموجبة للحرمة ، وهي المصاهرة ، ففي المثال المتقدم : علاقة الزوجية موجودة بالوجدان ، وعلاقة النسب موجودة بالرضاع المنزل منزلته في تحقق عنوان الأمومة ، فحدثت من وجوديهما علاقة المصاهرة ، فأوجب التحريم ، فالحرمة مسببة عن المصاهرة ، لا من الرضاع كي يتوهم أن الرضاع لا يفعل فعل المصاهرة ، وأين هو من فعل المصاهرة ، وانما فعل فعل النسب من إحداث عنوان الأمومة للزوجة الرضيعة ، فهو من تنزيل الرضاع منزلة للنسب لا منزلة المصاهرة.

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

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

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

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

قلت أما : حرمة الأمة ، فلكونها أما لزوجته بالرضاع المنزل منزلة أمها من النسب . وأما الزوجة ، فلكونها بنت موطوءته بالرضاع ، إن كان اللبن من غيره ، وبنته إن كان اللبن منه ، فتحرمة في غير صدق البنتية بالمصاهرة ، 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 المتحققة بالولد ووالديه ، فتتشر الحرمة بالرضاع من الرضيع إليهما ، وإلى كل من أبوي كل منهما فصاعدا مطلقا نسبا ورضاعا ، خلافا للقواعد وثاني المحققين في شرحه في بعض صور الثاني . كما ستعرف . وإلى أولادهما فنازلا ، وإلى حاشية كل منهما ، ومن أبويهما دون أولادهما لأن بنت العم والعمة . وكذا بنت الخال والخالة . لا يحر من عليه ، ومنهما إليه فنازلا من غير فرق في جميع الطبقات . صعودا ونزولا . بين النسب والرضاع ، إذا وجد به العنوان المحرم بالنسب ، فالمرضعة أم للرضيع ، وصاحب اللبن أب له ، وآباؤهما وأمهاتهما أجداد وجدات ، وإخوتهم عم وعمة ، وخال وخالة ، وأولادهما إخوة له ، وأولادهم أولاد أخ أو أخت ، وأولاده بالنسبة إليهما أولاد ابن أو بنت لهما فتتشر الحرمة في جميع ذلك نسبا ورضاعا على الشرط المتقدم .

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

وعنوان العمومة والخؤلة لكل من الأبوين ثابت له أيضا ، فعم الأم وعمتها عم له ، وعمه ، وخال الأب وخالته خال له وخالة . وان ترامت . فكل من العمومة والخؤلة لكل من الأبوين . وان ترامت بوسائط متعددة . تنزل منزلتهما بلا واسطة ، فتجري عليها أحكامها ، كغيرها من العناوين المتصاعدة والمتنازلة .

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

وبعبارة أخرى : يحرم على الإنسان ذوو قرابته مطلقا ، الا فروع حاشيتي أصوله ، من غير فرق في ذلك كله بين النسب والرضاع . وكذا تحرم بالمصاهرة على الزوج أصول الزوجة مطلقا . وفصولها مع الدخول بها والجمع بين الأخنتين 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 لبنها عن نكاح ، أي وطئ صحيح ، غير حائل ، فلا تحرم بلبن الخنثى المشكل . لو وطئت شبهة ، لعدم إحراز الأنوثة ، سيما على القول بكونها حقيقة ثالثة ، فضلا عن لبن الذكر أو البهيمة ولا الميتة ، ولو كانت امرأته لعدم صدق الإرضاع المصرح به في آية الرضاع ، ولا غير الموطوءة ، وان كانت ذات بعل . ولا الحائل ، وان كانت موطوءة 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 المعتضد 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 : سألت عن امرأة در لبنها من غير ولادة فأرضعت جارية وغلما من ذلك اللبن هل يحرم بذلك اللبن ما يحرم من الرضاع؟ قال : لا»^(٢) ورواه الصدوق 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 وإنثا أيحرم من ذلك الرضاع؟ فقال لي : لا»^(٤) وما رواه في الكافي أيضا : «عن بريد العجلي في حديث قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول رسول الله صلى الله عليه وآله : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، فسّر لي قال : فقال : كل امرأة أرضعت من لبن فحلها ولد امرأة أخرى من جارية 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 الصدوق .. إلخ.

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

(٥) الوسائل ، كتاب النكاح باب ٦ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث (٥) وتكملة الحديث بعد ذلك : وكل

امرأة أرضعت من لبن فحلين كانا لها

ويلحق : وطء الشبهة في نشر الحرمة بالصحيح على الأصح ، خلافا للحلي ، لتردده فيه ^(١) ولعله للأصل ، والاقتصار على المتيقن في اللحق به على النسب . ويدفعه . مضافا إلى دعوى الإجماع عليه المعتضد بالشهرة المستفيضة ومساواته له في أغلب الأحكام . إطلاقات أدلة الرضاع أو عمومها مع الاقتصار على المتيقن من الزنا في الخروج عنها وثبوت النسب بالشبهة واللبن عندهم يتبع النسب . هذا : إذا كانت الشبهة لهما . وإن اختصت بأحدهما اختص به حكمه ، لثبوت النسب بالنسبة إليه ، دون غيره ، واللبن يتبع النسب . فان اختصت بها دونه حرمت هي على الرضيع لكونها أما له ، وكذا بناتها نسبا ورضاعا من هذا اللبن ، لثبوت الاخوة بينهم بالفرض من الأم ، وكذا من غيره على قول الطبرسي ^(٢) .

واحدا بعد واحد من جارية أو غلام ، فان ذلك رضاع ليس بالرضاع الذي قال رسول الله (ص) يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، وانما هو من نسب ناحية الصهر رضاع ولا يحرم شيئا ، وليس هو سبب رضاع من ناحية لبن الفحولة فيحرم» .

(١) بل لعله جازم بالعدم ، حيث قال في السرائر في أوائل كتاب النكاح أثناء البحث عن المحرمات : «فأما عقد الشبهة ووطء الشبهة فعندنا لا ينشر الحرمة ولا يثبت به تحريم المصاهرة بحال . وانما أصحابنا رويوا : أنه يلحق به الولد ولا يحد 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 يكفي في نشر الحرمة

وبالجملة : تحرم عليه المرضعة وأصولها وفصولها وحاشيتها وحاشية أصولها ، دون فصول الحواشي ، ولا تنشر الحرمة لو كان أثنى بينها وبين الفحل بالرضاع ، وان حرمت عليه بالمصاهرة ، بناء على حصولها بالزنا السابق ، فبنتها من النسب تحرم عليه بالمصاهرة ، لكونها بنت موطوئته ولو بالفجور ، فتحرم بنتها 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 لبنه بنفسه لا تأثير له بعد بطلان النكاح بالنسبة إلى صاحبه ، فكأنه أرضعته بلبنها من غير فحل أو بلبنه من غير أمومة. وعليه فلا تحرم بنت الموطوءة رضاعا على الواطئ ، وان قلنا : بثبوت المصاهرة بالزنا لعدم تحقق الرضاع الناشئ. حتى ينزل منزلة النسب ، بل ولا تحرم عناوين النسب أيضا لذلك ، فلا تحرم المرضعة على الرضيع ، وان اختصت الشبهة بها دونه هذا : وهل يكتفى بالحمل ، في نشر الحرمة باللبن أو يعتبر فيه الولادة؟ قولان : نسب ثانيهما إلى الأكثر ، بل عن الخلاف والغنية

الرضاعية اتحاد المرضعة فقط ، أخذنا بعموم وإطلاق صدق الاخوة بين جميع الذين أرضعتهم من ألبانها وان كانت من فحول متعددة ، وقياسا على تحريم التناكح بمحض صدق الاخوة النسبية ، والحديث النبوي يقول : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب. ولكن رأيه هذا يصطدم بروايات صحيحة عن أهل البيت عليهم السلام تقيد ذلك بالإطلاق المدعى ، يراجع في تفصيل المسألة ما ذكر في المتن من الروايات.

والسرائر ودعوى الإجماع عليه^(١). ولعله الأقوى لذلك ، مضافا إلى الأصل بعد تقييد المطلقات . لو سلم كونها مسوقة لبيان ذلك . بما دل على التقييد بها في الأخبار المتقدمة. ودعوى ورود القيد مورد الغالب فلا يفيد تقييدا : ليست بأولى من حمل المطلقات عليه ، فيبقى 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 بالسقط 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 للفظ (امراتك) ونحوه في الأخبار على إرادة من يستحق نكاحه ، كما لا فرق بين كون المرضعة باقية في حبال الزوج أو بانت عنه بطلاق ونحوه. وإن طالت المدة ، ما لم تتجاوز عن الحولين ، ان اعتبرناهما في ولد المرضعة ، كما هو قول ، والا فمطلقا وإن طالت أحوالا ، مع استمرار اللبن فيها أو على عودته بعد انقطاعه ، لأصالة بقاء اللبن على ما كان يحال عليه ، بل وإن 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 أخريات كتاب النكاح ، باب الرضاع قوله : «ومن شروط تحريم الرضاع : أن يكون لبن ولادة ، لادر بدليل إجماع الطائفة» وفي السرائر لابن إدريس الحلبي أوائل 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 ، لان اللبن مما قد يزيد وينقص ، ولم يحدث ما يحال عليه ، فهو منسوب إلى الأول بل وان حملت منه ، مع استمرار اللبن وعدم حدوث زيادة فيه ، فهو منسوب إلى الأول أيضا ، للأصل حيث لم يعلم بتحدد ناقل عنه ، بل عن (التذكرة) : «لا نعلم فيه خلافا»^(١) ، بل وان حدثت فيه زيادة يمكن استنادها إلى الحمل للأصل مع الشك في الاستناد ، خلافا للشافعي في أحد قوليهِ : ان 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 بالاكْتفاء بالحمل ، وان 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 يتحدد 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 بتحدد في اللبن زيادة يمكن استنادها الى الحمل من الثاني فاللبن للأول أيضا قطع به في (التذكرة) استصحابا لما كان .. ونقل عن الشافعي في ذلك قولين أحدهما مثل قوله والآخر أنه ان زاد بعد أربعين يوما من الحمل للثاني ، فهو لهما عملا بالظاهر من ان الزيادة لسبب الحمل الثاني فيكون اللبن للزوجين وهذا قول ..»

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

أما . لو انقطع اللبن عن الأول انقطاعاً بيناً ، ثم عاد في وقت يمكن أن يكون للثاني ، فالمنسوب الى قطع الأصحاب كما في (المسالك) إنه يكون للثاني ، وعلله فيه بأنه لما انقطع ثم عاد كان سببه الحمل فأشبهه ما إذا نزل بعد الولادة ^(١) وهو جيد لانقطاع الأصل بانقطاعه عن الأول وبالحمل من الثاني يمكن استناده إليه والا حالة عليه ، . وحيث . فنشر الحرمة به وعدمه مبني على الخلاف المتقدم في الاكْتفاء 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 بيناً ثم يعود في وقت يمكن أن يكون للثاني فقد قطع المصنف والأصحاب بأنه يكون للثاني .»

(٢) في المصدر الآنف الذكر من التذكرة قال . في الرابع من من 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 بينا ثم عاد بعد الحمل الممكن فيه استناده إليه

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

والمراد به سن الفطام لا تحققه ، فلو ارتضع قبلهما بعده أو بعدهما قبله ^(٣) نشرت الحرمة في الأول ، ولم تنشر في الثاني ، بلا خلاف أجده فيهما ، الا ما يحكى عن ظاهر ابن أبي عقيل في الأول ^(٤) ، وعن صريح

وهذا التعليل ليس للمسالك ، وانما هو للتذكرة . كما مر عليك . وانما نقله المسالك عن التذكرة حرفيا بلا إشارة إلى قائله فيتصور سيدنا الماتن . قدس سره . أنه للمسالك نفسه 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 وبمضمونه .

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

(٤) هو الحسن بن علي بن أبي عقيل أبو محمد العماني الحذاء ، من أعلام القرن الرابع الهجري ومن أساتذة الشيخ المفيد . قدس سرهما .

الإسكافي في الثاني ^(١) ونفى عنه البعد في (الكفاية) ^(١) جمودا منهما 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» ^(٢). نعم يوافق قول الإسكافي خبر داود بن الحصين عن
أبي عبد الله عليه السلام «الرضاع بعد الحولين قبل أن يفطم يحرم» ^(٣) الا انه مرمي في
(التهذيب) بالشذوذ ، وموهون بإعراض الأصحاب عنه ، ولذا حمله في (الاستبصار) على
التقية.

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

(١) هو محمد بن أحمد بن الجنيد أبو علي الكاتب الإسكافي المتوفى في الري سنة ٣٨١ هـ. وهو ومعاصره ابن أبي
عقيل من قدماء الإمامية وأعظم الطائفة. وكثيرا ما كانا يخالفان فقهاء الإمامية في فتوَاهم 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 السنتان : يفسد ذلك بينهما؟ قال : لا يفسد ذلك بينهما لأنه رضاع بعد فطام وانما قال رسول الله - صَلَّى الله عليه وآله (لا رضاع بعد فطام) أي انه إذا تم للغلام سنتان أو الجارية ، فقد خرج من حد اللبن ولا يفسد بينه وبين من شرب لبنه»^(١). وعليه فلا تنشر الحرمة لو بلغه أحدهما فضلا عنهما ، وانما تنشر فيما لو وقع الرضاع في الحولين من سن المرتضع وولد المرضعة معا.

وفيه : أن المورد ليس من المطلق أو العام حتى يتمسك بإطلاقه أو عموميه ، وإن توهم ذلك من ورود النكرة في سياق للنفي ، بعد أن كان أمر الفطام دائرا بين اعتباره في المرتضع أو في ولد المرضعة ، بحيث لو تساوى الاحتمالان لكان مجملا لا عاما ، لأن النكرة المنفية هي لفظ الرضاع ، دون الفطام ، وعموم (لإرضاع) يتبع سعة المتعلق ، وتفسير ابن بكير . مع أنه اجتهد منه لا رواية معارض بما عن (الفقيه) في تفسيره : ان 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 الأفراد 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 فأمرور.

منها . أن يكون الرضاع بلبن واحد وهو معتبر بوجهين :

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

(١) المصدر المذكور ، حديث رقم (٦).

بهذا الوجه موضع وفاق. الا ممن يكتفي في التحريم بمسمى الرضاع أو الرضعة الواحدة ، وهو قول متروك . كما سيأتي . وتصويره كما قيل . إذا أرضعته امرأة بعض الرضعات بلبن فحل ثم تزوجت بآخر بعد مفارقتها الأول وأرضعته تنمة الكمية المعتبرة بلبن الثاني مع عدم تخلل المنافي برضاع أجنبي في المدة الواقعة بين الرضاعتين مع فرض تغذيته بالمأكول في تلك المدة فإن الرضاع . حينئذ . لا تأثير له في التحريم أصلا ، بل يعتبر في تأثير الرضاع اتحاد الفحل والمرضعة معا في الكمية المعتبرة بلا خلاف فيه .

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

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 المرتضعين وان نشرت بين كل منهما والمرضعة وصاحب لبنه .

ويدل عليه . مضافا الى الإجماعات المعتضدة بالشهرة المحصلة فضلا عن المستفيضة . صحيحة العجلي أو حسنته 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 ، وانما هو من نسب ناحية الصهر رضاع ولا يحرم شيئا ، وليس هو سبب رضاع من ناحية لبن الفحولة

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

خلافا للطبرسي فذهب الى 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 بالعجلي : هو بريد العجلي.

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

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

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

في الرضاع؟ قال قلت : كانوا يقولون : اللبن للفحل حتى جاءتهم الرواية عنك : انه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، فرجعوا الى قولك ، قال فقال لي : وذلك لان 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 محرما على ذلك الغلام؟ قال قلت بلى ، قال فقال أبو الحسن عليه السلام : فما بال الرضاع يحرم من قبل الفحل ولا يحرم من قبل الأمهات وانما حرم الله الرضاع من قبل الأمهات وان كان لبن الفحل أيضا يحرم^(١) التي لا تقاوم تلك الأدلة لإعراض الأصحاب عنها ، وموافقتها لمذهب العامة ، فهي محمولة على التقية ، حيث كان مذهبهم الفتوى بذلك ، على ما حكاه في (السرائر) حيث قال : «ان كان لأمه من الرضاع بنت من غير أبيه من الرضاع ، فهي أخته لأمه عند المخالفين من العامة لا يجوز له أن يتزوجها وقال أصحابنا الإمامية بأجمعهم : يحل له تزويجها لان الفحل غير الأب وبهذا فسروا قول الأئمة عليهم السلام في ظاهر النصوص وألفاظها المتواترة : أن اللبن للفحل ، يريدون : لبن فحل واحد»^(٢) انتهى .

فاذا ما عليه المشهور هو الأقوى ، وان كان الاحتياط لا ينبغي تركه إذ 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. واما إذا كان فحلا ولبنان فلا يحرم.

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

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

وأغرب منه موافقة الشارع له في (جامع المقاصد) ^(٢) ، حيث التفت إلى جهة الاشكال ، وأجاب بما يكون ردا على نفسه حيث قال في شرحه : «أطبق الأصحاب على أن حرمة الرضاع لا تثبت بين مرتضعين 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 العالي الكركي العاملي الملقب بالمحقق الثاني ، له كتب ومؤلفات فقهية وغير فقهية كثيرة ، وأهم كتبه الفقهية شرح قواعد العلامة في ست مجلدات المسمى ب (جامع المقاصد) طبع منها ثلاثة ، وبقي 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 وحكي لنا خلاف الطبرسي ، فعلى هذا لو كان لمن أرضعت صبيا أم من الرضاع لم تحرم تلك الأم على الصبي لأن نسبتها اليه بالجدودة انما يتحصل من رضاعه من مرضعته ورضاع مرضعته منها ، ومعلوم أن اللبن في الرضاعين ليس لفحل واحد ، فلا تثبت الجدودة بين المرتضع والأم المذكورة لانتفاء الشرط فينتفي التحريم. ومن هذا يعلم ، أن أختها من الرضاع وعمتها منه وخالتها منه لا يحرم ، وإن حرمن بالنسب ، لما قلناه من عدم اتحاد الفحل ، ولو كان المرتضع أنثى لم يحرم عليه أبو المرضعة من الرضاعة ولا أخوها منه ولا عمها منه ، ولا خالها منه ، لمثل ما قلناه ، فإن قيل : عموم قوله عليه السلام : «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» يقتضي التحريم هنا ، وأيضا فإنهم قد أطلقوا على مرضعة المرضعة أنها أم ، وعلى المرتضعة بلبن أبي المرتضع : أنها أخت ، فتكون الأولى جدة ، والثانية خالة ، فيندرجان في عموم التحريم للجدة والخالة ، وكذا البواقي ، قلنا : الدال على اعتبار اتحاد الفحل خاص ، فلا حجة في العام . حينئذ . وأما الإطلاق المذكور فلا اعتبار به مع فقد الشرط ، فإنهم أطلقوا على المرتضع أنه ابن للمرضعة ، وعلى المرتضعة منها بلبن فحل آخر : أنها بنت لها أيضا ، ولم يحكموا بالاخوة المثمرة للتحريم بين البنت والابن لعدم اتحاد الفحل» انتهى.

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

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

قد صرحنا بتحريم أخت المرضعة على المرتضع إذا ارتضعتا من لبن فحل واحد ، ومن المعلوم أن لبن ارتضاع المرضعة مغاير للبن المرتضع منها بالفحولة. وبالجملية : فشرط اتحاد الفحل بهذا الوجه بناء على اعتباره لم يعتبر إلا في تحقق عنوان الاخوة بين المرتضعين 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 يمتلئ بطن الصبي ويتضلع ، خلافا لمعظم أهل الخلاف في الأول ، فاكتفوا في النشر بمسماه ، وإن قل ، كأبي حنيفة وأصحابه ومالك والأوزاعي والثوري والبخاري والليث بن سعد . على ما حكى عنهم . بل عن الأخير دعوى إجماع أهل العلم على نشر الحرمة بمثل ما يفطر به الصائم ، راوين الفتوى بذلك عن علي عليه السلام ، وابن عباس وابن عمر ، مستندين إلى إطلاقات أدلة الرضاع من الكتاب والسنة.

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

فلا بأس بذلك» وأما موثقة عمار الساباطي التي سميت بالموثقة لأجله من حيث كونه فطحيا فهي : «قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن غلام رضع من امرأة ، أيجل له أن يتزوج أختها لأبيها من الرضاع؟ فقال : لا ، فقد رضعا جميعا 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 ، فاختلف الفحلان ، فلا بأس» كلاهما في الوسائل باب ٦ من أبواب الرضاع المحرم.

(١) أي : من شروط الرضاع المحرم ، عطفنا 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 يحكى عن المصري في (دعائم الإسلام) ^(١) انه روى عن أمير المؤمنين عليه السلام : أنه قال : «يحرم من الرضاع كبيره وقليله حتى المصصة الواحدة» ثم قال : وهذا قول بين صوابه لمن تدبره وقوله عليه السلام «لأن الله تعالى يقول **وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ**» والرضاع على القليل والكثير . ويوافقه مكاتبه علي بن مهزيار لأبي الحسن عليه السلام : «يسأله عما يحرم من الرضاع؟ فكتب إليه قليله وكثيره حرام» ^(٢).

وللإسكافي منافي الثاني . فيما حكى عنه . أنه قال : «قد اختلفت الرواية من الوجهين جميعا في قدر الرضاع المحرم ، الا ان الذي أوجبه الفقه عندي واحتياط المرء لنفسه : أنه كلما وقع عليه اسم رضعة وهي ملاء بطن الصبي أما بالمص أو الوجور محرم للنكاح» . ولعله نظرا منه الى ما ورد في الضعيف . برجال العامة والزيدية . «عن زيد بن علي عن آبائه عن علي عليه السلام : انه قال : الرضعة الواحدة كالمائة رضعة لا تحل له أبدا» ^(٣) والقوي : «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).

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

(٢) المصدر نفسه حديث (١٢).

ينبت اللحم والدم هو الذي يرضع حتى يمتلىء ويتضلع»^(١) والحسن المضمّر : «سألتها عما يحرم من الرضاع قال إذا رضع حتى تمتلىء 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 التحريم ، والروايات المتقدمة . مع ضعف سندها ، وعدم العمل بها ، واحتمال بعضها لبيان كمية الرضعة المحتسبة بالتقدير بالعدد . لا تقاوم النصوص المستفيضة . بل المتواترة معنى على اعتبار التقدير لما لا يكون ذلك منه . كما ستعرف . بل وصريح بعضها عدم الاكتفاء بالرضعة أو الرضعتين المعتضدة بالإجماعات المحكية عن (الخلاف) (وتنجح الحق) ومواضع من التذكرة.

ثم ان الكمية المعتبرة عندنا لها تقديرات ثلاثة : بحسب الأثر والزمان والعدد . أما الأول ، فهو ما أنبت اللحم وشدّ العظم . ويدل عليه . مضافا إلى الإجماعات المستفيضة المحكية عن التذكرة والإيضاح والمسالك وتلخيص الخلاف وغيرها المعتضدة بنفي الخلاف عنه في كلام جماعة . ما استفاد عن الصادق عليه السلام : من التحديد بذلك في الصحيح : «ما يحرم من الرضاع ، الا ما أنبت اللحم وشدّ العظم»^(٣) والصحيح : «قلت :

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

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

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

فما الذي يحرم من الرضاع؟ فقال ما أنبت اللحم والدم» ^(١) وصحيحة علي بن رثاب قال قلت : ما يحرم من الرضاع؟ قال ما أنبت اللحم وشد العظم ، قلت فيحرم عشر رضعات؟ قال : لا ، لأنه لا ينبت اللحم ولا يشد العظم عشر رضعات» ^(٢) والحسن : «لا يحرم من الرضاع الا ما أنبت اللحم والدم» ^(٣) ومرسلة ابن أبي عمير التي هي بحكم الصحيحة : «والرضاع الذي ينبت اللحم والدم هو الذي يرضع حتى يتضلع ويتملاً وينتهي من نفسه» ^(٤).

والخبر : «قلت له يحرم من الرضاع الرضعة والرضعتان والثلاث؟ فقال : لا الا ما اشتد عليه العظم وأنبت اللحم» ^(٥).

وخبر هارون بن مسلم : «عن أبي عبد الله عليه السلام : «لا يحرم من الرضاع الا ما شد العظم وأنبت اللحم ، فأما الرضعة والرضعتان والثلاث . حتى بلغ عشرة . إذا كن متفرقات فلا بأس» ^(٦) وخبر عبيد ابن زرارة : «عن أبي عبد الله عليه السلام : سألته عن الرضاع ما أدنى

(١) بهذا المضمون تقريباً باب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث (٢).

(٢) باب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع من نكاح الوسائل حديث رقم (٢) الرواية عن أبي عبد الله عليه السلام.

(٣) المصدر نفسه باب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث (١) وهي حسنة حماد بن عثمان عنه عليه السلام.

(٤) المصدر نفسه باب ٤ حديث (٢).

(٥) المصدر نفسه باب ٢ حديث (٢٣) الحديث عن عبد الله بن سنان عن أبي الحسن عليه السلام.

(٦) المصدر نفسه باب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث (١٩).

ما يحرم منه؟ قال : ما أنبت اللحم والدم ، ثم قال : ترى واحدة ينبته؟ فقال : لا ، فقلت : اثنتان . 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 أيضا : «في حديث إلى أن قال . : فما الذي يحرم من الرضاع؟ فقال ما أنبت اللحم والدم فقلت : وما الذي ينبت اللحم والدم؟ فقال كان يقال عشر رضعات ، قلت : فهل يحرم عشر رضعات؟ فقال : دع ذا ، ما يحرم من النسب فهو يحرم من الرضاع» ^(٢).

إلى غير ذلك من النصوص ، ولا يضر احتمال بعضها على الدم يدل العظم ، سيما بناء على إرادة الغريزي منه وهو الذي ينسب إليه الإنبات لا الذي يستحيل اليه الغذاء في الكبد قبل الانتشار منه الى 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 أيضا ان اعتبرنا التأثير فيهما . كما هو الأقوى . لكونه مقتضى الجمع بين النصوص

(١) المصدر نفسه ، باب ٢ حديث (٢١).

(٢) المصدر نفسه ، حديث (١٨) . وهي صحيحة عبيدة ،

(٣) هذه نص عبارة (كشف اللثام في شرح قواعد الأحكام) للشيخ بهاء الدين محمد بن الحسن بن محمد الأصبهاني المشهور بالفاضل الهندي المتوفى في أصفهان سنة ١١٣٧ هـ . والمدفون فيها . وقد وردت في بيان كمية الرضعة المحرمة التي تقدر بواحدة من ثلاث : إما العدد أو إنبات اللحم أو اشتداد العظم . وأول الجملة هكذا . بعد استعراض روايات الباب . : «والمراد بالدم فيهما . أي في حسنة حماد وصحيحة عبيدة . الغريزي ، وهو الذي ينسب إليه الإنبات ..»

ثم الظاهر منها إرادة فعلية النبت لا أهلية الإنبات. فلو منع عنه مانع لمرض ونحوه لم تنشر الحرمة مع احتمالها ، وهو الأحوط ، كما أن الظاهر أيضا 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 تخلفا عنه بأن حصل ، ولما يكمل العدد أو الزمان فيكونان مرجعين ما لم يحرز عدمه ، خلافا لجماعة فاعتبروها أصولا وأسبابا متعددة للتحريم بحيث لو انفرد كل منها عن أخويه نشرت الحرمة ، والآخرين فاعتبروا العدد أصلا ، وظاهر النصوص هو الأول.

هذا وربما يقال : ان 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 بتوسط العروق الماساريقا الى الكبد ، وتبقى فضله في قعر المعدة ، ثم ينضج في الكبد وتطبخه طبخا ثانيا ، فننوعه إلى أربعة أنواع ، تعلوها رغو صافية متلونة بالصفرة ، سميت صفراء ، وعاءها المرارة ، ورسوبها السوداء متلون بالسوداء المشوب بالخرصة ، وعاءه الطحال وما بينهما ، لا بمرتبة الرغو في الصفرة ولا بمرتبة السوداء في الرسوب ، هو الدم والبلغم ، فما رق منه وتم نضجه تلون بالحرمة ، وهو الدم ، وما لم يتم هو البلغم ولا وعاء لهما فينشر الدم مصاحبا للبلغم إلى أعضاء البدن ، فيتخلف بدلا عما تحلل من البدن ، فان انقطع المدد عن الدم من الغذاء مدة بحيث لا يمكن استحالاته بدلا عما تحلل ، تخلف البلغم حينئذ عن الدم بعد تلونه بلونه في التحليل الى ما يكون بدلا عما تحلل ، حتى يأتيه المدد ، فالدم الحاصل من الغذاء . وان قل . هو الناشر الى البدن ويأخذ كل ذي قسط قسطه ، ويكون بدلا لما

تخلل 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 موازيا لما يحصل بالعدد أو الزمان ، إذ ليس موضوع الحكم هنا إلا كسائر موضوعات الأحكام الشرعية المبتنية على الصدق العرفي دون المدافاة 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 السلامة لا يثبت بها النمو الذي هو شرط التحريم.

هذا والمرجع في تحقيقه 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 بتحقيقه معترف بانفراده به حيث قال فيه : «وللعلم بالأثر طريقان : أحدهما الرجوع إلى قول أهل الخبرة . إلى أن قال . وثانيهما أن يتحقق الرضاع مدة طويلة كشهرين أو ثلاثة . مثلا . مع اختلال شرط الزمان والعدد ، كما إذا كانت الرضعات ناقصة واشترطنا الكمال في المدة كالعدد أو تحقق الفصل في المدة قبل إكمال العدة ، وقلنا : بعدم اشتراط التوالي في 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 المجموع يبلغ الحد المعتبر ، وان تخلل بين النموات الحاصلة من الرضعات نموات حاصلة من غيرها ، لعدم اعتبار التوالي في التقدير بالأثر.

وفيه : ان ذلك انما يتم بعد إحراز مقدمتين : حدوث النمو بكل من الرضعات لينضم بعضه إلى بعض ، وهو ممنوع لاحتمال فساده في مرتبة من مراتب الطبخ ، والنضج 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 الى أن يبلغ المجموع القدر المعتبر ، وهو ممنوع أيضا ، لأن البدن يتحلل منه ويتخلف 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 يرتضع كلما يحتاج إليه الصبي حتى يرتوي ، ويصدر بنفسه ، تنزيلا للرضعة والرضاع في الأخبار على المتعارف ، وقوله (ع) : في رسالة ابن أبي عمير :

(١) قال . قدس سره . في كتاب النكاح في عرض كلامه عن شروط الرضاع المحرم تحت عنوان الشرط الثاني . الكمية . : «وكيف كان ، فللعلم بالأثر طريقان ...».

(٢) أى من شروط المرتضع ، فالشرط الأول . كما مر آنفا . هو المشار إليه بقوله : أن يكون سنه دون الحولين ..

«الرضاع الذي ينبت اللحم والدم هو الذي يرضع حتى يتملى ويتضلع وينتهي بنفسه»^(١) كخبر ابن أبي يعفور : «سألته عما يحرم من الرضاع؟ قال : إذا رضع حتى يتملىء بطنه فان ذلك ينبت اللحم والدم وذلك الذي يحرم»^(٢) بناء على اعتباره كذلك في الكشف بالعدد أو الزمان عن الأثر ، ولو تعبدا ، والا فلو تحقق الأثر بغيرهما كفى في التحريم. ويدل على التحريم بهذا التقدير . بعد الإجماع المستفيض نقله ، المعتضد بدعوى الاتفاق عليه من غير واحد . موثقة زياد بن سودة : «قلت لأبي جعفر عليه السلام : هل للرضاع حد يؤخذ به؟ قال : لا يحرم الرضاع أقل من رضاع يوم وليلة أو خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد لم يفصل بينهما رضعة امرأة غيرها ، فلو ان امرأة أرضعت غلاما أو جارية عشر رضعات من لبن فحل واحد وأرضعتها امرأة أخرى من لبن فحل آخر عشر رضعات ، لم يحرم نكاحهما»^(٣) وضعف السند . مع أن الموثقة حجة . مجبور بعمل الطائفة بها فيه^(٤) وان عورض في العدد بروايات أخر . وما عن (المقنع) : انه «سئل الصادق عليه السلام : هل لذلك حد؟ فقال : لا يحرم من الرضاع الإرضاع يوم وليلة أو خمس عشرة

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

(٢) المصدر نفسه حديث رقم (١).

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

(٤) أي بالموثقة في التقدير بالزمان.

رضعة متواليات لا يفصل بينهما»^(١).

والظاهر 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 مما عليه عمل العصابة ، دون كل ما روي ، فإنه مختلف : ما أنبت اللحم وقوى العظم وهو رضاع ثلاثة أيام متواليات أو عشر رضعات متواليات محررات مرويات بلبن الفحل» وبخمس عشرة يوما في مرسل الصدوق . المحكية عن (هدياته) : «أنه سئل الصادق عليه السلام : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب؟» «ولا يحرم من الرضاع الإرضاع خمسة عشر يوما ولياليهن وليس بينهما رضاع»^(٢) لإعراض الأصحاب عنهما ، وتطرق الموهنات عليهما مع احتمال قطع الحديث على النسب في الثاني ، فيكون الباقي فتوى منه ، ولا موافق له عليه حينئذ.

ولا التحديد بسنة في صحيح علاء بن رزين عن الصادق (ع) : «سألته عن الرضاع ، فقال : لا يحرم من الرضاع إلا ما ارتضع من ثدي واحد سنة»^(٣) وإن صح سنده إلا أنه متروك العمل به معرض عنه ، مع اشتماله على اعتبار وحدة الثدي المعلوم عدمه ، إلا أن يكون كناية عن وحدة المرضعة ، فيجب طرحه ، أو تصحيفه بالضم والتشديد 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 وشدّ 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) أيضا : «سألته عن الرضاع؟ فقال : لا يحرم من الرضاع الا ما ارتضعنا من ثدي واحد حولين كاملين» ^(٢) بناء على إرادة حولي المرتضع المعتبر فيهما وقوع الرضاع ، ولا فرق في اليوم أو الليلة بين الطويل منهما والقصير . لانجباره ابدا بالآخر . كيف ولو اعتبر التساوي بينهما وجب حمل الآخر على يومي الاعتدال ، وما يقرب منهما في السنة ، وهو . مع بعده . ينافي كونه علامة . نعم في الاكتفاء بالتلفيق . لو وقع في أثناء أحدهما لحصول المعنى أو وجوب الاحتساب من أولهما للأصل مع الاقتصار على المتيقن في الخروج عنه . قولان : اختار ثانيهما جدنا في (الرياض) تبعا لجماعة ، ولعل الأول هو الأقوى والأقرب الى 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 الاعداد ، على قولين :

بين قائل بال عشر ونسب ذلك إلى مشهور القدماء منهم : المفيد وابن أبي عقيل والمرتضى وسلاز وابن البراج وأبي الصلاح وابن حمزة . على ما حكى عنهم . وهو المحكى عن المختلف والإيضاح ، واستقر به في اللمعة ، وهو أحد قولي ابن إدريس حيث قال : في أول النكاح من السرائر : «المحرّم 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 المرتضع ، وهي الأثر ، والزمان ، والعدد : المشار اليه . الآن .

أصحابنا الى خمس عشرة رضعة ، معتمدا على خير واحد ، ورواية عمار بن موسى الساباطي ، وهو فطحي المذهب مخالف للحق ، مع أنا قد قدمنا أن أخبار الآحاد لا يعمل بها ولو رواها العدل ، فالأول مذهب السيد المرتضى وخيرته وشيخنا المفيد ، والثاني خيرة شيخنا أبي جعفر الطوسي والأول هو الأظهر الذي يقتضيه أصول المذهب»^(١) وان قال . في أول باب الرضاع . : «الذي يحرم من الرضاع ما أنبت اللحم وشد العظم على ما قدمناه ، فان علم ذلك ، والا كان الاعتبار بخمس عشرة رضعة على الأظهر من الأقوال ، وقد حكينا الخلاف فيما مضى إلا أنا اخترنا هناك التحريم بعشر رضعات ، وقويناه ، والذي أفق به وأعمل عليه الخمس عشرة رضعة لأن العموم قد خصصه جميع أصحابنا المحصلين والأصل الإباحة والتحريم طارئ ، فالإجماع من الكل يحرم بخمس عشرة رضعة ، فالتمسك بالإجماع أولى وأظهر فان الحق أحق أن يتبع» انتهى . وهذا منه يدل على اضطرابه في المسألة :

وبين قائل بالخمس عشرة ، وهو خيرة الشيخ والعلامة في التذكرة والإرشاد والتبصرة والتلخيص ، وظاهر القواعد والتحرير والشرائع ، بل اختلفت كلماتهم في الأشهر من القولين : فعن المختلف والمقتصر ، وغاية المرام ونهاية السيد : ان العشر هو قول الأكثر ، وفي (الروضة) نسبته إلى المعظم ، وعن التذكرة وزبدة البيان ، والمفاتيح : أن المشهور هو الخمس

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

عشرة : وعزاه في (كنز العرفان) إلى الأكثر ، وفي (كنز الفوائد) إلى عامة المتأخرين ، وفي المسالك : إلى أكثرهم ، قال : «وأكثر القدماء على القول بالعشر» ودفع بذلك للتنافي بين كلامي العلامة في المختلف والتذكرة.

ومنشأ هذا الاختلاف اختلاف الأخبار في ذلك : فمن ذهب إلى العشر استدل . بعد العمومات . بروايات منها : رواية فضيل بن يسار : «عن الباقر عليه السلام قال : لا يحرم من الرضاع الا المخبور ، قلت : وما المخبور؟ قال أم تربي أو ضئر تستأجر أو أمة تشتري ، ثم ترضع عشر رضعات يروى الصبي وينام» ^(١) ومنها : الموثق عن عمر بن يزيد قال : «سألت الصادق عليه السلام عن الغلام يرضع الرضعة والثنتين؟ فقال : لا يحرم ، فعددت عليه حتى أكملت عشر رضعات ، قال إذا كانت متفرقة فلا» ^(٢) ومنها خبر هارون بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام : «لا يحرم من الرضاع الا ما شد العظم وأنبت اللحم فأما الرضعة والرضعتان والثلاث حتى بلغ عشرا إذا كن متفرقات فلا بأس» ^(٣) ومنها خبر عبيد ابن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «سألته عن الرضاع ما ادنى ما يحرم منه؟ قال : ما أنبت اللحم والدم . ثم قال . ترى واحدة ينبته؟ فقال : لا ، فقلت : اثنتان . أصلحك الله . فقال : لا ، قال :

(١) الوسائل ، كتاب النكاح باب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث رقم (١١) باختلاف بسيط في بعض كلمات الحديث.

(٢) المصدر الآنف ذكره حديث رقم (٥)

(٣) المصدر الآنف الذكر حديثان : رقم ٩ و ١٩ منه ، وفي كل منهما هارون عن مسعدة بن زياد العبدي.

فلم أزل 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 يحرم من النسب فهو يحرم من الرضاع» ^(٢).

ومن ذهب الى الخمس عشرة استدلت بروايات : منها موثقة ابن سوقة المتقدمة . ومنها موثقة عبيد بن زرارة «عن أبي عبد الله عليه السلام : قال سمعته يقول : عشر رضعات لا يحرم شيئا» ^(٣) ونحوه خبر ابن بكير عنه أيضا ^(٤) ومنها : صحيحة علي بن رثاب 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 مرسل (المقنع) المتقدمة في التقدير بالزمان.

والأحسن في الجمع بين أخبار القولين . مع معارضتها ببعضها الدال على العشر بالمفهوم الذي لا يقاوم المنطوق في المعارضة والحصر في رواية فضيل المعلوم عدم اختصاص التحريم بما فيها مع اشتغال سنده على محمد بن سنان المجروح عند الأكثر ، والتعليل بعدم الإنبات بالعشرة في صحيحة ابن رثاب ، الموجب لتقديم الخبر المعلن على غيره ، مع أقوائه سنده.

(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 التقية ، كما يشعر به ، بل يومئ إليه نسبته إلى قائل في قوله : « كان يقال » في خبر عبيد بن زرارة ، سيما قوله فيه : « دع ذا » والجواب بما لا يطابق سؤاله ، وليس إلا الاعراض عن بيان عدم النشر بالعشر ، بذكر جملة أخرى على التقية ، فإذا بطل النشر بالعشر انحصر العدد المحرم بخمس عشرة ، إذ لا قائل بالتحريم فيما بينهما من العدد ، والخمسة عشر مع دلالة النص عليه إجماعي ، بل لا خلاف في التحريم به . ثم انه يعتبر في العدد : التوالي ، بمعنى عدم تخلل رضعة من امرأة أخرى ، إجماعا ، وللموثقة المتقدمة المصراحة به ، وبتفسيره ، وبذلك فلا يقدح تخلل غيرها من المأكول وغيره للأصل ، ولتفسيره في النص بما عرفت .

وفي اختصاص القدح بتخلل الكاملة منها ، لوحدة المراد منها ومن الرضعة المعتبرة في العدد بحسب السياق بعد تنزيلها على التعارف ، أو يعمها والناقصة أيضا ، فيقدح تخلل مسماها 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 للتقييد به في الموثقة ، والا ، لا اختص القدح بما فسر به مع ظهور تخصيص التقييد به بالجملة الأخيرة ، بل لأن ذلك مقتضى انطباق الرضاع في المدة المزبورة .

وتقييده بامرأة واحدة من لبن فحل واحد :

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

ارتضع ما دون العدد من مرضعة ، وارتضع المكمل كذلك من غيرها ، لم تنشر الحرمة ، وان اتحد الفحل ، لعدم صيرورته بذلك أبا ، ولا المرضعات أمهات لانتفاء الشرط الموجب لانتفاء المشروط ، بخلاف ما لو ارتضع من واحدة تمام القدر من لبن فحل ، ومن أخرى دونه من ذلك اللبن أيضا ، تحققت الأبوة للفحل ، والأمومة للأولى ، لوجود شرط التحريم ، ولم يتحقق الأمومة للثانية ، لفقد الشرط. وان حرمت على المرتضع لو كان ذكرا لا لكونها أمه ، بل لكونها منكوحه 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 أثناءه ، احتيج 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 يرتضع 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 بالمدة ، 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 التغذية 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 الإسكافي والشيخ في المحكي عن موضع من (مبسوطه) ، دون المواضع الأخر فاكثفيا بالوجور ، ولعله (للمرسل) عن الصادق عليه السلام : «وجوز الصبي اللبن بمنزلة الرضاع»^(١) الموهون . مع إرساله . بإعراض الأصحاب عنه ، واحتمال إرادة التغذية في المنزل و (لدعوى) شمول الرضاع له ، فيدخل تحت إطلاقات أدلة التحريم بالرضاع ، الممنوع صدقها عليه بحكم العرف ، وتبادر الغير منه ، (ولحصول) الإنبات الموجب للتحريم به ، فيحكم بوجود المعلول بعد وجود علته ، وهو مسلم ان كانت العلة مطلق النشوء لا النشوء الخاص الحاصل من الرضاع المتبادر منه غيره ، مع كونها من العلة المستنبطة التي لا تعويل عليها ، لاحتمال أن يكون الرضاع مدخلية في التحريم 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 فضلا 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).

المتعارف ، فضلا 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 يخرج 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 التحريم بالرضاع بين سبقه على النكاح أو لحوقه له ، فكما يبطل به النكاح ابتداء ، يبطل به استدامة من غير خلاف أجده فيه ، بل الإجماع . بقسميه . عليه.

مضافا الى إطلاق أدلة الرضاع الشاملة للتحريم به حدوثا ودواما وخصوص الخبرين المتقدمين : صحيحة الحلبي أو حسنته عن أبي عبد الله عليه السلام : «قال لو أن رجلا تزوج جارية رضية فأرضعتها امرأته فسد نكاحه» والآخر بهذا الاسناد عنه أيضا : «في رجل تزوج جارية صغيرة فأرضعتها امرأته أو أم ولده؟ قال : تحرم عليه». ولأن العنوان المتحقق به مثل النسب لا يمكن فرض جواز النكاح معه وتحققه مما يترتب على وقوعه قهرا من دون تخلف فيه ، وترتب الحكم على العنوان الحاصل به ضروري لا يدانيه شك ولا شبهة من غير فرق بين كون التحريم بالرضاع أو بالمصاهرة بعد تنزيل الرضاع فيها منزلة النسب . كما تقدم.

الأول : لو كانت له زوجة صغيرة فأرضعتها من يفسد نكاحها بالرضاع كأمه وجدته وأخته وزوجة الأب والأخ إذا كان بلبنهما ، فإنه يفسد نكاحها . حينئذ . لصيرورتها أختا أو عممة أو خالة على الأولين ، وبنت أخت على الثالث وأختا أو بنت أخ على الأخيرين ، فيبطل به لا حقا كما يبطل به سابقا ، لما عرفت من تضافر النصوص والفتاوى بذلك

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

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

ويحتمل التشطير ، لأنه فسخ قبل الدخول فأشبهه بالطلاق المنصّف 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 وتعتد زوجته حين الارتداد عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته . وإن تأخر قتله فتأب لا تسقط هذه الأحكام بتوبته لكنها مفيدة لطهارة بدنه وصحة عباداته وتملكه الجديد . وأما المرتد عن غير فطرة ، بل عن ملة بأن كان كافراً فأسلم ثم ارتد ، فيستتاب عدة مرات ، فإن تاب ، وإلا قتل في الرابعة وتعتد زوجته عدة الطلاق ، فإن تاب في العدة رجعت الزوجية ، وإن بانث منه ، ولا تقسم أمواله إلا بعد القتل . عن رسالة الأحكام لسيدنا الوالد . قدس سره . وفي الحديث عن أهل البيت عليهم السلام : «كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الإسلام وحده محمد (ص) بنبوته» وكذبه ، فإن دمه مباح لكل من سمع ذلك منه ، وامراته بائنة منه فلا تقربه ويقسم ماله على ورثته وتعتد امرأته عدة المتوفى عنها زوجها وعلى الامام 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 انما 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 متمولة وإن قوبلت أحيانا 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 عليها بما يغرم لها ، لو قلنا بعدمه للضرر الوارد عليه من قبلها.

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

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

لا يقال : ان دفع الزيادة انما كان بإزاء المعوض من البضع ، ولو لخصوصية دعتة اليه ، 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 بدون 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 عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ**»^(١).

وفيه : وضوح الفرق بين المقام المستلزم لصدق الإلتلاف 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 أضرت به أو أتلفته عليه ، ولو اشتركا في السبب ، فستعرف الكلام فيه ان شاء الله.

الثاني : لو كان له زوجتان : كبيرة ، وصغيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة . حرمت الكبيرة مؤبدا ، لأنها صارت أم زوجته ، وأم الزوجة محرمة أبدا ، والصغيرة كذلك ، ان كان الرضاع بلبنة أو لم يكن ولكن دخل بها ، لأنها على الأول بنته ، وعلى الثاني ربيبته التي دخل بأمرها ، وكل منهما لا ينفك التحريم عنه ، وان لم يدخل بها انفسخ به نكاح الصغيرة أيضا ، لامتناع نكاح الأم وبنتها ، وإبطال أحدهما بالخصوص ترجيح بلا

(١) فقرة من آية (٩١) من سورة التوبة ، وتام الآية هكذا : «**لَيْسَ عَلَى الضَّعْفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنْفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ ، مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ**» أي ما عليهم سبيل بالحجة والعقوبة والمؤاخاة بحكم إحسانهم وتفضلهم.

مرجح ، فكان كما لو عقد عليهما دفعة ، من غير فرق في البطالان بين الحدوث والدوام ، وجاز له تجديد العقد عليها ، لأنها حينئذ ربيبة لم يدخل بأمرها ، ومثلها يجوز العقد عليها .
ويدل عليه ما تقدم : من النص ^(١) وخبر علي بن مهزيار : «عن أبي جعفر عليه السلام ، قال قيل له : ان رجلا تزوج بجارية صغيرة فأرضعتها امرأته ، ثم أرضعتها امرأته الأخرى ، فقال ابن شبرمة : حرمت عليه الجارية وامراتاه ، فقال أبو جعفر عليه السلام : أخطأ ابن شبرمة ، تحرم عليه الجارية وامراته التي أرضعتها أولا ، فأما الأخيرة فإنها لا تحرم عليه ، لأنها أرضعتها وهي بنته» ^(٢).

وهذه النصوص كافية في إثبات المدعى : من إبطال النكاح السابق بالرضاع اللاحق .
وضعف سند الأخير ^(٣) واشتماله على ما يمكن المناقشة فيه على التخطئة في تحريم الثانية لكونها مرضعة لبنته دون زوجته لبيئونها بإرضاع الأولى بتقريب : أنه انما يتم بناء على اعتبار فعلية الزوجة في تحريم أمها على الزوج ، وهو ممنوع ، بل يكفي في التحريم كونها أم امرأته ولو كانت زوجة بمنع اعتبار التلبس بالمبدء في قوله تعالى «وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ» كما

(١) إشارة إلى صحيحة الحلبي : «لو أن رجلا تزوج جارية رضيعة فأرضعتها امرأته فسد نكاحه» وخبره الآخر : «رجل تزوج جارية صغيرة فأرضعتها امرأته أو أم ولده قال تحرم عليه».

(٢) الوسائل ، كتاب النكاح باب ١٤ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث (١) والخبر في غير مورد المسألة ، ولكنه شامل لها بالانطباق .

(٣) وهو خبر ابن مهزيار ، فان في طريقه صالح بن أبي حماد وهو ضعيف لدى علماء الرجال .

ستعرف الكلام فيه في الفرع الآتي.

لا يضر بعد الجبر ، والعمل بمضمونه في إثبات المدعى لتصريحه بانفساخ نكاح الصغيرة ، والأولى من المرضعتين.

وبالجملة : لا إشكال في حكم المسألة بعد وضوح مدرکها : من تطابق النصوص والفتاوى عليه.

فلا يلتفت إلى ما عسى أن يقال على تحريم الكبيرة مؤبدا لصيرورتها بالإرضاع أم الزوجة : بأنه بمجرد صدق الأمية والبنية يتحقق انفساخ النكاح ، فيستحيل صدق أمية الزوجة فعلا ، ضرورة استلزام صدق الأمية فسخ الزوجية ، لأنه أول آتات صدق البنية.

أو يقال على انفساخ نكاح الصغيرة أيضا ، مع عدم الدخول بأمرها المرضعة بعدم الموجب لانفساخ نكاحها ، مع اقتضاء الأصل بقاءه واختصاص الأم بالانفساخ بناء على تعميم الزوجة لمن كانت زوجة ^(١) لتحقق سبب التحريم فيها وإبقاء الريبة على عقدتها الأول من غير حاجة إلى تجديد العقد عليها لصحة نكاح الريبة ، مع عدم الدخول بأمرها ، وإن عقد عليها أولا ، ثم انفسخ عقدتها ، ولا يقاس المقام بالعقد على الأم وبنيتها دفعة لعدم التأثير في كل من العقدين 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 بأمرها ، فتكون الأم . على هذا . مشمولة لقوله تعالى :
 . في تعداد المحرمات من النساء . «وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ» فتحرم : وذلك على اختيار أن المشتق حقيقة في الأعم مما
 تلبس بالمبدل بالفعل وفيما انقضی عنه المبدء وتلبس بالفعل بغيره.
 (٢) تلك النصوص المشار إليها أنفا من خبر ابن مهزيار وغيره.

أولاً : أنه يكفي في التحريم المؤبد صدق الأمية ، ولو على من كانت زوجة على المشهور شهرة عظيمة ، وثانياً إن مرتبة انفساخ الزوجية متأخرة طبعاً عن مرتبة صدق الأمية والبنية ، لأنها معلولة ، والمعلول متأخر عن العلة بالذات ، وإن اقترنا بالزمان ، وهذا القدر من التأخر - ولو طبعاً - كاف في تحقق سبب التحريم. والثاني منهما : بأن المانع هو امتناع اتحاد زمان زوجية الأم وبنيتها ، وهو كما يمنع عن تأثير العقدين ابتداء كذلك يمنع عن دوام أثرهما ، وبعد الانفساخ لا مانع عن تجديد العقد على البنت ما لم يدخل بأمرها.

هذا : وقد تقدم الكلام في ما يتعلق بثبوت مهر الصغيرة حينئذ وسقوطه مطلقاً ، أو على التفصيل المتقدم ، وأما الكبيرة ، فيثبت مهرها بعد الدخول مطلقاً وقبله أيضاً ، إن لم يكن الفسخ من قبلها ، وإلا فيسقط كله 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 يبعد رجوعها على الصغيرة في مالها بما تضررت بالإحسان عليها. ولو استند التحريم إلى فعليهما ، بأن كان السبب المحرم مشتركاً بينهما كأن أرضعتها الكبيرة مختارة عشر رضعات ، ثم انفردت الصغيرة بخمسة آخر من غير شعور الكبيرة بناء على التحريم بالخمس عشرة.

يحتمل الحوالة في التحريم على الأخير ، فتكون العشرة حينئذ شرطاً في تحقق التحريم بالأخير ، وعليه فحكم الكبيرة حكم النائمة في إرضاعاتها العشر التي تثبت مهرها ، لعدم كون الفسخ من قبلها ، فتكون حكم الصغيرة كما لو انفردت في تمام العدد في سقوط مهرها.

ويحتمل التقسيط ، ولعله الأقوى ، لأن للسبب مركب من آحاد العدد

فكل منها جزء منه ، فيسقط من الكبيرة ثلثا مهرها بفعلها ، ويثبت لها الثلث ، ان لم نقل بالتشطير للفرقة قبل الدخول ، ويسقط الباقي أيضا بالفرقة ، ان قلنا به ، لأنه أقل من النصف الساقط بها ، ويسقط من الصغيرة بفعلها الثلث ويثبت لها الثلثان على الزوج ، ان لم نقل بالتشطير وان قلنا به فيثبت لها عليه السدس ، لسقوط الثلث بفعلها والنصف بالفرقة فيسلم السدس لها من المهر.

ويحتمل العكس في ترتيب التقسيط على التشطير : بتقديم السقوط بالفرقة على السقوط بالفعل ، وحينئذ فيسقط من مهر الصغيرة النصف بالفرقة ثم الثلث بفعلها ، فيثبت لها على الزوج ثلث المهر ، ويسقط من الكبيرة . حينئذ . النصف بالفرقة ثم الثلثان بفعلها فيبقى لها السدس من مهرها ، وفي رجوع الزوج بما 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 ، إلا أن شيخنا في الجواهر علل السقوط بوجه ، ان تم كان مقتضاه السقوط مطلقا ، وان لم يكن الفسخ من قبلها حيث قال في الفرع الأول : «ولو انفردت المرضعة بالارتضاع مثل أن سعت إليها فامتصت ثديها من غير شعور المرضعة سقط مهرها لبطلان العقد الذي باعتبار استدامته يثبت استدامة استحقاق المهر ، بل كل عقد يتعقبه الفسخ والانفساخ من طرف أو طرفين يبطل تسببيه ، ومنه الإقالة والخيار في البيع المقتضيين رد الثمن 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 مجموعة من متن الشرائع وشرح الجواهر ، ذكرها

قلت : ما ذكره شيخنا وجهها لذلك وجيه ان عد عقد النكاح من عقود المعاوضات حقيقة ، وليس كذلك لأنه عقد شرع لحدوث علاقة 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 سلطنتها 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 مملوكا بضعها للزوج بهذا المعنى ، لأن الانتفاع بها مختص به ، ووقع التعبير عن ذلك بالهبة في قوله عز من قائل «وَهَبْتُ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا»^(١) وهذا التسليط منها مرة يكون مجانا فتكون مفوضة وأخرى يعطي بإزائه شيء يكون المبذول لها كالنحلة فتكون ، حينئذ مملوكة ، وليس الغرض المقصود من العقد الا التناكح والتناسل غالبا دون تملك المهر ، ولذا لا يبطل العقد بطلانه أو الإخلال به ، ولا يعد ركنا من أركانه ، بخلاف المعاوضة التي ليست معناها الا تبديل مال بمال ، الموجب لرجوع كل بدل إلى صاحبه ببطلان التبديل وانتفاء البدلية ، ولذا كان كل من العوضين ركنا من العقد.

في أحكام الرضاع ومسائله العشرة من كتاب النكاح ، في شرح قول المحقق : «الرابعة الرضاع المحرم يمنع من النكاح سابقا ، ويبطله لاحقا»

(١) آية (٥٠ من سورة الأحزاب) وأول الآية هكذا «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَخْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكَ وَبَنَاتِ عُمَّاتِكَ وَبَنَاتِ خَالَاتِكَ اللَّاتِي هَاجَرْنَ مَعَكَ وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبْتَ...».

وان أبيت إلا كونه معاوضة ، فالمعوض نفس التسليط الحاصل بالعقد لطرط الانفساخ في الأثناء غير أنه لو كان من قبلها كان ذلك منها رفعا لتسليطها ورجوعها عن فعلها عرفا ، وليس كذلك لو لم يكن من قبلها. نعم لو كان عوضا عن السلطنة الحاصلة بالتسليط أمكن دعوى الرجوع به مطلقا ، لاستلزام بطلان المعوض بطلان العوض.

وبعبارة أخرى : المهر . بعد تسليمه . يكون عوضا عن التسليط الذي هو فعلها ، ولذا كان الإيجاب منها ، وبعد تحققه بالعقد وفرض صحته فالاستدامة لأثره ، وهو التسليط والسلطنة ، وبطلان الاستدامة بالفسخ الطارئ لا من قبلها يشبه تلف المعوض بعد التسليم ، ولا كذلك لو كان من قبلها ، فإنه رجوع منها عرفا عما فعلته ، وإبطال لما بذلته ، 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 المعوضين إلى صاحبه بمريء منهم ومنظر. فافهم.

الثالث : لو كانت له زوجة كبيرة فأرضعت له زوجتين صغيرتين حرمن عليه أجمع ، ان كان الرضاع بلبنه ، وكذا إن لم يكن ، ولكن كان قد دخل بالكبيرة ، لصيرورة الكبيرة بذلك أم زوجته ، والصغيرتين بنتيه . على الأول . وبنتي منكوحته على الثاني مطلقا ، من غير فرق بين ما لو ارتضعتا دفعة أو على التعاقب ، لأن الثانية حينئذ أيضا ، ربيته التي قد دخل بأمرها. وان لم يكن قد دخل بها وكان اللبن من غيره حرمت الكبيرة مؤبدا ، لكونها أم زوجته ، وانفسخ نكاح الصغيرتين ، ان ارتضعتا دفعة لعدم اجتماع نكاح الأم وبنتها في وقت ، وجاز تحديد العقد على كل منهما لأنهما ربيبتان لم يدخل بأمرهما ، وان كان على التعاقب حرمت الكبيرة وانفسخ نكاح الأولى دون الثانية ، لأنها صارت ربيبة بعد انفساخ زوجته

المرضعة ، ولم يدخل بأمها ، فلا موجب لانفساخ نكاحها ، بخلاف الأولى لاتحاد نكاح الأم وبناتها 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 بلبنة ، أو لم يكن ولكن دخل بإحديهما ، 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 «وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ» عليها الشاملة لمن هي أم زوجة فعلا أو صارت أم من كانت زوجة ، لأن الإضافة تكفي في صدقها أدنى الملابس مع منع جريان «نِسَائِكُمْ» المضاف مجرى 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 «نِسَائِكُمْ» في آية تحريم الرائب بالنص والإجماع ، (والتفكيك) بينهما : بدعوى عدم استلزام صرف ظهور أحدهما بقرينة صرف ظهور ما لم تقم عليه قرينة (ركيك) تأباه وحدة السياق ، مضافا إلى ما يظهر من موارد التحريم بالمصاهرة كون السبب مجرد حدوث علقتي النسب والزوجية وما بحكمها 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 محرمة ، فأما من الرضاع كذلك من غير فرق بين سبق الأمومة ولحوقها ، غير أن الأمومة من النسب لا يمكن فرض تحقق عنوانها بعد الزوجية لتأخر التكوين . بخلاف عنوان الأمومة من الرضاع ، ولذا تحرم الريبة لو تأخر حدوث عنوان البننية والأمية عن انفساخ الزوجية .

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

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

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

(٢) وكذلك في الوسائل : كتاب النكاح باب ١٤ من 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 رجلا تزوج بجارية صغيرة فأرضعتها امرأته ، ثم أرضعتها امرأة له أخرى؟ فقال ابن شبرمة : حرمت عليه الجارية وامراتاه ، فقال أبو جعفر عليه السلام : أخطأ ابن شبرمة : تحرم عليه الجارية وامراتاه التي أرضعتها أولا ، وأما الأخيرة فلم تحرم عليه كأنها أرضعت ابنته» .

«ولا يلزم منه عدم حرمة ربيته التي هي بنت من كانت زوجته المدخول بها ، ضرورة الفرق بين مصداق قوله تعالى «وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ» وبين قوله «أُمَّهَاتُ نِسَائِكُم» فإن الأولى صادقة قطعاً على بنت من كانت زوجة ، بخلاف الثانية ، الظاهرة في اعتبار اجتماع الأمية والزوجية ، خصوصاً مع اشتراط بقاء المبدء في صدق المشتق ان شأبه ، على أنه قد عرفت انحصار المحرم في الرضاع بما يحرم من النسب ، وليس في النسب من انحصر صدقها في أم من كانت زوجة ، إذ أم المطلقة . مثلاً . ليس حرمتها لذلك بل لتحقيق الصدق قبل الطلاق وهو سبب التحريم مؤبداً فليس حرمتها لأنها أم من كانت زوجته بل لأنها كانت أم زوجة فعلاً .. بخلاف الربيبة ، فان في النسب بنت من كانت زوجة مندرجة تحت الآية الشريفة ، فيحرم مثلها في الرضاع»^(١).

ولعل الذي دعاه الى الفرق حتى قطع بدخول بنت من كانت زوجة في آية تحريم الرائب كلمة «دَخَلْتُم بِهِنَّ» فيها.

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

الخامس : لو كانت له زوجة صغيرة فأرضعتها أمته الموطوءة ، حرمت الموطوءة مؤبداً ، لأنها أم زوجته ، والصغيرة أيضاً كذلك مطلقاً لأنها : إما بنته أو ربيته التي دخل بأمرها الا أنه لا يرجع هنا على الموطوءة بمهر الصغيرة ، لو ثبت لها عليه مهر ، وان قلنا بالرجوع على الكبيرة بمهر

(١) هذه الجملة شرح لقول المحقق في أخريات المسألة الرابعة من أحكام الرضاع . «ولو كان له زوجتان وزوجة رضيعاً فأرضعتها إحدى الزوجتين أولاً ، ثم أرضعتها الأخرى حرمت المرضعة الأولى والصغيرة دون الثانية ، لأنها أرضعتها وهي بنته».

الصغيرة في الفروع المتقدمة ان كانت الأمة مملوكة له ، لان السيد لا يثبت له على مملوكته مال ، إلا إذا كانت مكاتبة مطلقا ، ولو كانت مشروطة ، لصيرورتها بحيث يمكن له الاستحقاق عليها وان كانت موطوءة بالعقد أو بالتحليل فيستتبع به بعد عتقها.

خلافًا لشيخنا في (الجواهر) حيث مال الى الاستتباع مطلقا ولو كانت مملوكته ، عملا بقاعدة الضمان في إتلاف المال ^(١).

وهو ضعيف ، للفرق الواضح بين مملوكه ومملوك غيره ، لان الأول لا يمكن الاستحقاق له عليه ، والثاني لا يمكن الاستيفاء منه ، لمزاحمة حق مالكة المقدم على حقه ، فيستتبع بعد العتق ، لعدم المزاحمة حينئذ. ولو قيل بتأخر الاستحقاق في الأول إلى العتق ، لزم تخلف المعلول عن علته.

السادس : لو كان لاثنتين زوجتان : كبيرة وصغيرة ، فطلق كل منهما زوجته ، وتزوج بالأخرى ، ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة الرضاع المحرم حرمت الكبيرة عليهما مطلقا ، وان لم يدخلها ، لصيرورتها أم زوجة بالنسبة إلى أحدهما ، وأم من كانت زوجته بالنسبة إلى الآخر ، بناء على الأقوى : من التحريم بذلك ، وحرمت الصغيرة عليهما ، ان دخل بها ، وعلى من دخل ، ان اختص الدخول بأحدهما ، لصيرورتها ربيته التي دخل بأمرها ، كما أنه لو فرض اللبن لأحدهما 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 بطأها ، فأرضعت زوجته الصغيرة حرمتا جميعا عليه ، ويثبت مهر الصغيرة ، ولا يرجع به على الأمة .. الا أن الإنصاف عدم خلوّ ذلك عن التأمل ، إن لم يكن إجماعا ، ضرورة اشتراك ضمانه مال الغير ، ويتبع به بعد العتق ان أعتق ..».

أمي مع إمكان ذلك . بأن لا يكذبه الحس بحسب سنهما على وجه لا يمكن ارتضاعهما من لبن واحد ، أو ارتضاعها من لبنه أو ارتضاعه منها إذ لا أثر لقوله . حينئذ . فلا يخلو : اما . أن يكون الإقرار منه قبل العقد عليها أو بعده . وعلى التقديرين : فاما أن تصدقه ، أو تكذبه ، أولا بأن لا يعلم الحال . ولو كان بعد العقد : فاما أن يكون قبل الدخول بها أو بعده . وعلى التقديرين ، فاما أن يكون قد سمى لها مهرا أو لا ، وعلى التسمية : فاما أن يكون المسمي بقدر مهر المثل أو أكثر منه أو أقل .

فنقول : أما إذا كان قبل العقد ، حكم بتحريمها عليه ظاهرا مطلقا صدقته أو لا ، فلا يجوز له التزويج بها ، وإن أكذب نفسه ، لعموم نفوذ : «إقرار العقلاء على أنفسهم» . نعم لو أظهر لدعواه تأويلا محتملا بأن قال : «إني اعتمدت في الإقرار على قول من أخبرني ، ثم تبين لي أن مثل ذلك لا يثبت به الرضاع» وأمكن في حقه ذلك ففي (المسالك) احتمل القبول لإمكانه ، إلا أنه قال بعده : «وأطلق الأصحاب عدم قبوله مطلقا ، لعموم : إقرار العقلاء على أنفسهم جائز وعليه العمل» ^(١) انتهى وقوى في (الجواهر) قبول قوله في تكذيب نفسه بإبداء التأويل المحتمل في حقه مع تصديقها له ، مناقشا في شمول الخبر لهذه الصورة . حيث قال بعد نقل كلام (المسالك) عن الأصحاب : «وفيه أن المتيقن من الخبر المزبور إلزام المقر بما أقر به لمن أقر له مع المخالفة له ، لا أن المراد به إلزامه بذلك ، وإن وافقه المقر له على الكذب في الإقرار . إلى أن قال . بعد نقل كلام العلامة وشارحيه واستغرابه منهم عدم احتمالهم القبول في هذه الصورة ونقل ما عن أبي حنيفة القبول مطلقا ، وأنه على

(١) راجع ذلك في شرح قول المحقق . في المسألة السابعة من أحكام 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 قبوله في المقام وفي غيره من المقامات من البيع والملكية والوقفية والزوجية ونحو ذلك ، بل إن لم يقيم إجماع ، أمكن دعوى القبول في حال عدم العلم من الخصم فضلا 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 ، احتمال قويا جواز النكاح لانحصار الحق فيهما».

قلت : تنقيح 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 الدعاوي المستلزم ثبوتها بطلان الإقرار.

لا كلام في عدم قبول إنكاره في الصورتين الأوليين بمعنى عدم الإصغاء إليه ، لكونه إنكارا بعد إقرار.

وأما الصورة الأخيرة ، فالأقوى قبول قوله بمعنى الإصغاء إليه كسائر الدعاوي المسموعة ، لكن على موازين القضاء. فيطالب بالبينه ، وعلى المنكر اليمين حيث يتوجه عليه ، ولذا يثبت لو صدقه المنكر ، لانحصار 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 المحقق . كما أشرنا إليه .

مثلا . الكشف عن معاصمها عنده» بخلاف ما لو أقام على دعواه بينة أو حكم بثبوتها 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 كاملا ، لثبوتها 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 بغى بالدخول ، وان ادعت بتحدد العلم لها بعده قبل قولها . وحينئذ : فيحتمل ثبوت المسمى لها ، بناء على أن العقد هو سبب ثبوت المهر ، لأنه مناط الشبهة ، فكان كالصحيح لتضمن البضع 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 ، فيضمن 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 البضع بالأقل ، فلا يلزمه الزائد .

ويضعف بأن مهر المثل هو المجهول شرعا في قيمته ، ورضاها بدون وجه شرعي لا عبرة به .

وان كذبت في إقراره ، لم ينفذ في حقها إقراره ، ولم يجز لها التزويج من غيره ، وجاز لها مطالبتة 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 صورتي : 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 الممهور ، ومنه يعلم حكم ما لو كانت مفوضة في جميع الصور المتقدمة ، والله العالم.

الثانية : لا تقبل الشهادة على الرضاع وإن وصفه بالحرّم مطلقة ، بل لا بد أن تكون مفصلة بأن يشهد على الارتضاع في الحولين من الثدي خمس عشرة رضعة أو عشر رضعات متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد بلبن الحمل أو الولادة عن نكاح صحيح أو بحكمه ، من غير خلاف أجده ممن تعرض لهذا الفرع.

وعملوه بوقوع الاختلاف الكثير بين الفقهاء فيما يعتبر في التحريم به من الشروط : فقد يعتبر عند الحاكم في التحريم بالرضاع ما لا يعتبر فيه عند الشاهد : لما اجتهدا أو تقليداً منه لغيره.

وأشكل عليه باستلزام ذلك اعتبار ذكر التفصيل في غيره من الشهادات أيضاً ، لسريان العلة في غيرها من أغلب موارد الشهادة ، قال في (المسالك) . بعد التعليل بذلك : «ومثل هذا ، ما لو شهد الشاهدان بنجاسة الماء مع الاختلاف الواقع بين الفقهاء فيما تحصل به بنجاسة» ^(١) وفي (الجواهر)

(١) في شرح المسألة الثانية منه للمحقق من أحكام الرضاع . من كتاب النكاح . وهي قوله : «لا تقبل الشهادة بالرضاع إلا مفصلة ،» قال الشهيد الثاني . قدس سره . في 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 ، والتعليل بذلك ، وحكاية ما تقدم من (المسالك) قال : «وصريحه كظاهر غيره سراية المسألة في كل ما كان المشهود به ذا شرائط مختلف فيها أو أسباب كذلك ، ومنه حينئذ الملك والبيع والوقف والزوجية والطلاق ونحو ذلك مما يقطع الفقيه بملاحظة أفرادها بعدم اعتبار التفصيل في الشهادة بها ، ومنه ينقذ 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 نتحققها»^(١) وقال بعض الفضلاء^(٢) في تعليقه على (الروضة) في الرد على التعليل لذلك بالاختلاف في شرائطه : أنه لو تم لزوم 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 بمجملة غير مفصلة ، والظاهر أن اعتبارهم التفصيل في الشهادة على الرضاع مستند إلى النص لدلالة بعض الظواهر عليه كما بيناه (في رسالة الرضاع).

لمذهب الحاكم في الشرائط واحتمال الاختلاف أما مع العلم باتفاقهما على الشرائط كما لو كان الشاهد مقلدا للحاكم فيها موثوقا بمراعاة مذهبه فالوجه عدم الافتقار الى التفصيل وان كان أحوط ، خروجاً من خلاف الأصحاب حيث أطلقوا اشتراطه ، ومثل هذا ...».

(١) تجد هذه العبارة بتفصيلها في شرح المسألة الثامنة المذكورة للمحقق من مسائل الرضاع في النكاح.

(٢) القائل : آقا محمد علي الهزارجيري المازندراني (منه). ولد ١١٨٨ وتوفي سنة ١٢٤٥ هـ. من مؤلفاته الكثيرة : تعليقه المفصلة على (روضة الشهيد الثاني) من الطهارة إلى الديات (منا)

والعجب منه أنه في (رسالته الرضاعية) استند في اعتبار التفصيل إلى وقوع السؤال من الامام عن عدد الرضعات ممن أخبر بوقوع رضاع بين اثنين.

وأنت خبير بأن عدم قبول قول من أخبر بالرضاع لا يستلزم عدم قبول من أخبر بوقوع الرضاع المحرم وأطلق من غير ذكر للتفصيل ، لأن الأول أعم من الثاني ، فلا يكون شهادة به وبعبارة أخرى : مرة تكون الشهادة على وقوع رضاع ، وأخرى على الرضاع المحرم ، ومرة ثالثة على وقوعه مفصلاً. لا كلام في قبول الأخير ، كما أنه لا كلام في عدم كفاية الأول في الحكم بالتحريم. وإنما الكلام في الصورة الثانية التي هي غير مورد الأخبار التي استند إليها في اعتبار التفصيل في خصوص الشهادة على الرضاع. ولذا لم نجد منهم من استند في المقام الى النص وإنما استندوا إلى العلة المتقدمة.

هذا وتام الكلام في المسألة ينتهي في مقامين :

الأول : في طريق الشهادة ، والثاني في المشهود به.

أما الأول فنقول : إذا شهد الشاهد شهادة مطلقة ، فمقتضى القاعدة عدم قبولها ، لأن الشهادة في الحقيقة 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 معتقده ومعلومه له ، وأين ذلك من ثبوت المخبر به في الواقع مع وقوع الخطأ فيه كثيراً ، إلا إذا تعلق بالمحسوسات أو بما كان منتهياً إلى المبادي الحسية ^(١)

(١) فالمحسوسات واضحة الأمثلة ، وأما المنتهية إليها من الحدسيات كإثبات الملكات 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 انما يتم حيث يكون المخبر به من الأمور الحسية أو المنتهية إليها ، لأن احتمال الكذب منفي في حق العادل بما دل على تصديقه ، واحتمال الخطأ منفي بالأصل لندرة وقوعه في المحسوسات ولغوية احتمالها فيها عند العقلاء ، ولذا خص الأكثر اعتبار الشهادة فيما كان المشهود به من الأمور الحسية أو منتهيا إليها.

وأما الثاني فالمشهود به : مرة يكون له واقع لا يختلف باختلاف الآراء والأنظار ، كالملكية والزوجية ونحوهما وانما الاختلاف في بعض أسبابه ، وأخرى يكون مما لا واقع له متفقا عليه ، بل تحققه واقعا يختلف باختلاف الآراء كبعض الأسباب الشرعية ، فإن البيع بالفارسية . مثلا . عند بعض سبب ، وعند آخر غير سبب .

فان كان المشهود به من القسم الأول ، قبلت الشهادة به مطلقة ، لأنه شيء متحد له واقع غير مختلف فيه ، يمكن استناده في تحققه الى إلى الحس ، فلا يكلف بالتفصيل ذكر السبب .

ولا كذلك لو كان من القسم الثاني لعدم ثبوت واقع الا 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 انها عبارة عن حسن الظاهر ^(١)

(١) العدالة في اللغة معناها الاستقامة والاعتدال في كل شيء وعدم الجور والانحراف يمينا وشمالا وفي مصطلح الفقهاء . حيث أخذوها شرطا في كثير من المسائل والأحكام كمسألة التقليد وإمامة 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 ، فعمل الشاهد استند في تفسيره 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 انما الاستقامة العملية والسلوك في جادة الشرع بإتيان الواجبات وترك المحرمات ، أو انما : الإسلام وعدم ظهور الفسق في الخارج ، أو انما : حسن الظاهر فحسب ، ولكل من هذه الآراء قائلون وأدلة وصلات بإخبار أهل البيت عليهم السلام : ولو أمعنا التأمل والتحقيق في هذه الآراء الخمسة لتمخضت عن رأيين متعارضين فقط ، فإن الأولين ربما يجتمعان في مفهوم واحد ، فيخضع أحدهما للآخر وتكون الحصيلة : أن العدالة نتيجة عمل خارجي وانطواء نفسي ، والآخرون ، 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 ، والبيئة والثوق والاطمئنان ، والشياخ والاستفاضة . على ما قيل.

ثم اختلفوا . في المعاصي التي تخدم العدالة ، هل تنقسم إلى صغيرة وكبيرة أم كل الذنوب كبائر؟ وانما الاختلاف بينهما نسبي.

ثم اختلف القائلون بالتقسيم في المائز بينهما فالمشهور : إن الكبيرة ما توعد عليها النار في الكتاب ، وقيل : محض التوعد ، سواء من الكتاب أم من السنة. وقيل : الكبيرة هي ما رتب لها في الشريعة حد معين وقيل : الكبيرة : هي المعلومة الحرمه بدليل قاطع كإجماع أو كتاب أو سنة ، وقيل : غير ذلك في تعريف الكبيرة ، وبالعكس تعرف الصغيرة لأن الكبر والصغر من المعاني المتضايقة التي يعرف أحدها بمعاكسة الآخر

معصية ، ويراها الحاكم معصية نعم على القول بأنها هي الملكة ، تقبل الشهادة بها 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 المحرم إلا مفصلة بذكر سبب التحريم من الكمية والكيفية.

هذا مع أن ما كان من القسم الثاني يؤول . في الحقيقة . إلى الفتوى فان ترتب 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 بثبوته 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 بأصالة الصحة ، غير أن الكلام فيه في أن اجراء الأصل : هل هو وظيفة الشاهد أم وظيفة الحاكم . والظاهر هو الأول لأن الحاكم وظيفته الحكم بالبينة لا بالبينة 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 الصغائر فيها أيضا ، وكذا منافع المروءة وهي الصفات الموجبة للخسة 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 سببا كما في صورة الترجيح وقد يكون فعله وتركه سواء كما في صور كثيرة ، وقيل قد يكون ذكر السبب قادحا في الشهادة كما لو قال : اعتقد أن هذا ملكه للاستصحاب وان كان في الحقيقة مستندا إلى الاستصحاب. وكذا لو صرح بأن هذا ملكه» علمته بالاستفاضة ، وهذا ضعيف ، لأن الشرع 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 الجزم زال الوهم. ولو قيل بعدم الضرر أيضا ، كان قويا. وكذا الكلام لو قال : هو ملكه ، لأني رأيت يده عليه أو رأيته يتصرف فيه بغير مانع وغاية ما يقال : ان الشاهد ليس له وظيفة ترتب المسببات على الأسباب إنما يشهد بما يعلم ، وإنما ذلك وظيفة الحكام. قلنا : إذا كان الترتيب شرعيا وحكاه الشاهد ، فقد حكى صورة الواقعة ، فكيف ترد الشهادة بما هو مستند لها في الحقيقة ^(١) انتهى.

وبالجملة : لو كان في المقام أصل موضوعي يمكن استناده كأصالة 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 ترتب جميع الآثار على ما قامت عليه ، ومن المعلوم أن جواز الشهادة أيضا من الآثار ، فلا بأس بأدائها

(١) توجد هذه العبارة في قواعد الشهيد الأول محمد بن مكي العاملي الدمشقي المتوفى سنة ٧٨٦ هـ. ص ١٧٠ طبع إيران 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 ، جازت 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 المعصوم 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 اجتهدا أو تقليدا موافقا لمعتقد الحاكم ، ولا يقتل ما كان مخالفا له.

نعم غير بعيد استثناء صورة ما لو علم الحاكم موافقته لمذهبه وكان واثقا به ، فيقبلها عنده ، مطلقة غير مفصلة ، كما استثناء بعض ، الا أنه خلاف إطلاقهم المنع عن قبولها مطلقة ، فالرضاع مما لا تقبل الشهادة فيه مطلقة. وكذا الشهادة على النجاسة ، فإنها أيضا مما اختلفت فيها الأقوال فإن العصير . مثلا . طاهر عند واحد ، ونجس 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 بنفسه أو بالواسطة ولم يذهب ثلثاه اختلفوا في نجاسته بعد اتفاقهم على حرمة . إذا أسكر كالمسكرات عموما . فالمشهور أحقوا 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 ، فقليل

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 الخصوصية 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 المسببة عنه ، فيقال بالقبول مطلقة في الثاني كالشهادة على الأمومة والبنوتة ، فإنها كالشهادة على الملكية والزوجية ، ضرورة عدم الفرق بينهما بعد أن كانت العناوين الحرمية مسببة عن الأسباب المختلفة في تحققها ، ولذا عطف غير واحد الصورة الثانية على الأولى في تعداد الأمثلة كالعلامة في بعض كتبه ، والكركي ، وكاشف اللثام وشيخنا في (الجواهر) ، بل منهم من اقتصر في المثال على الصورة 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 يقولوا : نشهد أنها أرضعته من لبن الولادة عشر رضعات تامات . إلى أن قال . صرح بذلك الأصحاب ، وذهبت إليه العامة ، لأن النصاب المتعلق به التحريم يختلف فيه كمية وكيفية : فبعضهم حرم بالقليل وبعضهم بالإيجار^(١) إلى غير ذلك من الاختلافات ، فلا بد من ذكر الكمية

هو ما بلغ مكسّر 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 ، وسائر 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 المجتهدين» ^(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) ان المقر ربما ظن محرّما ما ليس منه (يدفعها) أنه أمر آخر لا تعلق له بالشهادة على الإقرار الذي مع ثبوته لا يجب على الحاكم استقصاله ، لعموم مؤاخذه العقلاء بإقرارهم وهو واضح ، لا شك فيه ولا شبهة تعتريه.

الثالثة : لو ملك أحد عموديه من الرضاع انتعق عليه كالنسب على الأظهر الأشهر ، بل المشهور ، ولا سيما بين المتأخرين ، بل عن بعض دعوى الإجماع عليه ، للمعتبرة المستفيضة الدالة على الانعتاق 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 الداماد هو محمد باقر بن محمد الحسيني الاسترآبادي المعروف بالسيد الداماد 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 ، ككتاب 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 ابان بن عثمان عن أبي بصير وأبي العباس وعبيد ، 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 سنداً وأرجح منها بالعمل وبمخالفة العامة ^(١)

قال : إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته أو خالته أو بنت أخيه أو بنت أخته . وذكر أهل هذه الآية من النساء . عتقوا جميعاً ويملك عمه وابن أخيه وابن أخته والخال . ولا يملك أمه من الرضاعة ولا أخته ولا عمته ولا خالته ، إذا ملكن عتقن ، وقال : ما يحرم من النسب فإنه يحرم من الرضاع . وقال يملك الذكور ما خلا والدًا أو ولداً ، 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 (رسائله الرضاعية ص ٨٧) طبع إيران حجري : «مسألة : هل الرضاع شقيق النسب في كونه سبباً في العتق ، فينطبق على المالك منه ما يعتق 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 بأس بملك الأم والأخت من الرضاعة ويبيعهن ، وإنما يحرم منهن ما يحرم من النسب في وجه النكاح فقط ، فوافقه الشيخ المفيد وتلميذه سلالر بن عبد العزيز ، وارتضاه وانتصره محمد ابن إدريس وسبطه المدقق يحيى بن سعيد رحمهما الله . وأما أبو علي بن الجنيد فكلامه يعطي جواز الملك على كراهة وعدم تسويغ البيع إلا لضرورة . ويستمر في تأييده لكلام المشهور بالكتاب والسنة ثم يقول : احتج النافون للانعقاد .. بموثقة الحسن بن محمد بن سماعة بعلو إسنادة عن عبد الله وجعفر ومحمد بن العباس عن أحدهما عليهما السلام قال : يملك

ولو لا تضمن بعضها للاستدلال بحديث (يحرم) لأمكن المناقشة في الاستدلال به عليه ، كما استدل لظهوره في حرمة النكاح دون غيره ، فاللازم حينئذ حرمة 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 (الخلاص) وموضع من (المبسوط) والحلي في (السرائر) والعلامة في (القواعد) وغيرهم عدم قبول شهادتهم في الرضاع ، بل في الأول : دعوى الإجماع عليه ^(١)

وفي الأخيرين : القول بالقبول متروك ، وهو الذي يقتضيه الأصل وعموم «**فَأَنْكِحُوا مَا**
طَابَ لَكُمْ»

الرجل أخاه وغيره من ذوي قرابته من الرضاعة» .. وموثقته أيضا «عن محمد بن زياد عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام : قال : إذا اشترى الرجل أباه أو أخاه فهو حر إلا ما كان من قبل الرضاع ، وموثقة ابن فضال عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام . في بيع الأم من الرضاعة . قال : لا بأس بذلك إذا احتاج».

ثم يأخذ في قدح الروايات المعارضة من حيث السند بأن جميعها موثق وتلك صحاح ، والموثق لا يعارض الصحيح ، ومن حيث الدلالة بأن عامتها خارج عن حرم النزاع ، إذ بعضها غير متعرض للعمودين ، وبعضها مأول وبعضها يخص البيع بوقت الحاجة والضرورة لا مطلقا . الى آخر كلامه المفصل المفيد . فراجع.

(١) قال : الشيخ في الخلاف ج ٢ آخر كتاب الرضاع ، مسألة ١١ «لا تقبل شهادة النساء عندنا في الرضاع بحال . إلى قوله . : دليلنا :

إجماع الفرقة وأخبارهم».

من النساء ^(١) وأحل لكم ^(٢) فتأمل ، ولأن التحريم متوقف على وجود سببه ، ولا دليل على ثبوته بشهادتهن الا ما قد يقال : باندراجيه في عموم ما دل على قبول شهادتهن فيما يتعذر أو يتعسر الاطلاع عليه من أمورهن للرجال ، الممنوع كون الرضاع منه حتى تشمله كلية الكبرى.

وعن المفيد والمرتضى وسالار والحسن وأبي علي وابن حمزة والشيخ في موضع آخر من (مبسوطه) قبول شهادتهن فيه ، واستقر به العلامة في (القواعد) ^(٣) والمحقق في الشرائع ^(٤) وان تردد هو في النافع الا أنه جعله فيه الأشبه ^(٥) ، بل قيل : أنه الأشهر ، ولا سيما بين المتأخرين ، لعموم ما دل على قبول شهادتهن فيما لا يستطيع الرجال أن ينظروا إليه

(١) «وَأِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ..» سورة النساء . ٣ .

(٢) ففي سورة النساء آية ٢٤ بعد عرض آية التحريم السابقة «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ ..» . «وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ ..» .

(٣) فقال في خاتمة باب الرضاع : «الأقرب قبول شهادة النساء منفردات .. إلى قوله : ولو شهدت بأبي أرضعته فالأقرب القبول ما لم تدع أجره» .

(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 الهلال والطلاق وفي قبولها في الرضاع تردد ، أشبهه القبول» .

ويطلعوا عليه ^(١) والرضاع منه ، وخصوص مرسله ابن بكير : «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) الظاهرة بعموم مفهومها على أنها تصدق مع وجود غيرها ، الشامل بإطلاقه ما لو كان الغير من النساء ولو لم تقبل شهادتها لم يكن وجهه للتعليق على عدم وجود الغير معها مع كون الإجماع المتقدم موهونا بفتوى حاكمه 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 روايات كثيرة ذكرها الوسائل في كتاب الشهادات باب ٢٤ ما تجوز شهادة النساء فيه. فمن ذلك : «عن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن إبراهيم الحارثي قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام ، يقول : تجوز شهادة النساء فيما لا يستطيع الرجال أن ينظروا اليه ويشهدوا عليه ..» وغيرها مثلها كثير .
- (٢) في الوسائل : كتاب النكاح ، باب ١٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث رقم ٣ ، الرواية هكذا : «وبإسناده . أي محمد بن يعقوب الكليني . عن علي بن الحسن بن فضال عن محمد بن عبد الله بن زرارة ومحمد وأحمد ابني الحسن بن علي عن الحسن بن علي عن عبد الله بن بكير عن بعض أصحابنا ..» .
- (٣) في الوسائل ، كتاب الشهادات ، باب ٤١ ما يعتبر في الشاهد من العدالة ، حديث رقم (٢٠) : «محمد بن الحسن بإسناده عن أبي القاسم جعفر بن محمد بن قولويه عن أبيه عن علي بن عتبة وذبيان بن حكيم الأودي عن موسى بن أكيل عن عبد الله بن أبي يعفور عن أبي جعفر (ع) :

لكون شهادة المرأة نصف شهادة الرجل ، وان شهادة الثنتين منهن بمنزلة شهادة رجل واحد ^(١) فتأمل.

ولعل هذا القول هو الأقوى ، لأن الرضاع لا يمكن إنكار كونه من الأمور الخفية التي لا يمكن اطلاع الرجال عليها غالبا حسبما هو معتبر في التحريم ، فلو لم تعتبر شهادتهن عليه لزم الوقوع 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 كالعذرة 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 : ينشأن 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 تجدي.

قال : تقبل شهادة المرأة والنسوة إذا كن مستورات من أهل البيوتات معروفات بالستر والعفاف ، مطيعات للأزواج ، تاركات للبداء والتبرج إلى الرجال في أنديتهم».

(١) الوسائل ، باب ١٦ من أبواب الشهادات . في تفسير الحسن العسكري عن أمير المؤمنين (عليهما السلام) في تفسير قوله تعالى «أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى» : «إذا ضلت إحداهما عن الشهادة فنسيتهَا ذكرت إحداهما الأخرى بها فاستقامتا : في أداء الشهادة عند الله شهادة امرأتين بشهادة رجل لنقصان عقولهن ودينهن».

الخامسة : هل يقع الظهار بالرضاع كما يقع بالنسب بأن يقول لامرأته أنت علي كظهر أمي من الرضاع ، أم لا؟ فيه خلاف : قيل بالوقوع ، لعموم : «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» ^(١) وخصوص صحيحة زرارة : «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الظهار؟ فقال : هو من كل ذي محرم أم أو أخت أو عمة أو خالة ، ولا يكون الظهار في يمين ، قال قلت : كيف يكون؟ قال : يقول الرجل لامرأته . وهي طاهرة في غير جماع . أنت علي حرام مثل ظهر أمي أو أختي ، وهو يريد بذلك الظهار» ^(٢) ، واشتراكهما في قول الزور والمنكر.

وفي الكل نظر : أما الحديث ، فلظهوره في اشتراك عناوين النسبية والرضاعية في التحريم ، لا في اشتراكهما في وقوع الظهار به في التشبيه .
وأما الصحيحة ، فلأن غاية ظهور التنكير شموله لكل محرم بالنسب أما كان أم غيرها ، كما صرح بذكرهن بعده ، لا كل ما كان محرما ، ولو بالرضاع .
وأما اشتراكهما في قول الزور ، فلكونه بمجرد 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 الحرمة بالاتفاق ، وبعضها مختلف فيه عندهم وهو انعقاد أحد العمودين من الرضاع بالملك ، وثبوت الظهار بالتشبيه

(١) نبوي مشهور مروي بطرق مختلفة. ذكرت في الوسائل في أوائل أبواب ما يحرم بالرضاع من كتاب النكاح .. ،

(٢) راجع . من الوسائل ، كتاب الظهار ، باب ٢ حديث (٢) وباب ٤ حديث (١) مثله .

بالمحرّمات من الرضاع ، كما عرفت الخلاف فيه ، وأن الأقوى هو الثبوت في الأول ، والعدم في الثاني ، ويفترقان في كثير من الأحكام ، فإنها 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 جنابة الخطأ ، وعدم نفوذ قضاء الولد على والده ، دون الإفتاء ، وانصراف إطلاق الوالد أو الولد في النذور والأيمان إلى من كان من النسب دون الرضاع ، فإن هذه الأحكام ثابتة في النسب دون الرضاع فلا توارث بين الولد ووالده من الرضاع ، ولا استحقاق للنفقة أيضا ، وتقبل شهادة الولد على والده من الرضاع ، ويقاد الوالد بولده من الرضاع ويستوفي منه حد القذف والسرقه ، إلى غير ذلك من الأحكام المتقدمة ، فإنها غير جارية في الرضاع

فاتضح لك أن حكم الرضاع بحسب مشاركته للنسب ومباينته إياه ، ينقسم إلى أقسام ثلاثة : قسم يتحد حكمهما إجماعا ، وقسم يختلف حكمهما كذلك ، وقسم اختلفت فيه كلمات الفقهاء ، وقد عرفت التفصيل في كل منها بما لا مزيد عليه .
تنبيه : اعلم ان للأم إطلاقا ثلاثة : أمهات النسب ، وأمهات الرضاع وأمّهات التبجيل والعظمة ، وهن زوجات النبي . صلّى الله عليه وآله .

(١) بالفتح والسكون. الاسم من عقل يعقل ، وهي دية القتل : قال الطريحي . في مجمع البحرين . «وأصله أن القاتل كان إذا قتل قتيلا جمع الدية من الإبل فعقلها بفناء أولياء المقتول أي شدها في عقلها ليسلمها إليهم ، ويقبضونها منه ، فسميت الدية عقلا ، بالمصدر ، يقال : عقل البعير يعقله عقلا ، والجمع عقول».

فإنه من أمهات المؤمنين ، لقوله تعالى «النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ» (١) ويشاركن أمهات النسب في حرمة نكاحهن بالنص لا بإطلاق الأمومة عليهن دون المحرمية ، فلا يجوز عندنا النظر إليهن فيما يجوز النظر إلى المحارم ، خلافا لبعض من خالفنا . على ما قيل . فجوزوا النظر إليهن لإطلاق الأمومة عليهن ، وهو مردود بالنهي عن التبرج ، مضافا إلى ما روته أم سلمة : «قالت كنت أنا وميمونة عند النبي صلى الله عليه وآله : فأقبل ابن أم مكتوم ، فقال احتجبا عنه ، فقلنا إنه أعمى ، فقال النبي صلى الله عليه وآله : فعمياوان أنتما؟» (٢) الخبر .

وليس كل من حرم نكاحها جاز النظر إليها كأخت الزوجة : اللهم الا ان تدعى الملازمة بين تأييد الحرمة والمحرمية ، فلا ينقض بأخت الزوجة الحرمة ، جمعا لا تأييدا . وفيه : ان الملازمة ، لو سلمت كليتها ، فإنما هي بين التحريم بأحد العناوين المتقدمة والمحرمية ، لا مطلقا ، وقد عرفت أن حرمة نكاحهن بالنص لا بإطلاق الأمومة عليهن ، فقد استبان أن المراد أمومة الإجلال والكرامة ، لا غير . هذا ما وسعنا من تحرير مسائل هذا الباب على تشتت البال وتشويش الخيال ، والله الهادي إلى الحق والموفق للصواب .

(١) سورة الأحزاب . ٦ .

(٢) في مقدمات كتاب النكاح من الوسائل باب ١٢٩ من أبواب مقدماته وآدابه ، الحديث رقم (٤) هكذا : «عن أم سلمة ، قالت : كنت عند رسول الله (ص) وعنده ميمونة ، فأقبل ابن أم مكتوم . وذلك بعد أن أمر بالحجاب فقال : احتجبا ، فقلنا : يا رسول الله أليس أعمى لا يبصرنا؟ قال : أعمياوان أنتما ، ألستما تبصرانه؟ ،

رسالة

في الولايات

بسم الله الرحمن الرحيم

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 «هُنَالِكَ الْوَلَايَةُ لِلَّهِ الْحَقِّ» ^(١) وبالكسر : اسم بمعنى الامارة ^(٢) واصطلاحاً : هي سلطنة على الغير عقلية أو شرعية ، نفساً كان أو مالا أو كليهما بالأصل ، أو بالعارض ،

(١) سورة الكهف . ٤٤ . وتتم الآية «هُوَ خَيْرُ ثَوَاباً ، وَخَيْرٌ عُقْباً» .

(٢) والسلطنة والامارة نوعان : عامة ، وخاصة .

فالعامة : هي المتعلقة بأحكام التصرفات المشروعة على جهة العموم ، كما لو جعل الشارع المقدس للفقهاء . مثلاً . الولاية على أموال القاصر بجميع أنحاء التصرفات الراجعة لمصلحتها إليه بلا استثناء ، وتسمى هذه بالولاية العامة .

والخاصة : هي السلطنة الضيقة النطاق ، كما لو فرض جعل الشارع للفقهاء إجازة خاصة بنحو معين من التصرفات كالإيجار أو الاستيجار فقط . وتسمى هذه بالولاية الخاصة .

والفرق بينها وبين الحق المفسر بذلك 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 المنجعة أو المجعولة لصاحبها على الغير ، فأثرها في الأول . وهو التصرف من صاحبها . انما هو غالبا لاستيفاء ما هو له ولمصلحته ، وفي الثاني انما هو لنقص في المولى عليه ورجوع مصلحته اليه اتفاقا للنظام .

ثم انما تنقسم باعتبارات مختلفة إلى أقسام متعددة : فتقسم باعتبار إلى الولاية بالمعنى الأخص ، وإليها بالمعنى الأعم ، (فالأولى) هي المسببة عن أحد الأسباب الخمسة : الأب ، والجد له ، والملك ، والسلطنة ، والوصية . كما عن (التذكرة) حيث حصرها في الأسباب المذكورة . ثم قال بعد عدها . «ولا تثبت بغير ذلك عندنا»^(٢) (والثانية) : هي مطلق القدرة على إنفاذ التصرف في الشيء ، فنعم الوكيل والمأذون ، والمتصدق في مجهول المالك ، ومالك الصدقة في الزكاة بالنسبة إلى العزل والدفع الى المستحق وتبديل العين بالقيمة ، والأمر بالنسبة إلى الحضانة ، ومتولي الوقف للعام أو الخاص من الواقف ، وفي القصاص والتقصص ، والمرتهن 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 التذكرة ، المبحث الثاني في أسباب الولاية . : «وهي عندنا خمسة : الأبوة والجدوة والملك والسلطنة والوصاية ، ولا تثبت بغير ذلك عندنا ، خلافا للعامة فإنهم يثبتون مع ذلك شيئين آخرين : العصوبة والعق» .

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 والتفويض ، 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 تغاير الولاية بالمعنى الأخص .

وتنقسم أيضا باعتبار إلى الإجبارية والاختيارية ، وهما صفتان لمن 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 ، كالتزام الوكيل ونحوه بنذر وشبهه غير المنافي لصدق الاختيارية عليها . وهذا التقسيم لها باعتبار معناها الأعم ، وعلى الاحتمال الآخر في الجمع : من اختصاص كل لفظ بمعناه ، فالاجبارية صفة للولاية بالكسر والاختيارية صفة لها بالفتح .

وباعتبار عموم 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 الى ما يكون الولي مستقلا بالتصرف ، سواء كان تصرف الغير منوطا بإذنه أم لا ، ومرجع ولايته حينئذ ، إلى كون نظره سببا في جواز تصرفه ، وإلى ما يكون تصرف الغير منوطا بإذنه ومرجعه حينئذ إلى كون نظره شرطا في تصرف الغير ، فهو بهذا الاعتبار يطلق عليه الولي أيضا لعدم استقلالية تصرف الغير إلا بإذنه ، وبين المعنيين عموم من وجه . كما قيل.

ثم ان أكمل الولايات وأقواها : هو ولاية الله سبحانه وتعالى على خلقه من الممكنات بعد أن كانت بأسرها في جميع شئونها وكافة أطوارها مفتقرة في وجودها الى الواجب ، مقهورة تحت سلطانه متقلبة بقدرته ، إذ لا استقلالية للممكن في الوجود لكونه ممكنا بالذات موجودا بالغير ، وعدم التعلق في الممتنع لنقص في المتعلق ، لا لقصور في التعلق ، وإلا فهو على كل شيء قدير.

ومن رشحات هذه الولاية : ولاية النبي . صلى الله عليه وآله . وخلفائه المعصومين عليهم السلام : بالولاية الباطنية ، فإن لهم التصرف بها في الممكنات بأسرها من الذرة الى الذروة بإذنه تعالى ، وهي بهذا المعنى خارجة عن الولاية المبحوث عنها في المقام ، ولهم . كما ستعرف . الولاية الظاهرية أيضا على كافة الرعية ، بعد أن كانت الناس طرا . رعاياهم ، بل عبيدهم ، لكن عبيد الطاعة ، لا عبيد الملك ، كما ورد عن الرضا (ع) ^(١).

(١) في الجزء الأول من أصول الكافي للكليني ، كتاب الحجة باب فرض طاعة الأئمة عليهم السلام حديث (١٠) هكذا : « . وبهذا الاسناد عن مروي بن عبيد عن محمد بن زيد الطبري ، 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 أحكاما توقيفية ، والأصل عدمها ، إلا أنه خرجنا عن هذا الأصل في خصوص النبي . صلى الله عليه وآله ، والأئمة عليهم السلام . بما دل : من العقل والنقل على أن لهما أولوية التصرف مستقلا في نفوس الناس وأموالهم من غير توقف على إذن أحد منهم ، فضلا عن ثبوتها لهما بمعنى توقف تصرف الغير في شيء على إذنهما ، ولو في الجملة.

أما العقل فالمستقل منه حكمه بوجوب شكر المنعم بعد معرفة أنهم أولياء النعم ، 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 «النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ» ^(١) «وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَىٰ اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ .» ^(٢) «فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ» ^(٣) «وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ»

أن الناس يقولون انا نزع من الناس عبيد لنا ، لا وقرابتي من رسول الله (ص) ، ما قلته . قط . ولا سمعته من آبائي قاله ، ولا بلغني عن أحد من آبائي قاله ، ولكني أقول : الناس عبيد لنا في الطاعة موال لنا في الدين ، فليبلغ الشاهد الغائب».

(١) الأحزاب . ٦ ، وتتمة الآية ﴿وَأَرْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ﴾.

(٢) الأحزاب . ٣٦ .

(٣) سورة النور آخر آية . ٦٣ .

وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ»^(١) و «إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ»^(٢) الآية.

ومن السنة منها مستفيضة بذلك بل متواترة معنى ، ويكفيك منها الأخبار الدالة على وجوب إطاعتهم ، وان طاعتهم : طاعة الله ومعصيتهم معصيته^(٣) مضافا إلى ما روي عن النبي . (ص) . في خبر أيوب بن عطية : «أنا أولى بكل مؤمن من نفسه»^(٤) وإلى ما ورد عنه (ص) متواترا في حديث (غدير خم) : «ألست أولى بكم من أنفسكم؟ قالوا : بلى ، قال : صلى الله عليه وآله : من كنت مولاه فهذا علي مولاه»^(٥) وإلى مقبولة عمر بن حنظلة^(٦) ،

(١) سورة النساء ، أوائل آية ٥٩ .

(٢) سورة المائدة . ٥٥ ، وتكملة الآية ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ يَقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُمْ رَاكِعُونَ﴾ ، وقد نزلت في حق علي (ع) .

(٣) ذكر الكليني في كتاب الحجة من أصول الكافي روايات كثيرة بهذا المضمون وعقد لها بابا أسماه (باب فرض طاعة الأئمة) .

(٤) في أصول الكافي ، كتاب الحجة ، باب ما يجب من حق الامام على الرعية ، حديث رقم (٦) وتتمة الحديث «وعلي أولى به من بعدي» .

(٥) لسنا بحاجة إلى إثبات تواتر الحديث من طرق السنة والشيعية ، ولا إلى تخريجه وعرض قصته 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) : «بإسناده عن عمر بن حنظلة ، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام : عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعة في دين أو ميراث ، فتحاكما إلى السلطان وإلى القضاة : أيحل ذلك؟ قال : من تحاكم إليهم في حق أو باطل فإنما تحاكم إلى الطاغوت ، وما يحكم له فإنما يأخذ سحتا

ومشهوره أبي خديجة^(١) وإلى ما ورد في التوقيع من الأمر بالرجوع في الوقائع الحادثة إلى رواية الحديث معللا بأنهم حجتي عليكم وأنا حجة الله^(٢).

وان كان حقاً ثابتاً ، لأنه أخذه بحكم الطاغوت ، وقد أمر الله أن يكفر به ، قال الله تعالى «يُؤْيِدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ» ، قلت : فكيف يصنعان؟ قال : ينظران الى من كان منكم ممن روى حديثنا ، ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا ، فليرضوا به حكماً ، فاني قد جعلته عليكم حاكماً فاذا حكم بحكمنا فلم يقبله منا ، فإنما استخفّ بحكم الله ، وعلينا ردّ ، والراة علينا الراة على الله ، وهو على حدّ الشرك بالله ..» الحديث.

(١) في الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ١١ من أبواب صفات القاضي حديث رقم (٦) : «بإسناده على أبي خديجة ، قال : بعثني أبو عبد الله عليه السلام : الى أصحابنا ، فقال : قل لهم : إياكم إذا وقعت بينكم خصومة أو تداري في شيء من الأخذ والعطاء أن تحاكموا الى أحد من هؤلاء الفسّاق ، اجعلوا بينكم رجلاً قد عرف حلالنا وحرامنا ، فاني قد جعلته عليكم قاضياً ، وإياكم أن يخاصم بعضهم بعضاً الى السلطان الجائر».

(٢) في المصدر الآنف الذكر ، حديث رقم (٩) : «وفي كتاب إكمال الدين وإتمام النعمة ، عن محمد بن محمد بن عصام عن محمد بن يعقوب قال : سألت محمد بن عثمان العمري أن يوصل لي كتاباً قد سألت فيه عن مسائل أشكلت عليّ ، فورد التوقيع بخط مولانا صاحب الزمان (ع) :

أما ما سألت عنه . أرشدك الله وثبتك . الى أن قال . : وأما الحوادث الواقعة ، فارجعوا فيها الى رواية حديثنا فإنهم حجتي عليكم وأنا حجة الله» الحديث . ورواه الشيخ في (الغيبة) والطبرسي في (الاحتجاج) وغيرهم.

قلت : الكلام في ثبوت الولاية مستقلا لهما . تارة بمعنى نفوذ تصرفه ووجوب طاعته ، لو تصرف في شيء أو أمر به ، وأخرى . بمعنى أن له أنحاء التصرف في نفوس الرعية وأمواهم ، 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 إذنهما ، أو يبيع مال إنسان بغير إذنه كما كان ذلك لكل منهما في نفسه أو ماله ، فنفوذ التصرف ووجوب الإطاعة مقام ، وله أن يتصرف أو أن يأمر مقام آخر .

لا إشكال في ثبوتها لهما بالمعنى الأول ، فإن الأدلة المتقدمة كل منها وأف في الدلالة عليه كاف في إثباتها له ، بعد ان كانت إطاعتهم اطاعة الله تعالى :

وأما الجزم بثبوتها بالمعنى الثاني ، ففيه تأمل ، لعدم نخوض تلك الأدلة عليه ، بعد أن كان غير آية «النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ» وما بمعناها من السنة كلها واردة في مقام وجوب الإطاعة وحرمة المخالفة الراجعين الى 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 التزامهم 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 لمصلحة ملزمة راجعة إليه ، ضرورة أنه في مرتبة المكمل لنقص المولى عليه الذي يقتضى اللطف وجود مكمل له متبوع في أوامره ونواهيه ، بل ولو كان لمصلحة نفسه ، لرجوعها أيضا

إلى مصلحة النوع ، المقدم على مصلحة الشخص ، فيرجع حينئذ إلى معنى الأول المدلول عليه بما سواه من الأدلة ، فلا تكون ناهضة لإفادة المعنى الثاني ، وإذ لا دليل على ثبوتها بهذا المعنى لهم كان مقتضى الأصل عدمه مؤيدا بما هو المعهود من سيرتهم في الناس على حد سيرة بعضهم مع بعض من الاستيذان من البالغة الرشيدة في تزويجها ، وبيع المال عن المالك باذنه ، وعدم التصرف في مال الصغير مع وجود وليه الإجمالي ، وعدم التصرف في مال أحد إلا بإذنه إلى غير ذلك من الموارد التي يقطع الإنسان بمساواة معاملاتهم بين الناس مع معاملات بعضهم من بعض. وبالجملية ، ليس سلطنتهم على الرعية كسلطنة السيد على مملوكه الجائز له التصرف فيه لمحض التشهي ما لم يكن من أحد الوجوه المحرمة.

هذا والبحث عن ذلك ، وإن كان قليل الجدوى ، بل معدوم الثمرة لعدم ظهورها إلا فيما عسى أن يتوهم 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 وجب تنفيذه مطلقا ، كما هو للإمام وإن قلنا بعموم ولايته ، إذ الثابت له من الأدلة الولاية بالمعنى الثاني ، وهو كون نظره شرطا في التصرف : أما مطلقا أو في الجملة : وأما كون النظر مسببا فيه ، فهو مختص بالنبي وخلفائه المعصومين صلوات الله عليهم أجمعين . كما ستعرف.

وأما الولاية لهما بالمعنى الآخر الذي قد عرفت مرجعه إلى اعتبار اذنه شرطا في تصرف الغير ، فثبوتها لهما . في الجملة . مما لا شك فيه.

ويدل عليه . مضافا 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 ونهيته وأدبه ، ويوقفهم على ما يكون به إحراز منافعهم ودفع مضارهم إذا 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 ، ولكان إتيانه عبثا بغير منفعة ولا صلاح وليس هذا من صفة الحكيم الذي أتقن كل شيء ، فان قال قائل : فلم جعل أولي الأمر وأمر بطاعتهم؟ قيل : لعل كثيرة :

منها . أن الخلق لما وقفوا على حد محدود ، وأمروا أن لا يتعدوا ذلك الحد لما فيه من فسادهم ، لم يكن يثبت ذلك ولا يقوم الا بأن يجعل عليهم فيه أمينا يمنعهم من التعدي والدخول فيما حظر عليهم ، لأنه ان لم يكن ذلك كذلك لكان أحد لا يترك لذته ومنفعته لفساد غيره ، فجعل عليهم قيما يمنعهم من الفساد ويقيم فيهم الحدود والأحكام.

ومنها . أنا لا نجد فرقة من الفرق ولا ملة من الملل عاشرنا وبقوا الا بقيم ورئيس لما لا بد لهم من أمر الدين والدنيا فلم يجز في حكمة الحكيم أن يترك الخلق مما يعلم أنه لا بد لهم منه ، ولا قوام الا به فيقاتلون به عدوهم ويقسمون به فيأهم ، ويقيم لهم جمعتهم وجماعتهم ، ويمنع ظالمهم من مظلومهم.

ومنها . أنه لو لم يجعل لهم إماما قيما أمينا حافظا مستودعا لدرست الملة وذهب الدين وغيرت السنة والأحكام ، ولزاد فيه المبتدعون ونقص منه

الملحدون ، وشبهوا ذلك على المسلمين ، لأننا قد وجدنا الخلق منقوصين محتاجين غير كاملين ، مع اختلافهم واختلاف أهوائهم وتشتت أنحائهم ، فلو لم يجعل لهم قيما حافظا لما جاء به الرسول لفسدوا على نحو ما بينا ، وغيرت الشرائع والسنن والأحكام والايمان ، وكان في ذلك فساد الخلق أجمعين» ^(١) الحديث.

وانما الكلام في ثبوتها لهما 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 مخالفا للأصل وجب الاقتصار فيما خالفه على ما قام عليه الدليل. وقصارى ما دلت عليه الأدلة لزوم الرجوع إليهم في المصالح العامة التي لا يريد الشارع فعلها من مباشر معين كإقامة الحدود والتعزيرات والقضاء في الناس دفعا للخصومة فيما بينهم ، والتصرف في مال القصر والمجانين 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 انما يكون مرجعا في مورد الشك مع انسداد باب العلم المفروض انفتاحه في المقام بالرجوع الى الامام أو نائبه الخاص ، (ودعوى) ان الأصل يقتضي توقف كل تصرف على إذنهم إلا ما خرج بالدليل بناء

(١) ذكر الحديث بكامله ، الشيخ الصدوق . قدس سره . المتوفى سنة ٣٨١ هـ . في كتابه عيون أخبار الرضا عليه السلام : ج ٢ ص ٩٧ طبع النجف الأشرف باب ٣٤ : العلل التي ذكرها الفضل بن شاذان .

على استفادته من الأدلة المتقدمة (فهي) على عهدة من استفاد منها قاعدة كلية يرجع إليها عند الشك ، ولم يتحقق عندنا من الأدلة ما يوجب ثبوتها بنحو الكلية حتى يكون مرجعا 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 ضبطا للسياسة ، واتفاقا للنظام ، كما صرح به خبر العلل وغيره.

هذا : وإذ قد عرفت ما ذكرناه مقدمة ، وتبصرت فيما عرفناك في ولاية النبي صلى الله عليه وآله ، والامام عليه السلام ، فلنراجع إلى ما هو المهم في المقام : من ولاية غير الامام من أقسام الولايات ، فنقول :
ها هنا مباحث :

(المبحث الأول)

في ولاية الحاكم ، أعني (الفقيه) في زمن الغيبة. وهذا القسم هو الأهم في التعرض من سائر أقسامها لما يبتني عليه كثير من الأحكام المتفرقة في أبواب الفقه.
والكلام فيه : . تارة في ثبوتها له ، وأخرى . في القدر الثابت منها ، وثالثة . في المولى عليه وموارد الولاية.

أما ثبوتها للفقيه ولو في الجملة ، فمما لا كلام فيه . بعد الإجماع عليه بقسميه ، وورود النصوص المعتبرة في القضاء وما يعمه ، والحوادث الواقعة . وانما الكلام في القدر الثابت منها له ، فالذي يظهر من بعض ثبوت الولاية للفقيه بمعنيها ^(١) على وجه له الاستقلالية في التصرف ، فضلا

(١) أي الخاصة والعامة. ولعل المقصود بالبعض هو المحقق الكركي

عن توقف تصرف الغير على نظره ، حسبما هي ثابتة للإمام عليه السلام إلا ما خرج بالدليل ، مستدلا على العموم بهذا المعنى بالنصوص الكثيرة الواردة في مدح العلماء المتضمنة : جملة منها : على انهم ورثة الأنبياء ^(١) وجملة : على انهم العلماء وأمناء الرسل ^(٢) ،

صاحب (جامع المقاصد) ومن تبعه ، فقد استدلوا على سعة أفق الولاية للفقهاء . في زمن الغيبة . بالأدلة الأربعة ، فالعقل المستقل بضرورة نصب الإمام الحق حفظا للنظام الديني والديني هو نفسه يستقل بضرورة استمرارية الرعاية والنظام . في زمن الغيبة . على أيدي وكلاء الامام وفقهاء الشريعة لاضطلاعهم بها أكثر من غيرهم ، واستدلوا بالإجماع بقسميه على ذلك أيضا فعن (جامع المقاصد) في هذا الباب : «اتفق أصحابنا على أن الفقيه العادل الجامع لشرائط الفتوى ، المعبر عنه بالمجتهد في الأحكام الشرعية ، نائب من قبل أئمة الهدى عليهم السلام : في حال الغيبة في جميع ما للنيابة فيه مدخل . وربما استثنى بعض الأصحاب القتل والحدود»

وهكذا استدلوا على سعة أفق الولاية للفقهاء بظاهر إطلاقات الآيات الشاملة . بمقتضى عموم الخطاب فيها لكل زمان . للفقهاء أيضا ، مثل قوله تعالى «فَسْأَلُوا أَهْلَ الدِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ» وقوله تعالى ! «أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ».

واستدلوا . أخيرا . على ذلك بطوائف كثيرة من النصوص الواردة عن أهل البيت عليهم السلام : أشار الى جملة منها سيدنا المصنف (قده)

(١) أصول الكافي ، كتاب فضل العلم ، وباب صفة العلم حديث (٢) وباب ثواب العالم والمتعلم حديث (١).

(٢) المصدر نفسه باب صفة العلم ، حديث رقم (٥).

وعلى أنهم حصون الإسلام ^(١) ، وعلى أنهم خلفاء النبي (ص) ^(٢) وعلى تشبيههم بسائر الأنبياء في حديث افتخاره يوم القيامة . في المروي عن (جامع الأخبار) ^(٣) وعلى تنزيلهم منزلة أنبياء بني 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 منسوباً الى الشيخ الصدوق . قدس سره . والظاهر عدم صحة النسبة ، كما حقق ذلك المحقق الثبت الشيخ آغا بزرك الطهراني رحمه الله في (الذريعة ج ٥ ص ٣٣) بحرف الجيم .
- ومما قاله بعنوان (جامع الأخبار) : «المطبوع مكرراً من سنة ١٢٨٧ هـ . حتى اليوم ، المتداول المرتب على (١٤١ فصلاً) المشهور انتسابه الى الشيخ الصدوق ، لكنه مما لا أصل له أصلاً ، وقد اختلفت أقوال الأصحاب في تعيين مؤلفه ، نعم هو غير الصدوق جزماً ، كما ذكره شيخنا في (نفس الرحمن) ثم فصله في (خاتمة المستدرک ص ٣٦٦) وأنهى أطراف التزديد في المؤلف إلى سبعة كلها محتملات» الى آخر العرض في التحقيق الذي يبعث على عدم الثقة بالنسبة ، والله العالم . وهذه الجملة ذكرت في الكتاب : الفصل العشرون في العلم ، ضمن حديث مفصل عن رسول الله (ص) من طريق أبي هريرة قال : خطبنا رسول الله (ص) فقال : أيها الناس إن في القيامة أهوالاً . إلى قوله . : اجثوا على ركبكم بين يدي العلماء تنجو منها ومن أهوالها ، فاني أفتخر يوم القيامة بعلماء أمتي كسائر الأنبياء قبلي» والظاهر من هذه الجملة تشبيه نفسه (ص) بسائر الأنبياء من حيث الافتخار بعلمائهم ، لا تشبيه علماء أمته بسائر الأنبياء ، فكلمة (كسائر) متعلقة بكلمة (افتخر) لا أنها صفة للعلماء ، والله العالم .

في المروي عن (الفقه الرضوي) ^(١) ، وعلى فضلهم على الناس كفضل

(١) وهو كتاب فقه الرضا ، المنسوب الى الامام الرضا عليه السلام وقد ظهر الكتاب على يد المجلسي صاحب البحار في أواخر القرن الحادي عشر الهجري. وقد اختلف العلماء في صحة النسبة وحجية ما في الكتاب من الروايات وعدم ذلك على أقوال شتى :

فمنهم من يرى صحة النسبة والحجية معا ، وفي طليعتهم المجلسيان الأول والثاني . قدس سرهما . ويميل إلى رأيهما بصحة النسبة والاعتماد عليه سيدنا الحجة البالغة السيد بحر العلوم . قدس سره . فقد عقد لذلك في آخر كتاب (فوائده الأصولية) فائدة خاصة ، فصل فيها مختلف الآراء حول صحة النسبة والاعتماد وبطلانها ، وأخيرا يظهر منه صحة النسبة والاعتماد لما فصله من ذكر المؤيدات الناصعة في إثبات ذلك. وهذا الرأي يعني : أن الكتاب للإمام (ع) تأليفا أو إملاء.

وقول بإنكار النسبة وعدم صحة الاعتماد على ما جاء فيه من اخبار كما ذهب الى ذلك صاحب الفصول والحر العاملي وبعض آخر غيرهما وقول ثالث بالتوقف في ذلك ، كما يظهر من الفاضل الهندي في (كشف اللثام) وبعض آخر.

وقول رابع : اعتبار أخباره من الأخبار القوية المحتاجة إلى تعضيد أو سلامة من المعارض . مع إنكار النسبة الى الامام (ع) . كما هو رأي الشيخ الأنصاري وبعض معاصريه.

والظاهر . كما عليه المستدرك للنوري والسيد المحسن الكاظمي وبعض المحققين من المتأخرين : أنه ليس من تأليف الإمام (ع) ولا من إملائه على أصحابه ، ولكنه من إملاء بعض أصحابه وجمعه لأقوال الامام كأنه الأصل من كلامه ، فما جاء فيه من أخبار في معرض الحجية وعدمها.

النبي (ص) : على أداتهم . في المروي عنهم . في الاحتجاج ^(١) ، وعلى تفضيلهم على جميع خلق الله إلا النبيين والمرسلين وكفضل الشمس على الكواكب ، وفصل الآخرة على الدنيا ، وكفضل الله على كل شيء ، في المروي عن (المنية) انه : (قال الله تعالى لعيسى عليه السلام : عظم العلماء واعرف فضلهم واني فضلتهم على جميع خلقي إلا النبيين والمرسلين ^(٢) وعلى أنهم حكام على الملوك والملوك حكام على الناس ، في المروي عن كنز الكراچكي ^(٣) عن الصادق عليه السلام ، وعلى الرجوع إليهم في الحوادث الواقعة ، فيما صدر من التوقيع الرفيع المشهور ، وأن مجاري الأمور بيدهم ، وعلى نصبه حاكما وقاضيا ، في مقبولة ابن حنظلة ، ومشهورة أبي خديجة ^(٤) الى غير ذلك مما ورد في تعريفهم وتوصيفهم وأنهم كفلاء لأيتام آل محمد ، صلى الله عليه وآله ، المعني بهم هنا الأئمة : من يتم العلم لا يتم الأبوين .

وتقريب الاستدلال بهذه الأخبار هو أن يقال :

أما الجملة الأولى : فبتقريب أن الإرث هو انتقال مال المورث الى

(١) في أوائل كتاب منية المريد في آداب المفيد والمستفيد للشهيد الثاني . قدس سره .

(٢) أوائل كتاب : منية المريد في آداب المفيد والمستفيد للشهيد الثاني . قدس سره .

(٣) كنز الفوائد للقاضي أبي الفتح محمد بن علي بن عثمان الكراچكي من أعلام القرن الخامس الهجري ومن

تلامذة الشيخ المفيد . قدس سره . ذكره وذكر كتابه باطراء سيدنا الحجة المهدي . 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 بهم كثيرا في إطلاق العلماء ، وحملًا للإرث حينئذ على معناه الحقيقي وهو الوارث لا بواسطة ، ولو أريد العموم من العلماء لزم التجوز في إطلاق الورثة عليهم ، لأن العلماء ورثة الأوصياء ، والأوصياء هم ورثة الأنبياء وإطلاق ورثة الأنبياء على من كان وارثهم بالواسطة مجاز. ولو قيل بلزوم التجوز على كل تقدير : إما بتخصيص عموم العلماء أو بالتجوز في الورثة بإرادة من يكون وارثا بالواسطة.

قلنا : التخصيص أولى من المجاز حيث يدور الأمر بينهما ، ومع فرض التساوي بين الاحتمالين يسقط الاستدلال به حينئذ . أن ذلك انما يحمل الإرث على ما يشمل متعلقة الولاية حيث لا يكون من أفرادها ما هو المتبادر منه أو المنصرف اليه 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 وانما يورثون علما» ^(٢) فالموروث حينئذ ، هو خصوص

(١) إذ لا إشكال في عدم إرادة الإرث الحقيقي ههنا لعدم النسب الموجب له ، فلا بد من الأخذ بأقرب المجازات ، وهو انتقال ما هو ثابت لهم عليهم السلام : من المنزلة والمقام الى العلماء ، وهي الولاية والسلطة على الرعية ، إلا ما أخرج الدليل.

(٢) في أوائل كتاب (منية المريد في آداب المفيد والمستفيد للشهيد الثاني) الحديث عن أبي الدرداء ، قال : سمعت رسول الله (ص) يقول : من سلك طريقا يلتمس فيه علما سلك الله به طريقا إلى الجنة وان الملائكة لتضع 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 فتثبت للعلماء أيضا ، لوجود ما هو مناط وجودها فيهم أيضا (مدفوعة) بأن الملازمة على تقدير تحققها إنما تستلزم وجودها لهم في الجملة ، دون القدر الثابت منها للنبي . صلى الله عليه وآله . لقوة احتمال تبعية الولاية للعلم في المقدار .

وأما الثانية ، فبتقريب أن الأمين له الولاية فيما هو أمانة عنده من مال 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 الأمانة حينئذ : هي في صفات الرسل من العلم بالأحكام والولاية ونحوهما . ويمكن أن يقرر وجه آخر وهو أنهم أمناء على الرعية ، فتكون هي المقصود بأمانة ، فكما أن الأمين له ولاية حفظ الأمانة بجميع معاني حفظها عن التلف والفساد بحيث يكون حافظا لوجودها ولسلامتها ، فكذلك في المقام ، لتحقيق 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 صلى 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 ، مضافا 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 دينارا ولا درهما وإنما ورثوا العلم فمن أخذ به فقد أخذ بحظ وافر» .

ثبوته . في الجملة . في مدحهم وإطلاق الأمناء عليهم ، وأما التعميم الى جهات الإتيان وقدر الامانة ، فالاطلاقات مهمة من هذه الحثية ، غير مسوقة لبيانها .
ومثل ذلك تقريبا وردا : يجري في الثالثة المعبر فيها عنهم يحصون الإسلام بناء على أن التشبيه بالحصن من حيث كونه حافظا لما فيه من عروض الآفات عليه .
وأما الرابعة ^(١) : فبتقريب أنه لو قيل : فلان خليفتي ، من غير تقييد فهم عرفا منه ، بل كان معناه : أنه قائم مقامه في كل ما كان له أن يفعل الا ما خرج ، تنزيلا للخلف منزلة السلف فيما تقتضيه الوظيفة التي منها الولاية .
وفيه : ما تقدم من التبادر أو الانصراف الى التنزيل في تبليغ الأحكام الموجب للحمل عليه ، لا على العموم .
ومثل ذلك يجري فيما ورد من التشبيه بالرسول ^(٢) تعميما لوجوه الشبه أو اختصاصا بما يتبادر منها أو ينصرف اليه .
وكذا فيما ورد من التنزيل منزلة الأنبياء في بني إسرائيل في (الرضوي) ^(٣) .

(١) وهي قوله (ص) : اللهم ارحم خلفائي ، قيل : ومن خلفاؤك يا رسول الله؟ قال : الذين يأتون من بعدي ويروون حديثي وسنتي . كما في رسالة الفقيه .
(٢) أمثال قوله (ص) : «علماء أمتي كسائر أنبياء بني إسرائيل» . كما في كتب الاخبار .
(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 انها ممنوعة عكسا ، وان سلمت طردا ، إذ لا يلزم أن يكون الفاضل وليا 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 مرجح.

بقي الجواب عما قد يشكل على الخبر المروي عن قوله تعالى لعيسى : عظم العلماء
واعرف فضلهم فاني فضلتهم على جميع خلقي إلا النبيين والمرسلين ^(٢) فان العلماء ان أريد
بهم خصوص الأئمة عليهم السلام : لزم مفضوليتهم بالنسبة إلى سائر النبيين والمرسلين وهو
غير معلوم ، بل معلوم العدم ^(٣) ، وان أريد بما غيرهم لزم أفضلية العلماء من الأئمة لدخولهم
حينئذ في الجمع المضاف.

فنجيب عنه بإرادة أفضلية علماء كل عصر بالنسبة إلى أهل عصرهم إلا نبي ذلك
العصر ، وأفضلية الأئمة على أنبياء السلف والمرسلين مستفادة من دليل خارج ، فلا
تخصيص حينئذ ، لا في الجمع المحلي باللام ولا المعرف بالإضافة.

(١) أمثال قوله (ص) : . كما عن مفتاح الفلاح للبهائي . : «علماء أمتي أفضل من أنبياء بني 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 للشهيد الثاني.

(٣) فإن الذي يظهر من الاخبار الواردة في مظانها : «أن الأئمة عليهم السلام أفضل الخليفة بعد النبي محمد
(ص) : آدم ومن دونه».

وأما كونهم حكاما على الملوك الذين هم حكام على الناس ^(١) فغاياته 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 للفقهاء على وجه يكون مستقلا بالتصرف كالإمام إلا فيما خرج بالدليل.
وبالجملة : لا شك في قصور الأدلة عن إثبات أولوية الفقهاء 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 للفقهاء إنما 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؟ وجهان بل قولان :

(١) كما عن كنز الكراچكي من قول الامام الصادق (ع).

(٢) من قوله (ع) : في التوقيع المشهور : «فإنهم حجتي عليكم وأنا حجة الله» وقول الامام الحسين (ع) كما في تحف العقول : «أن مجاري الأمور والأحكام على أيدي العلماء بالله ، الأمناء على الحلال والحرام» وقول الامام الصادق (ع) . في مقبولة ابن حنظلة . «فإني قد جعلته عليكم حاكما» وقوله (ع) في مشهورة أبي خديجة : «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 ، وإلا فهو كغيره من عدول المسلمين هو أن يقال : ان كل معروف علم ارادة وجوده في الخارج ولكن شك في توقفه على اذن الفقيه في زمن الغيبة وعدمه ، بل يجب إيجاداه على كل من يقدر عليه كفاية : فأما أن يكون الشك فيه مسببا عن الشك في كونه مشروطا بإذن الإمام عليه السلام أولا ، أو يكون مسببا عن الشك في حصول الاذن منه للفقيه بخصوصه ولو بنحو العموم في المتعلق بعد فرض اعتبار اذنه فيه . وبعبارة أخرى : الشك في وجوب الرجوع فيه الى الفقيه : مرة . للشك في وجوب الرجوع فيه إلى الامام عليه السلام ، وأخرى في مأذونية الفقيه منه بالخصوص ، ولو بنحو العموم بعد إحراز كونه مما يعتبر فيه إذن الامام عليه السلام.

أما إذا كان منشأ الشك هو الأول ، فلا مانع عن التمسك فيه بالأصل الذي مقتضاه عدم ، إذ المانع عنه . كما تقدم . ليس الا انفتاح باب العلم المفروض انسداده في زمان الغيبة . وعليه فيكون من الواجب كفاية على كل من يقدر عليه . فقيها كان أو غيره . وان كان هو الثاني ، فلا كلام في كون الفقيه هو المتيقن ممن كان له ولاية ذلك ، انما الكلام في اختصاصها به ، ان ثبت عموم النيابة له ، وإلا فيتولاه كل من يقدر عليه كفاية ، للعلم بإرادة وجوده شرعا وعدم تعيين الموجد له ، بناء على عدم استفادة العموم من أدلة النيابة ، الا انه حينئذ ، يدور أمره بين احتمالات ثلاثة : سقوط اعتبار الاذن في زمن الغيبة أو اختصاص الاذن للفقيه فيه ، أو تعميمه لكل من يقدر عليه . أما سقوط الاذن من أصله ، ففيه تقييد 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) معارضة 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 مخالفتهم 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 إيجاداه في الخارج مطلوبا إلا 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 حریم البحث ، لأن الشك فيهما شك في أصل إرادة إيجاداه 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 : ان ما يتوقف على اذن الامام عليه السلام : ان لم يكن لصرف تعظيمه وجلالته ومحض المكرمة

له ، بل كان من حيث رئاسته الكبرى على كافة الأنام الموجب للرجوع إليه في كل ما يرجع الى مصالحهم المتعلقة بأمور معادهم أو معاشهم ودفع المضار عنهم وتوجه الفساد إليهم مما يرجع فيه المرؤسون من كل ملة إلى رؤسائهم اتفاقا للنظام المعلوم كونه مطلوباً مدى الليالي والأيام ، فلا بد من استخلاف من يقوم مقامه في ذلك حفظاً لما هو المقصود من النظام وحينئذ فأمّا أن يكون المنصوب من قبله هو كل من يقدر عليه من غير اختصاص ببعض دون بعض ، أو يكون صنفاً خاصاً منه وعلى الثاني : فأمّا أن يكون هم الفقهاء ، أو طائفة مخصوصة غيرهم ، والأخير باطل قطعاً ، لعدم الدليل عليه ، بل ولا الإشارة منه اليه. والأول مستلزم لكفاية نظر المرید لإيجاده في الخارج والاستغناء عن نظر من يكون نظره مكملًا ومعتبراً في تصرف غيره ، وهو مناف للفرض من إنابته بنظر الامام من حيث رئاسته الذي مرجعه 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 : «بحجاري الأمور بيد العلماء» وقوله : «هو حجتى عليكم ، وجعلته حاكماً» فان المتبادر منها عرفاً استخلاف الفقيه على الرعية وإعطاء قاعدة لهم كلية بالرجوع إليه في كل ما يحتاجون إليه في أمورهم المتوقفة على نظر الامام ، وان وقع السؤال في بعضها عن بعض الحوادث الا أن الألف واللام في الجواب ظاهرة في الجنس بقرينة المقام وسوقه مساق ما هو كالصریح في العموم بإرادة كل أمر من الجمع المحلى في قوله : «بحجاري الأمور» مما يكون من شأنه الجريان عن نظر الامام عليه السلام. نعم لو شك في جهة اعتبار نظره بين كونه شرطاً تعبدًا الموجب للاقتصار فيه عليه ، أو من حيث رئاسته الموجب للاستخلاف فيه كان المرجع في وجوب

الرجوع إلى الفقيه هو البراءة هذا مضافا الى غير ما يظهر لمن تتبع فتاوى الفقهاء في موارد عديدة . كما ستعرف . في اتفاقهم على وجوب الرجوع فيها إلى الفقيه مع انه غير منصوص عليها بالخصوص ، وليس الا لاستفادتهم عموم الولاية له بضرورة العقل ^(١) والنقل ^(٢) ، بل استدلووا 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 . مجملا . :
فمنها . الصغير والمجنون ، فإن الولاية عليهما ثابتة للحاكم ما لم يكن لهما ولي مقدم عليه في المرتبة ^(٣) بضرورة العقل ^(٤) المؤكد بالنقل ^(٥)

(١) فان العقل كما يحكم بضرورة نصب الولاية للنبي والأئمة (ع) لاستقامة النظام الديني والديني ، كذلك يحكم بضرورة نصب من يقوم مقام الامام (ع) عند غيبته لنفس العلة وهذا المعنى من المستقلات العقلية التي لا ريب فيها .

(٢) كما عرفت آنفا من استعراض الروايات الكثيرة الظاهرة في هذا المعنى من الولاية .

(٣) وهم الأب والجد له ، والوصي المنصوب من قبلهما .

(٤) فان العقل يستقل بالحكم بضرورة نصب من يرعى شئوئهما النفسية والمالية . بحكم قصورهما عن ذلك . وحيث لا يوجد لهما ولي ذاتي أو منصوب من قبله . فلا مناص من إناطة الأمر إلى الحاكم الشرعي لأنه ولي من لا ولي له . كما اشتهر في الحديث النبوي . :

(٥) فمن الكتاب مفهوم قوله تعالى : . كما في سورة النساء . : «وَأَيُّتِلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ،

فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا

فله التصرف في نفوسهم مما يوجب حفظها وترتيبها ، حسبما تقتضيه مصالحهم التي منها الإيجار والاستيجار ، فضلا عن أموالهم ونحوها مما يرتبط بهم من الحقوق وغيرها ^(١) . فله أنحاء التصرف فيها مراعيًا فيه المصلحة لهما ولو بجلب المنفعة ، فضلا عن دفع المضرة وفي تعيين الأصلح أو كفاية الصلاح؟ وجهان : ولعل الأخير هو الأقوى ^(٢).

إِلَيْهِمْ أَمْوَالُهُمْ» والرشد . على ما هو المشهور . العقل والتدبير . فتكون الآية شاهدا لضرورة الولاية عليهما : إما من قبل وليهما النسي أو المنصوب من قبلهما أو من قبل الشرع والضرورة القطعية وهو الحاكم ومن السنة عموم الحديث النبوي المشهور : «السلطان ولي من لا ولي له» . وهو شامل لولاية الحاكم لكل من الصغير والمجنون مع فقد وليهما الأولي . والروايات عن أهل البيت عليهم السلام في هذا المعنى كثيرة تذكر في كتاب الوصايا والنكاح والحجر . كما سيأتي ذكرها في المتن .

(١) نحو حقوقهم الاعتبارية كحق الشفعة والخيار والفسخ بالخيار ودعوى الغبن والإحلاف ورد الحلف وحق القصاص بالدم والجنايات وإقامة البيئات 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 السلطنة والرعاية ، ولكن القدر المتيقن من الإجماع ودليل العقل : توخي الأصلح لهما في مورد التعارض بينه وبين محض الصلاح . وبذلك تقيد إطلاقات الأدلة النقلية غير المنبئة لذلك ، فرعاية الأصلح : ان لم تكن أقوى ، فلا أقل من الاحتياط .

ومنها . الولاية على الغائب في أمواله في الجملة ^(١) ، فإن القدر الثابت أن له التصرف فيها ولاية بيع ونحوه إذا تسارع اليه الفساد ونحوه مما يوجب بقاءه الضرر عليه ، أو استيفاء حق للغير مستحق عليه ، يتوقف استيفاؤه منه ولو ببيع ونحوه ، لما دل على ولايته على الممتنع عن أداء الحق عليه ^(٢) بعد اتحاد المناط بينهم من امتناع إيصال الحق إلى مستحقه ، من غير فرق في الامتناع بين كونه قهراً أو عن اختيار ، إلا في 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 يتعين كونه له بقبضه إياه منه لا قبله إن كان ديناً ونحوه من المثليات 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 والأسير ، ومطلق الغائب المجهول الجهة . والثاني . الغائب المعلوم الخبر ولكن غيبته مجهولة الأمد ، مع طول المدة ، والظاهر شمول الولاية في الجملة لكلا النوعين كما يظهر من عموم مناطات الأدلة الواردة في بعض الفروع ، بالإضافة إلى الإطلاقات الشاملة .

(٢) كما سيأتي بيان ذلك من قبل المصنف . قريباً .

(٣) كمرسلة جميل بن دراج عن أحدهما . عليهما السلام . : قالوا : « الغائب يقتضي عليه إذا قامت عليه البينة ويبيع ماله ، ويقتضي دينه ، وهو غائب .. » وغيرها من الروايات بهذا المضمون . في باب القضاء .

وأما في غير ذلك فليس له ولاية التصرف ، وإن كان له فيه المصلحة والا لجاز التصرف للحاكم في أموال الغيب والتقلب فيها للاسترباح لهم المقطوع بعدم جوازه ، للأصل ، وقاعدة المنع عن التصرف في مال الغير إلا بأذنه . والتشبيث 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 وإن 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 الغيب 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 الوارث فرع تحقق كونه مالكا بالإرث وتنزيل الظن بالموت بعد الفحص منزلة اليقين بعد تسليمه . كما ستعرف . مخصوص بما دل على اعتباره في خصوص بينونة 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 . كباب الفرائض ، المسألة الثامنة من مسائل ثمانية : المفقود يترصد بماله .

تعليقا على قول المحقق (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 : ان كان هناك من ينفق عليها ، أو صبرت على ما هي عليه ، فلا بحث ، وان 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 بأربعة أشهر وعشرة أيام ثم هي تحل للأزواج من غير توقف على الطلاق . كما هو ظاهر المحقق 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 مقيدتها . نعم عن (الحلي) سقوط هذا الفرع من أصله في زمن الغيبة وأنها مبتلاة فيه وعليها الصبر إلى أن يعرف موته أو طلاقه ^(٢) .

(١) قال . في كتاب الطلاق ، المقصد الخامس في العدد ، الفصل الخامس في عدة الوفاة . «والمفقود إن عرف خبره . الى قوله . : وان 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 : «وأما ما يجري مجرى الموت فشيئان : أحدهما . غيبة الزوج التي لا تعرف الزوجة معها له خبرا ولا لها نفقة . وبعد عرض المسألة وحكمها كما في المتن . يقول : «وهذا حكم باطل في حال غيبة الإمام (ع) وقصور يده ، فإنها مبتلاة ، وعليها الصبر إلى أن تعرف موته أو طلاقه على ما وردت به الاخبار عن الأئمة الأطهار» .

وهو . على أصله . حسن حيث لم يعمل بأخبار الآحاد ويؤيده النبوي المروي :
«تصبر امرأة المفقود حتى يأتيها يقين موته أو طلاقه» وخبر السكوني : «عن جعفر عن أبيه
عليهما السلام : إن عليا (ع) : قال : في المفقود لا تتزوج 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 ، وان لم تعلم أين هو من الأرض كلها ولم يأتيها منه كتاب
ولا خبر ، فإنها تأتي الإمام فيأمرها 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 ، وان قدم وهي في عدتها أربعة أشهر
وعشرا ، فهو أملك برجعتها»^(٢) وظاهرها الاكتفاء بالأمر بالاعتداد من غير توقف على
الطلاق.

ومنها صحيحة الحلبي : «سئل أبو عبد الله عليه السلام : عن المفقود؟ قال : المفقود
إذا مضى له أربع سنين بعث الوالي أو يكتب إلى الناحية التي هو غائب فيها ، فان لم يجد
له أثرا أمر الوالي وليه أن ينفق عليها ، فما أنفق عليها فهي امرأته ، قال قلت : فإنها تقول :
إني أريد ما تريد النساء : قال : ليس لها ذلك ولا كرامة ، فان لم ينفق عليها وليه

(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 طلاقاً»^(١)

ومنها . صحيح بريد : «سألت أبا عبد الله عليه السلام : عن المفقود كيف يصنع بامرأته؟ قال : ما سكنت وصبرت يخلى عنها ، فإن هي رفعت أمرها إلى الوالي أجلها أربع سنين ، ثم يكتب إلى الصقع الذي فقد فيه فليسأل عنه ، فإن خبر عنه بحياة صبرت ، وإن لم يخبر عنه بشيء حتى تمضي الأربع سنين دعا ولي الزوج المفقود ، فقيل له : هل للمفقود مال؟

قال : فإن كان له مال أنفق عليها حتى يعلم حياته من موته ، وإن لم يكن له مال قيل للولي : اتفق عليها ، فإن فعل فلا سبيل لها أن تتزوج ، ما أنفق عليها ، وإن أبي أن ينفق عليها أجبره الوالي على أن يطلق تطليقة في استقبال العدة وهي طاهر ، فيصير طلاق الولي طلاق الزوج ، فإن جاء زوجها من قبل أن تنقضي عدتها من يوم طلقها الولي فبدا له أن يراجعها فهي امرأته ، وهي عنده على تطليقتين ، وإن انقضت العدة قبل أن يجيء أو يراجع فقد حلت للأزواج ولا سبيل للأول عليها»^(٢).

ومنها . مرسله الفقيه ، وفيه : «وفي رواية أخرى : إن لم يك للزوج ولي طلقها الوالي ، ويشهد شاهدين عدلين ، فيكون طلاق الوالي طلاق الزوج ، وتعد أربعة أشهر وعشرا ، ثم تتزوج إن 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).

أيجبر وليه على أن يطلقها؟ قال : نعم ، وان لم يكن ولي طلقها السلطان قلت فان قال الولي : أنا أنفق عليها؟ قال : فلا يجبر على طلاقها ، قال قلت : رأييت ان قالت : أنا أريد ما تريد النساء ولا أصبر ولا أقعد كما أنا؟ قال : ليس لها ذلك ، ولا كرامة إذا أنفق عليها»^(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 ، فالعدة عدة الوفاة ، وإما حيا فالفرقة بالطلاق ، وعدة الوفاة مشتملة على عدة الطلاق ، وتظهر الثمرة فيما لو آب فيما بين العدتين لم يملك رجوعها لانكشاف الواقع بانقضاء عدتها (حسن) لو لا أنه اجتهد في مقابل النص المصرح في مضمير سماعة بما لو قدم وهي في عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام كان أملك برجعته ، الشامل لما لو كان وقت قدومه بين زمن العدتين ، فلا مندوحة عن الالتزام تعبدا بكون عدة هذا الطلاق بخصوصه مساوية لعدة الوفاة.

هذا ، ولعل المراد بالولي المأمور من الحاكم بالطلاق : هو من كان متصرفا بالولاية الإذنية ، لا خصوص الوكيل لمنافاته لعطفه عليه في الصحيحة المتقدمة ، فلا ينافي عطفه عليه لكونه أخص منه ، أو الأولى بميراثه من أولى الأرحام ، أو الولي الإجباري باعتبار سبق ولايته في حال الصغر ، وان زالت عنه في الكبر.

وكيف كان ، فان رجع بعد انقضاء العدة أربعة أشهر وعشرة أيام كان أجنبيا لم يملك الرجوع بها ، تزوجت بغير أم لا ، وان رجع في

(١) الوسائل ، المصدر الآنف الذكر حديث (٥) وفي الكافي : كتاب الطلاق ، باب المفقود حديث (٣).

في أنثائها مطلقا ، كان أملك برجعتهما.

ومنها . الولاية على المحجور عليه . وهو : اما جنون 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 إجباري من الأب أو الجد له ، أو كان . وعلى التقديرين : فأما أن لا يكون جنونهما متصلا بالبلوغ ، بل تجدد وطء عليه بعده ، أو كان متصلا به .

وعلى التقادير : فاما أن يكون جنونه إطباقيا أو أدواريا يجن في وقت ويفيق في آخر . أما إذا لم يكن لهما ولي ومستته الضرورة اليه وكان إطباقيا ، فلا إشكال في كون الولاية حينئذ للحاكم مطلقا ، تجدد جنونه بعد بلوغه أو بلغ مجنونا ، بل لعل الإجماع بقسميه عليه .

وأما لو كان له ولي 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 لهما باقتضاء الأبوة والجدودة ذلك ، غير أن البلوغ مانع عنه فتعود بطروء عليه (موقوفة) على استفادة ذلك من الأدلة ، ودونها حرط القتاد ، فالولاية للحاكم ، لأنه ولي من لا ولي له . نعم إذا اتصل جنونه ببلوغه أشكل الحكم بانقطاع ولايته بمجرد البلوغ مع اقتضاء الأصل بقاءها ، بناء على جريان الاستصحاب ، فيما لو كان الشك في المقتضي ، مع ظهور آية

(١) الملاحظ أن الضمائر في . التقسيم . تثني وتفرّد بلحاظي الذكر والأنثى ، أو المحجر عليه ، والمقصود واحد.

(الإيناس) ^(١) في ذلك وان كان موردها المال ، لتعليق الحكم بالدفع على البلوغ وإيناس الرشد القاضي بعدمه 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 صرحوا بعدم الولاية لأحد عليه ، بل ينتظر به إلى وقت الصحة ويوكل فيه الى نفسه .

وبالجملة : يظهر من اعتباراتهم الأمرين : مسيس الحاجة الى النكاح وكون الجنون إطباقا ، مع أن الأول يغني عن الثاني ان كانت الحاجة في مجموع الوقتين ، لعدم المسيس إليه في دور الجنون وان كان في جميعها فلا وجه للانتظار به إلى دور الإفاقة بعد تنزيل الولي منزلته ، بل يزوجه فيه دفعا للضرورة عنه وان كان أدواريا .

وأما المحجور عليه للتبذير كالفقيه : فأما أن لا يستلزم نكاحه إتلافا لما له ، أو يستلزم وعلى التقديرين : فأما أن لا تكون له بالنكاح حاجة ضرورية ، أو تكون .

فان 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 المسوغة لإتلاف ماله بعد الحجر عليه للحفظ له .

(١) وهي قوله تعالى «وَابْتَئِلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا» سورة النساء آية . ٤ .

وان كان له به حاجة يتضرر بتركه كانت الولاية فيه للحاكم مع فقد الأولى منه ، كما صرح به غير واحد من الأصحاب ، قال في (المبسوط) «وان كان 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 اضطر 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 لاستلزامه 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 السفينة ولا المولى عليها تزويجها بغير ولي جائز»^(٤) ويتم في السفينة

(١) راجع : كتاب النكاح من (مبسوط الشيخ) أوائل : فصل في ذكر أولياء المرأة.

(٢) أوائل الفصل الثالث في أولياء العقد. من كتاب النكاح.

(٣) راجع : قواعد العامة ، كتاب النكاح ، الفصل الثاني في الأولياء.

(٤) المراد بالفضلاء هم الأربعة الموثقون : الفضل بن يسار ومحمد

بعدم القول بالفصل بينه وبين السفهية ، فتأمل. فلو استقل فيه بنفسه . والحال هذه . بطل عقده على الأقوى ، لكون الولاية فيه للحاكم لما ذكرنا ، لا لما توهم من التلازم بين ولاية النكاح وولاية المال ، لانتقاضه بالمفلس وطلاق زوجة المفقود.

ويحتمل . كما قيل . الصحة ، لأنه بنفسه ليس تصرفا ماليا ، والمهر غير لازم في العقد بنفسه ، والنفقة تابعة كتبعية الضمان للإتلاف.

وفيه : ان صحة العقد مع عدم المهر أو فساد لا ينفي لزوم الخسارة في ماله ، وقياس بتبعية النفقة للنكاح بتبعية الزمان للإتلاف ، قياس مع الفارق لأن الضمان مرتب على تحقق الإتلاف في الخارج وان كان محرما ، والنفقة مرتبة على العقد الصحيح وهو . لاستلزامه التصرف في المال . يقع فاسدا لا تأثير له. وأما الكلام فيه بالنسبة إلى وليه الإجباري ، فهو الكلام في المجنون بالنسبة إليه حرفا بحرف.

وأما المحجور عليه للصغر فلم أعثر على من صرح 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 ووزارة بن أعين وبريد بن معاوية. والصحيحة 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 اللعة : «والحاکم والوصي يزوجان من بلغ فاسد العقل» قال : «ولا ولاية لهما على الصغير مطلقا في المشهور» وقال : السيد الطباطبائي في الرياض ، كتاب النكاح في فصل أولياء 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) . اتفاقهم عليه ، بل الذي يظهر منهم كونه من المسلمات عندهم حتى أن من تنظر فيه انما تنظر في الدليل . كما ستعرف .

قال : في (المبسوط) فيما حضري من نسخته : «النساء على ضربين عاقلة ، ومجنونة ، فإن كانت مجنونة ، نظرت : فان كان لها أب أو جد كان لهما تزويجها . صغيرة أو كبيرة بكرًا كانت أو ثيبًا فان لم يكن لها أب ولا جد ولها أخ أو ابن أخ أو عم أو ابن عم أو مولى نعمة فليس له إجبارها بحال . صغيرة أو كبيرة بكرًا كانت أو ثيبًا . بلا خلاف ، ولا يجوز للحاكم تزويجها . وعند المخالف : للحاكم تزويجها ، ان كانت كبيرة بكرًا كانت أو ثيبًا . الى أن قال : وان كانت عاقلة ، نظرت : فان كان لها أب أو جد أجبرها ، ان كانت بكرًا . صغيرة كانت أو كبيرة . وان كانت ثيبًا كبيرة لم يكن لهما ذلك وان كانت ثيبًا صغيرة كان لهما ذلك . وفيهم من قال : ليس لهما ذلك على حال وان كان لها أخ أو ابن أخ أو عم أو ابن عم أو مولى نعمة لم يكن له تزويجها صغيرة بحال وان كانت كبيرة كان له تزويجها بأمرها . بكرًا كانت أو ثيبًا . والحاكم

الوصي للأب والجد صغيري الموصي مطلقا على الأشهر كما في المسالك : وهو الأظهر ، وعلى الفقرة الثانية هكذا : وكذا الحاكم .. فلا يزوج الصغيرين مطلقا في المشهور» فالملحظ ان كلمة الأشهر وردت في الوصي لا في الحاكم . كما يقول السيد المتن فلاحظ .

(١) قال : الشيخ البحراني . قدس سره . في الحدائق الناضرة أوائل كتاب النكاح ، في ولاية الحاكم : «وتثبت 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 أخ وعم وابن عم ومولى نعمة ، والحاكم : فإن كان أب أو جد . وكانت مجنونة . أجبرها ، صغيرة كانت أو كبيرة ثيبا كانت أو بكرا. وإن كانت عاقلة أجبرها إن كانت بكرا ، صغيرة كانت أو كبيرة ، وإن كانت ثيبا لم يجبرها صغيرة عندهم ، وعندنا : إن لهما إجبارها إذا كانت صغيرة ، وله تزويجها بإذنها إذا كانت كبيرة ، فإن كان لها أخ وابن أخ وعم وابن عم ومولى نعمة لم يجبرها أحد منهم ، صغيرة كانت أو كبيرة بكرا كانت أو ثيبا عاقلة كانت أو مجنونة ، والحاكم يجبرها إذا كانت مجنونة ، صغيرة أو كبيرة ، وإن كانت عاقلة فهو كالعم» ^(١) انتهى.

ولعل كلامه هنا في الصغيرة المجنونة بالنسبة إلى ولاية الحاكم عليها ينافي كلامه المتقدم فيها فلاحظ ^(٢) وعنه في (التيان) : «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 مسكوت عنه ،

(١) راجع ذلك من المبسوط : كتاب النكاح في أوائل : فصل في ذكر أولياء المرأة ..

(٢) أي كلامه في العبارتين مختلف بالنسبة إلى الصغيرة المجنونة ففي العبارة الأولى يقول : «ولا يجوز تزويجها ..» أي مطلقا ، وأخيرا 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 اللاتي 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 الامام العادل أو من يأذن له الامام ، ويدخل فيه الفقيه المأمون القائم بشرائط الاقتداء والحكم ، وليست ولايته عامة ، وليس له ولاية على الصغيرين ولا على من بلغ رشيدا ، ذكرا كان أو أنثى . إلى أن قال في المسألة الثالثة . قد بينا أنه ليس للسلطان ولاية في تزويج الصغائر وبه قال الشافعي ، خلافا لأبي حنيفة فإنه قال : له تزويجها الا أنه لا يلزم ، فاذا بلغت كان لها الرد ، بخلاف تزويج الأب والجد ، وعلى هذا التفسير فهو موافق لمذهبنا لأنه فضولي لا فرق بينه وبين الأجنبي» ^(٢).

وقال في (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 تجدد جنونه بعد بلوغه ، ذكرا كان أو أنثى ، مع الغبطة ، فلا ولاية له على الصغيرين ، ولا على الرشيدين ، وتسقط ولايته مع وجود الأب أو الجد له»^(١) وقال الكركي في شرحه . بعد ذكره المراد من الحاكم : «إذا تقرر ذلك فولاية الحاكم في النكاح إنما تثبت على من بلغ فاسد العقل أو تجدد فساد عقله بعد البلوغ ، ذكرا كان أو أنثى ، إذا كان النكاح صلاحا 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 ، وعللوه بأنه لا حاجة له الى النكاح ، والأصل عدم ثبوت ولايته فيه ولا يخلو من نظر ، ان لم يكن إجماعيا»^(٤).

وقال : سبطه السيد السند في (شرحه على النافع) : «وهذا التفصيل أعني اختصاص ولايته بمن بلغ فاسد العقل هو المعروف من مذهب الأصحاب

أولياء العقد من كتاب النكاح ، بل الموجود مضمونها ، ولكنها بنصها موجودة في نفس الباب من (المختصر النافع) للمحقق نفسه :

(١) يراجع من قواعد العلامة : الفصل الثاني في الأولياء من كتاب النكاح

(٢) جامع المقاصد للمحقق الكركي ، أوائل كتاب النكاح ، في أولياء العقد.

(٣) نقلنا نفس العبارة عنه 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 والحق ، انه : ان اعتبرت الإطلاقات والعمومات المتضمنة لثبوت ولاية الحاكم وجب القول بثبوت ولايته في النكاح على الصغير والمجنون مطلقا كما في ولاية المال ، وإلا وجب نفيها كذلك. أما التفصيل فلا وجه له ، ولعلمهم نظروا في ذلك إلى أن الصغير لا حاجة له إلى النكاح ، بخلاف من بلغ فاسد العقل ، وهو غير واضح ، فإن الحاجة للكبير ، وان كانت أوضح ، لكنها ليست منتفية في حق الصغير ، خصوصا الأنثى. والمسألة محل إشكال ، وللنظر فيها مجال»^(١).

وقال في (الكشف) : «ولا ولاية له على الصغيرين للأصل ، وعدم الحاجة فيهما ، وفيه نظر ظاهر ، فان استند الفرق إلى الإجماع صح ، والا أشكل»^(٢) انتهى.

(١) يقصد بالسيد السند : السيد محمد بن علي بن الحسين بن أبي الحسن الموسوي الجبعي صاحب المدارك المتوفى سنة ١٠٠٩ هـ ، العليم المحقق تلمذ على أبيه . تلميذ الشهيد الثاني . وعلى المقدس الأردبيلي وغيرهما من فحول الفقهاء . وكان الشهيد الثاني . صاحب المسالك . جده لأمه ، فلذلك غير عنه سيدنا في المتن بسببه . من آثاره العلمية . غير المدارك . شرح مفصل على المختصر النافع للمحقق الحلي ، ولعله لم يزل من نفائس المخطوطات . ولقد نقل نفس العبارة المشار إليها في المتن شيخنا المحقق البحراني في حقائقه في باب (ولاية الحاكم).

(٢) يقصد (كشف اللثام في شرح قواعد الأحكام) تأليف المحقق 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 . خبر محمد بن مسلم : «عن أبي جعفر . عليه السلام . في الصبي يتزوج
الصبية : يتوارثان؟ قال : إذا كان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم»^(١) . ومنها . خبر عبيد بن
زرارة المروي في (البحار) : «عن أبي عبد الله . عليه السلام . في الصبي يتزوج الصبية هل
يتوارثان؟ فقال : ان 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 أدركا ، فإن رضا بذلك ، فإن المهر
على الأب ، قلت : فهل يجوز طلاق الأب على ابنه ، في صغيره؟ قال : لا»^(٣) واشتمال
ذيله على ما لا نقول به : من الخيار بعد الإدراك لا يضر في الاستدلال بصدوره 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) بعدة أسانيد

(٣) تهذيب الشيخ : كتاب النكاح باب ٣٢ حديث (١٩) ،

بينهما ، ولا مهر الا أن يكونا قد أدركا ورضيا ، قلت : فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال : يجوز ذلك عليه ان هو رضي ، قلت : فان كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي بالنكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أترثه؟ قال : نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك ، فتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث الا رضاها بالتزويج ، ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر قلت : فان ماتت الجارية 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 الجارية ..» ^(١) الخير . واختصاص المورد بالأب ، وان وقع في فرض السؤال ، الا أن مساقها مساق غيرها من الأخبار ، وذكر الأب قرينة إرادة غيره من الوليين المذكورين أولا ، ولذا كان لهما الخيار عند البلوغ لكونه حينئذ فضوليا موقوفا على الإجازة . ومنها . رواية داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام ، وفيها : «واليتيمة في حجر الرجل لا يزوجهما إلا برضاها» ^(٢) بناء على ارادة البلوغ كناية من المستثنى الشامل بإطلاق المستثنى منه لما لو كانت في حجر الحاكم ، ويؤيد القول به كونه من المسلم 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 . : «المجنون الصغير يجوز للأب والجد له أن يزوجه مع المصلحة كالعاقل ، وليس لغيرهما ذلك

(١) الكافي للكليني ، كتاب الموارث باب ميراث الغلام والجارية يزوجان : حديث (١) . والتهذيب للطوسي

كتاب النكاح ، باب ٣٢ عقد المرأة وأولياء الصبية ، حديث (٣١) .

(٢) التهذيب ، كتاب النكاح باب ٣٢ حديث (٢٦) .

من عصابة وسلطان إجماعاً» ^(١) انتهى.

ونفي الولاية عن غيرهما في المجنونة 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 المجنونة أكثر منه في الصغيرة المجردة عن الجنون. بل في (الرياض) صرح بالإجماع على ما يشمله 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 الوطاء لصغره حتى يتولاه الحاكم ، دفعاً للضرر عنه. وهذا بخلاف الجنون والسفيه 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 (واضح) الضعف ، إذ المصلحة الموجبة له :

أما أن تكون لجلب المنفعة له ، أو لدفع المضرة عنه ، فإن 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 بالتزويج ، ولم يمكن التخلص بغيره ،

(١) البحث التاسع من بحوث الركن الثاني في العاقد ، وهي الزوجة أو وليها ، المسألة الثانية منه.

(٢) راجع ذلك في أوائل الفصل الثاني في أولياء العقد.

وجب على الولي ، وان كان الحاكم ، إيجادها 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 كالمجبور على البيع والطلاق ونحوهما ، فان بيع المجبور عليه والطلاق كذلك لا يؤثران تمليكا ولا بينونة قطعا بالضرورة ، بخلاف المجنون والسفيه ، فان ضرورتهما غالبا تتعلق بالوطء والمحرمية للخدمة ونحوها المتوقف دفعها على صحيح النكاح لا صورته ، فالتعليل لعدم الولاية بما عللوه : من عدم حاجة الصغير الى النكاح متين جدا.

وأقصى ما يمكن أن يستدل به للقول بثبوتها له : عموم ما دل على ولاية الحاكم المستفاد من نحو قوله (ص) : «للسلطان ولي من لا ولي له» وغيره المراد به أنه قائم مقام الولي ، حيث لا ولي غيره ، مضافا الى خبر أبي بصير الوارد في تفسير : «من بيده عقدة النكاح»^(١) ، بل في صحيح ابن سنان : «**الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النَّكَاحِ**» هو ولي أمرها»^(٢) وبذلك يقطع الأصل المستدل به على النفي ، ويخصص به ، سيما بالنبوي 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 يعم 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 : سألته عن **الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النَّكَاحِ**؟» قال : هو الأب والأخ والرجل يوصي اليه ، والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويشترى».

(٢) المصدر نفسه حديث (٢) بسنده عن عبد الله بن سنان.

كان أو غيره ، بعموم ، حذف المتعلق ، بناء على أن المنساق من النبوي ونحوه : ان كل مورد يتعلق به ولاية الولي من الأب والجد والسلطان قائم مقامه ، ومنه النكاح بالنسبة إلى الصغير .

ولكن فيه ما لا يخفى : أولا . إنه لا جابر نضيف سنده بعد ما عرفت من فتوى الكل أو الحل بالعدم وثانيا . لا عموم له . من حيث المتعلق بل هو من هذه الحيثية مهملة مسوق لإثبات الولاية . في الجملة . ، ولأن سلمنا عمومهم 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 (لأننا نقول) : غير معلوم ثبوتها في الأصل حتى يلتزم به في الفرع بعموم النيابة ، ويكفي الشك فيه . بعد أن كان مقتضى الأصل عدمه ، ولا ينافي ذلك ولايته العامة الموجبة لوجوب التسليم له في امتثال أوامره 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 أحوالهم والمعروف من سيرتهم جريهم على ما أسسوه من القواعد الشرعية والقوانين الإلهية من غير فرق بينهم وبين غيرهم من الرعية في الفروج والأموال ونحوهما . وتأخر ولايتهم

على الصغير عن وليه الإجباري أقوى دليل لما ذكرنا ، مع أنه أولى بالولي من نفسه ، فضلا عن المولى عليه . وقد تقدم من (الفاضل) ^(١) نفي الولاية عن السلطان ، المراد منه الامام (ع) فالفقيه منفية عنه بالأولية وأما تفسير (من بيده عقدة النكاح) بالولي في الرواية ، فهي جملة من حيث الذات ومهملة من حيث المتعلق . والمتيقن هو الولي الإجباري ، واردة مطلق من يتولى أمرها مقطوع بعدمها ، لشمول سعته حينئذ ، العصبية المقطوع بعدمه .

ومنها . ولايته على المفلس في التحجير عليه عن التصرف في ماله دون غيره بعد اجتماع شرائطه : من ثبوت الدين عند الحاكم ، وحاوله ونقصان ماله عنه ، والتماس الغرماء له في التحجير عليه ، لأن الحق لهم فيتوقف على مطالبته ، فان ولايته في التحجير عليه حينئذ ثابتة بالإجماع . بقسميه . ومنقوله فوق حد الاستفاضة ، المعتضد بدعوى غير واحد عدم الخلاف فيه ، وان خلت النصوص . كما في الحقائق . عما يدل عليه صريحا بل وظاهرا ولذا توقف في أصل الحجر بالفلس ، محتجا 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 بخلو النصوص عن الدلالة على الولاية صراحة وقوله : (غير ملتفت إليه) أي إلى احتجاج الحقائق بذلك . قال . في حقائقه : كتاب الحجر ، أوائل المطلب الثالث في المفلس : «بقي هنا شيء لم أقف على من تنبه له وهو أن ما اشتهر في كلام الأصحاب ، بل الظاهر أنه لا خلاف فيه من كون المفلس يجب الحجر عليه كما يجب على الصبي والسفيه والمجنون لم أقف فيه على نص واضح» .

فيه حيث قال في الرد عليه بعد نقله عن التوقف في أصل المسألة : «وفيه مع عدم انحصار الحجة فيها ، بل الإجماع بقسميه هنا كاف في ذلك على أن الموجود منها غير خال من الاشعار ، بل الظهور ، سيما النبوي المتقدم آنفا ، كموثقة عمار عن الصادق عليه السلام : «كان أمير المؤمنين (ع) يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه ثم يأمره فيقسم ماله بينهم بالحصص فان أبي باعه ، فيقسمه بينهم ، فإن الأمر بقسمة ماله ظاهر في رفع اختياره في التخصيص لو أراد ، بل هو ظاهر في رفع اختياره لو أراد التصرف فيه على وجه يخرج عن ملكه حتى لا يستحق الديانة منه ، بل لعل المراد من قوله : (يحبس) المنع من التصرف ، كما يرشد اليه خبر غياث : عن جعفر عن أبيه عليهما السلام : إن عليا عليه السلام كان يفلّس 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 الأصمغ بن نباتة : عن أمير المؤمنين عليه السلام : أنه قضى أن الحجر على الغلام حتى يعقل ، وقضى في الدين أنه يحبس صاحبه ، فان تبين إفلاسه والحاجة فيخلّى سبيله حتى يستفيد مالا ، وقضى عليه السلام : في الرجل يلتوي على غرمائه انه يحبس ثم يأمر به فيقسم ماله بين غرمائه بالحصص فان أبي باعه فيقسم بينهم ، بل وخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام : انه كان يحبس في الدين ثم ينظر فان كان له مال أعطى الغرماء وان لم يكن له مال ، دفعه الى الغرماء وقال لهم : اصنعوا به ما شئتم «ان شئتم فأجروه ، وان شئتم فاستعملوه»^(١) انتهى .

(١) هذه العبارة بطولها ذكرها في (الجواهر) : كتاب المفلس في شرح قول المحقق : «وكذا لا يحجر . عليه الحاكم لو سأل هو الحجر

وفيه : ان 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 المأخوذ في موضوعه بحيث لا يترتب الحكم المذكور مع عدم تحققه في الخارج وان كان كارها للوفاء في الباطن. وأين ذلك من التحجير عليه بالتماس الغرماء الذي يكفي في تسويغه مجرد خوفهم على تلف أموالهم ، امتنع المديون عن الوفاء أو لم يمتنع ، ومنعه عن التصرف في ماله وسلب اختياره عنه والتقسيم بين غرمائه حكم مشترك بين المفلس والممتنع ، وبينهما عموم من وجه يجتمعان ويفترقان ، فلا يستدل بنصوص الحكم في أحدهما على ثبوته في الآخر. نعم ربما 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 المعتمدة. وأما النبوي المروي عنه . صلى الله عليه وآله . أنه حجر على معاذ بالتماسه ، فهو مرمي بالضعف لكونه عاميا ، وبعدم العمل بمضمونه من الحجر عليه بالتماسه دون غرمائه ، وان استقر به في

على نفسه ، ويستعرض الأدلة على ذلك من الأصل والروايات وتحققها ويردها . الى قوله في رد الخبر . مع كون المشهور على خلافه . كما في المسالك . إلى قوله . وما أبعد ما بينه وبين المحدث البحراني الذي توقف في أصل الحجر بالفلس ، ولو مع الشرائط ، محتجا 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 . وبالجملية : فالمسألة من حيث النصوص المذكورة كما ذكره صاحب (الحدائق) إلا أنه من حيث الفتوى لا إشكال فيها ، لعدم انحصار الحجة بها ، بعد ما عرفت من الإجماع بل الضرورة عليه .

ومنها . ولايته على الممتنع عن أداء ما عليه من الحقوق المستحقة عليه ونحوها ، حتى على قبض الثمن المردود له في زمن الخيار لو امتنع عن قبضه في بيع الخيار ونحوه ، ولم يمكن إجباره عليه ، فيتولى قبضه الحاكم ويفسخ بالخيار 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 ، ولأنه من المصالح العامة التي يرجع بها إلى الامام (ع) وإلى نائبه بعموم النيابة :

وجملة الكلام في الولاية الوقف . بعد ثبوت ان للواقف جعل ولاية

(١) قال العلامة في (التذكرة) : كتاب الحجر ، أواخر الفصل الثاني في شرائط الحجر : فروع . ج . : «لو لم يلتمس أحد من الغرماء الحجر ، فالتمسه المفلس ، فالأقرب عندي جواز الحجر عليه لأن في الحجر مصلحة للمفلس ، كما فيه مصلحة للغرماء . الى 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 المجال استعراضها .

الوقف لنفسه أو لغيره بالنص والإجماع^(١). هو : أن الواقف : (مرة) يوقف العين وقفا عاما على نوع أو جهة ويجعل وليا عليه من دون أن يعين كيفية خاصة زائدة على عنوان الوقف على ذلك النوع أو تلك الجهة بل يجعل كيفية التصرف والصرف في مصرفه موكولا إلى نظر الولي ، فله بحسب الجعل من الواقف أنحاء التصرف فيه إلا ما ينافي عنوان الوقف إذا لم يعين عليه كيفية خاصة ، بل جعلها موكولة اليه ومنوطة بنظره ، فليس لأحد الرد عليه في تصرف من تصرفاته إلا ما كان منافيا للوقف وعنوانه.

(وأخرى) يعين كيفية مخصوصة ، ويقررها في جعل الوقف ، ويجعل وليا عليه بحسب ما قرره وعينه من الكيفية المخصوصة ، إلا أن غرضه من جعل النظارة على الواقف إعطاء منصب له عليه وعود منفعة . مالية كحق التولية أو اعتبارية أو هما معا . اليه بحيث يكون جل مقصوده مصلحة الولي مقدما على مصلحة الموقوف عليه ، كما لعله يقصد ذلك كثيرا في جعلهم النظارة لأولادهم للتوصل به إلى أغراضهم الدنيوية في حق أولادهم وعليه فليس له أن يتصرف فيه لغير ما قرره من الكيفية المجعولة بأصل الوقف ، لأنها غير موكولة إلى نظره كالأول : (وثالثة) يجعل وليا وغرضه

(١) وخالف ابن إدريس في (السرائر) في جواز جعلها للنفس مطلقا ، ولكنه خلاف الإجماع. قال العلامة في (التذكرة) : في مسألة أن الواقف أحق بالتولية : «حق التولية للواقف في الأصل ، لأن أصل قرينة الوقف منه ، فهو أحق أن يقوم بايصائها وصرفها في مظانها ومواردها. فاذا وقف ، فلا يخلو : إما أن يشترط التولية لنفسه أو لغيره أو يطلق ولا يذكر شيئا. فإن شرطها لنفسه صح ولزم لأنه أكد بشرطه بمقتضى الأصل . إلى قوله . : ولا نعلم فيه خلافا. 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 إخراجها عن ملكه مكيفا بهذه الكيفية. (ودعوى) كونه تصرفا في غير ملكه أو في ملك غيره بالوقف (مسلمة) لو كان جعل الولاية متأخرا عن تملك الغير أو إخراجها عن ملكه ، ولو تأخرا بالطبع ، وليس كذلك ، بل هما . أي الوقف والولاية . مجعولان يجعل واحد من المالك في ملكه ، فالنظارة المجعولة بأحد المعنيين الأولين هي ولاية ، وبالمعنى الأخير الظاهر أنها تولية ، لا ولاية. والفرق بينهما : ان التولية محض تسليط على الشيء وصاحبه مسلط ومفوض عليه ، والولاية سلطنة وصاحبه سلطان وذو سلطنة ، والفرق بين التسليط والتسلط واضح ، فالتولية والتفويض معنى ، والولاية التي حقيقتها الامارة معنى آخر. فالأولى تشبه الحكم ، والثانية تشبه الحق ، وان كثر إطلاق الولاية على التولية في كثير من مواردها في لسان الفقهاء تسامحا بإرادة الولاية بالمعنى الأعم.

هذا إذا عين الواقف وليا على الوقف. وان لم يعين» ^(٢) فان كان

(١) في الوسائل : كتاب الوقوف والصدقات باب ٢ حديث (١ ، ٢) : نص الحديث جواب مكاتبة 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 خاصا كانت الولاية للموقوف عليهم من ولاية الملك . بناء على كون العين الموقوفة ملكا لهم ملكية خاصة تباين الملكية المطلقة في كثير من أحكامها : من ضيق دائرة السلطنة ، وتقيدها بالحياة ، واقتضاءها 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 بالمعنى الأخص ، فليس له الا مباشرة إصلاح الوقف ، وصرف نمائه في مصرفه بنفسه أو بنائيه ، بناء على أن النوع أو الجهة مصرف. ولو قلنا . كما لعله الأظهر . أنه ملك للنوع ولو على جهة خاصة كالأراضي المفتوحة عنوة . على الأقوى . من كونها ملكا للمسلمين يصرف نمائها في مصالحهم العامة ^(١) كان الأظهر كونها من باب الولاية ، دون التولية.

ومنها . ولايته على المال المنتقل إليه بالإرث ممن لا وارث له سواء فإنه على المشهور . كما قيل . يجب صرفه على مطلق الفقراء ، وان لم يكن من أهل بلده. وقيل باختصاصه بفقراء بلده نظرا إلى أدلة لا تصلح لإثبات الاختصاص بهم ^(٢) ، وقيل : بحفظه 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 ، والعامة فالى الله تعالى .

(١) راجع : الجزء الأول من (البلغة) أوائل الرسالة في الأراضي الخراجية.

(٢) كما هو رأى الشهيد الأول . قدس سره . قال : في أوائل الفصل الثالث في الولاء من كتاب الميراث من (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 الجريرة . «ثم الامام عليه السلام . ومع غيبته يصرف في الفقراء والمساكين من بلد الميت» وقال الشهيد الثاني في شرح هذه العبارة : «ولا شاهد لهذا التخصيص إلا ما روي من فعل أمير المؤمنين عليه السلام . وهو . مع ضعف سنده . لا يدل على ثبوته في غيبته».

(١) قال الشيخ في (الخلاف) كتاب الفرائض مسألة ١٥ :

«كل موضع وجب المال لبيت المال عند الفقهاء للمسلمين . وعندنا للإمام إن وجد الامام العادل سلم إليه بلا خلاف ، وإن لم يوجد وجب حفظه له . عندنا . كما تحفظ سائر أمواله التي يستحقها ..».

(٢) راجع : الجزء الأول من البلغة ، ص ٢٨٨ المقالة الرابعة في أرض الأنفال .

(٣) منها . كما في الوسائل باب ٣ من أبواب ولاء ضمان الجريرة والإمامة من كتاب الفرائض والموارث . صحيحة : محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : «من مات وليس له وارث من قرابته ولا مولى عتاقه قد ضمن جريرته فماله من الأنفال» . ومنها . صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) «.. ومن مات وليس له مولى فماله من الأنفال» وغيرهما . بنفس الباب . روايات أخر بمضمونها .

قال الشهيد الثاني في (المسالك) في كتاب الفرائض . في شرح قول المحقق . أخر المقصد الثالث في الميراث

بالولاء : فإذا عدم الضامن كان الامام 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 الأراضي 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 جريانها على هذا الغائب (ع) الذي هو أكمل الأنام ، وله الولاية عليهم بالتمام ، فكيف يكون مولى على مال لمن له الولاية عليه؟

تنبيه : قد عرفت ان للحاكم ولاية على الأيتام ما لم يكن هناك ولي مقدم عليه ، فلو نصب قيما عليهم كانت القيمومة بالنيابة عنه ، ومقتضاها انزاله بموته أو بخروجه عن الأهلية. وهل له إعطاء ولاية الصغار إليه بحيث تدور سلطنة ولايته عليهم مدار حياة نفسه دون حياة الحاكم؟ الظاهر العدم ، بل هو المتعين ، للأصل ، مع عدم دليل يصلح به الخروج عنه ، وذلك واضح لا شك فيه ولا شبهة تعتريه.

هذا ما وسعني من التعرض لموارد ولاية الحاكم والتعرض لغيرها بالاستقصاء موقوف . لكثرتها وتفرقها في أبواب الفقه . على مزيد تتبع لا يسعني الآن ذلك ^(٢).

منهم المصنف . إلى قسمته في الفقراء والمساكين ، سواء في ذلك أهل بلده وغيرهم وهذا هو الأصح. وفي صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام ، والحلي عن أبي عبد الله (ع) : أنه من الأنفال وهو دال على جواز صرفه في 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 شرعا فلا ولاية للأب رضاعا ، ولا لمن أولده سفاحا.

وثبوتها لهما بالاشتراك بينهما مورد اتفاق النص والفتوى. وان اختص الأول بالذكر في أكثر النصوص ^(٢) ، الا ان المراد منه ما يشمل الجد

الفقه كولايته على التصرف في سهم الامام عليه السلام . الذي هو نصف الخمس . حسب ما يراه من المصلحة ، وكولايته على التصرف بأموال الزكاة وأخذها من الممتنع ووضعها في شئون المسلمين ، وكولايته على التصرف بمجهول المالك والمال الذي لا يمكن إيصاله الى صاحبه لبعض الموانع ، فيتصدق به على الفقراء بثواب صاحبه الواقعي . كما سيأتي من الماتن. وكولايته على التصرف في الأراضي المفتوحة عنوة في زمان الامام (ع) . كما هو الظاهر . وكولايته على من لا ولي له في الدماء والفروج والأموال المحترمة . على ضوء الأصلح . وغير ذلك كثير من الموارد الخاصة والعامة وموارد الحسبة التي سيذكر بعضها سيدنا المصنف . قدس سره . فراجع.

(١) وعليه عامة الفقهاء الإمامية ، إلا ابن أبي عقيل . من القدماء . فإنه لا يرى ولاية التزويج إلا الى الأب دون غيره من الأولياء

(٢) في (التهذيب) كتاب النكاح باب ٣٢ في أولياء العقد روايات كثيرة بهذا المضمون ، كقول الامام الباقر عليه السلام . كما في رواية زرارة ورواية محمد بن مسلم . : «لا ينقض النكاح إلا الأب».

ولو بقرينة ما تضمن لفظه منها ^(١) ، بل وتقدم عقده على عقد الأب مع المعارضة ^(٢) ، بل وإطلاقها يقتضي اشتراك الجد مطلقا وان عدّ مع الأب في الولاية. وأنه لا ترتيب في العوالي من الأجداد . كما عن الأكثر . خلافا 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 زرارة قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل ويريد جدها أن يزوجه من رجل آخر؟ قال : الجد أولى بذلك ما لم يكن مضارا ، ان لم يكن الأب زوجها قبله . ويجوز عليها تزويج الأب والجد» .
(٢) كالرواية الأنفة عن المصدر الأنف وفيه أيضا : رواية محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) قال : إذا زوج الرجل بنت ابنه فهو جائز على ابنه ، ولابنه أيضا أن يزوجه ، فقلت : فإن هوى أبوها رجلا وجدها رجلا؟ فقال : الجد أولى بنكاحها» ،

(٣) في الحدائق الناضرة للشيخ يوسف البحراني ، 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 . الى قوله . : قد عرفت مما قدمناه في غير مقام ، قوة القول الثاني .. وحينئذ ، فيقدم عقد الأعلى في الصورة التي فرضتها» . أما المفاتيح فلعله يريد به مفاتيح الملا محسن الفيض القاشاني المتوفى في قاشان والمدفون فيها سنة ١٠٩١ هـ طبع القسم منه وبقي الآخر مخطوطا ، رأينا نسخته الخطية الكاملة في مكتبة

في كتاب الوصية^(١).

ومن الغريب ما وقع من الفاضل (الجواد) في شرح اللمعتين^(٢) حيث توهم منه القول بالترتيب حتى بين الأب والجد له الأدنى حيث قال . بعد أن نسب الى 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 لمن يليه من الأجداد على ترتيب الولاية : الأقرب منهم الى الميت فالأقرب ، ومقتضاه الترتيب بين الأب والجد الأدنى أيضا ، وهو غريب لمنافاته ما فرضوه من الخلاف في تقديم عقد الأب أو الجد مع التعارض ، بل الرجحان في ذلك لعقد الجد على الأظهر لفحوى ما دل عليه في عقد النكاح من الرواية والإجماع ومنافاته لما اختلفوا فيه : من أن ولاية الجد مشروطة بحياة الأب أولا ، وفرعوا عليه تقديم وصي الأب على الجد ، وان كان الأظهر عموم ولاية

الحجة 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 الأوصياء قوله : في شرح قول المحقق (وكذا لو مات إنسان ولا وصي له ..) : «اعلم أن الأمور المفتقرة إلى الولاية : إما أن تكون أطفالا أو وصايا أو حقوقا أو ديونا ، فان كان الأول ، فالولاية فيهم لأبيه ثم لجدته لأبيه ثم لمن يليه من الأجداد على الترتيب الولاية للأقرب منهم الى الميت فالأقرب».

(٢) أشرنا . غير مرة في هذا الكتاب . الى أن المراد من (شرح اللمعتين) : شرح الروضة للشيخ الجواد المعروف بمالإ كتاب ، والتشنية 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 لمن يليه من الأجداد) : جد الميت ، فهو منه قول بالترتيب بين الأجداد ، لا بين أب الطفل وجده. وبذلك عليه صريح قوله : (الأقرب منهم الى الميت فالأقرب). ويشهد له ذكر الفرع في الوصية التي موضوعها لو مات وله أطفال فالولاية لأبيه ، أي لأب الميت الذي هو الجد الأدنى لأطفال ابنه دون أبيه الذي هو الجد الأعلى ، فهو منه قول بالترتيب بين الأجداد. لا بين الأب والجد الأدنى. كما توهمه الفاضل المتقدم ذكره.

هذا : ومن اعتبر الترتيب في الأجداد : ان استند في ذلك الى 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 اتحد زماخما ، 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 الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ» الدالة على كون القريب أول بقربه من البعيد أولوية تعيين ، 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

فيبقى 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 أحص مطلقا من عموم أولوية الأرحام بعضهم ببعض في الولاية وغيرها ، المستفاد من حذف المتعلق ، فليكن مقدما عليه تقديمًا 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 بجملة صورها الثلاثة.

الأولى : اشتراك الأجداد مطلقا مع الأب في الولاية على أطفاله ، وهو المنسوب إلى الأشهر ، بل المشهور. ويقابله القول بالترتيب في الأجداد

(١) في الوسائل ، كتاب النكاح باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث (٥) : «وعن عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن أبي المغراء عن عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إلي 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 لجلسائه الذين عنده : ما تقولون فيما يقول هذا الرجل؟ فقالوا : نكاحه باطل. قال : ثم أقبل عليّ ، فقال : ما تقول يا أبا عبد الله؟ فلما سألتني أقبلت على الذين أجابوه ، فقلت لهم : أليس فيما تروون أنتم عن رسول الله (ص) : إن رجلا جاء يستعديه على أبيه في مثل هذا ، فقال له رسول الله (ص) : أنت ومالك لأبيك؟ قالوا : بلى ، فقلت لهم : فكيف يكون هذا . وهو ماله لأبيه . ولا يجوز نكاحه؟ قال : فأخذ 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 ، لثبوت 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 قياسا بهما . لا نقول به.

ولا ولاية لغير الأب وآبائه من قبل الأب من الأقارب . مطلقا . بالنص والإجماع ^(١). والقول بثبوتها لبعض منهم . كما عن بعض . شاذ لا يلتفت إليه ^(٢).

(١) أما النص فقد ورد بمضامين كثيرة تخص الولاية بالآباء من طرف الآباء ، كمفهوم قوله (ع) : «ان كان أبواهما اللذان زوجها فنعن . كما في الوسائل باب ٦ من أبواب عقد النكاح . وأما دعاوي الإجماع في المسألة فقد تواردت على السنة عامة الفقهاء في كتبهم كما عن الشيخ في (تبيينه) في تفسير قوله تعالى «إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» : «لا ولاية لأحد عندنا إلا للأب والجد على البكر غير البالغ فأما من عداهما فلا ولاية له» ومثله غيره من عموم الفقهاء.

(٢) كالقول من بعض أصحابنا بثبوتها للام وآبائها وللأخ ، لروايات . مع ضعف سندها . محمولة على التقية ، وكالقول من بعض العامة بثبوتها للعصبة والمتق والابن بالنسبة الى أمه . كل ذلك شاذ ، ولا دليل معتبر عليه.

ثم الظاهر نفوذ تصرفهما مطلقا ، فيما يتعلق بالطفل وماله ، نكاحا كان أو غيره الا الطلاق ، فإنهما لا يملكانه بالنص وفي إلحاق الفسخ وهبة ما بقي من أجل المتعة به ، وجهان : والأقوى : عدم ، 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 منهما؟ وجوه . بل أقوال . : وسطها أوسطها ، لما دل على جواز الإقراض من مال الطفل ، وتقويم الجارية على نفسه ، وغير ذلك المعلوم خلوة بمجردة عن مصلحة تعود اليه . وعود الأجر والثواب الأخروي 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 ، واشعار 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 والمجنون خمسة : الأب والجد للأب ووصي الأب والجد والحاكم ومن يأمره . ثم قال . : وكل هؤلاء الخمسة لا يصح تصرفهم الا على وجه الاحتياط والحظ للصغير لأنهم إنما نصبوا لذلك ، فاذا 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 المحكي عن صريح المحقق ، والعلامة ،

والشهيدين ، وثاني المحققين ^(١) وعن (شرح الروضة) للفاضل الهندي ^(٢) ان المتقدمين عموما الحكم باعتبار المصلحة من غير استثناء. وعن (مفتاح الكرامة) : أنه استظهر من عبارة (التذكرة) في باب الحجر نفي الخلاف في ذلك بين المسلمين.

وربما يستدل له في الجدد مع فقد الأب بعموم قوله تعالى «وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» ^(٣) الشامل للجد ، ويتم في الأب بعدم القول بالفصل.

وفيه : . بعد تسليم . عمومها أنه مخصص بما دل على ولاية الجدد وسلطنة الظاهر في أن له أن يتصرف في مال طفل بما ليس فيه مفسدة له.

هذا : ويحتمل . غير بعيد . التفصيل بين ما لو كان تصرف الأب حاجة به وضرورة له أدت إليه فيكون له ذلك ما لم تستلزم المفسدة ، وان 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) يريد به المحقق الثاني الكركي العاملي المتوفى سنة ٩٤٠ هـ في كتابه (جامع المقاصد في شرح القواعد للعلامة) راجع : هذا الموضوع في باب شروط المتعاقدين من الكتب التي أشار إليها الماتن . قده.

(٢) واسمه (المناهج السرية في شرح الروضة البهية) يقع في مجلدات أربعة ، لا تزال مخطوطة ، راجع : (الذريعة للمحقق الطهراني باب الميم).

(٣) وتكملة الآية «حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ» سورة الانعام . ١٥٢ .

بانتفاء شرطه ، ولا كذلك لو تصرف بما فيه الصلاح فبان وجود الأصلح وقلنا بتقديم الأصلح على ما فيه الصلاح ، لوضوح الفرق بين التقديم مع المزاخمة الموقوف على الالتفات إلى وجود المزاخم ، وبين مبغوضية التصرف من أصله ، وبذلك يظهر ضعف احتمال كون الحسن حينئذ داخلا في عموم المستثنى منه المنهي عنه في آية «وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» والغفلة إنما تمنع تنجز النهي لا نفسه. ولو انعكس الأمر بأن تصرف بانيا على عدم المصلحة ، فظهر وجودها صح تصرفه ، وإن 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 مجعول 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 وإجارة ومزارة 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 الانتفال حينئذ منه إلى غيره. ومع الشك فيه يرجع إلى الشك في القابلية التي لا يمكن إحرازها بالأصل وعمومات الوصية ولعل من ذلك جواز تزويج الصغير والصغيرة لغير الأب والجد له ، وإن كان قيما ، فإن الأصحاب اختلفوا في ثبوت ولاية التزويج للوصي مطلقا ، أو مع نص الموصي له عليه أو

نفيتها مطلقا على أقوال : أشهرها . كما في (المسالك) ^(١) ، بل المشهور كما عن غيره . : هو الأخير ، للأصل مع الشك في قابليتها للانتقال عنه بعد الموت ، واستغناء الصغيرة عن الحاجة الى النكاح وعموم مفهوم الصحيحين في تزويج الصبي للصبية : «ان كان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم جائز» ^(٢) وخصوص الصحيح المضمّر : «سأله رجل عن رجل مات وترك أخوين وبنّتا والبنّت صغيرة فعمد أحد الأخوين الوصي فزوج الابنة من ابنه ، ثم مات أب الابن المزوج ، فلما أن مات قال الآخر : أخي لم يزوج ابنه ، فزوج الجارية من ابنه ، ففيل للجارية : أي الزوجين أحب إليك : الأول أو الأخير؟ قالت : الأخير ، ثم ان الأخ الثاني مات ولالأخ 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 وان كانت مضمرة الا أنها بالشهرة العظيمة منجزة.

(١) قال : الشهيد الثاني في المسالك في باب أولياء العقد من كتاب النكاح . في شرح قول المحقق : ولا ولاية للوصي وان نص له الموصي على النكاح . : «اختلف الأصحاب في ثبوت ولاية التزويج للوصي مطلقا أو مع نص الموصي له عليه أو نفيتها مطلقا على أقوال أشهرها الأخير».

(٢) إشارة إلى صحيح محمد بن مسلم عن الامام الباقر عليه السلام ، المتقدمين المذكورين في أبواب عقد النكاح وأولياء العقد من كتاب النكاح من الوسائل وغيره من كتب الأخبار.

(٣) نفس الخبر باختلاف بسيط في بعض كلماته في الوسائل ، كتاب النكاح باب ٨ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث (١) هكذا : «محمد بن يعقوب عن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد عن محمد بن إسماعيل بن بزيع قال : سأله رجل .. إلخ.

واستدلوا على الأول بصحيفة ابن مسلم وأبي بصير : «عن أبي جعفر عليه السلام ، سألته عن الذي بيده عقدة النكاح؟ قال : هو الأب والأخ والموصى إليه» ^(١). وخبر أبي بصير عن الصادق عليه السلام : «**الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ**» هو الأب والأخ والموصى إليه» ^(٢) وهما . مع ندرة القول بمضمونهما . 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 الأخبار المتعارضة على ذلك ، جمعا بينها ، وهو حسن لو كان له شاهد عليه وكذا القول بثبوتها له فيما لو بلغ سفيها مع الحاجة إليه واستثناء هذه الصورة من النفي مطلقا كما عن بعض منهم المحقق والعلامة ضعيف أيضا ، لعدم 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 (فاسدة) لثبوت ولاية التزويج للأب على صغاره المستصحبة إلى البلوغ وإيناس الرشد ولا كذلك الوصي حيث قلنا يعدم ولايته 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 به حاجة وكذا للوصي الولاية على مال الموصي فيما له الوصية به من الثلث ، 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 الثلث ، لأنه القدر الثابت من الأدلة في جواز انتقالها منه اليه بعد الموت.

(المبحث الرابع)

في ولاية المقاصّة والأخذ بالتقاص. وهي . في الجملة . ثابتة بالكتاب نحو قوله تعالى **«وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ»** ^(١) **«وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ»** ^(٢) **«فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ»** ^(٣) **«فَعَاqِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوqِبْتُمْ بِهِ»** ^(٤) **«وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا»** ^(٥) ونحو ذلك بالسنة عموماً : **«نحو لا ضرر ولا ضرار»** ^(٦)

(١) سورة البقرة . ١٩٤ . وأول الآية **«الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ»**.

(٢) سورة البقرة . ١٧٩ . وآخر الآية **«يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ»**.

(٣) سورة البقرة . ١٩٤ ، وأول الآية **«الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ»**.

(٤) سورة النحل . ١٢٦ . وأول الآية **«وَإِنْ عَاقَبْتُمْ»**.

(٥) سورة الشورى . ٤٠ ، وتكملة الآية **«فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْزُهُ عَلَى اللَّهِ»**.

(٦) الكلام حول هذه القاعدة المستلة من الحديث النبوي . بإيجاز . 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 . إجمالاً . من الطرفين بأسانيد وصور بعضها صحيح وبعضها موثق بحيث يقطع بصدور البعض منها . على الأقل

وخصوصا بالغافوق حد الاستفاضة كما تشير الى بعضها ، وبالإجماع محصلا ومنقولا كذلك

،

ولقد طبقها النبي (ص) . ككبرى كلية . على موارد عديدة جاءت في بعضها خالية 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 الأنصاري المتواترة النقل في كثير من المصادر العامة والخاصة بلا زيادة ، كما يرويها الكليني في الكافي . في كتاب المعيشة باب الضرر حديث (٢) بطريق عبد الله بن بكير عن زرارة عن الامام الباقر (ع) حيث يقول النبي (ص) للأنصاري . بعد مساومته المتصاعدة لسمرة في بيع نخلته الكائنة في بستان الأنصاري ، وتضرر الأنصاري بكثرة تردد سمرة إلى نخلته من طريق بيته وعدم استئذانه منه . يقول له : اذهب فاقطعها وإرم بها إليه ، فإنه لا ضرر ولا ضرار». وفي تاج العروس للزبيدي . في شرح القاموس بنفس المادة يشير الى الحديث بلا زيادة أيضا . حيث يقول . في عرض تفسيره لفقرتيه : «وبه فسر الحديث : لا ضرر ولا ضرار» ومثلها غيرهما من عامة كتب الأخبار واللغة والفقهاء.

وجاءت بزيادة كلمة (على مؤمن) في الرواية الثانية للكليني في نفس الباب حديث (٨) من طريق عبد الله بن مسكان عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام . ففي آخر الحديث المذكور : «فقال رسول الله (ص) لسمرة : انك رجل مضار ، ولا ضرر ولا ضرار على مؤمن ..» كما جاءت القاعدة بزيادة (في الإسلام) في نهاية ابن الأثير الجزري ، وفي (مجمع البحرين للطريحي) . بنفس المادة . أثناء تفسيرهما لفقرتي الحديث ونحوهما في بعض كتب الحديث والفقهاء واللغة . وعلى كل فاختلاف الحديث في وروده بإحدى الزيادتين أو بدونهما لا يوهن تحقق التواتر الإجمالي

وتفصيل المسألة : هو أن يقال : ان الحق الذي يراد أن يقتص عنه ببدله : أما عقوبة كالقصاص ، أو مال ، وهو : إما عين ، أو دين.

أو المعنوي في نقله . بعد ما كان التسالم من الجميع على أصل بنته الأصلية المتكونة من فقرتي الضرر والضرار المنفيين . وذلك كاف في مقام الوثوق بمدرك القاعدة.

وأما الجهة الثانية . فالضرر : اسم مصدر . والمصدر : الضر . بالضم وقد يفتح . وهو ضد النفع : ومعناه : إحداث النقص بالنفس أو المال أو العرض أو أي شأن من شئون المتضرر نفسه ، والضرار . على فعال . : إيقاع الإضرار بالغير . بذلك المعنى . والذي يتراءى من كلمات اللغويين كابن الأثير في النهاية ، والزيدي في تاج العروس شرح القاموس وغيرهما . في تفسير الضرر بأنه : ضد النفع أو النقص الداخل على الشيء أو فعل الواحد ونحو ذلك : ان المقابلة بين الضرر والنفع من باب التضاد لا من باب العدم والملكية . كما قيل . بدليل انتفائهما معا في مثال البيع برأس المال . مثلا . : ولو كان التقابل بينهما بنحو العدم والملكية لما خلا الواقع من أحدهما ، كما أن الذي يتراءى من كلمات اللغويين أيضا في مقام التفريق بين الضرر والضرار بأن الضرر فعل الواحد والضرار فعل الاثنين . على حد تعبير النهاية والتاج واللسان وغيرها : أن المقصود من فعل الاثنين ليس معناه . كأبواب المفاعلة قيام المعنى أو صدوره من اثنين بل معناه صدور الفعل من واحد وقيامه بالآخر ، فأحدهما يحدث الضرر والآخر يتأثر به.

وأما الجهة الثالثة . فقد قيل في تفسير هذه الجملة عدة معان ، في بعضها إبقاء الاستعمال على حقيقته من نفي الطبيعة ، وفي بعضها يصرف عن المعنى الحقيقي إلى التجوز المناسب .

فان كان الأول ففي جواز استيفاء حقه بنفسه . كما عن جماعة بل في (الرياض) عليه
أكثر المتأخرين بل عامتهم^(١) . أو وجوب رفعه الى الحاكم . كما عن جماعة أيضا ، بل عن
(الخلاف) : لا ينبغي أن

فمن ذلك . حمل النفي على النهي ، فيكون المراد تحريم الإضرار بالنفس أو الغير . بعامة شئوئهما . على غرار قوله
تعالى «فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ» وقوله (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 ، بمعنى أن ليس في عالم التشريع
حكم مجعول يستلزم ضررا على النفس أو على الغير ، فالسالبة بانتفاء الموضوع تكويننا ، من قبيل قوله (ع) : «لا
سهو في السهو» .

ومن ذلك . أن يكون المنفي هو الضرر أو الإضرار غير المتداركين شرعا ، إذ المتدارك منهما ليس ضررا ولا
إضرارا في نظر الشرع ، كما هي النظرة العرفية والعقلانية كذلك . فالذي تستلزم القاعدة . بناء على هذا المعنى
وجوب تدارك الضرر الحاصل إذا حدث ، حيث أن ذلك المعنى أقرب المجازات بعد رفع اليد عن نفي الحقيقة .
ولعل القول الثاني أقرب الثلاثة إلى مذاق الشريعة وابتنائها على المنة والمصلحة واللطف ، وأبقى للنفي
والمنفي على حقيقتيهما . بلا تجوز . (هذا ، وللتفصيل مراجعة مظان القاعدة من كتب الأخبار واللغة والفقهاء الموسعة
من الفريقين) .

(١) راجع : أوائل كتاب كتاب القصاص منه ، القسم الأول في القود .

يقتص 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 وزجر الناس ، لأن إطلاق السلطان للولي وتسليط 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 ، وان تمكن من إثبات حقه عنده ، ما لم ينجر إلى فتنة توجب الكف عنه ، فيرفع أمره حينئذ إليه ، حسما للفساد ، وان لم يتمكن من الاسترداد أو كانت تالفة وهو مماتل أو جاحد وأمكنه التقاض ببدله ، اقتص به عنه مستقلا ، وان كان من غير جنسه ، لإطلاق ما دل عليه من الأخبار كصحيحتي داود بن رزين ، وابن زربي قال . في إحداهما . : «قلت لأبي الحسن موسى (ع) : إني أخالط السلطان فتكون عندي الجارية فيأخذونها والدابة الفاراهة فيبيعون فيأخذونها ، ثم يقع لهم عندي المال ، فلي أن آخذه؟ فقال : خذ مثل ذلك ولا تزدد عليه»^(٣)

(١) راجع هذه العبارة في كتاب الجنايات من الخلاف مسألة (٨).

(٢) أي من عرض القولين في صدر المسألة ، وهو دعوى الإجماع من الطرفين.

(٣) في الوسائل ، كتاب التجارة. باب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ذكر نص الحديث الأول ، وأشار الى الثاني بروايته عن الصدوق. وفي (التهذيب للشيخ الطوسي) كتاب المكاسب ، أحاديث النقاص حديث (٩٩) «.. عن داود بن زربي قال قلت لأبي الحسن موسى .. إلخ.

وقال في الأخرى : «قلت لأبي الحسن عليه السلام : إني أعامل قوما ، فرمما أرسلوا إلى فأخذوا مني الجارية والدابة فذهبوا بهما مني ثم يدور لهم المال عندي ، فأخذ بقدر ما أخذوا مني؟ فقال : خذ منهم بقدر ما أخذوا منك ولا تزد عليه»^(١) إن لم يكن ذلك إذنا منه.

نعم قد يقال : لو كان البذل من غير جنس الحق وكان مثليا توصل ببيع البذل الى ما يكون من جنسه ، فيقتصر به عنه . وحينئذ فيجب الرفع إلى الحاكم ، لأن ولاية البيع غير ولاية التقاص.

الا انه يضعف : بأن دفع المثل انما اعتبر في الضمان لوجوب الرد على الضامن في حالتي وجود العين وتلفها الصادق معه برد المثل عرفا ، والأخذ بالتقاص ليس فيه عنوان الرد والاسترداد حتى يعتبر فيه ذلك ، بل هو أخذ بالبدل عوضا عن ماله ، سوّغه الشارع تداركا للضرر المرتفع بتدارك المالية.

وبالجملة ، ليس في التقاص عنوان رد العين واستردادها حتى يعتبر فيه المثل بخلاف الضمان المأخوذ فيه الخروج عن عهدة العين بردها الصادق يرد مثلها بعد تلفها ، فالرد والاسترداد عنوان ، والأخذ بالبدل مقاصة عنوان آخر ، لا دليل على اعتبار المثل فيه أيضا ، بل الأصل يقتضي عدمه . وعليه فيتخير بالتقاص بين ما كان من جنسه وغيره لو اجتماعا عنده ، بل إطلاق الأخبار الآتية في التقاص عن الدين . الذي لا ينفك غالبا عن كونه عينا . 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 المكاسب ، أحاديث التقاص حديث (٩٩) «.. عن داود بن زرير قال قلت لأبي الحسن موسى ..» إلخ.

يقتصر به عنه . يعطي جوازه مطلقا ولو من غير جنسه .

وان كان الثالث أعني كون الحق ديناً . كان له التقاص بنفسه بما يقع من ماله في يده إذا كان ممتنعاً عن حقه أو جاحداً له من غير توقف على اذن الحاكم مطلقاً ، تمكن منه ومن إثبات حقه عنده أولاً ، 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 فيجحد فيظفر من ماله بقدر الذي جحده : أيأخذه ، وان لم يعلم الجاحد بذلك؟ قال : نعم» ^(١) وخبر علي بن مهزيار ^(٢) وصحيح أبي بكير : «قلت له رجل لي عليه دراهم فجحدني وحلف عليها : أيجوز لي أن وقع له قبلي دراهم أن آخذ منه بقدر حقي؟ قال فقال : نعم» ^(٣) والمروى عن النبي . صلى الله عليه وآله . لما قالت له هند : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وانه لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت

(١) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٨٣ من أبواب ما يتكسب به حديث (١٠) .

(٢) في المصدر الأنف من الوسائل ، حديث (٨) : «وبإسناده عن محمد بن الحسن الصفار عن عبد الله بن محمد بن عيسى عن علي بن مهزيار عن إسحاق بن إبراهيم : ان موسى بن عبد الملك كتب إلى أبي جعفر (ع) يسأله عن رجل دفع إليه رجل 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 أردده عليه؟ فكتب : «اقبض مالك مما في يدك» .

(٣) المصدر الأنف من الوسائل حديث (٤) والظاهر أن الراوي أبو بكر الحضرمي عن الامام الصادق عليه السلام .

منه سرا ، وهو لا يعلم ، فهل على ذلك شيء؟ فقال (ص) : «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» ^(١).

(ودعوى) : تخيير الغريم في تعيين الوفاء من ماله إذا كان الحق كليا ، فلا يتعين الا بتعيينه أو تعيين وليه ان كان ممتنعا ، وهو الحاكم القائم مقامه في التعيين (ضعيفة) لعدم المنافاة بين كون الحاكم وليا على الممتنع وثبوت الولاية للمقتص أيضا بالأدلة الخاصة ، فالأظهر . كما عليه الأكثر . جواز التقاص بنفسه مطلقا من غير توقف على اذن الحاكم ، ممتنعا كان الغريم أو جاحدا.

نعم قيل . كما عن الشيخ في (النهاية) وجماعة . : المنع عن التقاص من الوديعة ، لعموم ما دل على وجوب ردّ 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 عليّ بالسيف وقتله ، لو ائتمنني

(١) ذكر هذا الحديث الشريف في كتاب (الأدب النبوي) تأليف عبد العزيز الخولي : ص ٢٩٨ حديث رقم (١٢٧) ونسب روايته إلى البخاري ومسلم.

(٢) في الكافي ، كتاب المعيشة ، باب أداء الأمانة : روايات كثيرة بهذا المضمون منها : «عن ابن بكير عن الحسين الشيباني . أو الشباني . عن أبي عبد الله (ع) قال : قلت له : رجل من مواليك يستحل مال بني أمية ودماءهم ، وانه وقع لهم عنده وديعة؟ فقال : أدّوا الأمانات إلى أهلها وإن كانوا مجوسا».

(٣) في الوسائل ، كتاب الوديعة : باب ٢ وجوب ردّ الأمانة حديث (٤) هكذا : عن إسماعيل بن عبد الله القرشي . في حديث . : ان رجلا

على السيف واستشارني 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 وكنت أقرب القوم إليها ، فقالت لي : أسأله فقلت : عما ذا؟ فقالت : إن ابني مات وترك مالا كان في يد أخي ، فأتلفه ، ثم أفاد مالا فأودعني ، فلي أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شيء؟ فأخبرته بذلك ، فقال : قال رسول الله . صلى الله عليه وآله . أدّ الأمانة لمن ائتمنك ، ولا تخن من خانك»^(٢).

والقول بالجواز للشيخ في (التهذيبين) والحلي في (السرائر) والفاضل في (الإرشاد) و (المختلف) وظاهر (النافع) وصريح (الشرائع) والصيمري في (شرحه) والمقداد في (التنقيح) والشهيدان في (النكت) و (المسالك) على ما حكى عنهم ، بل في الأخير ، وعن الكفاية : «انه عليه أكثر المتأخرين» وفي (الرياض) : «بل لعله عليه عامتهم» لإطلاق الأدلة المتقدمة وعمومها ، وخصوص صحيح البقباق : «.. إن شهابا ما رآه في رجل له ذهب بألف درهم ، واستودعه بعد ذلك ألف درهم ، قال أبو العباس : فقلت له : خذها مكان الألف التي أخذ منك فأبى شهاب ، قال : فدخل شهاب على أبي عبد الله عليه السلام ، فذكر

قال لأبي عبد الله عليه السلام : الناصب يحلّ لي اغتياله؟ قال : أدّ الأمانة .. إلخ. وبمضمونه بنفس المصدر حديث (١٢).

(١) في الكافي ، كتاب المعيشة ، باب أداء الأمانة ، حديث (٥) : «يسنده عن عمار بن مروان قال : قال أبو عبد الله : في وصية له : اعلم أن ضارب علي .. إلخ.

(٢) الوسائل ، كتاب التجارة باب ٨٣ جواز استيفاء الدين ، حديث (٣).

ذلك ، فقال له : أما أنا فأحب أن أن تأخذ وتحلف» ^(١) ومكاتبة علي بن سليمان : «قال كتب اليه رجل غصب رجلا مالا أو جارية ثم وقع عنده مال بسبب ودیعة أو قرض مثل ما خانته أو غصبه : أيجل له حبسه عليه أم لا؟ فكتب عليه السلام : نعم يجل له ذلك ان كان بقدر حقه ، وان كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه ويسلم الباقي له ان شاء» ^(٢) فلتحمل الأخبار المانعة على الكراهة ، جمعا ، بل ظاهر الصحيحة عدمها ، لكونه عليه السلام لا يجب المكروه ، إلا أن قاعدة التسامح تقتضي ثبوتها. ولو فرض التعارض بين الأخبار الخاصة وتساويهما في الظهور وغيره الموجب لتساوقهما من البين وجب الرجوع إلى عمومات الطرفين من وجوب ردّ الأمانات وجواز التقاص. والنسبة بينهما وإن كان من العموم والخصوص من وجه ، إلا أن المرجح لما عرفت مع عمومات التقاص ، مضافا إلى منع كون الأخذ بالتقاص خيانة ، بل لعله إحسان عليه بإبراء ذمته ، بل هو نوع إيصال له وردّ إليه ، فالأظهر. كما عليه الأكثر. هو الجواز مطلقا ، ولو كان من غير جنس حقه.

هذا وحيثما أراد التقاص ولم يمكن الأخذ بقدر حقه الا ببيعه كما لو كان له عليه مائة درهم وعنده سيف مثلا قيمته مأتان تولى بيعه ليقترض بثمنه قدر حقه ، ففي ضمانه لو تلف قبل بيعه بغير تعدّد وتفريط وعدمه وجهان ، بل قولان : اختار بعضهم العدم لان القبض المتجدد بعد القصد وإن لم يرض به المالك وخرج المقبوض عن كونه أمانة مالكية إلا أنه كان

(١) المصدر الأنف الذكر ، حديث (٢). وأبو العباس هو البقباقي.

(٢) تهذيب الشيخ الطوسي كتاب المكاسب أخر أحاديث التقاص حديث (١٠٦) : «عن محمد بن عيسى عن علي بن سليمان قال : كتب اليه .. والظاهر أن المقصود هو الباقر عليه السلام ، بقرينة ما قبله من الحديث.

مأذونا من الشرع فيكون أمانة شرعية ، والأمين مطلقا لا يضمن سواء كان مالكيًا أو شرعيا. ويضعف بأن الإذن الشرعي أعم من المجاني والضمان بالعوض ، والعام لا يدل على خصوص الخاص ، واليد من أسباب الضمان كالإتلاف 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 أطارته الريح وأما التصرف المأذون في مال الغير بإتلاف عين أو منفعة كالأكل في المخصصة فقبضه مقدمة للإتلاف المأذون ، وإن كان مأذونا فيه ، لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه ، إلا أنه قبض ضمان لليد وعدم كون الإذن به للحفظ لمالكه ، بل لكونه مقدمة للإتلاف الذي رخص فيه شرعا ، فلو تلف قبل إتلافه كان عليه ضمانه ، وليس إلا لليد الموجبة له بعد أن لم يكن القبض قبض أمانة شرعية ، وإن كان مأذونا به من الشارع ، فاذا أظهر الضمان بمجرد القبض المراد به التقاص ، ولو يبيعه والتقاص بثمنه وإن جاوز ذلك من باب التولية دون الولاية التي لا معنى لضمان الولي كالحاكم ونحوه.

وفي ضمان الزائد على ما اقتص به من ثمنه ، وعدمه وجهان. بل قولان : والأقوى العدم وفاقا للقواعد وغيره ، لكونه بالنسبة إليه أمينا من الشارع استنابه على حفظه لمالكه إلى أن يوصله إليه فورا ، فلو أخر لا لعذر دخل في ضمانه ، خلافا لشيخنا في (الجواهر) تبعا لغيره. ولعله نظرا إلى كونه من ثمن مال مضمون عليه بجملته. وفيه : أن أحكام

(١) سيأتي الكلام . من السيد الماتن ومنا . حول هذه القاعدة المسئلة من الحديث النبوي الشريف في الرسالة الآتية (قاعدة اليد).

اليد تختلف باختلاف العناوين الطارئة عليها ، فاليد على الزائد من الثمن غيرها على العين المثلث باختلاف عناونها ، فافهم فإنه واضح.

(المبحث الخامس)

في ولاية المتصدق لمجهول المالك ، لقطة كان أو غيرها ، وهو : عين أو دين .
فان كان الأول تخير بين التصدق به أو بثمانه ، لو كان الصلاح في بيعه عن ماله ،
لثبوت الولاية له في ذلك بالنصوص المستفيضة وبين دفعه إلى الحاكم أو حفظه والإيصاء به^(١) ولا يضممه على الأخيرين .

(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 حبسها حولا ، فان لم يجيء صاحبها أو من يطلبها تصدق بها» . كما في الوسائل باب ٢ من أبواب اللقطة . وشاهد الدفع الى الامام عليه السلام والى الحاكم . بحكم نيابته العامة عنه رواية داود بن أبي يزيد عن أبي عبد الله (ع) قال : قال رجل : إني قد أصبت مالا وإني قد خفت فيه على نفسي ، ولو أصبت صاحبه دفعته إليه وتخلصت منه قال : فقال له أبو عبد الله (ع) ، والله ان لو أصبته كنت تدفعه إليه؟ قال : إى والله ، قال : فأنا . والله . ماله صاحب غيري ، قال : فاستحلفه أن يدفعه الى من يأمره ، قال : فحلف ، فقال : فاذهب فاقسمه في إخوانك ، ولك الأمن 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 : أشهرهما ذلك ، للنص^(١) ولولاه لأمكن القول بعدمه ، 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 الإلتلاف من أسباب الضمان ، والاذن به أعم من كونه مجانا أو بالعوض.

وان كان الثاني أمكن القول بتعيين الدفع الى الحاكم ، لان المدفوع لا يتعين كونه للمالك لكي يتصدق عنه الا بقبضه أو قبض من يقوم مقامه من الوكيل أو الحاكم ، إلا أن إطلاق أدلة التصديق يعطي كون ولاية

رواية علي بن جعفر عن أخيه الكاظم (ع) : «قال : سألته عن الرجل يصيب اللقطة دراهم أو ثوبا أو دابة : كيف يصنع؟ قال : يعرفها سنة فان لم يعرف صاحبها حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيها أباه 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 . فبعد أن ذكر منشأ الضمان : من دلالة الاخبار ، وقاعدة (على اليد) ، وكونه إلتلاف مال الغير . ذكر منشأ عدم الضمان ، فقال : ومن كونه أمانة .. إلخ.

التعيين له أيضا كالمالك 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 . مطلقا أو في غير الحرم منها . جواز التملك بالنية مضمونا عليه لمالكه لو ظهر وطلبه بالمثل أو بالقيمة بمعنى تملكه بنحو المجان غير مضمون عليه إلا بعد الظهور والمطالبة لا بمعنى كونه مضمونا من حين التملك بنحو المعاوضة أو بنحو الضمان الموجب لاشتغال الذمة بالمثل أو القيمة عند التلف قبل الظهور فيكون دينا 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 بنية التملك» وإن أورد عليه بقوله . بعده . : «وفيه نظر لأن المطالبة تترتب على الاستحقاق فلو لم يثبت الاستحقاق أولا لم يكن لصاحبها المطالبة فلو تترتب الاستحقاق على المطالبة لزم الدور»^(١) . إلا أنه فيه أن علقه 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 لمالكه بعد نية التملك لم يخرج عن كونه مضمونا بالمعنى الذي ذكرنا من الضمان التقديري بحيث لو ظهر وطلب كان عليه ردّ المثل أو القيمة مطلقا أو مع تلف العين ، ومع وجودها ردّها ، فيكون بحكم الفسخ الموجب لذلك لعدم الخروج

(١) راجع هذا الموضوع في آخر المبحث الأول . الضمان وعدمه . من المطلب الثاني في الأحكام من كتاب اللقطة .

بمجرد ذلك عن ملكه وصيرورته أمانة بيده. ولو انعكس الأمر ، بأن نوى التملك بعد نيته الحفظ صح تملكه وضمن بالمعنى المذكور من حينه وليس اختيار الحفظ مانعا عن جواز التملك لكونه مشمولا لإطلاق ما دل على جوازه. وتفصيل الكلام في المقام موكول الى محله. والمقصود هنا بيان ثبوت الولاية في الجملة لمن بيده المال أو عليه قيمته .

(المبحث السادس)

في ولاية الحسبة التي هي بمعنى القرية ، المقصود منها التقرب بها إلى الله تعالى. وموردها كل معروف علم إرادة وجوده في الخارج شرعا من غير موجد معين. فهو من قبيل ما كان فيه ولاية الفقيه ، غير أنه متعذر الوصول له حتى يرجع إليه. وثبوتها في موارد مدلول عليه بالكتاب عموما ، نحو قوله تعالى «وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ»^(١) وقوله : «**مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ**»^(٢) بعد معلومية كونه إحسانا. والسنة المستفيضة عموما كقوله (ص) : «عون الضعيف من أفضل الصدقة» ونحوه. وخصوصا ، كما ستعرف ، والإجماع بقسميه . محصلا ومنقولا . فوق حد الاستفاضة ، بل وبضرورة العقل الحاكم بوجوب حفظ النظام.

فمن الموارد المنصوص عليه بخصوصه : ولاية عدول المؤمنين فيما لم يكن أب ولا جد ولا وصي ولا حاكم أن يأتوا بما للأب والجد فيه الولاية أو الحاكم ، مع عدم لزوم المباشرة. ضرورة تقدمهم عليهم ان وجدوا

(١) سورة البقرة . ١٩٥ ، ومبدء الآية : «وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ، وَأَحْسِنُوا ...».

(٢) سورة التوبة . ٩٢ . ومبدء الآية «لَيْسَ عَلَى الضَّعَفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنْفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا 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 ، فصير عبد الحميد القيم بماله وكان الرجل خلف ورثة صغاراً ومتاعاً وجواري ، فباع عبد الحميد المتاع ، فلما أراد بيع الجواري ضعف قلبه في بيعهن ، 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 ويخلف الجواري فيقيم القاضي رجلاً منا لبيعهن ، أو قال : يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لأنهن فروج. فما ترى في ذلك القيم؟ قال فقال : إذا كان القيم مثلك أو مثل عبد الحميد فلا بأس»^(١). ومثله ما رواه في التهذيب في آخر الوصايا ، لكن بزيادة تقييد عبد الحميد فيه (بابن سالم العطار) وكذا حكاه عنه في (نقد الرجال)^(٢) بالزيادة المذكورة.

والوجوه المحتملة في المماثلة بين أمور أربعة : المماثلة في الإيمان بالمعنى الأعم ، أو في الوثاقة وبينهما عموم من وجه ، أو في الفقاهاة لكون محمد بن إسماعيل بن بزيع من الفقهاء من مشايخ بن شاذان ، وعبد الحميد ان أريد به ابن سعد البجلي الكوفي بناء على ظهور لفظ (الكتاب) فيها لما عن

(١) في الوسائل باب ١٦ 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 التفرشي المتوفى بعد سنة ١٠١٥ هـ ، وهو تاريخ فراغه من تأليف كتابه ، إذ لم يضبط لوفاته تاريخ معين.

(النجاشي) في حقه : «صفوان عنه بكتابه» ^(١) أو في العدالة.

لا سبيل إلى الثالث لمعلومية عدم اعتبارها مجردة عن غيرها من أحد العناوين المتقدمة ، مع منافاة اعتباره لإطلاق المفهوم الدال على ثبوت البأس مع عدم الفقيه ولو مع تعذره المفروض ارادة إيجاد مع فقد الفقيه أيضا ولو لتعذر الوصول اليه ، وهذا بخلاف الاحتمالات الأخر ، فإن البأس ثابت للفاسق أو الخائن أو المخالف

وأما الوثاقة ، فيقرّب اعتبارها موثقة سماعة : «في رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية وله خدم ومماليك كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك؟ قال : ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس» ^(٢) بناء على أن المراد من يوثق به في مراعاة المصلحة وملاحظة الغبطة ، كما ورد في صحيحة علي بن رثاب : «رجل مات وبني وبينه قرابة وترك أولادا صغارا ومماليك وجواري ، ولم يوص ، فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية ويتخذها أم ولد ، وما ترى في بيعهم؟ قال : ان كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم وكان مأجورا منهم ، قلت : فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية ويتخذها أم ولد؟ فقال : لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم 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 تهذيب الشيخ الطوسي من زيادات كتاب الوصية ، حديث (٢٢) هكذا : «أحمد بن محمد عن عثمان بن عيسى عن زرعة عن سماعة قال : سألته 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 نعر 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 ، وانما الراوي ابن بزيع. ولعل مراده : انه اتفق ذلك ولو قبل وقت السؤال بمدة ، وحكاة للإمام حكاية ، 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 بغير وصية وله ولد صغار وكبار : أيجل شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير

(١) المصدر نفسه ، حديث (٢١) سهل بن زياد عن ابن محبوب عن علي بن رئاب قال : سألت أبا الحسن

(ع) عن رجل بيني وبينه قرابة مات وترك ..

(٢) تعليقة الآقا الوحيد البهبهاني المتوفى سنة ١٢٠٦ هـ . كما هو الصحيح . على رجال الميرزا محمد الاسترآبادي

المطبوع بایران ، طبعت معه في هامشه.

أن يتولى القاضي بيع ذلك ، فان تولاه قاضٍ قد تراضوا 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 مخالفا للأصل وجب الاقتصار فيه على الأخص منها ، وهو العدالة لأنها أخص من الايمان والوثاقة ، مع كونها المنساق إليها في أمثال ذلك عرفا.

هذا ومع تعذر العدول ، فهل يثبت ذلك لغيرهم من الفساق ، فيكون واجبا كفائيا على كل من يقدر عليه وان كان فاسقا؟ أو لا.

والكلام فيه (مرة) من حيث تكليفه نفسه في جواز تصديده وعدمه (وأخرى) من حيث فعله المرتبط به فعل غيره كشراء مال الطفل منه حيث تصدى لبيعه.

أما الأول فالظاهر جواز توليته ذلك مع المصلحة ومراعاة الغبطة ، 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 ، وحينئذ فلو أحرز صدور الفعل المعروف منه سقط عن الغير ، وان شك في صحته ، حملا للفعل منه على الصحيح بحكم أصالة الصحة في فعل المسلم. وفي قبول قوله لو أخبر بوقوعه منه صحيحا تردد ، ينشأ : من أنه يملك وقوعه كذلك فيملك الإقرار به كما يقبل قول الوكيل فيما وكل فيه. ومن لزوم التبيين في نأ الفاسق بحكم آية

(١) تهذيب الشيخ الطوسي : آخر كتاب الوصية في الزيادات : آخر حديث (٢٠).

النبي»^(١).

وأما الثاني ففي جواز 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 الا من قبله. وهذا بخلاف العادل المصدق في خبره بالنسبة إلى المخبر به في الواقع ، وإن كان من علمه الذي هو طريق له اليه ، وليست المصلحة مما لا طريق الى ثبوتها الا بعلم المخبر الذي لا يعلم إلا من قبله حتى يجب تصديق الفاسق في خبره لترتب المخبر به عليه.

وبعبارة أخرى : تصديق خبر العادل بحكم مفهوم آية النبي ولزوم التبين في خبر الفاسق بحكم منطوقها انما هو في كل منهما بالنسبة إلى المخبر به ، دون نفس الخبر وبالجملة ، الحكم هنا . وهو جواز التصرف في مال الطفل . محمول على تصرف فيه الغبطة له ، فيجب أولا إحراز الموضوع في ترتب الحكم عليه ، فلا بد في كل فعل يقع بين اثنين من إحراز الموضوع لكل منهما في ترتب الحكم عليه. ولعله يعطي ذلك وقوع السؤال عن حل الشراء وطبيعة 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 اليد

(١) وهي قوله تعالى . كما في سورة الحجرات . ٦ . «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْحَبُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ».

عنهما بمجرد تصرف الفاسق ، فان 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 المثل ، ولعل أصالة صحة المعاملة من الطرفين تحكم بالأول ، ان لم تكن مثبتة ، لكن يجري المنع عن تناول الثمن على كل من تقديري صحة المعاملة على المثل وفسادها ، لبقائه على ملك مالكه على الثاني ، وعدم إحراز المصلحة فيه على الأول.

هذا وليعلم ان تصرف العدول مع فقد من هو مقدم عليهم في المرتبة ليس على وجه النيابة عن الحاكم ، فضلا عن كونه على وجه النصب من الامام عليه السلام ، بل هو محض امتثال للتكليف به وجوبا أو استحبابا ، فيجوز لغير المتصدي منهم مزاحمة المتصدي فيه ، وان دخل في مقدمات العمل ، وكان الأثر لمن سبق منهما في النتيجة دون المقدمات.

وأما الحكم ففي جواز مزاحمة بعضهم لمن سبقه منهم في مقدمات العمل دون نفسه؟ وجهان : مبنيان . كما قيل . على مستند ولاية الحاكم فإنه : إن استندنا في ولايته إلى أمره عليه السلام ، بإرجاع الحوادث إليه في (التوقيع المتقدم) جازت مزاحمته قبل وقوع التصرف منه وان دخل في مقدماته لان المأمورين بالإرجاع هم العوام دون الحكام ، فإنهم أولياء في مرتبة واحدة كالأب والجد له الموجب لنفوذ تصرف السابق منهما في نفس الفعل دون مقدماته ، وان استندنا إلى عمومات النيابة كما يعطيه إضافة (الحجة) إلى نفسه في تعليقه «بأنهم حجتى عليكم وأنا حجة الله» وغيره ، فيمكن أن يقال بعدم جواز المزاحمة بعد سبق أحدهم ، ولو في مقدمات الفعل ، لأنه بعد تنزيله منزلة الامام بالنيابة التي مرجعها إلى تنزيل

النائب منزلة المتوب 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 حينئذ انما يتم لو كانت النيابة متعلقة بمقدمات الفعل أيضا كنفسه ، وهو ممنوع إذ المسلّم 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 منهما فيما وكل فيه ، وان سبقه الآخر في مقدماته.

هذا كله ما لم تستلزم المزاحمة والسبق إلى النتيجة توهينا لمن سبقه في التصدي الداخل في مقدمات العمل قبله وإلا فهو ممنوع لذلك ، وهو أمر آخر ، لا دخل له بالجهة المبحوث عنها فافهم ، والله العالم بحقائق أحكامه.

ثم ما سمح به الدهر من تحرير مسألة الولاية ، لا ما أردناه ، إذ كان المرام هو التبع التام والعموم في كلمات القوم ، واستحصال نهاية ما أرادوا واستنتاج غاية ما أفادوا ، فحال دون المرام حائل الأيام ، وتتابعت صروف الزمان ومعوقات الحدثان ، فمما أصبت 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 ، ويعترف 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 العلامة الأديب السيد رضا بن السيد محمد بن هاشم الموسوي النجفي الشهير بالهندي المتولد سنة ١٢٩٠ والمتوفى سنة ١٣٦٣ هـ والقصيدة تناهز الخمسين بيتا من روائع الأدب العربي ، نوجد بكاملها في مجموعنا المخطوط.

ألم يكف بالمهدي ما فعل الردي فثنى وأشجى في علي محمدا
فأقام فقده وأقعد ، وغار الحزن بقلبي وأنجد.

ما غاب عني إنما شوقه يمثل به عندي على شكله
فأطلق الدمع لفقدانه وأحبس القلب على ثكله
ما كنت بالجاذع لو لم أكن فجعت بالمهدي من قبله
لا يبرء الآسئون جرح الحشا إن وقع الجرح على مثله ^(١)
أصبت به ولما يندمل جرح أخيه ، وحصلت منهما على ضد ما أرتجيه كنت أرتجي أن
يكونا أكرمي خلف عن أكرم سلف ، يستكملان تليد الفضل والطريف ، ويرفعان قواعد
الدين الحنيف.

فكان غير الذي قدّرت من أمل (ماكل 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 ﴿وَأَفَوِّضُ أَمْرِي إِلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بَصِيرٌ بِالْعِبَادِ﴾»

(١) الظاهر : أن هذه الأبيات الأربعة من إنشاء المصنف . قده . في رثاء ولده وقرّة عينه ، وتطفح العاطفة الأبوية من خلالها.

(٢) وهذه الأبيات الثلاثة أيضا من إنشاء قريحة السيد المصنف . قده . في رثاء ولديه وفلذتي قلبه ، فقد فقد بفقداهما عينيه الباصرتين وعجز البيت الأول تضمين لصدر بيت للمتنبي ، عجزه (تجري الرياح بما لا تشتهي السفن) من قصيدة له . كما في ديوانه يستهلها بقوله :

بِمَ التعلل لا أهمل ولا وطن ولا نلسم ولا كأس ولا سكن

رسالة

في قاعدة اليد

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين : محمد .
صلى الله عليه وآله . وعترته الطيبين الطاهرين ، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين ، من الآن
الى يوم الدين. وبعد ، فيقول الراجي عفو ربه الغني محمد بن محمد تقي آل بحر العلوم
الحسيني الحسيني الطباطبائي^(١).

(مسألة)

في قاعدة اليد والكلام فيها (مرة) في موضوع اليد ومعناها (وتارة) في اعتبارها بعد
قيام الدليل عليه من حيث كونها أصلاً أو إمارة ، (وأخرى) في أحكامها وسعة عمومها
(ورابعة) في معارضتها مع غيرها وتقديمها عليه وتقديم الغير عليها فهنا مقامات :

(١) هكذا كان سيدنا وجدنا (بحر العلوم) يكتب في توقيعاته الشريفة ويوجد لدينا بعض صور خطه الشريف
موقعاً ب (محمد المهدي الحسيني الحسيني الطباطبائي) وذلك بحكم انتسابه إلى إبراهيم طباطبا بن إسماعيل الديباج
بن إبراهيم الغمر بن الحسن المثنى بن الامام الحسن السبط (ع) وأم إبراهيم الغمر . المدفون في الكوفة . فاطمة بنت
الامام الحسين (ع) ، فهو من طرف الأب حسني طباطبائي ، ومن طرف الأم حسيني فاطمي .

(المقام الأول)

في معنى اليد. والمقصود منها في المقام : هو الاستيلاء والسلطنة على الشيء بحيث تكون لصاحبها القدرة على أنحاء التصرف فيه. وهو أحد معانيه الحقيقة عرفاً ، للتبادر ، 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 أيضاً : «ويد الريح : سلطانها ، قال لبيد : (نطاف أمرها بيد الشمال) لما ملكت الريح تصريف السحاب جعل لها سلطان عليه ، ويقال : هذه الضيعة في يد فلان ، أي في ملكه ، ولا يقال : في يدي فلان»^(١) وفي (الصحيح) : «واليد : القوة ، وأيده أي قواه . إلى أن قال . : «وهذا الشيء في يدي أي في ملكي»^(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 تحققها القدرة عليه فمن حمى أرضاً لنفسه استولى عليها ، وإن لم يتصرف فيها بزرع أو رعي ونحوهما ، فإنه ذو يد عليها عرفاً قبل وقوع التصرف فيها. نعم ، لا يصدق اليد على الشيء بمجرد القدرة على الاستيلاء عليه ، بل لا بد من فعلية في

(١) راجع ذلك في مادة (يدي) منه

(٢) راجع ذلك في مادة (يدي) منه

(٣) وتتم العبارة : «والجماعة والأكل والندم والغياث والاستلام والذل والنعمة والإحسان تصطنعه» راجع ذلك في مادة (يدي) منه.

صدقها عليه ، فالقدرة على الاستيلاء غير فعليته الموجبة لتحقيقها به ، فقد تجتمع مع التصرف ، وقد تنفك عنه ، ولذا تنقسم اليد إلى المجردة عن التصرف ، والمنظمة معه. نعم بالاستيلاء تتحقق مرجعية المستولي للمال ، وإليه يرجع أمر المال في كل ما يتعلق به ، فلا ينفك الاستيلاء عن المرجعية بل هي أثره ومسببة عنه.

ثم اليد على الشيء التي قد عرفت أن معناها الاستيلاء عليه والإحاطة به : (مرة) تكون سببا للملك (وأخرى) مسببة عنه.

فالأول ، كالحيازة للمباح فإنها تحدث ربطا بينه وبين الحائز ربط إضافة واختصاص ، يعبر عنه بالملك ، له طرفان : طرف الإضافة إلى المالك ، وطرف التعلق بالمملوك ، ولا ينتفي الربط الحادث به بكلا طرفيه إلا بفك الملك كالتحرير والاعراض . على القول بخروج المعرض عنه عن الملك به.

والثاني ، وهو ما كان مسببا عن أحد النواقل الشرعية ، سواء كانت اختيارية أو قهرية ، كالإرث ، 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 متعلقا به ، وإن كان بالدقة الفلسفية يرجع إلى إعدام ربط الأول بطرفيه وإحداث ربط جديد بين المال والمنتقل إليه ، فالملك حينئذ مسبب عن العقد دون الاستيلاء ، بل الاستيلاء والسلطنة عليه مسبب عن الملك الحاصل بأحد أسبابه ، غير أن السلطنة المسببة عن أحد أسبابها إنما هي السلطنة الاستحقاقية ، وقد تجامع الاستيلاء الفعلي ، فيتحدان في الوجود ، وقد تنفك الاقتضائية عن الفعلية كالعين المغصوبة تحت يد الغاصب.

هذا وما ذكرنا من انفكاك اليد عن التصرف لا ينافي استكشاف ثبوتها به حيث يقع الشك في تحققها بعد أن كانت فعلية التصرف مسببة عنها . غالبا .

وبالجملة : لا شك في صدق اليد لمن يشاهد منه بعض التصرفات المترتبة على الملك كالبيع والإجارة 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 انفتاح الباب ، فهو كمن بيده لجام الدابة غير المتلحمة 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 تساويا في مرتبة الاستكشاف في الشدة والضعف تساويا في صدق البد أو عدمه . والا فالصدق لما هو أشد في القوة كالدابة التي عليها حمل أحد وزمامها بيد الآخر ، فهي لآخذ 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 لجاره حق الاستطراق . فقط . لمنع اليد على أزيد مما يفيد ملك المنفعة أو الانتفاع ، أو يختص بالسالك بدعوى اختصاص اليد له المستكشف بمشاهدة تصرفه فيه ومنع ثبوت يد لصاحب الدار عليه ما لم يكن مشاركاً له في استعماله والتصرف فيه؟ احتمالات : أضعفها الأخير ، ولكل من الأولين وجه ولعل الأخير أوجه. وإن لم يكن للسلوك مسلك مخصوص لم يثبت له أزيد من حق الاستطراق قطعاً ، لمنع صدق اليد له على شيء من عرصه الدار ، وإن تعين عليه ذلك في أقصر الخطوط من المبدء إلى المنتهى ، لأنه المتيقن من تعلق حق الانتفاع به وجواز مزاحمة المالك فيه. والتعيين في جزء منها ، إن قلنا به ، فبحكم شرعي لا مدخلية له في صدق اليد عليه عرفاً ،

ويد الودعي على الوديعة يد المودّع بعد تنزيله منزله 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 فيهما حقيقة للموكل والمعير ، وإن كانت العارية بالضمان تخرج عن الائتمان فيد التابع للمتبوع وإن ترتب عليها أثر في الجملة من حيث هي كذلك.

(المقام الثاني) في الدليل على اعتبارها. ويدل عليه . مضافاً إلى محكي الإجماع المستفيض المعتضد بدعوى الاتفاق عليه من بعض والضرورة من آخر . الروايات المستفيضة : منها . رواية حفص بن غياث المروية في الكتب الثلاثة ، وفيها : «أرأيت إذا رأيت شيئاً في يد رجل ، أيجوز لي أن

أشهد أنه له؟ قال : نعم ، فقال الرجل : أشهد أنه في يده ، ولا أشهد أنه له فلعله لغيره؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام : أفیحلّ الشراء منه؟ قال : نعم ، فقال . عليه السلام . : فلعله لغيره ، فمن أين جاز لك أن تشتريه ويصير ملكا لك ، ثم تقول . بعد الملك . : هو لي وتحلف عليه ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك؟ ثم قال (ع) : ولو لم يجز هذا لم يقيم للمسلمين سوق»^(١).

ومنها . المروية . في الوسائل صحيحا وعن الاحتجاج مرسلا . . كما قيل . : عن مولانا الصادق عليه السلام في حديث فذك : «إن مولانا أمير المؤمنين عليه السلام قال لأبي بكر : أتحكم فينا بخلاف حكم الله تعالى في المسلمين؟ قال : لا ، قال : فان كان في يد المسلمين شيء يملكونه ادعيت أنا فيه : من تسأل البينة؟ قال : إياك كنت أسأل البينة على ما تدعيه على المسلمين قال : فاذا كان في يدي شيء فادعى فيه المسلمون : تسألني البينة على ما في يدي ، وقد ملكته في حياة رسول الله . صلى الله عليه وآله . وبعده ولم تسأل المؤمنين على ما ادعوا عليّ كما سألتني البينة على ما ادعيت عليهم»^(٢).

(١) راجع : الوسائل كتاب القضاء ، باب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، حديث (٢) ولعل مقصوده من الكتب الثلاثة باستثناء الاستبصار بقرينة نقل الوسائل نفس الحديث عن الصدوق والشيخ والكليني ، والرواية عن الصادق (ع).

(٢) في الوسائل ، بنفس الباب حديث (٣) بسنده عن علي بن إبراهيم في تفسيره عن أبيه عن ابن أبي عمير عن عثمان بن عيسى وحماد بن عثمان جميعا 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 مسعدة بن صدقة : « كل شيء هو لك حلال حتى تعرف الحرام بعينه فتدعه من قبل نفسك ، وذلك مثل ثوب يكون عليك قد اشتريته وهو سرقة : أو المملوك عندك لعله حر قد باع نفسه أو خدع فبيع قهرا أو امرأة تحتك وهي أختك أو رضيعتك ، والأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به البيعة »^(١).

ومنها . رواية حمزة بن حمران : « ادخل السوق فأريد ان اشترى جارية ، تقول : إني حرة ، فقال : اشتريها ، الا ان يكون لها بيعة »^(٢).

ومنها . صحيحة العيص : « عن مملوك ادعى أنه حر ولم يأت ببيعة على ذلك : أشتره؟ قال نعم »^(٣).

ومنها . موثقة يونس بن يعقوب : « في المرأة تموت قبل الرجل أو رجل قبل المرأة؟ قال (ع) : ما كان من متاع النساء فهو للمرأة وما كان من متاع الرجل والنساء فهو بينهما ، ومن استولى على شيء منه فهو له »^(٤).

(١) في الوسائل ، كتاب التجارة باب ٤ من أبواب ما يتكسب به حديث (٤) : عن مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : سمعته يقول : كل شيء ..

(٢) الوسائل ، كتاب التجارة باب ٥ من 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 العيص بن القاسم عن أبي عبد الله (ع) قال : سألت عن مملوك.

(٤) في الوسائل ، كتاب الفرائض والموارث ، باب ٨ من أبواب ميراث الأزواج حديث (٣) ، عن يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله (ع) في امرأة تموت.

(والمناقشة) فيها بضعف السند في بعض ، وعدم الدلالة أو إجمالها في جملتها ، لأن حديث (فدك) لا يدل على أزيد من كون المطالب بالبينة انما هو المدعي دون المدعى عليه ، وهو غير المدعى : من إفادة اليد الملكية ، ومثل ذلك في عدم الدلالة له ما تضمن جواز الشراء ممن يكون المال في يده الدال على صحة المعاملة معه بإلغاء ما يوجب المنع عنه من الاحتمالات المانعة عن الصحة من السرقة والحرية ونحوهما ، وهو أعم من إفادة الملك ، فإن الولي والوكيل والمأذون . مثلاً . يجوز الشراء منهم مع عدم كونه ملكاً لهم ، فجواز الشراء وصحة المعاملة أعم من الملكية والعام لا يدل على خصوص الخاص وتضمن خبر حفص لجواز الشهادة استناداً في تحملها إلى مؤدى الأصول والأمارات ، وهو ممنوع جداً . كما ستعرف . والاستدلال بخبر (مسعدة) مبني على كون جملة (هو لك) صفة للشيء (وحلال) خبراً للمبتدئ ، وهو أحد الاحتمالين فيه ، مع انه يحتمل . ولعله الظاهر . كون لفظ (حلال) خبراً للضمير المنفصل ، وهو مع خبره خبر للمبتدئ الأول و (لك) متعلق (بحلال) والمعنى : كل شيء هو حلال لك حتى تعرف .. إلخ وحينئذ فيكون من أدلة البراءة ، دون اعتبار اليد ، ولا أقل من إجمال الخبر بعد قيام الاحتمالين فيه .

(مدفوعة) أما : ضعف السند فمجبور بالعمل . وأما مطالبة البينة من غير ذي اليد في خبر (فدك) فلكونه مدعياً يدعى بخلاف الظاهر على ذي اليد ، وليس الا لظهور كون ما في يده له ، وإلا لكان مدعياً أيضاً وكان مورد التداعي دون المدعي والمدعى عليه . وأما ما تضمن جواز التصرف من البيع والشراء فظاهر بمعونة السياق في أن المستند هو كونه له وأما تضمن خبر حفص لما لعله لا نقول به ، فلا يخرج به 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 الى 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 ملكا لمن هو في يده اعتبرها الشارع إتقاناً للنظام وقياما للسوق كما صرح به في ذيل خبر حفص بن غياث ، بل المستفاد منه اعتبار كل إمارة يوجب عدم اعتبارها اختلال النظام ، بل الأدلة دلت على إمضاء الشارع لما عليه بناء العقلاء من أهل الأديان في جميع الأزمان قبل الإسلام وشرع الأحكام من الحلال والحرام : من اعتبار اليد وإفادتها الملك ،

هذا وهل يعتبر في التملك باليد كالحيازة للمباح قصد الملك ، أم يغني قصدها عن قصده ، فتكون الحيازة بنفسها سببا تاما للملك ، وإن تجردت عن قصده ، بل ولو مع قصد العدم ، لأن ترتب المسبب على السبب قهري وإن كان السبب اختياريا ، ومثله سببية الإحياء للملك في (الموات) في اعتبار القصد معه ، وعدمه ، بل ومع قصد العدم؟ وجهان : بل قولان ولعل الأقوى العدم ، لما دل على سببية الأحياء والسبق للملك نحو «من أحيى أرضا ميتة فهي له» وقوله في النبوي المنجبر : «من سبق إلى ما لم يسبقه 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 يستثني من تأثير اليد للملك في المباحات موات الأرضين منها فإنها إنما تملك بالاحياء ، لما دل على سببيته للملك. وأما تحجيرها فلا يفيد

(١) مضى تحقيق وتخريج هذين الحديثين النبويين وغيرها في آخر الجزء الأول من (البلغة) ضمن البحث عن الأراضي الخراجية.

إلا الأولوية بالتصرف ، وهذا مسلّم عندهم ، مع ثبوت حديث «من سبق» لها الدال على الأحقية 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 الأحقية من لفظ الأحق فيه ، دون الأحقية المطلقة ، ولعله لذا اعترف جدنا في (الرياض) بعدم العثور على نص يدل على افادة 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 اني 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 أخذوه 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 المباحات الأصلية بالسبق إليها ، وعلى الأولوية بالتصرف فيها بالسبق والتحجير دون الملك ما لم يبلغ حد الأحياء ، لا يخلو من إشكال ظاهرا .

وتوضيحه : هو ان مفاد الجملة الشرطية علىية المقدم للتالي علىية تامة بحيث يترتب عليه التالي ترتبا فعليا ، ومقتضاه كون السبق علة للأحقية ، وحينئذ : فإن أريد بها الأحقية المطلقة ، أي الأحقية في جميع وجوه التصرفات والانتفاعات حتى المتوقفة على الملك ، كان ذلك مساوقا للملكية ومقتضاه حصول الملك بالتحجير لتحقيق السبق به الموجب له بمقتضى العلية

(١) ذكر ذلك في أوائل كتاب احياء الموات . أثناء عرض المصنف لشروط الأحياء ، ومنها : أن لا يكون محجرا عليه من قبل .

المستفادة منه : وان أريد بها مطلق الأحقية الصادقة على مجرد الأولوية دون الملكية ، لم يكن دالا على الملك بالسبق في المباحات 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 بأن خروج الانتفاعات المتوقفة على الملك في خصوص الموات من المباحات ، وان سبق إليها بالتحجير ، عن إطلاق الأحقية المستفاد عمومها من حذف المتعلق بأدلة الإحياء الدالة على انحصار سبب الملك به لا ينافي ثبوت الأحقية في باقي التصرفات غير المتوقف على الملك بالإطلاق المقيد بغيره.

توضيح ذلك : أن الحكم المطلق إذا كان مترتبا على موضوع عام ، ثم ورد دليل مقيد له في خصوص جهة من جهات إطلاقه بالنسبة إلى فرد مخصوص من أفراد 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 التقييد 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 المباحات الأصلية مما ينقل ويتحول. والأحقية بالسبق إليها الشامل بعمومها المستفاد من حذف المتعلق لجميع التصرفات ووجوه الانتفاعات حتى المتوقفة على الملك حكم شرعي مرتب على ذلك الموضوع العام ثابت لمن سبق إليها بإيجاد علته من السبق

غير أنه لما ورد دليل خاص في خصوص الموات قد دل على حصر سبب الملك بالأحياء ، وجب خروج التصرفات المتوقفة على الملك عن إطلاق الأحقية فيها ، وبقي غيرها ، حتى ما يكون سببا للملك كنفس الأحياء ، لأنه غير متوقف على الملك ، داخلا تحت إطلاق الأحقية فيها أيضا ، وحينئذ فالأحقية المطلقة الملازمة للملكية والأحقية في الجملة الملازمة لمجرد 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 المقيّد. ومن المحقق في محله : أن الطبيعة المهملة تتحد مع المراتب . أعلاها وأسفلها والمتوسطات بينهما . فهي حقيقة في جميع مراتبها ، كما عليه (سلطان العلماء) ^(١) فالمراد من الأحق في المباحات الأصلية غير الموات : هو المرتبة العالية بقرينة دليل الحكمة ، فأصل الأحقية مستفاد من اللفظ ، وخصوصية المرتبة من دليل الحكمة ، وفي الموات هو غير المرتبة العالية ، فأصل الأحقية مستفاد أيضا من اللفظ ، وأما خصوصية المرتبة النازلة فهي مستفادة من دليل المفيد ، فلا يلزم هناك استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد ، بل لا يلزم ذلك حتى على القول باستفادة الإطلاق من اللفظ وكون التقييد مجازا ، فان 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 الأصبهاني العالم المحقق الشهير ب (سلطان العلماء) لتفويض الشاه عباس الماضي الصفوي أمر الوزارة والصدارة إليه فكان خليفة السلطان وصهره على ابنته ، له تآليف وتعاليق قيمة على الروضة والمعالم والزبدة وغيرها في منتهى التحقيق والتدقيق توفي في أيام الشاه عباس الثاني في مازندران ونقل جثمانه الطاهر الى النجف الأشرف سنة ١٠٦٤ هـ.

وأما السبق إلى الأوقاف العامة فهو موجب للأحقية في التصرفات الموافقة لجعل الوقف أو الغير المنافية له. وأما المنافيات له فغير موجب لها لعدم قابلية دخولها في الملك وعدم تسويغ ما ينافي الوقف من التصرف فان الوقوف على حسب ما يقفها أهلها ، فهو أيضا خارج بالدليل الخاص عن اقتضاء السبق للأحقية في جميع التصرفات المنافية للوقف. فتلخص مما ذكرنا : أن السبق الى ما لم يسبقه مسلم ما يكون هو وغيره لو لا السبق شرع سواء موجب للأحقية في جميع التصرفات ووجوه الانتفاعات في غير الموات والأوقاف العامة من المباحات الملازمة للملكية ولجحد الأولوية دون الملكية فيهما بمعونة دليل الحكمة في الأول ، والمفيد في الثاني.

(المقام الثالث)

في مقدار عموم (قاعدة اليد) وبيان جملة من أحكامها. وتام 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 المحرور ب (من)

العائد إلى المتنازع. وحيث لا دليل على اعتبارها في غير مورد الأخبار ، فمقتضى الأصل عدمه .

ومنه يظهر الوجه في عدم ثبوت الأعراض باليد ، وإن حكى الإجماع عليه فيما لو تنازع رجلان في زوجية امرأة هي تحت أحدهما ، كان القول قول من هي تحته . فإن تم فلإجماع 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 أختك أو رضيعتك» بناء على عدم لفرق . في إلغاء ما يخالف اليد . بين مجرد احتماله أو وجود مدع به ، لكن على أحد الاحتمالين المتقدمين في تفسير الخبر : من جعل جملة (هو لك) صفة لشيء و (حلال) خبرا ليكون حينئذ دليلا على اعتبار اليد. وبأن البضع يملك ، واليد أمانة مفيدة للملك ، ملك عين كان أو ملك الانتفاع ، فتأمل ، فضلا عن ثبوت النسب بها ، بل لعل عدمه من المتفق عليه عندهم ، كما يظهر من كلماتهم في مسألة : ما لو تنازع اثنان على بنوة صبي في يد أحدهما ، حيث حكموا بمساواتهما في الدعوى وأنه من باب التداعي دون المدعي والمدعى عليه. ولولاه لكان ذو اليد مدعى عليه ومنازعة مدعيا ، نعم في (القواعد) ما يعطي ذلك على إشكال حيث قال : «ولو تداعيا صبيا. وهو في يد أحدهما لحق بصاحب اليد خاصة على إشكال»^(١) ويظهر من ولده (الفخر) في شرحه : أن 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 العلامة) الفصل الرابع في النسب.

والثاني : إما أن يتقدم استلحاق صاحب اليد فيقدم ، أو لا يتقدم ، فهل يقدم؟ قيل : نعم ، لأنها أمانة دالة عليه ، ولأنه 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 . فلترجيح أحد الإقرارين باليد بعد تساويهما في الإقرار ، لا لتقدم قول ذي اليد من حيث هو ذو اليد على من يدعى عليه . نعم يلحق الصغير بمن ادعى بنوته إذا كان أباً أو ولو كان أما حيث يمكن اللحق به ولا منازع له عليه ، إلا أن ذلك من ثبوت النسب بالإقرار المتضمن له دعواه بها مع ورود الأخبار المستفيضة به ، مضافاً إلى إمكان كونه مندرجاً تحت قاعدة المدعي بلا معارض ، ان قلنا بها ، فلا دخل له بثبوت النسب باليد .

ثم على تقدير اختصاص (قاعدة اليد) بالأموال ، فهل هي تختص بالأعيان منها ، أم تعم المنافع أيضاً؟ صرح بالأول منهما النراقي في (مستنده) حيث قال . بعد أن ذكر اختصاص أخبار الباب بخصوص الأعيان ما نصه . : «يمكن دعوى اختصاص صدق اليد حقيقة بالأعيان ، فإنها المتبادر عرفاً من لفظ ما في اليد ، بل الاستيلاء ، وصدقه على المنافع غير معلوم ، بل نقول : ان الكون في اليد والاستيلاء إنما هو في الأشياء الموجودة في الخارج القارة ، وأما الأمور التدريجية الوجود الغير القارة ، كالمنافع ، فلو سلم صدق اليد والاستيلاء فيها ، فإنما هو فيما تحقق 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 بمجرد قبضه العين المستأجرة مع أن ما بإزاء الأجرة إنما هو المنفعة ، وليس له المطالبة إلا بعد قبضها الحاصل بقبض العين ، لان اليد على العين يد على منافعها ، والا لكان من المطالبة قبل القبض والتسليم ، الذي قد عرفت جواز الامتناع عنه قبله في (قاعدة تلف المبيع قبل قبضه) بما لا مزيد عليه»^(٢).

ومن هذا الباب : عدم ضمان منفعة الحر ، إذ لا يد عليه حتى تصدق اليد على منفعه ، ولا كذلك المملوك فان منفعه مضمونة لصدق اليد عليها باليد عليه ، ولا دخل للاستيفاء في صدق اليد على المنفعة بقبض العين حتى يفصل بين المستوفاة منها وغيرها ، أو يفرق فيها بين ما مضى وما يأتي.

نعم ، من استولى على عين يدعي استحقاق منفعتها بالخصوص ، وأنكره مالك العين ، لم يقبل قول المدعي بملك المنفعة بمجرد اليد عليها باليد على العين مع 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 بمجلدين 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 الدعاوي في الأعيان وأول العبارة هكذا : «هل يختص اقتضاء اليد لأصالة الملكية أو الاختصاص بالأعيان ، أم يجري في المنافع أيضا . الى 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 ستعرف . وإنما يقبل قوله بالاستحقاق حيث لا يعلم إنكار المالك له ، كما يقدم قول المستولي على غيره لو ادعى الاستحقاق أيضا لاتحاد جهة الاختصاص بهما معا ، مع كون أحدهما ذا اليد ، فالقول قوله حتى تقوم بينة على خلافه ، فلو كانت العين بيد شخص يدعي استيجارها من المالك ولم يعلم إنكار المالك لدعواه وادعى غيره استحقاق المنفعة أيضا بإجارة أو غيرها ، كان القول في استحقاق المنفعة قول من هي في يده ، ويطلب المدعي بالبينّة.

الا أن ذلك يشكل على (الراقي) مع اعترافه به ، بناء على مختاره : من عدم صدق اليد على المنافع واختصاص اعتبارها بالأعيان ، إذ لا بد للمستولي بالفرض على المنفعة ، وما هو ذو يد عليه معترف به لغيره ، فما يدعيه من المنفعة لا يد له عليه ، وماله يد عليه من العين لا يدعيه.

وعليه فيكون من التداعي دون المدعي والمدعى عليه قال في (المستند) : «فلو ادعى أحد استئجار شيء في يد غيره مدعيا بأنه استأجره ، يطلب البينة من المدعي لأصالة الاختصاص بالمستولي فإن جهة الاختصاص بينهما واحدة بخلاف ما لو ادعى المالك عدم الإجارة لأن ملكيته مختصة به والمستأجر يدعي الاختصاص الاستيجاري ، ولا دليل عليه»^(١).

(١) راجع ذلك في المصدر الأنف الذكر من المستند بعنوان : (السابع) ما ذكر من أن الاستيلاء يدل على أصالة الاختصاص للمستولي إنما هو إذا لم يكن هناك مدع ثبت له اختصاص آخر أيضا ، فلو كان كذلك لا يفيد الاستيلاء شيئا . إلى قوله . : فلو أن.

ومثله في (عوائده) فراجع^(١).

(الثاني)

هل يختص اعتبار اليد وكونها إمارة بالنسبة الى غير صاحبها أو يعم حتى بالنسبة إليه أيضا لو شك في كون ما في يده له ، قولان : أقواهما الثاني . لا لما قيل : من الاستدلال عليه - أولا . بخبر مسعدة المتقدم ، بناء على كونه دليلا على اعتبار اليد دون البراءة بجعل (هو لك) فيه صفة (لشيء) ومورده بقرينة الأمثلة فيه : كون ذي اليد محتملا لخلاف ما تقتضيه يده من الملكية أو الاختصاص وشاكا فيه : الأمر فيه بإلغاء ذلك الاحتمال وعدم ترتب الأثر على شكه . وثانيا . بعموم قوله في ذيل موثقة يونس بن يعقوب (ومن استولى على شيء منه فهو له) الشامل بإطلاقه لما كان المستولي شاكا أيضا . لأن الأول . مع قوة احتمال كونه دليلا على البراءة بجعل (حلال) خبرا للضمير المنفصل كما تقدم فيكون دليلا للبراءة دون قاعدة اليد . : أن الشك فيه . لو سلم . انما هو للشك في تملك من انتقل منه إليه المعلوم اعتبار اليد فيه ، مع أن بعض أمثله لا دخل لليد فيه ، كالزوجة المحتمل كونها (رضيعةك) فان الموجب لإلغاء احتمال ذلك فيه انما هو مخالفته للأصل دون قاعدة اليد.

وأما الثاني ، فلظهور اختصاص قوله في الموثقة (من استولى على شيء) في أن كلا من الرجل والمرأة إذا مات وكان مستوليا 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 أخريات القاعدة في بيان أن مقتضى اليد الملكية.

وأيّن ذلك من كون المستولي بنفسه شاكا في ملكه لما في يده.

بل لصحيحة جميل بن صالح عن الصادق عليه السلام : «رجل وجد في بيته دينارا؟ 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 ، وإن المقصود لزوم اختلال 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.

وإن نوقش في الرواية بمنافاة ذيلها . الحاكم بملكية ما في الصندوق لصاحبه 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 ، إلا أن المناقشة ضعيفة ، لمنع الغلبة المفيدة للظن . ولو نوعا . بكون ما وجده في بيته مع دخول الغير فيه كثيرا ملكا له إذا 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 وإن شك فيه لغلبة عدم تذكر المالك مفصلا لما يملكه مما هو موجود في بيته أو ذكاته ونحوهما.

وإن أبيت عن ذلك ، فنقول : إن مقتضى اليد اعتبارها مطلقا في كل ما يوجد في ملكه من إفادتها الملكية له ، خرج من ذلك مورد النص فيبقى الباقي داخلا في العموم ، وكونه من التخصيص لا من التخصيص قد عرفت ما فيه.

نعم قد يقال : إن الصحيحة تعارضها موثقة إسحاق بن عمار : «عن رجل نزل في بعض بيوت مكة فوجد فيها نحوًا من سبعين درهما مدفونة فلم تزل معه ولم يذكرها حتى قدم الكوفة : كيف يصنع؟ قال : يسأل عنها أهل المنزل لعلهم يعرفونها ، قلت : فإن لم يعرفوها؟ قال : يتصدق بها» ^(١) حيث قيد الدفع إليهم بالمعرفة الموجب لعدمه مع عدمها الشامل لصورة الشك أيضا . أولا . مع تصريحه . ثانيا : بالتصدق مع عدم المعرفة الشامل لإطلاقه للشك أيضا . كما عرفت مع أن الأمر بالسؤال لا يكاد يتجه مع كون أهل المنزل ذوي أيد على المنزل وما فيه ظاهرا أو باطنا : بل اللازم دفعه إليهم من دون سؤال منهم ، فإن أنكروه تصدق به.

إلا أنها منزلة . لكون المال فيه مدفونا بالفرض على الكنز الذي لو وجدته في الخربة كان لواجده ، وفي العمار عرّف به أهله أولا ، وليست للعمارة من حيث هي مدخلية إلا من حيث احتمال كونه لأهلها

(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 ورزق ساقه اليه . كما عليه جدنا في الرياض . لإطلاق الصحيحة المتقدمة في الصندوق» بناء على شموله لما لو كان عالما بعدم 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 دعواه ذلك؟ وجهان : والأقوى هو الثاني ، لعموم صدر خبر حفص . المتقدم . «أرأيت إذا رأيت شيئا في يد رجل؟ أيجوز لي أن أشهد أنه له؟ قال : نعم» الناشي من ترك الاستفصال عن دعواه 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 الى وارثه ما لم يعلم خلافه ، وفي جواز الانتفاع بما في يد أحد مع اذنه من غير إحراز منه لدعواه ملكيته ، وليس إلا لكفاية اليد للحكم بالملكية وان لم ينضم إليها دعواها.

(الثالث)

لا فرق في إفادة اليد الملك بين اليد العادية وغيرها فيما لم تكن

(١) راجع ذلك منه في كتاب اللقطة ، الثانية من المسائل الثلاث ما وجدته في داره أو في صندوقه المختصين بالتصرف فيهما فهو له ..

عادية بالنسبة إليه ، كسرج الفرس وثياب العبد المغضوبين إذا ادعاهما الغاصب ، لعدم معلومية الغصب فيهما ، فيقدم قوله ، لأنه ذو يد عليهما ، وطولب المالك بالبينة ان ادعاه. ويحتمل . قويا . الفرق بين العبد والدابة ، ففي العبد ما لم يصدق مولاه ، والا فيقدم قول المالك ، لان العبد ذو يد على ثيابه ، وهو وما في يده لمولاه ، بخلاف الدابة بالنسبة إلى ما عليها من السرج واللجام.

(الرابع)

لو اشترك اثنان أو أكثر فيما يصدق به اليد عرفا ، فهل الثابت به يد واحدة لهما فلا يد لكل واحد منهما أو يثبت به يد لكل واحد منهما فتعدد الأيدي حينئذ ، وعليه فهل تختص اليد بالبعض نصفاً أو ثلثاً بحسب تعدد الشركاء فيكون له اليد على النصف أو الثلث ، أو لكل يد على كل العين وجميعها وان زوحم بمثلها عليه؟ فعلى الأول لا تعارض بين اليدين لاختلاف متعلقهما وعلى الثاني كان من تعارض اليدين لاتحاد المتعلق فيهما. وتظهر الثمرة بينهما فيما لو غصب العين اثنان دفعة ، فتلفت عندهما رجوع المالك عليهما معا بالمناصفة أو بالثلاثة بحسب تعدد الشركاء ، على الأول ، وله الرجوع على من شاء منهما أو عليهما 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 الى كل واحد منهما من الاستيلاء بحيث لو كان منفردا لكان مستقلا به. نعم لو كان تحققه موقوفا على الانضمام بحيث لولاه لم يحصل

استيلاء أصلا لم تتحقق الا يد واحدة لهما ، وان كان الحكم فيها وفي الصور الآتية التنصيف أو التثليث . مثلا بحسب تعدد الشركاء .

وبالجملة : ليست اليد آبية عن صدق التعدد بعد فرض وجود ما به يتحقق الصدق . وعلى الثاني ، فذهب إلى الأول منهما بعض ، ولعله الأكثر ، فاليد إنما هي عندهم ثابتة على البعض المختلف قدره بحسب تعدد الشركاء ، فلا يد له على ما زاد عليه وكانت اليد لصاحبه فيه ، فيكون كل منهما أو منهم بالنسبة الى ما في يد صاحبه مدعى ، وبالنسبة إلى ما في يده مدعى عليه .

والأقوى عندي : هو الأخير ، كما يظهر من شيخنا في (الجواهر) فتكون لكل واحد منهما أو منهم يد على الكل ، لعدم تعقل اليد على البعض المشاع بعد امتناع فرض تعقله الا بتعلق اليد بجميع العين ولذا لم يتحقق قبض البعض المشاع إلا في ضمن قبض الجميع ، وليس الا لعدم تعقل قبضه مشاعا بقبض البعض المعين ، فاليد ثابتة على الكل ، لكن لا بنحو الاستقلال ، فالمنفي في المقام انما هو الاستقلالية دون أصل الاستيلاء واليد فحينئذ يكون كل من ذوي الأيدي على العين مدعى للجميع ومدعى عليه بالنسبة إليها كذلك .

نعم ربما يرد في المقام إشكال على كل من القولين الأخيرين ، وهو أن اليد الثابتة لكل منهما : ان كانت على البعض أشكل تعقله مع تساوي أجزاء العين بالنسبة إلى تعلق اليد بها . كما عرفت . وان كان على الكل أشكل الحكم بملكية البعض من النصف أو الثلث . كما عليه الفتوى . بعد فرض ثبوت اليد على الجميع ، وان عورض بمثلها فيكون من تعارض السببين الفعليين الممتنع تواردهما على مسبب واحد .

وبالجملة الحكم بالتنصيف . مثلاً . بينهما حينئذ انما يكون منشأ النصف . بالتحريك . دون اقتضاء اليد ، وهو خلاف ما يظهر من فتواهم بذلك .
ودفع الاشكال بما تنكشف به حقيقة الحال : هو أن يقال : إن الملكية تابعة لليد في الاستقلالية وعدمها ، لأن الحكم بها إنما هو باقتضاء لليد لها ، ويتصف كل منهما بالاستقلالية والاستقلالية ، ومقتضى اليد على الكل لا بنحو الاستقلال ملكية الكل كذلك ، فكل منهما يملك الكل لا بنحو الاستقلال بحيث لو تم نقصانها من حيث عدم الاستقلال تولد منه كسر . مثلاً . من الكسور التسع ^(١) فملكية البعض مستقلاً هو عين ملكية الكل لا بنحو الاستقلال ، بل الملكية المنبسطة على الكل لا ضعف فيها في مرتبة الملكية ، وانما 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 وعدمها .

ولعله الى ما ذكرنا يرجع كلامهم في إفادتها ملكية النصف ، أي الملكية الاستقلالية ، وبذلك صح اتصاف كل منهما بأنه مدع ومدعى عليه لان كلا منهما يدعي الاستقلالية المستلزمة دعواه لعدم ملكية صاحبه أصلاً لا عدم استقلاليته ، وصاحبه . من حيث كونه ذا يد ولولا بنحو الاستقلال الظاهرة في الملكية . كذلك منكر ، فكل منهما 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 : الاعتيادية منها لا العشرية ، وهي المنكسرة عن الواحد كالنصف والثلث والرابع والخمس والسادس والسبع والثمان والتسع والعشر .

القضاء به لهما بالمناصفة ، لقاعدة المدعى لمال لا يد لأحد عليه . كيف والمال تحت يديهما . أولاً . واختصاص قاعدة قبول قول من يدعي مالا لا يد لأحد عليه بما لا يكون له منازع . كما ستعرف . والمفروض كون كل منهما منازعا للآخر . ثانيا . وان اليدين بالنسبة إليهما من توارد السببين على مسبب واحد المعلوم امتناعه ، فيكون اليمين لترجيح أحد السببين على الآخر لا للقضاء به . كيف وانما الممتنع توارد السببين التأمين على ملكية الكل بنحو الاستقلال لا بنحو الشركة .

وبما ذكرنا يتضح لك مواقع التأمل في كلام شيخنا في (الجواهر) في اشتراط القضاء لهما باليمين وعدمه حيث قال : «وقد يناقش بعدم اندراجهما في القاعدة المزبورة إذ الفرض أن يد كل منهما على العين لانصفها ضرورة عدم تعقل كونها على النصف المشاع الا بكونها على العين أجمع في كل منهما ، وحينئذ فلا مدع ولا مدعى عليه منهما ، ضرورة تساويهما في ذلك ، الا ان الشارع قد جعل القضاء في ذلك بأن العين بينهما كما سمعته من النبوي المرسل ، فالنصف هو القضاء بينهما في الدعوى المزبورة التي كان مقتضى يد كل منهما الكل .

ومنه يظهر لك عدم كون كل منهما مدعيا لنصف الآخر ومدعى عليه في نصفه كي يتوجه التخالف ، 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 حينئذ 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 يمين فيها فتأمل جيدا ، فإنه دقيق نافع» انتهى .
قلت : ان ما ذكرنا أدق ، وبالقبول أحق فظهر لك : أن توقف القضاء على اليمين
انما هو للميزان ، لا لترجيح أحد السببين بها على الآخر ، ولا ينافيه النبوي المرسل : «في
رجلين تنازعا في دابة ليس لأحدهما بينة فجعلها النبي . صلى الله عليه وآله . بينهما» حيث لم
يذكر فيه القضاء باليمين لعدم معلومية كون الدابة في يديهما ، فلعله تنازعا فيها ولا يدلها
عليها وهو واضح.

(الخامس)

كما أن اليد تفيد الملكية وتكون اشارة عليها ، كذلك فيما يعتبر في حله التذكية ، إن
كانت اليد لمسلم تفيد كونه مذكى . إجماعا بقسميه . وللمعتبرة المستفيضة فيها وفي سوق
المسلمين وأرضهم وهل هي إن كانت للكافر اشارة على الميتة أو لا تكون اشارة أصلا ، وانما
الحكم بكونه ميتة لأصالة عدم التذكية السالمة عما يحكم عليها من الأمانة الدالة على
التذكية؟ قولان : ذهب إلى الأول منهما شيخنا في (الجواهر) ^(١) تبعا لأستاذه (كاشف
الغطاء) والأقوى : الثاني ، لعدم ما يدل على كون يد الكافر اشارة على الميتة إلا ما عسى
أن يتوهم 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 بالصلاة في الفراء اليماني وفيما صنع في أرض الإسلام ، قلت : فان كان فيها غير أهل الإسلام؟ قال : إذا كان الغالب عليها المسلمون فلا بأس» ^(١) الدال بمفهومه على ثبوت البأس مع عدم الغلبة في المجهول فضلا عما علم كفره وخبر إسماعيل بن عيسى : «سألت أبا الحسن . عليه السلام . عن جلود الفراء يشتريها الرجل في سوق من أسواق الجبل : أيسأل عن ذكاته إذا كان البائع مسلما غير عارف؟ قال : عليكم أنتم أن تسألوا عنه إذا رأيتم المشركين يبيعون ذلك» ^(٢) بناء على أن الأمر بالسؤال من جهة الميتة ومن تقدبهم يد الكافر على أرض المسلمين وسوقهم في الحكم بكون المأخوذ منه ميتة ، إذ لو لم تكن يد الكافر إمارة لم يكن مجرى للأصل المحكوم لامارة السوق ، وليس الا لكون اليد إمارة ، 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 فلظهور 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) ، وتكملته : «وإذا رأيتم يصلون فيه فلا تسألوا عنه».

وأما تقديم يد الكافر على سوق المسلمين ، فإنما هو لقصور السوق عن كونه إمارة فيما كان في يد الكافر فعلا ، المعلوم كفره ، وانما هو إمارة بالنسبة إلى مجهول الحال ، إلحاقا للمشكوك بالغالب ، فالتقديم فيه ليس إلا للأصل السالم عما يحكم عليه من أدلة السوق الدالة على حكم مجهول الحال دون معلوم الكفر. وبما ذكرنا . ظهر لك . أن يد الكافر ليست إمارة على الميئية حتى تعارض يد المسلم التي هي إمارة على التذكية تعارض الأمرتين الموجب للترجيح بينهما ، بل هو من باب تقابل الامارة وعدم الامارة ، لا إمارة العدم حتى يلتمس الترجيح.

وحيث اتضح لك ما ذكرنا ، ظهر أنه لا شك على المختار في الحكم بتذكية الذبيحة المشتركة بين المسلم والكافر الموجودة في يديهما معا ، لقيام الامارة عليها من يد المسلم ، سيما على المختار : من كون اليد على الكل وان كان لا ينحو الاستقلال الحاكمة على أصالة عدم التذكية ، وان كانت في يد الكافر أيضا ، لما عرفت من عدم كون يده إمارة على العدم ، فهي بحكم العدم في قبال يد المسلم ، فلم يبق إلا الأصل المحكوم لها. ولعله كذلك أيضا ، على القول الآخر ، وان كان حينئذ من تعارض الأمرتين لأقوائية يد المسلم في الامارة باعتضادها بأصالة صحة فعله ، وليس الأصل في فعل الكافر الفساد حتى يكون معاضدا ليد ، وأصالة عدم التذكية ليست في مرتبة الإمارة حتى تصلح للاعتضاد بها^(١). وهذا هو الوجه

(١) ولا يخفى أن ذلك ينتقض بأصالة الصحة التي جعلها سيدنا المصنف عاضدة لأمرية يد المسلم ، فهي أيضا ليست في مرتبتها كي تعضدها. وعليه فالمرجع . بعد تساقط الأمرتين بالمعارضة . أصالة عدم التذكية ، وذلك لحكومتها على أصالة الصحة ، لأنها أصل موضوعي وتلك أصل حكمي ، 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 للترجيح بعد حجية ما دل على اعتبار يد الكافر ، وأنها إمارة وهو واضح. بل وكذا على المختار . لو وجد في السوقين أو الأرضين للمسلمين والكفار مع علم التأريخ وجهله لانقطاع الأصل بتحقيق الإمارة القاطعة له.

نعم يشكل على القول الآخر لو كان السابق من اليدين أو السوقين ما هو إمارة على الميتة ^(١) لعدم المانع عن الحكم بها بعد فرض انفرادها عما يعارضها من الإمارة ، فلا يجدي لحوق إمارة التذكية بعد عدم تعقل لحوق التذكية فعلا بعد الموت ، ضرورة كون الإمارة كاشفة عن تحقق الموضوع الذي هو مؤداها في الواقع ، وإن كان كشفا ظنيا ، إلا أن الشارع اعتبرها في مرحلة الكاشفية ، وليست الإمارة كالأصل الذي لا يترتب عليه إلا الأحكام المجعولة للشارع حتى يمكن التفكيك فيها بحسب اقتضاء الأصول لها.

اللهم إلا أن يقال : إن الميتة حيث لا ينتفع بها المسلم بوجوه الانتفاعات أصلا لحرمتها ونجاستها ، لم يكن بد من كون ما في يده مذكّي . ولا كذلك

(١) قد يقال بعدم ورود الإشكال ضرورة أنه بناء على كون الإمارة 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 الإمارة وهو ترتيب الآثار من حين تحققها لا من ذي قبل فتأمل.

الكافر ، فان عدم تذكّيته عنده لعدم حاجته إليها لا لحاجته الى عدمها ^(١) فغلبة عدم التذكّية عند الكافر لعدم مسيس الحاجة إليها ، وغلبة التذكّية في يد المسلمين وسوقهم لمسيس الحاجة إليها لتوقف وجوه الانتفاعات به على التذكّية ، فحيث وجد في يد المسلم ، فلا بد من وقوفه على تذكّيته وان 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 الحكيمة للمسلم على اليد الفعلية للكافر فضلا عن سوقهم وأراضيهم ، وظهر لك أيضا حكم الذبيحة المشتركة بين المسلم والكافر الموجودة في يديهما فعلا بعد الحكم بتذكّيتها أو تقطعت وانفرد بقطعة منها بعد العلم بكيفيتها ، فان القطعة المبانة منها مذكاة . وان كانت في يد الكافر هذا وحيث حكم على الجلد ونحوه بعدم التذكّية الراجع إلى الميتة للأصل واستعمل ، ثم قامت إحدى أمارات التذكّية من يد المسلم أو غيرها فهل هو على نحو الكشف أو من حين قيام الامارة ، فيحكم بنجاسة ما لاقاه قبل ذلك؟ وجهان : الأقوى : الأول ، وان اختار ثانيهما شيخنا في (الجواهر) حيث قال : «وعلى كل حال فحيث حكم بالتذكّية لحصول إمارتها الشرعية بعد الحكم بالميتة للأصل أو اليد أو بالعكس ، فهل هو على الكشف بمعنى جريان حكم المذكى عليه مثلا فيما مضى من الأفعال والمباشرة لو كانت ، أولا ، بل من حين تحقق الامارة؟ وجهان : أوفقهما بالأصل والاحتياط الثاني ، ولا ينافيه عدم تصور التذكّية له الآن ، ضرورة

(١) قد يستلزم ذلك إخراج يد الكافر عن الأمارية . وهو خلاف الفرض . ومع التسليم فذلك 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 . مثلاً . على من شك فيه بعد الفراغ من الظهر ، وإن حكم بصحة الظهر بناء على أن الدليل فيها صحة فعل المسلم ، فهي حينئذ وإن ثبتت في الظهر ، لكن لا يثبت بها كونه متوضئاً حقيقة ، فتأمل جيداً» ^(١) انتهى.

وفيه : أن ما ذكره إنما يتم على تقدير أن يكون اعتبار اليد من باب التعبد وكونه من الأصول التعبدية ، لا من باب الأمانة التي معناها الكشف عن الواقع . وثبتت مؤداها في الواقع وإن كان في مرحلة الظاهر ، لكون الكشف ظنياً لا علمياً . كما عرفت . والتأييد بما ذكره من وجوب الوضوء للعصر تأييد بما لا يكون مؤيداً ، لأن صحة الظهر إنما هي لأصالة الصحة أو لقاعدة الشك بعد الفراغ التي هي من الأصول التعبدية التي يمكن التفكيك في أحكامها . وأين ذلك من اليد التي هي من الأمانة التي قد عرفت معناها ، وقد اعترف هو بها . وبالجملة حيث قامت إماراة على التذكية كشفت عن تحققها من حين إزهاق الروح ، فترتب عليه أحكامها من حينه ، لا من حينها ، والله العالم.

(السادس)

يشترط في إفادة اليد الملك عدم العلم بحدوثها بعنوان آخر ، فلو 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 مما لا شك فيه ولا شبهة تعتريه

(السابع)

يقبل قول ذي اليد مطلقا ، وان كانت عادية في جملة مما يتعلق بما في يده كالطهارة والنجاسة ، فلو أخبر بطهارة ما كان متنجسا أو بالعكس قبل قوله ، للإجماع المحكي فيه ، وفي قبول تصديقه لأحد المتنازعين لو تنازعا على عين في يده فصدق أحدهما فيكون المصدق بحكم ذي اليد في كونه مدعى عليه وصاحبه 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. ولعل المستند : هو قاعدة «من ملك شيئا ملك الإقرار به»^(١) وهي قاعدة مسلمة عندهم . على ما يظهر من فتاواهم المتفرعة

(١) أنها قاعدة فقهية مسلمة لدى عامة الفقهاء ، يطبقونها على موارد المتفرقة في أبواب الفقه . وللتعرف عليها بايجاز 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 السلطنة على ثبوت الشيء واقعا وبين السلطنة 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 : «ومما يؤيده مطلقا في التصرفات القولية أن المقر حيث كان قادرا على إنشاء المقر به عند ما أقر به ، فتكليفه مع فقد البيئة عليه بفعله لإثباته مع ان المرجع إليه في قصد مدلوله وكونه لاغيا ظاهرا في نظره ، بل ممتنعا لكونه تحصيليا للحاصل في الطلاق ونحوه خال من حكمة يعتد بها ، فينبغي عدم اعتبار الشارع لمثله ، فاذا ثبت ذلك بحسب الأصل اطرده 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 . (ثانيا) حتى أنها اعتبرت عند الفقهاء من الضروريات الأولية واعتبروها . في مقام الاستدلال . كالأدلة اللفظية .

الثالثة مفاد القاعدة . بجزئها الشرطي والجزائي . : أن المالك للشيء . عينا كان أم فعلا . واقعا ، مالك للإقرار به ظاهرا ، بلا فرق في السلطنة بين ما لو كانت أولا وبالذات كالمالك الأصلي أم حصلت ثانيا وبالعرض ، كالوكيل والولي ونحوهما ،

الرابعة . الظاهر شرطية كون المقر مالكا للشيء فعلا في زمان الإقرار لتطبيق القاعدة ، فلا تكفي مالكيته لذلك في زمان وقوع الفعل منه سابقا ، ويترتب على ذلك عدم نفوذ إقرار الوكيل أو الولي . مثلا . بعد انتهاء دور الوكالة أو الولاية . والتفصيل 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 فائدته قطع الشك باليقين في النفوذ على غيره ، فالأحسن 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 لكفاية موافقيته 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 أشبهها قطعا ، من حيث أنها تقتضي إلزامه بما لولاها لما ألزم به أو إسقاط ما لولاها لكان ثابتا له ، ولا ريب أنه ليس معنى (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) كونه نافذا بالنسبة إليهم خاصة على أن يكون قوله «على أنفسهم» متعلقا بجائز ، وقدم عليه لإفادة 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 غصبها من فلان نفذ ذلك في حقه وحق الجارية ، وبالولد له منها كما نص عليه في الأخبار . وإذا أقر المولى بعرق عبده حكم بحريته ونفذ ذلك في حقهما وفي كل ما يترتب على حريته من إرث ووصية وغيرهما . وإذا أقر الأب بنكاح الصغير نفذ ذلك

في حق الجدة كعكسه. وإذا أقر الصبي بالوصية في المعروف نفذ في حق وليه في حياته ووارثه بعد موته. وإذا أقر ذو الحق بوصول حقه اليه نفذ في حقه ، وفي حق من عليه الحق فيسقط عنه التكليف بالوفاء وان كان غير عالم به ما لم يكن عالما بعدمه ، وربما لا يجوز له الوفاء حينئذ ، كما إذا كان مصادما لحق واجب عليه. وإذا أقر أحد بحق عليه لغيره نفذ ذلك بالنسبة إليهما ، وان جهله ذلك الغير ما لم يعلم خلافه ووجب عليه أخذه إذا توقف عليه حق لازم له عليه ، وهكذا حكم سائر الأقاير ، 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 نفيا ولا إثباتا فيثبت الحكم في غير المقر نفيا أو إثباتا 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 مطلقا ، فبالنسبة إليهم أصالة وبالنسبة إلى غيرهم فيما يترتب عليه تبعا ، وعلى هذا بناء الأقاير ، فالتصرف المقر به ان كان مما يشارك المقر فيه غيره كعقد النكاح . مثلا . لم ينفذ إلا في حقه خاصة ، وان كان مما يختص به نفذ بالنسبة إليه أولا وبالذات ، وبالنسبة إلى غيره ثانيا وبالتبع. 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 حقا مختصا بالزوج له الولاية عليه لا غير ، فإقراره حينئذ بالطلاق إقرار في حق نفسه ، وإخراج لأمره من يده ، فاذا سمع كان ثابتا مطلقا ولا معنى للفرقة المذكورة أصلا وكذلك الكلام في نظائر الطلاق كإقرار الأب بنكاح الصغير ونحوه» انتهى.

وهو كلام حسن جدير بأن يكتب بالنور على وجنات الحور ، الا أنه مبني على كون الإقرار كالبيئة في كونه إمارة ناظرة إلى الواقع ، لا أنه من قبيل الأصول التعبدية في وجوب الأخذ بمؤداه والإلزام بما أقر به حتى يمكن التفكيك في أحكامها ، واستفادة أحد الأمرين : من كونه أصلاً أو إمارة مبني على كون الجار متعلقاً بالإقرار ، أو بجائز ، قدم عليه لإفادة الحصر ، فيكون الأول مفاد الثاني. والثاني 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 وغرم بدله للثاني بالحيلولة فهو كالمكلف عليه ، لأنه حال بإقراره النافذ عليه للأول بين الثاني وحقه باعتزافه ، بلا خلاف منه معتد به ، بل عن (الإيضاح) : إن ذلك من قواعدهم الظاهر في الإجماع عليه.

وان حكى عن ابن الجنييد : الرجوع إليه في مراده ان كان حياً وإلا فهو مال متداع بينهما فان التفت البيئة حلفاً واقتسماها ونفى عنه البعد في الدروس قائلاً بعد حكايته عنه : «وليس ذلك ببعيد لأنه نسب الإقرار إليهما في كلام متصل ، ورجوعه عن الأول إلى الثاني محتمل لكونه عن تحقق وتخمين فالمعلوم انحصار 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 ، ولغوياً

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 اليه من الأول ، مع أن وجوب الدفع إليه حينئذ كاد أن يكون من المتفق عليه.

ومثله ما لو أضرب عن الثاني إلى الثالث أيضا في دفع العين للأول والغرامة لكل واحد من الأخيرين بتمام البدل.

نعم لو عطف الثالث على الثاني من دون إضراب عنه بأن قال : هو لزيد بل وعمرو وبكر ، غرم بدلا واحدا لهما بالتوزيع عليهما بالمناصفة بينهما ، ولو قال : هو لزيد وعمرو ، بل لبكر دفع العين إلى الأولين وغرم تمام البدل لبكر ، ولو قال : بل ولبكر بالعطف ، غرم الثلث ، واحتمال النصف عملا بالإضراب والعطف الموجب للتشريك مع أحدهما . كما في الجواهر . ضعيف.

وكذا مثله في الحكم ما لو قال : غصبته من فلان ، بل من فلان في الدفع للأول والغرامة للثاني ، لما تقدم من الإقرار والحيلولة ، بعد أن كان الإقرار بالغصب مستلزما للإقرار باليد للمغضوب 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 صارفا 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.

وضَعَف . كما في الجواهر تبعاً للمسالك . بأن الإقرار بالغصب : اما أن يقتضي الإقرار بالملك على وجه يقتضي الضمان أولاً . فإن اقتضاه فقد أقر للثاني 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 أنا تعرضنا لها استطراداً لكونها متعلّقا بما في اليد.

(١) راجع ذلك من الجواهر في كتاب الإقرار ، النظر الرابع في اللوائح في المقصد الأول منها ، في شرح قول المحقق (وكذا لو قال : غصبته 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 المحقق 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 الجواهر.

(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 كالهدم والبناء والإجارة ونحو ذلك من التصرفات التي لا تنفك . غالبا . عن الملك ، أو لا يكون بل كانت مجردة عنه.

فان كان الأول فالجواز هو المشهور شهرة عظيمة حتى ادعي الاتفاق عليه ، بل عن (الخلاف) : دعوى الإجماع عليه ، فان تم ، والا ، فلا يخلو من إشكال ظاهرا ، وان استندوا فيه الى قضاء العادة بأن ذلك لا يكون إلا في الملك وجواز شرائه منه ، ومتى حصل عند المشتري جاز له دعوى الملكية. ولو ادعى عليه فأنكر جاز له الحلف ، والى الأولوية من اليد المجردة عنه ، المصرح في خبر حفص بن غياث بجواز الشهادة فيها مع تضمنه أيضا 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 شيئا في يد رجل ، أيجوز لي أن أشهد أنه له؟ قال : نعم».

(٢) تعليل للإشكال المذكور بقوله آنفا : وإلا فلا يخلو من اشكال

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 ، فممنوع جواز الشهادة في الأصل ، وهو اليد المجردة حتى يستدل بها هنا ، كيف والمنع هنا يستلزم المنع في اليد المجردة بالأولوية.

وان كان الثاني ، وهو اليد المجردة عن انضمام التصرف إليها ، فأكثر المتأخرين . كما في المسالك والكفاية وغيرهما . على الجواز 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 سنده . 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 (الشرائع) . بعد أن نسب الجواز الى القليل : «وفيه اشكال» علله بقوله : «من حيث أن اليد لو أوجبت الملك له لم تسمع دعوى من يقول : الدار التي في يد هذا لي ، كما لا تسمع لو قال : ملك هذا لي» ^(١) انتهى.

مضافا الى ما قيل على الجواز : من لزوم التعارض بين بينة المدعي

(١) قال في كتاب الشهادات ، الطرف الثاني فيما به يصير شاهدا ، مسائل ثلاث : الأولى . «لا ريب أن المتصرف بالبناء والهدم 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 وبينه ذي اليد ، كذلك لو علم استنادها الى اليد لتساويهما في الشهادة على الملك والرجوع في الترجيح حينئذ إلى ترجيح البيئة الخارجة أو الداخلة ، مع أن تقدم بينة المدعي في الفرض من المسلم ظاهرا عندهم حتى على القول بتقدم البيئة الداخلة للترجيح باليد ، لأنه انما هو حيث لا يعلم الاستناد إليها لا مطلقا.

وبالجملة : ليس للشاهد أن يشهد الا على اليد أو التصرف أو هما معا ضرورة عدم جواز الشهادة على مؤدى الأصول والأمارات كالاستصحاب والبيئة ، مع أنها أقوى من اليد ، ولذا تقدم عليها.

وأجيب عن ذلك كله : أما عن ضعف الخبر فبانجباره بالشهرة المستفيضة والإجماع المحكي ، وبعد الجبر يخصص 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 للفرق بينهما ، لا يخفى وضوح الفرق بينهما إذ التصريح بالملك تكذيب لدعواه وقوله : التي في يد هذا ، الى محقق لموضوعه ، لان المدعي من كان قوله مخالفا للظاهر. وأما عن استلزام الجواز التعارض بين البيئتين والرجوع الى ترجيح الداخلة أو الخارجة ، فلعدم المنافاة بين الجواز وأقوائية بينة المدعي من بينة ذي اليد إذا علم استنادها في الشهادة على الملك إليها ، وتقدم الترجيح بذلك على الترجيح بغيره من المرجحات.

هذا غاية ما ذكر دليلا للمنع والجواز من الطرفين والنقض والإبرام من الجانبين. ونحن ذكرناها جريا على طريقتهما. والا فالذي يقتضيه التحقيق في وجه جواز الشهادة على مقتضى اليد من الملك كالشهادة على نفسها : هو ان الملكية سواء أريد بها ما يوجب السلطنة الخاصة أو نفسها : هي أمر إضافي واختصاص خاص منتزع من أسبابه ، وتحقق المعنى المنتزع

يدور مدار تحقق منشأ انتزاعه ، سواء كان المنشأ من الأسباب الواقعية المستحيل التخلّف أو الشرعية الممكن في حقه ذلك في الواقع.

وحيث تحققت الإحاطة بالشيء الحاصلة من الاستيلاء عليه كانت موجبة لاختصاص المحاط بالمحيط وإضافته اليه ومقتضية له ما لم يمنع عنه مانع من الاختصاص بالغير ، ضرورة أن الإحاطة على ما لا اختصاص له بأحد يوجب انتزاع الاختصاص الخاص اليه ، وحيثما شك فيه كان مقتضى الأصل عدمه (وسبق) الملكية للغير من حيث هو سبق ، سيما لو كان مجهولا مع الشك في بقائها كما هو الغالب في موارد اليد (لا) ينافي الملكية للثاني ، لعدم اتحادهما في الزمان ، وانما المنافي هو كونه حين ما هو في اليد مستحقا للغير ، وهو كما يحتمل ، يحتمل عدم إمكان الانتقال اليه ولو من المالك الأول ، فيكون الثاني من شئون سلطنة الأول وفي طوله فمرجع الشك حينئذ إلى الشك في كون اليد الفعلية طولية أو عرضية ، ويكفي في ترتب الأثر على اليد الفعلية من انتزاع الإضافة الخاصة منها إلى صاحبها عدم إحراز كونها عرضية للأصل ، وان لم يثبت به كونها طولية 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 منفية بالأصل أيضا كما عرفت. نعم هي مستصحية ، ومقتضاها ، وان كان ذلك ، الا أن التفكيك بين الأحكام في مجاري الأصول التعبدية غير عزيز فتأمل ^(١) ، مع كون اليد . كما ستعرف . مقدمة على الاستصحاب ، إذ لولاه لما قام للمسلمين سوق.

(١) وجه التأمل : هو أن الشك في المزاحمة وعدمها مسبب عن الشك في دوام اليد وعدمه ، والأصل في السبب حاكم على الأصل في المسبب فبالاستصحاب يتعين كونها عرضية (منه رحمه الله).

وبالجملة ، فمنشأ الانتزاع ، وهو الاستيلاء ما دام موجودا كان مقتضيا لانتزاع الإضافة الخاصة منه ما لم يمنع مانع عنه من كونها يدا عرضية ، وقد عرفت أن مقتضى الأصل عدمه ، والاستصحاب غير مجد في المقام.

وإذ قد عرفت ذلك ، ظهر لك جواز الشهادة على الأمر المنتزع ، وهو الملكية ، بمشاهدة منشأ انتزاعه ، فاليد ولو كانت مجردة عن التصرف كما يجوز الشهادة عليها إذا كانت معلومة بالحس أو غيره ، كذلك يجوز الشهادة على ما ينزع منها من الاختصاص الخاص ، ضرورة معلومية المنتزع بمعلومية منشأ انتزاعه ، ولا ينافي كونها من هذه الحيشة سببا لانتزاع الملكية كونها كاشفة عن سبق الاستحقاق بالغلبة. ولا كذلك مؤدى غيرها من الأصول والأمارات الموجبة للحكم به تعبدا ، ولذا لا تجوز الشهادة بمؤدى الاستصحاب والبيئة ، مع أنها أقوى من اليد . كما ستعرف . فما دل على اعتبار اليد في إفادتها الملك انما هو في الحقيقة إمضاء من الشارع لما عليه العرف والعقلاء من الانتزاع المذكور بمشاهدة منشأ انتزاعه ، ويشهد لما ذكرنا : ما هو المعلوم : من جواز الشهادة على الملك المطلق بمشاهدة أسبابه الشرعية كالبيع ونحوه مع عدم العلم بملك البائع للمبيع الموجب لسراية الشك الى ملك المشتري لتوقفه عليه في الواقع ، وليس إلا لكون السبب الشرعي معلوما بالحس أو غيره ، وترتب المسبب على السبب علمي من غير حاجة الى تقييد الملك فيه بالظاهر . وكونه حكما ظاهريا ، فكذلك اليد والاستيلاء إذا كان مشاهدا جازت الشهادة بما ينتزع منه لكونه معلوما بمعلومية منشأ الانتزاع ، وان 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 أيضا محتملة للفساد ، كما

تحتل 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 يتخلف عن مقتضاه ، بخلاف الطريق ، فإنه قد جعله طريقا مع تخلفه ، إذ التصرف قد يجامع غير الملك بخلاف البيع الصحيح بحسب الظاهر ، فإنه لا يتخلف عن أثره فيه كالسبب في الواقع. وان أبيت عن ذلك وفرضت صورة تختلف فيها الشهادة بالسبب وأثره لم تجوز 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 خبير بما فيه : أما الأول ، فلما عرفت : من عدم الفرق بين اليد من حيث كونها منشأ سببا للأمر المنتزع منه المشهود به ، وبين غيرها من الأسباب الشرعية ، وان كان الفرق بينهما من حيث كونها كاشفة عن سبق الملك بالغلبة واضحا. ولعل (الجواهر) اقتصر نظره إليها من حيث الكاشفية دون حيث السببية التي هي الوجه للتشبيه في كلام (الكشف) ولذا اختصت اليد

(١) راجع ذلك في نفس الباب الآنف الذكر من الشرائع في شرح قول المحقق : 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 فإنها أيضا محتملة للفساد كما تحتل الطرق التخلف. وفيه .. إلخ.

يجوز الشهادة بمفادها دون غيرها من سائر الأمارات التي لا توجد فيها الحيثية السببية. وأما الثاني ، فلان ذكر السبب في الجرح إنما هو لاحتمال أن لا يكون سببا عند الحاكم وان كان سببا عند غيره ، وهذا غير الطريق المعلوم كونه طريقا ، وان احتمل تخلفه عن الواقع ، فتخلف الطريق بعد معلومية كونه طريقا غير الشك في نفس الطريقية ، وكونه طريقا أولا ، والذي يشبه ذكر السبب في الجرح هو الثاني دون الأول ، فالقياس بينهما . مع كونه قياسا . قياس مع الفارق .

ولعل ما ذكرنا من سببية اليد للانتزاع منها وجواز الشهادة على الأثر المنتزع من منشأه والتشبيه بالأسباب الشرعية في جواز الشهادة مع احتمال التخلف في السبب مستفاد من نفس الخبر المتقدم من قوله : «أفيحل الشراء منه؟ قال : نعم ، فقال : لعله لغيره» إلخ ، فتكون الرواية على ما ذكرنا ، وفتاوى أكثر الأصحاب في جواز الشهادة على مفاد اليد من الملك موافقة للقاعدة ، ولذا أفتى بمضمونها من لا يعمل بخبر الواحد .

وان كان صحيحا فضلا عن الضعيف منه ولو كان منجبرا . اللهم الا أن يفرق في جواز الشهادة على الأمر المنتزع بين ما كان منشأ انتزاعه سببا كالحيازة أو كاشفا عن سبب متقدم ، فتجوز الشهادة على المنتزع في الأول ولا تجوز في الثاني ، إلا على نفس المنشأ دون المنتزع منه ، لكونه معلوما على الأول ، ومظنوننا على الثاني ولو بالظن المعتبر شرعا . نعم تحقق المنشأ وهو اليد سبب لتحقيق الحكم بالملك شرعا لا واقعا ، 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 بصحيحه يضمن بفاسده» ^(١) النبوي المنجر ضعف سنده بتلقي الأصحاب له بالقبول ، واستدلالهم به عليه في كثير من الموارد ، وهو : «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» ^(٢)

(١) مضى تحقيق ذلك ضمن الرسالة الثانية من الجزء الأول من هذا الكتاب

(٢) في كشف الخفاء للعجلوني ج ٢ ص ٦٩ يرويه عن أحمد والنسائي وابن ماجة والحاكم من حديث الحسن عن سمرة بن جندب بلفظ (حتى تؤديه) وكذلك في كنز العمال للمتقي ج ٥ ص ٢٥٧ ، وسنن البيهقي ج ٦ ص ٢٩ ومثله مستدرک وسائل الشيعة للنوري باب ١ من كتاب الغصب حديث (٤) ولكن في سنن أبي داود والترمذي ومثله : خلاف الشيخ الطوسي كتاب الغصب مسألة (٢٠) فيما إذا غصب شيئا ثم غير صفته .. وبعض كتب الحديث ترويه بلفظ (حتى تؤدي) وعلى كلتا صورتَي روايته ، فالحديث متواتر النقل إجمالا. وبلغ من الشهرة بحيث اعتبر قاعدة كلية يطبقها الفقهاء على مختلف مواردنا من الفقه.

والملاحظ أنه ليس المقصود من اليد في الحديث المذكور : اليد الجارية إذ ربما ليس للمتعدي يد أصلا أو أن المأخوذ غير قابل لوضعه في اليد الخاصة كالرد ونحوها ، بل المقصود ههنا المعنى الاستعاري لليد ، وهو محض المستولي على الشيء ، ومعناه إقرار الضمان القهري على صاحب اليد الآخذة من قبل الشرع أو العقل أو كليهما. فلا يرتفع هذا الضمان الاعتباري إلا بالأداء إلى المالك الحقيقي أو التنزيلي بوحدة من مراتب الأداء المندرجة ، برد العين مع وجودها ، أو برد مثلها مع إمكان ذلك ، أو برد قيمتها مع تعسر الأولين . كما ستعرف.

الشامل بإطلاق اليد فيه لأنواع اليد الا ما خرج عنه بالدليل كيد الأمانة بالمعنى الأعم ، مالكية كانت أو شرعية. بناء على ما هو الظاهر منه ولو بمعونة فهم العرف من سياقه : من أن المراد (ثابت على اليد ضمان ما أخذت حتى تؤدّي) فهو إنشاء لبيان حكم الشرع من الضمان ، لا إخبار عن كون المأخوذ كائنا في اليد الى زمان التأدية ، لأنه . مع كونه حينئذ من بيان الأمر البديهي الذي يجلب عنه الحكيم . لا يناسب التعدي بكلمة (على) ولا التغيي بخصوص التأدية ، للزوم الكذب مع التلف قبلها ، ضرورة أن غايته التلف حينئذ دون التأدية ، فهو إنشاء لحكم شرعي تكليفي أو وضعي لا سبيل إلى الأول منهما ، فيتعين الثاني. وتقريبه : هو أن قوله (ص) (على اليد) متعلق بمحذوف هو خبر للموصول المتأخر بصلته ، والمحذوف المتعلق به إما من أفعال العموم كالثبوت والكون ، أو من أفعال الخصوص كواجب أو لازم ونحوهما.

ثم انه لا بد أيضا من تقدير مضاف للموصول بدلالة الاقتضاء بعد عدم صلاحيته بنفسه لأن يكون مبتدأ للخبر المتقدم حيث كان المراد منه الأعيان الخارجية المتصفة بكونها مأخوذة ، فهي بنفسها غير قابلة لتعلقها باليد المراد منها صاحبها ، وانما القابل لذلك انما هو باعتبار أمر آخر فيها من العهدة والضمان أو الحفظ أو الرد ونحو ذلك ، فهو نظير قوله تعالى «سَلِّ الْقَرْيَةَ» الدال على سؤال الأهل بدلالة الاقتضاء : فان كان المضاف المقدر هو الضمان والعهدة كان المتعلق به المقدر من أفعال العموم نحو (ثابت) ، وان كان غير ذلك كان المناسب تقدير المتعلق به من أفعال الخصوص نحو (واجب ولازم) فيكون الحاصل على الأول (ثابت على اليد ضمان ما أخذت وعهدته) وعلى الثاني (واجب على اليد حفظ ما أخذت أورد ما أخذت أو أداء ما أخذت) ، فلا كلام في أصل

التقدير والحذف . في الجملة . في المقامين ، انما الكلام في تعيين المقدر والمحذوف فيهما والأظهر ، بل الظاهر ، بل المتعين من سياق أمثال المقام بحسب المتفاهم عند العرف من نحو قولهم : على زيد مال عمرو ، وعليه دين ، وعليه دم فلان ، وعليك تفاوت قيمة ما بين الصحيح والمعيب في قول الصادق عليه السلام في صحيحة أبي ولّاد ، الى 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 المأخوذ أورده أو تأديته الى أن تؤديه ، فإن ذلك بين ما هو إظهار لحكم بديهي كتقدير الحفظ ، وما يوجب النفرة كتقدير الرد أو التأدية ، مع استلزامه خلو الحديث عن ذكر ما هو حكمه بعد التلف ، ويكون على الأول أتم فائدة وأعم نفعاً . وحيث تعين المعنى الأول ، فالمستفاد منه هو حكم الوضع ، وان استلزم التكليف بدليل خارج أو بإجماع مركب ونحوه ، فمن يدعي ظهوره في الحكم التكليفي ، فلعل دعواه ناشئة من الغفلة عن الفرق في مدخول كلمة (على) بين ما كان من الأفعال نحو (عليك بالصدقة وعليك بصلاة الليل وأداء الفرائض) ونحو قوله تعالى «وَلِلّٰهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ» وما كان من الأعيان كالأمثلة المتقدمة ، فدعوى الظهور في بيان الحكم التكليفي مسلمة في الأول ، وممنوعة في الثاني ، بل الظاهر فيه كونه بيانا للحكم الوضعي ، وان لم ينفك عن التكليف .

هذا مع إمكان ان يقال : بعدم الحاجة إلى الحذف والتقدير على تقدير كونه بيانا للحكم الوضعي بدلالة كلمة (على) الموضوع 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 لمطلق الاختصاص

فكذلك كلمة (على) فإنها عند الإطلاق منصرفة إلى التضرر 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 الى تكلف الحذف والتقدير فان هذا المعنى انما يستفاد منها باعتبار كونها ملاحظة لمعنى أسمى هو الضمان والعهدة ، كما في دلالة سائر الحروف على المعاني الحرفية المعبر عنها عند إرادة تفصيل معانيها بمعان اسمية ، مثل أنه يقال : (من) للابتداء (والى) للانتهاء (والام) 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 للكليني ، كتاب الصيد ، باب صيد الطيور الأهلية حديث (٦) «بإسناده : أن أمير المؤمنين (ع) قال في رجل أبصر طائرا فتبعه حتى سقط على شجرة ، فجاء رجل آخر فأخذه فقال (ع) : للعين ما رأت ولليد ما أخذت». وفي (من لا يحضره الفقيه) للصدوق باب ٤٧ نادر من أبواب القضاء والأحكام حديث (١) : «روى السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عن علي (ع) : أنه سئل عن رجل أبصر طيرا .. الحديث. وفي (التهذيب للشيخ الطوسي) : كتاب الصيد والذبائح باب الصيد والذكاة ، حديث (٥٧) عن أمير المؤمنين عليه السلام قال في رجل .. الحديث.

في وقت كيد الأمانة . مثلاً . ثم شك في ضمانها لعروض ما يوجب الشك به في أصل معنى الأمانة ، حكمنا على اليد فيه بالضمان ، وإن اقتضى الاستصحاب عدمه ، لعموم (على اليد) القاضي بالضمان في جميع الأزمان من أن الأخذ إلى آن التأذية ، والخروج عنه في زمان لا ينافي الدخول فيه في بقية الأزمان ، ولا يعارض استصحاب حكم المخصوص عموم العام ، ولذا استدلو 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 بِالْعُقُودِ**» 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 المخصص ، كما لو شك في لزوم البيع الغبني للشك في كون الخيار على الفور أو باق بعد للعلم به ، فاللازم هنا استصحاب حكم المخصص الحاكم على العموم المستفاد من دليل الحكمة في «**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**» المطلق بالنسبة إلى الأزمان ، ضرورة صلاحية الاستصحاب لأن يكون بيانا في مورد كان العموم فيه من جهة عدم البيان ، فلا إشكال ، كما توهم في تقديم استصحاب حال المخصص على حال العموم في «**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**» ولو شك في لزوم العقد في زمان لم يكن لازما قبله ، وتقديم حال العموم على حكم المخصص في حديث (على اليد) لو شك في ضمان يد في زمان لم تكن على الضمان في زمان قبله ، لوضوح الفرق بين المقامين ، فإن دلالة الحديث على الضمان في الأزمان من زمان الأخذ إلى حين التأذية بالعموم المستفاد من التقييد بالغاية ، وعلى أفراد اليد بالإطلاق بدليل الحكمة ، والاستصحاب لا يقاوم العام لحكومته عليه فيتعاكسان في

تقديم أحدهما على الآخر في الحديث والآية ، فيقدم حال العموم على استصحاب حكم المخصص في الأول وبالعكس فيقدم حال المخصص 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 فباعتبارهما : إما من باب الكشف فيهما أو التعبد 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 «أرأيت إذا رأيت شيئا في يد رجل» إلخ الظاهر في كون النقص عليه بما هو عليه بناء العقلاء فيكون إمضاء منه . عليه السلام . لما هو عليه طريقتهما ، أم من باب التعبد كما لعله يعطيه ذيل الخبر الظاهر في كون منشأ الجعل والتعبد هو قيام السوق ، وانه لولاه لاختل النظام ، وسواء قلنا باعتبار الاستصحاب من باب الكشف أم التعبد.

أما على المختار : من كونها إمارة كاشفة عن الواقع ، والاستصحاب اعتباره من باب التعبد ، فتقديمها عليه واضح ، ضرورة حكومة الأمانة التي هي في الموضوعات بمنزلة الدليل الاجتهادي في الأحكام على الأصل.

وأما تقدمها عليه على بقية الأقوال في كيفية اعتبارهما ، فلانة لما لم ينفك مورد (اليد) غالبا عن استصحاب مخالف لها في الاقتضاء ، كان اعتبارها لو لا التقدم لغوا وحمل الأخبار الكثيرة على فرض مورد نادر يمكن فيه التفكيك بينهما كما لو علم دخول المباح أما في ملك زيد أو عمرو دون غيرهما وشاهدناه في يد أحدهما ، فاستصحاب عدم الملك بالنسبة الى من هو في يده معارض بمثله في الآخر ، وبعد التساقط يحكم به باليد لصاحبها ، بعيد عن الصواب.

هذا ويظهر من بعض إلغاء اليد في صورة التداعي بتقديم الاستصحاب عليها ، وهو ليس يجيد إلا في صورة ما لو اعترف ذو اليد بسبق يد المدعي أو ملكه ، فيطالب هو بالبينة ، لأن اعترافه بذلك متضمن لدعوى انتقاله منه اليه ، 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 سكوته ، قدم قول ذي اليد. ولا كذلك لو اعترف به له لما عرفت من تضمن اعترافه له دعوى الانتقال منه اليه فتلغو يده وبطالب بالبينة. بل ويحتمل أن يكون مثله في لغوية اليد ومطالبته البينة ما لو اعترف لغيره ممن لو تم له لكان للمدعي ، لأنه يمتّ به ، كما لو اعترف به لمورثه. مثالا. فان الاعتراف بسبق الملك له كالاقرار بسبق الملك لنفس المدعي وبعبارة أخرى : فرق في الاعتراف لغير المدعي بين من كان ملك المدعي في طول ملك المعتزف له أو في عرضه في لغوية اليد في الأول ، وعدمها في الثاني.

ولعله بذلك يتشبه الخصم لتصحيح مطالبة (الأول) للبينة من ذي اليد في (حديث

فدك) ^(١) بعد اعترافه بالنحلة من رسول الله (ص)

(١) المقصود ب (الأول) : هو أبو بكر بن أبي قحافة التيمي

الذي لو لم يتم الانتقال منه اليه لكان فينا للمسلمين : بحديث مجعول عليه (ص)

(رضي الله عنه). والمقصود بذئ اليد هي فاطمة الزهراء بنت محمد (ص) حيث كانت صاحبة اليد في فذك تصرف فيها . بعد أن نخلها إياها أبوها النبي (ص) أيام حياته وكانت (خالصة له) لأنها مما لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب. وفذك . كما عن ياقوت الحموي في معجم البلدان . قرية بينها وبين المدينة ثلاثة أيام ، وبها عين فوارة ونخل كثير».

قال البلاذري في (فتوح البلدان) : . ومثله غيره من المؤرخين : لما فتح رسول الله (ص) خيبر ، ولم يبق غير ثلاثة حصون خاف اليهود خوفا شديدا ، فصالحوا النبي (ص) على الجلاء وحققن الدماء ، فقتل النبي منهم ، ولما بلغ أهل فذك ذلك أرسل رئيسهم (يوشع بن نون) اليهودي إلى رسول الله (ص) بالصلح على أن يعطيه فذك ، ويؤمنه وقومه وعلى أن يعمل بما في نخلها بأن يكون لهم نصف التمر ، ثم ان شاء رسول الله أبقاهم وان شاء أجلاهم ، فرضي (ص). وكانت فذك خالصة لرسول الله (ص) لأنها مما أفاء الله بها على رسوله حيث لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب : ومثل ذلك في شرح النهج لابن أبي الحديد المعتزلي بعنوان : ما ورد من السير والخبار في أمر فذك. وفي نفس المصدر وغيره من مصادر التأريخ : ان فاطمة (ع) قالت لأبي بكر ان فذك وهبها لي رسول الله (ص) ، قال : فمن يشهد بذلك؟ فجاء علي بن أبي طالب فشهد ، وجاءت أم أيمن فشهدت أيضا ، فجاء عمر بن الخطاب وعبد الرحمن ابن عوف فشهدا أن رسول الله كان يقسمها. قال أبو بكر : صدقت يا ابنة رسول الله وصدق علي وصدق عمر وصدق عبد الرحمن ابن عوف .. قال ابن أبي الحديد ومثله غيره . : طالبتة . أولا .

«نحن معاشر الأنبياء لا نورث» إلخ ، مع اعترافه في احتجاج علي (ع) معه بعدم سؤال البيئة من ذي اليد ، بل تسئل ممن يدعى عليه ^(١) وليس الا لبطلان اليد بدعوى الانتقال بالنحلة التي لو لم تتم لكان فيئا لا ميراثا ، الا (أن المبني) : من احتمال المساواة بين الاعتراف بسبق اليد لنفس

بالنحلة ، ولما منعت منها طالبت ضرورة بالميراث لأن للمدفع 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 وإني أشهد الله وكفى بالله شهيدا أني سمعت رسول الله (ص) يقول : إنا معاشر الأنبياء لا نورث ذهباً ولا فضة ولا داراً ولا عقاراً وإنما نورث الكتاب والحكمة والعلم والنبوة. هذا بايجاز وللتفصيل عن موضوع فذلك 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 عمير عن عثمان بن عيسى وحماد بن عثمان جميعاً عن أبي عبد الله (ع) . في حديث فذلك . : أن أمير المؤمنين (ع) قال لأبي بكر : أتحكم فينا بخلاف حكم الله في المسلمين؟ قال : لا ، قال : فإن كان في يد المسلمين شيء يملكونه ، ادعيت أنا فيه : من تسأل البيئة؟ قال : إياك كنت أسأل البيئة على ما تدعيه على المسلمين. قال : فإذا كان في يدي شيء ، فادعى فيه المسلمون ، تسألني البيئة على ما في يدي ، وقد ملكته في حياة رسول الله (ص) وبعده ، ولم تسأل المؤمنين البيئة على ما ادعوا عليّ كما سألتني البيئة على ما ادعيت عليهم . إلى أن قال . : وقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله : البيئة على من ادعى ، واليمين على من أنكر».

المدعي أو لمن يمت به من مورثه في لغوية اليد فيهما مع إمكان تضعيفه بوضوح الفرق بينهما بتقريب : أن الاعتراف للمدعي اعتراف له باليد وإن 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 تشبث الخصم لتصحيح فعل (الأول) : من انتزاع (فدك) 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 (فدك) 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 المخالفة للكتاب والسنة. ولو سلم المبنى لم يجز انتزاع العين من ذي اليد إلا بعد الاعتراف لمن لو تم له لكان للمدعي ، وقد انتزعها منها قبل الاعتراف والمخاصمة. وبالجملة : في لغوية اليد بالاعتراف لمورث المدعي وعدمها لنا تأمل ، والله العالم.

الثاني : في معارضتها مع البينة التي هي من الأمارات الكاشفة عن الواقع. وتقديهما على اليد مما لا كلام فيه : سواء قلنا بكونها أصلا أو إمارة. أما على الأول فواضح ، لحكومة الامارة على الأصل وأما على الثاني ، فهو وإن كان من تعارض الأمارتين ، إلا أن الواجب فيه تقديم أقواهما ، وهو البينة ، لأن اعتبارها في مورد اليد دليل على تقدمها عليها ، كما ان اعتبار اليد في مورد الاستصحاب دليل على تقدمها عليه ، ولأنه يلزم من عدم تقدمها على اليد عدم سماع دعوى المدعى 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 بالبينات 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 ، فالحثية المزبورة مأخوذة في موضوعها والبينة ، وإن كانت أمانة كاشفة 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 المفيد 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 إنما هو بعد ملاحظة الغلبة في أكثر الأفراد والشك في فرد خاص ، فيحصل الظن بالحقوق كالاستصحاب المأخوذ فيه الشك بناء على اعتباره من باب الظن النوعي ، وبناء العقلاء المستفاد إمضاءه من الاخبار ولا كذلك البينة ، إذ لا يتوقف حصول الظن بها على ملاحظة الجهل في موردها ، فالامارات كما تحكم على الأصول كذلك يحكم بعضها على بعض ، فما كان ملاحظة الشك مأخوذة في موضوعه كان محكوما لما لم تكن مأخوذة 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 ، وإن شهدت به في الوقت السابق لم تقدح في اعتبار اليد ، لعدم المنافاة بينهما ، لاختلاف زمانهما ، إلا بالاستصحاب الذي قد عرفت حكومة اليد عليه ومنه يظهر الوجه بالأولوية في تقديم اليد للاحقة على اليد السابقة.

(لا يقال) : ان حكومة اليد على الاستصحاب تنافي تقدم البينة

عليها مع العلم غالبا باستناد الشاهد في شهادته إلى الاستصحاب ، وان هو الا تقديم للمحكوم على الحاكم.

(لان) ذلك أولا : 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 المشاركة 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 يخلّفنا الغموس ، فقال : احلف انما 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 ندري ما أحدث في داره ولا ندري ما أحدث له من الولد إلا أننا لا نعلم أنه أحدث في داره شيئا ولا حدث له ولد ، ولا تقسم هذه الدار على ورثته الذين تركت في الدار حتى يشهد شاهدا عدل أن هذه الدار دار فلان بن فلان مات وتركها ميراثا بين فلان وفلان أو نشهد على هذا؟ قال : نعم ، قلت : الرجل يكون له العبد والأمة ، فيقول أبق غلامي أو أبقت أمتي ، فيؤخذ بالبلد ، فيكلفه القاضي البينة أن هذا غلام فلان لم يبعه ولم يهبه : أفنشهد على هذا إذا كلفناه ونحن لم نعلم أنه أحدث شيئا؟ 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) «ويأسناده 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 ، الشاهد على هذا إذا كلفناه؟ قال نعم» ^(٢) انتهى.

وثانيا : ان البيئة التي لم تنفك . غالبا . عن الاستصحاب لما اعتبرها الشارع في موارد اليد التي يخالف مفادها مقتضى البيئة ، دل على تقدم استصحابها بالخصوص على اليد بالنصوص ، وان كانت اليد مقدمة على غيره من سائر الاستصحابات ، وبالجمله كما أن اعتبار اليد في مورد الاستصحاب دل على تقديمها عليه ، والا لكان اعتبارها لغوا كذلك اعتبار البيئة التي لم تنفك غالبا عن الاستصحاب في موارد اليد دل على تقديمه بالخصوص عليها والا لكان اعتبار البيئة لغوا في أغلب موارد (ودعوى) اختصاص اجراء الاستصحاب بالحاكم دون الشاهد (مدفوعة) بلزوم تركيب ميزان القضاء حينئذ من البيئة وفعل الحاكم ، مع أن الحكم منه إنما يكون بعد إقامة الميزان عنده.

وكيف كان ، فالمستفاد من الأخبار المتقدمة . بضميمة ما ورد فيما يعتبر في الشهادة من العلم الحاصل من طريق الحس . كما عن بعض جمودا على التمثيل بالمحسوس من الشمس والكف في النصوص ، أو الأعم منه ومن غيره تنزيلا 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 . غالبا .

(١) المصدر الأنف الذكر حديث (٢) مع تبعه الأخير .

(٢) المصدر الأنف الذكر حديث (٣) .

بمرور الليالي والأيام ، سيما نحو العام ، فضلا عن الأعوام ، لطرو الاحتمالات المنبعثة عن عروض العوارض وتطرق الحوادث فلا مندوحة إلا الاستناد الى الاستصحاب عند أداء ما تحمله من الشهادة. وبالجمله : فالروايات . كما تراها . صريحة في جواز الشهادة مستندا في بقاء المعلوم عند التحمل الى الاستصحاب وحملها على صورة بقاء العلم القطعي إلى حين الأداء . كما في الجواهر . (مع) كونه حملا على الفرض النادر ، بل الأندر تأباه صراحة منطوقها.

وبما ذكرنا يظهر لك : أنه لو كان الحاكم شاهدا جاز 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 اليه شاهد واحد أيضا ، للزوم تركيب ميزان القضاء حينئذ نعم لو علم به من دون استناد الى الاستصحاب ، ومنعنا عن القضاء بعلمه واستثنى منه ما لو ضم إليه شاهد واحد . بلا خلاف كما في (وسائل البغدادية) لأن علمه لا يقصر عن شهادة الشاهد ، فيكون من القضاء بالعلم على القول بالمنع عنه ، لا من القضاء بالبينة فافهم.

هذا ، ولكن يجوز له الحكم بالدين على من هو عليه لو علم به في السابق ، كما يجوز الحكم به لو شهدت البينة كذلك لثبوت الاشتغال المستصحب إلى أن يتحقق الوفاء ، لعدم وجود ما يعارضه مما يكون مفاده الوفاء ، فاتضح الفرق بين ما لو ادعى ديناً على أحد ومالا في يد أحد ، فيكتفى في الأول بالبينة وان شهدت به في السابق ، ولا يكتفى بها في الثاني ، لوجود ما يكون مفاده الملك الفعلي المقدم على الاستصحاب ، بخلاف الأول ، والله العالم بحقائق أحكامه.

الثالث : معارضتها مع الاستفاضة التي تثبت بها أمور خاصة ، منها :

الملك المطلق من دون تقييد بذكر السبب. وتقديمها على اليد أو تقديم اليد عليها مبني على الأقوال في اعتبار خصوص ما أفاد العلم منها أو الأعم منه ومن الظن المتأخّر ، 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 الأخيرين . ولا سيما الأخير منهما . فالعمدة في دليل اعتبارها . كما قيل . هو :

الإجماع ، وهو غير معلوم تحققه فيما كان اليد على خلافها ، فالأقوى تقدمها على الاستفاضة كما لعله المشهور بينهم . خلافا لوالد الشيخ البهائي في (رسالته التي كتبها في هذه المسألة) فاختار فيها تقديم الاستفاضة على اليد. واستدل عليه بأمر لا تتم الا على مبناه : من أنه لا دليل على اعتبار اليد . بعد تضعيفه لسند خبر حفص المتقدم إلا أصالة 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 كالصغير والكافر.

هذا والظاهر أنه لا يجوز الشهادة بمفادها في الأمور المذكورة مستندا إليها إلا فيما يحصل بها العلم ، بناء على كفايته وفي الشهادة ، وإن حصل من غير طريق الحس . كما هو الأقوى . ضرورة أن جوازها في صورتها حصول مطلق الظن أو الظن المتأخّر بناء على كفاية ذلك في اعتبارها ينافي اعتبار العلم في الشهادة.

اللهم إلا ان يكتفى به سيما المتأخّر منه في خصوص الشهادة المستندة إليها وإن لم يكتف به في الشهادة بمؤدى البينة التي هي أقوى من الاستفاضة

في كونها طريقا إلى ترتب الأحكام عليها ، إلا أنه لم يقم عليه دليل واضح ، وإن كان ظاهر عباراتهم يعطي جواز ذلك ، إلا أنها لا تخلو من تشويش واضطراب.

نعم يشهد الشاهد بنفس الاستفاضة دون مفادها ، فيحكم الحاكم بمفادها لثبوت ما يوجبه بالبينة لعدم الفرق بين قيام الاستفاضة عند الحاكم وبين قيام البينة عليها عنده ، إن قلنا بجواز القضاء بالاستفاضة منه ، كما لعله يظهر أيضا ، من عبارات أكثرهم في الحكم بمفادها من الأمور التي ثبتت بها وبالجملة : فهناك مقامات ثلاثة.

الأول : اعتبار الاستفاضة وحجيتها في ثبوت أمور مخصوصة بما بحيث يترتب على الثابت منها أحكام تحققه في الخارج كاليد بالنسبة إلى مفادها.

الثاني : في الحكم والقضاء بما على الخصم بحيث يكون ميزانا له عليه كالبينة.

الثالث : في جواز الشهادة بمفادها مستندا إليها عند الحاكم.

أما الأول ، فهو من المتفق عليه عندهم ، وإن وقع الخلاف في مقدار ما يثبت بها من الأمور.

وأما الأخيران ، فيظهر من كلام بعض وقوع الخلاف فيه. والذي يظهر من جدنا في (الرياض) دعوى الاتفاق عليه في الأخير منهما^(١).

قلت : إن تم إجماع فيهما أو في أحدهما ، فهو ، والا ففي غير صورة حصول العلم بها إشكال ، لعدم دليل واضح يدل على كونها ميزانا للقضاء

(١) راجع ذلك . في أخريات كتاب القضاء منه ، الفصل الثالث في أحكام تعرض البينات. وفي أخريات كتاب الشهادات. المسألة الأولى من مسائل أربع في شرح قول المصنف : يكفي في جواز الشهادة بالملك مشاهدته يتصرف فيه إلخ.

فضلا عن الشهادة بمفادها لو سلم كونها ميزانا ، كما لا يصير شاهدا بمفاد البينة ، مع أنها ميزان القضاء. وتفصيل الكلام في اعتبارها ، ومقدار ما يثبت بها ، وما هو شرط فيها موكول الى محله. وانما الكلام هنا في تقدمها على اليد ، أو تقدم اليد عليها. وقد عرفت ما هو الأقوى منهما والله العالم.

(تذييل)

اشتهر بين الفقهاء : أن من ادعى ما لا يد لأحد عليه قضى له به وذكروها بنحو القاعدة الكلية ، وأرسلوها إرسال المسلمات ، والمعروف عندهم أيضا قاعدة أخرى ، وهي ان من ادعى أمرا ولا معارض له قيل قوله. وهي أعم من الأولى ، لاشتمالها على ما لا يدخل من الأمور تحت اليد ، واختصاص الأولى بما لا يد عليه مع كونه قابلاً للدخول تحت اليد مع اختصاصها أيضا فيما لا يكون له منازع فيما يدعيه ، والا لكان من التداعي. فلا يقبل قول كل منهما إلا بالحجة ، ولذا قيده به توضيحا في (في القواعد) حيث قال : «وكل من ادعى ما لا يد لأحد عليه ولا منازع له فيه قضى له به» انتهى.

هذا وليعلم . أولا . ان اليد المنفية في القاعدة الأولى نعم يد المدعي وغيره. وان نفى ملكية العين عن نفسه وأثبتها لمالك مجهول فإنه لا يسلمه الى مدعيه بمجرد دعواه إلا بإقامة الحجة وان احتمل كونه مالكا له ولذا صرحوا في اللقطة بعدم تسليم الملتقط أباهما لمن يدعيها بمجرد دعواه الا أن تكون مقرونة بحجة أو مخفوفة بقرائن تفيد العلم العادي بصدقه لأنه المكلف بإيصالها إلى مالكيها ، فهو معارض لمن يدعيها بحسب الوظيفة ولذا يكون خارجا عن القاعدتين. كما يخرج عنهما لو كان المدعى به تحت

يد المدعي لكونه حينئذ يقضى به له لليد ، دون غيرها من القاعدتين. كما يحكم به له أيضا لو كانت دعواه موافقة للأصل فان الحكم بذلك انما هو للأصل دون القاعدة ، الا ان يستدل بها حينئذ تكثيرا للأدلة فهذه الصور الثلاث من الدعاوى خارجة عن القاعدتين.

ثم المراد من قولهم في القاعدة الأولى : (لا يد لأحد عليه) دائر بين محتملات ثلاثة : الأول : انه لا يد لأحد عليه مطلقا في حالتي الدعوى وما قبلها أصلا لا لمعلوم صاحبها ولا لمجهول.

الثاني : لا يد لأحد عليه في حال الدعوى وقبله لمعلوم مع العلم يسبق يد عليه قبله ، لكن مجهول صاحبها الثالث : اختصاص نفي اليد بحال الدعوى دون ما قبله ، بل ولو علم سبق يد عليه قبله لمعلوم فضلا عن المجهول.

لا إشكال في عدم ارادة المعنى الأول ، والا لاخصت القاعدة بقبول قوله في المباحات الأصلية ، وما كان بحكمها وكادت تنعدم فائدتها. و ارادة المعنى الثاني غير بعيدة ، وان كان الثالث أعم نفعا ، بل لعله الظاهر من كلماتهم.

هذا والمراد من قولهم (قضى له به) ليس المراد منه ما هو ظاهره من قضاء الحكم ، 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 مضافا الى الإجماع المحكي مستفيضا المعتضد بالشهرة المحققة فضلا عن المنقولة. 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 للذي ادعاه» ^(١) الخبر. فإنه حكم عليه السلام بأنه لمن ادعاه ، وليس الا لكونه مدعيا له بلا معارض لما لا يد لأحد منهم عليه ، بعد أن نفاه كل منهم عن نفسه وان نوقش فيه بأنه من الحكم له باليد لأن توسط الكيس بينهم أوجب صدق اليد لهم عليه ، فاذا نفى من نفى منهم عن نفسه ثبتت اليد لمن لم ينف فضلا عن دعواه بكونه له. وأشار إليها في محكي (السرائر) حيث قال . بعد ذكر الصحيحة : «ان هذا الحديث صحيح وليس هذا مما أخذه بمجرد دعواه وانما هو لما لم يثبت له صاحب سواه واليد على ضريين. 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 دفعة 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 : انما قال ادعاه من حيث اللغة إلخ دفعا لما يتوهم من أن قوله . عليه السلام في الجواب . هو للذي ادعاه ، كونه له من جهة دعواه لا

(١) الوسائل ، كتاب القضاء باب ١٧ حديث (١).

(٢) كتاب القضاء من السرائر ، أخريات باب النواذر في القضاء.

من جهة اليد بإرادة المعنى اللغوي من الدعوى دون المعنى الشرعي ، ويؤكد ما ذكر من كون المحدثين بالكيس ذوي أيد عليه : ما ذهب اليه غير واحد في باب اللقطة في الحكم بأن ما يقرب من اللقيط أو غيره بكونه له اليد عليه وان كان صغيرا ، فكيف بمن كان الكيس في وسطهم؟ ولو ادعاه غيرهم وأنكروه كان هو المدعي وعليه البينة دونهم ، وليس الا لكونهم ذوي أيد عليه.

إلا أن المناقشة ضعيفة . لا لما قيل : من عدم اليد حتى لمن ادعاه لنفيه عن نفسه أولا ، لاندراجة في قوله : (فقالوا كلهم لا) الظاهر في معناه الحقيقي 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 لمنع كونهم ذوي أيد على الكيس المطروح بينهم ، فان مجرد قرب الشيء من شخص لا يوجب صدق اليد له عليه الا إذا كان القرب منه محفوفا بقرائن توجب صدق ذلك ، والا فمجرد القرب من حيث هو ممنوع إيجابه لصدق اليد عليه أشد المنع. ولذا ذهب الأكثر إلى المنع عنه في باب اللقطة.

قال في (مفتاح الكرامة) : «ولا يحكم له بما يوجد قريبا منه ، كما في التذكرة والدروس وجمع البرهان. وكذا الإرشاد والروضة ، وقيدته في الدروس بما لا يدل عليه ولا هو بحكم يده . الى أن قال . وفي :

(الشرائع) ، 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 رزمة ، 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 بأحدهما (والوجه الثاني) أن تكون يده عليه ، لأن العادة جرت بأن ما بين يديه يكون له مثل الإناء بين يدي الصراف ، والميزان وغيرها وهذا أقوى ، ^(١) انتهى .

والتعليل بجريان العادة والتمثيل بالميزان ونحوه مما يعطي فيه لزوم الاقتران بما يفيد ذلك لا مطلقا مع كون الصحيحة المزبورة بمروي منهم ومنظر ، ولم يستدل أحدهم بها على سببية القرب لصدق اليد ، نعم اللقيط وإن كان صغيرا ، ذو يد على ثيابه وما هو ملفوف به والمشدود على ثوبه والموجود في جيبه والموضوع تحته والخيمة والفسطاط الموجود فيهما والدار التي لا مالك لها ، وفي هذه الثلاثة من الأقمشة ، كل ذلك محكي في مفتاح الكرامة عن المبسوط والشرائع 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 والاستيلاء في جميع ذلك وإن كان صغيرا ، لأن الاستيلاء ممكن في حقه وإن كان حصوله له بفعل الغير ، ولا يعتبر في صدق اليد وحصول الاستيلاء له أن يكون حدوثه بفعل نفسه

(١) راجع ذلك في كتاب اللقطة ، المطلب الأول في الملقوط في شرح قول العلامة في القواعد (ولا يحكم له بما يوجد قريبا منه)

(٢) راجع نفس المصدر في شرح كلام القواعد (أو ما في يده عند الالتقاط) إلخ.

حتى يتوهم عدم صدقه في الصغير لعدم تمكنه من الاستيلاء الذي هو مسبب عن الأفعال الاختيارية. فظهر أن توسط الكيس من حيث هو لا يوجب صدق يد المحدثين به عليه. ولو سلم ، فالتوسط إن أوجب صدق اليد ، فالثابت به انما هو يد واحدة لمجموع من لا يتحقق عنوانه الا بهم دون كل واحد منهم ، ضرورة عدم صدق التوسط والبينية لواحد من العدد ، فلا يد لمن ادعاه أيضا بعد نفي الغير له عن أنفسهم اللهم الا أن يجاب عنه بأن السبب في المقام إنما هو قرب الكيس من كل واحد منهم لا توسطه بينهم هذا ومع التنزل والتسليم ، فتوسط الكيس بين جماعة محدقين به يمكن تحققه 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 بكونه له من دون استفصال عن الكيفية لا بدّ وان يكون منطبقا على جميع احتمالاتها التي لا يتم الحكم في بعضها لو كان سببه اليد ، فلا بد من سبب موجود في جميع صورها ، وليس الا كونه مدعى بلا معارض فيما لا يد لأحد عليه ، وليس اللفظ ظاهرا في كيفية حتى يؤخذ بظاهره في الدلالة عليها ، بل الكيفيات خارجة عن مداليل 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) بصحيحته الأخرى المروية في (الكافي 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 ينبغي له أن يعرف أن لذلك الرب رضي أو سخطا وأنه لا يعرف رضاه أو سخطه الا بوحى أو رسول ، فمن لم يأت الوحي فقد ينبغي له أن يطلب الرسل ، فاذا لقيهم عرف أنهم 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 خلقه؟ فقالوا : القرآن ، فنظرت في القرآن فاذا هو يخاصم المرجئي والقدرى والزنديق الذي لا يؤمن به حتى يغلب الرجال بخصومته ، 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 ، وعمر يعلم ، وحذيفة يعلم ، قلت : كله؟ قالوا : لا ، فلم أجد أحدا يقال : أنه يعرف ذلك كله الا عليا (ع) وإذا كان الشيء بين القوم ، فقال : هذا لا أدري وقال هذا لا أدري وقال هذا : لا أدري ، وأنا أدري 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 . بتوضيح منا . : هو عموم

(١) راجع ذلك من الجواهر : في كتاب القضاء ، النظر الرابع في أحكام الدعوى ، الفصل الثاني من فصلى المقدمة في التوصل إلى الحق في شرح المسألة الأولى من مسألتى المحقق (من ادعى ما لا يد لأحد عليه قضى له به ..) والحديث ذكره الكليني في أصول الكافي كتاب الحجة ، باب الاضطرار إلى الحجة ، حديث (٢).

قول الراوي (وإذا كان الشيء بين القوم) إلخ. الظاهر في أن لتقديم قول من يدعى الدراية على من لا يدعيها 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 الامام على ذلك بقوله : في الجواب : رحمك الله.

وفيه : ان ذلك إن تم ، فهو بمعونة صدرها والفقرات المشتملة عليها مخصوص بما يتعلق بالأحكام من المسائل العلمية الراجع محصله الى وجوب اتباع الأعلام وتقديم الفاضل على المفضول ، وأين ذلك من قبول قول المدعي في الأمور الخارجية نحو الملكية وغيرها ، وعموم الشيء انما هو بحسب متعلقة دون غيره.

وأما الدليل على القاعدة الثانية فلم أجد ما ينهض لإثباتها بنحو الكلية ، وان استدل عليها جدنا في (الرياض) برواية الكيس^(١).

الا أن مفادها . كما عرفت . مخصوص بما يمكن دخوله تحت اليد ، لا كل أمر تعلق به دعوى من يدعيه 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 المدعي 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 ، وان 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 ثلاثا أنها تزوجت بالحلل مع الوطاء والطلاق بعده ، وهذه الموارد ، وإن قبل قول المدعي فيها ، إلا أنه لا لأمر جامع بينها : من كونه مدعيا بلا معارض حتى يتسرى الى غيرها فيحكم به عند وجوده ، بل لأن سبب القول فيها مختلف ، فإن الأول منها مندرج كما عرفت في القاعدة الأولى ، والثاني انما يقبل قوله لقبول قول ذي اليد فيما يتعلق بما هو في يده مطلقا ، وإن لم تكن يدا مالكية ، بل ولو كانت يد عدوان كالغاصب فإنه يقبل تصديقه لأحد المتنازعين على العين المنصوبة في يده . كما ستعرف . وأما دعوى المرأة عدم اليأس وعدم الزوج أصلا ، ودعوى الإعسار مع عدم سبق اليسار وعدم البلوغ والحرية حيث لا يعلم سبق الملك ، فإنما يقبل قول المدعي 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 وإن كان هو الأصل . وأما بقية الموارد المتقدمة فلكونها مما لا يعلم إلا من قبله ، وكل ما كان كذلك قبل قوله ، وهي قاعدة أخرى معتبرة بالنص والإجماع . وبالجمل : فإن تم إجماع على تأسيس هذه القاعدة ، وإلا فلا دليل عليها بنحو الكلية .

والله العالم بحقائق أحكامه

رسالة

في أحكام دعاوي

بسم الله الرحمن الرحيم

مسألة : في معنى المدعي والمدعى عليه عرفا ووظيفة كل واحد منهما ، وذكر أحكام التداوي وبيان نبذة مهمة من مسائل القضاء ، فهنا مقامات :

(المقام الأول)

في معنى المدعي عرفا 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 أيضا. وما كان كذلك ، فالمرجع فيه هو العرف.

وقد اختلفوا في تعريفه على أقوال : فبين من عرفه ب (من لو ترك الخصومة لترك)^(١) وهو المقصود ممن عبر عنه بأنه (لو ترك يخلى وسكوته)^(٢) أو وسيله^(٣) وبين من عرفه بأنه : الذي يدعى خلاف

(١) بهذا عبر المحقق الحلي في الشرائع . آخر كتاب القضاء. النظر الرابع في أحكام الدعوى وهذا أيضا عبر الشهيد الأول في متن اللمعة في كتاب القضاء ، القول في كيفية الحكم. وغيرها كالعلامة في قواعده في كتاب القضاء أيضا.

(٢) وهو تعبير الشهيد الثاني في الروضة في شرح كلام الشهيد الأول في المصدر الأنف. قال : وهو المعبر عنه بأنه الذي يخلى وسكوته».

(٣) في الرياض : كتاب القضاء ، أحكام الدعوى . في تعريف المدعي . : «هو الذي يترك ويخلى سبيله لو ترك الخصومة ولم يطالب

الأصل ، أو خلاف الظاهر ^(١) وبين مقتصر فيه على المعطوف عليه أو على المعطوف ^(٢) فتكون المسألة ثلاثية الأقوال أو رباعيتها 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 حيثية أخرى ، فلا ينتقض بمدعي الوفاء ، فإنه يطالب بالدين وان ترك دعوى الوفاء ، فالحيثية مأخوذة في التعريف.

بشيء» وفي المسالك للشهيد الثاني . بنفس الباب . : «الذي إذا سكت حلي ولم يطالب بشيء».

(١) الملاحظ : أن هذين التعبيرين والتعبير الأول عن المدعي ذكره عامة فقهاءنا الأعلام من القدماء والمتأخرين كالعلامة في قواعده ، وتبعه جميع شراح القواعد كولدته فخر المحققين في الإيضاح ، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ، والفاضل الهندى في كشف اللثام ، وهكذا في كفاية السبزواري والمسالك للشهيد الثاني ، وغيرهم في غير ذلك من عامة الكتب الفقهية ، في باب الدعوى من كتاب القضاء ، فإنهم ذكروا تعاريف ثلاثة أو أربعة للمدعي : إنه الذي يترك لو ترك ، وإنه الذي يدعي خلاف الأصل ، وإنه الذي يدعي خلاف الظاهر ، ونحو ذلك ، والمنكر بعكسه . بحكم المضايقة بينهما.

(٢) يلاحظ (الجواهر) في هذا الباب فإنه يستعرض عامة تعاريف المدعي والمنكر.

(٣) كالمحقق في (شرائعه) بنفس الباب ، فإنه لم يذكر تعريفه بخلاف الظاهر . ولعله لما ذكره في (الجواهر) : «مما لا ينبغي صدوره ضرورة عدم منافاة أكثر الدعاوي للظاهر الذي هو مقتضى العادة ونحوها».

والمراد بالأصل : هو القاعدة الشرعية المعمول بها في الواقعة المخصوصة سواء كان من الأصول الأولية 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 المعمول به فيها ، فمن يكون قوله مخالفاً كان مدعياً.

وبعد تبين معنى الأصل الموجب لصدق المدعي على من كان قوله مخالفاً له ، ظهر لك عدم ورود ما قيل عليه . كما في الجواهر . من إجمال التعريف به : «لأنه ان كان المراد مخالفة مقتضى كل أصل بالنسبة إلى تلك الدعوى ، فلا ريب في بطلانه ضرورة أعمية المدعى من المخالفة للأصل ، فان كثيراً من أفراد موافقة لأصل العدم غيره ، ولكنها مخالفة لأصل الصحة ونحوه ، وان أريد مخالفة أصل في الجملة ، فلا تمييز فيه عن المنكر الذي قد يخالف أصلاً من الأصول» ^(١) انتهى.

ضرورة أنه لا مسرح ولا مجرى للأصل الأولي بعد حكومة الأصل الثانوي عليه حتى تكون مخالفته مناطاً في الصدق ، فلو تنازعا في صحة المعاملة وفسادها كان من يدعى الفساد مدعياً لمخالفة قوله الأصل المعمول به في الخصومة وهو أصالة الصحة ، ومن يزعم الصحة منكراً لموافقة قوله له وان كان مخالفاً للأصل الأولي وهو عدم الانتقال والتملك لعدم العبرة به

(١) قال . في ضمن النظر الرابع في أحكام الدعاوي ، في شرح قول المحقق : وكيف عرفناه فالمنكر في مقابله : «وعلى كل حال ، لا يخفى عليك أيضاً أنه ليس شيء منها منطبقاً على معنى المدعي الذي قد عرفت وانما المراد بتعريفه بذلك التمييز بذكر شيء من خواصه اللازمة أو الغالبة وان خرجت عن مفهومه ، مع انه قد يناقش أيضاً بأن فيه إجمالاً لأنه ان كان ... إلخ.

بعد محكوميته . 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 المدعي في التعريف : هو الظهور النوعي الناشي 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 ، وإرادة ما يعم الظهور العرفي من التعريف بمخالفة الظاهر وإن اعتبرناها من باب التعبد 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 بها مع الخلوة قبله مع ادعاء الزوج عدمها ، فإنها مدعية على التعريف بمخالفة الأصل والزوج منكر ، وبالعكس على التعريف بمخالفة الظاهر لغلبة وقوع الوطء ممن هو حديث عهد بالعرس مع الخلوة بها باسدال الستر وإغلاق الباب الكاشفة عنه كشفا ظنيا ، وكانت اشارة عليه معتبرة شرعا بما دل عليها من الأخبار المستفيضة . وحيث أردنا بالأصل القاعدة الشرعية المعمولة في تلك الخصومة اندرج فيه التعريف بمخالفة الظاهر ، إن خصصناه بما كان ظهوره معتبرا شرعا ، وإن عمناه لما يشمل الظهور العرفي كان أعم من وجه ، كما يظهر من بعض في مسألة : ما لو اتفق الزوجان على إسلامهما قبل المسيس ، 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 انما هو الأصل الموضوعي دون المحكي ، والزوج منكر ، وعليه فيحلف الزوج ويكون النكاح بينهما على حاله ، وينعكس الأمر على التعريف بمخالفة الظاهر لبعد التقارن وندرته فتحلف الزوجة ويطل النكاح. (والمناقشة) بأن قول مدعي التقارن مخالف للأصل أيضا ، بعد أن كان معنى التقارن بين الشئيين هو كون حدوث أحدهما عند حدوث الآخر المعلوم كون مقتضى الأصل عدمه ، بل كل من التقارن والتقدم عنوان منتزع مما يكون منشأ انتزاعه مخالفا للأصل ، بل التأخر أيضا كذلك بناء على أن منشأ انتزاعه هو حدوث كونه مسبوqa بالآخر وحادثا بعده ، لا عدم حدوثه عنده وقبله حتى يكون موافقا للأصل وهو أصل العدم ، وحينئذ فيكون الزوج مدعيا أيضا (فاسدة) لأن الأصل المعمول به في هذه الخصومة المنوط بمخالفته صدق المدعي . كما عرفت . هو أصالة عدم التقدم دون أصالة عدم التقارن ، لعدم ترتب الأثر عليه وانما الأثر مرتب على الأصل الأول ، ضرورة أن بطلان النكاح انما يترتب على تقدم إسلام الزوجة ، وعدم التقارن لا يثبت تقدم إسلامها ، بل هو أعم منه ومن التأخر المتحد مع التقارن في الحكم من بقاء النكاح وهو واضح.

وكيف كان فالمنكر في كل تعريف : ما يقابل المدعي فيه ، وحيث ما فرض الشك في الصدق من حيث الشك في انطباق التعاريف عليه وعدمه إلزام أحدهما بالبينة من دون تعيين ، بناء على أن الاكتفاء من المنكر يمينه انما هو للتسهيل عليه في حجته وكونها رخصة في حقه. وأما على القول بالعزيمة واختصاص الوظيفة بها ، فيشكل الحكم في حق كل منهما بإقامة البينة أو اليمين . كما ستعرف . والأحسن في الإحالة في ذلك على العرف. بل الظاهر : ان من عرفه بأحد التعاريف المذكورة إنما رام

التعريف له بلازمه وخاصته لا التعريف له بالكنه والحقيقة حتى ينطبق عليه طردا وعكسا ، فالكل يحومون حول معنى واحد مما هو عند العرف من معناه. ولعله عندهم هو الاخبار الجازم بما يقتضي ترتب الحق له أو سقوطه عنه ، فإن الأخبار 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 المعبر عنه بالمنكر أيضا ، وبيان وظيفة كل واحد منهما ، فنقول :

إنه قد استفاد 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 لموافقته له أو لهما فلم يقنع في الدعوى إلا بالحجة القوية ، أعني البينة لبعدها عن التهمة جبرا لخبره ، واجتزأ في الإنكار بما لا يكون في القوة كالبينة وهو اليمين دفعا للتهمة المحتملة فيه ، وإن لم تبلغ قوة التهمة في المدعي ، فافتضت 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 الفريقين في باب القضاء : «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه».

بنحو الإجمال : من الميزان للحكم وحصر القضاء به في قوله (ص) : «إنما أقضي بينكم بالبينات والأيمان» ^(١) فتكون مبنية لوظيفة كل منهما بنحو القاعدة الكلية ، فالقضاء بغيرهما أو بغير التفصيل فيهما خروج عن موازينه.

نعم قد تخصصت القاعدة . كما قيل . بجملتيها : الأولى والثانية في موارد : بعضها متعلق بالأولى ، وهي (البينة على المدعي) 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 المدعي . أما الأول ففي موارد : (منها) : دعوى الأمين تلف العين المقبوضة له بنحو الأمانة الشرعية أو الملكية ، فإنه يقبل قوله في التلف ، ولو مع يمينه ، ولا يطالب بإقامة البينة عليه . ويدل عليه . مضافا الى الإجماع المستفيض . المرسل عن الصادق (ع) وفيه : «عن المودع إذا كان غير ثقة : هل يقبل قوله؟ قال : نعم ولا يمين عليه» ^(٢) وخبر مسعدة عنه (ع) : «ليس لك أن تأتمن من خانك ، ولآتتهم من ائتمنت» ^(٣) وخبر ابن زياد عنه عن أبيه : «أن رسول الله (ص) قال : ليس لك أن تتهم من ائتمنته ولا تأتمن الخائن» ^(٤) وضعف السند منجبر بما عرفت

(١) راجع : الوسائل ، كتاب القضاء باب ٢ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث ١ . وتمة الحديث : «وبعضكم ألحن بحجته من بعض فأبما رجل قطعت له من مال أخيه شيئا فإنما قطعت له به قطعة من النار» .

(٢) الوسائل : كتاب الودعة باب ٤ في أحكامها حديث (٧) .

(٣) نفس المصدر الأنف حديث (٩) .

(٤) المصدر الأنف حديث (١٠) بتكملة جملة : وقد جريته .

وان اشتمل الأول على عدم اليمين كما عن بعض ، إلا أن الأقوى قبول قوله معها ، لعموم ما دل على حصر القضاء بميزانه من البينة أو اليمين مع عدم معلومية الجابر له من هذا الخصوص حتى يخص به ما دل بعمومه على الحصر.

هذا مع إمكان أن يقال ان إنكار المالك للتلف مرجعه في الحقيقة إلى دعوى خيانة الأمين واتهامه ، كما لعله تشعر به الأخبار المتقدمة مع انطباق التعاريف عليه أيضا ، لأنه لو ترك ترك ، وكان قوله مخالفا للأصل والظاهر من عدم الخيانة ، الحاكم على أصالة 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 ردها ما دامت موجودة لا مطلقا ، حتى يجب ردّ بدلها مع التلف ، فلم تتحقق الخصومة من المالك معه إلا بدعوى أحد أمرين : إما التعدي 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 توجه اليمين عليه أيضا ، لأنه من يمين المنكر في قبول قوله مع الخصومة وليس الوجه فيه هو تعسر إقامة البينة عليه حتى يتجه 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 الودعي 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 الموكل ، والمستعير الرد على المعير على الأقوى ، وإن كانت العين بيدهما أمانة بالمعنى الأعم. وقيل كما في (الجواهر) وغيره في الفارق بين الوديعة وغيرها في ذلك إنما هو النص والإجماع المفقودان في غير الودعي من الأمانة

قلت : وهو وإن كان كذلك إلا أنه يمكن تطبيق كل من القبول في الوديعة وعدمه في غيرها على القاعدة ، بتقريب : أن إنكار الرد في الوديعة مرجعه في الحقيقة إلى إنكار أصل الحفظ الذي أئتمنه المالك عليه واستنابه فيه. وليس الحفظ في غيرها إلا مستتبع للأغراض المقصودة بالذات من عناوينها والعلة الغائية لإيجادها ، فإن عقد الوكالة مفاده الاستنابة على التصرف دون الحفظ وإن استتبعه ، ومفاد العارية هو التبرع بالمنفعة أو الانتفاع. وأما الوديعة فالعلة الغائية لها والمقصود الأصلي فيها ليس إلا نفس الحفظ الذي أئتمنه عليه ، ولذا عرّفوها بأنها الاستنابة على الحفظ ، والوكالة استنابة على التصرف ، فالحفظ في الوديعة كالصرف في الوكالة في أن المالك أئتمنه عليه وإن اطمأن بحفظ الوكيل لما له المسبب عن اطمئنانه بأمانته ، فهو أمين عنده في حفظه لا أمين له فيه بحيث أئتمنه عليه ، وإنكار الرد خارج عما أئتمنه عليه في غير الوديعة وإن كان مرجعه إلى إنكار الحفظ ، فيبقى تحت قاعدة البيئة على المدعى ، لأن الرد فعل خارجي يدعيه الوكيل أو المستعير . مثلاً . على المالك فيطالب بالبيئة . ومنها : دعوى المالك إبدال النصاب في أثناء الحول لثلا تتعلق به للزكاة أو يكلف بأدائها فإنه يصدق قوله فيه بلا يمين وكذا لو ادعى الدفع إلى المستحق إجماعاً فيهما كما في (وسائل البغدادية) وغيره ، وهو كذلك لذلك ولأن التصرف . وهو الإبدال في الأول . من شؤون المالكية ، وفي الثاني مما يملكه بالولاية التي هي ثابتة للمالك كولاية التبديل والعزل بالقسمة ، فيندرج تحت قاعدة (من ملك شيئاً ملك الإقرار به) بل المالك فيهما منكر لما يدعى عليه

الحاكم من اشتغال الذمة بالدفع ، سيما في الأول الذي يوافق قوله الأصل وهو عدم تعلق الزكاة بماله أو عدم التكليف بأدائه ، مع أنه . ولا سيما في الثاني . مما يتعسر أو يتعذر إقامة البيئة عليه لإمكان احتسابه من الدين الذي له على المستحق ، وسقوط اليمين فيهما لكون الدعوى عليه من الحاكم غير جازمة لاحتمال الفراغ أو عدم التعلق ، سيما مع كونه مصدقا فيهما واستصحاب بقاء العين وعدم الإبدال في الأول لا يثبت إدارة الحول على الموجود أو كونه فيه .

ومنها : دعوى المالك نقصان ما حرص عليه المصدق لينقص بحسب ذلك ما قرر عليه من الزكاة ، بل هو منكر لما يدعي عليه المصدق من بلوغ القدر المخروص المنبعث عن الحدس والتخمين ، لموافقته للأصل ومخالفة قول المصدق له .

ومنها : دعوى الذمي الإسلام قبل الحول ليتخلص من الجزية ، فإنه يقبل قول كل منهما ، ويصدق بلا يمين . للإجماع المحكي فيهما أيضا في (الوسائل) وغيره ، وسقوط اليمين فيهما ، لما عرفت من كون الدعوى غير جازمة ، والأصل يقتضي البراءة ، مع أن الدعوى في الثاني أيضا مما لا تعلم إلا من قبله ، مضافا فيه إلى أنه لو أسلم بعد الحول سقطت عنه الجزية عندنا ، كما في (المبسوط) للجب (١) .

(١) قال الشيخ في المبسوط : كتاب الجزايا ضمن كتاب الجهاد ، فصل في كيفية عقد الجزية ، آخر الفصل : «وإذا أسلم الذمي بعد الحول سقطت عنه الجزية» ويشير السيد الماتن . قده . بتعليل (الجب) إلى الحديث النبوي المشهور : «الإسلام يجب ما قبله والتوبة تحب ما قبلها» قال الجزري في النهاية بعد ذكر الحديث . : «أي يقطعان ويمحوان ما قبلهما من الكفر والمعاصي» .

ومنها : دعوى الصبي الحربي الذي ظاهره البلوغ بالنبات : الاستنبات بالعلاج ، ولم يكن عن بلوغ ليلحق بالذاري في عدم القتل . وعن بعض عدم قبول قوله الا بالبيئة ، لأن النبات ظاهر في البلوغ اعتبره الشارع إمارة عليه ، فهو مقدم على الأصل فيه ، فهو مدع لمخالفة قوله له ، فيطالب بالبيئة عليه ، والأقرب فيه القبول احتياطاً في الدماء لأنه لو لم يسلم فليس إلا القتل ، ولا أقل من كونه موجبا للشبهة التي تدرء بها الحدود بعد أن كان المجعول إمارة على البلوغ انما هو النبات بنفسه لا مطلقا ، وحيث احتمل كونه غيره أوجب دعواه الشبهة الدائرة للقتل .

نعم لو ادعى الاستنبات لإبطال ما أوقع من عقد أو إيقاع ، فإنه لا يقبل قوله حينئذ إلا بالبيئة ، لسلامة الإمارة فيه عما يوجب عدم العمل بها من الشبهة الدائرة للحد .
ومنها : دعوى البلوغ والأقوى تقييدها بدعوى الاحتلام دون السن لعدم تعذر إقامة البيئة عليه بخلاف الاحتلام الذي لا يعلم إلا من قبله فإنه يقبل فيه لأنه لا يمكن إقامة البيئة عليه ، فلو توقف عليها لزم الحرج والضرر المنفيان : آية ورواية ^(١) .
وبالجملة : سماع الدعوى في مثل ذلك انما هو للضرورة التي تتفدر بقدرها ، وهي متحققة في دعوى الاحتلام دون السن .

الهم إلا أن يقال بتعسر البيئة غالبا عليه أيضا ، فيلحق المتعسر غالبا بالمتعذر في القبول . ولعله لذا عن بعض قبول قوله فيه مطلقا من غير تقييد باختصاصه بدعوى الاحتلام ، فتأمل وكيف كان ، فلا يمين 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 ضريت على المنكر دون المدعي ، وللزوم الدور ، لتوقف اعتبارها على البلوغ فلو توقف البلوغ عليها دار : (لا يقال) سماع الدعوى مشروط ببلوغ المدعي والشأن فيه ، فيدور أيضا (لأننا نقول) : ما دل على القبول في المقام من الضرورة يدل على القبول فيه من دون شرط ، فيكون مخصصا لما دل على شرطية البلوغ لسماع الدعوى وبما ذكرنا يظهر لك الوجه في قبول قول المدعي لكل ما لا يعلم إلا من قبله كدعوى البراءة مما يتعلق بالحيز والطهر كالعدة وغير ذلك مما يتعذر الاطلاع عليه ، ولكل ما يوجب الشبهة الدائرة للحد احتياط في الدماء.

ومنها : دعوى من عليه الحق الإعسار حيث لا تكون الدعوى مالية ولا مسبقة باليسار ، فان المشهور . كما قيل . على قبول قوله بيمينه بلا بينة ، مع أنه مدع لما يوجب سقوط المطالبة من العسر المفسر بالضيق والشدة في مقابل اليسر المفسر بالسعة ، وهما ضدان وجوديان لا ينتقضان فلا يثبت بالأصل حتى يكون مدعيه 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 تحققه 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 جواز 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 فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ».

(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 تحققه والأصل عدمه (لأننا نقول) : جعل اليسر غاية انما هو لبيان انتهاء زمان الانظار بانتفاء شرطه ، وهو الإعسار ، لا لكونه شرطا في تركه المرادف للمطالبة ، فهو كدخول الليل المجمعول : غاية للصوم الواجب في النهار المنتفي هو بانتفاء زمانه المنكشف بدخول الليل . وكذا الحكم المعلق على السكون . مثلا . المنتفي بالحركة ، فإنه لانتفاء شرطه . وهو السكون . لا لخصوصية في الحركة من حيث هي حركة أوجبت انتفاء الحكم أو ثبوت ضده فأتضح الجواب عما توهم من دوران الأمر ، بين كون الإعسار شرطا للأنظار . كما يستفاد من منطوق الآية . أو كون اليسار شرطا للمطالبة . كما يستفاد من مفهومها الثابتة حججه .

وهذا أقصى ما يمكن أن يستدل به على عدم قبول قوله إلا بالبينه . كما عن بعض . إلا أن الأقوى ما عليه المشهور من قبول قوله بيمينه لكونه منكرا لوجود ما يتمكن منه من الوفاء ، وان كان الإعسار المفسر بالضيق والشدة أمرا وجوديا بعد أن كان مناط صدقه انما هو بفصله العدمي .

توضيح ذلك : ان العسر واليسر المفسرين بالضيق والسعة ، وان كانا أمرين وجوديين ، إلا أنهما يدوران مدار فقد المال ووجوده ، وامتنياز العسر عن ضده انما هو بفصله العدمي ، من فقد المال أصلا أو فقد مقدار ما به يتحقق اليسر ، ضرورة أن من عنده مال لا يزيد على مؤنثه الشرعية وضرورة معيشتة هو معسر شرعا ، ومناط صدقه عليه انما هو فقدان ما زاد عليه لا وجدان ما نقص عنه ، لاشتراكهما في وجدان ذلك القدر ، وانما الامتنياز بفقد ما زاد عليه ووجدانه ، فالاعسار ، وان كان وجوديا ، إلا ان امتيازته عن ضده بفصله العدمي المأخوذ في صدقه ، ولم يكن ملحوظا في صدق الميسرة إلا لكونه واجدا للقدر الموجب لصدقه من غير ملاحظة أمر عدمي

في صدقه وحقيقته ، فيكون الإعسار حينئذ هو الموافق 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 مسبقة باليسار .

وأما الثانية أي تخصيص الجملة الثانية المتكفلة لبيان وظيفة المنكر : من كونه منكرا لا يمين عليه أو يمين لا على المنكر ، بل على المدعي .

فالأول منها : هو كل منكر لا غرامة عليه لو أقر بما أنكره فإنه لا يمين عليه لأن المنكر انما كان عليه اليمين ليدفع بها غرامة المدعي عن نفسه فحيث لا غرامة فلا يمين . وهو واضح ، مثاله : ما إذا كان عبد في يد إنسان فادعى على مولاه أنه أعتقه . وادعى آخر على مولاه أنه باعه منه : فان كذبهما المولى ولم تكن لهما بينة حلف لهما لأنه منكر لدعواهما وان صدق أحدهما ثم كذب الآخر لم يحلف لمن 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 مسلّمة نَبّه عليها الشيخ في (المبسوط) ، وكذا لو صدق العبد . أولا . لم يحلف للمشتري لانفساخ العقد بحرية العبد المسببة عن إقراره له أولا ، فيكون من تلف المبيع قبل قبضه الموجب لانفساخ قهرا وإتلاف البائع كالتلف السماوي في سببته لانفساخ كما أسلفناه في محله ، فتكون هذه القاعدة في مجاريها مخصصة لعموم اليمين على من أنكر .

والثاني : يمين الاستظهار التي هي على المدعي إذا كانت الدعوى على الميت ، فإنها لا تثبت له إلا بالبينّة واليمين معها ، كما دلت عليه النصوص المستفيضة ، والحق أن يمينه يمين المنكر ، إذ لو كان حيا يدعى الوفاء

لكان المدعي حينئذ منكرا عليه اليمين ، وحيث كان محتملا في حقه نزل الشارع الميث الصامت منزلة الحي المدعى للوفاء مراعيًا 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 ندري لعله قد وفاه بهينة لا نعلم موضعها؟ أو بغير بينة قبل الموت ، فمن ثم صار اليمين مع البينة» ^(١) وعليه فلم يكن المورد خارجا عن قاعدة الوظيفة.

(تكملة) : 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 فجاء رجل وادعاها وأقام البينة العدول أنها ولدت عنده لم يبع ولم يهب ، وجاء الذي في يده البينة مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم يبع ولم يهب؟ قال أبو عبد الله عليه السلام : حقها للمدعي ولا أقبل من الذي هي في يده بينة لان الله عز وجل أمر أن تطلب البينة من المدعي ، فان كانت له بينة وإلا فيمين الذي هو في يده ، هكذا أمر الله عز وجل» ^(٣).

(١) الوسائل : كتاب القضاء ، باب ٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى . والرواية عن الشيخ أي 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 ، وخصوص ما ورد مستفيضا في ترجيح إحدى البينتين المتعارضتين بأحد وجوه المرجحات الآتية في صورة ما لو كانت العين في يد أحدهما ، ضرورة أن الترجيح فرع حجية كل واحدة منهما ، إذ لا تعارض بين الحجة وغير الحجة ، مضافا الى ما ورد في (حديث فذك) : من إنكار علي أمير المؤمنين (ع) على الأول ، حيث ابتدأ بطلب البينة من ذي اليد ، وكان حق الطلب أن يتبدء بسؤالها من المدعي وهو المسلمون ^(١) ولو كانت البينة من ذي اليد غير مقبولة ولا مسموعة ، لكان الإنكار عليه بعدم القبول وعدم الحجة أولى من الإنكار بابتداء الطلب منه ، وهو واضح ، بل الظاهر كون ذلك من المسلمات عندهم ، حيث اختلفوا في تقديم بينة الخارج على بينة الداخل أو بالعكس مطلقا ، أو على التفاصيل الآتية : من الإطلاق والتقييد ، وذكر السبب وعدمه ، وما يمكن فيه التكرار وما لا يمكن ، المعلوم ابتناء ذلك كله على حجية بينة المنكر من دون تكثير عليهم ، وليس ذلك إلا لكون بينة المنكر معتبرة أيضا ، فيكون مخيرا بين اليمين وإقامة البينة ان أراد دفع كلفة اليمين عن نفسه ، بل عن بعض : جواز إقامة البينة عند الحاكم تسجيلا لثبوت حقه خوفا من تعذر إقامتها لو ظهر مدع عليه. (لا يقال) : إن مرتبة المنكر لإقامة حجته متأخرة عن مرتبة المدعي لإقامة حجته ، بل مشروطة بعدم الحجة للمدعي ، ولذا لا يمين على المنكر بعد إقامة المدعي بينته ، فكيف يكون المنكر مخيرا في حجته بين البينة واليمين؟ (لأنا نقول) مع أنه اجتهد في مقابل النص الوارد في تعارض البينتين مع كون العين في يد أحدهما ، يدفعه أن المنكر حيث لا بينة للمدعي مخير

وأحكام الدعوى ، حديث (١٤).

(١) تقدمت الإشارة إلى هذه الحاجة في رسالة : (قاعدة اليد).

بين إقامة البينة أو اليمين. ومعها وإن كان لا يطالب باليمين لأن الإحلاف حق المدعي يضطر اليه عند الحاجة ومع البينة لا حاجة له اليه ، الا أنه يطالب بدفع حجة المدعي أما بإبطالها كالجرح أو بالمعارضة بمثلها كالبينة ، فالمنكر مع عدم البينة للمدعي مخير بين اليمين وإقامة البينة ، ومع بينة المدعي مخير بين إبطالها أو المعارضة بمثلها ، غير أنه على الثاني يمكن أن تكون فائدة بينته دفع بينة المدعي ، فيكون المورد بعد الاسقاط كما لو لم تكن بينة للمدعي ، ويمكن ترجيحها باليد على بينة المدعي بناء على تقديم بينة الداخل على الخارج. فاتضح بما ذكرنا أن اليمين حيث تتوجه على المنكر انما هي من باب الإرفاق لا حصر الحجة بها ، والله العالم.

وأما النبوي ، فمع كونه محمولا على الغالب ، يحتمل 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 الإحلاف متوقفا على طلبه لأنه من حقوقه وان توقف استيفاءه على الحاكم وكان له الاكتفاء باليمين مع تمكنه من البينة ، فمساق الحديث : البينة على المدعي وله اليمين على من أنكر ، وليس ناظرا إلى حصر إثبات حق المنكر باليمين.

وأما خبر منصور بن حازم ، فمع كونه مرميا بالضعف ، غير مكافيء لما دل على الترجيح في صورة التعارض بالمرجحآت 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 ، وان كان التعليل فيه يقتضي العموم.

(المقام الثالث)

في التداعي وبيان جملة من أحكامه ، 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
 التقدير : فأما أن لا تكون لهما بينة أو كانت ولكن لأحدهما دون صاحبه أو لهما 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 لهما بينة فالحكم فيه بعد التحالف التنصيف لكون كل
 منها مدعيا من جهة ومدعى عليه من جهة أخرى لأنه منكر لما يدعى عليه صاحبه من
 اختصاص الملكية بنفسه ، فعليه اليمين من غير فرق بين القول بأن يد كل منهما على
 النصف فلا يد له على النصف الآخر أو القول بأن يد كل منهما على الكل لا بنحو
 الاستقلال وأنه من تراحم البدين في توجه اليمين على كل منهما والقضاء بالنصف عليهما.
 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 يتوهم الإشكال في صدقهما
 على كل منهما مع كون العين في يدهما ، فان موضوع ما يدعى ملكية جميعه . وهو العين .
 عين ما يدعيه الآخر ، فكيف يكون مدعى عليه فيما يكون فيه مدعيا ، إذ ليس هو إلا
 ملكية الجميع يدعيها كل منهما. الا أنه مدفوع بكفاية التغاير بالاعتبار في صدق العنوانين
 عليه ، إذ العين التي في يديهما مربوطة بهما بمقتضى اليد عليها ، فكل منهما بدعواه
 الاختصاص 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 للآخر بها مدع ، ضرورة أن مقصود كل منهما في دعواه انتزاع العين من يد الآخر ليستقل بها.

وبعبارة أخرى : اليد يدان : يد مستقلة ، ويد مزاحمة يمثلها ، ومفاد كل منهما غير مفاد الأخرى ، لأن مفاد الأولى هو الملكية المستقلة بمعنى استقلال مالكةا 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 التغير 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 كالبيئة واليد ونحوهما هي أمارات على مؤدياتها مفيدة لها دالة عليها عرفا ، غير أنها لما كانت ظنية غير علمية احتيج إلى إضاء الشارع للعمل بدلالاتها ، فالجوعول منه هو اعتبار الدلالة لا كونها دالة ، وحيث فاليده ان كانت مستقلة كانت دالة على الملكية المستقلة وان كانت مزاحمة يمثلها كانت دالة على النصف كذلك عرفا ، والشارع جعل كلا من اليدين معتبرة في مدلولهما العرفي من الكل مستقلا 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 الى ما ذكرناه أولا ، ضرورة أن النصف المشاع مستقلا عين الكل لا بنحو الاستقلال ، فالملكية المتعلقة بالكل لا بنحو الاستقلال : ان تم نقصانها في الفرض من حيثته الاستقلالية تولد منه كسر من الكسور التسعة

وهو النصف مثلاً ، فلا نقض في الفرض بالنسبة إلى الملكية وإنما النقض بالنسبة إلى الاستقلال وعدمه .

وبما ذكرنا يظهر لك مواقع التأمل في كلام شيخنا في (الجواهر) حيث قال : «وقد يناقش بعدم اندراجهما في القاعدة المزبورة 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 وحينئذ فلا مدع ولا مدعى عليه منهما ، ضرورة تساويهما في ذلك ، إلا أن الشارع قد جعل القضاء في ذلك بأن العين بينهما ، كما سمعته من النبوي المرسل فالنصف هو القضاء بينهما في الدعوى المزبورة التي كان مقتضى يد كل منهما الكل ، ومنه يظهر لك عدم كون كل منهما مدعياً لنصف الآخر ومدعى عليه في نصفه كي يتوجه التحالف ، بل المتوجه إلغاء حكم يد كل منهما بالنسبة إلى تحقق كونه مدعى عليه ، ويكون كما لو تداعيا عينا لا يد لأحد عليهما ولا بينة لكل منهما ، فإن القضاء حينئذ بالحكم بكونهما 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 رفعهما عنه ، فقول كل منهما : هي (لي) دعوى بلا مدعى عليه فلا يمين فيها فتأمل جيداً ، فإنه دقيق نافع . أو يقال في الفرض باعتبار ثبوت اليد لكل منهما على العين مدعى عليه ، لو كان مدع خارج عنهما ، وإلا فلا يتصور كونه منهما بعد أن كان مع كل منهما عنوان المدعى عليه لمعلومية التباين بين المدعي والمدعى عليه ، ومن هنا كان التحالف إذا كان كل منهما مدعياً منكراً بمعنى أنه مدع لشيء ومنكر لآخر كما هو ظاهر في النظر إلى أفراد ذلك . لا في

مثل المقام الذي دعوى كل منهما الكل ، والفرض ان اليد لكل منهما فلا يكون مدع فيما هو مدعى عليه فيه .

اللهم الا أن يقال : ان اليمين هنا لترجيح أحد السببين كالترجيح بها لإحدى البيتين وان ترتب عليه كون العين للحالف منهما» ^(١) انتهى وانما ذكرنا كلامه بطوله لتقف على مواقع التأمل فيه وبذلك يظهر الوجه في إحلاف كل منهما للآخر إن أريد القضاء بالنصف عليهما قطعاً للخصومة الواقعة بينهما ، لان كلا منهما مدعى عليه ويمينه يمين المنكر ، خلافاً للمحكي عن (الخلاف) والغنية والكافي والإصباح وظاهر الشرائع في الحكم بالتنصيف من دون يمين ، بل عن الأولين : دعوى الإجماع عليه مؤيداً بظاهر النبوي المرسل : «ان رجلين تنازعا في دابة ليس لأحدهما بينة فجعلها النبي (ص) بينهما» إلا أنهما ^(٢) موهونان بالإرسال ، ومصير المعظم إلى الخلاف من لزوم التحالف ، مع كون المرسل ، وإجماع الغنية ليس فيهما الا عدم التعرض لليمين ، وهو أعم من عدمها ، فلا موجب لتخصيص ما دل على حصر القضاء بالميزان من البينة أو اليمين ، ثم ان حلفاً أو نكلاً مع الرد أو بدونه قضي بينهما وإلا فهو للحالف منهما .

هذا وقد يتوهم النقض بعدم اليمين في نظير المقام من التداعي في مسائل تعرضوا لها في الصلح :

منها : مسألة ما لو أودعه إنسان درهمين وآخر درهما وامتزج الجميع

(١) راجع ذلك في : كتاب القضاء النظر الرابع في أحكام الدعاوي المقصد الأول في دعوى الأملاك ، في شرح قول المحقق (مسائل : الأولى لو تنازعا عينا في يدهما ولا بينة) .

(٢) أي النبوي ودعوى الإجماع : فالأول موهون بالإرسال ، والثاني بعدم تحققه .

ثم تلف درهم كان لصاحب الدرهمين درهم ونصف ، ولآخر نصف درهم لخبر السكوني عن الصادق (ع) ، المنجبر بالعمل ، وفيه : «عن رجل استودعه رجل دينارين واستودعه آخر ، ديناراً فضاع دينار منهما؟ فقال : يعطى صاحب الدينارين ديناراً ويقتسمان الدينار الباقي بينهما نصفين»^(١).

ومنها : ما لو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً ولآخر ثوب بثلاثين درهماً ، ثم اشتبها ، فان خيّر أحدهما صاحبه فقد أنصفه ، وان تعاسرا بيعا وقسم ثمنهما بينهما أخماساً : أعطى خمسان لصاحب العشرين وثلاثة أخماس لصاحب الثلاثين ، لخبر إسحاق بن عمار عن الصادق (ع) : «في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب ، وآخر عشرين درهماً في ثوب فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه؟ قال : يباع الثوبان ، فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن والآخر خمسة الثمن. قلت : فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين : اختر أيهما شئت؟ قال : قد أنصفه»^(٢).

ومنها : ما لو كان معهما درهماً فادعاهما أحدهما وقال الآخر : هما بيني وبينك ، كان لمدعيهما درهم ونصف ، ولآخر نصف درهم ، لمصححة عبد الله بن المغيرة : «عن غير واحد من أصحابنا عن أبي عبد الله (ع) في رجلين كان معهما درهماً ، فقال أحدهما : الدرهمان لي ، وقال الآخر :

هما بيني وبينك؟ قال فقال أبو عبد الله (ع) : أما الذي قال هما بيني وبينك ، فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شيء وأنه لصاحبه ، ويقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين»^(٣).

(١) الوسائل ، كتاب الصلح ، باب ١٢ حديث (١).

(٢) المصدر الآنف الذكر ، باب ١١ حديث (١).

(٣) المصدر الآنف الذكر باب ٩ ، حديث (١).

ومثله مرسل محمد بن أبي حمزة ^(١) ولا يمين في هذه النصوص المنجزة بالعمل الحاكمة بالقسمة المتقدمة. وإن استقرب التحالف في الأخير في محكي (التذكرة) حيث قال : «الأقرب أنه لا بد من اليمين فيحلف كل واحد منهما على استحقاق نصف الآخر الذي تصادمت دعواهما فيه فمن نكمل منهما قضى به للآخر ولو نكلا معا أو حلفا معا قسم بينهما نصفين» ^(٢) واستحسنه في محكي (المسالك).

إلا أنه مدفوع : (أولا) بوضوح الفرق بين تلك الفروع ولا سيما الأولين منها ، وبين محل البحث المأخوذ فيه كون الدعوى من كل منهما بنحو البت ودوران الاحتمال في المدعى به بين كونه لهما بالإشاعة أو لكل منهما بالاستقلال المنتفيين في المسألة الأولى والثانية قطعا ، لعدم الجزم بما يدعيه كل منهما بسبب الاشتباه وعدم احتمال الإشاعة في المشتبه منها ، لمعلومية كونه : إما له أو لصاحبه (وثانيا) بإمكان دعوى خروجهما عن عنوان التداعي بحصول الشركة الحكمية بالاشتباه الملحق بالمزج الحقيقي والعرفي في سببته لها بناء على القول به ، لوجود المناط الموجب لها من عدم التمييز فأدت الضرورة إلى الحكم فيه أيضا بالشركة الحكمية دون الحقيقية التي هي بمعنى الإشاعة في الكل لبقاء كل من المالين على ملك ماله على الأقوى ، وكانت الشركة بينهما على نسبة المال ، ولذا لو ابتاع بمجموع الدراهم الثلاثة سلعة كانت الشركة فيها أثلاثا ، لكن بالإشاعة لكونه معوضا عن مجموع الثمن الذي له فيه الثلث ، بخلاف ما لو اشتراها بواحدة منها فإن الشركة فيها على حد الشركة في ثمنها من الحكمية لقيام

(١) في المصدر الآنف ، أخر الحديث إشارة إلى المرسلة المذكورة.

(٢) آخر كتاب الصلح بعنوان : مسألة : لو كان في يد شخصين درهمان ، فادعاهما أحدهما وادعى الآخر واحدا منهما ..

المشمن مقام الثمن في دوران الاشتباه بين كونه : إما له أو لصاحبه.

(لا يقال) ان مقتضى الشركة في مسألة الوديعة هو الحكم بالتثليث في القسمة بينهما دون التنصيف الذي حكم به الخبر الوارد فيها بتنصيف الدرهم بينهما فيعطى لصاحب الدرهمين درهم ونصف وللآخر نصف درهم فيرجع إلى التوزيع في الإنصاف الأربعة من الدرهمين الموجودين دون التثليث فيهما الموجب لتخريج الخبر مخرج الصلح القهري تعبدًا (لأننا نقول) مقتضى الشركة الحكيمة التي هي لا بنحو الإشاعة في قسمتها بعد تلف البعض : هو ما حكم به الخبر من تنصيف المردد المشتبه بينهما لو كانت الشركة بين اثنين فتكون الرواية جارية على القاعدة في قسمة أمثالها ، لا على خلافها تعبدًا.

ضرورة أن القسمة انما ترد على المشتبه المردد بينهما ، دون ما هو معلوم لواحد منهما بعد أن كان معنى التقسيم هو إعطاء كل ذي حق حقه من المال فيعطى لصاحب الأكثر ما هو له على التقديرين ، سواء كان التالف منه أو من الآخر كصاحب الدرهمين المعلوم كون الواحد منهما له على كل حال ، فلا قسمة فيه ، وانما القسمة في الواحد المردد بينهما ، ومقتضى الشركة فيه بين الاثنين تنصيفه بينهما ويكون التلف منهما بقدر ما لو ضم إلى ماله من الموجود كان طبقا لما كان له قبل التلف فيكون حكم التالف في التوزيع حكم الموجود في القسمة من التعلق بالقدر المردد بينهما بحيث لو كان التالف مضمونا ، كما لو كان المزج بتعد منه ، كانت القسمة في بدله على نسبة القسمة في الموجود المردد.

توضيح ذلك : ان خلط المالين المتماثلين بحيث يرتفع التمييز بالاشتباه لا يخلو : أما أن يختلفا في القدر أو يتساويا فيه. وعلى التقديرين : فاما أن تكون الشركة الحكيمة بين اثنين أو أكثر والحكم في جميع صورها : هو ما ذكرنا : من قضاء الضرورة إعطاء حكم الشركة في الجميع قبل

التلف على نسبة السهام فيه ، للاشتباه الدائر في الكل الموجب لتعذر التعيين ووقوع قسمة الموجود منه بعد التلف على المردد المشتبه بين الشركاء على نسبة عددهم : من التنصيف بين الاثنين والتثليث بين الثلث وهكذا دون القدر المعلوم لأحدهم ، وتوزيع التالف منه عليهم كذلك بالنسبة بحيث لو ضم إلى ما أعطى له كان طبقا لما كان له قبل التلف .

ولنزد توضيح ذلك بالمثال : كما لو كان لواحد درهم والآخر تسعة دراهم ، فاختلفا 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 درهمن كان لصاحب التسعة سبعة دراهم باليقين ، وعليه من التالف واحد كذلك وله نصف من الواحد المردد بالشركة ، فلو ضم إلى ماله من الموجود ما تلف منه باليقين وبالتوزيع كان طبقا 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 طبقا لما كان له من الدرهم قبل التلف وكذا لو كان لأحدهما ثمانية دراهم وللآخر درهمن وتلف منها أربعة دراهم ، كان لصاحب الثمانية أربعة من الموجود باليقين وواحد منه بالقسمة للترديد ومن التالف اثنان باليقين وواحد بالتوزيع للترديد ، وكان لصاحب الدرهمين درهم من الموجود بالقسمة للترديد ، ومن التالف واحد كذلك ، فلو ضم التالف من كل منهما إلى ماله من الموجود كان طبقا لما كان له قبل التلف ولو تساويا في قدر المال فيقسم الموجود بينهما بالسوية ، ويوزع التالف عليهما كذلك . ولو كان الشركاء أكثر من اثنين فبالنسبة إلى عددهم في قسمة الموجود بينهم وتوزيع التالف عليهم بالتثليث أو الترييع أو التخميم ، وهكذا . والقسمة في الثوبين المشتبهين تقع في ماليتهما على نسبة ملك الثمنين فتحصص أخماسا

ويعطى لصاحب العشرين خمسان ، ولصاحب الثلاثين ثلاثة أخماس بموجب الشركة الحكمية في نفس الثوبين ، غير أن القسمة لما كانت متعذرة في عينيها كانت في ثمنيهما. وبما ذكرنا اتضح لك عدم منافاة القسمة في فرض الدرهم المردد بينهما للعلم الإجمالي في كونه لأحدهما حتى يقال بكونه من الصلح القهري تعبدا.

وأما النقض بالمسألة الثالثة ، فقد يدفع بأن النص ، وإن كان السؤال فيه ظاهرا في كون نسبتهما إليه بنحو الإشاعة. إلا أنه يجب صرفه عن ظاهره بإرادة اختصاص التداعي في واحد منهما بقرينة جواب الامام ، الظاهر في إرادة الواحد بالعدد الموجب لكون الواحد المتنازع فيه مرددا بين كونه : إما له أو لصاحبه ، وحينئذ فيخرج عن محل البحث المفروض فيه قيام احتمال كون ما في يديهما لهما بنحو الإشاعة أيضا ، فلا يصلح النقض به. مع أن العلم الإجمالي حينئذ باختصاص ما اختص التداعي به بأحدهما يوجب سقوط اليد من الجانبين لسقوط إحداها بالعلم الإجمالي بأنها ليست مالكية ، والأخرى بسقوط ظهورها في تعيين صاحبها بالنسبة إلى الآخر فيكون حكمها حكم ما لو تداعيا عينا لا يد لأحد عليها : من القضاء فيه بالحلف بعد القرعة . كما ستعرف . فالحكم فيه بالتنصيف من دون يمين مع أنه لم يصلح نقضا مخالفا للقاعدة أيضا.

اللهم الا أن يمنع وجوب صرف السؤال عن ظاهره بتقريب أن يقال : ان قوله في السؤال : (هما بيني وبينك) إما يحمل من حيث ارادة كون النسبة إليهما بنحو الإشاعة فيهما أو إرادة الواحد منهما ، واما الأعم منهما الشامل لهما ، وقوله في الجواب (فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شيء) وإن كان ظاهرا في إرادة الواحد بالعدد دون الملق من النصفين المساوي للواحد المعبر عنه به أيضا ، إلا أن ذلك لم يكن مما

أقر به بقوله (هما بيني وبينك) لظهوره في الوحدة التليفية أو إجماله بينها وبين الوحدة العددية ، فلا تكون خصوص العددية مقرا 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 الى عشرة أعشار ، كما أن عشرين عشرا ينطبق على الاثنین وكذا عشرة أخماس وثمانية أرباع وستة أثلاث وأربعة أنصاف ينطبق عليه أيضا ، فيقوم كل من اللفظين مقام الآخر في التعبير ، فيقال : واحد ونصفان وثلاثة أثلاث وأربعة أرباع ، وانما التغاير بالاعتبار.

إذا عرفت ذلك ، فنقول : قوله في السؤال (هما بيني وبينك) من غير تقييد بالتفاضل الظاهر في التساوي ينحل بعبارة أخرى الى قوله (نصفهما لي ونصفهما لك) وله مصداقان : أحدهما الواحد بالعدد ، والآخر بالتلفيق من نصفين ، وهو : اما محمل بينهما أو ظاهر في الوحدة التليفية فكيف يكون ما أقر به هو الوحدة العددية فيصرف بقرينة الإقرار إلى إرادة الوحدة من حيث النتيجة المنطقية على كل منهما. مضافا الى لزوم مخالفة الرواية للقاعدة إن اختص التداعي فيها بالواحد بالعدد ، لما عرفت من سقوط اليدين وإرجاع حكمه الى ما لو لم تكن يد عليها من القرعة والحلف بعدها . كما ستعرف . فلا مناص عن الحمل على اختصاص التداعي بواحد منهما ، الصادق معه أيضا باعتبار المجموع قوله : هما بيني وبينك ، مع احتمال الإشاعة أيضا بتثليث الاحتمالات فيه بكونه : إما له أو لصاحبه أو لهما معا مع كونه في يديهما ، فيكون من محل البحث.

إلا أن النقص به ليس الا من جهة عدم ذكر اليمين فيه مع الحكم بالتنصيف ، وهو لا ظهور له في العدم 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 ، قضى بها لصاحب البينة ، لعموم ما دل على حجيتها ، ولا يمين عليه بناء على أن يمين المنكر للإرفاق لا للوظيفة. ولو قلنا بالثاني وأنه يختص حجته بما لزم ضم اليمين إليها بناء على ما عليه المشهور : من أن اليد المشتركة انما هي على النصف ، فالقضاء بالجميع له يتوقف على اعمال الوظيفتين.

الهم الا أن يدعى كون الترجيح بالداخل أو الخارج انما هو لضرورة التعارض المفقود مع وحدة البينة الموجبة للعمل بمؤداها. ولعله الوجه في إطلاق من أطلق القضاء بجميعها لذي البينة من دون تقييد باليمين معها مع تصريح أكثرهم في صورة التعارض بترجيح بينة الخارج.

(القسم الثالث) : لو كانت لكل واحد منهما بينة على ما يدعيه قضي بها لهما بالسوية مطلقا أو بعد التحالف من دون ملاحظة الترجيح هنا كما عن المشهور ، ولعله عندهم لاختلاف محلها وموضع اعتبارها فلا ينفك عن الترجيح : اما بتقديم بينة الخارج أو الداخل ، فبينة كل منهما انما تثبت ما تحت يد الآخر على الأول أو ما تحت يده على الثاني ، فالمثبت بإحدهما غير المثبت بالأخرى ، ومعه لا يرجع الى المرجحات الخارجية من الأعدلية والأكثرية. 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 ترجيح من حيث الداخلية أو الخارجية.

وبالجملة : لا كلام في الحكم بالتنصيف ، وانما الكلام في وجه

ذلك مع اقتضاء بينة كل واحد منهما اختصاص العين به ، فبين قائل يتساقط البينتين ورجوع الفرض بعده إلى الصورة الأولى ، إلا أنه لا ينبغي حينئذ اختصاص ذلك بصورة التساوي ، ومع الترجيح بإحدى المرجحات الآتية في الصور الباقية ينبغي العمل بالراجح ، لأن التساقط فرع التكافؤ والتساوي بينهما ، وبين قائل بترجيح بينة الخارج بالوظيفة لأن يد كل منهما على النصف فيقضى لكل منهما بما في يد غريمه ، وقائل بترجيح بينة الداخل باليد فيقضى له بما في يده الموجب للتنصيف على التقديرين وإن اختلفا في الاعتبار .

وتظهر الثمرة بينهما وبين الوجه الأول في كون التنصيف إنما هو بعد التحالف على الأول ، وبدونه على الآخرين ، لأن المأخوذ فيهما إنما هو مأخوذ بالبينة التي لا معنى لليمين معها .

فمن الغريب ما ذهب إليه في (التحرير) : من لزوم التحالف مع بنائه على ترجيح بينة الخارج حيث قال هنا بعد الحكم بالتنصيف والقضاء لكل منهما بما في يد غريمه تقديمًا لبينة الخارج ما لفظه : «وهل يحلف كل واحد على النصف المحكوم به أو يكون له من غير يمين؟ الأقوى عندي الأول مع احتمال الثاني» وكذا في (التنقيح) حيث فرع على الحكم بالتنصيف : أما لتقسيم بينة الخارج أو الداخل بقوله : «فيكون بينهما نصفين على التقديرين سواء أقاما بينة أو لم يقيما بينة ويكون لكل منهما اليمين على صاحبه فإن حلفا أو نكلا فالحكم كما تقدم ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى بها للحالف» انتهى .

ولم أروجها لذلك إلا التشبث بخبر إسحاق بن عمار : «عن أبي عبد الله عليه السلام ، أن رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين (ع) في دابة في أيديهما وأقام كل واحد منهما البينة : أنها نتجت عنده ، فأحلفهما علي (ع) فحلف

أحدهما وأبي الآخر أن يحلف ، فقضى بها للحالف ، فقليل له ، فلو لم تكن في يد واحد منهما وأقاما به البينة؟ فقال : أحلفهما فأيهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف ، فان حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين» ^(١) الخبر وهو كما يحتمل ذلك تعبدا كذلك يحتمل ابتناؤه 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 فمجرد إنكار ذي اليد لما يدعى عليه وتكذيبه فيما يدعيه قائلاً في جواب قوله (هو لي) أنه (ليس لك) لا يكون الا مدعى عليه وخارجاً عن عنوان التداعي ، بل هو من قسم المدعي والمدعى عليه . فقط . ولعل من لم يعتبر بينة 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 ان تم خلاف ظاهر ما عليه الأصحاب في معنى المنكر المنطبق عليه تعاريفهم : من موافقة قوله الأصل أو الظاهر ، ومن لو ترك لم يترك الصادق على ذي اليد مطلقاً وإن قال في جواب مدعيه : هو لي ، كما يظهر من كلامهم في ترجيح بينة الداخل أو الخارج وغيره .

وكيف كان : فهذه الصورة أيضاً تنقسم إلى أقسام ثلاثة ، لأنها : اما أن لا تكون لهما بينة أصلاً ، أو كانت لأحدهما ، أو لهما معا .
أما الأول : فيقضى بها لذي اليد بعد يمينه .

(١) الوسائل : كتاب القضاء ، باب ١٢ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، حديث (٢) . وتكملة الحديث هكذا : «قل : فان كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً البينة قال : أقضي بها للحالف الذي هي في يده» .

وأما الثاني : فيقضى بها لصاحب البينة مطلقا ، وإن كان ذا اليد بلا يمين عليه . على الأقوى . ومعها ان لم يعتبر بينة المنكر .

وأما الثالث : فيبني على تقديم بينة الخارج أو الداخل . والأظهر عندي تقديم بينة الداخل لترجيحها باليد . ويحتمل . قويا . تقديم بينة الخارج لو كانت مطلقتين مرجوحية بينة الداخل باحتمال استنادها الى اليد لو قلنا بجواز الشهادة بمفادها ، لما تقدم في (قاعدة اليد) : من أن مرجع تحقق الأمر المنتزع بعد مشاهدة منشأ انتزاعه الى وجود المقتضى وعدم المانع المحرز بالأصل ، ولا يجري الأصل مع بينة الخارج المثبتة لوجود المانع وكون اليد عرضية ، فراجع هناك .

(الصورة الثالثة) : ما لو كانت العين بيد ثالث وادعاهما 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 إحلافه على نفي العلم بما يدعيه . فيحلف لهما في الأول ، ولغير المصدق منهما في الثاني ، لكونه مدعى عليه على التقديرين . فيتوجه عليه اليمين لذلك ، وحيثما توجه اليمين على المصدق . بالكسر . : فان حلف والا غرم بالنكول أو الحلف بعد الرد ، للحيلولة بينه وبين ما يدعيه بتصديقه ، فيغرم لكل واحد منهما بدل النصف لو صدقهما وبديل الكل لغير المصدق بالفتح . ان صدق أحدهما . ولو أقر لواحد منهما لا بعينه أقرع بينهما ، فمن خرج اسمه بالقرعة قضى بها له بيمينه لانكشاف كونه ذا اليد بها ، وليست القرعة للكشف عن المالك حتى يقضى له بمجرد ما بعد الكشف بها عنه ، كيف ولا يزيد 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 لمن هي ، كان كما لو لم تكن في يد أحد لسقوط يده باعترافه وعدم نسبته إلى يد أصلا ، ولو بنحو الإجمال وحكمه حينئذ حكم الصورة الآتية. ولو كذبهما 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 بنى على القضاء بالنكول أو بعد الرد. وان كانت بينة وكانت لأحدهما قضى بها لصاحب البينة. وان كانت لهما وأقاماها سقطت اليد ، وكانت العين كما لا يد عليها لتوافق البينتين في مدلولهما الالتزامي ، وان تعارضتا في مدلولهما المطابقي ، بناء على طريقة 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 يوجب سقوطها. وحيث قلنا بها من باب الامارة . كما هو الأقوى . تعين العمل بالراجح منهما بما هو المنصوص به من المرجحات كالأعدلية 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 وترجيح طائفة منها على الأخرى ، لأنها بين مصرحة بالتنصيف من غير تقييد بالتحالف ، وبين مصرحة به بعده ، وبين ما دل على الترجيح بالأكثرية أو استشعر منه الترجيح بالأعدلية ، وبين ما نص مع التساوي والاعتدال على القرعة والقضاء لمن خرج اسمه بها من غير تقييد بالحلف ، وبين مقيد لها به بعدها.

ولنورد الروايات لتقف على اختلاف مفادها

فمنها : رواية تميم بن طرفة : «ان رجلين أدعيا بغيرا فأقام كل واحد منهما بينة فجعله أمير المؤمنين عليه السلام بينهما»^(١).

ومنها . رواية غياث : «عن أبي عبد الله (ع) أن أمير المؤمنين عليه السلام ، اختصم اليه رجلان في دابة كلاهما أقاما البينة أنه أنتجها فقضى بها للذي 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 وأبى الآخر أن يحلف فقضى بها للحالف ، ف قيل : فلو لم يكن في يد واحد منهما 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 فشهدا على غير الذي شهدا ، واختلفوا؟

قال : يقرع بينهم فأيهم قرع فعليه اليمين ، وهو أولى بالقضاء»^(٤).

ومنها . موثقة سماعة عن أبي عبد الله (ع) : «ان رجلين اختصما إلى علي عليه السلام في دابة فزعم كل واحد منهما أنها نتجت على مذوده

(١) الوسائل : كتاب القضاء ، باب ١٢ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، حديث (٤).

(٢) المصدر الآنف الذكر ، حديث (٣).

(٣) مَرَّ. آنفا. من المصنف ذكره ، ومنا تخريجه.

(٤) المصدر الآنف الذكر ، حديث (٦) ، والمقصود من داود : ابن سرحان.

وأقام كل واحد منهما بينة سواء في العدد ، فأقرع بينهما سهمين ، فعلم السهمين 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 يقرع ويخرج سهمه ، فخرج سهم أحدهما فقضى له بها»^(١).

ومنها . رواية البصري المصححة في (الفقيه) المضعفة في (الكافي) عنه أيضا : «قال : كان علي (ع) إذا أتاه رجلان يختصمان ، شهود عدلهم سواء وعددهم سواء ، أقرع بينهم على أيهما يصير اليمين؟ قال : وكان يقول : اللهم رب السماوات السبع أيهم كان له فأده اليه ، ثم يجعل الحق للذي 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 سأل الصادق (ع) عن الرجل ..

البيتين تختلفان في الشيء الواحد يدعيه الرجلان : أنه يقرع بينهما فيه إذا اعتدلت 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 الى الإجماع المحكي على اعتبار التساوي عددا وعدالة في الحكم بالتنصيف ، والى النص باشتراط التساوي فيهما في اعمال القرعة ، وبتقييد إطلاق كل مما دل على التنصيف أو القرعة بما دل على التحالف في الأول وإحلاف من خرج اسمه بالقرعة في الثاني جمعا بين ما دل عليهما بالإطلاق وما دل عليه بعد الحلف أو التحالف (لا يقال) : أن الترجيح بالأعدلية غير منصوص عليه في النصوص وانما المنصوص اشتراط القرعة بالتساوي في العدالة ، وهو غير الترجيح بالأعدلية مع ذهاب الأكثر إليه ، بل المحكي عن بعضهم تقديمها على الترجيح بالأكثرية (لأننا نقول) : ما دل على اعتبار التساوي من جهتها في القرعة دل بمفهومه على عدمها عند عدمه ، وحينئذ فأما : أن يحكم فيه بالتنصيف والمفروض اشتراطه بالتساوي إجماعا ، 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 وبالحلف : هو التباين اللازم فيه التماس المرجح وهو لأخبار القرعة من وجوه.

بقي الكلام في وجه الإحلاف بعد القرعة ، فإنها : ان كانت لتعين المالك كما هو ظاهر بعض النصوص وجب الدفع اليه بعد تعيينه بها من

(١) راجع ذلك في كتاب القضاء ، المقصد الرابع في متعلق الدعاوي المتعارضة ، الفصل الأول في دعوى الأملاك.

دون حلف ، لأنه من دفع المال الى مالكه ، وان كانت لتعيين البينة الصادقة منهما المشتبهة
بغيرها فلا يمين أيضا ، لأن المأخوذ بها مأخوذ بالبينة التي لا يمين معها ، وان كانت لتعيين
من عليه اليمين كما نص عليه في خبر البصري ، فأى وجه لوجوب إحلاف أحدهما حتى
يلزم تعيينه بالقرعة.

اللهم الا أن تكون القرعة لتقديم أحدهما على الآخر بعد الحصر فيهما تقدما لا ينافي
توجه الدعوى عليه من الآخر ، فيكون منكرا أو بحكم المنكر في خصوص توجه اليمين عليه
فأشبه ذا اليد في تقديم قوله في الجملة مع سماع الدعوى عليه وإلزامه باليمين ، 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 اليمين» تقدما للنص على الظاهر ، ومثل ذلك يمكن أن يجاب عن وجه إحلاف من
قدمت بينته ، بأحد المرجحين كما في خبر أبي بصير المتقدم ، يكون الترجيح موجبا لتقديم
قوله ، تقدما لا ينافي توجه اليمين عليه كالمنكر ، لا موجبا لسقوط بينة الآخر عن الحجية
بحيث يكون وجودها كالعدم.

توضيح ذلك : أن تزامم البينتين موجب لتساقطهما بحسب القاعدة الأولوية بمعنى
كون المزاخمة تمنع الأخرى عن كونها ميزانا للفصل والقضاء فيجب الفصل حينئذ بميزان
اليمين بعد حصر القضاء بها وبالبينة ، وحينئذ ان اشتملت احدى البينتين على المزية من
الأعدلية أو الأكثرية فيحتمل أن تكون المزية موجبة لتقديم ما اشتمل عليها في كونه ميزانا
للفصل أو تكون موجبة لتقديم قول صاحبها في توجه ميزان اليمين عليه ، والقدر المتيقن منه
هو الثاني ، إذ ليس هنا ما يدل بإطلاقه على الأخذ بذى المزية حتى يكون ظاهرا في جعله
ميزانا ، بل المستفاد تقديمه المجلد الدائر بين الاحتمالين

اللازم حينئذ العمل فيه بالقدر المتيقن ، فتكون المزية فيما اشتمل عليها كالقرعة عند التساوي في تقديم قوله من حيث توجه اليمين عليه كالمنكر كما عليه غير واحد من الأصحاب ، فيكون الفصل في جميع شقوق المسألة . سواء اشتملت إحداها على مزية أولا ، وسواء قلنا بالقرعة بالتساوي أو بالتنصيف . انما 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 منهما ، أو القضاء بالنصف بينهما من غير يمين ، أو معها ، أو القرعة لأنها لكل أمر مشكل وجوه :

لأول : استحالة اجتماع السببين على مسبب واحد (وفيه) : مع استلزامه بقاء الخصومة المنجزة غالبا الى 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 المزاخمة يمثلها 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 مؤداه كاليدين ونحوها بعد أن كان سقوطهما مخالفا 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 الملازمة بين العنوانين 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 له فيها ، وقياسها باليد قياس مع الفارق ، لأن اليد وان كانت مزاخمة 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 وظيفه المنكر المنتفي صدقه على كل منهما.

وفي توجه اليمين على من خرج اسمه بالقرعة كالبينتين المتعارضتين وعدمه؟ وجهان ، وجه الثاني : عدم قابلية الدعوى المعارضة لقبول قوله حتى يستكشف بالقرعة ، لما عرفت من اختصاص سببيتها له فيما لم تكن معارضة بمثلها ، بخلاف البينة المزاحمة بمثلها فإنها لا تسقط عن الحجية أصلا غير أن القرعة لتعيين إحداها في تقديم قول صاحبها حتى يكون بحكم المدعى عليه في توجه اليمين عليه ووجه الأول : انحصار الفصل وقطع الخصومة في البينة واليمين ، وحيث لا بينة فيتعين اليمين إذ القرعة ليست بنفسها ميزانا للفصل ، بل لتعيين تقديم 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 صحيحتي داود البصري المتقدمتين دلالة على ذلك هذا كله حيث تكون الدعويان متقاربتين 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

ظاهراً ، 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 العرفي.

والله العالم

رسالة

في القرض

بسم الله الرحمن الرحيم

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 قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيرَةً» ^(١) وقوله تعالى : «إِنَّ الْمُسَدِّقِينَ وَالْمُصَدِّقَاتِ وَأَقْرَضُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا» ^(٢) بناء على إرادة إقراض بعضهم بعضا كما عن بعض التفاسير . وأما على إرادة إقراض الله سبحانه وتعالى تنزيلا له تعالى منزلة المقرض كما يقال : المعاملة مع الله للاسترباح منه بما أعد من الثواب عليه ، فيكون دالا عليه بالعموم نحو : «وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى» ^(٣) وقوله تعالى «لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ» ^(٤) بناء على تفسير المعروف بالقرض في المروي عن الصادق عليه السلام . كما عن بعض المفسرين.

ومن السنة أخبار كثيرة نحو المروي عن الشيخ مرسلا : «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 متعلقا بأفضل ، فيكون دالا على مساواته للصدقة. ويحتمل . كما لعله الظاهر . تعلقه بالصدقة ، فيكون ساكتا 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 قرضا أحب إليّ من أن أتصدق بمثله» ^(٢) وما روي عنه عليه السلام : «أنه كان يقول من أقرض قرضا وضرب له أجلا فلم يؤت به عند ذلك الأجل كان له من الثواب في كل يوم يتأخر من ذلك الأجل بمثل صدقة دينار واحد في كل يوم» ^(٣) وما روي عن أبي عبد الله (ع) : «ما من مسلم أقرض مسلما قرضا حسنا يريد به وجه الله إلا حسب له أجرهما كحساب الصدقة حتى يرتجع اليه» ^(٤) وظاهره أنه كحساب الصدقة في كل آن من آتات تأخيرها ، فيكون ثوابه أضعاف ثوابها ، وإن كان بالنظر الى ثواب ذاته ضعف ثواب الصدقة ، كما في المروي عنه أيضا : «القرض الواحد بثمانية عشر وإن مات حسبتها من الزكاة» ^(٥) لأن درهم الصدقة بعشرة تزيد على أصلها بتسعة ، والقرض بثمانية عشر ، فكان ربحه في الثواب ضعف ربح الصدقة ، وإن تأخر زاد عنها بحسب التأخير أضعافا مضاعفة ، وما روي عنه : «أنه قال : قال رسول الله (ص) : من أقرض مؤمنا قرضا

(١) في الوسائل ، باب ٦ من أبواب الدين والقرض ، وفي باب ٤٩ من أبواب المستحقين للزكاة بهذا المضمون روايات 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 أخاه المسلم كان له بكل درهم أقرضه وزن جبل أحد من جبال رضوى وطور (سينا) حسنات ، وان رفق به في طلبه تعدى به على الصراط كالبرق الخاطف اللامع بغير حساب ولا عذاب. ومن شكى إليه أخوه المسلم فلم يقرضه حرم الله تعالى عليه الجنة يوم يجزي المحسنين» ^(٢) الى غير ذلك من الأخبار الواردة في هذا المضممار. وقد عرفت وجه الجمع فيما اختلف منها في كمية الثواب ، بل الإجماع . بقسمة . عليه ، والعقل مستقل بحسنه ، لما فيه من سد الخلة واغاثة الملهوف ، ومعونة المحتاج ، فهو من المستقلات العقلية : من قبح الظلم وحسن الإحسان.

هذا وتنقيح مهمات مسألة القرض يتم في ذكر مسائل :

(المسألة الأولى) : في حقيقة القرض. وهو عقد يفيد التملك بالضمان. أي مضمون على المقترض بغرامة بدله فبالتملك تخرج الضمانات التي لا تملك فيها كالأعيان المضمونة على من هي في يده مع بقائها على ملك مالكةا. ومعنى ضمانها حينئذ كونها في عهده بحيث يجب ردها لكونها ملكه ، ورد بدلها بعد تلفها. وبالضمان تخرج التملكات المجانية والمعاوضات أيضا ، إذ المقصود منها التبديل لتعلق غرض كل منهما 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 ، ودراهم الصدقة لا يعود» فهو من التملك بالتعويض لا بالمعاوضة» فيكون معنى كونها مضمونة حينئذ : أي لا مجاناً ، وإلا

(١) المصدر المذكور ، حديث (٣).

(٢) المصدر المذكور ، حديث (٥).

فلا معنى لكون العين المملوكة ولو بالقرض في عهدة مالكيها.

هذا وحيث كان التضمين من كفيات التملك توقف التملك على القبض ، إذ لا ضمان إلا بعد الاستيلاء بعديّة بالطبع والمعلولية لا بالزمان فلا يملك بمجرد العقد لعدم انفكاك ملكيته عن الكيفية الخاصة التي لا تحصل إلا بالقبض ، فإذا الملكية الخاصة التي هي مفاد القرض معلولة للعلّة 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 لو لم يكن مقبوضا ، وفي معاطاته قام القبض مقام العلّة المركبة في إفادتها الملكية المتزلزلة. وقيل بتوقف الملك على التصرف ، وهو متجه ، ان قلنا بأن مفاد القرض هو الإباحة بالعوض كالمعاطاة بناء على إفادتها الإباحة ، إلا أنك قد عرفت أن مفاده التملك بالضمان لا الإباحة بالعوض حتى يملك بالتصرف ولو بدخوله في الملك أنا ما قبله.

(المسألة الثانية) : اختلفوا في كون القرض من العقود الجائزة ، أو اللازمة على قولين : المشهور : هو الأول ، بل الإجماع محكي عليه ، وهو الحجة لهم ، سيما بعد اعتضاده بالشهرة العظيمة وذهب بعض المتأخرين الى الثاني ، وهو الأقوى ، لعموم الأمر بالوفاء ، خرج منه ما لو علم جوازه ، وبقي غيره داخلا في العموم.

نعم ربما يقال : ان جواز الرجوع في العقد الجائز انما هو لبقاء علقه الملكية السابقة للأول ، وان انتقل الى الثاني. فهو من آثار السلطنة السابقة ومن شئونها لان العقود الناقلة للملك : (منها) ما يوجب قطع علقه الملكية بالكلية و (منها) ما يوجب نقل الملك مع بقاء العلقه للمالك ولو في الجملة بحيث يكون زمام الملك بعد بيده على وجه لو شاء الرجوع اليه لرجع ، ولا سبيل الى تعيين أحدهما بالأصل لو شك في كون العقد من أيهما ، والشبهة مصداقية ولا يجوز

التمسك بالعموم في الشبهات المصادقية ، فاللازم حينئذ الرجوع الى استصحاب الكلي الثابت ولو في ضمن المرتبة الضعيفة ، ولو أضعف مراتب علقه الملكية وهذا القسم هو المتيقن من جريان استصحاب الكلي.

توضيح ذلك : ان لاستصحاب الكلي أقساما :

منها : ما لو تيقن وجود شيء كالحیوان مثله في ضمن فرد متيقن الزوال مع الشك في قيام غيره من أفرادہ مقامه.

ومنہا : ما لو علم وجود حیوان في ضمن فرد مردد بين ما يعيش مدة وما لا يعيش في تلك المدة.

ومنہا : ما لو علم وجود شيء في مرتبة شديدة وشك في زوالها بالكلیة أو بقاء شيء منها ، كالسواد 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 المترتبة على الكلي دون الآثار المترتبة على خصوص أحد الفردين بخصوصه ، لعدم تعيين أحدهما بخصوصه بثبوت الكلي. وأقوى منه جريانه في القسم الأخير ، لعدم كونه من تبديل فرد بفرد. ولا من التزديد بين أحد الفردين ، بل المشكوك بقاءه 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 للثاني بعد رجوع الأول عليه ، لأنه من الاستصحاب في السبب المقدم على الاستصحاب في المسبب.

هذا ولكن فيه : إن ذلك لا يتم إلا بدعوى تنويع العام في الأمر بالوفاء بالعقود ،

وهي ممنوعة ، فلا بأس بالتمسك بالعام فيما شك في

خروجه عنه ، كما في المقام ، والإجماع على الجواز لم نتحققه إن أريد به الجواز بالمعنى المصطلح ، كيف وثرة الجواز جواز إلزام المقترض برد العين ما دامت باقية ، والمشهور بمنعونه ، مع أنه هو الثمرة بين القولين.

نعم للمقترض ردّ العين لكونها أحد مصاديق ما عليه من الحق ، وليس للمقترض الامتناع عن قبولها. وإن أريد به . كما هو الظاهر . جواز المطالبة بحقه متى شاء ولو في مجلس القرض خلافا 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 المقترض الذي هو محل الكلام.

(المسألة الثالثة) المعروف عند الأصحاب : عدم لزوم شرط الأجل في عقد القرض ، بل قيل بعدم وجدان الخلاف فيه قبل الكاشاني. نعم احتمله في (المسالك) بناء على ما ذكره سابقا من لزوم عقده ، ولعله لبنائهم على جواز هذا العقد ، فلا يجب الوفاء به حتى يجب الوفاء بالشرط في ضمنه والا فليس الشرط . مخالفنا بناء على اللزوم . المقتضى العقد وحقيقته حتى ييطل ، 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 ، مؤبدا بما أشعرت به مضمرة الحسين بن سعيد : «سألته عن رجل أقرض رجلا دراهم إلى أجل مسمى ثم مات المستقرض : أيحل مال القارض بعد موت المستقرض منه أم لورثته من الأجل ما للمستقرض في حياته؟ فقال : إذا مات فقد حل مال القارض» ^(١) بعد تنزيلها على اشتراط الأجل دون مجرد الوعد به المعلوم عدم وجوب الوفاء بالوعد المشعر

(١) الوسائل ، كتاب التجارة باب ١٢ من أبواب الدين والقرض حديث (٢) والرواية عن الامام الصادق (ع).

بأنه كالدين في الحلول بعد الموت.

وتحقيق المسألة : هو أن الشرط : إما أن يكون في عقد القرض أو في غيره من العقود اللازمة. وعلى التقديرين : فأما أن نقول بجواز العقد أو بلزومه.

أما الأول : فإن قلنا بجوازه كان الشرط تابعا له ، لما عرفت من عدم وجوب الوفاء بعقده حتى يجب الوفاء بشرطه ، وإن قلنا بلزومه استتبع لزومه الشرط لأنه من تمام مقتضاه الذي يجب الوفاء به.

وأما على الثاني ، فيلزم الشرط مطلقا على الأقوى ، كما عليه المشهور سواء قلنا بلزوم 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 ، وإن أتم بالاسترداد على الأول ، وعدم الرد لو استرد على الثاني. ولا يتوهم منافاة الشرط سيما على الثاني وإن كان في العقد اللازم لحقيقة القرض ، بناء على جوازه لعدم منافاة سلب السلطنة بسبب من الأسباب في وقت خاص لصدق الجواز على العقد ، وإن هو الاكشوط 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 اللازمة ، والله العالم.

(تنبيه) لو رهن عينا في عقد قرض إلى أجل ، فالأجل للرهن دون القرض ، فله المطالبة بالدين قبله وإن اختص الاستيفاء من الرهن بحلول الأجل ما لم يصرح بكونه له ، فإن صرح به بني على لزوم القرض وجوازه.

هذا وربما استدل على بطلان الأجل في القرض بما دل على استحبابه الظاهر في كونه مستحبا ابتداء واستدامة إلى حصول الوفاء ، وهو ينافي وجوب الإنظار 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 وجه ، 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 كيفيته من حيث اشتراط الأجل فيه وعدمه ، فهي من هذه الحثية مهمة لا عموم فيها حتى يعارض عموم ما دل على الوفاء بالشرط فيبقى عموم (المؤمنون) سليما عن المعارض . وبذلك ظهر ضعف ما عليه شيخنا في (الجواهر) من بطلان شرط الأجل في القرض مع اختياره لكون عقده من العقود اللازمة 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 البدل قبل الأجل وعدمه ، وأحدهما 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 بمعنى صحة قرض مضبوط الوصف والقدر ، وانما الكلام في عكسه ، وهو أن كل ما لا يضبط وصفه

ولا قدره لا يجوز قرضه ، لوقوع الخلاف فيه .

وتنقيح المسألة : هو أن ما يقتض : إما مثلي أو قيمي ، والثاني : إما أن يمكن ضبط أوصافه وقدره بحيث يصح بيعه سلماً أولاً يمكن كالجواهر ونحوها لفرط تفاوت أوصافها وقيمتها ، فهنا أقسام ثلاثة :

لا اشكال ، بل لا خلاف في جواز قرض الأول منها ، وهو المثلي بل الإجماع بقسميه عليه . وكذا يجوز بلا خلاف . كما قيل . في الثاني وهو الأول من قسمي القيمي الذي يصح السلم فيه .

وأما الثالث ، وهو كالجواهر والقسي ونحوهما مما لا يضبط وصفه وتختلف قيمته ، ففي جواز اقتراضه 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 مالكة وعدم الانتقال منه إلى المقترض . والعمومات لا تنهض لإثبات ما شك في قابليته للقرض لأنها مهمة من هذه الحيثية ، وإنما هي في مقام بيان رجحانه وما يترتب عليه من الثواب والأحكام . وعليه فيقوى القول بالمنع عنه ، بل وعن مطلق القيمي ، وإن أمكن ضبط وصفه وقدره وصح السلم فيه ، أن لم يجمع إجماع عليه ، وإلا فالأقرب في ضمانه . كما عن التذكرة . هو المثل الصوري ، لأنه أقرب إلى العين المقتضية وأوفق بما هو المقصود من القرض من معونة المحتاج وعود المال إليه ولو بالتنزيل ، 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 أيضاً ، وضبط الغرامة بالقيمة لما هو المعلوم من حكمة شرع القرض لقضاء الحاجة

ومعونة المحتاج التي مقتضاها التعميم فشرّح عقدا لما يكون فيه قضاء الحاجة ومعونة المحتاج المناسب لتعميم 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 طهورا» ولعله لذلك صح استدلالهم عليه بالأصل ، وعمومات أدلة القرض ، وإلا فقد عرفت ما فيهما.

ثم ان ضمان المثلي انما هو بمثله لأنه أقرب الى العين المقترضة من غيره ، فكان التدارك به أخرى. وأما القيمي فضمانه بقيمته لأنها أضبط فكان أعدل ، وحاشا تعذر المثل في المثلي انتقل ضمانه إلى القيمة إلا أن في انتقاله إليها عند التعذر ، أو المطالبة إن تأخرت عنه ، أو التسليم ان تأخر عنهما أرجها : أوجهها الأخير ، لأنه إنما يخرج به عن عدة المثل الثابت في ذمته إلى حين الوفاء ، وحينئذ فالعبرة بقيمته حين الدفع ، لا حين التعذر أو المطالبة أو أعلى القيمتين ان تفاوتت الأسعار ، ما لم يكن التفاوت لزيادة متصلة كالسمن ونحوه لو نقصت بتلف الزيادة عنده ، والا فلا فيضمنها بقيمتها سمينة لا مهزولة لأنها كالعين المضمونة التالفة في يده ، بل هي منها. وأما القيمي فالعبرة بقيمته 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 التمليك بالضمان ، وليست العين المقترضة في عهدة المقترض إلى المطالبة أو التسليم حتى تعتبر القيمة عنده لأنها ملكه. ولا يضمن المالك ملكه ، ومعنى ضمانها حينئذ ، كما عرفت ، كونها مملوكة بعوض لا مجانا.

ثم إن المضمون بالقيمة لو طالب المقرض بحقه فدفع اليه المقترض العين المقترضة ، ففي وجوب قبولها عليه ، وعدمه ، وجهان : مهنيان على جواز

عقد القرض ، ولزومه ، لأنه على الأول كان له فسخ العقد الموجب لرجوع المال الى مالكه فوجب حينئذ قبوله ، ولا كذلك على الثاني لأن الحق الثابت في ذمته هو القيمة وان كان بدلا عن العين ، فردها بدلا عنه موقوف على رضاه للزوم العقد بالقرض (ودعوى) أولويتها عن العين ورد المبدل أولى من رد البديل مع صدق الوفاء به عرفا ، ولذا قال به بعض ، كالشهيدين في محكي الدروس والمسالك (ممنوعة) جدا بعد تضمين الملك بالقيمة عند تحققه بالقبض ، ضرورة أن القبض برزخ بين المعاوضات والغرامات لا غرامة محضة ولا معاوضة صرفة ، وهو واضح.

وكيف كان فقد ظهر لك : أن الأقوى جواز قرض الجواري والعبيد بلا خلاف فيه كما في (المسالك) وان حكى عن الشيخ في (المبسوط والخلاف) : انه لا نص لنا ولا فتيا في إقراض الجواري ، وان قال بعد ذلك : «والأصل جوازه وعموم الأخبار في جواز القرض يقتضي جوازه» فالمقصود من عدم الخلاف في جوازه في المسالك وغيره من الشيخ ومن تأخر عنه. وأما جواز اقتراض الخبز فممنصوص عليه حتى مع التفاوت في الوفاء بالعدد الصغير بدل الكبير وبالعكس المحمول على التفاوت اليسير المتعارف فيه التسامح.

بقي في المقام بيان الضابط المائز بين المثلي والقيمي ليميز به ما هو الثابت في الذمة منهما فنقول :

المثلي : هو ما لا مدخلية لخصوصيات الأجزاء الشخصية والتشخصات الفردية في مالية الشيء ، بل المالية منوطة بالجامع منها ، ولذا صح بدلية البعض عن بعض في الغرامة مطلقا لأن مرتبة المالية محفوظة في جميعها.

ويقابله القيمي ، وهو ما كان لخصوصية الفرد مدخل في المالية ، ولذا كان الضبط فيه انما هو بالقيمة لحفظ مراتب المالية فيها ، والعبرة في المناط

بمدخلية الخصوصيات في المالية وعدمها لا بوجود ماله دخل فيها وعدمه حتى ينتقض بالفردين المتشابهين في جميع الخصوصيات ، أو ينتقض بكل المثل المنحصر في فرد لعدم المدخلية في الثاني وان انحصر الكلي فيه ومدخليتها في الأول وان وجد ماله دخل فيها في شبهه ، ومع الغض عن ذلك فالمفروض فيما ذكر نادر والنادر بحكم المعدوم فلا يقدر في الميزان.

وإلى ما ذكرنا من الضابط يرجع تعريف الأكثر للمثلي بأنه ما تساوت أجزاؤه من حيث القيمة بمعنى قيمة نصفه مثلا تساوي قيمة نصف الآخر كالمئين من صبرة الحنطة فإن قيمة كل نصف منها تساوي قيمة النصف الآخر ، لا بمعنى أن قيمة النصف منه نصف قيمة الكل ، إذ قد يكون للهيئة الاتصالية أو الاجتماعية مدخلية في زيادة القيمة كالدرهم الواحد مثلا فالواحد المنكسر نصفين ينقص عن قيمة كله ، ولكن يساوي قيمة نصف الآخر.

وبالجملة : فما تساوت أجزاؤه في القيمة بالمعنى المذكور كان مثليا 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 مثليا. نعم يجب اعتبار الأوصاف زيادة على عنوان المثل في بدل الغرامات مطلقا في القرض وغيره. وأنت إذا أحطت علما بما ذكرنا من الضابط تجده سليما عما أورد على تعاريفهم من النقض طردا وعكسا ، بل وإليه ترجع تعاريفهم في المقام بعد أدنى التأمل.

هذا وحيثما شك في كون ما في الذمة مثلا أو قيمة للشك في كون المبدل مثليا أو قيميا ، فالقاعدة تقتضي فيه الاحتياط لدوران الثابت في الذمة بين أحد الأمرين المتباينين مع عدم تعيين أحدهما بالأصل ، دون التخيير حتى يكون مرددا 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 أضبط في حفظ المالية التي هي العمدة في ملاحظة الأموال بالنسبة إلى غراماتها حيث يدور الأمر بين رعايتها ورعاية ذواتها . ولو في الجملة . من حيث الشبه في الصورة.

وبالجملة : حيث يمكن الجمع بين التساوي في المالية والصورة ، لزم تقديمه ولذا يقدم المثل في المثلي على القيمة . وحيث لا يمكن الجمع ودار الأمر بين اعتبار أحدهما كان اعتبار المالية أولى وأحوط ، فالاحتياط في الفرض منحصر في اعتبار القيمة وان لم يثبت به كون المضمون قيمياً .

نعم يظهر من بعض المحققين من المعاصرين كون الأصل في الفرض هو التخيير غير أنه احتمل كون التخيير للضامن لأصالة البراءة عما زاد على ما يختاره ، وان فرض إجماع على خلافه ، فالأصل تخيير المالك لأصالة الاشتغال وعدم البراءة بدفع ما لا يرضى به المالك ، مضافاً إلى عموم (على اليد) خرج منها ما إذا رضي المالك بشيء آخر غير العين وبقي الباقي داخلاً في العموم ، وظاهره المفروغية من كون مقتضى الأصل هو التخيير ، وان تردد في كون الخيار للضامن أو للمالك .

ويضعفه . مضافاً إلى كونه مورد الاحتياط اللازم فيه : اما التعيين بالقرعة أو الصلح القهري بناء على أنه لا طريق إلى الاحتياط فيه إلا بأحد الأمرين المتقدمين : من بذلها أو رفع اليد عنهما المعلوم انتفاؤهما بالإجماع والضرورة ، وقد عرفت تحقق الاحتياط فيه بالقيمة . أنه لا مجرى للبراءة في المقام الدائر أمره بين المتباينين لعدم الشك فيه بين الأقل والأكثر الارتباطيين حتى يؤخذ بالأقل المتيقن وينفى الزائد المشكوك بالأصل كالشك البدوي ، ولا بين التعيين التخيير بناء على أن في التعيين كلفة والأصل

البراءة عنها لعدم الشك فيه في تعلق التكليف بالفرد المتعين أو بالطبيعة السارية في الأفراد بحيث يكون التخيير أحد طرفي الاحتمالين لا نتيجهما حتى ينفي التعيين بالأصل ، لما عرفت من دورانه بين المتباينين نعم ربما يقال . بل قيل . بالتخيير العقلي هنا ، نظير تخيير المجتهد في الفتوى عند تعارض الدليلين الدائر مفادهما بين المخذورين مع عدم المرجح بناء على رجوع الشبهة فيه إلى الشبهة الحكمية ولو لاختلاف الأقوال في كونه مثليا أو قيميا.

ولا يخفى ضعفه مطلقا 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 المضمون بين أحد المعلومين المثلي والقيمي ، لا بين كونه مثليا أو قيميا ، كما لو كانا موجودين قتلًا 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 الزائد عنه بالأصل ، كما لو كانت مالية أحدهما درهما والآخر درهمن ، فالأصل البراءة عن الزائد وان لم يثبت به عنوان الأقل من المثلي أو القيمي ، ومع التساوي في المالية وضبط مقدارها على التقديرين يحتمل وجوب دفع المثل رعاية لذات المال مع ضبط المالية فيهما.

هذا تمام الكلام فيما أردنا بيانه من مهمات مسألة القرض ، والحمد لله أولا وآخرا وظاهرا وباطنا.

بهذا ينتهي الجزء الثالث ، يليه الجزء الرابع وهو يحتوي رسالتين :

(رسالة في الوصية ، رسالة في الموارث)

فهرس

محتويات الجزء الثالث من الكتاب

(رسالة في منجزات المريض) مسألة : اختلاف الفقهاء في نفوذ المنجزات من الأصل أو من الثلث. وتقسيم التصرف إلى المنجز والمعلق ، وبيان أقسام كل منهما وأحكامه من حيث الأصل والثلث وإشارة إلى الاجماع وأقسامه وأحكامه وإشارة إلى حقيقة الوصية وأقسامها .

١٢

تحقيق في معنى التصرف الممنوع عند المريض ، وبيان حقيقة عقد الفضولي وإجازته وتخريجها من حيث النقل والكشف بقسميه وثمرة الخلاف ، وبيان المختار من ذلك

١٨ . ١٣

بيان المقصود من كون المنجزات من الأصل أو الثلث 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 ٢٨ . ٢٥

عرض أقوال الفقهاء في أن المنجزات من الثلث ٤٢ . ٢٩

ذكر أدلة القائلين بالنفوذ من الأصل . بعد اختياره ٤٧ . ٤٣

ذكر أدلة القائلين بالنفوذ من الثلث والجواب عنها ٦٠ . ٤٨

عرض الأمور المتفرعة على النفوذ من الثلث. وإشارة إلى حقيقة الخبر الواحد وأقسامه

والخلاف في حجته وعدمها ٦٥ . ٦١

حكم الاقرار في مرض الموت : هل ينفذ من الأصل أم من الثلث أم بالتفصيل؟ أقوال تسعة

في المسألة ذكرها وذكر الأخبار التي هي منشأ الاختلاف. وبيان وجوه الجمع بينها ، وذكر

الاشكال في المسألة وجوابه. وبه ختام الرسالة ٧٧ . ٦٦

(رسالة في حرمان الزوجة من بعض الإرث) : اختلاف الفقهاء في موضعين : 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 الباقي 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	
بقي هنا أمور : (الأول) الظاهر إرادة ما يعم الدور من الرباع. (الثاني) تعيين الآلات التي	
تحرم من عينها وترث من قيمتها (الثالث) كيفية تقويم الأعيان الموروثة في مرحلتيه (الرابع)	
حكم الزوجة إن لم يكن معها وارث غير الامام (الخامس) هل يتعين على الوارث دفع حصة	
الزوجة من القيمة أم له الدفع من العين (السادس) هل للوارث التصرف بالأعيان قبل إعطاء	
حق الزوجة من القيمة (السابع) بناء على التفصيل : هل لذات الولد كمال النصيب وعليها	
دفع نصف قيمة البناء للآخرى (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 والخنثى (الحادي عشر) لو ملكت الزوجة من رقبة الأرض في حياة	
زوجها ما يساوي 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 بمقدمة ومباحث وخاتمة. أما المقدمة فهي أن ربط الرضاع من

سنخ ربط النسب ١٢٧ . ١٢٩

وأما المباحث : (فالأول) في بيان معنى : (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) (الثاني) أن

المحرم من الرضاع ما يحدث به أحد العناوين المحرمة من النسب (الثالث)

لا فرق في تنزيل الرضاع منزلة النسب بين كون التحريم به أو بالمصاهرة (الرابع)

أركان الرضاع المحرم ثلاثة : الرضيع والمرتضعة وصاحب اللبن (الخامس) في شروط نشر الحرمة

بالرضاع التي يرجع بعضها إلى المرضعة ، وبعضها إلى الرضيع ، وبعضها إلى الرضاع ١٣٠ .

١٤٠

بيان الشروط في المرضعة ١٤١ . ١٤٧

بيان الشروط في المرتضعة ١٤٨ . ١٤٩

بيان الشروط في الرضاع ١٥٠ . ١٧٢

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 الموطوءة

(السادس) لو كان لاثنتين زوجتان كبيرة وصغيرة ، فطلق كل منهما زوجته وتزوج بالأخرى ،

ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة ١٧٣ . ١٨٦

- مسائل : (الأولى) إذا قال : هذه أختي من الرضاع أو بنتي أو أُمي ١٨٧ . ١٨٩
- (الثانية) لا تقبل الشهادة المطلقة على الرضاع بل لابد من تفصيلها. ويتم الكلام في مقامين : الأول . في طريق الشهادة والثاني . في المشهود به ، تحقيق في كلا المقامين ١٩٠ . ١٩٨
- (الثالثة) لو ملك أحد عموديه من الرضاع اعتق عليه ١٩٩ . ٢٠٠
- (الرابعة) الخلاف في ثبوت الرضاة بشهادة النساء وعدمه ٢٠١ . ٢٠٤
- (الخامسة) الخلاف في وقوع الظهار بالرضاع وعدمه. وخاتمة في ثبوت بعض أحكام النسب في الرضاع ، وتنبيه في الاطلاقات الثلاثة للأم. وبه ختام الرسالة ٢٠٥ . ٢٠٧
- (رسالة في الولايات) : مقدمة ومباحث : أما المقدمة ففي معنى الولاية لغة واصطلاحاً ، وانقسامها بالاعتبارات ومقتضى الأصل فيها ٢٠٩ . ٢١٢
- أكمل الولايات ولاية الله ، ومن رشحاتها ولاية النبي والأئمة المعصومين عليهم السلام. الاستدلال على عموم ولاية النبي والأئمة صلوات الله عليهم بالعقل والنقل : كتاباً وسنة ٢١٣ . ٢٢٠
- المبحث الأول . في ولاية الحاكم (الفقيه) في زمن الغيبة ، والكلام من جهات : في أصل ثبوتها. وفي القدر الثابت منها ، وفي المولى عليه وموارد الولاية ٢٢١ . ٢٢٤
- تقريب الاستدلال بالأخبار على سعة أفق ولاية الفقيه والجواب عنها ٢٢٥ . ٢٣٠

- ٢٣٣ . ٢٣١ تنقيح مسألة ولاية الفقيه من أصلها .
- الكلام في تعيين موارد خاصة لولاية الفقيه ، منها . ولايته على الصغير والمجنون
- ٢٣٥ . ٢٣٤ ومنها . ولايته على أموال الغائبين في الجملة . وبيان حكم المرأة المفقود عنها زوجها
- ٢٤١ . ٢٣٦ ومنها . ولايته على المحجور عليه لجنون أو سفه أو لصغر بالنسبة إلى نكاحهم
- ٢٥٥ . ٢٤٢ ومنها . ولايته على المفلس في التحجير عليه من التصرف بماله . ٢٥٨ . ٢٥٦ ومنها . ولايته على الممتنع عن أداء ما عليه من الحقوق . ومنها . ولايته على الأوقاف العامة مع عدم تعيين الواقف وليا لها . وتفصيل البحث عن تشقيقات المسألة
- ٢٦١ . ٢٥٩ ومنها ولايته على المال المنتقل إليه بالإرث ممن لا وارث له . ٢٦٤ . ٢٦٢ المبحث الثاني . في الولاية بالقرابة ، وهي للأب والجد له من النسب . وتحقيق المسألة بصورها الثلاثة : اشتراك الأجداد مع الأب في الولاية ، وقيام الأعلى مع فقد الأدنى من الجد مع الأب وصورة فقد الأب وبقاء الجددين الأدنى والأعلى . ٢٧٢ . ٢٦٥ المبحث الثالث . في ولاية الوصي على أطفال الموصي . ٢٧٥ . ٢٧٣ المبحث الرابع . في ولاية المقاصة ، وتفصيل صور المسألة فيما إذا كان الحق عقوبة أو عينا أو ديناً . وبيان الجواز أو المنع في مقاصة الوديعة . ٢٨٦ . ٢٧٦

المبحث الخامس . في ولاية المتصدق لمجهول المالك ، لقطة كان أو غيرها ، عينا أم ديناً ٢٨٧ .

٢٨٩

المبحث السادس . في ولاية الحسبة ، وبيان مواردها وبه ختام الرسالة..... ٢٩٠ . ٢٩٨

(رسالة في قاعدة اليد) وفيها مقامات : المقام الأول . في معنى اليد لغة واصطلاحاً ، وما هو

المقصود من مواردها ٢٩١ . ٣٠٣

المقام الثاني . في الاستدلال على اعتبار اليد بالاجماع والروايات ٣٠٤ . ٣١١

المقام الثالث . في مقدار عموم (قاعدة اليد) وجملته من أحكامها . ويتم في بيان أمور :

(الأول) هل تجرى 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 المالكه والعادية..... ٣١٧ . ٣٢٠

(الرابع) لو اشترك أكثر من واحد في صدق اليد فهل الثابت يد واحدة للمجموع أم تعدد

..... ٣٢١ . ٣٢٤

(الخامس) كما أن اليد امانة على الملكية كذلك هي إمانة على التذكية ٣٢٥ . ٣٢٦

(السادس) يشترط في إفادة اليد الملكية عدم العلم بحدوثها بعنوان آخر ٣٣٠ . ٣٣٠

يقبل قول ذي اليد مطلقاً وإن كانت عادية في جملة من موارد الطهارة والنجاسة والإقرارات

..... ٣٣١ . ٣٣٤

(الثامن) أحكام تعقب الإقرارات ببعضها 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 والبيئة والاستفاضة فهنا موارد (الأول) معارضتها مع الاستصحاب.....	٣٥٠ . ٣٥٣
(الثاني) معارضتها مع البيئة.....	٣٥٤ . ٣٥٧
(الثالث) معارضتها مع الاستفاضة.....	٣٥٨ . ٣٦٠
(تذييل) 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 وبيان موارد هما.....	٣٦١ . ٣٦٩
(رسالة في أحكام الدعاوي) : المقام الأول . في معنى المدعي والمنكر عرفا.....	٣٧٠ . ٣٧٥
المقام الثاني في حكم المدعي والمدعى عليه وبيان وظيفة كل منهما ، والاستدلال على قاعدتي (البيئة على المدعي واليمين على المدعى عليه) وبيان موارد تخصيص القاعدتين.....	٣٧٦ . ٣٨٤
(تكملة) : هل يمين المنكر معتبرة من حيث الازفاق به. أم أن حجته مختصة بها ، واختيار أحما للازفاق.....	٣٨٥ . ٣٨٧
(المقام الثالث) في التداعي وصوره وأقسامها. القسم الأول من الصورة الأولى . إذا لم تكن لهما بيئة. فالحكم التنصيف بعد التحالف وبيان موارد النقوض على ذلك في مسائل. والجواب عنها.....	٣٨٨ . ٣٩٧
القسم الثاني من الصورة الأولى . : لو كانت لأحدهما بيئة دون الآخر قضي لصاحب البيئة. القسم الثالث من الصورة الأولى . : لو كانت لكل واحد منهما بيئة 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 ، واختيار اللزوم.....	٤١٥ . ٤١٤
المسألة الثالثة . عدم لزوم شرط الأجل في عقد القرض. المسألة الرابعة . في متعلق القرض ، وبها ختام الكتاب.....	٤٢٤ . ٤١٦