



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرافيية  
عليه صلوات الله  
عليه وآله

www. **Ghaemiyeh** .com  
www. **Ghaemiyeh** .org  
www. **Ghaemiyeh** .net  
www. **Ghaemiyeh** .ir

# الأدب

## في ألف من الجعفری

تأليف

محمد باقر جعفری

الشيخ محمد إبراهيم الكرابي

مجلد الأول

مؤسسة الأمل للطبوعات

بغداد - العراق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# الارث فى الفقه الجعفرى

كاتب:

على كرباسى

نشرت فى الطباعة:

مؤسسة الاعلمى للمطبوعات

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

# الفهرس

٥	الفهرس
١١	الارث في الفقه الجعفرى المجلد ١
١١	اشاره
١١	اشاره
١٥	المقدمه
١٥	اشاره
١٦	الاعراض
١٨	الفرق بين الحق و الملك
٢٢	اقسام الحقوق
٢٤	حكم العين الموقوفه
٢٧	بيان حقيقه الوقف
٣٢	التصرفات غير المنافيه للخيار
٣٧	ارث الخيار
٣٨	ارث الزوجه للخيار
٤١	الدين المستوعب
٤٥	ينتقل المال الى الورثه بمجرد الموت
٤٧	تعلق حق الديان بنحو الرهن
٤٩	الحج الواجب يخرج من الاصل
٥٠	في الوصيه بالمال
٥٣	اخراج الدين من الاصل
٥٦	على الورثه ابراء ذمه الميت
٥٩	الواجبات البدنيه
٦٠	الحج الندبى يخرج من الثلث
٦٢	لو اختلف تقليد الميت مع الوارث

٦٥	في القتل العمدى
٦٧	التخليه
٧٠	الاراضى الخراجيه
٨٨	موانع الارث
٨٨	اشاره
٨٨	المانع الأول الكفر
٨٨	اشاره
٩١	اولاد الكفار يتبعون آباءهم
٩٦	المرتد الفطرى و الملى
١٠٠	الرابع لو اسلم قبل القسمه
١٠٢	المسلمون يتوارثون بعضهم بعضا
١٠٤	المانع الثانى القتل
١٠٧	المانع الثالث الرق
١١٠	المانع الرابع اللعان
١١٤	المانع الخامس الغيبه المنقطعه
١١٧	القسم الاول: فى الوصايا
١١٧	اشاره
١٢٠	الوصيه من المستحبات الاكيده
١٢٤	ليس للمرء الا ثلث ما يملك
١٢٧	الوصيه عهديه و تمليكيه
١٢٩	تملك الهيئه الحاكمه
١٣٥	الوصيه من الايقاعات
١٤١	التعليق فى الايقاع باطل
١٤٥	المسأله الاولى
١٤٥	الوصيه جائزه من الموصى
١٤٧	للموصى الرد فى حياه الموصى

- المسأله الثانيه ..... ١٥١
- لومات الموصى له قبل الموصى ..... ١٥١
- الوصيه التملكيه من الواجب المعلق ..... ١٥٥
- ينتقل المال من الموصى له الى ورثته ..... ١٥٧
- المسأله الثالثه ..... ١٥٨
- ما يعتبر فى متعلق الوصيه ..... ١٥٨
- ان يكون متعلق الوصيه امرا مشروعا ..... ١٦٢
- فى الوصايا المبهمه ..... ١٦٥
- المسأله الرابعه ..... ١٧٠
- لو اوصى بما زاد على الثلث ..... ١٧٠
- ما يعتبر فى المجيز حال الاجازه ..... ١٧٤
- المسأله الخامسه ..... ١٧٦
- للموصى تعيين ثلثه فى أى عين شاء ..... ١٧٦
- المسأله السادسه ..... ١٧٩
- ما يعتبر فى الموصى ..... ١٧٩
- ان لا يكون الوصى قاتل نفسه ..... ١٨٣
- المسأله السابعه ..... ١٨٥
- ما يعتبر فى الوصى ..... ١٨٥
- المسأله الثامنه ..... ١٨٧
- ما يتعلق بالموصى له ..... ١٨٧
- المسأله التاسعه ..... ١٩٣
- ما يتعلق بالموصى به ..... ١٩٣
- المسأله العاشره ..... ١٩٥
- فى وجوب العمل بالوصيه ..... ١٩٥
- المسأله الحاديه عشره ..... ١٩٩
- فى الوصايا المتعدده ..... ١٩٩

- المسأله الثانيه عشره ..... ٢٠٢
- تثبت الوصيه بشهاده عادلين ..... ٢٠٢
- تثبت الوصيه فى شهاده اهل الكتاب ..... ٢٠٥
- (المسأله الثالثه عشره) ..... ٢٠٧
- الوصى أمين ..... ٢٠٧
- قاعده على اليد ..... ٢٠٩
- المسأله الرابعه عشره ..... ٢١١
- للاب أو الجد للاب ان ينصب القيم ..... ٢١١
- قاعده الاقرار ..... ٢١٥
- مدرك قاعده من ملك ..... ٢١٩
- قبول قول ذى اليد لأحد المتداعيين ..... ٢٢١
- بيان روايه مسعده بن صدقه ..... ٢٢٣
- الولاية ..... ٢٢٤
- ولاية الاب و الجد للاب ..... ٢٢٤
- عدم اعتبار المصلحه فى ولاية الاب و الجد ..... ٢٢٧
- تزويج الاب و الجد نافذ دون الطلاق ..... ٢٢٨
- ولاية الجد فى حياه الاب ..... ٢٣١
- القرعه ..... ٢٣٤
- للاب ولاية على البالغه الرشيده ..... ٢٣٩
- لا ولاية للاب على الثيب ..... ٢٤٠
- لا يجوز التمتع بالبكر بدون إذن أبيها ..... ٢٤٥
- قاعده الغرور ..... ٢٥١
- مدرك قاعده الغرور ..... ٢٥٢
- عقد الزواج الفضولى ..... ٢٥٧
- ولاية الحاكم الشرعى ..... ٢٥٨
- القضاء من وظائف الحاكم ..... ٢٦٥



- ٢٤٨ ..... ولاية عدول المسلمين
- ٢٧١ ..... ولاية الحاكم الشرعى على الصغير
- ٢٧٣ ..... ينعزل القيم بموت الحاكم الشرعى
- ٢٧٥ ..... تأخر السفه و الجنون عن البلوغ
- ٢٧٧ ..... فى المفقود عنها زوجها
- ٢٧٩ ..... مفاد قاعدتى الضرر و الحرج
- ٢٨٣ ..... ولاية الحاكم الشرعى على المفلس
- ٢٨٥ ..... الولاية على الاوقاف العامه
- ٢٨٦ ..... فى مجهول المالك
- ٢٨٦ ..... اشاره
- ٢٩١ ..... فى التقاص
- ٢٩١ ..... اشاره
- ٢٩٤ ..... للعين مراتب ثلاثه
- ٢٩٦ ..... فى التقاص من الوديعة
- ٢٩٩ ..... جواز المقاصه بعد حكم الحاكم
- ٣٠٢ ..... المال الذى لا وارث له
- ٣٠٥ ..... ادله التحليل
- ٣٠٨ ..... للحاكم الشرعى ولاية على اجبار الزوج على الطلاق
- ٣١٣ ..... يجبر الزوج على الطلاق فيما لو امتنع من الانفاق
- ٣١٣ ..... اشاره
- ٣١٤ ..... «لا ضرر»
- ٣١٤ ..... اشاره
- ٣١٧ ..... مفاد حديث لا ضرر
- ٣٢٠ ..... موارد قاعده لا ضرر
- ٣٢٢ ..... للزوجه ترك حقوق الزوج مع امتناعه من القيام بحقوقها ٢١٢
- ٣٢٣ ..... حق الامام عليه السلام ٢١٣

٣٢٤	الخاتمه
٣٢٤	اشاره
٣٢٤	العتق المعلق على الموت
٣٣٢	المريض محجور عليه
٣٣٧	الاخبار الداله على الخروج من الاصل
٣٤٠	الاخبار الداله على الخروج من الثلث
٣٤٢	اخبار منجزات المريض
٣٤٥	تعارض اخبار منجزات المريض
٣٤٧	لا تلازم بين الاقرار و المنجزات
٣٤٩	اقرار المريض بدين او منجز
٣٥١	الاخبار الداله على اقرار المريض
٣٥٣	فهرس محتويات الجزء الاول من الكتاب
٣٤٤	تعريف مركز

## الارث فى الفقه الجعفرى المجلد ١

### اشاره

الارث فى الفقه الجعفرى

نويسنده: محمد ابراهيم بن على كرباسى

ناشر: مؤسسه الاعلمى للمطبوعات

نشر: بيروت - لبنان

تعداد جلد: ٢ ج

ص: ١

### اشاره



الارث في الفقه الجعفري

نويسنده: محمد ابراهيم بن علي كرباسي

ص: ٣



بسم الله الرحمن الرحيم

و به نستعين الحمد لله رب العالمين و الصلاه و السلام على أشرف الأنبياء و المرسلين محمد خاتم النبيين و آله الطيبين الطاهرين المعصومين

و بعد فيقول راجى عفو ربه محمد ابراهيم ابن الشيخ على الكرباسى انى لما وجدت مسائل الوصيه و الميراث مما يعم بها الابتلاء و لا- يتسنى للفقيه دائما مراجعه الكتب المطوله فى هذين الموضوعين أحببت جمع تلك المسائل أو أكثرها فى رساله تشتمل على ما استقر عليه مذهب الاماميه مع الاشاره الكافيه الى دليل الحكم بصوره موجزه و سميتها بنخبه الأحاديث فى الوصايا و المواريث. راجيا من المولى أن يجعل عملى هذا خالصا لوجهه الكريم.

و قبل الشروع فى الموضوع ينبغى تقديم مقدمه و ذلك أن الأعيان الخارجيه بالنسبه الى سائر الاشخاص أجنبيه لا علاقه بينهما و انما العرف يرى أن بين تلك الاعيان و ذويها نوع علاقه و ارتباط يصححان نسبتها اليهم و عدها من أموالهم و تحت سيطرتهم و أيديهم فاذا كان كذلك جاز لهم جميع التصرفات و التقلبات و منشأ ذلك كله هو الالتزام

العرفى و ليس للشارع اختراع فى ذلك و انما هو امضاء لطريقه أهل العرف قال الله تعالى: (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا) (١) تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ (٢) أَوْ قُوَا بِالْعُقُودِ (٣). و قوله (ص): الناس مسلطون على اموالهم (٤). إلا أن الشارع خطأ أهل العرف بالنسبه الى بعض المعاملات كبيع المنابذه و الملامسه و ليست تخطئته لهم على وجه الاطلاق بل فى خصوص المصداق كما يذهب اليه بعض المحققين و لكن التحقيق بأبى ذلك إذ أن التخطئه فى المصداق راجعه الى التخطئه مفهومًا.

## الاعراض

فتلك الاضافه و الارتباط المتحققه فى عالم الاعتبار و منشأ لترتب الآثار الممضاه من قبل الشارع تسمى بالملكيه و أول حصولها من الحيازه (و الحيازه عباره عن استيلاء الشخص على الشىء المباح) لأن من حاز ملكك، و هى كما تحصل بالحيازه تنعدم و تزول بالاعراض، فالحيازه و الاعراض طرفا نقيض بناء (٥) على أن الاعراض مزيل للملك بدعوى

ص: ٦

١- (١) سورة البقره آيه ٣٧٤.

٢- (٢) سورة النساء آيه ٢٨.

٣- (٣) سورة المائده آيه ١.

٤- (٤) البحار ج ١ الحديث (٥) باب ٣٣ ص ٢٠٤ الطبعه القديمه و هذا الحديث مذكور فى كتبنا الفقيهيه و بهذا النص ذكره الشيخ. الانصارى (قدس سره) فى مكاسبه.



أن العرف يرى أن من أعرض عن شيء سواء كان ذلك حقيرا أو جليلا فقد زالت عنه إضافه المملكه مع عدم الردع عنه من قبل الشارع و يكفى فيه عدمه.

و كيف كان فالمملكه هى إضافه اعتباريه حاصله بين المالك و المملوك و يعبر عن تلك الاضافه التى هى أحد المعانى الحرفيه بلام الملك.

فيقال: المال لزيد و هى حينئذ كخيطة متصل أحد طرفيه بالمالك و الآخر بالمملوك كما ان (الحقيه) نوع من المملكه إلا انه بمرتبته ضعيفه و إضافه اعتباريه من أنواع السلطنه قائمه بمن له و عليه الحق و الحق بمنزله المملوك فيقال حق الشفعه لزيد و يدل على تلك الاضافه الضعيفه لام الملك. و الحقوق مختلفه فمنها قابله للنقل و الانتقال كحق التحجير، و منها غير قابله للنقل كحق الشفعه و حق الخيار و ان كانا قابلين للانتقال القهرى كالارث. لعدم الملازمه بينهما لاختلاف الملاك فيهما فان ملاك الانتقال قيام الوارث مقام مورثه فيما تركه فيندرج تحت عموم

ص:٧

ما ترك الميت فلورثته بنحو لا يستفاد من الدليل ان ثبوت الحق ما دامت الحياه و ملاك النقل هو عدم تقومه بشخص خاص. و عليه تكون الحقوق مختلفه فمنها ما يقبل النقل و لا يقبل الانتقال كحق القسم الذى هو المزوجه على الزوج فانه يقبل لخصوص ضررتها مجانا و لا- يقبل الانتقال بالارث الى ضررتها لو كانت هى الوارثه كمن تزوج بامرأه ثم تزوج عمتها او خالتها، ثم ماتت احدهما و كان الوارث لها ضررتها فانها لا ترث، حق القسم منها لكون هذا القسم للزوجه ما دامت فى قيد الحياه و منها ما يقبل الانتقال و غير قابل للنقل كحق الرهانه و الشفعه و الخيار اما عدم نقلها لآخر لكونها متقومه بمن له الحق و اما نقلها الى من له الحق فهو غير ممكن للزوم تسلط الانسان على نفسه بالنحو الذى كان لطرفه عليه، و ليس من ذلك القبيل ملك الانسان لما فى ذمته إذ الانسان يملك ما فى ذمته و لا يمكن ان يتسلط على نفسه كما هو لازم الحق لاستلزامه اتحاد السلطان و المسلط عليه و هو غير معقول.

### الفرق بين الحق و الملك

بيان ذلك انه فرق بين الحق و الملك فان الحق قائم بمن له الحق و من عليه فلا بد من تبايرهما بخلاف الملك، فانه نسبه بين المالك و المملوك فهو و ان اقتضى تبايرهما الا انه لا يقتضى التباير بين من له و من عليه فلا مانع من ان يملك الانسان ما فى ذمته لتحقق التباير

بين المالك و المملوك، و بالجمله اتحاد المالك و من له الملك غير قادح لعدم اقتضاء الملكيه المغايره بخلاف الحق، فانه يمتنع ان ينتقل الحق الذى عليه اليه بلزوم اتحاد السلطان و المسلط عليه و هو باطل و بعباره اخرى ان الحق الذى يوجب السلطنه على من هو عليه لا- يمكن نقله الى من له الحق من غير فرق بين ان يكون بعوض كالبيع و نحوه او مجانا لعدم امكان سلطنه الانسان على نفسه بالنحو الذى كان لطرفه عليه. بل ربما يقال بان ما فى ذمه الانسان لا يمكن ان يكون مملوكا لمن هو عليه و لو آنا ما لكى يكون الانسان مالكا على نفسه آنا ما فيسقط، و ليس منه بيع الدين على من هو عليه اذ المبيع فيه هو الكلى فى الذمه لا- بقيد كونه فى لزمه و انما اخذت بنحو الظرفيه فينطبق على ما فى الخارج و بذلك يوجب الاسقاط فهو و ان لم يكن من التهاتر الا انه اشبه شىء به و لكن لا يخفى أن ذلك لا يرفع المحذور إذ السقوط لا يتحقق إلا بدخوله فى ملك من هو عليه فيلزم المحذور المذكور.

اللهم الا ان يقال بانه يلتزم بعدم المحاليه بمقدار ما يستلزم السقوط

كملك العمودين على ان في هذه الحقوق خصوصيه تمنع النقل الى من هو عليه. اما الرهانه التي هي عباره عن ثبوت حق في العين يترتب عليه سلطنه للمرتهن عليها باستيفاء دينه الذى على الراهن من العين المرهونه عند حلول الدين بالشروط المذكوره فى محله و هذا المعنى لا يمكن ان ينتقل الى الراهن و اما حق الشفعه التي هي عباره عن ثبوت حق يترتب عليه سلطنه الشريك على اخذ ما اشتراه المشتري بالقيمه التي دفعها الى البائع قهرا، و من الواضح ان هذا لا يمكن أن يتسلط المشتري عليه إذ لا معنى لنقل حق التملك منه اليه و هكذا حق الخيار فانه لو كان للبائع فيكون له سلطنه فسخ العقد و ارجاع المبيع

الى ملكه. و هذا المعنى لا يمكن ان يتسلط عليه المشتري للزوم المحذور المتقدم من اتحاد السلطان و المسلط عليه من غير فرق بين ان يكون الخيار فى العقد او فى العين و منها ما يقبل الانتقال و النقل كحق التحجير فانه قابل لهما لوجود ملاك الانتقال و النقل فيه. و اما حق الحضانه فهو من الحقوق القابله للاسقاط و غير قابله للانتقال لقيامه بنفس الشخص ما دامت الحياه و الظاهر انه ليس للام أخذ الاجره و ان مال اليها صاحب الجواهر قدس سره و أما حق الاستمتاع و الولايه و حق الجار و الغيبه و امثالها فهى من الاحكام و ليست من الحقوق و هكذا نفقه الاقارب فان وجوب الانفاق حكم تعبدى فمخالفته موجب للاثم و لذا لا تورث بخلاف نفقه الزوجه فانها من الحقوق لاطلاق الحق عليها فى بعض النصوص و تقضى لو اخل بها الزوج مع تمكينه من نفسها فهى قابله للنقل باحد النواقل و ينتقل بالارث كسائر الديون و هى أى الحقوق و إن كانت مختلفه إلا انه يجمعها أمر واحد هو انها تسقط بالاسقاط و لا- ينتقض بتعلق الزكاه بالمال فان ذلك من نوع الملك على ما هو المختار من التعلق بالماليه كما يظهر ذلك من بعض الاخبار و من اللام فى الآيه الكريمه (إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ) (١) بتقريب ان اللام حقيقه فى الملك و مجاز فى غيره و عدم ترتب بعض آثار الملك انما هو

ص: ١١

لدليل خاص او ان ذلك من لوازم العينيه.

## اقسام الحقوق

و ليس ذلك جامعا حقيقيا و انما هو جامع عنوانى بل هو من أحكام الحق لما هو معلوم بين العقلاء أن لكل ذى حق اسقاط حقه و بذلك يميز بين الحق و الحكم كحق الوالد على ولده و بالعكس بل و مثل الحضانه و الولاية فانها من الاحكام و التعبير عنها بالحقوق تسامح لعدم قبولها للنقل و الاسقاط و اما القسم فانها لما كانت قابله للنقل لضررتها مجانا و قابله للاسقاط فتصير من الحقوق و ليست من الاحكام فان الحكم لا يسقطه المحكوم له عن المحكوم عليه. و انما يسقطه جاعله فهما

ص: ١٢

مختلفان حقيقه و ان اتحدا بالنسبه الى التعبير عن كل منهما باللام ففي الحق يقال حق الشفعه لزيد. و فى الحكم: له شرب الماء و ليس له شرب الخمر إلا ان مفاد اللام مختلف ففي الحق تفيد اللام الملك فلذا يكون مجرورها ظرفا مستقرا و فى الحكم تفيد التعديه و لذا يكون مجرورها ظرفا لغويا متعلقا بمقدر أى يجوز له شرب الماء فانقذح مما ذكرنا ان الحكم ليس فيه اضافه وضعيه اصلا و الحق يكون طرفا لمرتبته من مراتب الاضافه الملكيه و اقوى من هذه الاضافه اضافه مالكيه المنفعه و اقوى منها اضافه مالكيه العين فالاضافه هى الجامعه بين الملك و الحق فان كانت تامه بمعنى ان لها تعلقا بنفس المتعلق بنحو تكون قابله لجميع التقلبات فتسمى ملكا و ان كانت ضعيفه اما لقصور فى نفس الاضافه كحق المرتهن بالنسبه الى العين المرهونه و اما لقصور فى نفس متعلقه كحق التحجير و حق الخيار بناء على تعلقه بالعقد غير قابل لما عدا الفسخ و الاجازه فيسمى حقا (و دعوى) ان قوام الحق اضافته الى المالك بنحو لو لا اضافته لا يصح اعتباره من غير فرق بين ان يكون الحق قائما بعين فى الخارج كحق الجنايه القائم بحق الجانى و بين ان يكون قائما بمعنى كحق الخيار و الاخذ بالشفعه و القصاص و الرهانه و امثال ذلك و به يمتاز الحق عن الملك (ممنوعه) اذ ذلك لا يصلح ان يكون فارقا فان بعض ما هو من الملك لا يصير ملكا اعتباريا الا

بإضافته الى المالك كما هو كذلك بالنسبه الى ملكيه ما فى الذمم و هذه الاضافه بعد حصولها من الحيازه فتاره تحصل بسبب اختيارى كالبيع و نحوه و اخرى بسبب قهرى كالارث و بينهما تفاوت فان فى البيع تبديلا بين المملوكين أى المالكين و لذا قيل فى تعريفه كما فى المصباح مبادله مال بمال و بالنسبه الى الارث تبديل بين المالكين و لذا يقوم الوارث مقام مورثه و يتفرع عليه انه لو كان المال متعلقا لحق الغير ينتقل الى الورثه بما هو محقوق كذلك و عليه دل بعض الأخبار (ان ما ترك الميت من حق فلوارثه)

### حكم العين الموقوفه

و هذا انما يتصور فيما اذا كانت الملكيه غير مقيده له بحياته كالمنفعه الموصى بها للموصى له مده حياته و كالعين الموقوفه على البطن الأول و على من بعده من البطون المتأخره فان البطن الموجود يملك العين ما دام موجودا فملكته محدوده الى حين الوفاه فبموته ينقطع امدها اذ المانع من انتقال العين الموقوفه من احد البطون الى وارثه هو جعل الواقف حسب ما يستفاد من قوله (ص) (الوقف بحسب ما يقفها اهلها)<sup>(١)</sup> نعم وقع الاشكال فى وقف المنقطع هل ينتقل الى ورثه الطبقة الاخيريه او ورثه الواقف او يبقى صدقه اوجه فان قلنا ان جعل الواقف عباره عن تملك الموقوف عليهم فالاول و ان

ص: ١٤

---

١- (١) الوسائل كتاب الوقوف و الصدقات باب ٢ وجوب العمل بشرط الوقف.



قلنا ان جعل الواقف عباره عن تصدق على نحو خاص فان قلنا بأنه على نحو تعدد المطلوب فاذا بطلت الخصوصية بانقراض الطبقة الأخيره بقى اصل التصدق فالوجه هو الثالث و ان قلنا بوحده المطلوب كما

ص: ١٥

لا- يبعد اذ هو الأصل فى القيود فيتعين الوجه الثانى ثم ان عدم جواز بيع الوقف ليس لاجل ان مقتضاه يقتضى عدم الجواز و يبطل الوقف عند طرومسوغ شرعى لكى تتحقق الطلقه و لو آناما فيعود ملكا للواقف

ص: ١٤

او الموقوف عليهم اذ ذلك محل منع لعدم المنافاه بين جواز البيع و بقاء الوقف على حاله.

### **بيان حقيقه الوقف**

بيان ذلك هو ان الوقف عباره عن الايقاف فى

ص: ١٧

محل واحد من دون ان يتحرك الى اليمين او اليسار فهو كمقطوع الرجلين كما يستفاد ذلك من تعريف القوم له بانه تحييس الاصل و تسيل المنفعه.

و من دليل الامضاء المستفاد من قوله (ع) (صدقه لا تباع و لا

ص: ١٨

توهب(١) بناء على ان قوله (لا- تباع) صفه لقوله (صدقه) التي هي مفعول مطلق النوعى يدل على اللزوم اذ لولاه لا اثر لهذا الايقاف و عليه تكون ادله جواز البيع عند طرو المسوغ الشرعى مخصصه لدليل الامضاء. على انه لو قلنا بان عدم جواز البيع مأخوذ فى حقيقه الوقف الا- ان هذا المعنى ما لم يمضه الشارع لا- اثر له و بالدليل المذكور يستفاد اللزوم الذى هو الحكم الممضى من قبل الشارع و هذا الحكم الممضى قابل للتخصيص و عليه لا منافاه بين بقاء الوقف و جواز البيع عند طرو المسوغ الشرعى و على القول بالمنافاه بينهما كما ينسب الى بعض الاعاظم (قده) فلازمه بطلان الوقف عند طرو المسوغ الشرعى و عوده وقفا عند ارتفاع المسوغ كما لو كان المسوغ شده حاجه ارباب الوقف الى البيع ثم ارتفعت الحاجه و مع ارتفاعها تعود العين الى الوقفيه مع انه لا دليل على عودتها الى الوقف بعد بطلانه كما ان لازم القول بالمنافاه القول بعدم وجوب شراء شىء عوض العين الموقوفه عند طرو المسوغ الشرعى لان طروه بوجبه الطقيه و لو آنا ما اما للواقف او للموقوف عليهم و ذلك موجب لزوال الوقفيه و مع زوالها فلا موجب لشراء البديل و الالتزام بذلك محل منع بخلاف ما لو قلنا بعدم المنافاه بينهما بأن لم يكن اللزوم مستفادا من نفس الوقف و انما هو مستفاد من دليل الامضاء فيكون جواز البيع منافيا لحكم الوقف و ليس منافيا لما انشأه الواقف و عليه الوقف قد تعلق بجميع مراتب العين من الخصوصيه و المالىه و طرو المسوغ يوجب رفع الخصوصيه و تبقى مالىه العين على وقفيتها فلذا يجب ابدالها بعين اخرى

ص: ١٩

---

١- (١) الوسائل كتاب الوقوف و الصدقات باب ٦ عدم جواز بيع الوقف.

على نحو ما قلنا فى رد العين المغصوبه فيجب ردها ما دامت العين موجوده و مع تلفها يجب رد المالىه اذ اليد العاديه استولت على الخصوصيه و المالىه، و لاجل ذلك نقول فى أن بدل الوقف يصير وقفا من دون حاجه الى اجراء صيغه الوقف كما قلنا فى أن ديه العبد الموقوف على الجبهه او الذريه حكم العبد الموقوف او عن الجنايه الواقعه على العبد لا- كونها غرامه عن العبد المجنى عليه، و الظاهر انه لا يعتبر فى البديل المماثله للمبدل بل يلاحظ فى البديل الاصلح كما انه لا يعتبر فى تبديل البديل طرو المسوغ الشرعى للبيع بل يلاحظ فيه الاصلح، و من هذا القليل الشراء من منافع العين الموقوفه على المساجد و الحسينيات و المدارس لطلاب العلم الدينيه و الخانات للزوار و نحوها لاحتياج هذه المشاعر فانه لما كانت منافع الوقف يلاحظ فيها الاصلح و لا- يعتبر فى تبديلها وجود المسوغ الشرعى للبيع فكذلك فى بدلها اذ حكم البديل حكم المبدل منه، و لاجل ذلك فرق الاصحاب بين شراء الحصر و غيره من منافع الدكان الموقوف على المسجد و شرائها من غير تلك المنافع الموقوفه و وقفه على المسجد فان فى الاول لا يعتبر فى تبديله طرو المسوغ الشرعى بل يلاحظ فيه الاصلح بخلاف الثانى فانه لا يجوز تبديله الا بطرو المسوغ الشرعى اذ حاله حال الاعيان الموقوفه، ثم ان هذا الذى ذكرناه انما يجرى فى بعض اقسام الوقف كالوقف على العلماء و السادات و الزوار و طلاب العلم و الذريه و الوقف على الموقوف كمنافع الاعيان الموقوفه على المساجد و المشاهد و نحوها من المشاعر فان هذه الاقسام لم يكن الوقف فيها على نحو التحرير و الفك كما هو كذلك بالنسبه الى بعض الاوقاف الأخر مثل المساجد و المشاهد و الحسينيات و الخانات و القناطر و نحوها مما توقف لانتفاع كل من سبق اليها فان

الوقف فى الجميع من قبيل التحرير و الفك بمعنى ابطال الملكيه و ليس تمليكا للمسلمين فبذلك تخرج عن الملكيه و تعد تلف الماليه فيها تلفا شرعيا هذا كله فى الاعيان الموقوفه و النماء الموقوف لصرفه على الوقف و اما النماء الموجود كالثمره على الشجره التى آن اقتطافها فهو ملك للطن الموجود ملكيه دائميّه تنقطع بالموت فتنتقل لورثه ذلك البطن ميراثا و اما الثمره التى ليست موجوده حال الحياه فليست لهذا البطن و انما هى للطن اللاحق لكونها تتبع العين و المفروض ان العين انتقلت الى البطن اللاحق بتمليك من الواقف بناء على ما هو التحقيق من ان البطن اللاحق يتلقى الوقف من الواقف لا من البطن السابق و لذا قلنا باحتياج الطبقة اللاحقه الى اليمين مع انقراض السابقه باثبات حقهم فيما لو ادعى بعض الورثه ان مورثهم وقف دارا عليهم و من بعدهم على نسلهم لأنه يكون حلف الطبقة السابقه بالنسبه الى اللاحقه من قبيل حلف لاثبات حق الغير بخلاف ما لو قلنا بكون التلقى من السابقه فان حلفهم يكفى لللاحقه من غير حاجه الى حلف جديد لأن ملكيه اللاحقه حينئذ من آثار ملكيه السابقه و بذلك يفرق بين القولين و لا تحصل التفرقه بالبينه لثبوت الحق على القولين نعم وقع الاشكال فى النماء الذى بدا صلاحه و لم يحن وقت اقتطافه مع انتقال العين الى البطن اللاحق فهل يلزم البطن اللاحق ابقاء النماء و الثمره مجانا و يدفع لورثه البطن السابق أو مع أخذ الأجره أو هو للطن اللاحق؟ الحق هو الوجه الثانى لكون النماء لما كان موجودا و قد بدا صلاحه فهو ملك للمتوفى و انما يكون نموه فى ملك البطن اللاحق فلذا يستحق البطن اللاحق الاجره على ابقائه و تنميته و ليس لهم القلع لحصول الضرر على ورثه البطن السابق كما ان البقاء

مجانا من دون أخذ الاجره ضرر على البطن اللاحق مضافا الى ما عرفت من ان النمو انما كان فى ملكك اللاحق و لا يقاس المقام على اجاره العين فى زمن الخيار فان الاجاره لا ريب فى صحتها مع حصول الاذن ممن له الخيار و بعد الفسخ تكون العين منتقله الى المالك الأول مسلوبه المنفعه لأن الاذن فى تفويت المنفعه كالاذن فى اتلاف الأوصاف لا تكون عهدتها على المتلف فهو نظير ما لو باعه بعد الاجاره لأن ملكيه من عليه الخيار ملكيه مطلقه و لها استعداد البقاء و المنافع من نمائها و بعد الفسخ ينتقل المال منه الى المالك الاول بخلاف ملكيه البطن اللاحق حسب ما عرفت فان الوقف ينتقل من الواقف الى البطون المتأخره لا ممن سبقه من البطون فليس للبطن السابق ملكيه دائميه حتى تنقطع بالموت نظير ملكيه ذى الخيار بل ملكيتها حسب ما عرفت ما دامت الحياه

### التصرفات غير المنافيه للخيار

نعم لو كان الايجار بدون إذن من له الخيار فاجارته الى حين الفسخ لا اشكال فيها لعدم منافاتها لرد العين فان التصرفات المنافيه لعود العين لا تصح بناء على عدم جواز تصرف من عليه الخيار تصرفا متلفتا للعين و اما ما بعد الفسخ فالقول بالصحة محل نظر لأن مقتضى سلطنه من له الخيار استرجاع العين بعد الفسخ و ذلك مناف لمقتضى الاجاره من كون العين تحت يد المستأجر هذا اذا لم نقل بجواز تصرف من عليه الخيار بنفس العين بالتصرفات المنافيه لبقاء العين اما بدعوى ان الحق متعلق بالعين أو بدعوى كون الملك يحصل بعد انقضاء الخيار كما ينسب الى الشيخ الأنصارى قدس سره و اما بدعوى ان الخيار إنما هو سلطنه على حل العقد و لم يؤخذ بنحو الموضوعيه و انما أخذ بنحو الطريقيه لاسترجاع نفس العين فعليه يجب حفظ العين من النواقل المتلفه و يكون حفظها من قبيل المقدمات الوجوديه للواجب المطلق و اختار



ذلك بعض الاساطين فى بحثه الشريف، و عليه بنى كون المدار على قيمه يوم الأءاء و اما اذا قلنا بجواز التصرفات الناقله المنافيه اما بدعوى كون الخيار متعلقا بنفس العقد لا بالعين أو ان الملك يحصل بمجرد العقد لا بعد انقضاء الخيار أو بدعوى أن الخيار أخذ طريقا لاسترجاع نفس المالىه المشتركه بين العين و البءل و يكون حفظ العين من المقءدمات الوجوبيه للواجب المشروط كما لا يبعء الالتزام بذلك فى جميع الخيارات ما عءا خيار الشرط فان العرف يرى أن للعين خصوصيه، فعلى هذه المبانى لا مانع من التصرفات المنافيه لبقاء العين لا- تكليفا و لا وضعا فلو حصلت بدون اءن من له الخيار لا تكون منافيه و لا ينافيه الفسخ لرجوعها الى استحقاق البءل كما لو تلفت العين فانه لا اشكال فى جواز الفسخ و حيث لا يمكن رء العين فيستحق البءل فحينئء حال الاتلاف كحال التلف من غير فرق بينهما هذا بالنسبه الى الخيارات الأصلية المتصله بالعقد كالمجلس و الحيوان و اما الخيارات غير المتصله بالعقد كالتأخير و الغبن و العيب بناء على ان ظهور العيب و الغبن سبب شرعى لثبوت الخيار لا كاشف عن تحقق الخيار عند العقد كما فى خيار التأخير فانه لا مانع أيضا من التصرفات المنافيه وضعا و تكليفا حيث ان الملكيه حينئء عند تحقق العقد ملكيه مطلقه ليس فيها ما يوجب التزلزل و كون الحق متعلقا بعد ذلك لا- يمنع من التصرفات المنافيه و قد بينا تفصيل ذلك فى تعليقتنا على مكاسب الشيخ الأنصارى قءس سره.

و مثل ما ذكرنا فى الوقف يجرى فى الحق الثابت للشخص ما دام حيا بنحو تكون حياته مقومه لثبوت الحق كحق الجلوس فى السوق و المسجد و حق الخيار المجعول للاجنبى و حق التوليه و النظاره و حق

الحضانه و المضاجعه و مثلها ما لو كان الحق متعنونا بعنوان مفقود فى الوارث ككونه ثابتا لأعلم البلد ففى ذلك كله لا ينتقل الى الورثه لعدم صدق موضوع الميراث الذى هو عنوان ما ترك الميت من حق فلوارثه و حيث انجر الكلام الى الحقوق فلا بأس بذكر بعض الحقوق التى تورث بإشاره اجماليه فنقول ان الحق المتعلق بنفس المال ينتقل الى الوارث بنفس انتقال المال الى الورثه من دون احتياج الى ثبوته للورثه بأدله الارث المتعلقه بذلك الحق كمثل حق الرهان فانه لما كان له تعلق بالدين و انه وثيقه له فبنفس انتقال العين الى الوارث ينتقل الحق المتعلق الى الوارث أيضا و كما فى حق الحریم التابع للدار فانه يتبع الملك فبنفس انتقال الملك الى الوارث يتبعه حریمه بل الحكم المتعلق بالمال يثبت للوارث اذا انتقل المال اليه كحق اجازة العقد الواقع فضولا فى ملك المورث لتحقق موضوع الحكم لا لأنه يورث و مع الشك فى كونه متعلقا بالمال كمثل حق الخيار للشك بكونه متعلقا بنفس العين بأن يتسلط من له الخيار على استرجاعها بفسخه أو انه عباره عن حل العقد من حينه فمثل هذا الحق المشكوك يحتاج فى كونه موروثا الى كونه قابلا للانتقال إذ مع عدم قبوله للانتقال لا معنى لكونه موروثا و حينئذ فيحتاج فى ارثه الى دليل يدل على ذلك و قد قام الدليل و هو النبوى المعتضد بالشهره «ان ما ترك الميت من حق فلوارثه»<sup>(١)</sup> دللنا على ان الحق يورث كما يورث المال و لذا قلنا ان الخيار يورث كسائر الحقوق الموروثة و دعوى ان حق الخيار ليس من

ص: ٢٤

---

١- (١) الرياض ج ١ فصل ٣ الخيار يورث، و مكاسب الشيخ (قده) احكام الخيار، الوسائل كتاب الضمان باب ٣ حكم معرفه الضامن بالمضمون الا ان نص الحديث (فمن ترك مالا فلورثته).

الحقوق لكونه عباره عن ان له امضاء العقد و الحق على ما عرفت ما يكون قابلا للاسقاط و هو غير الامضاء، ممنوعه اذ اسقاط الخيار نتيجه امضاء العقد حيث ان معنى له الخيار هو ان له التجاوز عن حقه و اسقاطه و نتيجه ذلك هو امضاء العقد و مع الشك فى كونه موروثا للشك فى كونه متقوما بالشخص أم غير متقوم فلا- يورث لا يجرى فيه الاستصحاب للشك فى بقاء الموضوع، كما انه لو شك فى كونه حقا أو حكما أيضا لا يورث، مثل ما لو شك فى ان ما نذره لشخص و قد توفى ذلك الشخص، فهل العين المنذوره تعلق بها حق للمنذور له فتنقل لورثته أو لم يتعلق بها حق لكى يكون قابلا للانتقال و انما هو حكم شرعى و جهان؟ و قد عرفت أنه ليس فيه اضافه للمال و انما هو قائم بنفس الشخص كمثل الرجوع فى الهبه و الاجازة فى العقد الفضولى و امثال ذلك. فهو غير قابل للارث و اما جواز الرجوع فى المطلقة الرجعيه فالظاهر انها من الاحكام حيث ان قدره على الرجوع بالمطلقة من شؤون بقاء علقه الزوجيه بمعنى ان للزوج بقاء تلك العلقه و ارجاعها كما كانت كما له قطع تلك العلقه فيكون من قبيل جواز الرجوع فى العقود الجائزه الذى لا- اشكال فى ان ذلك من الاحكام و ليس من الحقوق بل الذى يظهر من كلمات العلماء من ان المطلقة الرجعيه زوجه حقيقه كما يستفاد من قوله تعالى (وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ) (١) فان الظاهر من الانصاف ان يكون فعليا و لازم ذلك كونه حكما لاحقا. و دعوى كونه حقا لدخوله تحت قوله (ع) الصلح جائز بين المسلمين(٢)

ص: ٢٥

١- (١) سورة البقره آيه ٢٢٨.

٢- (٢) الوسائل كتاب الصلح الا ان الروايه بين الناس بدل بين المسلمين.

فى غير محله اذ العموم لا- يشخص كونه حقا على ان الشك فى كونه حكما او حقا يكون من قبيل التمسك فى العام فى الشبهات المصداقيه الذى لا يجوز التمسك بالعموم فيها و هكذا حق الاولويه بالسبق الى المساجد او المدارس و نحوها المستفاد من روايه السابق المتقدمه فان الذى يقوى كون ذلك من الاحكام لا من الحقوق بمعنى يحرم مزاحمه الغير له اذ لو كان حقا كان اما من جاعل الوقف بان اوقفه على السابق او ان نفس السابق احدث حقا جديدا وراء جعل الوقف لكى يكون له حقان اما الوقف فلم يجعله على السابق بل وقفه عام يشمل السابق وغيره و اما السابق فلم يحدث ما يوجب ان يكون حقا له لكى يسقط بالا-عراض فليس هذا السابق الا- سببا لحرمة المزاحمه و ذلك لا يعد من الحقوق فصلاه المزاحم ليست باطله و انما المزاحمه موجبه لتحصيل الاثم اذ تصرفه فى المكان تصرفا فيما له التصرف و ان حصل بذلك اثما فلا تكون الصلاه من قبيل الصلاه فى الدار المغصوبه كما هى كذلك لو قلنا بكون السابق محدث حقا للسابق و دعوى أنه بناء على كون السابق حكما يكون من قبيل مسأله الضد ممنوعه اذ المحرم هى المزاحمه و هى لا- توجب النهى عن الضد الا- اذا كانت المزاحمه محرمة حدوثا و بقاء فيحصل من ذلك الامر بافراغ المحل و يكون اشغال المحل بالصلاه ضدا له فتكون من مسأله الضد و قد حققنا فى الاصول ان الامر بالشىء لا يقتضى النهى عن ضده. و اما حق الجار و الاخوه و التوليه المجعوله من الوقف و الوصايه المجعوله من الموصى على اطفاله او على التصرف فى ثلث ماله و حق الغيبه و الشتم و الضرب و الايذاء فانها ليست من الحقوق لعدم كونها من مراتب الملكيه و وجوب الاستحلال ممن استغابه و آذاه بالضرب و الشتم لا يوجب كونها

من الحقوق و انما ذلك لظلمه له و اما حق الابوه فهو ليس من الحقوق و ان اوجب سلطنته على مال ولده الصغير بما يرجع الى مصلحه البيع او الشراء بل يجوز اخذ المال من امواله و صرفه على نفسه و على من يعول به ما لم يكن مسرفا و مجحفا كما عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع) الى ان قال (ع) و في كتاب على (ع) ان الولد لا يأخذ من مال والده شيئا الا باذنه و الوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء الى ان قال ان رسول الله (ص) قال انت و مالك لأبيك (١) فان هذه السلطنه تعد من الاحكام و ليست من الحقوق فلذا لا تسقط بالاسقاط و من هذا القبيل نفقه الاقارب من الابوين مطلقا او الاذنين منهما و الاولاد فانه و ان وجب البذل الا ان ذلك لا يثبت حقا اذ البذل انما هو لاجل المواساه و سد الخله و لذا لا يوجب القضاء لو اخل بها و ان اثم اجماعا بخلاف نفقه الزوجه فانها من الحقوق لاطلاق الحق عليها في بعض النصوص و لذا تقضى لو اخل بها الزوج مع تمكينها من نفسه، قل في الرياض و تقضى نفقتها أى الزوجه دون نفقتهم أى الاقارب بلا خلاف في ذلك.

## ارث الخيار

و بالجمله كون الشيء قابلا للارث ليدخل تحت النبوى المتقدم يتوقف على أمرين: أحدهما تشخيص كونه حقا لا حكما الثانى كونه قابلا للانتقال. فمع الشك لا مجال للاستصحاب للشك في بقاء الموضوع، و بمقتضى الدليل المتقدم ان الحق بنفسه يورث و لو لم يورث المال مثلا في الدين المستوعب للمال نفس المال لم يورث بناء على عدم انتقال المال للورثه، و قد فرض تعلق الخيار بنفس

ص: ٢٧

---

١- (١) التهذيب ج ٦ ص ٣٤٣ طبع النجف، و حديث انت و مالك لأبيك تذكره عامه الصحاح كما في كشف الخفاء للعجلونى ج ١ ص ٢٠٣ حديث ٦٢٨.

المال. فالخيار بذاته يكون موروثا مع عدم انتقال المال إلا ان يكون عدم الارث لنقصان فيه كالرقبه أو القتل فلا اشكال فى عدم ارث الخيار لكون المانع الذى يمنع ارث المال هو بعينه مانع من ارث الحق. نعم وقع الكلام بالنسبه الى ما يكون المانع هو التعبد الشرعى كالزوجه و غير الاكبر من الأولاد بالنسبه إلى الحبوه فانه بما انها لا تستحق من رقبه الارض فلو اشتراها مورثها بمعامله فيها خيار أو باع ارضا بمائه دينار و كان له الخيار فهل لها - أى الزوجه - الخيار فى الصورتين أو لا؟ أو يفصل بين ما اذا كان الميت مشتريا للارض فترث الخيار دون ما اذا كان بائعا فلا ترث الخيار؟ و لا يخفى ان مبنى التفصيل ان البائع للارض كان ملكه للثمن متزلزلا- حين موت المورث فاقتضى بقاء هذا التزلزل بعد موته ثبوت حق للزوجه و ان لم يكن لها سلطنه على الارض، بخلاف ما اذا انتقلت الارض عنه،

## ارث الزوجه للخيار

فان ملكيه المشتري للارض و ان كانت متزلزله إلا- انه ليس لها أى الزوجه إعمال الخيار لحرمانها من نفس الارض، و مبنى الوجهين الأولين هو أن الخيار هل هو متعلق بالعقد؟ أى له حله و فسخه، أو متعلق بالعين؟ أى له استردادها. فاذا كان متعلقا بالعقد فلها الخيار لأن مورثها يملك حق فسخ العقد فينتقل اليها هذا الحق فلها إعماله و ان سبب حرمانها من الميراث، و ان كان الخيار متعلقا بالعين فهى حينئذ محرومه من العين لا علاقه لها بها فلا معنى لتسلطها على استرجاعها أو ردها الى مالكها الأصلي. و اختار شيخنا الأنصارى قدس سره عدم ارثها لأن الخيار حق لمن انتقل عنه بعد احراز السلطنه على ما وصل بازائه. و حاصل ما ذكره ان الخيار عباره عن مالكيه الرد و الاسترداد فليس لها الرد، كما انه ليس لها الرد

فليس لها الاسترداد، وقد نوقش في ذلك بأن الخيار عبارته عن ملكية حل العقد وفسخه من دون نظر الى ذلك أى الرد أو الاسترداد فعلى الأول هو مبنى القول بعدم ارثها مطلقا، وعلى الثانى أى المناقشه هو ثبوت ارثها مطلقا و يظهر مبنى التفصيل هو ان الخيار مالكيه الاسترداد دون الرد أو بالعكس؟ فالاقوال اذا اربعة و الذى بينا عليه هو ان الخيار متعلق بالعقد لأنه عبارته عن ملك فسخ العقد إلا أنه لم يؤخذ بنحو الموضوعيه و انما اخذ طريقا لاسترداد العين و جلبا للمال.

فعلية إذا كان الوارث محروما من الرد أو الاسترداد فلا معنى لفسخه فالقول بعدم ارث الخيار للزوجه مطلقا هو الأقوى. و دعوى أن متعلق الخيار هو العقد لا- من جهه كونه طريقا ممنوعه كما ان دعوى الفرق بين الرد و الاسترداد بأن يكون لها الرد دون الاسترداد كما هو مبنى المفصل ممنوعه أيضا، إذ الرد و الاسترداد فى الخيار فى عرض واحد حيث ان الخيار هو حل العقد و حله ليس إلا- رد كل عوض الى محله أى تبديل اعتبار لامكانى و كل من ليس له الرد ليس له الاسترداد إذ انهما فى مرتبه واحده، و لا يقاس الخيار بحق الشفعه، فان حق الشفعه يورث باعتبار ان للشريك حق ابطال المعامله و ارجاعها الى نفسه فيكون انتقاله الى الشريك من شريكه بالثمن الذى بذله المشتري فيكون تملكا جديدا و مثل هذا الحق لا مانع من انتقاله بالارث الى الزوجه، و ليس الامر هكذا بالنسبه الى الخيار الذى هو عبارته عن حل المعامله و كونه طريقا الى ارجاع المال، و حيث انها محرومه من العين فلا سبيل لانتقال الحق المتعلق بالعين اليها و هذا الذى ذكرنا بالنسبه الى الزوجه جار بعينه فى ارث غير الولد الاكبر بالنسبه الى الجبوه المفروض كونه محروما منها. ثم لا يخفى ان الحق

الموروث لا يفرق بين كون الوارث واحداً أو متعدداً إلا أنه بالنسبة إلى المتعدد في مثل ارث الحق الذي هو امر وحداني ومعنى بسيط وقع الخلاف فيه فقليل أنه يتعدد بتعدد الورثة ويكون كل واحد منهم له خيار منفصل كما كان لمورثه بحيث يكون له الفسخ في الكل مثل حد القذف، وقيل يكون كل واحد له خيار في نصيبه، ولكن لا يخفى أن الأول غير معقول فإن الحق على ما عرفت أنه مرتبه من مراتب الملكيه، فلا يعقل تعدد الملاك على المملوك الواحد بأن يكون لكل تمام السلطنه على الشيء الواحد ولذا يكون بالنسبة إلى الشيء الواحد تعدد الملاك يثبت الاشتراك. وفي المقام لما كان امر وحداني و اضافه واحده لا يعقل أن تكون قائمه بالمتعدد فلا بد من أن يحصل فيها التجزئه. و حيث أنا بنينا على أن الخيار إنما هو حل العقد و الأخذ بنحو الطريقه إلى ارجاع المال و جلبه فيتجزأ بحسب المال فيكون الخيار إلى كل بالنسبة إلى نصيبه و هو أمر معقول متصور. نعم لو أخذ أحدهم دون الآخر لا يكون للمالك خيار، تبعض الصفقه و ليس مثل الشفعه فانه قد دل الدليل أن لكل له حق الشفعه.

فعليه لا مانع من اختيار القول الثاني و لازم ذلك بأن أعمال الخيار في نصيب كل واحد مشروط بأعمال الآخر لما هو مفروض أن الخيار واحد لمورثهم و عليه فلا بد من اتفاقهم على الفسخ و الاجازة لما عرفت من أن الخيار عبارته عن حل العقد و فسخه بالنسبة إلى المال و انه طريق لجلبه فيتجزأ بمقدار تجزئته فيلحق لكل نصيب جزء منه و لكن مشروطاً بانضمامه إلى الآخر. و الذي يمكن أن يقال انه لا معنى للشرطيه التي هي عبارته عن كون كل واحد من الأجزاء أخذ قيدا للآخر مع أن الأجزاء حسب ما حققنا انه لا اطلاق فيها و لا تقييد



و تؤخذ الأجزاء بعضها مع بعض بنحو التوأمية و بتعبير بعض (بنتيجة التقييد) و عليه ان كل واحد لا يؤثر فسخه إلا مع ضم الآخر اليه فما ذكره بعض الأعظم من شرطيه الانضمام و ان كل جزء مع الآخر فيه شرط ضمنى قد عرفت ما فيه فان الشرطيه التى هى عباره عن القيديه لا- تتحقق بالأجزاء بعضها مع بعض لعدم الاطلاق فيها حتى تكون قابله للتقييد و بتعبير بعض مشايخنا بنتيجة التقييد المساوق للتوأمية و بالجمله الشرط الضمنى لا معنى له إلا ان يرجع الى ما ذكرناه

## الدين المستوعب

بقى الكلام فى الدين فتاره يقع فى المستوعب و اخرى فى غيره، أما الكلام فى المستوعب فقول: ان المال باق على حكم مال الميت حتى يؤدى الدين و بعد الأداء ينتقل الى الورثه كما عليه الاكثر و يؤيده قوله تعالى: «مَنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ» (١) مضافا الى ما يستفاد من بعض الاخبار كصحيحه سليمان بن خالد «قضى أمير المؤمنين (ع) فى ديه المقتول انه يرثها الورثه على كتاب الله و سهامهم اذا لم يكن على المقتول دين» (٢) و فى مصحح عباد بن صهيب عن أبى عبد الله (ع) «فى رجل فرط فى اخراج زكاته فلما حضرته الوفاه حسب جميع ما كان قد فرط فيه مما يلزمه من الزكاه ثم أوصى أن يخرج ذلك فيدفع الى من يجب له ذلك. فقال: جائز يخرج ذلك من جميع المال انما هو بمنزله دين لو كان عليه ليس للورثه شىء حتى يؤدوا» (٣) و قد استدل أيضا انه لو لم يبق على حكم مال الميت

ص: ٣١

١- (١) سورة النساء آيه ١٠

٢- (٢) الوسائل كتاب الميراث باب ٩ ان الديه يرثها من يرث المال.

٣- (٣) الوسائل كتاب الزكاه باب ١٩ ان من كان عليه زكاه و اوصى بها من ابواب المستحقين.

يلزم تحقق الاعتاق لو كان ممن يعتق على الوارث بمجرد الموت لو كان عليه دين مستوعب مع انه لا خلاف في عدم اعتاقه و لكن لا يخفى ان الآيه و كذا الاخبار لا يستفاد منها بقاء المال على حكم مال الميت و انما يستفاد عدم جواز تصرف الورثه إلا بعد أداء الدين كما يظهر من بعض الأخبار المتعلقة بالدين من أن الغرماء لهم استخراج دينهم من نفس الاعيان المتروكه فلهم علاقه بالعين نظير علاقه الرهن بالعين و اما دعوى الاعتاق لو وصل الى الوارث القريب فهو غير لازم إذ انما يلزم لو قلنا بالملكيه المستقره للوارث بالموت مضافا الى منافاته لما سيجىء من موثقه زواره الداله على أخذ الغرماء مع عدم ضمان الدين و كيف كان فدعوى بقاء المال على حكم مال الميت دعوى بلا دليل مضافا الى ما يستفاد من اخبار الارث و الآيات المتعلقة بالمواريث هو ان الموت بنفسه موجب للانتقال للورثه مثل قوله تعالى: «إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَ لَهُ أُخْتُ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ» الى غيرها من الآيات و يؤيده انه لو قلنا بالبقاء على حكم مال الميت يلزم القول بعدم مشاركه ابن الابن لعمه مع وفاه أبيه قبل وفاه الدين و دعوى ان أدله الميراث ناظره الى الحكم الاقتضائي فمع وجود المانع لا يؤثر و بعد رفع المانع يؤثر ذلك الحكم فينتقل سهم أبيه لابنه عند وفاه الدين فى غير محله، إذ ظاهر تلك الأدله هو الحكم الفعلى بالموت ينتقل المال الى الورثه محقوقا للغرماء و لازمه عدم التصرف فى الاعيان مع وجود الدين المستوعب و هذا هو الأقوى وفاقا للعلامه فى القواعد قال فيها ما لفظه: من مات و عليه دين مستوعب فالاقرب عندى ان التركة للورثه لكن يمنعون منها كالرهن حتى يقضى الدين منها أو من غيرها و وافقه على ذلك صاحب مفتاح الكرامه و ان خالفه من جهه أخرى

و هي: ان تعلق حق الديان ليس بنحو الرهن بل من قبيل تعلق ارش الجنايه برقبه العبد. اقول جعل المقام من حق الجنايه يوجب جواز التصرف فى العين و لو فرض كون الدين من المستوعب و ذلك للفرق بين الحقين فان حق الرهانه يتعلق بالمال لا بما هو هو بل بما انه ملك للشخص الخاص و انه باق على ملك مالكة فلا يجوز بيع المال المرهون لاستلزامه خروجه عن ملكه و هو مناف لحق المرتهن بخلاف حق الجنايه فان تعلق الحق بالمال بما هو هو لا بما انه ملك لشخص خاص فلو جنى العبد كان حق الجنايه ثابتا عليه بشخصه و يتبعه المجنى عليه و لو بيع مرات عديده و يستقر الضمان بالآخره على مالكة الاول و الظاهر كون المقام من قبيل حق الرهانه حيث ان المطالب من قبل الديان ليس الا الميث و لازمه تعلق حق الديان بالتركة بما انها تركه فلو بيعت و انتقلت زال حق الديان لعدم تعلق حقهم بملك المالك الفعلى، فاخذ المال من المشتري لا يكون استيفاء للحق الثابت على الميث. هذا كله فى الدين المستوعب، و اما الدين غير المستوعب فبالنسبه الى ما قابل الدين فحاله حال المستوعب، و اما الفاضل على الدين فهل يجوز للورثه التصرف فيه ام لا؟ قيل بعدم الجواز استنادا الى تلك الأخبار السابقه المطلقه الداله على عدم جواز التصرف من غير فرق بين المستوعب و غيره و قيل بالجواز استنادا الى صحيح البزنطى عن رجل يموت و ترك عيالا و عليه دين أينفق عليه من ماله فقال عليه السلام: (اذا استيقن ان الذى عليه يحيط بجميع المال فلا ينفق عليهم و ان لم يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال) و بهذا المضمون موثق عبد الرحمن بن الحجاج(1) و الجمع

ص: ٣٣

---

١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٢٩ من مات و عليه دين مستوعب للتركة.

بحمل الاخبار الداله على جواز التصرف على ضمان الدين لا وجه له إذ مع الضمان للغرماء و رضاهم به لا يفرق بين المستوعب وغيره كما ان حملها على عزل المتيقن مما قابل الدين و حينئذ يجوز التصرف أيضا لا وجه له إذ هو خلاف ظاهر الصحيحه فانها في مورد الشك أى عدم الاستيقان داله على جواز التصرف. و لا يخفى ان هذه الصحيحه قيدت تلك المطلقات أى لا يجوز التصرف مع استيقان الاستيعاب و يجوز التصرف اذا لم يستيقن الاستيعاب، و الظاهر ان هذه الصحيحه أيضا مقيده بموثقه زراره المرويه فى الوسائل فى آخر كتاب الدين الوارده فى عبد أذن له سيده فى التجاره فاستدان العبد فمات فاختصم الغرماء و ورثه الميت فى العبد و ما فى يده قال (ع): (ليس للورثه سبيل على رقبه العبد و ما فى يده من المال و المتاع، إلا ان يضمنوا دين الغرماء جميعا فيكون العبد و ما فى يده من المال للورثه فان أبوا كان العبد و ما فى يده من المال للغرماء يقوم العبد و ما فى يده من المال ثم يقسم ذلك بينهم بالحصص فان عجزت قيمه العبد و ما فى يده عن دين الغرماء رجعوا إلى الورثه مما بقى لهم ان كان ترك شيئا و ان فضل من قيمه العبد و ما فى يده عن دين الغرماء ردّ على الورثه)<sup>(١)</sup>. و الظاهر منها عدم جواز التصرف ما لم يضمنوا دين الغرماء مطلقا و لو غير المستوعب و بالجمله اطلاق عدم الجواز قيد بصحيحه البنظى و موثقه عبد الرحمن و هما قيدا بهذه الموثقه بل لا يبعد تقييد هذه الموثقه بصحيحه ابن سنان<sup>(٢)</sup> الآتيه الداله على ضم رضاء الغرماء بالضمان. فالمتحصل من مجموع ذلك هو ان جواز تصرف الورثه معلق

ص: ٣٤

- 
- ١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٢٩ من مات و عليه دين.
  - ٢- (٢) الوسائل كتاب الدين باب ٤ براءه ذمه الميت من الدين.

على ضمان الدين مع رضاء الغرماء و مع عدمه لا يجوز من غير فرق بين المستوعب و غيره و لذا قال بعض الأعاظم قدس الله سرهم انه لا يبعد جواز التصرف حتى فى المستغرق مع تعهد الاداء.

### ينتقل المال الى الورثة بمجرد الموت

لكن الأحوط ان يكون برضا الديان ان اراد من التعهد هو الضمان فهو المطلوب إذ بذلك تبرأ ذمه الميت فعليه لا- مانع من التصرف و ان لم يرد بالتعهد هو الضمان ففيه اشكال، و كيف كان فلا يستفاد من الاخبار أن تملك الورثة مقيد بضمان دين الغرماء و انه مع عدم الضمان باق على حكم مال الميت بل قد عرفت ان الظاهر من بعض الأخبار ان ما قابل الدين فى غير المستوعب و جميعه فى المستوعب ينتقل الى الورثة بمجرد الموت محقوقا للغير، اما مثل حق الرهانه أو الجنايه أو حق أشبه بهما و ان كان ظاهر الاصحاب هو الأول و عليه لا- يجوز التصرف بالأعيان إلا- مع رضاء من له الحق مضافا الى ان الملك صفه وجوديه لا يقوم بالمعدوم فلذا لا يملك بعد الموت و بالموت ينقطع ملكيته. و اما ما دل على انه يقضى الدين من دينه و تنفذ وصاياه من دينه على ما سيجىء لا- يستلزم ملكيته بعد الموت و بذلك قال جماعه من المحققين كالعلامه فى التحرير و فخر المحققين فى الايضاح و استظهر بعضهم انه المشهور و الظاهر من التذكرة الاجماع عليه حيث قال فيها: الحق عندنا ان التركة تنتقل الى الوارث و ان تعلق حق الديان لاطلاق الآيات، ثم ذكر الآيات (لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ) (١) و غير ذلك من الآيات و استفاد منها ان الموت سبب لتملك الوارث و بذلك قال الشيخ قدس سره فى الجواهر فى آخر كتاب الحجر قال: لا ريب أن الأقوى القول الثانى الى أن قال: من عدم دلالة الآية و الروايه على البقاء

ص: ٣٥

على حكم مال الميت لم يكن معارضا لما دل على ان جميع تركه الميت لوارثه بموته، من العمومات و غيرها كقوله (ع) ما تركه الميت لورثته و وجوب الوفاء غير قاذح انتهى. بل قد عرفت عدم صلاحية قوله تعالى:

من بعد وصيه أو دين لتقييد المطلقات و ان ادعاه بعض مشايخنا في قضائه بدعوى ان الظاهر من البعديه الرتبيه و انه راجع الى مقام الانتقال لا- الى تسهيم السهام أو استقرار الملك، و ادعى ان للميت ذمه و ان انكره العقلاء و جعل دين الميت من قبيل الكلى في المعين و لذا جعل اختيار الوفاء بيد الوارث و التلف من الورثه الى ان يبقى مقدار من المال بمقدار الدين فيتعين ذلك للغرماء كما هو قضيه الكلى في المعين و لكن لا يخفى ان الظاهر من الآيات و الأخبار الواردة في الميراث هو انه بالموت ينتقل الى الورثه و ليس للمقيد ظهور فيما ادعاه الاستاذ. و مما ذكرنا من ظهور الأخبار و الآيات في ذلك يرتفع اجمال المقيد فيتعين ارجاع البعديه الى استقرار الملك أو تسهيم السهام لا كما قيل ان العقلاء يعتبرون الميت من الجمادات فكيف يكون له ذمه بل يرون أن المال بالموت ينتقل الى الوارث فان ذلك محل نظر لامكان دعوى ان له ذمه و يستفاد ذلك من قوله (ع) إذا رضى الغرماء فقد برأت ذمه الميت إلا- ان ذلك لا- يصحح دعوى بقاء الملك بذمه الميت لما عرفت ان الملكيه صفة وجوديه لا يتصف بها المعدوم، فمعنى وجود الذمه له هو وجوب وفاء دين الميت على الورثه و مطالبه الديان للورثه بالدين و صحه ضمان الورثه الدين للديان و ذلك لا يوجب ملكيه الميت كما هو واضح.

و بالجمله الظهور الموجود في الآيات و الأخبار يوجب حمل البعديه على عدم جواز التصرف و لا يخفى ان التصرف الممنوع منه على ما اخترناه من الانتقال الى الورثه محقوقا للغير ان كان تصرفا اتلافيا فلا اشكال

انه لا يجوز لأنه بذلك يوجب ضياع الحق و ينتفى بانتفاء الموضوع.

و اما التصرف بالنقل فبناء على كون تعلق الحق بملك الوارث مثل حق الرهانه فهو غير جائز قطعاً لأنه بالنقل بالسبب الناقل يوجب انتفاء الموضوع، و اما بناء على كون تعلق الحق نظير حق الجنايه القائم بالعبد الجانى فلا مانع من التصرف بالنقل لعدم منافاته لذلك الحق إذ لا ينتفى الحق مع انتقال العبد من مالكة الأصلي، و ظاهر الأصحاب على الأول فعليه لا يجوز التصرف بالاتلاف أو بالنقل و ان كان استفاده ذلك من الأدله محل منع، نعم استفاده عدم جواز التصرف بالاتلاف من صحيحه البنظى المتقدمه و موثق عبد الرحمن(1) ظاهر. و اما التصرف بالنقل فلم يظهر منهما و لا من غيرهما عدم الجواز. هذا اذا لم يكن التصرف الناقل مقدمه للوفاء.

### تعلق حق الديان بنحو الرهن

اما اذا كان مقدمه للوفاء فيصح البيع لأن التصرف المذكور مما يقتضيه الدين فلا مانع منه، و مثله ما لو باع الراهن (العين) بقصد وفاء الدين الذى جعل عليه الرهن كما انه مع رضا الديان بالضمان فيجوز التصرف لبرائه ذمه الميت كما فى صحيح ابن سنان فى الرجل يموت و عليه دين فيضمنه ضامن للغرماء فقال (ع) اذا رضى الغرماء فقد برئت ذمه الميت، و اما نفس الضمان بدون رضا الغرماء فمحل اشكال إذ بالضمان من دون رضا الغرماء لا تبرأ ذمه الميت و قد جوز بعض من تأخر بأنه مع البناء على اخراج الدين يجوز للورثه التصرف فقد عرفت انه لا وجه له كما انه لا يفرق بين كون التركه واسعه و غيرها إذ لم يظهر من الصحيحه و لا غيرها التفصيل بين كونها واسعه أو غير واسعه. و كيف كان فلا يجوز

ص: ٣٧

---

١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٢٩ من مات و عليه دين مستوعب للتركه.

التصرف بما وصل الى الورثه محقوقا للغير تصرفا اتلافيا بل ولا بالنقل ما لم يضمن الدين مع رضا الديان أو يؤدي أو التصرف لوفاء الدين فيكون مال الورثه محجورا عليه و ممنوعا من التصرف فيه، و مع الشك في ذلك لا يجوز التصرف لما عرفت ان الجواز معلق على الضمان مع رضا الديان أو التصرف للوفاء فما لم يحرز المعلق عليه لا يجوز التصرف. فما نشاهده من استمرار السيره على التصرف من دون مراجعه الغرماء أو من له الحق هو اما ان يكون التصرف لأجل وفاء الدين أو احراز اذن الغرماء و لو بالفحوى و يظهر من ذلك ان دعوى انتقال المال الى الغرماء عند موت المدين ضعيفه جدا لما عرفت من الآيات و الأخبار ان المال ينتقل إلى الوارث بمجرد موت المورث، و لذا يجوز للوارث أداء الدين من غير المتروكات و يتفرع على ذلك ما لو كان أحد الأعيان الزكويه ممن عليه دين مستوعب و مات قبل حلول وقت الوجوب فان قلنا انه باق على حكم مال الميت فلا يجب اخراج الزكاه لأنه على هذا التقدير لا يتعلق به الخطاب لعدم كونه قابلا لتعلق الخطاب و ان قلنا ينتقل الى الورثه يتوجه الخطاب اليهم فيجب اخراج الزكاه على الورثه، كما انه لو قلنا بانتقاله إلى الغرماء فيجب عليهم اخراج الزكاه كما انه تظهر الثمره بين الأقوال في النماء أيضا هذا كله بالنسبه إلى ديون الناس.

و اما الحقوق الشرعيه كالزكاه و الخمس و غير ذلك من الواجبات الماليه المحضه فالاجماع منقولاً بل يمكن كونه محصلا يلحقه بديون الناس مضافا إلى الموثقه السابقه في رجل فرط في اخراج زكاته الى ان قال قال ابو عبد الله (ع): جائز يخرج ذلك من جميع المال انما هو بمنزله الدين لو كان عليه ليس على الورثه شيء حتى يؤدوا ما أوصى



به من الزكاه (١). و ذلك انه عليه السلام أطلق على الزكاه بمنزله الدين فيندرج تحت قوله تعالى: «بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ» و عليه ان الزكاه و أمثالها من الحقوق الشرعيه إذ لا خصوصيه للزكاه كما يستفاد من الموثقه تخرج من الأصل لأنها من الديون المقدم اخراجها على الميراث أوصى بها أو لم يوص إلا إذا أوصى بها و عين اخراجها من الثلث تعين (٢).

### الحج الواجب يخرج من الاصل

و اما الواجبات البدنيه كالحج الذى هو واجب مالى بدنى كالديون للاجماع منقولاً بل كاد ان يكون محصلاً مضافاً الى ذيل الموثقه السابقه قيل له «فان كان ما أوصى به حجه الاسلام قال جائز يحج عنه من جميع المال» المصرحه بخروج الحج من أصل المال بل يستفاد من صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال تقضى عن الرجل حجه الاسلام من جميع ماله (٣) و من موثق سماعه سألت أبا جعفر (ع) عن الرجل يموت و لم يحج حجه الاسلام و لم يوص بها و هو موسر فقال يحج عنه من صلب ماله (٤). و من غيرها أن حجه الاسلام تخرج من الأصل و لو لم يوص به مع العلم باشتغال ذمته و الأقوى كفايه الميقاتيه لا خصوص

ص: ٣٩

- 
- ١- (١) الوسائل كتاب الزكاه باب من كان عليه زكاه فأوصى بها و جب اخراجها من الأصل.
  - ٢- (٢) و به قالت الشافعيه و الحنابله خلافاً للحنفيه و المالكيه فقالوا انه مع الوصيه بها تخرج من الثلث لا من الأصل و مع عدمها تسقط بموته كما عن المغنى و البدايه و النهايه.
  - ٣- (٣) الوسائل كتاب الحج باب من مات و لم يحج حجه الاسلام، و كان مستطيعاً و جب ان يقضى عنه من اصل المال و ان لم يوص.
  - ٤- (٤) نفس المصدر.

البلديه لروايه حريز سألت أبا عبد الله (ع): عن رجل اعطى رجلا حجه يحج عنه من الكوفه فحج عنه من البصره قال (ع): لا بأس إذا قضى جميع المناسك فقد تم حجه (١). ضروره انه لو كان الطريق معتبرا لم ينف عنه البأس إلى غير ذلك من الأخبار الداله على ذلك و لو أوصى بها أى البلديه يخرج ما زاد على الميقات من الثلث إذ الواجب اتيان الحج من الميقات وطى المسافه و غيره من المقدمات فتخرج من الثلث إلا- إذا أوصى بمال معين يكفى للبلديه فتجب لا لأن البلديه هى الواجب بل لأنه وصيه بالمال فمع وفاء الثلث به يخرج المال كله و إلا توقف على اجازة الورثه، و اما لو لم يف الثلث بالبلديه مع الوصيه بها و لم تجز الورثه الزائد فتبطل بالنسبه الى الزائد فمع كفايته من الميقات يجب منه، و مع عدم الكفايه فيجب التصديق لروايه ابن أبى عمير عن زيد النرسى عن على بن مزيد صاحب السابري قال أوصى إلى رجل بتركته و أمرنى أن أحج بها عنه فنظرت فى ذلك فاذا هو شىء يسير لا يكفى للحج إلى ان قال فسألت أبا عبد الله (ع): فقال ما صنعت بها قلت تصدقت بها فقال (ع): ضمنت أو لا يكون يبلغ ما يحج به من مكه فان كان لا يبلغ ما يحج به من مكه فليس عليك ضمان (٢). و اما لو كان على الميت الحج و لم تكن تركته و افيه للحج من الميقات و لم يكن عليه دين فهو للورثه لعدم المانع من الميراث و لا يجب التصديق به لعدم شمول الخبر المتقدم له كما استظهر ذلك بعض المتأخرين فان المستفاد من الخبر انه فى مورد الوصيه بالمال المعين.

## فى الوصيه بالمال

ان الذى يظهر من الأخبار

ص: ٤٠

١- (١) الوسائل كتاب الحج باب ١٠ من اعطى مالا يحج به من بلد فحج به من آخر اجزأ من ابواب النيباه.

٢- (٢) الوسائل كتاب الوصايا باب ٨٦ من أوصى بمال فلم يبلغ ان يحج به من مكه.

ان الوصيه بالمال ان و في يجب أن يحج من المكان الذى يسعه المال لموثق عبد الله بن بكير عن ابى عبد الله (ع) انه سئل عن رجل اوصى بماله فى الحج فكان لا يبلغ ما يحج به من بلاده قال فيعطى بالموضع الذى يحج به عنه(١) و خبر محمد بن عبد الله قال سألت أبا الحسن الرضا (ع) عن الرجل يموت فيوصى بالحج من اين يحج عنه؟ قال على قدر ماله ان وسعه فمن منزله و ان لم يسعه ماله فمن الكوفه و ان لم يسعه من الكوفه فمن المدينه(٢) يدلان على وجوب الحج من المكان الذى يفى به المال الا انه يعارض ذلك بما ورد عن زكريا ابن آدم قال سألت أبا الحسن (ع) عن رجل مات و أوصى بحجه ايجوز ان يحج عنه من غير البلد الذى مات فيه؟ فقال اما ما كان دون الميقات فلا بأس(٣) و لكن لا- يخفى ان اطلاق خير زكريا بن آدم يقيد بما إذا كانت الوصيه بالحج بمقدار من المال فيجب الحج من المكان الذى يفى به المال و إلا فيجب الحج من الميقات، و الشاهد على ذلك خبرى ابى سعيد عن ابى عبد الله (ع) عن رجل اوصى بعشرين درهما فى حجه قال يحج بها عنه رجل من موضع بلغه(٤) و ابى بصير عن سألته قال قلت له رجل يوصى بعشرين دينارا فى حجه فقال يحج له رجل من حيث

ص: ٤١

١- (١) الوسائل. كتاب الحج باب (٢) ان من اوصى بحجه الاسلام بعد استقرارها.

٢- (٢) نفس المصدر.

٣- (٣) نفس المصدر.

٤- (٤) الوسائل كتاب الحج باب (٢) ان من اوصى بحجه الاسلام بعد استقرارها من ابواب النيايه.

يبلغه (١) فانهما كما ترى يدلان على ان فى خصوص الوصيه بالمال يجب الحج من الموضع الذى يفى به المال. و دعوى ان ذلك يدل على وجوب الحج البلدى مع وفاء المال و الا فمن الاقرب فالاقرب لعدم الفرق بين كون الوصيه بالمال المعين و عدمه و خصوص كون الوصيه بالمال لا يعارض الاخبار المطلقه لكونهما مثبتين و لا تنافى بينهما ممنوعه، إذ التعدى من مورد الوصيه الى غيرها لا- يتحقق الا بتتقيح المناط القطعى و هو ممنوع مع الاحتمال ان للمورد خصوصيه، كما ان دعوى انصراف اخبار الوصيه بالمال الى البلدى كما فى المدارك ممنوعه إذ لا فرق بين قول الموصى يحج عنى او قول الشارع حجوا عنه، فعليه الاقوى وجوب اخراج ثمن الحججه الميقاتيه من اصل المال ان كانت واجبه عليه و لا تجب البلديه كما هو مقتضى القاعده الاولى من عدم اشتغال ذمه الميت بثمان الطريق لخروجه عن مناسك الحج و لا- تجب البلديه حتى لو اوصى بمال زائد على ثمن الميقاتيه بنحو يفى الحج من البلد فيخرج ما اوصى به من المال و يحج عنه مطلقا من الميقات او من البلد و ان كان الاحوط ان يحج من بلد الذى مات فيه المنوب عنه ان وسع المال.

هذا كله فى الوصيه بمال يصرف بالحج، و اما إذا كانت الوصيه بالحج فان علم بكونه واجبا اخراج من اصل التركه و ان كان بعنوان الوصيه و دعوى كونه كذلك يقتضى الخروج من الثلث ممنوعه فان وجوب الاخراج إذا كان بعنوان الوصيه يخرج من الثلث، و اما الحج فوجوب اخراجه على كل حال وصى او لم يوص و لذا لم يكن الحج فى عرض غيره من الوصايا فانه لا يزاحمها فلو لم يسع الثلث لاتيان الحج و باقى

ص: ٤٢

---

١- (١) الوسائل كتاب الحج باب (٢) ان من اوصى بحجه الاسلام بعد استقرارها من ابواب النيباه.

الوصايا لا ينبغي القول في التوزيع لو لم يكن فيه الاهم، و مثل الحج

## اخراج الدين من الاصل

الدين فانه يخرج من اصل المال و سره ان المراد من الثلث هو ثلث ما تركه بعد اخراج الحج و الدين لا ثلث التركة لكي تقع المزاحمة بين الحج و الدين و باقى الوصايا لكي يلتزم بتوزيع الثلث لو لم يكن اهم فى البين. و دعوى ان الوصيه بالحج نافذه و لو كانت بأزيد من الثلث من غير حاجه الى اجازة الورثة بالنسبه الى ما زاد على الثلث استنادا الى ظاهر قوله فى موثق ابن بكير (فى رجل اوصى بماله) هو جميع ماله و ظاهر قوله فى خبر محمد بن عبد الله: (على قدر ماله) هو جميع ماله ممنوعه، اذ ذلك يتم بناء على كسر (اللام) فى ماله و اما لو قرىء بالفتح فيهما فلا يدل على ذلك، و مع هذا الاحتمال كيف تقيد الاخبار الداله على انه ليس للمرء إلا- ثلث ماله و ما زاد يحتاج الى امضاء الورثة، و لو سلمنا ان الظاهر هو قراءه اللام بالكسر الا- ان تلك الاخبار صريحه فى عدم تنفيذ الوصيه على ما زاد على الثلث فهى غير صالحه لتقييدها بمثل هذين الخبرين.

و يلحق بالديون جميع ما تشتغل الذمه به من الاموال كالمال الذى اقترضه و المبيع الذى باعه سلفا و ثمن ما اشتراه نسيئه و عوض المضمونات و اروش الجنائيات ورد المظالم و الكفارات الماليه كجمله من كفارات الاحرام و فديه الصيام و النذور الماليه لله تعالى و كندر الصدقه للاجماع على ان الواجبات الماليه تخرج من الأصل إذ مناط كونه واجبا ماليا هو اشتغال الذمه بالمال من غير فرق بين الواجبات الماليه لكونها حينئذ تكون من الديون فيجب اخراجها من الأصل. و اما الكفارات المخيره بين الاطعام و الصيام و النذور العباديه كما لو نذر ان يصوم أو يصلى فهل تلحق بالديون و سائر الحقوق الشرعيه الماليه كالزكاه و الخمس فتخرج

من الاصل أم لا، بل تخرج من الثلث مع الوصيه الظاهر خروجها من الثلث لأن الذمه لم تشتغل بالمال لكي تلحق بالديون.

و اما الحج النذرى فهل يلحق بحج الاستطاعه فيخرج من الاصل أم لا؟ قيل بالحاقه به لما يستفاد من الخبر المتقدم المشتمل على الوصيه بالحج إذ لا خصوصيه للوصيه بالحج مضافا الى كونه واجبا ماليا و الاجماع قائم على اخراج كل واجب مالى من الاصل و لكن لا يخفى ما فيه، اما عن الدليل الذى دل على خروجه من الاصل مخصوص بما أوصى به و حيث يعلم من الخارج ان لا خصوص للوصيه لذا التزم الاصحاب بالتعدى الى مطلق حجه الاسلام و لو كانت مندوره بناء على صحه نذر حجه الاسلام إذ النذر لا يزيد على اصل الوجوب لو لم يوجب تأكده و يدل على ذلك النصوص الوارده فى صحه اليمين على الواجب كما فى «الجواهر» فى كتاب النذر، و اما التعدى لمطلق الحج حتى الحج النذرى غير حجه الاسلام فمحل نظر و تأمل، و اما الاجماع على اخراج الحج مطلقا من الاصل كما ادعاه بعض المتأخرين فى فصل الوصيه بالحج بما لفظه: و لا فرق فى الخروج من الاصل بين حجه الاسلام و الحج النذرى و الافسادى لانه باقسامه واجب مالى، و اجماعهم قائم على خروج كل واجب مالى من الاصل. و يؤيد ذلك ما فى المدارك فانه قال بالنسبه الى وجوب قضاء الواجب النذرى من الحج قال ما لفظه:

فمقطوع به فى كلام اكثر الاصحاب و استدل عليه انه واجب مالى ثابت فى الذمه فيجب قضاؤه من اصل التركه و لكن لا يخفى ما فيه، اما الاجماع فغير معلوم ثبوته بل قيل باخراجه من الثلث كالشيخ فى كتبه الثلاثه و المحقق فى النافع، و حكى ذلك عن الصدوق عملا بصحيحته ضريس و ابن ابى يعفور و ان كان للمناقشه فيهما مجال مضافا الى ان

ثبوت القضاء بالنسبه الى النذر محل تأمل بل منع بناء على كون القضاء بامر جديد على ان كونه من الواجبات الماليه ممنوع لأن بذل المال بازائه لا يصيره واجبا ماليا و إلا لكان بقيه العبادات البدنيه من الماليه لبذل المال بازائها كتحصيل الماء و تحصيل السائر و المكان. و اما الحج الافسادى و الحج باليمين و العهد فالحاقها بالحج بالاستطاعه محل اشكال و نظر بعد ما عرفت ان الحج عبارته عن المناسك المخصوصه و ليس من الواجبات الماليه التى قام الاجماع على اخراجها من الاصل بجميع اقسامها. فالذى تحصل مما ذكرناه ان مطلق حجه الاسلام سواء كانت مندوره أو غير مندوره يجب اخراجها من الاصل للدليل الدال على ذلك المخصوص بالوصيه، و اما غيرها فمحل منع و تأمل ان لم يجمع على خروج مطلق الحج من الاصل. هذا كله فيما لو استقر عليه الحج و يعلم بعدم ادائه حتى الموت. و اما لو احتملناه فيستصحب الوجوب فيكون حاله ما لو علم بعدم الاداء و لا يحكم بالاداء لقاعده الصحه إذ هي انما تجرى فيما لو تلبس بعمل و شك فى صحته و فساده، و اما لو وقع الشك فى أصل الاتيان فليست قاعده الصحه تحرز الاتيان. نعم قاعدتا الشك بعد الوقت و التجاوز يثبتان الاتيان إلا انهما لا يجريان فى المقام كما حرر فى محله. و هكذا الكلام لو علم بوجوب القضاء من الصلاه و الصيام و شك فى الاتيان، و اما الزكاه و الخمس مع العلم بوجوبهما و شك فى ادائهما فمع وجود العين الزكويه و العين الذى تعلق بها الخمس فلا اشكال فى وجوب خروج زكاتها و خمسها على الورثه، و إما مع تلف العين الزكويه و المتعلقه للزكاه فمع الشك فى الاداء من العين الزكويه أو من غيرها فى حال وجود العين فحينئذ يشك فى اشتغال ذمه الميت فتجرى اصاله البراءه من تعلق الزكاه أو الخمس بدمه الميت بل

و استصحاب عدم اشتغال ذمه الميت فلا يجب اخراجهما على الورثه، و اما لو علم بعدم الاداء الى ان تلفت العين الزكويه فحينئذ نعلم باشتغال ذمه الميت بهما فمع شك الميت فى حال حياته يجرى الاستصحاب فى حقه فتشتغل ذمته فيجب على الوارث الوفاء فيكون حاله كما لو علم بعدم الاداء الى حين وفاته، و هكذا لو شك الوارث باداء الميت بعد اشتغال ذمته فان الوارث يجرى الاستصحاب فيجب عليه الوفاء بلا حاجه الى جريان الاستصحاب فى حق الميت حينئذ، كما انه لو لم يعلم بحال الميت من كونه شاكا أو متيقنا بعدم الأداء فمع علم الوارث بأن مورثه مشغول الذمه و شك الوارث بأن مورثه فرغ ذمته مما عليه من الحق فيجرى الوارث الاستصحاب و يجب عليه اخراج ما على مورثه من الحق الشرعى. و دعوى ان تكليف الوارث بالاخراج فرع تكليف الميت و ثبوته فرع شك الميت و اجراؤه الاستصحاب فى غير محله إذ مع شك الوارث يجرى الوارث الاستصحاب من دون حاجه الى شك الميت بل مع عدم العلم بشك الميت و الوارث و علم باشتغال ذمه الميت و شك الوارث فى الاداء يجب على الوارث الوفاء و يكون حاله حال من علم بنجاسه يده و هو نائم ثم احتمل انه طهرها فيجرى استصحاب نجاسه يده من غير فرق بين المقامين فما ذكره السيد (فى العروه) من الفرق بينهما فى غير محله.

### على الورثه ابراء ذمه الميت

و فى الوصيه بالحج فى كتاب الحج قال باعتبار شك الوارث و الوصى و الظاهر انه عدول عما ذكره فى كتاب الزكاه الا انه يشكل على الاستصحاب بان جريانه لا يثبت وجوب الموصى به كما لو اوصى باعطاء مقدار خاص من المال للفقراء و كان مقتضى الاستصحاب اشتغال ذمته بذاك المقدار من جهة الزكاه لا يثبت بذلك ان ما اوصى به هو



ذلك الواجب، و عليه المال الذى ثبت اشتغال الذمه به بالاستصحاب يخرج من الاصل و لا يعلم بثبوت وصيه بغير ذلك لكى يخرج من الثلث و الاصل عدمه و مقتضى استصحاب شغل الذمه بذلك المقدار يتحقق من غير فرق بين ما اذا اوصى به ام لم يوص فعليه يتعلق حق السديان بمقدار ما اشتغلت به ذمته بالمال و حينئذ يشكل على ذلك الامر فى كثير من الموارد لحصول العلم غالبا بان الميت مشغول الذمه بدين او خمس او زكاه او حج و نحو ذلك. قال السيد فى العروه الا ان يدفع بالحمل على الصحة، فان ظاهر حال المسلم الاتيان بما وجب عليه، و لكن لا- يخفى ان جريانها موقوف على صدور العمل فى الخارج و احرازه و هو على الفرض فى المقام مشكوك فيه، و اما استدلاله بظاهر حال المسلم عدم مخالفه التكليف فمحل نظر لمنع هذا الظهور فى اكثر المسلمين على انه لا يكون هذا الظهور حجه ما لم يحصل منه الاطمئنان. و بالجمله مع وجود العين و العلم بتعلق الزكاه و الخمس بها مع الشك بأدائها يجب اخراج الحق الشرعى منها على الورثه و مع تلف العين المتعلقة للزكاه و الخمس فان احتمل ان مورثه فى حال وجود العين أدى الزكاه منها أو من غيرها فلا- يجب على الورثه اخراج الزكاه و الخمس للشك فى اشتغال ذمه مورثه لجريان اصاله البراءه أو استصحاب عدم اشتغال الذمه بهما و استصحاب عدم اداء الميت لا يثبت اشتغال ذمته إذ من الممكن ان يكون تلف العين المتعلقة للحق لا على وجه الضمان، و اما لو علم ان تلف العين المتعلقة للحق أوجب اشتغال ذمه الميت فى حال حياته، بان تلفت على وجه الضمان و شك الوارث بادائه فمن الواضح جريان الاستصحاب فى حق الوارث و لا يلتفت الى ان الميت كان شاكا أم متيقنا بعدم الاداء بل لو لم يعلم بحاله يجرى الوارث الاستصحاب. اللهم

إلا أن يقال ان التعليل الوارد فى الروايات الداله على ان الدعوى على الميت اثباتها يحتاج الى بينه و يمين و هو قوله (ع): «لانا لا ندرى لعله قد وفاه»(1). فالمستفاد منه عدم جريان الاستصحاب و إلا لما احتاج الى اليمين فان البينه المثبتة لاشتغال ذمه الميت و عدم الوفاء يثبت بالاستصحاب فلا حاجة الى اليمين، فالشارع الغى الاستصحاب باليمين و لكن لا يخفى ان عموم هذا التعليل لم يلتزم به الاصحاب فى باب المرافعات و الدعاوى كمثلى الدعوى على الميت انه اوصى له بمال أو الدعوى ان الميت اوصى باشتغال ذمته بخمس أو زكاه أو مظالم أو نحو ذلك من الحقوق الشرعيه، أو الدعوى عليه بنكاح مستتبع للمال من طرف الارث أو الطلاق أو الرجوع، أو دعوى النسب المستتبع للارث الى غير ذلك من الاسباب التى توجب اشتغال ذمه الميت بالمال فانه يشكل الاعتماد على عموم التعليل فان الاصحاب لا يلتزمون باعتبار الحلف فى هذه الدعاوى و غيرها بل قد يقال بعدم الالتزام بالتعليل فيما لو علم الوارث للميت بالدين و احتمال الاداء فقد قيل بجريان الاستصحاب من دون حاجة الى الحلف اقتصارا على المتيقن من مورد التعليل و هو ما لو ثبت على الميت دين بالبينه و احتمال الوفاء فيحتاج الى يمين دفعا لهذا الاحتمال، و من هنا نجد السيد فى ملحقات العروه قد تردد فى ذلك فانه قال فى المسأله الثانيه عشر اذا علم وارث الميت بالدين الى ان قال: و اما اذا لم يعلم بقاؤه فهل هو كذلك باجراء الاستصحاب أم لا، إلا بالحلف عند الحاكم و جهان. و بالجمله عموم التعليل لا يلتزم به بالنسبه الى المرافعات فكيف لتسريته لغير المرافعات

ص: ٤٨

---

١- (١) الوسائل كتاب الفضاء باب ٤ ثبوت الحق على المنكر اذا لم يحلف من ابواب كيفيه الحكم و احكام الدعوى.

كما فى المقام فلا تغفل.

## الواجبات البدنيه

و اما الواجبات البدنيه ما عدا الحج كالصلاه و الصيام فهل يلحق بالواجبات المالىه فتعد من الديون و تخرج من الأصل أم لا؟  
قولان:

قيل بالأول و عليه جماعه و وافقهم على ذلك بعض من تأخر (كالسيد قدس سره فى العروه) استنادا الى قضيه الخثعميه لما سألت رسول الله صلى الله عليه و آله قالت له ان أبى أدركته فريضه الحج شيخا زمنا لا يستطيع ان يحج ان حججت عنه ينفعه ذلك؟ قال (ص) لها:

«أرأيت لو كان على أبيك دين ففضيته ينفعه ذلك؟ قالت نعم قال صلى الله عليه و آله: فدين الله أحق بالقضاء»<sup>(١)</sup> و روايه حماد عن أبى عبد الله (ع) فى اخباره عن لقمان: «و إذا جاء وقت الصلاه فلا تؤخر فى شىء صلها و استرح منها فانها دين»<sup>(٢)</sup> فيستفاد من ذلك ان العباده البدنيه من الديون لاطلاقه عليها لفظ الدين، و المستفاد من الأحقيه انها أولى من الدين و مقتضى ذلك انها تخرج من الأصل كما يخرج الدين منه و لكن لا يخفى ما فيه فان تنزيلها منزله الدين ليس لاجل ان تخرج من الأصل بل التنزيل ناظر الى وجوب الأداء فهى بمنزله الدين فى وجوب الأداء على ان الروايه ليست فى مقام الاخراج من الأصل لكى يكون التنزيل بذلك الاعتبار مضافا الى ان اطلاق الدين على العبادات ليس بنحو الحقيقه و انما هو بنحو الادعاء بخلاف

ص: ٤٩

---

١- (١) الخلاف كتاب الحج ص ١٥٦ الطبعه الأولى و فى المستدرک ج ٢ ص ٥ باب ١٨ من ابواب وجوب الحج و فى كنز العمال ص ٢٤ و ص ٢٧ من ج ٣.

٢- (٢) الوسائل باب ١٢ استحباب التطوع بالصلاه و الصوم و الحج و جميع العبادات عن الميت و وجوب قضاء الولى من ابواب قضاء الصلوات

اطلاق الدين على الواجبات الماليه فان اطلاقه عليها اطلاق حقيقى فلذا يتعلق بالذمه فى حال الحياه و بعد الوفاه حيث لا ذمه للميت فينتقل الى نفس أعيان الأموال و تستخرج تلك الماليه من نفس أعيان الأموال كما هو كذلك فى ديون الميت، و فى البدنيه كالصلاه و الصيام فالذمه انما تشتغل بنفس الافعال و الافعال لما لم تكن من الاموال فبعد الموت لا معنى لتعلقها بالأعيان الخارجيه المتروكه لعدم السنخيه بينها و بين الأعيان فلا يكون تنزيلها منزله الدين فى الخروج من الاعيان لكى تكون مثله فى الخروج من الاصل فلا بد من أن يراد انها مثل الدين فى المطلوبيه مع ان الروايه ضعيفه السند فخروج العبادات أى الواجبات البدنيه ما عدا الحج من الثلث هو الأقوى.

### الحج الندبى يخرج من الثلث

و اما الحج فان كان واجبا فقد عرفت انه يخرج من اصل المال و اما ان كان ندبا فيخرج من الثلث على المشهور بين الاصحاب بل عن جماعه الاجماع عليه، و لصحيحه معاويه ابن عمار فى رجل مات و اوصى بان يحج عنه فقال ان كان ضروره يحج عنه من وسط المال و ان كان غير ضروره فمن الثلث (١)، و عن سماعه سألته عن رجل اوصى عند موته ان يحج عنه فقال ان كان قد حج فليؤخذ من ثلثه و ان لم يكن قد حج فمن صلب ماله لا يجوز غيره (٢) و صحيح احمد بن محمد قال كتب احمد ابن اسحاق الى ابى الحسن ان دره بنت مقاتل توفيت الى ان قال فكتب عليه السلام بخطه ليس يجب لها فى تركتها الا الثلث و ان تفضلتم و كنتم الورثه كان جائزا لكم ان شاء الله (٣) الى

ص: ٥٠

١- (١) الوسائل كتاب الوصايا ج ٢ باب ٤١.

٢- (٢) نفس المصدر.

٣- (٣) الوسائل كتاب الوصايا ج ٢ باب ١١.

غير ذلك من الاخبار و قد عقد فى الوسائل بمضمون الحديث بابا واسعا فى كتاب الوصيه. و ان لم يعلم ان ما اوصى به احد الامرين فهل يخرج من الاصل او من الثلث، الذى يظهر من سيد الرياض قدس سره هو الأول استنادا الى قوله (ع): الرجل احق بماله ما دام فيه الروح ان اوصى به كله فهو جائز(١) بتقريب ان ما علم بكونه احدهما يخرج من الثلث فيبقى المشكوك داخلا تحت العموم، و لكن لا يخفى ان عمومات الوصيه قد خصصت بما دل على ان الوصيه بازيد من الثلث لا تنفذ الا باجازه الورثه على انه مع الشك يكون من التمسك بالعام فى الشبهه المصادقيه مضافا الى عدم عمل الاصحاب بذلك. و دعوى ان المراد بماله هو الثلث فى غير محله اذ هو خلاف الظاهر، كما ان جعل المقام من التعليق على امر وجودى لكى يحكم بعدمه حتى يثبت الأمر الوجودى محل نظر لعدم الحاجه الى ذلك اذ الشك فى المقام هو فى تحقق ما يوجب اشتغال ذمه الميت فيجرب استصحاب العدم فلا يجب على الوارث اخراجه من الاصل فيجوز للوارث التصرف فيما زاد على الثلث لانه من آثار عدم وجوب ما لو كان واجبا لزم اخراجه من الاصل. و عليه لا يقع الشك فى صحه تصرفات الوارث فيما زاد على الثلث بل يمكن ان يقال انه لا يثبت بذلك النديه لكى يخرج من الثلث إلا- على القول بحجيه الاصل المثبت اذ النديه من اللوازم العقليه لاصاله عدم الوجوب و قد ذكر فى محله عدم حجيه الاصل المثبت و لكن الانصاف انه لا يحتاج فى اخراج ما اوصى به من الثلث الى احراز عنوان النديه اذ يكفى فى خروج ما اوصى به من الثلث عدم وجوبه و الاستصحاب حاكم بذلك نعم لو كان له حاله سابقه بوجوب الحج على الميت و لم يعلم انه اتى به ام لا

ص: ٥١

الظاهر ان مقتضى الاستصحاب الوجوب اخراجه من الاصل.

## لو اختلف تقليد الميت مع الوارث

بقى الكلام فيما لو اختلف تقليد الميت مع الوارث أو الوصى فهل العبره بتقليد الميت أم لا-؟ الظاهر العبره بتقليد الوارث أو الوصى لما هو معلوم من ان التقليد ليس له موضوعيه و انما هو لأجل العمل فلو فرضنا ان الميت مقلد لمن يقول بكفايه الحج الميقاتي، و الوارث أو الوصى مقلد لمن لا يقول بكفايته بل لا بد من الحج البلدى فعليه يرى بمقتضى تقليدهما انه لا تبرأ ذمه الميت لو اتى به من الميقات فيجب على الوارث أو الوصى العمل على مقتضى تقليده، و مع اختلاف الورثه يعمل كل على تقليده لأنه كل له حجه. فعليه يجب العمل على مقتضاها نعم لو وقع النزاع بين الورثه يرجع الى الحاكم الشرعى كما لو اختلف تقليد الولد الأ-كبر مع الورثه فى الجبوه، و اما لو اختلف تقليد الوارث مع الميت فى أصل الوجوب مثلا كان الميت مقلدا لمن يقول بعدم اشتراط الرجوع الى كفايه فكان يجب الحج عليه و الوارث مقلد لمن يشترط ذلك فعليه لا يجب الحج على الميت أو بالعكس فذكر بعض من تأخر ان المدار على تقليد الميت و لكن لا يخفى ما فيه، فان التقليد لما كان طريقا لأداء الوظيفه الفعلية و ليس له موضوعيه فالعبره على تقليد الوصى أو الوارث من غير فرق بين الاختلاف فى أصل الوجوب أو انحاء الوجوب، الا ان ذلك فيما اذا لم يقيد اطلاق الوصيه ان يكون بنظر شخص خاص، و اما لو قيد فيجب العمل على نظره و ان كان الاحوط مراعاة كلا التقليدين خصوصا فيما لو اوصى باتيان فوائته. هذا كله فى الدين المستغرق و غيره. و مثل الدين «الوصيه» فانه قد وقع الكلام فيها انها تبقى على حكم مال الميت كما عليه الا-كثر أو لا-تبقى على حكم مال الميت فنقول: ان الوصيه بالنسبه الى التملكه لا اشكال

فى انتقالها الى ما أوصى اليه سواء كان شخصيا أو للنوع كالفقراء و السادات، و اما بالنسبه الى الجهات التى تصرف اليها الداخلة فى الوصيه العهديه فهى مصارف لتلك الجبهه و ليست باقيه على حكم مال الميت لما عرفت انه لا ذمه له. و على كل فالوصيه تخرج عن عنوان موضوع الارث الذى هو عنوان ما ترك، و يظهر ذلك من الأخبار ففى خبر محمد بن قيس قال أمير المؤمنين (ع): ان الدين قبل الوصيه ثم الوصيه على إثر الدين ثم الميراث بعد الوصيه (١)، و خبر السكونى (٢) «أول شىء يبدأ به من المال الكفن ثم الدين ثم الوصيه ثم الميراث» الى غير ذلك من الأخبار الداله على تقدم الوصيه على الميراث، بل يظهر من قوله تعالى: «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَ الْمُهَاجِرِينَ إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَىٰ أَوْلِيَاءِكُمْ مَعْرُوفًا» (٣) بناء على ان المراد من المعروف هو الوصيه فيكون مفاد هذه الآيه هو ان المال ينتقل للاقرب من الارحام إلا ان توصوا، فحينئذ لا ينتقل ما اوصى به الى الوارث على نحو الاجمال و تفصيل ذلك من الاخبار و على كل يستفاد من الأدله ان جواز التصرف معلق على تنفيذ الوصيه كما كان معلقا على اداء الدين كما هو ظاهر قوله تعالى: «مَنْ بَعْدَ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ» و اما كون المال بقاءه فى الوصيه و الدين على حكم مال الميت فقد عرفت ان استفادته من الاخبار محل نظر و ان قيل به لظاهر قوله عليه السلام فى مصححه عباد بن صهيب المتقدمه لو كان عليه ليس للورثه شىء حتى يؤدوا

ص: ٥٣

- 
- ١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٢٨ انه يجب الابتداء من التركة بعد الكفن بالدين ثم الوصيه ثم الميراث.
  - ٢- (٢) نفس المصدر.
  - ٣- (٣) الاحزاب آيه ٦.

بتقريب ان ظاهر نفى الشىء هو نفى ملكيه الورثه لا- نفى التصرف إلا- انك قد عرفت ان الاخبار لا يستفاد منها ذلك و انما يستفاد عدم جواز تصرف الورثه الا بعد اداء الدين. و بالجمله تقدم الوصيه على الميراث مما لا اشكال فيه. و من هنا قدمنا البحث فى الوصيه على الميراث فانه بالوصيه يخرج عن موضوع الميراث الذى هو عنوان ما ترك و انما تتحقق ملكيه الوارث لما هو مملوك لمورثه الى حين الموت فبالموت تنقطع ملكيه الشخص إلا- ما قام الدليل على ترتب آثار الملكيه عليه بالخصوص كالديه فى الخطأ و كذا العمد اذا صالح عليه أولياء الميت، و كذا اذا نصب شبكه فى حياته فوقع فيها صيد بعد وفاته فان هذه الامور تنضم الى التركة و تخرج ديون الميت و يصح بها الايضاء و يخرج الثلث منها اما فى الأخير فلتقدم السبب فيها حال الحياه مثل الشبكه المنصوبه للاصطياد فى حال الحياه، و اما فى الديه على المشهور بين الاصحاب بل كاد ان يكون اجماعا هو جعلها مثل المتروك مضافا الى بعض الروايات الداله على اخراج الدين من الديه كروايه عبد الحميد عن ابى الحسن الرضا عليه السلام عن رجل قتل و عليه دين و أخذ أهله الديه من قاتله عليهم ان يقضوا الدين قال (ع): نعم، قلت و هو لم يترك شيئا قال اما اذا اخذوا الديه فعليهم ان يقضوا الدين(١)، و بهذا المضمون خبر يحيى الأزرق عن ابى الحسن (ع) الى ان قال انما أخذوا الديه فعليهم ان يقضوا دينه(٢)، و يتم بالنسبه الى وصاياه لعدم القول بالفرق بين الدين و الوصايا كما ان أخبارا داله على استخراج الوصايا من ديته مع الخطأ كروايه محمد بن قيس عن ابى جعفر عليه السلام: قال

ص: ٥٤

- 
- ١- (١) الوسائل كتاب الدين باب وجوب قضاء دين القتيل من ديته
  - ٢- (٢) نفس المصدر باب ٢٤ من كتاب الدين من الوسائل.



قضى أمير المؤمنين (ع) في رجل أوصى لرجل في وصيه الى ان قال ثم قتل بعد ذلك الموصى فودى فقضى (ع) في وصيته انها تنفذ في ماله و من ديته كما أوصى(١). و في روايته الاخرى عن ابي جعفر (ع) الى ان قال تجاز لهذه الوصيه من ماله و من ديته(٢).

و عليه يخرج الثلث مما ملكه بعد الوفاه بل و بعد قسمه التركة التي كانت في حال الحياه فلا يعتبر في تقدير الثلث وقت الوفاه كما يقول الشافعيه او عند قسمه التركة كما تقوله الحنفيه و بعض المالكيه و الحنابله.

## في القتل العمدى

و اما القتل عمدافى خبر ابي بصير عن ابي الحسن موسى ابن جعفر (ع) قال فان هو قتل عمدا و صالح أولياءه قاتله على الدية فعلى من الدين على اوليائه من الدية أو على امام المسلمين؟ فقال بل يؤدوا دينه من ديته التي صالحوا عليها أولياءه فانه أحق بديته من غيره(٣) مضافا الى ان الدية بدل النفس المضمونه على من أتلّفها. هذا كله إذا صالح عليها أولياءه، و اما مع عدم المصالحة و مات القاتل بعد هربه تكون الدية من ماله ان كان له مال و إلا فمن الأقرب فالأقرب، و مع عدم القرابه أداه الامام للاجماع بقسميه و للروايات الكثيره قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قتل رجلا متعمدا ثم هرب القاتل فلم يقدر عليه

ص: ٥٥

- 
- ١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٤ من اوصى بثلث ماله ثم قتل دخل ثلث ديته ايضا.
  - ٢- (٢) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٤ من اوصى بثلث ماله ثم قتل دخل ثلث ديته ايضا.
  - ٣- (٣) الوسائل كتاب القصاص باب ٥٢ حكم من قتل و عليه دين و ليس له مال الا ان الروايه عن عين ابن حمزه و هكذا فى الفقيه و التهذيب و فى الوافى بطريقه عن على ابن حمزه عن ابي بصير.

قال: ان كان له مال اخذت الدية من ماله و إلا- فمن الأقرب فالأقرب فان لم يكن له قرابه اداه الامام فانه لا يطل دم امرىء مسلم(١).

الى غير ذلك من الأخبار. و اما لو لم يهرب القاتل بل وقع عند أولياء المقتول فخلصوه جماعه فمات بعد ذلك فالديه على منخلصه لصحيح حريز عن الصادق (ع) عن رجل قتل رجلا- عمدا فرفع الى الوالى فدفعه الى أولياء المقتول فوثب عليه قوم فخلصوه من أيديهم فقال:

أرى ان يحبس الذين خلصوا القاتل من أيدي الأولياء حتى يأتوا بالقاتل، قيل فان مات القاتل و هم فى سجن؟ قال فان مات فعليهم الدية(٢). و اما اذا لم يهرب و سلم نفسه و لم يكن من قبله تقصير بل تسامح أولياء المقتول من ان يقتصوا أو يحذروا من قتله فلو مات و الحال هذه سقط القصاص قطعا، و اما الدية فالظاهر سقوطها وفاقا للمشهور، و لا عموم للتعليل أى قوله لا يطل دم امرىء مسلم مضافا الى ان الدية لا تجب إلا صلحا و الاصل عدم وجوبها، و قياسه على الهارب قياس مع الفارق مضافا الى انه قبل موته ليس إلا القصاص و قد انتفى فثبوت الدية يحتاج الى دليل فاذا الاقوى انه لا ديه عليه.

ص: ٥٦

---

١- (١) الوسائل كتاب الديات باب حكم القاتل عمدا اذا هرب.

٢- (٢) الوسائل كتاب القصاص باب حكم من خلص القاتل من يد الوالى.

ثم انك قد عرفت ان موضوع الارث هو عنوان ما ترك الميت و ذلك فيما إذا كان مالكا له فى حياته ملكا شرعيا فما ليس كذلك لا يدخل تحت ذلك العنوان كما شاع فى الوقت الحاضر بالسرقفليه(1) و العرف يرونها من الأموال و من الاملاك العائده للشخص و ذلك غير صحيح شرعا إذ لا مجال لتصحيح اخذ المستأجر إلقديم مقدارا من المال من المستأجر الجديد يتنازل عن إشغال المحل لعدم ثبوت حق للقديم فى المحل لكى يقابل به المال و دعوى كون ذلك من الشرط الضمنى بتقريب انه قد جرت العاده فى هذا العصر على أن من استأجر محلا من مالك لا يخرجها الا برضاء المستأجر و لا يتخلف المالك من عقد الايجار معه بعد انتهاء مده الايجار فيكون حقا من حقوق المستأجر قابلا لنقله الى الغير بصلح و نحوه لصيرورته بذلك مالا عرفا فيدخل تحت عنوان ما ترك فلذا يورثونه ممنوعه إذ ذلك لا يوجب اثبات حق للمستأجر بنحو يصلح تنازله للغير و إن كان بحسب العاده ان المالك يلاحظ الا سبقه و لا يتصدى لاجراجه ما دام لا يخالف شروط

ص: ٥٧

---

١- (١) و هى كلمه فارسىه معربها التخليه و هى عباره عن تنازل المستأجر الأول عما تحت يده من ايجار المحل الذى يشغله للآخر بمقدار من المال يتفق عليه الطرفان.





كما انه يستفاد من الآيات و الأخبار إن ما كان للميت من مال فهو لو ارثه بنحو الملكيه المطلقه فيخرج من ذلك الاراضى الخراجيه (١) لعدم ملكيتها أصلا و إنما آثارها مملوكه للاجماع بقسميه و للاخبار الداله على عدم جواز شراء أرض الخراج كصحيحه الحلبي عن السواد ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم و لمن يدخل في الاسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد. فقلنا الشراء من الدهافين؟ قال:

لا يصلح إلا ان يشتري منهم على ان يجعلها للمسلمين فان شاء ولى

ص: ٦٠

---

١- (١) جمع ارض على اراضى على غير القياس لان فعل لا- يجمع على فعالي قال فى القاموس فى باب الضاد فصل الهمزه ارضات و اروض و ارضون و اراض و الاراضى غير قياسى.

الأمر ان يأخذها قلنا فان أخذها منه قال يرد اليه رأس ماله و له ما اكل منها(١) و منها صحيحه ابن الربيع الشامى لا تشتروا من ارض السواد الى ان قال فانها فيء للمسلمين(٢) الى غير ذلك من الأخبار

ص:٦١

- 
- ١- (١) التهذيب ج ٧ كتاب التجاره باب ١١ احكام الارضين تسلسل ٦٥٢ و فى آخرها و له ما اكل من غلتها بما عمل.
- ٢- (٢) التهذيب باب ١١ احكام الارضين (٦٥٢) عن ابى الربيع الشامى عن ابى عبد الله (ع) قال لا تشر من ارض السواد شبا الا ممن كانت له ذمه فانما هو فيء للمسلمين.







يتحقق في الملك فمن ذلك يظهر ان القول بجواز الشراء الدال على ملكيه ارض الخراج ضعيف كما ان القول بملكيه الأرض  
تبعاً للآثار

ص: ٦٤

جمعاً بين الأخبار الممانعه و بين الأخبار المجرزه للشراء ضعيف ايضاً لعدم ثبوت. الملكيه الموقته نعم لا مانع من دعوى حق  
الاختصاص فى الارض

ص: ٦٥

المشغوله بالآثار. فظهر مما ذكرنا ان القول بعدم ملكيه رقبه ارض الخراج هو الأقوى و عليه يشكل الأمر بالنسبه الى اراض  
المساجد

ص: ٦٦

و الاوقاف فى العراق بعد زوال الآثار و لكنه يسهل الخطب ان هذا الحكم فى العامر حال الفتح. و اما الموات حال الفتح فهى  
للامام عليه السلام و قد اباحها فى زمان الغيبه لمن احيها و حيث ان كل قطعه من ارض الخراج غير معلومه انها معموره حال  
الفتح فيحكم لمن هى

ص: ٦٧

فى ىده لقاعده الىء فىءكم بىقاء الوقف مع زوال الآءار و لأجل ذلك ءرت السىره على ءربء اءكام الملكىه و الوقفىه مع زوال الآءار على الارض ءىء كانء مشؒوله بها. هءا كله بالنسبه الى رقبه ارض الخراج و اما ما يأءذه السلطان باسم الخراج و المقاسمه و باسم الزكاه و ما يؤءء من ذلك من ءوائء. أو البىع و الشراء فلا اشكال فى براءه ذمه المءقبل

ص: ٤٨

منه بدفع القبالة اليه للاجماع بقسميه. بل يظهر من الاخبار المعتبره الداله على صحه التقبل منه و انه تبرأ ذمه المتقبل من الحاكم بدفع القبالة اليه كصحيحه الحلبي عن ابي عبد الله (ع) «لا بأس بأن يتقبل

ص: ٦٩

الارض من السلطان»(١) و عن مزارعه أهل الخراج بالربع و النصف و الثلث قال: «نعم لا بأس به»(٢) و صحيحه محمد بن مسلم  
«كل ارض دفعها اليك سلطان فعليك فيما أخرج الله منها الذي قاطعك

ص: ٧٠

- 
- ١- (١) في المكاسب المحرمه ذكرها عامه الفقهاء و الشيخ الانصارى في مكاسبه المحرمه فى باب جوائز السلطان،  
٢- (٢) فى التهذيب كتاب التجاره باب المزارعه حديث رقم ٨٨ طبع النجف.



عليه«(١) الى غير ذلك من الأخبار الداله على صحه التقبيل الموجب للانتقال الى المتقبل و دخوله فى ملكه الكاشف عن صحه تصرفات الحاكم

ص:٧١

---

١- (١) ذكره الشيخ الانصارى فى مكاسبه المحرمه فى باب جوائز السلطان.

و ذلك بامضاء تلك التصرفات من الشارع و الظاهر أن امضاءه على نحو القضييه الحقيقيه فتصح حينئذ بالنسبه الى زمان الغيبه، و اما لو كان بنحو القضييه الخارجيه فتحتاج صحه تلك الامور الى امضاء من الحاكم الشرعي بناء على ثبوت الولاية العامه له كما لا يبعد ان يستفاد ذلك

ص: ٧٢

من قوله (ع): «مجارى الأمور بيد العلماء» و «العلماء ورثه الأنبياء» فان هذه الأمور مما يرجع اليه عامه الناس. و بما ذكرنا

ص: ٧٣

من الاخبار الداله على صحه تلك التصرفات تخرج عن القاعده من وجوب دفع ما عليه من القباله لمن يستحق القبض و هو الامام العادل فى زمان الحضور والى نائبه فى زمان الغيبه، ولذا يجب الاقتصار فى

ص: ٧٤

حل ذلك من السلطان على القدر المتيقن و هو المخالف المدعى للخلافه و كيف كان فيجوز لكل احد ان يتقبل الأراضى  
الزراعيه و يضمناها من

ص: ٧٥

الحكومه بشيء، و ينتفع بها بزراع و غيره مع شرائط مخصوصه بضريبه

ص: ٧٦

مقرره من الحكومه و يجوز ذلك لنفسه كما يجوز ان يتقبلها و يضمناها من الحكومه لغيره كما هي عاده الشيوخ و القبائل ان يتقبلوا من الحكومه ثم يقبلونها لاشخاص بتلك الضريبه أو بأزيد منها، و هذه الاراضى بهذا النحو ليست مملوكه لمن يأخذها من الحكومه فلا تمليك و لا تملك لكى تورث و إنما هو تفويض من الحكومه و تسمى فى العصر الحاضر بالأراضى المفوضه إلا ان الشأن فى ان المستفاد من الأخبار ان لكل من هو امير له هذا التفويض او خصوص من يدعى الخلافه؟ الظاهر هو الثانى، إذ ليس فى الاخبار اطلاق شامل لكل امير و لو لم يدع الخلافه و ان اعترف بعض الاعاظم قدس سره فى درسه إلا انه ادعى انصراف الأخبار الى السلطان الذى يرى نفسه مستحقا للخلافه و لذا قال (قدس سره) مقتضى الاحتياط عدم جواز الأخذ ممن لا يرى نفسه مستحقا للخلافه أو كانت سلطنته باستظهار غير المسلم. و اما بالنسبه الى بقاء تلك الشروط على تقدير صحتها فهل هي باقيه بعد زوال تلك الدوله؟ قيل ببقائها استصحابا لصحتها و هو فى محل المنع اذ صحتها ما دامت تلك الدوله باقيه فمع زوالها و حلول دوله اخرى محلها ترتفع صحتها و ليس المقام من استصحاب حكم المخصص (١) بل المقام من التمسك بالعام لعدم شمول العام له من اول الأمر. هذا كله فيما لو كان عدم الاندراج تحت عنوان ما ترك الذى هو موضوع الإرث لفقد المقتضى.

و اما لو كان عدم الاندراج لوجود المانع فنقول موانع الارث أمور:

### المانع الأول الكفر

الأول الكفر، فانه لا يرث الكافر من المسلم و المسلم يرث من الكافر للاجماع بقسميه مضافا الى النصوص الداله على ذلك كخبر أبي ولاد قال سمعت أبا عبد الله (ع) يقول المسلم يرث امرأته الذميه و هي لا ترثه (١)، و خبر الحسن بن صالح عن أبي عبد الله (ع) قال المسلم يحجب الكافر و يرثه و الكافر لا يحجب المسلم و لا يرثه ٢ و خبر ابي خديجه عن ابي عبد الله (ع) قال لا يرث الكافر المسلم و للمسلم أن يرث الكافر إلا أن يكون المسلم قد اوصى للكافر بشيء ٣

---

١- (٣ و ٢ و ١) الوسائل كتاب الموارث باب ١ ان الكافر لا يرث المسلم، و المسلم يرث المسلم و الكافر.



الى غير ذلك من اخبار الباب خلافا للعامه حيث منع التوارث بينهما تمسكا بحديث لا توارث بين أهل ملتين (١) و لكن لا يخفى ما فيه لما عرفت من الأخبار السابقه مع انه يحمل الحديث المذكور على نفي التوارث من الطرفين و يشهد لذلك ما ورد في خبر عبد الرحمن بن اعين عن أبي عبد الله (ع) قال أهل ملتين لا يتوارثان فنحن نرثهم و لا يرثونا. ان الله عز و جل لم يزدنا في

ص: ٧٩

---

١- (١) الوسائل كتاب الموارث باب ١ ان الكافر لا يرث المسلم و المسلم يرث المسلم و الكافر.

الإسلام إلا عزاء(1)، و خبر أبي العباس قال سمعت أبا عبد الله (ع) يقول: لا يتوارث أهل ملتين يرث هذا هذا و يرث هذا هذا إلا ان المسلم يرث الكافر و الكافر لا يرث المسلم(2) الى غير ذلك من الاخبار.

و اما الامام فلا يرث من الكافر و إلا لا تمنع التوارث بين الكفار

نعم فى خصوص ما لو اسلم عبد الكافر فانه يجبر على البيع فلو لم يبعه و مات الكافر فقد احتتمل الشيخ الانصارى (قده) فى مكاسبه بانتقال العبد المسلم الى الامام، إذ ذلك مقتضى الجمع بين أدله الارث و بين أدله منع تملك الكافر للمسلم، و لكن لا يخفى ان أدله المنع لو دلت تكون حاكمه على عمومات الارث و ذلك يقتضى انه بمجرد اسلامه ينعقد إلا أن دلالتها على منع التملك محل نظر حيث ان المستفاد منها نفي السلطنة و لا ملازمه بين نفي السلطنة و نفي التملك كما هو مفاد المروى عن امير المؤمنين (ع) فى عبد كافر اسلم فقال (ع): (اذهبوا فبيعوه من المسلمين و ادفعوا ثمنه الى صاحبه و لا تقروه عنده)(3) فالنهي إنما ورد على البقاء لا على التملك، فلذا الحق انه يتملك الكافر الآخر الوارث و لا يجبر على بيعه اذ أدله نفي السبيل تمنع تملك الكافر للمسلم اختيارا. و اما التملك القهرى كما هو المفروض فى المقام فليست مانعه فلذا لا محذور فيه. و كيف كان فالكافر يرث من الكافر و لا يكون ميراثه للامام (ع) الا المرتد فميراثه مع عدم المسلم الوارث للامام.

ص: ٨٠

- 
- ١- (١) الوسائل كتاب الموارث باب ١ ان الكافر لا يرث المسلم و المسلم يرث المسلم و الكافر.
  - ٢- (٢) نفس المصدر.
  - ٣- (٣) مكاسب الشيخ الأنصارى فى البيع فى مسأله عدم صحه نقل العبد المسلم الى الكافر.

و هل يحجب الزوجه عما زاد عن ثمنها ولدها الكافر فلا تستحق الربع ام لا؟ الظاهر انها تستحق نصيبها الأعلى و يفرض الولد كأن لم يكن فلا يحجبها وفاقا لمعظم الأصحاب كما انه ليس عليها رد في مفروض المسأله لعدم الرد عليها مع كون الامام وارثا كما سيأتى.

فدعوى ان الرد المنفى فى غير هذا المقام ممنوعه لعموم ادله عدم الرد عليها. و اما الكفار فيتوارثون بعضهم من بعض ما لم يكن لهم وارث مسلم غير الامام فيرث الذمى باصنافه الحربى باصنافه. و ما ورد من أن أهل ملتين لا يتوارثان المراد منه مله الكفر و مله الاسلام و إلا- الكفر مله واحده كما ورد فى الأخبار و انما قيدنا غير الامام هو انه لو كان الامام هو الوارث لم يبق محل لتوارث الكفار بعضهم من بعض مع انه لا اشكال فى توارث الكفار بعضهم من بعض فيما إذا لم يكن الوارث مسلما فى طبقات الميراث.

و لا- بأس بالتنبيه على امور الاول الكافر و هو المنكر للتوحيد و لنبوه نبينا محمد (ص) سواء كان من أهل الكتاب كالنصارى و اليهود أم غيرهما و اما المرتد سواء كان مليا أم فطريا فهو من الكفار. و المراد بالملى ما كان أبواه كافرين ثم اسلم ثم عاد الى الكفر، و الفطرى ما عقد و تكون من نطفه و كان أبواه مسلمين أو أحدهما مسلما فهو مسلم ثم ارتد فيكون مرتدا فطريا.

### اولاد الكفار يتبعون آباءهم

الثانى اولاد الكفار يتبعون آباءهم كما ان اولاد المسلمين يتبعون آباءهم بل لو كان أحد ابويه مسلما يتبع اشرف الابوين و لذا تدفن الذميه الحامله من مسلم فى مقابر المسلمين مستدبره للقبلة رعايه لاستقبال

حملها(١) ، و لو لا-الحكم باسلام الحمل لما دفنت في مقابر المسلمين مستدبره للقبلة لاستقبال حملها. و هذا كاف في تبعيه الولد لاشرف الأبوين من غير حاجه الى دليل مضافا الى الاجماع المحكيه في المبسوط مره و نفي الخلاف اخرى بل يحكم باسلام من كان حين العلوق احد ابويه مسلما فلو بلغ الولد و ارتد يعد مرتدا فطريا. و يظهر ذلك من كلمات القوم و من دفن الذميه الحامله من المسلم. و اما تبعيه اولاد الكفار لأبائهم في الكفر و النجاسه فللاجماع بقسميه محصل و منقول كما عن الجواهر و الوسائل مضافا الى صحيحه ابن سنان عن اولاد المشركين يموتون قبل ان يبلغ الحنث فقال كفار و الله اعلم بما كانوا عاملين يدخلون مدخل آبائهم(٢) و خبر وهب بن وهب عن جعفر بن محمد عليه السلام قال: اولاد المشركين مع آبائهم في النار و اولاد المسلمين مع آبائهم في الجنة(٣). و في حديث (فاما اطفال المؤمنين فانهم يلحقون بأبائهم و اولاد المشركين يلحقون بأبائهم)(٤) و هو قول الله عز و جل: (وَ الَّذِينَ آمَنُوا وَ اتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ) الآية(٥).

اقول: هذه الروايات تثبت التبعية في الآخرة و لا بد من حمل مضمونها على ما لا يخالف قواعد العدليه. و اما الاجماع فيمكن منعه لما يظهر من الكفايه حيث قال انه المشهور، و في نهايه الأحكام ان

ص: ٨٢

- 
- ١- (١) الخلاف كتاب الجنائز ج ١ مسأله ٩٢ ص ١١١ طبعه طهران.
  - ٢- (٢) الفقيه ١٥١ ج ٢ و في البحار ج ٥ ص ٢٥٢ طبعه طهران.
  - ٣- (٣) البحار ج ٥ ص ٢٩٤ طبعه طهران.
  - ٤- (٤) فروع الكافي باب الاطفال من كتاب الجنائز الحديث ٣.
  - ٥- (٥) سوره الطور آيه ١٣.

الأقرب تبعيه اولاد الكفار لهم فانه يؤذن بالخلاف و قد يستدل للنجاسه بقوله تعالى: (وَ لَا يَلِدُوا إِلَّا فَاكِرًا كَفَّارًا) (١) و بأن الكفر و الاسلام من قبيل العدم و الملكه حيث ان الكفر هو عدم الاسلام ممن شأنه الاسلام فيشمل ولد الكافر و باطلاقات ادله الكفر الشامله لغير البالغ كمثله خبر حفص ابن غياث سألت ابا عبد الله (ع) عن الرجل من اهل الحرب اذا اسلم في دار الحرب فظهر عليه المسلمون بعد ذلك.

فقال (ع): (اسلامه اسلام لنفسه و لولده الصغار و هم احرار و ولده و متاعه و رقيقه له، فاما الولد الكبار فهم فيء للمسلمين إلا ان يكونوا اسلموا قبل ذلك) (٢)، و لكن لا يخفى انه يمكن الخدشه في ذلك اما الآيه فهي اجنبية عن المقام اذ الظاهر منها انها في مقام الاخبار بانه سيكون كافرا عند بلوغه بل دلالتها على عكس المطلوب اولى لما عرفت انها متعرضه لما بعد البلوغ لا قبله، و اما ان الكفر و الاسلام من قبيل العدم و الملكه ففيه منع ظاهر اذ يستفاد من قوله (ص):

(ان كل مولود يولد على الفطره إلا ان يكون ابواه يهودانه و ينصرانه) (٣) انهما من قبيل الضدين مضافا الى ان ذلك لو سلم لا يتحقق إلا في المميز و اما الرضيع و نحوه لا يتأتى ذلك، على انه يمكن ان يقال ان الاسلام هو عدم الكفر لا العكس. و اما اطلاق خبر حفص ابن غياث فشموله لغير المميز محل نظر لكون دلالة على تبعيه ولد الكافر له انما هو بالمقاييسه مع امكان التفكيك بينهما بدعوى ان ولد المسلم تابع لوالده

ص: ٨٣

١- (١) سورة يوسف آيه ٢٧.

٢- (٢) الوسائل باب ٤٣ من ابواب جهاد العدو حديث ١.

٣- (٣) البحار ج ٢ باب ١١ ص ٨٧ عن الغوالي و عن الغرر و الدرر للسيد المرتضى بهذا النص.

دون ولد الكافر باعتبار شرف الاسلام كما هو كذلك بالنسبه لما تولد بين مختلفين و لكن الانصاف ان ما عدى الاجماع من أدله التبعية محل نظر و اما الاجماع فلا يبعد الالتزام به.

و دعوى ان حديث رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم<sup>(١)</sup> برفع التبعية فى غير محلها لما هو محرر فى محله انها فى مقام رفع المؤاخذة و ليست فى مقام رفع الحكم الوضعى كالنجاسه مثلا، كما يمكن دعوى ذلك فى حديث رفع عن امتى تسعه اشياء لاختلاف لسان الحديثين اذ المراد من القلم فى الأول السيئات و ليس متعرضا للحكم التكليفى او الوضعى بخلاف الثانى فان المرفوع نفس الفعل، و يمكن دعوى بانه يرفع الحكم التكليفى و الوضعى. ثم إنه بناء على نجاسته من حيث التبعية لا يفرق بين أن يكون من حلال او من الزنا و لو فى مذهبه لإطلاق معاهد الاجماع و ان منع اطلاق الاجماع فى الجواهر قال ما نصه: (و قد يمنع الاجماع المزبور فى المتولد منهما بغير النكاح الصحيح فى حقه اقتصارا على المتيقن منه فى قطع الأصول و العمومات فانه محل نظر كما ذكره اخيرا. و دعوى ان نفى الولديه فى الزنا يوجب عدم اللاحاق فى غير محلها، إذ الاستفادة من ادله نفى الولديه هو نفيه فى موارد خاصه كالتوارث و نحوه و فى غيرها فالمرجع الى اطلاق حكم الولد، و لذا يقوى ان المتولد من الزنا من كافرين يلحق بهما فيحكم بنجاسه المتولد منهما لكونه ولدا حقيقه. هذا فيما اذا لم يكن احد الابوين مسلما، و اما لو كان احدهما مسلما فالولد تابع له لصدق تبعيته للمسلم فيدخل تحت قوله (ع) اسلامه اسلام لنفسه

ص: ٨٤

---

١- (١) البحار ج ١٤ ص ٨٢ عن معانى الاخبار.

و لولده الصغار و فحوى ما دل على تبعيه الولد لأشرف ابويه فى الحريه و منه يستفاد تبعيه الولد المسلم من احد الابوين إذ الكافر فى معرض الرقيه مضافا الى الاجماع على تبعيته لأشرف الابوين من غير فرق بين ان يكون عن نكاح صحيح او زنا لإطلاق معاهد الاجماع و لكون المتولد من الزنا من مائه و لا ينافيه نفيه عنه شرعا، اذ الظاهر من من النفى نفى ما كان فى اثباته امتنان على ولد الزنا كالتوريث و نحوه فينتفى بدليل نفيه دون ما كان الامتنان فى نفيه عنه كالحكم بالنجاسه حيث ان رفعها موجب للامتنان دون اثباتها هذا مما لا- إشكال فيه فيما لو كان الزنا من الطرفين او الزنا من الكافر دون المسلم، و انما الإشكال ما لو انعكس الامر فهل يلحق بالمسلم أولا؟ قال السيد فى العروه ما نصه: (و لو كان احد الابوين مسلما فالولد تابع له إذا لم يكن عن زنا بل مطلقا على وجه مطابق لأصل الطهاره) و الظاهر ان مراده انحصار دليل نجاسه ولد الكافر بالاجماع و هو دليل لبي يؤخذ فيه بالقدر المتيقن و هو مورد الكفر من الطرفين، و مع اسلام احد الطرفين يخرج عن الاجماع المذكور و لو كان الزنا من طرف المسلم فيكون مجال لجريان اصله الطهاره على ان اطلاق معاهد الاجماع على تبعيه الولد لأشرف الابوين الحكم بالطهاره و لكن خالف فى ذلك كاشف الغطاء (قده) فقوى الحاقه بالكافر و تبعه بعض الاعاظم فى حاشيته على العروه و لكن لا يخفى ان اطلاق معاهد الاجماع - و عدم تفصيل اكثر من تعرض لهذه المسأله - الحكم بطهارته كما نسب فى شرح المفاتيح الى الاصحاب (انه اذا كان احد والدى الولد مسلما حكم بطهارته) قال فى الجواهر (كما يمنع الاجماع التبعيه فيما كما لو كان احد ابويه مسلما لتبعيه الاشراف حينئذ بل فى شرح الاستاذ انه الظاهر منهم للأصل و غيره من الاجماع و غيره)

و دعوى ان ولد الزنا من المسلمين محكوم بالكفر كما عن الصدوق و المرتضى و الحلى قدس الله اسرارهم للنصوص الكثيره كمرسله الوشا انه (ع) كره سؤر ولد الزنا و اليهودى و النصرانى و المشرك (١) و فى بعض الروايات انه رجس (٢) و انه شر (٣) و انه لا- خير فيه (٤) و ان لبن اليهوديه و النصرانيه و المجوسيه احب اللى من لبن الزنا (٥) ممنوعه إذ الظاهر من الأخبار الخبث الباطنى لا- النجاسه الباطنيه كما يستفاد من قوله شرهم و انه لا يطهر الى سبعة آباء (٦) ، و لذا يقوى القول بالطهاره كما هو المشهور بين الاصحاب بل قام الاجماع على طهارته و اسلامه و عليه المتأخرون جلهم، و كما هو مقتضى الاصول و القواعد و الاخبار و ليس فى قبال ذلك إلا اخبار يستفاد منها الخبث الباطنى غير المنافى لظاهر الاسلام كما لا يخفى. و اما استصحاب نجاسه الولد قبل و لوج الروح ففيه ما لا يخفى.

### المرتد الفطرى و الملى

الثالث المرتد سواء كان فطريا أم مليا اذا لم يكن وارث مسلم يرثه الامام و لا يرثه الكافر القريب و هو لا يرث المسلم و ان نسب الى

ص: ٨٦

١- (١) الوسائل كتاب الطهاره ب ٣ من ابواب الاستار.

٢- (٢) البحار ج ٥ ص ٣٨٥ الطبعة الجديده.

٣- (٣) نفس المصدر.

٤- (٤) الوسائل كتاب النكاح ج ٣ باب ١٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهره.

٥- (٥) الوسائل كتاب النكاح ج ٣ باب ٧٦ من ابواب أحكام الاولاد.

٦- (٦) الوسائل كتاب الطهاره ج ١ باب ١٦ من ابواب الماء المضاف.



الصدوق ميراثه للكافر لو كان له وارث قريب لروايه ضعيفه فالقول بمضمونها ضعيف. فلذا القول الاول هو الاقوى للشهره المتحققه بل الاجماع عليه، ثم لا يخفى ان اموال المرتد الفطرى للمسلم الوارث بالنسبه الى الاموال الموجوده حال الارتداد و لو تعقب بالتوبه بناء على ما هو المختار من قبول توبته باطنا و ظاهرا بدعوى ان قوله لا- تقبل توبته بالنسبه الى الاحكام الثلاثه المذكوره فى موثقه عمار قال سمعت أبا عبد الله (ع) يقول: كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الاسلام و جحد نبوه محمد (ص) و كذبه فان دمه مباح لمن سمع ذلك منه و امرأته بائه منه يوم ارتد و يقسم ماله على ورثته و تعتد امرأته عدّه المتوفى عنها زوجها، و على الامام ان يقتله و لا يستتبهه(١). و هذه الروايه كما ترى مختصه بالمرتد الفطرى، و على ذلك يحمل اطلاق روايه ابن مسلم سألت ابا جعفر (ع) عن المرتد فقال (ع): «من رغب عن الاسلام و كفر بما انزل على محمد (ص) بعد اسلامه فلا توبه له و قد وجب قتله و بانت امرأته منه فليقسم ما ترك على ولده»(٢). كما ان اطلاق مرسل ابن محبوب عن الصادق (ع) فى المرتد «يستتاب فان تاب و إلا قتل»(٣) يحمل على المرتد الملى لروايه ابن جعفر عن اخيه سألته عن مسلم تنصر قال (ع): «يقتل و لا يستتاب» قلت نصرانى

ص: ٨٧

- 
- ١- (١) الوسائل كتاب الحدود باب ١ ان المرتد عن فطره قتله مباح لكل من سمعه ج ٣.
  - ٢- (٢) الوسائل كتاب الميراث باب ٦ حكم ميراث المرتد عن مله و عن فطره ج ٣.
  - ٣- (٣) الوسائل كتاب الحدود باب ٣ ان المرتد عن مله يستتاب فان تاب و إلا قتل. ج ٣.

اسلم ثم ارتد قال (ع) يستتاب فان رجع و الا قتل»(١) فبصدرها تقيد اطلاق مرسل ابن محبوب و لا يخفى ان المرتد الفطرى لا تقبل توبته بالنسبه الى الاحكام الثلاثه او الاربعه المذكوره فى الروايه من بينونه زوجته و اعتدادها بعده المتوفى عنها زوجها و قسمه امواله على الورثه و القتل لا يقتصر على النفى أى قوله (ع) لا- توبه له و لا- يستتبه بتلك الاحكام فيكون من قبيل الاقتران بما يصلح للقرينه. و لذا بالنسبه الى غيرها من الاحكام تترتب فلو تاب بالنسبه الى تلك الاحكام الاربعه لا تقبل توبته و ما عداها تترتب مثل طهاره بدنه و صحه عباداته و تملك ما يكتسبه بالتجاره و الحيازه و ما يحصل له من الاسباب القهرية كالارث و نحوه. و دعوى ان المستفاد من الادله سلب قابليته للتملك بالارتداد و بعد توبته لو قلنا بها يحصل الشك فى القابليه فيستصحب عدمها أو انه بحكم الميت فيكون من قبيل ملكيته للديه الحاصله بعد الموت أو ملكيته لما فى الشبكه التى نصبها الشخص فى حياته ثم مات ثم تنتقل الى ورثته ممنوعه إذ المستفاد من الادله هو رفع هذه الاحكام الثلاثه بالارتداد و لو تعبدنا فيبقى قابليته للملك على حالها فيملك ما يتجدد له من الملك قبل التوبه فضلا عما بعدها. و بالجمله المال الحاصل له قبل الارتداد ينتقل الى الورثه بارتداده لتعبد شرعى. و اما قابليته للتملك باقيه على حالها على انه لو شككنا فى ان هذه الادله داله على نفي القابليه بمعنى انا نشك فى دلالتها على نفي القابليه بصوره مطلقه فلا مانع من استصحاب القابليه السابقه على الارتداد. نعم لو استفدنا منها عدم القابليه اصلا و بعد التوبه نشك فى عودتها يكون مجال

ص: ٨٨

---

١- (١) الوسائل كتاب الحدود باب ١ ان المرتد عن فطره قتله مباح لكل من سمعه ج ٣.

لاستصحاب عدمها إلا أن ذلك محل نظر إذ لم تكن القابليه قد اخذت في لسان الدليل موضوعا لاثر لكي تستصحب، و منه يعلم إن جعل المرتد بحكم الميت في غير محله إذ نفى بعض الآثار لتعبد شرعى لا- يوجب جعله بحكم الميت بصورة مطلقة على ان جعله كذلك تثبت القابليه للتملك حيث يكون بحكم مال الميت فينتقل الى الورثه كما هو كذلك بالنسبه الى الولديه و الشبكه و له التزويج بالمسلمه بل له تجديد العقد على زوجته السابقه ان قلنا بقبول توبته لعدم كونها ابعد من الامراه الاجنبيه فكما يجوز عقد المرأة المسلمه الاجنبيه يجوز له عقد هذه الامراه و لو كانت في العده لجواز عقد المرأة في العده ان كان بائنا، و إن كان رجعا فنفس العقد رجوع. و دعوى انه يستفاد من الروايات البيئونه المؤبده فممنوعه إذ ظاهرها حصول البيئونه. و أما الحرمة الابديه فلا دليل عليها. هذا بالنسبه الى المرتد الفطرى.

و اما المرتد الملى فعند ارتداده تبين زوجته و لا- تقسم امواله إلا- بعد القتل او الموت على المشهور بين الأصحاب تمسكا باستصحاب الملكيه مضافا الى ظهور بعض النصوص بعد حملها على الملى كما فى الكافى عن ابى عبد الله (ع): «اذا ارتد الرجل المسلم عن الاسلام بانت امرأته كما تبين المطلقه، فان قتل او مات قبل انقضاء العده فهى ترثه، و لا يرثها إن هى ماتت و هو مرتد عن الإسلام. هذا اذا كان المرتد رجلا و اما اذا كان امرأه بقيت اموالها على ملكها و لا ينتقل الى ورثتها إلا بموتها و تبين من زوجها فى الحال بلا اعتماد ان كانت غير مدخول بها و مع الدخول يفسخ النكاح و تعتد عده الطلاق فان تابت و هى فى العده عادت الزوجيه، و ان لم تتب بانت من زوجها و لا تقسم اموالها بين ورثتها لقول الباقر (ع) فى خبر غياث بن ابراهيم لا تقتل الى ان

قال لا تقسم تركتها لاحتمال توبتها.

## الرابع لو اسلم قبل القسمة

الرابع لو اسلم قبل القسمة، فان انفرد فله المال و إلا فما يستحقه للاجماع بقسميه و للاخبار المستفيضه كخبر عبد الله بن مسكان عن ابي عبد الله (ع) قال: «من أسلم على ميراث من قبل ان يقسم فله ميراثه، و ان اسلم و قد قسم فلا ميراث له»<sup>(١)</sup>. و خبر محمد بن مسلم عن احدهما قال من اسلم على ميراث قبل ان يقسم الميراث فهو له و ان أسلم بعد ما قسم فلا ميراث له<sup>(٢)</sup> الى غير ذلك من الأخبار المستفاد منها ان الكفر المستمر الى ما بعد القسمة هو المانع من الميراث و اما الكفر غير المستمر فهو غير مانع، فمع تحقق الاسلام يكشف عن عدم وجود المانع للميراث و ليس من قبيل الشرط المتأخر لكي يستشكل في تصويره و إن امكن تصويره بنحو التعقب، و لازم ذلك كون النماء المتجدد بين الموت و القسمة هو لمن اسلم فيما بعد لا انه ينتقل بعد الاسلام.

ثم انه وقع الكلام فيما لو جهل تاريخ الاسلام و القسمة فهل يرجع الى أدله مانعيه الكفر او عموم أدله الارث بعد تعارض اصاله تأخر كل من الحادثين او يبنى على ان الكفر مانع فتجرى اصاله عدم المانع، او ان الاسلام شرط فيحتاج الى الاحراز؟ وجوه لا مجال للتمسك بادله مانعيه الكفر لكون المقام من التمسك بالعام بالشبهه المصدقيه، و اما التمسك باصاله عدم المانع في الشك في مانعيه الكفر فان كان اصلا عقلايا فلا محذور فيه و لكن الشأن في ثبوت ذلك و إلا

ص: ٩٠

١- (١) الوسائل كتاب الميراث باب ٢ ان الكافر اذا أسلم على ميراث قبل قسمته.

٢- (٢) نفس المصدر.

ان رجع الى اصاله عدم المانع السابق الذى هو من العدم الأزلى فهو من الاصول المثبته، فان العدم السابق مفاد ليس التامه، و الموجود هو مفاد ليس الناقصه، فاستصحاب ما يكون مفاد ليس التامه لاثبات ما يكون مفاد ليس الناقصه من الاصول المثبته، و بعبارة اخرى استصحاب العدم المحمولى لاثبات العدم النعتى من الاصول المثبته و ان رجع الى عدم مانعيه الموجود كما هو مفروض الكلام فلا- حاله له سابقه حتى يستصحب. نعم لا بأس باصاله صحه القسمه مؤيده باصاله عدم تحقق الانتقال لهذا المسلم الجديد ان لم يكن من الاصول المثبته. و على كل فالمسأله محتاجه الى تأمل. هذا لو اسلم قبل قسمه الميراث.

و اما لو اسلم بعد قسمه بعضه و قبل قسمه البعض الآخر فهل يشترك مع الورثه فى جميع المال اولا ميراث له بالنسبه الى المال المنقسم و يشترك بالنسبه الى غير المنقسم؟ قولان: الظاهر اشتراكه بالنسبه الى غير المنقسم لصدقه عليه انه اسلم قبل قسمه الميراث. و اما بالنسبه الى المقسوم فلا يشترك لصدقه عليه انه اسلم بعد قسمه الميراث و عليه فالأقوى هو القول الأخير.

ثم لا يخفى ان القسمه انما تتحقق بالنسبه الى ما هو قابل للتقسيم لكى يصدق عليه انه اسلم قبل القسمه فلو خلف جوهره غير قابل للانقسام و اسلم بعد موت مورثه لا يصدق عليه انه اسلم قبل القسمه.

و بالجمله القسمه فيما هو قابل للانقسام فلا يشمل ما لم يكن قابلا لها، فتقابل القسمه و عدمها كتقابل الملكه و عدمها لا تقابل السلب و الايجاب، كما انه لو كان الوارث واحدا فالمال ينتقل للوارث الواحد بنفس موت مورثه، فلو اسلم بعد الموت لا يتصور فى المال قسمه حتى يقال انه اسلم قبل القسمه، و مثله ما لو باع أحد الورثه حصته قبل

اسلامه فانه لو اسلم يكون اسلامه على مال منتقل لواحد فحاله حال ما لو اسلم بعد القسمه. هذا كله فيما اذا كان الميت كافرا و له ورثه مسلمون و قد اقتسموا المال ثم أسلم بعض ورثته الذين كانوا كفارا، او كان الميت مسلما و كان له ورثه مسلمون و كفار و قد اسلم قبل قسمه التركة.

و اما لو كان الميت كافرا و له ورثه كفار و قد اسلم احد الورثه الكفار بعد قسمه المال فهل يحوز المال كله بنحو يسترجع سهام بقيه الورثه ام لا-؟ ظاهر شيخنا فى الجواهر هو الثانى و هو الحق لما يستفاد من الأخبار ان للاسلام عنايه من الشارع حيث جعل ملك ورثه الكافر متزلزلا حتى لو اسلم بعضهم قبل القسمه يكون له الميراث على خلاف قاعده الميراث، أى ما ترك الميت فهو لوارثه فان الوارث يملك بمجرد موت مورثه، و هذا المعنى يستفاد من الأخبار لا بالصراحه حيث ان موردها ما لو كان الميت مسلما و كان له ورثه مسلمون و كفار، فالمسلم يحجب الكافر، او كان الميت كافرا و له مسلمون و كفار فى الموردین وقع السؤال عنه كما لو اسلم قبل القسمه أو بعد القسمه. و بالجمله ان الناظر الى اخبار الباب يرى انه لو أسلم بعد قسمه ورثه الكفار عن ميت كافر ليس له أخذ سهام البقيه.

و ما ورد من ان المسلم يحجب الكافر فانما هو يحجبه عن ارثه أى لا ينتقل من الميت الى ورثه الكفار. و لازم ذلك ان يكون عند موت الكافر مسلما موجودا و المقام ليس كذلك. و الحاصل ان ما ورد ان المسلم يحجب الكافر و لم يرد ان المسلم يأخذ اموال أقاربه الكفار.

### المسلمون يتوارثون بعضهم بعضا

الخامس المسلمون يتوارثون بعضهم من بعض للاجماع المحصل و المنقول و للكتاب و السنه إلا من حكم بكفرهم كالنواصب و الغلاة

و الخوارج و كل من خرج عن الدين بانكار ضروريا من ضرورياته.

ففى صحيحه ابى الصباح الكنانى قال قلت لأبى جعفر (ع): إن عندنا قوما يقولون أشهد ان لا إله إلا الله و ان محمدا رسول الله فهو مؤمن الى أن قال فما بال من جحد الفرائض كان كافرا(١)، و مكاتبه عبد الرحيم القصير و فيها و لا يخرجها الى الكفر إلا الجحود و الاستحلال بان يقول للحلال هذا حرام و للحرام هذا حلال و دان بذلك فعندها يكون خارجا من الاسلام و الايمان داخلًا فى الكفر(٢)، و فى صحيحه عبد الله بن سنان قال سألت أبا عبد الله (ع) الى ان قال فقال (ع) «من ارتكب كبيره من الكبائر فزعم انها حلال اخرجه ذلك عن الاسلام»(٣) و على كل استفاد من الأخبار ان المنكر للضرورى يعد خارجا عن الاسلام إذا كان بنحو التدين و الالتزام و يصدق عليه انه لم يدن بالاسلام، و عليه فى الحقيقه يرجع الى انكار الرساله بالنسبه الى ما دان به، و اما النواصب فيهم المبعوضون لعلى (ع) و اولاده سلام الله عليهم فان كفرهم قد استفاضت به الأخبار و عليه الاجماع بقسميه كما ان الغلاء كفرهم ظاهر لكونهم حلولين. و اما الخوارج الذين خرجوا لمحاربه على و شبليه الحسن و الحسين عليهم السلام و سبهم لعلى و اولاده فكفرهم أظهر من أن يخفى، بل هم أظهر افراد النواصب التى استفاضت الأخبار بكفرهم و ما عدا هؤلاء هم مسلمون، و المسلمون يرث بعضهم بعضا و ان اختلفت المذاهب كما لا يخفى.

ص: ٩٣

١- (١) الوسائل ب ٢ من ابواب مقدمه العبادات حديث ١٣.

٢- (٢) الوسائل كتاب الحدود باب ١٠ من ابواب حد المرتد حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل باب ٢ من ابواب مقدمه العبادات حديث ١٠.

الأمر الثاني من الموانع للارث القتل، فانه يمنع القاتل من الميراث إذا كان عن عمد ظلماً بغير حق للاجماع بقسميه و للاخبار المستفيضه كصحيحه ابن سنان عن رجل قتل امه أيرثها؟ قال: إن كان خطأ يرثها و ان كان عمدا لم يرثها(١)، و صحيحه محمد بن قيس قال: قضى أمير المؤمنين (ع) في رجل قتل امه قال: (إن كان خطأ فان له ميراثه و ان كان قتلها معتمدا فلا يرثها) الخير(٢)، و روايه حفص ابن غياث عن طائفتين من المؤمنين أحدهما باغيه و الأخرى عادله اقتتلوا فقتل رجل من العراق أباه أو ابنه أو أخاه أو حميمه و هو من أهل البغي و هو وارثه قال: نعم لانه قتله بحق(٣). و بهذه الروايه الأخيره تخصص تلك الأخبار الداله على ان مطلق القتل هو المانع من الارث كروايه ابى بصير قال: لا يتوارثان رجلان قتل احدهما صاحبه(٤)، و روايه القاسم بن سليمان قال: سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل قتل امه أيرثها؟ قال: سمعت أبي (ع) يقول: أيما رجل ذو رحم قتل قريبه لم يرثه(٥) الى غير ذلك من الأخبار المطلقه. نعم لو قتل خطأ لا يرث من الديه للاخبار الخاصه الداله على حرمانه من الديه كالنبوي ترث المرأه من مال زوجها و من ديته و يرث الرجل من مالها و ديته ما لم يقتل احدهما صاحبه عمدا

ص: ٩٤

١- (١) الوسائل كتاب الميراث باب ٨ ان القاتل عمدا لا يرث من الديه شيئا.

٢- (٢) نفس المصدر.

٣- (٣) الوسائل كتاب الميراث باب ١٦ ان القاتل بحق يرث المقتول

٤- (٤) الوسائل كتاب الميراث باب ٧ ان القاتل ظلماً لا يرث المقتول

٥- (٥) نفس المصدر.



فلا ترث من ماله و من ديته، و ان قتله خطأ ورث من ماله و لا يرث من ديته(١). و فى الصحيح فى امرأه شربت دواء و هى حامل و لم يعلم زوجها فالقت ولدها الى ان قال قلت فهى لا- ترث ولدها من ديته مع ابيه قال: لا، لانه قتلتها فلا ترثه(٢) بحملها على الخطأ. و اما روايه الفضيل بن يسار عن الصادق (ع) لا يرث الرجل اباه إذا قتله و ان كان خطأ(٣) فمحمول على ارث الديه مضافا الى انها مرسله فلا تعارض تلك الأخبار. و يؤيد ذلك ما نقله الشيخ (قده) فى الجواهر عن كثير من الفقهاء منع القاتل خطأ من الديه لا من التركة فالقول بعدم الارث مطلقا ضعيف.

و اما الخطأ الشبيه بالعمد فالحاقه بالعامد له وجه لصدق كونه عامدا و إن كان لا يبعد شمول الخطأ له كما لو ضرب شخص ولده لاجل التأديب فمات بسبب الضرب و كما فى بعض التسيببات الآتية، و فى الحاق الصبى بالعامد نظر بل لا يبعد الحاقه بالخطأ. قال الشيخ فى الجواهر عمد الصبى و المجنون بحكم الخطأ. ثم انه لا يفرق فى العامد بين المباشر كذبحه او رميه بالرصاص او كونه مسببا كمن احضر طعاما مسموما بدون علمه فاكله، او جعله فى مسبعه فافترسته السباع، أو حبسه فى محل حتى مات جوعا و عطشا، و اما بعض التسيببات كمثلى

ص: ٩٥

- 
- ١- (١) الخلاف كتاب الفرائض مسأله ٢٢ القاتل اذا كان عمدا فى معصيه فانه لا يرث المقتول.
  - ٢- (٢) الوسائل كتاب الميراث باب ٨ ان القاتل عمدا لا يرث من الديه شيئا.
  - ٣- (٣) الوسائل كتاب الميراث باب ٩ ان القاتل خطأ لا يمنع من الميراث.

حفر بئر أو القاء مزلق أو معاثر في الطريق فيشكل إلحاقها بالقتل العمدى و ان اوجبت الديه و الضمان على مسيبيها على ما هو مذكور فى محله.

ولا يخفى ان القاتل لما كان لم يرث يكون بحكم العدم فلا يكون حاجبا بل يكون الميراث للطبقات المتأخره عنه لو لم يكن فى طبقته ما يستحق الميراث، فلو لم يكن له ولد غير القاتل ترث زوجته نصيبها الأعلى و هو الربع. كما ان القاتل لو كان هو الولد فقتل امه فزوجها يرث نصيبه الأعلى.

ثم لا يخفى ان الديه هى كسائر الأموال المتروكه فيخرج منها الديون و الوصايا و هى تورث على حسب الميراث الشرعى فيأخذ كل مناسب و مناسب كالزوج و الزوجه، و يرث كل من يتقرب به للميت إلا- من يتقرب له بالام كالاخوه و الأخوات من الأم فانهم لا يرثون من الديه للأخبار المستفيضه كصحيحه ابن سنان قال: قضى امير المؤمنين عليه السلام ان الديه يرثها الورثه إلا الاخوه و الأخوات من الام فانهم لا يرثون من الديه شيئا(١)، و صحيحه محممه بن قيس عن أبى جعفر (ع) قال: (الديه يرثها الورثه على فرائض الموارث إلا- الاخوه من الام فانهم لا يرثون من الديه شيئا)(٢)، الى غير ذلك من الأخبار الظاهره فى اختصاص عدم الارث من الديه بالاخوه و الأخوات من الام و لا يعم مطلق من يتقرب بالام اقتصارا على ما فى النص. فالقول بخروج مطلق من يتقرب بالام و عدم ارثهم و ان كان

ص: ٩٤

---

١- (١) الوسائل كتاب الميراث باب ١٠ ان الديه يرثها من يرث المال الا الاخوه و الاخوات من الام.

٢- (٢) نفس المصدر.

المذكور خصوص الاخوه و الأخوات فى النص لكون ذكرهما من باب المثال ضعيف لا يلتفت اليه.

و اما القصاص فيرثه كل من يرث المال ما عدا الزوج و الزوجه فانهما لا يرثان القصاص للاجماع عليه و للاخبار المستفيضه إلا اذا صالح على القصاص اهلها فانها ترث الزوج و الزوجه مما صولح عليها لدخولها تحت الدية و قد عرفت من النص و الفتوى ارثهما من الدية و دعوى ان الزوج و الزوجه لما لم يرثا من القصاص فينبغى عدم ارثهما من العوض فى غير محله بعد فرض انه بالمصالحة يندرج تحت عنوان الدية، كما ان دعوى انصراف الدية الى غير ذلك بعيدة لا وجه للالتزام بها، اللهم إلا ان يقال انه بالنسبة الى القصاص مع مصالحة اولياء المقتول و اخذ عوض القصاص لا تكون دية و إنما هو للاولياء اخذ العوض و الزوج او الزوجه اجنبية عن ذلك لعدم كونهما من اولياء المقتول، و كونهما يستحقان من الدية لا يلزم استحقاقهما من عوض القصاص الا- ان الاجماع المنقول و المحصل و الاخبار الدالة على ارث الزوج و الزوجه من عوض القصاص و ان لم يرثا من القصاص هو الحجة فى المقام(١). نعم لما كان اخوه الام و اخواتها لا يرثون من الدية شيئاً فلازمه عدم ارثهم لحق القصاص اذ لو كان لهم من القصاص كان لهم من الدية، على انه نقل عدم الخلاف كما عن السرائر ان كلاله الام لا ترث من الدية و لا من القصاص و القود و الله العالم.

### المانع الثالث الرق

الأمر الثالث الرق فلا يرث الرقيق من الحر و لا الحر من الرقيق و لو قلنا بملكه لانتقاله الى مالكة بالملك لا بالموت لكى يكون

ص: ٩٧

---

١- (١) راجع الوسائل كتاب الميراث باب ١٠ ان الزوج يرث الدية و كذا الزوجه.

موروثا للاجماع بقسميه المنقول و المحصل و للنصوص المستفيضة من غير فرق فين اقسام العبد بين القنّ و المدبر و غيرهما حتى المبعوض فانه يرث بمقدار ما هو محرر. هذا إذا لم يعتق قبل قسمه الميراث، و اما إذا اعتق قبل قسمه الميراث فانه يشاركهم و يأخذ حصته منهم إلا إذا كان الميراث لواحد فانه لا يتصور فيه القسمة لكي يقال حصل العتق قبل قسمه الميراث، او باع أحد الشريكين حصته على الآخر ثم اعتق فانه لا يشارك الوارث لعدم صدق ذلك. و لا يخفى انه لو لم يكن للميت وارث غير المملوك فانه يشتري و يعتق و يدفع اليه الباقي للاجماع على ذلك مضافا الى الأخبار المستفيضة كخبر سليمان بن خالد عن أبي عبد الله (ع) قال كان امير المؤمنين يقول في الرجل الحر يموت و له أم مملوكة قال: تشتري من مال ابنها ثم تعتق ثم يورثها(١).

و رواه جميل بن دراج قال قلت لأبي عبد الله (ع) الرجل يموت و له ابن مملوك قال: يشتري و يعتق ثم يدفع اليه ما بقي ٢ الى غير ذلك من الأخبار الدالة على وجوب شراء المملوك الوارث و عتقه. و لا يخفى ان ذلك فيما اذا لم يكن له وارث حر و لو بعيدا، و اما لو كان له وارث حر بعيد فيدفع المال اليه و لا يملك القريب و قد ادعى على ذلك الاجماع مضافا الى ذيل روايه عبد الله بن سنان فان في ذيلها، قوله:

إذا لم يكن له ذووا قرابه لهم سهم في كتاب الله، ٣ بل قيل ان المملوك الوارث يشتري و يعتق فيما إذا لم يكن وارث مطلقا سواء كان من ذى قرابه أو ضامن الجريه فان الحكم بذلك إذا لم يكن له وارث مطلقا ما عدا الامام هو المشهور بين الأصحاب لما يظهر من روايه

ص: ٩٨

---

١- (١ و ٢ و ٣) الوسائل كتاب الميراث باب ٢٠ ان الحر اذا مات و ليس له وارث حر.

دعائم الاسلام: (إذا مات الميت و لم يدع وارثا) الخبر، فان اطلاق لم يدع وارثا يراد منه عدم الوارث مطلقا حتى مثل ضامن الجريره.

اقول و لو لا- عمل المشهور بهذا الاطلاق لا يمكن الإشكال عليه، إذ الظاهر من الوارث في لسان الدليل هو ما كان في طبقات الميراث لانصراف اللفظ اليه و لا يشمل مثل ضامن الجريره، اللهم إلا ان يقال بمنع هذا الانصراف لكونه ناشئا من غلبه الوجود لا من كثره الاستعمال. و كيف كان فهل الفك مخصوص بالابوين او يشمل غيرهما؟ ظاهر الأصحاب هو مطلق الأقارب و ليس مخصوصا بالابوين لورود النص في الجد و الجده و الأخ و الاخت مع العلم بعدم الخصوصية لهذه المذكورات مضافا الى اطلاق روايه دعائم الاسلام: إذا مات الميت و لم يدع وارثا و له وارث مملوك يشتري و يعتق و يعطى باقى التركة بل قيل بوجود الشراء لو لم يكن وارث حر و وجد زوج او زوجه لاطلاق روايه الدعائم المتقدمه، و خصوص الصحيح كان على (ع) إذا مات الرجل و له امرأه مملوكة اشتراها من ماله فاعتقها ثم ورثها(1)، الظاهر انها في خصوص الزوجه. و لا- يخفى انه اذا ثبت في الزوجه ثبت في الزوج للاتفاق على عدم الفرق بين الزوج و الزوجه، ثم انه لو كان الزوج مملوكا يشتري و يعتق و يدفع الباقي اليه لوجود الرد، و في الزوجه يدفع لها ربع الباقي و الباقي للامام لعدم الرد عليها و ان كان ظاهر النص يدفع الجميع لها إلا انه يلزم الخروج عن ظهوره، لانه لو جاز الرد عليها لزدت على الحره فان في الحره حسب ما يأتي انه لا رد عليها.

هذا كله لو كان مال الميت يفي بشراء المملوك الوارث، و اما لو لم يف

ص: ٩٩

---

١- (١) الوسائل كتاب الميراث باب ٢٠ ان الحر اذا مات و ليس له وارث حر.

بشرائه بان قصر عنه، الذى عليه جماعه شراؤه و يستسعى العبد فى الباقي نظرا الى عدم الفرق بين شراء بعضه و شراء الكل فان الشراء فى نظر الشارع مطلوب و شراء البعض يوجب العتق فيساويه فى الحكم. و دعوى ان ذلك قياس و السنه إذا قيست محق الدين ممنوعه، فان ذلك من تنقيح المناط لا من القياس. ثم انه هل يحتاج الى جريان صيغه العتق بعد الشراء ام يكفى نفس الشراء فى حصول العتق؟ وجهان لا يبعد ان يكون الشراء فى المقام كشراء العمودين أو كالعبد المشتري من مال الزكاه و ان كان الأحوط جريان صيغه العتق من الحاكم الشرعى، و ان لم يكن فعدول المسلمين و الله العالم.

## المانع الرابع اللعان

الأمر الرابع من الموانع اللعان: لا يخفى ان عد اللعان من الموانع تسامح إذ هو مزيل للمقتضى، و المانع إنما يرفع أثر المقتضى بناء على ان اللعان ينفى الولديه و اما بناء على نفي التوارث فقط كما سيأتى بيانه فيكون من الموانع حقيقه و لأجل ذلك ان القوم اطلقوا عليه مانعا. و كيف كان فهو يقطع التوارث بين الزوجين المترتب على القذف أى رمى الزوجه بالزنا مع المشاهده، و يقطع التوارث بين الولد و الوالد المترتب على نفي الولد، فاللعان يحصل من سببين و الأصل فى ذلك قوله تعالى فى سوره النور: (وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحْيَادِهِمْ أَرْبَعٌ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَ الْخَامِسَهُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَ يَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعٌ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَ الْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ) و عن عبد الرحمن بن الحجاج قال ان عباد البصرى سأل أبا عبد الله و انا حاضر كيف يلاعن الرجل امرأته؟ فقال ابو عبد الله (ع): «ان رجلا من المسلمين أتى رسول الله (ص)

فقال: يا رسول الله أرأيت لو ان رجلا- دخل منزله فرأى مع امرأته رجلا يجامعها ما كان يصنع؟ فاعرض عنه رسول الله (ص)، فانصرف الرجل و كان ذلك الرجل هو الذى ابتلى بذلك من امرأته قال فنزل الوحي من الله عز و جل بالحكم فيها، فارسل رسول الله على ذلك الرجل فدعاه انت رأيت مع امرأتك رجلا؟ فقال: نعم، فقال له: انطلق فاتنى بامرأتك فان الله انزل الحكم فيك و فيها فاحضرها زوجها فوقفها رسول الله (ص) ثم قال للزوج: اشهد اربع شهادات بالله انك لمن الصادقين فيما رميتها به، فشهد ثم قال اتق الله ان لعنه الله شديده ثم قال اشهد الخامسة ان لعنه الله عليك ان كنت من الكاذبين قال فشهد، فامر به فنحى، ثم قال لامرأته اشهدى اربع شهادات بالله ان زوجك لمن الكاذبين فيما رماك به فشهدت، ثم قال لها امسك فوعضها ثم قال لها اتق الله فان غضب الله شديد، ثم قال لها اشهدى الخامسة ان غضب الله عليك ان كان زوجك من الصادقين فيما رماك فشهدت ففرق بينهما، و قال لهما لا تجتمعا بنكاح ابدا بعدما تلاعتما(١) الى غير ذلك من الأخبار الداله على ان التلاعن يوجب زوال الفراش المترتب عليه الميراث، و قد عرفت انه يحصل بالقذف و نفي الولد و ان قيل انه لا- يحصل اللعان الا بنفى الولد لخبر أبى بصير لا يكون اللعان إلا بنفى الولد(٢) الا انه واضح الفساد لمنافاته لما ورد فى صريح القرآن فانه نص فى كون قذف الزوجه موجب لللعان كما تراه فى قوله

ص: ١٠١

١- (١) الوسائل كتاب اللعان باب ١ كفيته و جملة من احكامه ج ٣

٢- (٢) الوسائل كتاب اللعان باب ٩ انه لا يثبت اللعان الا بنفى الولد و القذف.

تعالى (وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ الْآيَةَ) (١) فاللعان يحصل بقذف الزوجه الدائمه مع الشهاده و يحصل بانكار الولد الممكن لحوقه به فلا يتحقق بما يكون اقل من سته اشهر او يكون اكثر من أقصى الحمل بنحو لا يلحق به بلا خلاف نضا و فتوى، فاذا حصل لا يحصل التوارث بين الوالد و ولده، و كذا التوارث بين الولد و بين كل من يتقرب بالأب كالجده و الجده للاب و الاعمام و العمات نعم ترث امه و من يتقرب بها كالأخ و الاخت للام و الأخوال و الخالات الا إذا اعترف الاب بعد اللعان لولده بان كذب نفسه فانه يرثه دون العكس للاجماع بقسميه منقول و محصل و للاخبار المعتبره كصحيحه الحلبي عن ابي عبد الله (ع) فان ادعاه ابوه لحق به و ان مات ورثه الابن و لم يرثه الاب (٢)، و روايه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع) و فيه فقلت إذا أقر به الاب هل يرث الأب؟ قال: نعم و لا يرث الأب الابن (٣)، و عنه ايضا عن أبي عبد الله قلت يرد اليه الولد إذا أقر به قال: لا و لا كرامه، و لا- يرث الاب و يرثه الابن مضافا الى انه اقرار بالولد و اقرار العقلاء جائز. و دعوى ان هذا الاقرار لا ينفع لانه لو اثبت عنوان الولديه فينبغي ان يرثه الوالد مع انه لا- يرث نضا و اجماعا، و ان كان يثبت الميراث فهو اقرار فى حق الغير و لا ينفع هذا الاقرار ممنوعه، لانه ذلك لو كان من الاقرار اثبات الولد المتكون منه أى من مائه لثم ما ذكر، و ان كان الاقرار يثبت الولد الشرعى فلا مانع من ان

ص: ١٠٢

١- (١) سورة النور آيه ٦.

٢- (٢) الوسائل كتاب الميراث باب ٢ ان الأب اذا أقر بالولد بعد اللعان ورثه الولد و لم يرثه الاب.

٣- (٣) نفس المصدر.



يترتب عليه الولد شرعا من جهه دون جهه. و على كل نحن فى غنى عن مثل الاقرار و نحوه لما عرفت من النص و الفتوى بعدم ارث الأب له فيما لو كذب نفسه. نعم فيما لو اوقف الوالد على اولاده و لا عن أحد أولاده فحينئذ ينتفى الولد و يخرج من الموقوف عليهم فلو كذب نفسه و أقر بذلك فهل يدخل فى جملة الموقوف عليهم أم لا؟ لا يبعد عدم دخوله إذ هو اقرار فى حق الغير، كما ان الكلام فى الوصيه كذلك.

و الذى ينبغى ان يقال ان اللعان إنما ينفى التوارث و لا- ينفى الولديه فمع لعانه يمكن دخوله فى الوقف أو الوصيه مع العلم بولديته و اما لو كذب نفسه باقراره بانه ولده فالظاهر انه يدخل فى الموقوف عليهم، و يدخل فى عنوان الوصيه ان كان لعانه بعد الوقف و قلنا بخروجه باللعان، و اما لو لاعن ثم اوقف فحينئذ يختص ببقية الأولاد، فلو اعترف بانه ولده بعد اللعان فلا يدخل فى الموقوف عليه و الوصيه لكونه اقرارا فى حق الغير و ليس كذلك بالنسبه الى الأول، فانه لو لاعن بعد الوقف يمكن دعوى عدم خروجه لان اللعان ينفى التوارث. نعم لو قلنا بخروجه باللعان يشكل العوده الى الموقوف عليه لو كذب نفسه لكون الجميع اختص بهم فيكون من قبيل اقرار فى حق الغير و كذا الكلام فى الوصيه. نعم لو كان الوقف على العنوان فيكون حاله حال من يولد بعد، و حينئذ لا- يبعد دخوله. ثم ان الأب لو تبرأ عن جريره ولده و من ميراثه ثم مات الولد يرثه و لا- يرثه اقارب ابيه للاجماع من المسلمين كما عن السرائر و التنقيح، و ادعى فى الجواهر ان ارثه من الواضحات للاصول و القواعد المستفاده من الكتاب و السنه من ارث اب لابنه و لا دليل مخرج سوى روايه يزيد بن خليل فى فرض

المسأله الى ان قال ميراثه لأقرب الناس الى ابيه(١) ، و مضمرة أبى بصير عن المخلوع تبرأ منه ابوه عند السلطان و من ميراثه و جريرته لمن ميراثه؟ فقال: قال على (ع) هو لأقرب الناس اليه(٢). و لا يخفى ان الأولى شاذه لا يعمل بها و الثانيه مضمرة مع انه ينصرف لفظ السلطان الى الجور فيلوح عليها التقيه، على انه يمكن ان يكون الميراث للاب لانه اقرب الناس اليه فان لم يكن موجودا فلا قرب الناس اليه فلذا الأقوى ما ذكرناه.

### المانع الخامس الغيبه المنقطعه

الخامس من الموانع الغيبه المنقطعه فلو غاب شخص و انقطعت اخباره فيتربص بامواله و لا تقسم بين ورثته حتى يعلم بموته او يمضى عليه زمان لا يعيش به عاده كمائه سنه مثلا على المشهور بين الاصحاب بل الاجماع عليه مضافا الى بعض الأخبار التي يستفاد منها ذلك مثل صحيحه هشام بن سالم قال سأل خطاب الاعور أبا ابراهيم (ع) و انا جالس فقال انه كان عند ابى اجير يعمل عندهم باجره ففقدها و بقى من الاجر شىء، و فى التهذيب و لا نعرف له وارثا قال: لطلبوه قلت قد طلبناه فلم نجده قال. مساكين و حرك يده فاعاد عليه فقال اطلب و اجهد فان قدرت عليه و إلا فهو كسبيل مالك حتى يجىء له طالب فان حدث بك حدث فاوص به ان جاء لها طالب ان يدفع اليه(٣).

و لا يخفى ان الامر بالوصيه يدل على بقاءه على ملكه، و اما التشبيه

ص: ١٠٤

١- (١) الوسائل كتاب الميراث باب ٧ حكم من تبرأ من جريره ولده و ميراثه من ابواب ولد الملاعنه.

٢- (٢) نفس المصدر.

٣- (٣) الوافى المجلد الثالث و فى الوسائل كتاب الميراث ج ٣ باب حكم ميراث المفقود و المال المجهول المالك.

بماله فلجواز التصرف به، و اما تحديده بعشر سنين لروايه على بن مهزيار قال سألت أبا جعفر الثاني (ع) عن دار كانت لامرأه و لها ابن و بنت و غاب الابن فى البحر و ماتت المرأه فادعت ابنتها ان امها كانت صيرت هذه الدار لها و باعت اشخاصها منها و بقت فى الدار قطعه الى جنب دار رجل من اصحابنا و هو يكره ان يشتريها لغيبه الابن و ما يتخوف ان لا يحل شراؤها و ليس يعرف للابن خير فقال (ع) لى:

و منذكم غاب؟ قلت منذ سنين كثيره، فقال (ع): ينتظر به غيبه عشر سنين ثم يشتري، فقلت اذا انتظر به غيبه عشر سنين يحل شراؤها؟ قال: نعم (١) و لا يخفى ان الظاهر منها التحديد و ان الموجب للحل هو مضى عشر سنين إلا ان الروايه ضعيفه لأن فى طريقها سهل بن زياد فلذا لا- يعمل بها إلا- ما ينقل عن الاسكافى، و عن المفيد على ما يظهر من عبارتهما مع امكان حمل كلامهما على خلاف ذلك. و اما التحديد باربع سنين كما ينسب الى جماعه فليس له وجه إلا الاستفاده من الروايات الداله على تربص الزوجه المفقود عنها زوجها اربع سنين بعد رفع امرها الى الحاكم الشرعى و تعتد بعد ذلك على ما تقدم سابقا، و تقريب الاستفاده هو ان الفروج أهم من الأموال فى نظر الشارع، فاذا حدد الشارع الغيبه المنقطعه باربع سنين بالنسبه الى الفروج فى الأموال بطريق أولى، و لكن لا يخفى إن الأولويه لم تصل الى حد القطع لكى يؤخذ بها و إنما هى اولويه ظنيه لا تثبت حكما بل هى أشبه بالقياس «و السنه اذا قيست محق الدين». و اما الموثق المفقود يحبس ماله عن الورثه قدر ما يطلب فى الأرض اربع سنين، فان

ص: ١٠٥

لم يقدر عليه قسم امواله على الورثه (١) فليس دالا- على التحديد إذ يمكن حمله على الاعطاء الى الورثه اذا كانوا ملاء لا بنحو التملك بل بنحو القرض جمعا بينها و بين موثقه اسحاق بن عمار الى ان قال:

ان كان ورثه الرجل ملاء بماله اقتسموه بينهم فان جاء هو ردوا له ماله (٢). و لا- يخفى ان الظاهر منها هو بقاء المال على ملك صاحبه الموافق لاصاله بقاء المال على ملك مالكة مضافا الى الشهره بل الاجماع مع موافقته للاحتياط فلذا يتعين القول به. اذا عرفت ما مهدناه لك من المقدمه فاعلم انه يقع الكلام فى الموضوع الذى يتعلق به غرض الكتاب و هو على قسمين الوصايا و الموارث،

ص: ١٠٦

---

١- (١) الوسائل كتاب الميراث باب حكم ميراث المفقود و المال المجهول المالك.

٢- (٢) نفس المصدر.

## القسم الاول: في الوصايا

اشاره

ص: ١٠٧



الوصايا جمع وصيه و هي اما مصدر وصى يصى بمعنى الوصل أى ايصال تصرف الشخص فى حياته الى ما بعد الموت أو اسم مصدر وصى يوصى توصيه بمعنى العهد كما عن المبسوط و التذكرة أنها أخذت بالمعنى الأول أى أوصل الشخص تصرفاته فى حياته الى ما بعد مماته، و الظاهر هو الثانى لاستعمالها فيه فى الكتاب و السنه و عرف المتشرعه كما يظهر ذلك للمتبع، و عند المتشرعه عرفت بتعاريف عديده كتمليك عين أو منفعه بعد الوفاه و نحوها، و لا يخفى أن هذه التعاريف ليست بحقيقه و انما هى لفظيه، و ليس الغرض منها إلا جمع أقسام الوصيه فان منها تسليطا، و منها تمليكا، و منها فكا للملك كالتدبير بناء على كونه من الوصيه لاستفاده ذلك من بعض النصوص كصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) المدبر من الثلث له ان يرجع فى ثلثه ان كان قد أوصى به فى صحه أو مرض (1)، و فى الموثق عن المدبر هو من الثلث؟ قال:

نعم و للموصى ان يرجع فى وصيته (2). و هذه التعاريف المذكوره ليست جامعها لتلك الاقسام و لو جامعها لفظيا بحيث يجمع التسليط و الفك إلا- ما يظهر من الشهيد من تعريفه بأنها تنفيذ حكم المكلف أو ما بحكمه، و أراد مما بحكمه هو المميز غير البالغ فانه بحكم المكلف

ص: ١٠٩

---

١- (١) الوسائل كتاب التدبير باب ٢ يجوز الرجوع فى التدبير كالوصيه  
٢- (٢) نفس المصدر.

فى نفوذ وصاياه على ما سيجىء بيانه ان شاء الله، وقد أورد عليه بأن التنفيذ ليس من فعل الموصى و إنما هو من الوصى و اجيب عنه بأنه من فعله أيضا، فان وصيته تعتبر تنفيذا لمقاصده فلذا يقال وصيه نافذه فى ثلثه فيكون من فعله.

### الوصيه من المستحبات الاكيده

و كيف كان فقد وقع الحث على محبوبيه الوصيه و أنها من المستحبات الاكيده بل قيل بوجوبها لما يستفاد من الكتاب العزيز كقوله تعالى:

«كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ» (١) و المراد بالخير المال، و اذا عين الموصى شيئا فليس لأحد تبديله لقوله تعالى: «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ» (٢) و استفاده الوجوب من لفظه «كتب» إلا أن روايه العياشى عن ابى بصير فى الصحيح عن أحدهما (ع) قال: «هذه الآيه منسوخه بآيه الفرائض» (٣) و لكن لا- يخفى ان دعوى آيه الوصيه نسخت بآيه الموارث باطله لعدم المنافاه بين الآيتين لكى تكون آيه الموارث ناسخه كما ان دعوى آيه الوصيه منسوخه بما روى لا وصيه لوارث محل منع إذ الخبر الواحد لو سلم من كل قدح لا يفيد إلا الظن فلا ينسخ حكم الكتاب القطعى. و دعوى ان تلقيه بالقبول يجعله كالمتواتر و بذلك يكون ناسخا للحكم القطعى ممنوعه لنقل بعض الاعاظم من علماء السنه ان البخارى و مسلم لم يرتضيا اسناد روايته على انه معارض بحديث آخر يدل على ان آيه الوصيه مخصصه بآيه الموارث لا أنها منسوخه فقد نقل عن ابن عباس انها خاصه بمن لا يرث من الوالدين و الأقربين

ص: ١١٠

١- (١) البقره آيه ١٨٠.

٢- (٢) النساء آيه ١٠.

٣- (٣) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٥ جواز الوصيه للوارث.



كالوالدين الكافرين، و عن السكوني عن جعفر بن محمد عن ابيه (ع) (من لم يوص عند موته لذى قرابه ممن لا يرثه فقد ختم عمله بمعصيه (١) مضافا الى ان هذا الحديث روى مختوما بذيل قوله (ع) ألا لا وصيه لوارث بما زاد على الثلث (٢) و لاجل ذلك حملت روايه العياشى على التقيه او على نسخ الوجوب، و نسخه يدل على الاستحباب بناء على ان الوجوب مركب من رجحان الفعل و المنع من الترك و النسخ يتوجه على الفصل الذى هو المنع من الترك، و لازمه ان يتقوم الجنس الذى هو رجحان الفعل بفصل الندب الذى هو الاذن فى الترك لعدم معقوليه بقاء الجنس بلا فصل، كما انه بناء على ان الوجوب و الندب من المعانى البسيطة و انهما من سنخ الاراده و ليس بينهما اختلاف الا بحسب المرتبه فنفى المرتبه الشديده توجب بقاء الرجحان الضعيف المرتبه الضعيفه و هو معنى الاستحباب. نعم بناء على ان الوجوب و الندب ليسا من سنخ الاراده و انما الوجوب من قبيل الوجود المطلق أى غير المحدود و الندب من الوجود المحدود فيشكل بقاء الندب بعد نسخ الوجوب.

هذا فى مقام الثبوت، و اما فى مقام الاثبات فتاره يكون دليل الناسخ الحاكم على دليل المنسوخ له نظر و حكمه بنحو يرفع جميع مراتب المنسوخ فيوجب رفع اليد عن دليل المنسوخ و أخرى لم يكن كذلك بل له حكمه و نظر يرفع بعض مراتب المنسوخ و يبقى البعض الآخر و حيث ان المقام من قبيل النحو الثانى و ان دليل الناسخ يرفع بعض مراتب

ص: ١١١

---

١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٤ كراهه ترك الوصيه.

٢- (٢) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٥ جواز الوصيه لوارث إلا أن نص الحديث عن النبى (ص) فى خطبه الوداع الى ان قال و لا تجوز الوصيه لوارث باكثر من الثلث.

المنسوخ الذى هو الالزام فيؤخذ بظهور دليل المنسوخ و يثبت نفس الرجحان الذى هو الاستحباب، بل لو شك في مقدار رفع دليل الناسخ فيؤخذ بالقدر المتيقن فيه و هو حمله على نفس الالزام و يؤخذ بظاهر دليل المنسوخ و يثبت الرجحان و يثبت الاستحباب، و عليه يستفاد من لفظه (كتب) في الآيه الشريفه الاستحباب، كما أنه يستفاد الاستحباب أيضا من الأخبار الداله على الحث على الوصيه، فقد روى ابن بابويه و الشيخ عن سليمان بن جعفر عن أبى عبد الله (ع) قال: قال رسول الله (ص): من لم يحسن وصيته عند الموت كان نقصا في مروته و عقله، قيل يا رسول الله و كيف يوصى الميت؟ قال: اذا حضرته الوفاه و اجتمع الناس اليه قال اللهم فاطر السموات و الأرض عالم الغيب و الشهاده الرحمن الرحيم اللهم انى أعهد اليك فى دار الدنيا انى اشهد ان لا إله إلا أنت وحدك لا شريك لك و ان محمدا عبدك و رسولك و ان الجنة حق و النار حق، و ان البعث حق و الحساب حق و القبر حق و الميزان حق، و ان القرآن كما انزلت، و انك أنت الله الحق المبين، جزى الله محمدا (ص) خير الجزاء و حيبى الله محمدا و آل محمد بالسلام اللهم يا عدتى عند كربتى و يا صاحبى عند شدتى و يا ولى نعمتى إلهى و إله آبائى لا تكلنى الى نفسى طرفه عين أبدا فانك ان تكلنى الى نفسى أقرب من الشر و أبعد من الخير، فآنس فى القبر و حشتى و اجعل لى عهدا يوم القاك منشورا، ثم وصى بحاجته و تصديق هذه الوصيه فى القرآن فى السوره التى يذكر فيها مريم فى قوله عز و جل: «لَا يَمْلِكُونَ الشَّفَاعَةَ إِلَّا مَنِ اتَّخَذَ عِنْدَ الرَّحْمَنِ عَهْدًا»، فهذا عهد الميت، و الوصيه حق على كل مسلم ان يحفظ هذه الوصيه و يعلمها، قال أمير المؤمنين (ع)

علمنيها رسول الله و قال رسول الله (ص) علمنيها جبرئيل... الخبر(١) و قد وردت عده أخبار بمضمون واحد و هو ان الوصيه حق على كل مسلم، و روى الشيخ قدس سره في كتاب المصباح انه لا ينبغي أن يبيت إلا و وصيته تحت رأسه، و في المقنعه عنه عليه السلام من مات بغير وصيه مات ميتة جاهليه، و في نوادر الراوندى قال: قال النبي (ص):

من مات على وصيه حسنه مات شهيدا، و من لم يحسن وصيته كان ذلك نقصا في عقله و مروته، و الوصيه حق على كل مسلم(٢)، و قد ورد ان المريض إذا أشرف على الموت لا بد له من راحه تسمى براحه الموت لأجل الوصيه كما في خبر الكافي عن الوليد بن صبيح قال صحبني مولى لأبي عبد الله (ع) يقال له (عين) فاشتكى أياما ثم برىء، ثم مات فأخذت متاعه و ما كان له فأتيت به أبا عبد الله (ع) فاخبرته انه اشتكى ثم برىء ثم مات قال: تلك راحه الموت اما انه ليس من أحد يموت حتى يرد الله عز و جل من سمعه و بصره و عقله للوصيه أخذ أو ترك(٣) الى غير ذلك من الأخبار الداله على محبوبيه أصل الوصيه بل تجب الوصيه إذا ظهرت امارات الموت بايصال ما تحت يده من أموال الناس من الودائع و الامانات الى أهلها خصوصا إذا خفيت على الورثه و كذا ما عليه من الحقوق الشرعيه كالخمس و الزكاه و رد المظالم، و لو كان الورثه محاويج جاز احتسابها عليهم و ان كانوا ممن تجب نفقتهم على المورث لانقطاع الوجوب عنه بالموت إلا انه يستحب دفع شيء منها لغيرهم لروايه على

ص: ١١٣

---

١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٣ استحباب الوصيه بالمأثور.

٢- (٢) الوسائل كتاب الوصايا باب ١ وجوب الوصيه على من عليه حق.

٣- (٣) الوسائل كتاب الوصايا باب ٤ كراهه ترك الوصيه.

ابن يقطين فى الصحيح قلت لابي الحسن الاول عليه السلام رجل مات و عليه زكاه و أوصى ان يقضى عنه الزكاه و ولده محاويج إن دفعوها أضّرّ بهم ذلك ضررا شديدا، فقال يخرجونها فيعودون بها على أنفسهم و يخرجون منها شيئا فتدفع الى غيرهم (١) و ان كان يظهر منه وجوب الدفع الى غيرهم إلا ان الاصحاب لم يلتزموا بذلك بل متسالمون على استحباب دفع بعض ما اوصى به من الزكاه الى غيرهم و يجب دفع ما عليه من الديون و الضمانات و الديات و اروش الجنائيات بل ما عليه من الواجبات البدنيه كالصلاه و الصوم مع عدم الثقه بادائها و عليه تحمل تلك الأخبار المستفاد منها الوجوب. نعم يستحب له الإيضاء فيما اذا كان يعلم بحصول من يوصل الامانات الى أهلها أو عنده ولى يؤدي عنه الصيام و الصلاه هذا بالنسبه الى أصل الوصيه.

### ليس للمرء الا ثلث ما يملك

و أما بالنسبه الى المقدار الموصى به فالأخبار الكثيره الوارده المصرحه بانه ليس للمرء إلا ثلث ماله كروايه شعيب بن يعقوب عن أبى بصير قال سألت أبا عبد الله (ع): عن الرجل يموت ماله من ماله؟ فقال: له ثلث ماله (٢)، و عن على بن يقطين قال سألت أبا الحسن ما للرجل من ماله عند موته؟ قال: الثلث و الثلث كثير الى غير ذلك من المطلقات الداله على انه ليس له إلا الثلث و ان لم يوص إلا انه توجد روايات بمضمون انه مع عدم الوصيه ليس له من ماله شيء، ففي روايه ابن عمير عن ابن سنان اى عبد الله عن

ص: ١١٤

١- (١) الوسائل كتاب الزكاه باب ١٤ دفع الزكاه الى واجب النفقه ليصرفه فى التوسعه ج ٣ حديث ٥ الطبعه القديمه.

٢- (٢) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٠ جواز الوصيه بثلث المال ج ٢.

أبى عبد الله قال ما للرجل عند موته؟ قال: ثلث ماله و ان لم يوص فليس على الورثه امضاؤه(١) ، فان مثل هذه الروايه توجب تقييد تلك المطلقات. مضافا الى انه بعد التأمل فى تلك المطلقات ترى انها وارده فى مقام الوصيه و فى مقام بيان ان ليس له ان يوصى بتمام المال و تنفذ الوصيه فى الجميع و لو لم يجز الورثه كما ادعاه على بن بابويه (قدس سره) من نفوذ الوصيه من الاصل، قال ابن بابويه فان أوصى بالثلث فهو الغايه فى الوصيه، فان أوصى بماله كله فهو أعلم بما فعل و يلزم الوصى انفاذ وصيته على ما أوصى تمسكا بالرضوى فان أوصى بماله كله فهو أعلم بما فعله، و فى الخبر الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح ان أوصى به كله فهو جائز(٢) ، و مثله أخبار اخر. و بالجمله تلك الأخبار المتقدمه ليس فيها اطلاق لكى يؤخذ باطلاقها و من شرط التمسك بالاطلاق أن يكون فى مقام البيان من تلك الجبهه و قد عرفت انها فى مقام بيان انه ليس له إلا الثلث فتكون معارضه للاخبار الداله على ان له ان يوصى بتمام المال و لو لم تجز الورثه.

و اما هذه الأخبار التى استند اليها على بن بابويه و أفتى بمضمونها فليست داله على مدعاه، و انما تدل على جواز التصرف بما شاء مع اجازة الورثه و عدم ردهم لها، مضافا الى الأخبار الكثيره الداله على انه ليس له إلا- الثلث كروايه الحسين بن محمد الرازى قال كتبت الى أبى الحسن (ع) الرجل يموت فيوصى بماله كله فى ابواب الخير أو

ص: ١١٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل كتاب الوصايا باب ١١ جواز الوصيه بثلث المال ج ٢.

٢- (٣) الوسائل كتاب الوصايا باب ١١ ان من أوصى بأكثر من الثلث ج ٢.

بأكثر من الثلث هل يجوز ذلك له و كيف يصنع الوصى؟ فكتب:

«تجاز وصيته ما لم يتعد الثلث»<sup>(١)</sup>، و ما عن التهذيب عن علي بن عقبه عن أبي عبد الله (ع) عن رجل حضرته الوفاة فاعتق مملوكا ليس له غيره فابى الورثة ان يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه؟ قال (ع):

«ما يعتق منه إلا- ثلثه و سائر الورثة أحق بذلك و لهم ما بقى»، و ان كنا فى غنى عن هذه الروايات لكونها تدل على كون المريض محجورا عليه أيام مرضه إذا تعقب به الموت و يستفاد ان منجزاته من الثلث على ما سيجىء ان شاء الله تعالى. و على كل فالأخبار الكثيره فى الوقائع المتعدده تدل على انه ليس للشخص إلا ثلث ماله مع عدم اجازة الورثة و يظهر ذلك للمتتبع<sup>(٢)</sup>.

إذا عرفت ذلك فاعلم انه يقع الكلام فى الوصيه من جهات.

الأولى: انه لا اشكال فى احتياج الوصيه الى ايجاب تنشأ به و يقع بكل ما يدل عليه من لفظ صريح كقوله أوصيتك بكذا، و تسمى بالعهدية من قولهم عهد اليه ان يعمل الامر الفلانى، أو وصيت لزيد بكذا، و تعرف بالوصيه التملكيه، أو غير صريح بنحو يستفاد منه انه فى مقام الوصيه و لو مع القرينه كقولهم هذا لزيد بعد وفاته، فان قوله هذا لزيد من دون ضم باقى الجملة اليه يحتمل كونه هبه أو اقرارا، بل الظاهر كفايه الكتابه و الاشاره مع القدره على الكلام، و مع احراز كونه بصدد الوصيه حتى لو وجد خطه و امضاؤه بنحو يعلم منه اراده

ص: ١١٤

١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ١١ ان من أوصى بأكثر من الثلث

٢- (٢) نعم فى خصوص من ليس له وارث خاص تجوز وصيته فى جميع امواله كما عن التذكرة و به قال ابو حنفيه و الشافعى و احمد فى احد قولويه.

الوصيه فيجب تنفيذها كما يستفاد ذلك من الاخبار كقوله لا ينبغي لامرئ مسلم ان يبيت إلا ووصيته تحت رأسه، وروايه الصدوق عن ابراهيم بن محمد الهمداني قال كتبت اليه الى ان قال إلا- انه كتب كتابا فيه ما أراد ان يوصى به هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه و لم يأمرهم بذلك؟ فكتب ان كان له ولد ينفذون كل شيء يجدون في كتاب ابيهم في وجه البر وغيره(١). و منه يظهر عدم اختصاص الاشاره و الكتابه بحال الضروره كما عن جماعه(٢).

### الوصيه عهديه و تمليكيه

ثم لا يخفى ان الوصيه بقسميها عهديا و تمليكي تفتقر الى الايجاب أما العهديه فهي ان يطلب التصرف فيما يعود الى ذمته في محل خاص أو باخراج مال من ثلثه لمن ينوب عنه في العبادات من الصلاه و الصيام و الحج و الزياره أو يوقف أو بقيه أنواع الخيرات و المبرات، و اما التمليكيه فهي الوصيه لشخص معين بالتملك لشيء بعد وفاته، بان يقول هذه الدار لزيد بعد وفاتي أو للنوع كالفقراء و العلماء، أو الوصيه للجهات العامه كالمساجد و المدارس و الخانات للزوار فانها كلها مفتقره الى الايجاب بكل ما دل على انشاء الوصيه، و ربما يقال بان التمليك للنوع من الوصيه العهديه إذ لا معنى لتمليك النوع و انما هي مصارف لكنه ممنوع إذ لا- محذور في تمليك النوع كالزكاه للفقراء بناء على انه للتمليك كما هو ظاهر اللام في قوله تعالى: «إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ» الآيه،

ص: ١١٧

١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٤٨ جواز الوصيه بالكتابه ج ٢

٢- (٢) و عن أبي حنيفة و احمد ان اشاره الموصى و كتابته كالنطق فيما اذا اعتقل لسانه و استمر به ذلك زمنا طويلا بنحو يكون كالاخرس خلافا لابن ادريس و مالك فانهما اشترطا ذلك. الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣.

بل لا محذور فى تملك العنوان كما هو ربما يقال بالنسبه الى التملك للحكومہ و انها تملك و ان كان فرق بين المقام و بين عنوان الحكومہ، ففى المقام كلى ينطبق على افراده كعنوان الفقراء و العلماء فان كل فرد من الافراد يملك بعد القبض و الانطباق، و اما الحكومہ فملكه العنوان ملكه اعتباريه قائمه بنفسها و الاشخاص التى تتألف منها الهيئه الحاكمه انما هى كاجزاء لذلك العنوان أو كمنشأ لاعتبار ذلك العنوان و ان كان كل فرد من أفراد الهيئه الحاكمه اخذت على نحو البديله، و على ذلك يتصور التملك للحكومہ و تملكها مع مساعده العرف لذلك فان الملكيه لما كانت امرا اعتباريا يحصل من اعتبار المعترف و قد اعتبر العقلاء ذلك، و لو منعنا عن ملكه مثل هذا العنوان أى الهيئه الحاكمه لمنعنا ملكه النوع كالفقراء و العلماء لأن النوع أيضا أمر اعتبارى و الفرق بينهما من حيث التملك بالقبض و الانطباق غير فارق، و لذا التزم بعض مشائخنا فى درسه و قال بانه لا مانع من ملكه المنافع و الاعيان للهيئه الحاكمه المسماه بالدوله، و ادعى مساعده العرف الذى هو منشأ التملك بذلك و عليه بنى صحه القرض لهم من دون اشتغال ذمه أحد منهم بالخصوص، و يؤيد ذلك انه لا معنى لكون السلطان هو المالك بشخصه اذ ربما يكون صغيرا أو سفيها، و الانصاف أن تصور ذلك ممكن و وقوعه لا محذور فيه مع اعتبار العقلاء و العرف ذلك. نعم يحتاج بالنسبه الى اصدار المعاملات منها الى امضاء شرعى لا بالنسبه الى تملكها. و دعوى ان التملك لتلك الهيئه الحاكمه قد امضيت من قبل الشارع، فان مثل الجسور و السفن و البريد كانت فى زمان المعصوم سلام الله عليه بلا نهى و ردع منه و هو كاف للامضاء فى محل المنع، و انما الاذن و الامضاء ورد بالنسبه الى خصوص الخراج و المقاسمه دون



غيرهما، و عدم الردع لا يكفى مع احتمال عدم السماع منه (ع)

## تملك الهيئة الحاكمة

مضافا الى ان تملك الهيئة الحاكمة لما كان أمرا معقولا و متصورا و ليس محذورا فى تملك الهيئة الحاكمة للمعاملات المباحه كالبريد و المشاريع المحلله فلا حاجه الى الامضاء الشرعى فى اصل التملك، نعم يحتاج الى مراجعه الحاكم الشرعى لاصدار بعض المعاملات كبيعها و ايجارها و قرضها و سائر المعاملات المباحه كما هو كذلك بالنسبه الى العنوان القابل للانطباق كالوقف على العلماء و السادات فمع وجود المتولى المنصوب من قبل الواقف فهو الذى يرجع اليه و إلا فيلزم مراجعه الحاكم الشرعى بأخذ اذن فى التصرف. هذا بالنسبه الى الوقف على العنوان.

و اما الوقف الخاص كالوقف على البطون فمع عدم نصب المتولى من الواقف يكون الموقوف عليهم هم المتولون، فان حقيقه الوقف الخاص نحو من التملك، و اما بالنسبه الى الهيئة الحاكمة فمع انها هى المالكه ليس قابله لاصدار المعاملات لذا يلزم مراجعه الحاكم الشرعى باخذ اجازة منه بالنسبه الى التصرفات التى تصدرها الهيئة الحاكمة و اما شخص الهيئة الحاكمة ليس له اعطاء التولية لأحد يتصدى فى اصدار تلك المعاملات لعدم تملك تلك الاشخاص بالخصوص و انما الملكيه قائمه باعضاء تلك الهيئة على نحو البديل. فظهر مما ذكرنا ان مراجعه الحاكم الشرعى ليس فى أصل تملكها بل لصحة تلك المعاملات الصادره من أعضاء الهيئة الحاكمة أو لمن تنصبه تلك الهيئة الحاكمة.

و دعوى انه بناء على ان الهيئة الحاكمة هى المالكه فلها ان تنصب من تشاء لاصدار تلك المعاملات ممنوعه لما عرفت ان تلك الهيئة ليس لها قابليه للنصب كما هو كذلك بالنسبه الى الأوقاف العامه غير المنصوب فيها متول خاص يلزم بمراجعته الحاكم الشرعى، بل ربما يقال بانه لا معنى

تتملك الهيئة الحاكمة لأن الملكية أمر اعتبارى، فعلى القول بتملك الهيئة الحاكمة تكون تلك الملكية قائمه بامر اعتبارى بنحو لا- ينطبق على ما فى الخارج بنحو يملك بالقبض كما هو بالنسبه الى تملك العنوان كالعلماء و السادات، فان من يقول بالملكيه لا يقول بتملك اعضاء الهيئة و لا يخفى ان هذا الذى ذكرنا يجرى بالنسبه الى البنوك و المصارف الحكوميه فعلى القول بملكيه تلك الهيئة الحاكمة و لها التصرف و ملكيتها متحققه بالنسبه الى المعاملات و لها ان تنصب من تشاء لاصدار تلك المعاملات المباحه من القرض و البيع و الرهن و نحو ذلك من دون مراجعه الحاكم الشرعى، فحينئذ يشكل القرض المشتمل على الربح من تلك البنوك و المصارف التى راجعه الى الحكومه فانه يكون من الربا القرضى المسلم حرمة (١) فيحتاج الى التخلص و الفرار من الربا

المحرم، و ما يقال بأن الربح لم يؤخذ في معاملة القرض بالنسبة الى البنوك فلا يحرم القرض منها و ان اشتمل على الربح فهو في محل المنع لان الربح من الامور المأخوذه في المعاملة و ليس مثل الشروط المتقدمه على المعاملة المسماه بشروط التبانى بناء على كونها من الشروط

ص: ١٢١

الابتدائية التي لا- يجب الوفاء بها بل انها من الامور المأخوذة في المعاملة المعلوم اخذه عند الطرفين، فالربح في هذه المعاملة كشرط ضمني و لذا وقع الاشكال من بعض الاعلام بالنسبة الى القرض المأخوذ من البنوك لبنائه على تملك تلك الهيئة بالنسبة الى المشاريع المباحه و غير محتاجه الى

ص: ١٢٢

الاذن الشرعى فى صحه تصرفات ما يصدر من الهيئه الحاكمه بالنسبه الى المعاملات المباحه و صحه تصرفات من تنصبه تلك الهيئه الحاكمه و ان يدها حينئذ تكون يد ملك فيحكم بما تحت يدها بانه لها ان لم يعلم بكون المال المعين للغير كما هو شأن كل يد فان المشكوك كون ما تحت اليد لذى اليد أم لغيره فبقاعده اليد يحكم بكونه لصاحب

ص: ١٢٣

اليد إلا اذا علم انه بشخصه للغير فنفس الاحتمال بان ما هو بيد الهيئه الحاكمه من المشاريع المحلله المملوكه لها موجب للحكم يكون ما تحت يد الهيئه الحاكمه هو لها و انه ملك لها و تترتب احكام الربا و غيره على تلك المعاملات. هذا بالنسبه الى الهيئه الحاكمه، و اما مثل عنوان العلماء و الفقراء و السادات الذى يظهر من الاصحاب الالتزام بصحة تملك العنوان و يجعلون من أوصى الى تلك العناوين من الوصيه التمليكيه و ليس من الوصيه العهديه. نعم لا يبعد كون الوصيه الى الجهات كالمدارس و المشاهد و المساجد من سنخ الوصيه العهديه إذ يبعد تملك الجبهه، و عليه تكون الوصيه بهذه الجهات مصارفا كما قيل بالنسبه الى أصناف المستحقين للزكاه لا بنحو التمليك و انما هى مصارف و ان كان ظاهر اللام فى قوله تعالى: «إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسَاكِينِ» (١) لتمليك العنوان إلا- انه يلزم الخروج عن ذلك الظهور بناء على عدم تصور تملك الجبهه كالأموال الخيرييه المدرجه تحت قوله تعالى: وَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، كالمساجد و المدارس و الأماكن المعده للزائرين و باقى الامور الخيرييه التى هى أحد الأصناف المذكوره فى الآيه لحفظ وحده السياق.

فعليه يلزم ان تكون اللام فى جميع الاصناف للاختصاص بمعنى يختص صرف الزكاه فى الاصناف المذكوره فى الآيه و بذلك يرتفع ظهور اللام فى الآيه فى الملك. نعم لا مانع من استفاده تملك العنوان كالفقراء و المساكين فى الزكاه من دال آخر، اللهم إلا ان نقول وفاقا لبعض مشائخنا (قده) من تصوير تمليك الجبهه كمثل الاوقاف الراجعه الى

ص: ١٢٤

العتبات المقدسه و المشاهد المشرفه و المدارس و الخانات فلذا يصح القرض من منافع تلك الاوقاف كما هو المتعارف من أوقاف الامام ثامن الائمه سلام الله عليهم و ارجاع الجميع الى تملك المسلم لا وجه له إلا بدعوى كون المالك من ذوى الشعور و هو فى محل منع و إلا- لمنع من تملك العنوان إذ طبيعى المالك للزكاه لا- شعور له. فعليه تكون اللام فى الآيه المذكوره للتمليك فى جميع الأصناف، و لكن الانصاف ان الالتزام بذلك محل نظر، إلا مع مساعده العرف و بناء العقلاء على ذلك. و دعوى ذلك تحتاج الى دليل بل يمكن دعوى ان العرف و العقلاء لا يعتبرون هذه الجهات هى المالكه و ان اعتبروا مالكيه العنوان كالفقراء و العلماء و السادات و لا- يعتبر فى المالكيه شعور و ادراك بالفعل. نعم يعتبر ان يكون قابلا للانطباق على ذى شعور، فنفس القابليه للانطباق يصيره مالكا عندهم، و لذا قلنا ان الميت لا يكون مالكا لعهده من الجمادات عرفا. و اما الاتصاف بالشعور و الادراك بالفعل فليس معتبرا فى الاتصاف بالمالكيه عندهم.

### الوصيه من الايقاعات

الجهه الثانيه فى أن الوصيه من العقود أو من الايقاعات فنقول يستفاد من الأخبار عدم اعتبار القبول فى الوصيه العهديه بل يجب القيام بما عهد و بما أوصى به بمجرد الموت و عدم الرد فى حياه الموصى و اما الرد بعد وفاته فلا أثر له لتحقق السبب و هو تحقق الايجاب المعلق على الوفاء، و الظاهر انه برد الوصى لا تبطل الوصيه ما لم يرجع الموصى فى وصيته و عليه يرجع الأمر الى الحاكم الشرعى فانه يقوم بتنفيذ الوصيه مباشره أو تسيبيا. نعم لو علم أن انشاء الوصيه على نحو وحده المطلوب فبالرد تبطل الوصيه، و اما الوصيه التملكيه فما كان من قبيل تملك العنوان كالعالم و نحوه، فلا اشكال فى عدم اعتبار

القبول إذ لا- معنى لقبول العنوان المملك له، و قبول بعض الأفراد ترجيح بلا مرجح بل لا معنى لقبول الفرد المنحصر به ذلك العنوان لعدم تملك الفرد إلا بانطباق كلى عليه، فقبول الفرد ورده اجنبى عن تملك العنوان فلذا التزم من قال باعتبار القبول فى الوصيه التملكيه بقبول الحاكم الشرعى، و لكن لا يخفى ان ذلك ليس من وظائف الحاكم الشرعى فان له الولاية على الغائب أو المال الذى لا- وارث له و نحو ذلك و المقام ليس من هذا القبيل مضافا الى كونه خلافا للسيره المستمره من المتشرعه بالايضاء الى العناوين كالفقراء و الساده و العلماء و لا سيما الايضاء الى الجهات كالقناطر و الخانات المعده للزائرين و المدارس بناء على صحه تملك الجبهه فان الوصيه تصح و تتحقق فى جميع ذلك و لا يرجع فى ذلك الى الحاكم الشرعى لا فى حياه الموصى و لا بعد موته بل الوصى يقوم بتنفيذ ما أوصاه الموصى بعد وفاته من الأمور العهديه و التملكيه.. و اما الوصيه التملكيه التى تكون من قبيل تملك لشخص خاص كهذا لزيد بعد وفاته فهل القبول معتبر من الموصى له أم لا؟ قال بالأول جماعه بل نسب الى المشهور فيكون من العقود استنادا الى ان دخول الشئ فى ملك شخص خاص يفتقر الى قبوله، و قد اختلفت كلمات الأصحاب فى اعتبار القبول هل هو بنحو الجزئيه أو الشرطيه، و على الثانى هل هو بنحو النقل أو الكشف؟؟ الظاهر من يقول ان الوصيه من العقود هو اعتبار القبول بنحو الجزئيه و به يتم العقد و يترتب الملكيه. و من هذا التزم بعضهم بتحقق القبول بعد الوفاه لكى يحصل التطابق بين الايجاب و القبول، و اما لو حصل حال الحياه فلا تحصل المطابقه كما لو حصل قبل الوصيه و لكن لا يخفى ان العقد يتحقق بالقبول و لو قبل الوفاه إذ المطابقه تحصل مع حياه



الموصى لأن القبول رضى بالايجاب و لو كان الايجاب معلقا على الموت و اما من اعتبر القبول شرطا سواء كان ناقلا أم كاشفا، و سواء كان الشرط للعقد كما هو ظاهر اكثر من يقول بالشرطيه أو شرطا للموت كما يظهر من المحقق (قدس سره) فهو لا يقول بكون الوصيه من العقود بل هي من الايقاع إلا انه ليس من الصريح و لا تنافى بين الايقاعيه، و كون القبول شرطا لكون شرطيه، انما هي فى مقام التأثير تتوقف على القبول بل حتى اذا اعتبرنا القبض فى مقام التأثير لا ينافى الايقاعيه لرجوعها الى مقام التأثير، الظاهر وفاقا لمن تأخر عدم اعتبار القبول أصلا لا بنحو الجزئيه و لا الشرطيه فهو من الايقاع المحض قال فى الحدائق انى لم اتحقق فى الأخبار ما يدل على اعتبار القبول و ان كانت الوصيه لمعين بل ربما يظهر من اطلاقها العدم ثم ذكر الأخبار الصحيحه كصحيحه زراره عن أبى جعفر (ع) فى رجل أوصى بثلث ماله فى أعمامه و أخواله فقال لأعمامه الثلثان و لأخواله الثلث(١) و ان اعترف فى آخر كلامه بأنه خلاف ما يفهم من كلامهم، و قوى (السيد قدس سره فى العروه) ذلك أيضا بما لفظه: (و يحتمل قويا عدم اعتبار القبول فيها.. الخ).

نعم بما ان فى التملكه الشخصيه حقيقه الايجاب فيها ادخال المال فى ملك الغير و هو يتوقف على رضاه، فمع الرد تحصل المانع فى التأثير و قال الشيخ (قدس سره) فى شرائط العقد ان حقيقه الوصيه هى الايضاء بعد قوله و هو أى القبول شرط لا ركن. بيانه ان العقد مأخوذ فى مفهومه المعاهده و المعاقده و هذا لا يحصل إلا بالايجاب و القبول المرتبط بالايجاب، و فى الوصيه لما لم يكن فيها معاهده و معاقده بل صرف

ص: ١٢٧

---

١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٦٢ حكم من أوصى لأعمامه و أخواله ج ٢.

ايضاء فلا حاجة الى القبول أصلا، أما فى العهديه فعدم وجود المعاهده و المعاقده واضح، فلذا تصح و تتحقق مع عدم التفات الوصى نعم له الرد فى حياه الموصى كما هو مستفاد من الأخبار، و اما التمليكيه فحقيقتها جعل الشىء ملكا للغير بعد موته من دون معاهده و معاقده.

نعم ادخاله فى ملكك الغير يحتاج الى رضاه، فمع عدم رضاه يكون مانعا من تأثير الايجاب، و سره هو ان ادخاله فى ملكك الغير بدون رضاه يوجب ان يكون الموصى ذا سلطنه على الغير و ليس من شؤون سلطنه الشخص على ماله السلطنه على غيره ففى تنفيذ الوصيه يتوقف على رضاه و عدم رده فهو يشبه العقود من حيث التنفيذ و يشبه الايقاع من جهه عدم المعاهده و المعاقده. هذا غايه توضيح كلام شيخنا الأنصارى (قدس سره) و قد أورد بعض من علق على قوله «شرط لا ركن» بأن ركنيه القبول لا تنافى الايقاعيه فان الشرطيه انما هى فى مقام التنفيذ و كذا الركنيه أيضا فى مقام التنفيذ و التأثير و يكون حاله حال القبض كما ان القبض لو قلنا باعتباره مع كونه ركنيا فى مقام التأثير لا ينافى الايقاع كذلك القبول مع كونه ركنيا لا ينافى الايقاعيه، و لكن لا يخفى ان غرضه (قدس سره) من الركنيه هو الجزء فتكون الوصيه حينئذ من العقود فنفى (قدس سره) كون القبول ركنيا أى جزءا و قال انه شرط و الشرطيه ترجع الى مقام التنفيذ و التأثير و لذا فرع على ذلك بقوله لو مات قام وارثه مقامه، فانه لو كان القبول معتبرا بنحو الركنيه لما كان وجه لقيام الوارث مقام مورثه، إذ عليه تكون الوصيه من العقود فيحتاج الى ايجاب و قبول، فموت الشخص بعد الايجاب قبل القبول يوجب رفع اثر الايجاب، و الانصاف ان قيام الوارث مقام مورثه انما هو بمساعدته الدليل و لولاه لما صح قيام

الوارث، و لو كان القبول اخذ بنحو الشرطيه يكون حاله حال القبض فى الهبه فى اعتباره فى مقام التأثير، فلو مات الموهوب له بعد الايجاب و القبول قبل القبض يشكل قيام الوارث مقامه، اللهم إلا ان يقال ان الملكيه المنشأه بعد الموت متحققه على تقدير كون القبول شرطاً بعد موت المورث و يحتاج الى امضاء من قبل الشارع و الامضاء معلق على القبول فمع موت المورث الشارع أمضى الملكيه المتحققه بقبول الوارث لا- انه يرث القبول بخلاف ما لو قلنا بأن القبول ركن ليكون من العقود، فقبل القبول لا ملكيه أصلاً. فأى معنى لقيام الوارث مقام مورثه إلا- انه يبقى سؤال الفرق بين موت المورث قبل القبض فى الهبه و بين موت المورث قبل القبول بناء على شرطيته و ليس إلا قيام الدليل فى الثانى دون الأول.

و كيف كان فقد ظهر مما ذكرنا ان مقتضى العمومات هو عدم الاحتياج الى القبول لا بنحو الجزئيه و لا بنحو الشرطيه و انما الاستفادة من الدليل ان عدم الرد كاف فى الدخول فى ملك الموصى له. و دعوى انه يستلزم الملك القهرى مع انه لا يوجد غير الارث ممنوعه فانه لا مانع من الالتزام به اذا ساعدنا الدليل كما عرفت من ظاهر الآيات و الأخبار كما اعترف به صاحب الحدائق مضافاً الى وجود نظير له و هو الوقف الخاص كالوقف على البطون بناء على ما هو الحق من تلقى البطن اللاحق الوقف من الواقف لا من البطن السابق ملكيه قهرية.

الثالثه: بناء على اعتبار القبول هل يكفى القبول فى حال الحياه أم لا بد من القبول بعد الوفاه فلا يكفى وقوعه فى حال الحياه؟ قيل بالثانى و ينسب الى العلامه (قدس سره) محتجاً له بوجهين الأول بعدم

حصول الملكيه حال الحياه، الثانى عدم التطابق بين الايجاب و القبول حيث ان الايجاب معلق على الموت و القبول فى حال الحياه فلا- تطابق بينهما و تبعه على ذلك جماعه حيث قالوا ان القبول قبل الموت، كالقبول قبل الوصيه مضافا الى ان القبول اما كاشف أو ناقل و يمتنع تحققه فى حال الحياه بكلا النحويين، و لكن لا يخفى ان القبول هو الرضى بما انشأ فالمنشأ ان كان فعليا فالرضى به فعلى، و ان كان معلقا فالرضى به معلق و بذلك تتحقق المطابقه، و أجاب بعض بحصول المطابقه فى حال الحياه بتقريب ان الملكيه متحققه - فيها أى - فى حال الحياه و لو لا- ذلك للزم تخلف المنشأ على الانشاء، و لا- يخفى ما فيه، فان الملكيه المنشأه لم تتحقق فى حال الحياه مع فرض انشائها معلقه على الموت فلا ملكيه منشأه قبل الموت بل لو تحقق قبله لزم التخلف، فحقيقه الوصيه انشاء معلق و يشبه التدبير ان لم يكن التدبير منها و تخالف العقود، و قد حررنا ذلك فى البيع مع الفرق بين العقود و الايقاعات و لا بأس بذكر ذلك، و بيانه يتوقف على امرين:

الأول ان الأفعال البسيطة الصادره من الفاعلين على قسمين قسم يكون تمام قوامه بيد شخص واحد من دون حاجه الى مطاوعه شخص آخر و قبوله، و قسم يكون قوامه يتوقف تحققه على مطاوعه شخص آخر، فالأول يسمى بالايقاع كالعق و الطلاق و نحوهما، و الثانى يسمى بالعقد، فالعقد مركب من الايجاب و القبول كالبيع و الهبه و نحوهما مثلا الموجب يوجد جزء و القابل يوجد جزء آخر و بعد تحققهما تترتب الملكيه، و بعبارة أخرى الملكيه التى هى اضافه فى المعامله القصديه تتحقق بفعل الشخصين، فكل شخص أوجد جزءا معدا لو انضم الى الجزء الآخر الحاصل من فعل الشخص الاخر لترتب عليه الأثر المقصود

بخلاف الایجاد الایقاعی فإنه یحصل بمجرد الایجاب من شخص واحد و یرظهر ذلك من الامضاء الشرعی لما انشأ فان امضى الأثر المترتب عرفا على فعل الشخصین فهو العقد الشرعی، و ان امضى الشارع الأثر المترتب عرفا على فعل شخص واحد فهو المسمى بالایقاع.

### التعلیق فی الایقاع باطل

الأمر الثانی: ان التعلیق تاره یكون نفس الانشاء معلقا و اخرى یكون نفس المنشأ، و الأول هو من الأمور المستحیله لأن الایجاد الاعتباری على نحو الایجاد الخارجی، فكما ان الایجاد الخارجی لا یعقل تعلیقه على أمر متأخر كذلك الایجاد الاعتباری، و اما الثانی أى تعلیق المنشأ فتاره بسبب اللفظ و اخرى حقیقه معلقه من دون تعلیق فی اللفظ. اما الأول فهو أمر ممكن و واقع كالواجب المشروط فی التکلیفات على ما هو المشهور من ان الوجوب معلق على شیء كالحج، فان وجوبه معلق على تحقق الاستطاعه، فقبل الاستطاعه لا وجوب.

هذا فی التکلیفات، و اما الوضعیات فإنه لا مانع عقلا من تعلیق المملکیه المنشأه على مجيء الحاج مثلا و نحوه مما علم بتحقیقه أو احتمال إلا انه قام الاجماع على عدم وقوعه فی الوضعیات و ان التعلیق مبطل لها إلا فی الوصیه و التدبیر و ان كان ربما یناقش فی تحقق هذا الاجماع، قال السید قدس سره فی حاشیه المكاسب ما لفظه: (ان المحکی عن القاضی عدم المنع من التعلیق على الوقت) و عن ابن الجنید عدم المنع من التعلیق على الشرط، و عن النهایه و الاستبصار انه یقع العتق مشروطا فی الندور و القربات كقوله ان شافانی الله فعبدی حر. انتهى...

و على كل فقد نقل الاجماع على عدم وقوع التعلیق فی غیر الوصیه و التدبیر و کلها تكون منجزه، فلا تصح بعت أو صالحت أو آجرت أو أبرأت بعد وفاتی أو بعد مجيء زید أو أعتقت بعد مجیئه. نعم یصح

يباع أو يوقف أو يعتق بعد وفاتي و تكون من الوصيه بأن تنشأ هذه الأمور بعد الوفاه فيجب على الوصى تنفيذها بأن يجرى الوصى صيغ تلك الأمور.

و اما الثانى ما يكون واقعه و حقيقته معلقا من دون توسط لفظ فان جل العقود ليس فيها تعليق فى اللفظ إلا ان لها واقعا يتحقق من فعل الموجب و قبول القابل، فتحقيقه يتوقف عليهما فهو تعليق واقعى لا- لفظى. و لا- يخفى ان التعليق فى العقود لم يتعلق بواقعه أى الأثر المترتب على انشاء الموجب و قبول القابل و ان ادعاه بعض، فان الأمر الواقعى المترتب أى الملكيه المترتبه على انشاء التمليك و مطاوعه القابل ليست هى المنشأ و إلا- ان تحققت قبل قبول القابل لزم عدم دخل القبول فى العقد و ان لم تحصل لزم تخلف المنشأ عن الانشاء. و دعوى ان الموجب ينشئ الملكيه بعد القبول ليكون مثل الوصيه ممنوعه، لأنه يلزم ان يكون القبول أخذ بنحو الشرطيه لا- بنحو الجزئيه و هو خلاف لانزم العقود. فالتحقيق أن يقال هو ان العقد لما كان مأخوذا فى مفهومه المعاهده و المعاقده و هو لا يحصل إلا بانشاء الموجب و قبول القابل فيكون كل من الموجب و القابل قد أوجدا جزء من جزئيه، و بعد تحققهما يترتب ذلك الأمر البسيط أى الملكيه العرفيه الممضاه من قبل الشارع، فالملكيه الممضاه شرعا مسببه عن الموجب و القابل لا- انها هى المنشأ بانشاء الموجب، و انما المنشئ أوجد مفهوم الملكيه و بعد مطاوعه القابل له امضى الشارع الملكيه العرفيه، ففى الحقيقه كل من الموجب و القابل أوجدا جزءا معدا و مع ضمهما يترتب ذلك الأثر العرفى الشرعى و بالجملة الموجب لم يوجد الملكيه الشرعيه و لا الملكيه الحاصله بعد القبول لكى يكون واقعا معلقا، و انما المنشئ أوجد ملكيه انشائيه

اذا عرفت ذلك فاعلم ان من قال هذا لزيد بعد وفاتي لم ينشئ إلا ملكيه بعد الوفاه، و قبل الوفاه لا ملكيه انشائه و لا فعليه. نعم الموجود انشاء الملكيه، و مثله ما لو قال أنت حر بعد وفاتي، ففي الحياه لا حريه أصلا، فلو حصلت الملكيه قبل الوفاه حينئذ لزم تخلف المنشأ عن الانشاء. و من هنا يعلم ان اخذ الوفاه بنحو الشرطيه فى غير محله بل هو من قبيل الموضوع للمنشأ، و لذا كانت الوصيه ترفع موضوع ما ترك، الذى هو موضوع الميراث و لذا قلنا بتقديمه على الميراث و على هذا النحو امضاء الشارع أى أمضى الملكيه المنشأه بعد الوفاه لا قبله و عليه تكون الوصيه من الايقاعات و لا ينافى ايقاعتها اعتبار شىء فى الامضاء الشرعى من القبول أو القبض أو عدم الرد، فان هذه الأمور معتبره فى مقام التأثير شرعا و إلا الملكيه المنشأه حاصله بعد الموت لأن المنشئ أوجد تلك الملكيه و بذلك قد أوجد تمام ما يكون من قبله.

نعم لو حصل الرد يكون كمانع لتأثير ذلك فلم يترتب الأثر على تلك الملكيه المنشأه لا انه يدخل فى ملك الموصى له و بالرد يرجع الى الورثه كما قد توهم لكى يرد عليه بان الرد ليس من أسباب النقل، و يجاب عنه بان الرد كاشف عن حصول المانع مع انه لا كاشفيه للرد، بل حسب ما عرفت ان دخول الشىء فى ملك الشخص يحتاج الى رضاه، و الشارع رتب آثار الملكيه المنشأه بانشاء الموصى على رضا الموصى له و عدم رده. فمع الرد لا ملكيه أصلا لا عرفيه و لا شرعيه. نعم الموجود الملكيه المنشأه، و من هذا القبيل لو ملك الموصى ما يزيد على ثلثه فبالنسبه الى الزائد يتوقف على اجازة الورثه بعد الموت فان اجازوا تكون الاجازة كاشفه عن حصول الملكيه بعد الموت و يكون تلقى

الملك من الموصى و مع ردهم و عدم امضاء الزائد لا- ملكيه شرعيه للموصى له، و تكون الورثه تتلقى الملك الذى كان لمورثهم منه لا انه تتلقى ذلك من الموصى له. فالاجازه بناء على النقل كالرذ فيكون لها الدخل فى الملكيه الشرعيه و ليس لها دخل فى الملكيه المنشأه، و لأجل ذلك قلنا ان الوصيه من الايقاعات المحضه من غير حاجه الى القبول لا بنحو الشرطيه و لا بنحو آخر، بل يمكن دعوى ان كل من قال بكون القبول شرطاً فى الوصيه قال بايقاعيه الوصيه لما عرفت من عدم المنافاه بين الشرطيه و الايقاعيه. و بالجمله كلمات الأصحاب مشوشه و مضطربه.

و الذى يبدو لنا من تتبع كلماتهم ان اكثرهم قائلون بايقاعيه الوصيه و ان اختلفت كلماتهم فى كونها ايقاعيه محضه أو هى برزخ بين العقد و الايقاع، و قد عرفت انها ايقاعيه محضه و ان عدم الرد يكفى فى تحققها و توقفها على القبض لو قلنا به لا ينافى الايقاعيه لأنه راجع الى مقام التنفيذ و ليس له دخل فى ايقاعيه الوصيه لما عرفت من حصول الملكيه المنشأه للموصى له و بعد موت الموصى تحصل الملكيه الى الموصى له مع عدم رده فلذا لا يجوز تصرف الورثه قبل رده و لا يجبر على الرضى، كما انه لا يجبر على القبول لو قلنا بكونه عقداً إلا باستلزامه تضرر الورثه فللحاكم الشرعى حينئذ اجباره لكونه من وظائفه.

هذا و فى الوصيه مسائل تعم بها البلوى فلذا ينبغى لنا التعرض لها.



الوصيه جائزه من الموصى و له الرجوع فى وصيته ما دام حيا و ذلك لأن انشاء معلق على الموت، فما لم يتحقق المعلق عليه لم يتحقق المنشأ، فلذا جاز له الرجوع فى الوصيه العهديه لعدم تحقق العهد فى ذلك قبل الموت، بل و له الرجوع فى الوصيه التمليكيه أيضا لعدم الملكيه قبل الموت لا انشائه و لا فعليه و يستفاد ذلك من الأخبار المستفيضه كقوله (ع): «ما لم يرجع فى وصيته (١) و عنه (ع) و للموصى ان يرجع فى وصيته ان كان فى صحه او مرض ٢ و عن ابى عبد الله (ع) لصاحب الوصيه ان يرجع فيها و يحدث فى وصيته ما دام حيا ٣» بل و الاجماعات التى كادت ان تكون محصله، و اما الرجوع فيتحقق باللفظ كقوله: رجعت عن وصيتى، و بالفعل بان يوصى بطعام يأكله أو مال يتلفه أو عبد يعتقه أو دبره أو كاتبه، بل لو اعرض عن عين أوصى بها للغير، بناء على ان الاعراض مزيل للملكيه، و اما بناء على انه يفيد اباحه التصرف ربما يقال ببقاء الوصيه بعد الموت إلا ان تقوم قرينه على ان الاعراض عنه اعراض عن الوصيه فلا يملكه الموصى له حينئذ، و كذا لو نقله بعقد لازم كالبيع و الصلح أو جائز كالهبة، فان تسليط الغير على التصرف المرتب على الملك يعد رجوعا عن وصيته حتى لو رجعت العين بفسخ أو إقاله أو أوجد سلطنه للغير

على التصرف الناقل كالرهن فهو رجوع. نعم لو أوصى بعين مرهونه فبعد الفك تدخل في الوصية العهديه، و كذلك العقد الفاسد فانه يعد رجوعا سواء كان عالما أم جاهلا بفساده لأن مجرد تسليطه عليه عدول عن وصيته السابقه، إذ ان ابقاء الاراده الأولى مستلزم لاراده الضدين كما ان الايحاء ببيع العين يعد عدولا عن وصيته الأولى فان وصيته هذه تنافى وصيته الأولى، و نسب ذلك الى جمهور العلماء العلامه فى التذكرة نعم وقع الاشكال لو وقع الاراده الثانيه غفله عن الأولى فهل يعد رجوعا و عدولا أم لا؟ قيل بالأول، و ينسب الى المشهور للتنافى مع الاراده الثانيه، و قيل بالثانى لعدم عد ذلك رجوعا لتحقق الغفله فهو نظير ما لو نوى الصلاه ثم اعتقد بطلان صلاته فنوى القطع و لم يقطع فقالوا بصحة صلاته، و لو قلنا بكون نيه القطع مبطله لصلاته كما انه لو نوى الصيام ثم اعتقد بطلان صومه فنوى الأكل و لم يأكل فانهم قالوا بعدم بطلان صومه بمجرد نيه الأكل، و لو قلنا بكون نيه المفطر مفطرا، و قد اجيب عن ذلك بأنه قياس مع الفارق لأن فى المقام وجود اراده تنافى تلك الاراده فلذا عد رجوعا عن نيه الأولى، و فى الصوم نيته للاكل لاعتقاده ببطلان الصوم فلم تكن منافيه للنيه الأولى و بعبارة أخرى ان نيه الأكل على تقدير بطلان صومه فليس ذلك من نيه المفطر مفطرا و هكذا فى نيه القطع فى الصلاه كما هو واضح. و كيف كان كلما يدل على كونه عدولا عن الوصيه و لو كان مثل العرض للبيع فبذلك يتحقق الرجوع عن وصيته. نعم لو صرح بأن غرضه الاطلاع على قيمته و انه باق على وصيته فلا يعد ذلك رجوعا، و لو شك فى تحقق الرجوع منه يحكم ببقاء الوصيه فيما اذا كانت الوصيه مطلقه و اما لو كانت مقيده بأنه اذا مات فى سفره أو مرضه فحينئذ تكون

من الوصيه المقيده فاذا رجع من سفره أو برأ من مرضه بطلت وصيته و قد الحق بعض من تأخر بالوصيه المقيده ما تعارف بأن يكتب وصيته عند مضيه الى البلدان البعيده كالسفر الى الحج أو زياره ثامن الأئمه سلام الله عليه أو السفر الى البلاد الأجنبيه ثم يرجع الى بلاده و برجوعه ينتهى أمد الوصيه، ثم فرع على ذلك بأنه يشكل الاعتماد حينئذ على الوصايا المكتوبه على هذا النحو مع فرض عدم موت صاحبها فى ذلك السفر البعيد، و لكن لا- يخفى ان هذا اللاحق محل نظر بل منع و انما هو من الوصيه المطلقه، و عدوله يحتاج الى بيان انه عدل عن وصيته أو يوجد ما ذكرنا سابقا من الأمور التى تعد عدولا عن الوصيه لاستصحاب بقاء وصيته فهو باق على وصيته و يجب العمل على مقتضاها ما لم يرجع عنها. هذا بالنسبه الى الموصى، و اما بالنسبه الى الوصى و الموصى له ان الوصيه العهديه بعد الموت يجب على الوصى القيام بها بعد تماميتها

### للوصى الرد فى حياه الموصى

و لا يجوز له الرد فى هذا الحال(١) إذ انها تكون لازمه للاخبار الداله على ذلك، و اما فى حياه الموصى فله الرد مع اعلامه بالرد لما هو معلوم من عدم وجوب القيام بما أوجب عليه الغير لعدم سلطنه أحد على أحد. إلا ما ثبت بالأدله كالولايات مضافا الى الأخبار الوارده كروايه منصور بن حازم عن ابى عبد الله عليه السلام قال اذا أوصى الرجل الى أخيه و هو غائب فليس له ان يرد عليه وصيته لأنه لو كان شاهدا فابى ان يقبلها طلب غيره(٢) و لا يخفى انها

ص: ١٣٧

---

١- (١) خلافا للشافعيه و الحنابله فجوزا الرد بعد موت الموصى، و اما فى حياته فجوزا الرد مع الاعلام و بدونه. المغنى ج ٦ باب الوصيه.

٢- (٢) الوسائل كتاب الوصايا باب ٢٣ ان من اوصى الى غائب تعين عليه القبول.

محموله على موت الموصى فى تلك الغيبه قبل ان يعلمه الوصى بالرفض و روايه محمد بن مسلم عن ابى عبد الله (ع) قال ان أوصى رجل الى رجل و هو غائب فليس له ان يرد وصيته، و ان أوصى اليه و هو بالبلد فهو بالخيار ان شاء قبل و ان شاء لم يقبل(١) فان هذه الروايه مثل سابقتها محموله على ما ذكرناه، و يؤيد ذلك ما فى الرضوى اذا أوصى رجل الى رجل و هو شاهد فله ان يمتنع من قبول الوصيه، و ان كان الموصى اليه غائبا و مات من قبل ان يلتقى مع الموصى فان الوصيه لازمه له و حيث ان له الرد فلو رد لا تبطل الوصيه لما عرفت انها ايقاعيه و لا يضر بها الرد، نعم تبطل وصايتة فمع بقاء الموصى على وصايتة و عدم نصب وصى من قبله رجوع الى الحاكم الشرعى لأنها من وظائفه إلا ان يستفاد وحده المطلوب فبالرد تبطل أصل الوصيه.

و اما فى الوصيه التمليكيه سواء كان للنوع كالوصيه للسادات و العلماء أو للجهات العامه بناء على ملكيه الجبهه فانها حسب ما عرفت انها ايقاعيه محضه فلا- تحتاج الى القبول و لا يكون الرد فيها مانعا لعدم تصور الرد من النوع المفروض دخوله فى ملكه ورد بعض الأفراد من السادات أو العلماء لا اثر له لكونه ترجيحا بلا مرجح، بل لو انحصر العنوان فى فرد واحد لا اثر لرده لما عرفت من معقوليه تملك العنوان، و ان الفرد الخاص المنحصر انما يملك بعد القبض من باب انطباق الكلى عليه، و ان كان التمليك لشخص خاص كمثل هذه الدار لزيد بعد وفاتى فله الرد فى حياه الموصى و لكن مع الاستمرار الى ما بعد الموت فحينئذ يرتفع تأثير الايجاب لما هو معلوم من ان الرد

ص: ١٣٨

---

١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٢٣ ان من اوصى الى غائب تعين عليه القبول.

يجعل المحل غير قابل لتأثير الايجاب فيه، وقد عرفت ان ذلك لا ينافى ايقاعه الوصيه و انما اعتبرنا الرد الى ما بعد الموت لأنه لو لم يستمر بل حصل الرضا بما ملكه ثم تحقق الموت فالايجاب مؤثر، حيث ان في حال الحياه لا ملكيه من الموصى لا انشائه ولا- فعليه فلا- يكون مانعا و رافعا لتأثير الايجاب. و من هنا يعلم ان الرد في المقام ليس كالرد في الايجاب قبل القبول في العقود فانه بمجرد تحقق الرد رفع أثر الايجاب لعدم تحقق المعاهده و المعاقده فلا يبقى مجال للقبول. اللهم إلا أن يقال ان حصول الرد بعد الايجاب على نحو لا- ينافى الموالاه العرفيه ثم يتبعه القبول فلا يرتفع أثر الايجاب، و أما بعد الموت فقد عرفت ان دخول الشئ في ملك شخص يحتاج الى رضاه فمع رده يوجب عدم ترتب الاثر على الملكيه المنشأ المتحققه بعد الموت فتكون رافعه لأثرها، و لو تعقبها القبول و الحال هذه فلا أثر له، كما انه لو حصل الرضا أو القبول بعد الموت فلا أثر لرده بعده.

بقى الكلام فيما لو رد الموصى له بعض ما أوصى به و قبل البعض الآخر فلا يصح فيما قبل و يبطل بالنسبه الى ما رد؟ قيل بالصحه كما هو كذلك في البيع فانه لو باع دارا فقبل نصفها و لم يقبل النصف الاخر فصح فيما قبل و يبطل فيما رد و يجرى خيار تبعض الصفقه، و قيل بالبطلان لعدم حصول المطابقه بين الايجاب و القبول بتقريب ان الانشاء وقع على المجموع فلم يطابقه القبول و اعتبار المطابقه في شرائط العقد، و لكن لا يخفى أن المطابقه التي هي منوطه في العقد متحققه إذ القبول يرد على الايجاب، فاذا كان الايجاب منحلا- بعدد أجزاء المبيع فالقبول ينحل كذلك و يتعلق بما تعلق به الايجاب و لا يخفى ان صحته ليس لأجل تبعض الصفقه لكي يقال بلزوم الدور، فان البعض من آثار صحه

العقد، فلو توقفت صحته على التبعض لزم الدور بل لأجل انحلال الايجاب. هذا و الذى ينبغى ان يقال ان الانشاء الواحد اذا انحل الى انشاءات عديده ليكون معاملات عديده فلا- مانع من قبول البعض دون البعض الآخر كمثل بعثك الفرس و بعثك العبد، بل لو قال بعثك الفرس و العبد صح فيما قبل و بطل فيما رد فانه لا محذور فيه و لا إشكال يعتريه لكون هذه المعامله منحلّه الى معاملتين، و أما اذا لم ينحل بل كان انشاء واحدا ناظرا الى المجموع من حيث المجموع، و لو قبل البعض دون الآخر فمحل اشكال بل منع، مثل بعثك الدار فقبل نصفها ورد النصف الآخر، و بعبارة أخرى ان الانشاء الواحد ان كان من قبيل تعدد المطلوب كما لو كان المتعلق متعددا فلا مانع من قبول البعض دون الآخر و أما لو كان الانشاء الواحد من قبيل وحده المطلوب فيبطل بعدم قبول البعض لعدم تحقق المطابقه بين الايجاب و القبول بل حتى فى الايقاع اذا كان الانشاء بنحو وحده المطلوب و الفرق بينهما فى غير محله إذ وحده المطلوب و تعدده موجب لانحلال الايجاب و عدم انحلاله و لا يتوهم ان غرضنا من انحلال الايجاب فى العقد نفسه، و انما غرضنا من انحلال الايجاب الذى يترتب عليه الأثر الشرعى و ليس إلا مع إلحاق القبول، و هذا يلازم دعوى انحلال العقد، كما ان اعتبار المطابقه و عدمها انما هى بالنسبه الى الخصوصيات التى لا يكون فواتها موجبا لبطلان العقد مثل الخصوصيات التى تعود الى وصف المبيع و وصف الثمن و خصوصيه الشرط بناء على ان الشرط بطلانه لا يوجب بطلان العقد، و أما لو كانت الخصوصيات موجبه لفوات العقد كخصوصيات الثمن و المثلن فاعتبار المطابقه مما لا إشكال فيها لبطلان العقد لفواتها.

لومات الموصى له قبل الموصى

لومات الموصى له قبل قبوله أو رده فى حياه الموصى و لم يرجع الموصى عن وصيته فهل يقوم وارثه مقامه فى القبول و التملك أم تبطل الوصيه(١) أو التفصيل بين ما إذا كان غرض الموصى شخص الموصى له فتبطل و بين ما لم يكن غرضه ذلك، و انما غرضه جعل المال من املاكه فتصح؟ أقوال المشهور هو القول الأول، و قيل بالثانى وفاقا للقاعده، و أما التفصيل فلا وجه له لأن الأغراض أجنبيه عن مقام الانشاءات و انما هى دواع لم تؤخذ فى متعلقاتها من الملكيه المنشأه المعلقه على موت الموصى و انما هى لخصوص الموصى له، فمع انتفائه ينتفى. و بعد ذلك يقع الكلام فى القولين الأولين فنقول ان مقتضى القاعده فى هذا المقام عدم قيام الوارث مقام مورثه لما عرفت من انه فى حياه الموصى لا ملكيه للعين أصلا لا فعليه و لا انشائه و انما هو انشاء الملكيه، فبالنسبه الى الموصى له لا علاقته له فى ملكيه العين فيدخل فى متروكاته فيورث، نعم له ان يملك مع بقائه بعد موت الموصى و قبوله و قد فرض انتفاء البقاء، و اما القبول فليس من الحقوق حتى يرثه الوارث كالخيار مثلا، فلذا اخترنا انه لو مات المشتري بعد ايجاب البائع و قبل قبوله بطل البيع و لا يقوم وارثه مقامه، و ان كان يمكن الفرق بين المقام و البيع حيث ان حقيقه البيع لما كانت مأخوذه فى مفهومه المعاهده و المعاقده، فبالموت لا يحصل ذلك إلا انه من جهه عدم قابليه المحل لتملك المتروكات

ص: ١٤١

١- (١) و به قالت الأربعة لأن الوصيه عطيه صادفت المعطى ميتا فتبطل (المغنى ج ٦ باب الوصيه).

و بالجمله انما يرث الوارث ما كان ملكا لمورثه أو حقا من حقوقه و الموصى له فى حياه الموصى ليس المال ملكا له و القبول ليس حقا ليورث، و كونه له ان يملك لا- يوجب الحقيه، كما ان وجود الانشاء المعلق على موت الموصى لا- يوجب علقه و اضافه بين الموصى له و المال ليورث. و دعوى انه بتحقق السبب الذى هو الانشاء يوجب دخوله تحت عنوان ما ترك الميت فهو لوارثه فى غير محله، إذ السبب فى حياه الموصى لم يتحقق و الموجود انشاء السبب، و صرف الانشاء لا يثبت حقا و لا ملكا للموصى له فليس بين المال و الموصى له علاقته و اضافه بل و لا طرف اضافه حتى على مبنى بعض الاساطين فى الارث من أن الوارث مع مورثه تبديل بين المالكين بعكس البيع فانه تبديل بين المملوكين.

و هذا الذى ذكرنا لا يفرق بين قبول الموصى له و عدمه لو مات فى حياه الموصى لعدم الملكيه بعد قبوله إلا انه وردت نصوص خاصه تدل على قيام ورثه الموصى له مقامه لو مات الموصى له فى حياه الموصى، منها ما رواه فى الكتب الأربعة عن محمد بن قيس عن أبى جعفر (ع) قال قضى أمير المؤمنين (ع) فى رجل أوصى لآخر و الموصى له غائب فتوفى الموصى له قبل الموصى، قال: الوصيه لوارث الذى أوصى له، قال و من أوصى لاحد شاهدا كان أو غائبا فيتوفى الموصى له قبل الموصى فالوصيه لوارث الذى أوصى له إلا ان يرجع فى وصيته قبل موته(١) و منها فى الصحيح عن المثنى قال سألته عن رجل أوصى له بوصيه فمات قبل ان يقبضها و لم يترك له عقبا، قال اطلب له وارثا أو وليا فادفعها اليه ٢ و منها روايه محمد بن عمار الساباطى عن أبى جعفر الثانى (ع)

ص: ١٤٢

---

١- (٢١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٣ ان الموصى له اذا مات قبل الموصى و لم يرجع فى الوصيه. فهى لوارث الموصى له ج  
٢.



قال سألته عن رجل أوصى إلى و أمرني ان أعطى عما له في كل سنه شيئاً فمات العم، قال أعطى ورثته(١) و هذه الأخبار صريحه في كون المال الموصى به الى ورثته و لو توفي في حياه الموصى كما هو نص الروايه الأولى و لا- يعارضها غيرها كصحيحه ابن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصى، قال (ع): ليس بشيء ٢، و نحوها صحيحه منصور بن حازم ٣ لاعراض المشهور عنها مضافا الى حملها على التقيه، فالأخذ بالأخبار الأول متعين و عليه. لا وجه للاشكال في المقام من ان القبول ليس من الحقوق فكيف يورث أو انه قائم بشخص الموصى له، فمع موته ينتفى أو عدم التطابق بين الايجاب و القبول أو ان القبول لشخص واحد فكيف ينحل الى اشخاص مع فرض تعدد الورثه لكونها اجتهادا في قبال النص. نعم لما كان النص على خلاف القاعده فينبغي الاقتصار على القدر المتيقن فلذا يمكن منع التعدي الى ما لو توفي ورثه الموصى له في حياه الموصى فانه بعد وفاه الموصى حينئذ لا ينتقل الى ورثه الموصى له كما انه يمنع التعدي ما لو مات بعض ورثه الموصى له في حياه الموصى، فمثلا لو كان للموصى له ولدان فمات أحدهما في حياه الموصى فولد الولد لا يشارك عمه، و هكذا لو رد بعض الورثه و قبل البعض الآخر ففي جميع هذه الصور نلتزم ببطلان الوصيه و لا يصل المال الى ورثه الموصى له و ان كان في الفرع الأخير أقل اشكالا.

هذا كله بناء على انكار الواجب المعلق و حصر أقسام الواجب في الواجب المنجز و الواجب المشروط، و أما بناء على تصوير الواجب

ص: ١٤٣

---

١- (٣ و ٢ و ١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٣ ان الموصى له اذا مات قبل الموصى و لم يرجع في الوصيه. فهي لوارث الموصى له ج ٢.

المعلق و انه لا فرق بينه و بين المنجز من حيث فعلية الوجوب و ان كان يفترقان من حيث الواجب، ففي المعلق الواجب استقبالي معلق على أمر غير مقدور كالوقت، و في المنجز غير معلق على غير مقدور كما هو رأى الاستاذ العراقي (قدس سره). و حاصل ما ذكرناه فى تقريراته لبحثه الشريف ان الشروط تاره تكون شروطا للاحتياج، و أخرى تكون شروطا للمحتاج اليه. أما الاول لا يعقل أن تكون تحت الاراده و الاشتياق كشرائط الوجوب كالاستطاعه بالنسبه للحج و الوقت بالنسبه للصلاه، و بالنسبه الى الثانى أى شروط المحتاج اليه كشرائط الوجود فانها تجب قبل تحقق شرط الوجوب، مثلا لو علم بتحقق شرط الوجوب فيما بعد و فرض ان حجه يتوقف وجوده عليه فيجب تحصيلها قبل تحقق شرط الوجوب لا يقال ان تلك المقدمات انما يترشح الوجوب عليها بعد وجوب ذيها، و مع فرض عدم تحقق مقدمه الوجوب لذيها مع عدم اتصاف ذيها فكيف تتصف المقدمات الوجوديه للواجب بالوجوب، لأننا نقول هذا مسلم لو كان وجوب الحج موقوفا على الاستطاعه الخارجيه، و لكنك عرفت ان الوجوب موقوف على الاستطاعه اللحاظيه الذى هو مرآه لما فى الخارج، فالحاكم اذا علم بانطباق الصوره الذهنيه على ما فى الخارج فيترشح على المقدمات الحاصله قبل الاستطاعه وجوب عليها، فيكون ذلك كالوجوب المنجز و ليس الفرق بينهما إلا فى مقام التعبير، فالمعلق كمثلى حج ان استطعت، و المنجز كمثلى حج من دون تعليق، و أما اذا علم بعدم انطباقها على ما فى الخارج بأن علم عدم تحقق الاستطاعه الخارجيه فلا اشكال فى عدم السرايه الى تلك المقدمات الوجوديه، لأن المقصود التوصل الى حصول المطلوب النفسى و بعد العلم بارتفاع المطلوب النفسى، كيف تسرى المطلوبيه الى تلك المقدمات.

إذا عرفت ذلك فاعلم ان الوصيه التملكيه من قبيل الواجب المعلق بأن يكون الموصى قد أنشأ ملكيه فعليته معلقه بما بعد الموت فتكون هذه الملكيه كمنذور التصديق كما لو نذر ان يتصدق بشاه خاصه، فتعلق النذر بها يوجب عدم جواز التصرف بها مع انه معلق على ان يولد له ولد مثلا فيكون النذر فعليا متحقق في الحال قد تعلق بأمر مقدور.

و دعوى انه يلزم التفكيك بين الانشاء و المنشأ ممنوعه، إذ نفس الانشاء ليس معلقا لاستحاله التعليق في نفس الانشاء، و انما المنشأ معلق بمعنى ان الموصى قد أنشأ ملكا للموصى له في المستقبل بأن يكون ظرف تملك المنشأ بعد موت الموصى، ففي حال الانشاء قد أنشأ ملكا مطلقا غير مشروط بشرط للموصى له لكنه في ظرف متأخر، فحينئذ لو مات الموصى له قبل الموصى يتلقى هذا الملك الفعلي وارث الموصى له من مورثه، اذ الموصى بذلك الانشاء صير الموصى له مالكا للملك الموصى به في المستقبل كالحج مثلا فانه يكون وجوبه فعليا في أشهر الحج قبل موسم الحج، فمع عدم رجوع الموصى عن وصيته مع التفاته الى موت الموصى له يحقق رضائه بأن يكون الموصى به لورثه الموصى له، و يستفاد ذلك من أن هذه الوقعه كانت في قضاء أمير المؤمنين (ع) ان الوصيه لورثه الموصى له و الظاهر منها ان انتقال المال من الموصى له الى ورثته لا من الموصى فحينئذ تكون الروايات الواردة في هذا الباب على القاعده كما لا يخفى.

و هذا الذي ذكرناه يتم بناء على القول بالواجب المعلق. نعم لا يتم بناء على انكار الواجب المعلق، و ان الواجب اما منجز أو مشروط، و ارجاع الواجب المعلق الى المشروط كما هو مبنى بعض الأعظم (قدس سره) بدعوى ان الاحكام مجعوله على نحو القضايا بالحقيقه التي هي عبارته

عن ان تكون مفروضه الوجود و الشروط المعتمبره فى القضيه انما تعتبر فى ناحيه الموضوع فالحكم فيها انما يتحقق فى ظرف تحقق الموضوع فقبل تحققه لا حكم، و قد اجاب عن ذلك استاذنا العراقى (قده) بمنع جعل الأحكام على نهج القضايا الحقيقيه أولاً و منع رجوع القيد الى ناحيه الموضوع ثانياً، و ان الحكم الشرعى انما هو عبارته عن نفس الاراده الشرعيه التى تحصل بالقول او بالفعل على تفصيل ذكرناه فى تقريراتنا لبحثه (قدس سره). هذا فى التمليكيه.

و اما فى الوصيه العهديه فلا تشملها الروايات لما عرفت من ظهورها فى التمليكيه، فلذا تبقى على القاعده من عدم الانتقال الى ورثته، فمع بقاء الموصى على وصيته يرجع بها الى الحاكم الشرعى. هذا كله لو مات الموصى له فى حيا الموصى، و اما لو مات الموصى له بعد موت الموصى قبل رده، فبناء على كون الوصيه من العقود فحينئذ يكون حاله ما لو مات البايع الموجب قبل قبول المشتري من غير فرق بينهما، و هكذا لو قلنا بايقاعيه الوصيه و القبول اعتبر بنحو شرطيه إذ عليه الملكيه الشرعيه لم يتحقق إلا بعد القبول، و هكذا الحال لو اعتبرنا الرضا فى دخول الملك للموصى له. و اما بناء على ايقاعيه الوصيه و ان عدم الرد كاف من دون اعتبار شىء آخر فلازمه القول بحصول الملك حينئذ للموصى له عند موت الموصى فينتقل الى ورثه الموصى له، و لا يخفى انه على الأخير لا بد من الالتزام بكون الرد لو تحقق يكون كاشفاً عن عدم تحقق الملك عند موت الموصى، بدعوى ان نفس الرد يحدث مانعاً عند موت الموصى بنحو لا يجعل الايجاب مؤثراً، و نلتزم بتحقق الملك القهرى بالموت للموصى له، و بالأدله رفعنا اليد عن الملكيه عند تحقق الرد. و الانصاف ان الالتزام به

مشكل إذ لا كاشفيه للرد، و الذى بنينا عليه ان رضا الموصى له فى الوصيه التمليكيه معتبر زائدا على عدم الرد، و ان الشارع لم يرتب الملكيه إلا بعد الموت و رضا الموصى له، فان دخول شىء فى ملك الشخص يتوقف على رضاه، و حينئذ يكون الرضا معتبرا فى مقام التنفيذ لا فى أصل الوصيه فانها من الايقاعات و لا يضر ذلك بايقاعيتها فلا تغفل.

### ينتقل المال من الموصى له الى ورثته

ثم ان المال الذى ينتقل الى ورثه الموصى له هل ينتقل من الموصى ابتداء أو ينتقل الى الموصى له أولا ثم الى ورثته؟ قيل بالثانى لظهور الأخبار فيه فان ظاهر قوله (ورثته أو اطلب له وارثا) هو ذلك، و الحق هو الأول لمنع ظهور الأخبار فى ذلك أولا و منع ملكيه الميث ثانيا، و الذى ينبغى ان يقال انه بعد فرض دلالة النصوص على كون المال ينتقل الى ورثه الموصى له، و كون الورثه قائمين مقام مورثهم فى كونهم طرفا للايجاب ان لهم حق القبول بناء على كون الوصيه من العقود، فقبولهم ينتقل الملك ابتداء لهم و بلا واسطه إذ يبعد قبول شخص و دخول الملك فى ملك شخص آخر، و اما بناء على ايقاعيه الوصيه و حصول الملكيه المنشأه بعد موت الموصى إلا ان الشارع امضى تلك الملكيه بعد الموت، فحينئذ يبنى على كون القبول ناقلا أو كاشفا فان قلنا بكونه ناقلا فالأول، و حينئذ المال ينتقل ابتداء الى ورثه الموصى له من دون واسطه، و ان قلنا بالكشف، فلازمه القول بالثانى و هو ان المال انتقل الى الموصى له و منه الى ورثته فيكون الوسيط بينهما و لكن لا يخفى ان الكاشفيه غير متصوره فى القبول.

و بالجمله ان استفدنا من الأخبار كون المال ينتقل الى الميث ابتداء ثم لورثته كما هو غير بعيد فيؤخذ به، و ان منعنا هذا الظهور

و اخذنا بما هو قابل للالتزام به لعدم ثبوت الملكيه للميت فلا بد من الالتزام بأن المال ينتقل الى ورثه الموصى له ابتداء و يترتب على الوجهين المذكورين ثمرات عديده. الأول ان الموصى لو ملك أرضا زراعيه بالوصيه التمليكيه ثم توفى الموصى له فى حياه الموصى و كان من جمله ورثته زوجته، فان قلنا بأن الورثه تتلقى المال من الموصى ابتداء بلا توسط انتقال الى الموصى له فتستحق الزوجه من تلك الأرض الزراعيه، و ان قلنا ان الورثه تتلقاه من مورثهم فتحرم الزوجه من الأرض الزراعيه، و منها اخراج ديون الموصى له و نفوذ وصيته بناء على كون التلقى للمال من الموصى له، و عدم اخراج ذلك بناء على كونه من الموصى ابتداء و منها الحيوه، فعلى الوجهين، و منها انه لو أوصى بمن ينعق على الموصى له و لم ينعق على ورثته بناء على كون التلقى من الموصى له فينعق و يشاركهم أو يقدم عليهم فيمنعهم من الارث و بناء على كون التلقى من الموصى فيملكونه و لا يرث معهم.

### المسأله الثالثه

#### ما يعتبر فى متعلق الوصيه

فيما يعتبر فى متعلق الوصيه و هى امور. الأول: ان يكون المتعلق مملوكا للموصى فلا تصح الوصيه بمال الغير، و ان أجاز الغير فيما لو علق الوصيه على وفاه نفسه لعدم سلطنه شخص على ملك الغير، فمع تعقب الاجازه حينئذ لا يقتضى اسناد الايجاب الى المالك لعدم كونه حينئذ موجبا، و اما لو علق الوصيه على وفاه المالك بأن قال الدار التى لزيد هى لعمرو بعد وفاه زيد ثم لحقته الاجازه، قيل تصح بناء على صحه الفضولى، و قيل لا تصح الحاقا لها بالصوره الاولى لعدم صحه

الوصيه بلحوق الاجازه، و لكن لا يخفى انه بناء على صحه الفضولى و انه على القاعده فلا مانع من صحه الوصيه مطلقا و لو علق على وفاه نفسه إذ يكون حاله مثل ما لو باع لنفسه فانه يلغى قيده لنفسه حسب ما ذكرنا فى بحث الفضولى، إلا انه وقع الكلام فى الوصيه بناء على كونها من الايقاعات كما هو المختار و لا يدخل الفضولى الايقاع كما ادعى على ذلك الاجماع، قال شيخنا الأنصارى (قدس سره) فى أول مبحث الفضولى ما هذا لفظه (بعد اتفاقهم على بطلان ايقاعه) انتهى.

أقول دعواه الاتفاق على بطلان الايقاع بلحوق الاجازه محل منع بل صرح بعضهم بصحه بعض الايقاعات الملحقه بالاجازه لذهاب الكل أو الجمل الى صحه عتق الراهن للعبد المرهون اذا لحقته اجازة المرتهن، و عن العلامة صحه عتق المفلس مع اجازة الغرماء، و عن كاشف الغطاء (قدس سره) تقويه الجواز فى الايقاعات، نعم يمكن دعوى الاجماع على عدم وقوع الطلاق اذا وقع فضولا- و لو لحقته الاجازه، و ذلك لما يستفاد من أدلته لا- لأن الايقاع لا يدخله الفضولى، و لذا احتمل فى الدروس صحه الوصيه بلحوق الاجازه قال فى الدروس: (و لا تصح الوصيه بملك الغير و لو أجاز الغير احتمال النفوذ) انتهى. و أيد ذلك بعض المحققين فقال بصحه الفضولى فى الايقاعات بتصرف المالك بما زاد عن الثلث اذا أجاز الوارث، و قد أورد عليه بعضهم بأن ذلك أجنبى عن الفضولى، فان المال الزائد لم ينتقل الى الوارث لکی تكون اجازته من قبيل من باع شيئا ثم ملك، أو يجيز فى حال الحياه فيكون من قبيل اسقاط ما لم يجب، بل ان الموصى له يتلقى الملك من الموصى لا من الوارث، فاجازه الوارث انما هى تنفيذ للوصيه لقيام الدليل على ذلك و لا يستكشف من الدليل اثبات حق للوارث،

و انما هو تعبد صرف، و لكن لا يخفى ليس المراد من الفضولى هو اثبات حق ليتوقف نفوذ العقد على نفي ذلك الحق، بل كل عقد يتوقف نفوذه على الاجازة سواء أكان تصرفا فى ملك الغير أم لتعلق حق كالرهن أو غيرهما، مثل العقد الصادر من الباكر بدون اذن الولي أو كالعقد الواقع على بنت الأَخ أو الأخت المتوقفه على اذن العمه أو الخاله، ففي كل هذه الصور يدخل فى العقد الفضولى.

و بالجمله الفضولى عباره عن كل عقد أو ايقاع: تتوقف صحته على الاجازة، فمع عدم الاجازة يكون من الفضولى من غير فرق بين كون التوقف على الاجازة لأجل وجود حق فيما يتعلق به العقد أو الايقاع، و بين كون التوقف على الاجازة لأجل التعبد من دون حق فى المتعلق، فعليه يكون ما أوصى بما زاد على الثلث مع عدم جواز الورثه الزائد من الفضولى.

الأمر الثانى يعتبر فى متعلق الوصيه ان يكون مالا شرعا، فلا تصح الوصيه بالحشرات لعدم كونها مالا، و لا تصح أيضا باعيان المحرمات كالخمر و الخنزير و كتب الضلال و آلات القمار و كلب الهراش لعدم ماليتها عند الشارع و المنع عن الانتفاع بها، كما انه يعتبر فى متعلق الوصيه ان يكون قابلا لدخوله فى ملك الموصى و الموصى له، فلا تصح الوصيه بالخنزير من مسلم لمستحله و لا من مستحله لمسلم.

و اما الوصيه من مستحله لمستحله فهل يجوز أم لا؟ قال الشيخ فى الجواهر: (لا يجوز الوصيه من مستحله لمستحله لكونهم مكلفين بالفروع كتكليفنا، و ان دليل الالزام الدال على اقرارهم على وفق مذهبهم لا يقتضى الصحه) و أورد عليه بعض من تأخر بحكومه دليل الالزام على الأدله الواقعيه، فقال بجواز وصيه المستحل للخمر و الخنزير



لمستحله، و الانصاف ان دليل الالتزام ان كان فيه اطلاق لمثل الوصيه و نحوها فيقدم دليل الالتزام على أدله عدم صحه الوصيه بما هو محرم شرعا، و ان لم يكن لدليل الالتزام اطلاق بل ذلك فى النكاح و الطلاق و نحوهما فلا يشمل مثل المقام، فليس لذلك الدليل حكومه على تلك الأدله، و حينئذ لا تصح الوصيه لما لا يكون قابلا للملك كالخمر و الخنزير و لو كان فى مستحله لمستحله، و الظاهر عدم اطلاق لأدله الالتزام و لذا الاقوى عدم الجواز مطلقا،

الأمر الثالث يعتبر فى الوصيه العهديه ان يكون ما عهد به أمرا سائغا مباحا فلا تصح الوصيه بصرف مال فى مساعده الظالم و قطاع الطرق و تعمير الكنائس و البيع، و بذل المال لنسخ كتب الضلال و شراء المحرمات كالخمر و الخنزير، بل لا يصح فيما يكون صرف المال فيه سفها و عبثا لأن ارتكاب ذلك معصيه، و لا يجوز امتثال ما هو محرم إلا ان تزول حرمة عنه، و يدل على عدم جواز ذلك. قوله تعالى:

(فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا...) الآية، أى الموصى اليه ان خاف جنفا من الموصى فيما أوصى اليه بما لا يرضى الله اثم على الموصى اليه، بل يظهر انه يرد الى المعروف، ففى المرسله ان الله تبارك و تعالى كلف الموصى اليه ان يغير الوصيه ان لم تكن بالمعروف و كان فيها جنف و يردّها الى المعروف بقوله تعالى (فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ) (١)، و بهذه الروايه يقيد اطلاق قوله تعالى: (فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ...) (٢)، الآية أو يلتزم بأن هذه الآية هى ناسخه لحرمة التبديل لروايه محمد بن

ص: ١٥١

١- (١) سورة البقره آيه ١٨٢.

٢- (٢) سورة البقره آيه ١٨١.

سوقه قال سألت أبا جعفر عن قول الله عز وجل (فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ) قال نسختها الآية التي بعدها فمن خاف من موص جنفا الآية و الظاهر هو الأول، إذ المراد بالنسخ هو التقييد. وهذا الذي ذكرناه من عدم جواز الوصيه بما هو معصيه لا يفرق بين كونه معصيه واقعا أو معصيه عند الموصى اليه، كما لو اجتهد أو قلد من يقول بأن النقل الى المشاهد المشرفه مع تحقق الفساد الطارىء على الميت غير مشروع مع ان الميت كان مجتهدا أو مقلدا لمن يرى جوازه، فان الوصى يرى ذلك معصيه لا يجوز تنفيذ ما ذكره الموصى. و عليه فتكون الوصيه فى مثل هذا الفرض بلا وصى فهل للحاكم التصدى و اعطاء السلطه لمن يقوم بتلك الشؤون؟ الظاهر ذلك اذا كانت الوصيه بنحو تعدد المطلوب و بدونه ليس للحاكم التصدى لانتفاء الوصيه، و اما لو انعكس الأمر بأن كان عند الموصى محرما و ليس كذلك عند الوصى فيمكن القول بوجود القيام بما أوصى اليه و ان كان الموصى بوصيته قد اثم بها بحسب نظره، اللهم إلا ان يقال بأنه لا يصح منه الانشاء لاعتقاده بكونه معصيه فلا يصح انشاؤه، ان كان قصد الايضاء و الانشاء قريبا لعدم تمشى قصد القربه و ان لم يكن القصد ذلك بل كان لداع آخر فلا مانع منه.

### ان يكون متعلق الوصيه امرا مشروعا

و يترتب على ما ذكرناه من ان يكون متعلق الوصيه امرا مشروعا سائغا بطلان من اوصى بتغسيله و تكفينه و دفنه لغير الولى مع منع الولى له لعدم مشروعيته فلا يجوز قيام الوصى به لكونه معصيه، و لكن لا يخفى انا نمنع عدم مشروعيته بعد تعلق الوصيه فيكون غير مشروع فى نفسه لو لا- الوصيه، فبالوصيه ينقلب ذلك العنوان و يكون من قبيل العناوين الثانويه الطارئه على الشىء الرافعه للاحكام السابقه، و انما لا تصح

الوصيه فيما اذا كان حكما كالحرمه المترتبه على الموضوع مطلقا حتى بعد الوصيه، و قد ذكرنا ذلك فى الشروط. و حاصله ان الأحكام المترتبه على موضوعاتها على قسمين: منها ما تكون مطلقه حتى بعد طرو العناوين الثانويه كنسبه الأحكام المحرمه و الواجبه لموضوعاتها، و اخرى ثابتة لموضوعاتها فى الجملة أى لو خلى و طبعه كالمباحات و المكروهات و المستحبات، و بعبارة أخرى نسبه الأحكام لموضوعاتها تاره تكون بنحو العليه و اخرى بنحو المقتضى، فما كان من قبيل الأول فكل عنوان يطرأ عليه لا يغيره و لا- يقلبه عن حكمه السابق كالمحرمات و الواجبات المترتبه على موضوعاتها، فان الموضوع اخذ على نحو العليه لا يتغير حكمه بالعناوين الطارئه عليه مثل النذر و اليمين و الشرط و امر الوالدين فلذا لا تصح الوصيه بذلك لعدم تغييره بها، و ما كان من قبيل الثانى كالمباحات و المستحبات و المكروهات فانها اخذت هذه الأحكام بالنسبه الى موضوعاتها بنحو الاقتضاء فلذا تتغير بتغيير العناوين الطارئه عليها.

اذا عرفت ذلك فاعلم ان الوصيه العارضه على مثل التجهيز و التكفين بدون اذن الولى هو امر غير مشروع فالوصيه لا تصح به، فلذا نسب الى المشهور عدم الجواز لكونه معصيه حتى بعد الوصيه و الوصيه حيثئذ لا تغييره، و لكن الانصاف انه يمكن منع ذلك بدعوى ان المقام من قبيل ثبوت الأحكام للموضوعات بنحو الاقتضاء فيكون التجهيز من التغسيل و التكفين و الدفن يثبت لها عدم المشروعيه مع عدم اذن الولى لولا الوصيه، اللهم الا ان يقال ان الوصيه فى المقام لا تصح لكون هذه الامور من حقوق الولى و ليس من حقوق الميت، فالوصيه بالنسبه اليها تكون باطله لانها وصيه فى حق الغير و لعل المشهور استند فى البطلان الى ذلك.

الأمر الرابع. ان يكون ما أوصى به له نفع محلل فلا تصح الوصيه بما لا ينتفع فيه اما لخسته او لقلته كحبه الحنطه، و اما مالا منفعه فيه محله كآلات اللهو اذا لم يمكن تغييرها فلا تصح الوصيه بها و تصح الوصيه بماله نفع محلل سواء كان من الأعيان و المنافع او الحقوق القابله للنقل، فلا يصح بما لا يكون قابلا للنقل كحق القصاص و الشفعه لمنافاتها للغرض المقصود منهما، ففي الاول الغرض هو استيفاء الوارث منه و بالنقل ينافى ذلك و فى الثانى الغرض منه دفع الضرر عن الشريك بالشركه و لاحظ للموصى له فى ذلك، بل لا- يصح مطلق مالا- يقبل النقل كالوقف و ام الولد و حد القذف و يصح فيما يقبل النقل كحق التحجير و الاختصاص، و يكفى فى صحه الوصيه ان يكون له حق و لو حق الاختصاص كالخمر المتخذ للتخلييل. كما تصح الوصيه بالخيار اذا كانت الوصايه بالعين التى تعلق بها الخيار.

ثم ان متعلق الوصيه تاره يكون عينا خارجيا و اخرى منفعه، و المنفعه إما موقته بان يوصى منفعه داره مدته معينه و اخرى منفعه دائميّه، و طريق معرفه تلك المنفعه هو ان تقوم الدار بمنافعها ثم تقوم حينئذ مسلوبه المنفعه اذا كانت لها قيمه كمثل عتق العبد و تخرج من مجموع ما قوم فالباقي يعتبر من الثلث، و مع زيادته على الثلث يحتاج الى اجازة الورثه و ان لم يكن للعين المسلوبه قيمه بعد تقويم المنافع الدائميّه فحينئذ تكون جميع القيمه معتبره من الثلث، و اما العين فتاره معينه معلومه كما لو اوصى بعين معلومه و كانت تساوى الثلث فيملكها الموصى له بمجرد الموت و لا يحتاج الى مراجعه الورثه فيما اذا وصل الى الورثه ضعف ما أوصى به، و اما لو لم يصل اليهم شىء فليس للموصى له الا ثلثه. و بالجمله ملكيه الموصى له انما تستقر لو حصل مثليه بيد

الورثه و الافلا لمزاحمه حق الوارث، و اخرى ان يوصى باحد الشيشين كاحد العبدین او احد الدارين، و ثالثه ان يوصى بكلی سواء كان فی الذمه كما لو اوصى بصاع من الحنطه او كلی فی الخارج كصاع من هذه الصبره المعلومه، و رابعه ان يوصى بحصه مشاعه كالربع او الخمس او السدس مثلا و هذا مما لا اشكال بصحه الوصيه بهذه الامور الغير المشخصه و يكون امر التعيين بيد الوصى او الوارث مع التفويض اليه، و حينئذ تستقر ملكيه الوصى له بمجرد الموت على نحو الشركه و الاشاعه و يكون له حق بكل ما يصل الى الوارث بمقدار ما اوصى له فان هذا الاستقرار ليس للوارث مزاحمه،

### فی الوصايا المبهمه

و اما لو اوصى بحصه مشاعه غير مشخصه كما لو اوصى بجزء او سهم او بشيء لزيد مثلا او اوصى بلفظ النصيب او القسط او نحو ذلك من الوصايا المبهمه المنطبقه على القليل و الكثير فان كان هناك متعارف من العشر او السبع او السدس فيحمل عليه، و مع عدم وجود ما هو متعارف فالأظهر ان الوصيه بها تصح فيرجع امر التعيين الى الوصى او الوارث ان فوض الوصى اليهما امر التعيين اما نصا او من جهه كونهما المخاطبين بذلك. نعم يمكن ان يقال في مثل الجزء و السهم و الشيء ان لها معان شرعيه و ان اختلف في تعيين معنى الجزء هل هو العشر او السبع و منشأه اختلاف الروايات و اما السهم بمعنى الثمن و الشيء بالسدس، اما الجزء فقد وردت عدده روايات بان المراد به العشر كما في الكافي عن عبد الله بن سنان عن عبد الرحمن ابن سيابه ان امرأه اوصت الى و قالت ثلثي يقضى به ديني و جزء منه لفلان، فسألت عن ذلك ابن ابي ليلى فقال ما ارى لها شيئا ما ادرى ما الجزء، فسألت ابا عبد الله (ع) بعد ذلك عنه و خبرته كيف قالت المرأه و بما قال ابن ابي ليلى فقال كذب ابن ابي ليلى لها عشر الثلث

ان الله عز و جل أمر ابراهيم (ع) فقال: (اجْعَلْ عَلَيَّ كُفْلًا جَبَلًا مِنْهُنَّ جُزْءًا) و كانت الجبال يومئذ عشره فالجزء هو العشر من الشئ (١)، و ما رواه المشايخ الثلاثة الموثق و الحسن الذي لا يقصر عن الصحيح كما قيل عن معاوية بن عمار قال سألت ابا عبد الله (ع) عن رجل أوصى بجزء من ماله، قال جزء من عشره قال الله تعالى: (ثُمَّ اجْعَلْ عَلَيَّ كُلَّ جَبَلٍ مِنْهُنَّ جُزْءًا) فكانت الجبال عشره ٢، و عن ابان بن تغلب قال قال ابو جعفر (ع): الجزء واحد من عشره لان الجبال كانت عشره و الطير اربعة، و عن ابي بصير عن ابي عبد الله (ع) في رجل اوصى بجزء من ماله قال جزء من عشره و قال كانت الجبال عشره ٣، و عن العياشي في تفسيره فانه ذكر قضيه ابي جعفر المنصور حيث جمع القضاء عن هذه المسأله فلم يعرف احد منهم، فارسل من يسأل ابا عبد الله عليه السلام، فقال: هذا في كتاب الله الى ان قال اجعل على كل جبل منهن جزءا، و عن محمد بن اسماعيل بن عبد الله في هذه المسأله و قد سئل ابو حنيفه عنها فقال: الربع، قال الراوى وصلت الى مكه حاجا فسألت ابا عبد الله (ع) و كان حاضرا ابو حنيفه و ابو ليلى و قال لهما باى شئ تقولان؟ فقال كل واحد منهما الربع، فقال جعفر بن محمد عليه السلام من اين قلت الربع؟ قال لقوله تعالى: (فَاْخُذْ اَرْبَعَهُ مِنَ الطَّيْرِ فَصَيِّرْهُنَّ اِلَيْكَ ثُمَّ اجْعَلْ عَلَيَّ كُلَّ جَبَلٍ مِنْهُنَّ جُزْءًا) (٢) فقال قد علمت الطير اربعة، فكم كانت الجبال؟ انما الاجزاء للجبال لا للطير، فقالا ضننا انها اربعة (٣)، الى غير ذلك من الاخبار الكثيره

ص: ١٥٦

١- (٣ و ٢ و ١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٥٤ حكم من اوصى بجزء من ماله.

٢- (٤) سورة البقره آيه ٢٦٠.

٣- (٥) الوسائل كتاب الوصايا باب ٥٤ باب من اوصى بجزء من ماله

فانها كما ترى صريحه فى تعيين المراد من الجزء هو العشر. واما الاخبار الداله على كون المراد من الجزء السبع فهى ما عن الشيخ فى الصحيح كما قيل عن البنظى قال سألت ابا عبد الله (ع) عن رجل اوصى بجزء من ماله، فقال يأخذ واحدا من سبعة ان الله تعالى يقول: (لَهَا سَبْعَةُ أَبْوَابٍ لِكُلِّ بَابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَّقْسُومٌ) (١) قلت رجل اوصى بسهم من ماله فقال:

السهم واحد من ثمانية، ثم قرأ: (إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ الْآيَةَ) (٢)، و عن اسماعيل بن همام عن الرضا (ع) فى رجل يوصى بجزء من ماله فقال (ع): الجزء من سبعة كقوله تعالى لَهَا سَبْعَةُ أَبْوَابٍ (٣)، و عن الفقيه و التهذيب عن ابي الحسن عن رجل اوصى بجزء من ماله قال سبع ثلثه الى غير ذلك من الاخبار الداله على ان المراد من الجزء السبع، و اختلاف الاخبار اوجب اختلاف كلمات الاصحاب فبين قائل بالعشر، و بين قائل بالسبع و الطائفة الاولى اكثر روايه و الثانية اكثر قولاً فلذا كان الترجيح للقول الاول لكونه اشهر روايه لقوله (ع): خذ باشهرهما، و مع عدم ملاحظه الترجيح يحكم بالتخير، و الاحوط الاخذ بالطائفة الاولى. و اما الشهره الفتوائية فلم يقم الدليل على الترجيح بها. و اما السهم فالذى يظهر من الروايات انه الثمن كما مر فى ذيل روايه البنظى انه سأل ابا الحسن عن رجل اوصى بسهم من ماله قال: السهم واحد من ثمانية، و عن صفوان عن الرضا (ع): السهم واحد من ثمانية، و عن السكونى و ارشاد المفيد ذكر قضايا امير المؤمنين (ع) و انه علل ذلك بآيه: (إِنَّمَا

ص: ١٥٧

١- (١) سورة الحجر آيه ٤٤.

٢- (٢) سورة التوبه آيه ١٠.

٣- (٣) الوسائل كتاب الوصايا باب ٥٦ حكم من اوصى بسهم من ماله.

الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسَاكِينِ الْآيَةَ) الى غير ذلك من الاخبار الداله على ان المراد من السهم هو الثمن، و اما الشيء فالمراد به هو السدس كما ادعى عليه الاجماع، و لخبر ابان عن علي بن الحسين (ع) انه سئل عن رجل اوصى بشيء من ماله فقال الشيء في كتاب علي من سته(١)، فهذه الاخبار كلها تدل على وجود معان شرعية لتلك الالفاظ المبهمه فلا بد من حملها على تلك المعاني، فعليه لا يكون امر التعيين بيد الوصى او الوارث الا بالنسبه الى الجزء بناء على التخيير بين العشر و السبع فان تعيين ذلك بيد الوصى او الوارث، و الظاهر ان الوصيه بالجزء يكون من الوصيه العهديه لا التمليكيه لكون متعلق الوصيه مرددا بين السبع و العشر، كما ان في غير هذه العناوين كالنصيب و القسط و الحظ الفاظ مبهمه و الوصيه نافذه، فيرجع امر التعيين الى الوصى او الوارث لكون كل واحد منهما هو المقصود بالخطاب. و دعوى ان التعيين بيد الوارث فانه ان دفع الاقل فهو المتيقن، و ان دفع الاكثر فيكون دفعه للزائد اجازة منه ممنوعه، فان الاكثر على تقدير اختياره فهو من افراد ما اوصى به و ليس دفع الزائد اجازة من الوارث، كما ان الوصى له دفع الزائد من غير احتياجه الى مراجعه الوارث. نعم لقائل ان يقول بما انها مجهوله محتمله للقليل و الكثير لا معنى لتمليكيها فحينئذ تدخل فى الوصيه العهديه. و هذا الذى ذكرناه يجرى فى جميع الالفاظ المبهمه ما لم تكن لها معان شرعية فتحمل عليها كما عرفت بالنسبه الى السهم و الشيء. و اما الجزء فان المعنى الشرعى مردد بين العشر و السبع فيرجع امر تعيينه من العشر و السبع الى الوصى او الوارث، و حيث ان حملها على تلك المعان الشرعيه على خلاف ما تقتضيه القاعده بالنسبه

ص: ١٥٨

---

١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٥٦ حكم من اوصى بشيء من ماله.



الى الالفاظ المبهمه لذا يقتصر على المتيقن من تلك الالفاظ فلا يشمل مثل جزء الجزء او جزء الشيء او السهم و ان احتمل ان يراد من جزء الجزء عشر العشر او سبع السبع، و اما لو اوصى ان يعطى لزيد مثلا- كثيرا من الدراهم فعن جماعه كالشيخ و الصدوق ان لفظ الكثره له معنى شرعى و هو مقدار خاص و هو ثمانون كما فى النذر، فانه لو نذر ان يعطى لأحد مالا كثيرا ان جاء زيد فيجب ان يعطى ثمانين درهما للروايه التى وردت فيه مستدلا بها على ذلك بقوله تعالى: (لَقَدْ نَصَّيْكُمْ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ) و قد كانت ثمانين، بل عن الشيخ. ان ذلك يجرى فى كل مورد فيه لفظه كثير، و قد خالف فى ذلك جماعه آخرون، بل ادعى عليه المشهور و قالوا بان تفسير لفظ الكثره بالثمانين فى خصوص النذر و لا يتعدى الى غيره اقتصارا فيما خالف الاصل و العرف و اللغه على المتيقن، و الظاهر ان لفظ الكثير من سائر الالفاظ المبهمه ليس لها معنى شرعى، و ارادته فى مورد من القرآن المجيد لا يوجب جعله معنى شرعى مع انه فى موارد عديده من القرآن عدم اراده الثمانين.

ثم لا يخفى انه لا يشترط فى العين الموصى بها ان تكون موجوده بل و لو كانت معدومه اذا كانت متوقعه الوجود كما اذا اوصى بما تحمله الدابه او الجاربه او منفعه العين الموجوده كثمره الشجره المتوقع حصولها فى المستقبل، كما انه لا يعتبر القدره على التسليم فتصح الوصيه فى العبد الآبق و لو من دون ضميمة لاطلاق أدله الوصيه.

لو اوصى بما زاد على الثلث

لو اوصى بما زاد على الثلث يتوقف على اجازة الوارث من غير فرق بين ان يكون ما اوصى به عينا معينه ازيد من الثلث او مقدارا كالف دينار و كان زائدا على الثلث للداله الداله على انه لا تنفذ الوصيه الا باجازه الوارث و ليس لثبوت حق للوارث فى مال الموصى به لكى تكون اجازته اسقاطا لحقه بعد الموت، فان اجاز بعد الموت نفذت الوصيه بلا خلاف بين الأصحاب لا لانه انتقل من الوارث الزائد الى الموصى له لما هو معلوم ان الموصى له يتلقى الملك من الموصى ابتداء و انما اجازة الوارث بتنفيذ الوصيه اذا كانت بعد الموت و لو ردها فى حال الحياه، و اما لو اجاز الوارث فى حال حياه الموصى فهل الوصيه تنفذ و لو ردها بعد الموت؟ الظاهر انها تنفذ الوصيه باجازه الوارث و لو ردها بعد الموت وفاقا للاكثر لروايه منصور ابن حازم قال سألت ابا عبد الله (ع) عن رجل اوصى بوصيه اكثر من الثلث و ورثته شهود فاجازوا ذلك له قال (ع) جائز (١)، و صحيحه محمد بن مسلم عن ابي عبد الله فى رجل اوصى بوصيه و ورثته شهود فاجازوا ذلك و لما مات نقضوا الوصيه، هل لهم ان يردوا ما اقروا به؟ قال: ليس لهم ذلك الوصيه جائزه عليهم اذا اقروا بها فى حياته (٢). و هذه الأخبار كما ترى صريحه فى الدلاله على ان تصرف الموصى بأزيد من ثلثه يتوقف

ص: ١٦٠

١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٣ ان الورثه اذا اجازوا الوصيه

٢- (٢) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٣ ان الورثه اذا اجازوا الوصيه فى حياه الموصى.

على اجازته الورثه، و لو امضوه فى حياته نفذت، و لو ردوها بعد الموت لا يؤثر الرد. و دعوى ان المستفاد من هذه الاخبار ثبوت حق للوارث فى حال الحياه فلذا تكون الاجازة نافذه ممنوعه بأنه لو دلت على ذلك لكان الرد ينبغى ان يؤثر فى حال الحياه لاسقاط حق الوارث و قد عرفت سابقا بان فى حال الحياه لا ملكيه اصلا لا فعليه و لا انشائه و انما الموجود انشاء الملكيه، و اما الملكيه المنشأه فانما هى بعد الموت فتأثير الاجازة فى حال الحياه انما هو لتعبد شرعى محض لا يمكن تطبيقه على القاعده. و اما الاجازة و الرد بعد الموت فهو على القاعده، لان ملكيه الموصى للمال ملكيه دائميه ليست كملكيه البطن السابق بالنسبه الى البطن اللاحق ملكيه ما دامت الحياه، فالموت بالنسبه الى الوقف يوجب انتهاء أمد الملك و لذا تبطل اجازة الوقف بموت البطن السابق بخلاف ما لو آجر داره مده تزيد على حياته فان العين تنتقل الى الوارث مسلوبه المنفعه، و الاجازة بعد الموت صحيحه، و فى الوصيه لما كانت انشاء تملك معلق على الموت صادف زمان الشرط زمان حق الوارث، فلذا تكون اجازته فى ذلك الحين اسقاطا لحقه ورده يوجب ان يكون مانعا من ترتب الاثر.

و لاجل ذلك قلنا ان الاجازة من الوارث تنفيذ للوصيه فيتلقى الموصى له العين من الموصى لا من الوارث.

و بالجمله الموصى اوجد المقتضى، و الاجازة بعد الموت من قبيل الشرط، و الرد من قبيل المانع، و من الواضح ان المقتضى لا يؤثر الا مع تحقق الشرط و عدم المانع، فالاجازة فى حال الحياه و كذا الرد لا اثر لهما اذ فى حال الحياه لم يوجد المقتضى لكى تؤثر الاجازة و الرد، و لا يستفاد من الادله اثبات حق للوارث ليكون من اسقاط

الحق. نعم الأدله دلت على ان الاجازه فى حال الحياه موجه لتنفيذ الوصيه تعبدا و لو حصل الرد بعد الموت و حينئذ لا بد ان يقتصر على الاجازه فى حال الحياه و لذا لا نقول بتأثير الرد فى حال الحياه، فلو حصل الرد فى حال الحياه و لم يستمر الى ما بعد الموت و حصلت الاجازه بعد الموت لا يؤثر الرد. و دعوى ان الاخبار الداله على تأثير الاجازه فى حال الحياه تحمل على الوصيه فى حال المرض لما يستفاد من بعض الاخبار الوارده فى منجزات المريض بأن المريض محجور عليه و لا يتصرف بما زاد على ثلثه و ان الوارث فى حال المرض له حق فى المال، فحينئذ فى حال المرض اجازته الوارث لها تأثير فيسقط حقه و ينطبق على القاعده ممنوعه، بان الاخبار الداله على تأثير الاجازه فى حال الحياه و لو تعقبها الرد مطلقه تشمل الصحه و المرض مضافا الى ما سيأتى ان شاء الله بيانه من عدم تماميه تلك الاخبار الداله على حجر المريض، على انا لو سلمنا دلالتها لا تصلح لتقييد هذه الاخبار بحال المرض، ثم انه يستفاد من هذه الاخبار ان التوقف على اجازته الوارث لو كان فى حياته احد الورثه من طبقات الميراث، و اما لو لم يوجد ما عدا الامام فالظاهر نفوذ وصيته بما زاد على الثلث، فلو اوصى بجميع ماله نفذ فى الجميع من غير حاجه الى الرخصه من الحاكم الشرعى لانصراف هذه الاخبار الى غير هذه الصوره، كما انه يستفاد من الاخبار ايضا انه لو رد بعض الورثه دون البعض الآخر نفذت الوصيه بالنسبه الى من اجاز و بطلت بالنسبه الى من رد، فاذا كان للموصى ابن و بنت و اوصى لزيد بنصف ماله قسمت التركه ثمانيه عشر نفذت فى ثلثها و هى سته، و بالنسبه الى الزائد اى الثلاثه احتاج الى امضاء الابن و البنت فان امضيا معا نفذت فى تمامها، و ان امضى الابن دون

البنث نفذت في اثنين و بطلت في واحد و كان للموصى له ثمانيه، و ان كان بالعكس كان الامر بالعكس و كان للموصى له سبعة، و ان لم يمضيا معا لم تنفذ بالنسبه الى الثلاثه الزائده على ثلثه و نفذت في ثلثه فقط فيكون للموصى له ستة، و يستفاد من قوله عليه السلام و ورثته شهود و ورثته عند الموت لانه وقت انتقال التركة، فمع اجازة من يرث بعد الموت يوجب تنفيذ الوصيه، و اما لو كان وارثا حين الوصيه و ليس وارثا بعد الموت بان مات قبله او قتله فممنع من الميراث فلا تنفع تلك الاجازة، كما انه لا يعتبر اجازة من لم يكن وارثا عند الوصيه ثم صار وارثا عند الموت، مثلا للموصى له اخ و ابن حين الوصيه و اوصى بما زاد على الثلث فاجاز الابن الزيادة او الاخ اجاز ثم توفي الابن قبل ابيه فلم تنفع اجازة الابن لكون الوارث عند الموت هو الاخ و لم تنفع اجازة الاخ لعدم كونه وارثا عند الوصيه. نعم الاخ شانا يرث و هو لا ينفع، و ليس من قبيل ما لو باع شيئا ثم ملك حيث انه بالاجازة يتلقى الملك من الموصى ابتداء لا من المجيز. نعم هو من قبيل من اجاز ثم ملك الاجازة فانه لو قلنا بكفايه اجازة من ملك الاجازة فالوصيه تكون صحيحة و تكون كمن اجاز بعد الموت فيخرج عن محل الفرض و هو ما لو اوصى بما زاد و اجاز الوارث في حال حياه الموصى بلا- حاجه الى اجازة ثانيه، ثم ان الزيادة التي تتوقف على اجازة الوارث هل هي عند الوفاة او الزيادة عند الوصيه؟ قيل بالاول لما يستفاد من حال الشخص عند ما يوصى يلاحظ ما يملكه في ذلك الحين فتعتبر الزيادة في ذلك الوقت، و لكن الانصاف انه خلاف ما يستفاد من الاخبار، و ان المستفاد هو الزيادة عند الموت كما عليه الاصحاب من غير فرق بين ان يكون حين الوصيه زائدا عليه حين الموت او كان

غير زائد حين الوصيه و بعد الوصيه صار زائدا بان ارتفعت قيمته السوقيه، او لنقصان قيمته عند الموصى، او بخروج بعض امواله عن الملكيه، فحينئذ تكون العين الموصى بها زائده على ثلثه. نعم ربما يقال بالنسبه الى الوصيه بثلث المال على نحو الكسر المشاع ثم تجددت ماليه الموصى، مثلا: كانت ماليته عند الوصيه الف دينار و عند الموت يساوى الف و خمسمائه دينار الاعتبار بثلث المال حين الوصيه لا- حين الوفاه إلا- ان الظاهر الاعتبار بحين الوفاه إلا اذا كانت هناك قرائن تدل على اراده الثلث حين الوصيه بان عدد امواله و قال ثلث اموالى المذكوره لزيد بعد وفاتي فالظاهر منه اراده ثلث المال حين الوصيه.

ثم لا- يخفى ان اجازة الوارث لما زاد على الثلث ليست على سبيل الفور للأصل و اطلاق النص و الفتوى كقبول الموصى له و اجازة الفضولى بل قد عرفت انه من قبيل اجازة الفضولى. هذا فيما لو علم بتحقق الزيادة. و اما لو شك الوصى فى كون الموصى به قدر الثلث او ازيد فهل يجب عليه التريث عن التصرف فيما زاد على المتيقن او عدمه؟ وجهان، نعم يجوز له التربص حذرا من لحقوق الضمان، و اما لو علم بالزيادة على الثلث و لكن شك فى كونها من التبرع الموقوف على الاجازة او مما يخرج من الاصل او خارجا عن ملكه، فالاقرب وجوب التوقف حتى يعلم ذلك. و دعوى جواز التصرف حتى يتبين الخلاف حملا لفعل المسلم على الصحيح فى غير محله إذ الوصيه حينئذ بما زاد لم يكن باطلا، كما ان التوقف على الاجازة لا ينافى الصحه.

### ما يعتبر فى المجيز حال الاجازة

ثم لا يخفى انه يعتبر فى المجيز حال الاجازة ان يكون جائز التصرف فلا تصح الاجازة من المجنون حال جنونه او السكران حال سكره، و لا المغمى عليه حال اغمائه، و الصبى لدون العشره. و اما

المحجور عليه لفس فان وقعت في حال حياه الموصى نفذت لعدم كونها تصرفا و لا متعلقا بالمال حق الغرماء، و ان وقعت بعد الموت فعلى النقل، و ان تلقى الموصى له من الوارث المحجور عليه كما عليه العامه فلا تنفذ لتعلق حق الغرماء، و مع الكشف فيحتمل النفوذ لكون الاجازه رضى بتمليك الموصى فليس مالا للوارث لكى يتعلق حق الغرماء به، اللهم الا ان يقال عدم نفوذ الاجازه في الزائد يصير سببا لانتقال المال الى الوارث فيتعلق حق الغرماء به. و هذا لا يفرق بين كون الاجازه كاشفه او ناقله، و الانصاف ان التوقف على الاجازه ليس لوجود حق للوارث في العين و انما هو امر تعبدى، و تلقى الموصى له انما هو من الموصى، فاجازه الوارث ليس تصرفا ماليا في العين، و لا حق الغرماء متعلق بالعين لكى يكون تصرفا في حق الغير فالأقوى اذا للمفلس الاجازه مطلقا سواء كانت الاجازه كاشفه او ناقله بناء على بقاء المال على ملك الميت الى حين حصول الاجازه لكى ينتقل من الموصى الى الموصى له و اما بناء على عدم قابليته للملك لعدده عرفا من الجمادات، و ان تعلق حق الديان بالمال من قبيل حق الرهانه فلا معنى لكون الاجازه ناقله.

ثم لا يخفى انه يجب على الوصى تنفيذ الوصيه بما يراه اجتهادا او تقليدا. فلو كان الموصى يرى اجتهادا او تقليدا نفوذ الوصيه بما زاد و لا- يتوقف على اجازه الوارث و لم يكن من رأى الوصى ذلك لم تنفذ تلك الوصيه فالعمل على اجتهاد و تقليد الوصى لأنه المكلف بالعمل بما يراه مشروعا. ثم لا يخفى ان الاجازه تحتاج الى ما يدل عليها لكونها امضاء و تنفيذها للوصيه فلا يكفى فيها مجرد الرضا و طيب النفس.

للموصى تعيين ثلثه فى أى عين شاء

للموصى تعيين ثلثه فى أى عين شاء، فاذا عين الموصى للموصى له عينا خاصه اختص بها الموصى له ان كان بقدر الثلث او اقل منه و ليس للوارث مزاحمته لما يستفاد من الأدله: ان للموصى تعيين ثلثه فى أى عين شاء و يملك الموصى له تلك العين و يتصرف بها بانحاء التصرف بمجرد الموت مع عدم رده و يكون من املاكه و من مختصاته، فلو تلفت تلك العين يكون من الموصى له، كما انه لو تلف ما عدى هذه العين يكون من الوارث و لو كان بعض مال الوارث غير حاضر، الا ان الذى يظهر من بعض الأصحاب ان المال لو كان بعضه غائبا و الحاضر الموجود اقل من الثلثين فمع تلف المال الغائب الراجع الى الوارث قانه يرجع الى الموصى له فى العين الموصى بها بمقدار ما تلف من المال الغائب فتلفه يحدث شركه فى تلك العين، فحينئذ استقرار ملكيه تلك العين يتوقف على قبض الوارث للمال الغائب او وكيله، فلو تبين التلف يكون الوارث شريكا للموصى له فى تلك العين بمقدار ما تلف من حين التلف لا من حين الموت، فلو حصل نماء من تلك العين قبل التلف و بعد الموت فهو للموصى له. فعليه يجوز للموصى له بعد موت الموصى ان يتصرف فى ثلث العين فيما إذا لم يزاحم الاشاعه و الشركه.

فما يظهر من بعض التوقف فى التصرف بالعين حتى فى ثلثها لا وجه له، إذ التصرف فى ثلث العين ليس له مزاحمه لحق الوارث. نعم ظاهر الأصحاب ليس له التصرف بتمام العين بمجرد الموت لاحتمال



حدوث حق للوارث في العين. هذا و لو لا تسالم الأصحاب على عدم جواز تصرف الموصى له في تمام العين لكان القول بجواز تصرف الموصى له بتمام العين هو الموافق للأصول كإصالة سلامه الغائب و عدم حدوث سبب الشركه و إصالة عدم تلف المال الغائب، اللهم إلا ان يقال بانه من الأصول المثبتة لجواز التصرف و قد حرر عدم جريانها.

(اقول) ظاهر كلمات الاصحاب ان مال الغائب إذا كان في معرض التلف لكونه خارجا عن سلطنه الورثه فيمنع من التصرف في تمام العين، و اما اذا لم يكن في معرض التلف فلا مانع من تصرف الموصى له بتمام العين، و هذا الذي ذكره الاصحاب في المقام يجرى فيما لو كان للميت ديون و هي في معرض التلف فانه يمنع من التصرف في تمام العين، فمع الشك في تحقق التلف و عدمه لا مانع من التصرف في تمام العين لعموم السلطنه. و دعوى انه من التمسك بالعام في الشبهه المصداقيه اذ الشك في التلف شك في ماله تمام العين للموصى له فالتمسك بعموم العام يكون من التمسك بالعام في الشبهه المصداقيه و قد منع من التمسك بالعموم في ذلك ممنوعه إذ المقام ليس من ذاك القبيل و انما هو من الشك في عروض المنع لعموم العام.

ثم لا يخفى انه كما للموصى تعيين ثلثه في اى عين شاء، كذلك له ان يجعل امر التعيين الى الوصى او الموصى له فيتعين بتعيينه، لان ذلك من شؤون ملكيته، و مع الاطلاق بان قال: ثلث مالى لزيد فحينئذ يكون امر تعيين ما يستحقه الموصى له بنظره مع رضاء الورثه لحصول الشركه بين الموصى له و الورثه. هذا في الوصيه التمليكيه.

و اما في الوصيه العهديه فمع ذكر الصرف و معرفه الموصى اليه لما ذكره من الصرف فيجب العمل بما اوصى به الموصى، و اما لو

قال الموصى انت وصيى و ذكر مصرف الوصيه و نسي الوصيى ذلك، او قال سأذكر ما اوصى به و لم يذكره فيما بعد و لم يعلم ان الوصيه هل هى تملكه او عهديه؟ الظاهر انها تصرف فى وجوه البر و الخيرات و اداء الحقوق الشرعيه من الواجبات البدنيه او الماليه، و اما لو قال انت وصيى و ذكر جهات المصرف باجمعها ثم نسي الوصى بعض تلك الجهات فيصرف ثلثه بالنسبه الى ما نسي من تلك الامور فى وجوه البر و الخيرات للاجماع المدعى فى المقام، و لمكاتبه الريان قال: كتبت الى ابى الحسن (ع) اسأله عن انسان اوصى بوصيه فلم يحفظ الوصى إلا بابا واحدا منها كيف يصنع فى الباقي؟ فوقع عليه السلام: الابواب الباقية اجعلها فى البر(1) و ضعفها منجر بعمل الاصحاب. لا يخفى ان المستفاد من هذه الروايه كون المنسى فى الوصيه العهديه نفس الجهات المتباينه، و اما لو علم بمقدار الماليه و تردد بين الاقل و الاكثر فان الروايه لا تشمل بل يصرّف مقدار الماليه فى الاقل، و اما لو تردد الموصى له بين أمرين متباينين كالسيف و الفرس قيل بالبطلان، و ينسب الى الشيخ (قدس سره) و ابن ادريس لتعذر العمل فى الوصيه بسبب النسيان فيعود ميراثا و لكن لا يخفى ما فيه لعدم محذور من صحه الوصيه إذ لا مانع من شمول المكاتبه لذلك مضافا الى انه يمكن القول بصحه الوصيه و الرجوع الى القرعه فى تعيين المراد، و أما لو كان المنسى فى الوصيه التملكه فتاره يعلم انه اوصى بداره لشخص و قبل بناء على القول بالاحتياج الى القبول او لم يحصل الرد بناء على عدم الاحتياج الى القبول و تردد بين أشخاص محصورين فلا- يمكن العمل بالوصيه بتمامها فحينئذ إما أن نقول بالقرعه لو شمل دليلها و إلا فالتوزيع لكونه عملا ببعض الوصيه و ان تردد بين أشخاص غير

ص: ١٦٨

محصورين فحينئذ يكون من مجهول المالك يتصدق به عن صاحبه فيندرج تحت المكاتبه لكون المتصدق به من وجوه البر. ثم انه لو تذكر ما نسي بعد ما صرفه في وجوه البر حسب ما أمره الشارع لا يضمن لاستلزام الأمر به سقوط الضمان، وهكذا بالنسبه الى مجهول المالك فانه لو تصدق عن صاحبه مع اليأس ثم وجد المالك أيضا لا يضمن لأنه تصرف فيه بالوجه المأمور به، فأمره بذلك يوجب سقوط الضمان، كما انه لو تبين المالك بعد اخراج الخمس من المال المختلط من الحلال و الحرام فانه لا يضمن للامر الوارد باخراج خمسه فانه مطهر للمال و مسقط للضمان، و هكذا لو انفق الحاكم الشرعى أو بأمره على زوجه المفقود عنها زوجها من أموال الزوج ثم تبين موته قبل ذلك فانه لا يضمن لورود الأمر الشرعى بوجود الانفاق من مال الزوج وفاقا للمسالك فانه علل عدم ضمانه لوجود الأمر بالانفاق عليها شرعا. نعم ورد النص بالنسبه الى اللقظه انه يضمن إذا ظهر صاحبها و اخترنا الضمان لما ورد من أنه يخيّر بين ثواب الدنيا و ثواب الآخرة، و حيث ان ذلك على خلاف القاعده فيقتصر على مورده و هو فى مورد اللقظه حتى انه لو دفعها الى الحاكم الشرعى و هو تصدق بها عن صاحبها، فانه فى هذا المورد لا يضمن لما عرفت ان الضمان على نفس الملتقط لو تصدق هو أى باشر بنفسه التصدق اقتصارا على مورد النص فيما خالف الاصل فافهم و تأمل.

## المسأله السادسة

### ما يعتبر فى الموصى

يعتبر فى الموصى أمور:

«الأول»: البلوغ فلا تصح وصيه الصبى لكونه محجورا عليه لحديث الرفع و عمد الصبى خطأ، هذا إذا لم يبلغ عشره سنين، أما

إذا بلغ عشره سنين و كان مميزا فانه تصح وصيته للاخبار المستفيضه، منها ما ورد عن الصدوق فى الفقيه عن ابن أبى عمير عن أبان عن عبد الرحمن عن أبى عبد الله (ع) قال: اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته و منها فى الموثق عن منصور بن حازم عن أبى عبد الله (ع) قال: إذا بلغ الصبى خمسہ أشبار أكلت ذبيحته و إذا بلغ عشر سنين جازت وصيته. و هذه النصوص كما تراها مطلقه إلا انها قيدت بكون الوصيه فى وجوه البر و الخير لصحيحه زرارہ عن أبى جعفر (ع) قال: اذا أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له فى ماله ما اعتق أو تصدق أو أوصى على حد معروف و حق فهو جائز (١)، و موثقه أبى أيوب و أبى بصير عن أبى عبد الله (ع) فى الغلام ابن عشر سنين يوصى. قال إذا أصاب موضع الوصيه جازت له (٢)، و صحيحه أبى بصير عن أبى عبد الله (ع) قال اذا بلغ الغلام عشر سنين و اوصى بثلث ماله فى حق جازت وصيته (٣) فانها كما ترى تدل على ان تكون الوصيه فى المعروف و الحق و ان تكون الوصيه تصيب موضعها و ألسنتها و ان كانت مختلفه، إلا انها داله على ان تكون الوصيه تصرف فى وجوه البر و المعروف. نعم ربما يقال من ظاهر روايه جميل بن دراج عن أحدهما (ع) قال يجوز طلاق الغلام اذا كان قد عقل و صدقته و وصيته و ان لم يحتلم (٤). بأن المصحح

ص: ١٧٠

- 
- ١- (١) الوسائل، باب ٤٤ من كتاب الوصايا.
  - ٢- (٢) الوسائل باب ٤٤ من كتاب الوصايا.
  - ٣- (٣) نفس المصدر السابق.
  - ٤- (٤) الوسائل باب ١٥ من أبواب كتاب الوقوف و الصدقات. و عن التهذيب روايته عن موثقه محمد بن مسلم باب وصيه الصبى و المحجور عليه.

لوصيه هو العقل لا البلوغ عشر سنين فيكون المقام من تعدد الشرط و اتحاد الجزاء و لكن لا يخفى ان اعتبار العقل اجماعى فلا حاجه الى التنصيص على قيديته. فلذا يكون الجمع العرفى اعتبار الأمرين، و دعوى كفايه ثمان سنين كما هو رأى ابن الجنيّد لروايه الحسن بن راشد عن الحسن العسكري (ع) اذا بلغ ثمان سنين فجائز أمره فى ماله و قد وجبت عليه الفرائض و الحدود و اذا تم للجاريه سبع سنين فكذلك (1) فى غير محلها إذ الروايه شاذه لمخالفتها لاجماع المسلمين من حصول البلوغ بثمان سنين، و عليه لا- يمكن رفع اليد عن تلك الأخبار المتقدمه بعد حمل المطلق على المقيّد و الجمع العرفى لهذا الخبر الشاذ المخالف لاجماع المسلمين فى عدم تحقق البلوغ بثمان سنين للذكر و سبع سنين للأنثى بل توجب هذه الأخبار رفع اليد عن الأخبار الداله على حجر الصبى و مقتضى للاحتياط الذى هو ظاهر المختلف و جامع المقاصد لعدم حجيه الاحتياط الموافق لأصل عدم النفوذ لما عرفت من تظافر الأخبار على صحه وصيه من بلغ عشر سنين كما لا يخفى.

«الثانى»: العقل فلا تصح وصيه المجنون و المغمى عليه حال اغمائه و السكران حال سكره لما هو معلوم من كونه فاقد العقل و الشعور فلا تنفذ اقراراته إذ لم يصدر عن قصد و ادراك. نعم لو أوصى فى حال الصحه و عرض له أحد هذه الأمور لم تبطل وصيته.

«الثالث»: الاختيار فلا تصح وصيه المكره.

«الرابع»: الرشده فلا تصح وصيه السفيه فى ماله و تصح فى غير ماله كما هو المشهور لأدله الحجر بكونه ممنوعا من التصرف فى أمواله و الايضاء يعد تصرفا، و دعوى أنه ممنوع من التصرف فى حال الحياه

ص: ١٧١

و بعد الوفاء لا حجر عليه فعليه يصح تصرفه في الوصيه لكونه تصرفا بعد الحياه ممنوعه إذ هو من التصرفات المتحققه في حال الحياه فتكون محجورا عليها. نعم لا مانع من الايضاء إذ لم يتعلق بالمال، كما لا مانع من دعوى صحه وصيته بالنسبه الى البر و المعروف قال في جامع المقاصد انه المشهور بين الأصحاب كما يحكى ذلك عن المفيد و سلاز و الحلبي كما تقتضيه عمومات الوصيه، و دعوى ان أدله الحجر موجب لخروجها من تلك العمومات ممنوعه لقصورها عن شمولها للمقام لكونها ظاهره في الامتنان و لا تقتضى حرمانه من الانتفاع بماله و أما المفلس فتقبل وصيته إذا لم يتعلق بالمال قطعا و مع تعلقه بالأعيان فمع عدم اجازة الغرماء فلا اشكال في عدم النفوذ و مع الاجازة فالظاهر نفوذ الوصيه مع عدم ردهم بعد الممات، و أما لو أجازوا حال الحياه وردوا بعد الممات فهل هو مثل اجازة الوارث مؤثره و لا يعتنى بالرد بعد الموت أم لا؟ فان قلنا ان الاجازة على القاعده فلا يكون الرد مؤثرا و إلا فمورد الروايه خصوص الوارث فلا يتعدى الى الغرماء و الظاهر انه لا مانع من وصيته و ان كان بعد حجر الحاكم لعدم الضرر بها على الغرماء لتقدم الدين على الوصيه فلا تراحم حقوق الغرماء لكي لا تصح الوصيه و ان كان لا يترتب أثر على وصيته إلا بخروجه حال الموت عن التفليس اما لتملكه ما لا يزيد على دينه أو لبرائته من بعض الدين.

«الخامس»: ان لا يكون الموصى مملوكا فانه لا يصح تصرفه إلا باذن مولاه لقوله تعالى: **مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ (١)** و لقوله (ع) انه

ص: ١٧٢

لم يعص الله و انما عصى سيده فاذا أجازته فهو له جائز(١) وهذا لا يفرق بين أن يكون في ماله او مال غيره لصحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) انه قال في المملوك ما دام عبدا فانه و ماله لأهله لا- يجوز له و لا كثير عطاء و لا وصيه إلا ان يشاء سيده(٢). نعم لو أوصى ثم انعتق صحت وصيته لارتفاع المانع بالعتق، و قياسه على الصبي لو أوصى ثم بلغ قياس مع الفارق فان الصبي مسلوب العبارة فتعقبه بالبلوغ لا ينفع في صحه وصيته بخلاف المملوك فانه بالغ رشيد الا انه له مانع من نفوذ عبارته فمع ارتفاع المانع بالعتق لا مانع من صحه وصيته، و يستفاد ذلك من الروايه المتقدمه إلا ان يشاء سيده٣ انه لا قصور في التصرف و انما القصور في المتصرف، و وقوع الوصيه في حال الرقيه و الحجر، المستفاد من قوله (ع) لا وصيه لمملوك٤ لا يقتضى المنع الى الأبد.

### ان لا يكون الوصى قاتل نفسه

«السادس»: أن لا يكون قاتل نفسه فان قتل نفسه أو جرحها و هلك من أجل الجرح فوصيته باطله ان كانت في حاله جرحه، و أما إذا كان قبل الجرح قد أوصى فلا مانع من صحه وصيته و يكون حاله حال عروض الجنون و الاغماء فلا تبطل وصيته، و الحكم بالبطلان في من قتل نفسه هو المشهور بين الاصحاب شهره عظيمه حتى كادت ان تكون اجماعا و للنص الصحيح المروى و هو صحيحه ابي و لاد المرويه في الكتب الثلاثه عن الصادق (ع): من قتل نفسه متعمدا فهو في نار جهنم خالدا فيها، ارأيت ان كان اوصى بوصيه ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته

ص: ١٧٣

١- (١) الوسائل كتاب النكاح باب ٢٤ ان العبد اذا تزوج (من ابواب نكاح العبيد).

٢- (٢ و ٣ و ٤) الوسائل كتاب الوصايا باب ٧٨ ان المملوك لا يجوز له ان يوصى.

فقال ان كان قد اوصى قبل ان يحدث حدثا في نفسه من جراحه او فعله لعله يموت اجيزت وصيته في الثلث، و ان كان اوصى بوصيه بعد ما حدث في نفسه من جراحه او فعل لعله يموت لم تجز وصيته(١) و بهذا الخبر تخصص عمومات الوصيه. و لا يخفى ان ذلك لما كان مخالفا لتلك الاطلاقات يلزم الأخذ بالقدر المتيقن و هو ما لو جرح نفسه أو شرب سما او نحو ذلك و قصد قتل نفسه فهلك بذلك، و اما لو شرب خطأ او لم يقصد الهلاك فانه تصح وصيته، بل لو جرح نفسه للهلاك ثم عوفى ثم مات لا يبعد صحه وصيته كما تصح الوصيه بما يتعلق بالتجهيز و نحوه مما لا يتعلق بالمال كما تصح وصيته فيما لو اوصى قبل ان يحدث في نفسه ذلك ثم احدث صحت وصيته الا انه فيما لم يكن بانيا على ان يحدث ذلك بعدها و اما لو كان بانيا على ذلك حين الوصيه محل نظر. و دعوى صحه وصيته تمسكا باطلاق صحيحه ابن ولاد المتقدمه محل منع إذ اطلاقها محل تأمل، كما انه لا اشكال في صحه وصيه من قصد الهلاك و لكن على وجه مشروع كالجهاد في سبيل الله و لا يلحق التنجيز بالوصيه لعدم صدق الوصيه عليه. و دعوى ان منع الشارع له من الوصيه لعدم الثلث له فيمتنع التنجيز ايضا لذلك بناء على انه منه محل نظر بل منع عملا- باطلاق الأدله، ثم لا يخفى انه لا يعتبر اسلام الموصى بل تصح وصايه الكافر للعمومات الداله على صحه تمليكاته المنجزه و لانها لو لم تصح لما صحت منه وصاياه في اخراج ديونه ورد اماناته.

ص: ١٧٤

---

١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٥٢ ان من اوصى ثم قتل نفسه صحت وصيته.



ما يعتبر فى الوصى

يعتبر فى الوصى امور: الأول البلوغ فلا تصح الوصايه الى الصبى لكونه محتاجا الى من يولى عليه لعدم كماله فكيف يكون وليا، ولا- دليل على كون البالغ عشرا تجوز الوصايه اليه كما جوزنا ذلك فى صحه وصايه الموصى و ذلك لقيام الدليل عليه و إلا منعنا عن ذلك فى وصايه الموصى حيث أنه ليس له ولايه على ماله فى حياته فكيف يجعل الولايه على ماله لشخص بعد وفاته، و أدله الوصيه انما هى عبارته عن اعطاء الولايه و السلطنه الى الشخص بعد وفاته. و من هنا يقوى جواز الايصاء الى الصبى بعد البلوغ لان الممنوع جعل الصبى وصيا مع كونه ممنوعا من التصرف. و اما جعل الولايه له بعد البلوغ فلا محذور فيه و ان كان على خلاف المشهور، فان المشهور ينفى كون الصبى وصيا الا إذا انضم اليه الكامل. و حينئذ تصح وصايته بعد البلوغ و بعده يشترك البالغ مع الكامل فى التصرف و قبل بلوغ الصبى يتصرف الكامل وحده و ليس لولى الصبى حق الاعتراض، و هذا ظاهر كل من أوصى بضم الكامل الى الصبى. و اما لو علم كون تصرف الكامل بعد بلوغ الصبى هو المراد من الوصيه حتى الى الاشياء الفوريه كوفاء ديونه و تجهيزه و نحو ذلك فحينئذ يلزم اخذ الرخصه من الحاكم الشرعى لعدم جواز التصرف لمن أوصى له فى ذلك الحين فيكون من وظائف الحاكم الشرعى.

«الثانى» العقل فلا تصح وصايه المجنون فلو طرأ الجنون بعد موت الموصى بطلت وصايته، فلو أفاق لم تعد وصايته بل يحتاج الى نصب جديد من الحاكم الشرعى.

«الثالث» الإسلام فلا تصح الوصايه الى الكافر لعدم استئمان الكافر.

«الرابع» العدالة على المشهور لعدم جواز إعطاء الولايه للفاسق على التصرف سواء كانت التصرفات يعود نفعها الى الميت او يوصى بالصرف على الفقراء كما يظهر من آيه النبأ: (إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا... الآية) (١) فان الظاهر منها ان الاعتماد على الفاسق موجب للوقوع فى الندامه كما هو كذلك فى الولايه على الوقف فلا يصح اعطاؤها للفاسق لما عرفت من وجوب التثبت بخبره و الأخذ بقوله ركونا الى الظالم و هو منهى عنه لقوله تعالى: (وَلَا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا) (٢).

هذا غاية ما يستدل به فى المقام على اعتبار العدالة فى الوصى، و لكن لا يخفى ان المستفاد من آيه النبأ مع ملاحظه التعليل فيها:

(أَنْ تَصِيَّبُوا قَوْمًا بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ) (٣)، كون العله فى وجوب التثبت هو الوقوع فى الندم و هو يقتضى اعتبار الوثاقه لا العدالة، و ليس جعل التصرفات بيد الفاسق ركونا الى الظالم، فلو كان ركونا لكان ينبغى القول بعد جواز وكالته مع انه لا إشكال فى جواز توكيل الفاسق. نعم جعله قيما محل اشكال بل المشهور اعتبار العدالة فى القيم و لكن الظاهر فى ذلك ايضا هو اعتبار الوثاقه، و مثل ذلك الولايه على الأوقاف العامه و سيجىء ان شاء الله تعالى فى مبحث الولايه.

ص: ١٧٦

١- (١) سورة الحجرات آيه ٦.

٢- (٢) سورة هود آيه ١١٣.

٣- (٣) سورة الحجرات آيه ٦.

الخامس الحريه فلا تصح وصايه المملوك إلا باذن سيده لاستلزامه التصرف بمال الغير بغير اذنه كما لا تصح وكالته إلا باذن سيده و لو اذن له سيده فلا- يجوز له العدول عن اذنه بعد موت الموصى و يجوز له العدول فى حيوته، و لا يخفى ان شرائط الوصى من البلوغ و العقل و الحريه معتبره حين الوفاه و ليست عند انشاء الوصيه و ان كان الأحوط استمرارها من حين الانشاء الى حين الوفاه.

## المسأله الثامنه

### ما يتعلق بالموصى له

فى بيان ما يتعلق بالموصى له و فيه امور:

الأول يعتبر فى الموصى له الوجود، فلا تصح الوصيه للمعدوم كالميت، او لمن تحمله المرأه فى المستقبل او لمن يوجد من ولد فلان فان التملك يقتضى وجود من يدخل فى ملكه، فمع عدمه لا معنى لتمليكه، و لا يرد النقض بمثل تملك البطن اللاحق فى الوقف فانما هو بملاحظه البطن الموجود، فتمليك المعدوم انما هو يتبع الموجود مضافا الى ان اطلاقات الوصيه تنصرف الى الموجود فلا تشمل المعدوم، كما ان مقتضى الأصل عدم انتقال الملك الى المعدوم على ان الشهره المحققه كادت ان تكون اجماعا على عدم تملك المعدوم.

و دعوى انه لا مانع - منه أى - من تملك المعدوم قياسا على بيع الكلى و النماء المتجدد كالثمار و نحوها مثل تملك المنافع بالعقد مع انها ليست موجوده و انما تحصل بالتدرج ممنوعه، فانه قياس مع الفارق كما سيأتى بيانه عن قريب ان شاء الله.

و قد أجاب عن ذلك الشيخ (قدس سره) فى الجواهر بما حاصله

ان النماء قد ثبت جواز بيعه و لو كان معدوما للاجماع على ذلك أولا و منع تحقق الملك فى الكلى و النماء حقيقه، و انما هو اقتضاء لتأهل الملك و الاستعداد له لان التمليك يكون على نحو ملكيه مالك العين، و النماء بالنسبه الى مالك العين ليست ملكيه حقيقه بل ملكيه تأهليه أى له ان يملك لو وجد النماء و هكذا المنفعه فان المالك يملكها عند وجودها، و قد اورد عليه بعض من تأخر ان الاجماع لا- يصير غير المعقول معقولا، و ظاهر التمليك اعطاء السلطنه الفعلية لا- انه يملك ما يملكه فى المستقبل، فالتحقيق فى الجواب هو ان التعلق فى بيع الكلى هو نفس الكلى و له وجود فى واقعه وجودا اعتباريا يعتبره العقلاء كبيع صاع من الحنطه و ليس من الأمر المعدوم إذ البيع متعلق بواقعه الاعتبارى.

و اما الثمار و الامور المتجدده فى الملك قبل استيفائها فالتمليك متعلق بجهه من العين، و بما ان العين موجوده حقيقه تكون منافعها المتأخره كأنها موجوده فلا- مانع من تعلق التمليك بها لتحقق ملكيه المالك لها فيملكها للغير على نحو ملكيته لها، فالمالك ينقل ما يتعلق بنفس العين و ان كان اصل العين فى ملكه إلا ان له جهه الاستيفاء من العين فيكون للغير حق الاستيفاء، مثلا الجاريه المملوكه يملك المالك خدمتها مده سنه مع ان الخدمه معدومه حال التمليك.

و بالجمله العقلاء يعتبرون المنافع نحو وجود للعين فلذا صح تمليكها و تملكها، و لا تعتبر من الامور المعدومه التى لا يصح تمليكها إذ لها أى المنافع - دخل فى ماله العين الفعلية فكأنه بالتمليك يملك نحو من ماله العين.

(الثانى) لا اشكال فى صحه الوصيه للوارث للاجماع بقسميه

مضافا الى ما ورد فى الأخبار الكثره على ان الشخص له من ماله الثلث فله وضعه فيما يشاء، و يؤيد ذلك اطلاقا الوصيه بل خصوص المعبره فى الوصيه للوارث خلافا للعامه حيث منعوا صحه الوصيه للوارث و احتاجوا الى الجواب عن ظاهر آيه: (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ) الآيه (١) فانها تدل على وجوب الوصيه للوارث بدعوى انها منسوخه، و لا يخفى ما فى ذلك و ان وجدت فى بعض الاخبار من كونها منسوخه إلا- انها محموله على التقيه، و قد عرفت منا سابقا بأن الآيه الشريفه محموله على الاستحباب بناء على ما ذكرناه سابقا من أحد المبنيين أما كون الوجوب مركبا و النسخ يتوجه على الفصل و هو المنع من الترك و يبقى الرجحان متقوما بفصل الندب و هو جواز الترك أو انها بسيطان من انحاء الاراده. فنسخ الوجوب بمعنى نفى الشده و تبقى المرتبه الضعيفه و هو الندب كما لا يخفى.

(الثالث): هل تصح الوصيه للكافر مطلقا أم يفصل بين الذمى و الحربى أم لا تصح؟ أقوال، و الأقوى هو الصحه و عليه الأكثر لما ورد من مصححه الريان بن شبيب الى ان قال: فسألت الرضا (ع) و قلت ان اختى أوصت بوصيه لقوم نصارى و أردت أن أصرف ذلك فى قوم من أصحابنا، فقال (ع): امض الوصيه على ما أوصت به (٢)، قال الله تعالى: (فَأِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُدْلُونَهُ) (٣)، و عن كتاب الحسين بن سعيد بسنده الى محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله (ع)

ص: ١٧٩

١- (١) سورة البقره آيه ١٨٩.

٢- (٢) الوسائل كتاب الوصايا باب ٣٥ جواز الوصيه من المسلم و الذمى للذمى.

٣- (٣) سورة البقره آيه ١٨١.

عن رجل أوصى بماله في سبيل الله، قال: اعطه لمن أوصى له و ان كان يهوديا أو نصرانيا، و عن الشيخ روايته بطريقتين صحيح و حسن بابراهيم(١)، و عن الحسين بن سعيد في خبر آخر عن الصادق عليه السلام قال: لو ان رجلا- أوصى إلى ان أضع في يهودى أو نصرانى لوضعت فيهم(٢)، و هذه الروايات هي مطلقه تشمل الحربى و الذمى فلا وجه لتخصيصها بالذمى. و دعوى ان الحربى هو و ماله فيء للمسلم فكيف يوصى اليه؟ أو انه لا- يملك فكيف يملك ممنوعه بأن المقصود من الفىء هو جواز مزاحمته و الأخذ منه بأى وسيله و لو بالغيله لسقوط احترامه في نفسه و ماله. و أما انه لا يملك فهو ممنوع، فان الحربى لا اشكال في تملكه. و أما ما ورد من عدم اطعامهم و عدم التصدق عليهم فالمقصود عدم مخالطتهم و مجالستهم، و إلا الترحم عليهم حسن، كيف لا و لكل كبد حرى، مضافا الى انه لا ينافى وجوب التسليم اليه و ان جاز الأخذ منه تقديما لأدله الوصيه على ما دل على جواز التغلب عليه أما لحكومتها أو ترجيحها لها باستدلال الرضا (ع) في صحيحه الريان(٣).

(الرابع) لا- تصح الوصيه لمملوك الغير و لو مع اجازة المالك للشهره العظيمة التى كادت أن تكون اجماعا. نعم فى المكاتب قيل بجوازه فعن التنقيح نقلا- عن سلالر و المفيد بأنهما جوزا الوصيه له كما انه قوى جواز الوصيه فى المكاتبه و قال: و أما ام الولد لا نعرف خلافا فى عدم الجواز مضافا الى ان العبد لا يملك أمواله فكيف يكون قابلا لأن يتملك، على

ص: ١٨٠

---

١- (١) الوسائل كتاب الوصايا ٣٥ جواز الوصيه من المسلم و الذمى للذمى.

٢- (٢) نفس المصدر.

٣- (٣) نفس المصدر.

انه قد وردت أخبار داله على عدم جواز الوصيه لمملوك الغير كصحيحه ابن قيس التي رواها المشايخ الثلاثة عن أبي جعفر (ع) قال: قضى أمير المؤمنين (ع) في مكاتب كان تحته امرأه فأوصت له عند موتها بوصيه فقال أهل الميراث: لا تجوز وصيتها له انه مكاتب لم يعتق فقضى انه يرث بحساب ما اعتق منه و يجوز له من الوصيه بحساب ما اعتق منه (١) و في روايه أخرى قال عليه السلام و قضى في مكاتب أوصى له بوصيه و قد قضى نصف ما عليه فأجاز له نصف الوصيه ٢ و قضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصيه فأجاز له ربع الوصيه ٣، و قال في رجل أوصى لمكاتبته و قد قضت سدس ما كان عليها فأجاز لها بحساب ما أعتق ٤ منها الى غير ذلك من الأخبار الظاهره بعدم امضاء الوصيه في مملوك الغير، و يظهر منها ان نفس الملكيه مانعه من امضاء الوصيه. هذا بالنسبه الى مملوك الغير. و أما مملوك نفسه فلا إشكال في صحه الوصيه له للاجماع المصرح به في كلمات الأصحاب و للاخبار الوارده في صحه الوصيه للذكور و الاناث فأجاز الوصيه لهما كروايه محمد بن علي بن محبوب قال: كتبت الى الفقيه، رجل أوصى لمواليه و موالى أبيه بثلث ماله فلم يبلغ ذلك، قال المال لمواليه و سقط موالى أبيه (٢)، و ظاهر هذه الصحيحه كون الوصيه تصح لمواليه لكونهم مملوكين له و تبطل بالنسبه لموالى أبيه لكونهم مملوكين للغير، و المراد من عدم البلوغ هو كون التملك للموالى موجب لاغتاقهم و لذا جعل الاعواز و عدم البلوغ دون الاعطاء الممكن بتوزيع المال عليهم كيفما بلغ، و صحيحه ابن محبوب أو حسنته عن الحسن بن صالح عن أبي عبد الله (ع) في رجل أوصى

ص: ١٨١

١- (١ و ٢ و ٣ و ٤) الوسائل كتاب الوصايا باب ٨٢ ان الوصيه يصح للمكاتب بقدر ما اعتق منه خاصه.

٢- (٥) الوسائل باب ٦٩ من الوصايا

لمملوك له بثلث ماله، قال فقال له يقوم المملوك بقيمه عادله، قال (ع) ينظر ما ثلث الميت؟ فان كان الثلث أقل من قيمه العبد بقدر ربع قيمه استسعى العبد فى ربع قيمه، و ان كان الثلث أكثر من قيمه العبد اعتق العبد و دفع اليه ما فضل من الثلث بعد قيمه (١) الى غير ذلك من الأخبار الداله على صحة الوصيه فى مملوك نفسه.

(الخامس) تصح الوصيه للحمل الموجود حين الوصيه و لو قبل و لو ج الروح على المشهور، بل قيل لا خلاف فيه لعمومات الوصيه، و يعتبر العلم بتحقيق الحمل حين الوصيه بأن يكون وضعها لأقل من ستة أشهر من حين الوصيه أو أقصى مداه الحمل فما دون و أما احتمال تجدد من الزنا أو من شبهه بأن تمكن نفسها من أجنبى بظن انه زوجها فمدفوع إذ احتمال الزنا مندفع بظهور حال المسلم من عدم اقدمه على المحرمات و أما الشبهه فهو فرض نادر لا تجرى عليها الأحكام المبنيه على الغالب نعم لا يجرى ذلك لو كانت الزوجه كافره لعدم جريان أصله الصحه فيها فيما تصح الوصيه لحملها بأن يكون الحمل من مسلم فان الولد يلحق بأبيه فتصح الوصيه له. و لا مانع من تملك الحمل و لذا يعزل له ميراثه نعم يشترط انفصالة حيا فمع عدم انفصالة حيا بأن انفصل ميتا و لو بالجنايه بطلت الوصيه له لعدم صلاحيته للتملك. و هل انفصالة حيا يكشف عن تحقق الملكيه من حين وفاه الموصى؟ أو ملكيته تتحقق بعد انفصالة حيا، و لا يبعد دعوى ان انفصالة حيا يكشف عن تحقق الملكيه من حين وفاه الموصى و تظهر الثمره فى النماء المتخلل بين موت الموصى و انفصالة حيا، ثم لا يخفى ان الوصيه بما انها من الايقاعات حسب ما ذكرنا فلا تحتاج الى قبول. فعليه لا يحتاج الى قبول الولى أو القول

ص: ١٨٢

١- (١) الوسائل كتاب الوصايه باب ٧٩ حكم الوصيه للعبد بمال.



بإبقائه الى بلوغ الموصى له كما هو لازم القول بكون الوصيه عقدا مضافا الى ان القول بإبقائه الى البلوغ موجب لاتلاف المالىه، ثم انه لا فرق بين كون الحمل متحدا أو متعددا، فانه مع التعدد يوزع بالتساوى و لو اختلفا فى الذكوره و الانوثة حيث ان المال لم يتلقوه من مورثهم لكى يكون للذكر مثل حظ الانثيين و انما تلقوه من الموصى الا اذا أوصى للحمل بالتفاضل. ثم انه يستحق التعدد مع انفصال كل واحد منهم حيا، فلو مات أحدهما فهل يعطى المال كله أو يعطى نصفه و يدفع النصف الباقي الى ورثه الموصى؟ لا يبعد دعوى كون المال كله للحى و لا يعطى ورثه الموصى شيئا من المال. ثم انه لا اشكال فى انه لو انفصل حيا ثم مات ينتقل الى وارثه.

## المسأله التاسعه

### ما يتعلق بالموصى به

فيما يتعلق بالموصى به. للموصى تعيين ثلثه فى عين خاصه أو يجعل امر التعيين الى الوصى او غيره فمع الاطلاق بأن قال ثلثى لفلان فحينئذ يكون شريكا مع الورثه فيحتاج التعيين الى رضائهم، كما انه يجوز له ان يفوض امر التوليه بيد الوصى فحينئذ للوصى ان يوصى شخصا آخر فتصح وصايته فيما أوصاه، و اما لو لم يوص بذلك فليس له ان يعين من يكون وصيا على ما اوصاه بل مع موت الوصى يرجع الأمر الى الحاكم الشرعى، كما ان للموصى جعل الوصايه لواحد و له ان يجعلها لمتعدد، فيجوز لكل واحد منهما التصرف من دون مراجعه الآخر فيما اذا لم يختلفا و لم يشترط الانضمام فى العمل بالوصيه و إلا لا يجوز انفراد كل منهما فى العمل و ان اختلفا فأراد احدهما نوعا و منعه الآخر فللحاكم اجبارهما على الاجتماع و لا يستبدل الحاكم غيرهما إذ لا ولايه

له مع وجود الولى فيما اذا لم يرجع اختلافهما الى فسقهما فحينئذ يجوز للحاكم الشرعى ان يستبدل غيرهما. كما انه مع الاجبار من الحاكم و مع ذلك لم يتفقا فله استبدال غيرهما و أما اذا اشترط الانفراد فيجوز لكل واحد منها التصرف بمقتضى نظره فان تخالفا و لم يتفقا على امر واحد فأراد أحدهما نوعا من التصرف و منعه الآخر صح تصرفهما فيما لا بد منه كمؤنه اليتيم و الدابه و اصلاح العقار و فى غيرها يتوقف على اتفاق الوصيين و للحاكم الشرعى اجبارهما على الاجتماع من غير ان يستبدل غيرهما مع الامكان لعدم تحقق ولايته على ما فيه الوصايه و مع التعذر يستبدل الحاكم الشرعى غيرهما تنزيلا لهما بالتعذر منزله المعدوم لاشتراكهما فى عدم تنفيذ الوصيه.

ثم انه يجوز للموصى ان يجعل ناظرا على الوصى، و الناظر تاره يكون اشرافيا ليس له سوى الاطلاع على ما يعمله الوصى من دون ان يكون له رأى. فلو عمل فى هذه الصوره من دون اطلاعة فليس عاملا- بالوصيه لكون عمله مشروطا باطلاع الناظر، و اخرى يكون استصوابيا أى يكون رأيه و نظره له الدخل فى عمله فلا يكفى صرف الاطلاع و غالبا الوصايا تكون من قبيل الأول و انه ليس له سوى الاطلاع حذرا من عدم العمل بالوصيه إلا- ان يكون العمل بنظر الحاكم الشرعى المعين او بنظر من يكون لنظره الدخل فيكون من قبيل الثانى و عليه يستفاد من ذلك ان لنظره دخلا فى العمل بالوصيه، ثم للموصى ان يجعل مقدارا خاصا من المال للموصى ازاء قيامه للعمل بالوصيه لكون عمله محترما فله ان يتناول ذلك المقدار من دون زياده و له ان يشترط القيام بنحو التبرع فحينئذ يكون مقدا على التبرع لو لم يرد الوصيه فلا يكون مستحقا للاجره، و مثله ما لو عين الموصى صرف ثلثه

فى الموارء بنحو لا يزىء منه شىء أو ىنقص؁ فعلىه لا ىجوز للوصى اخء آجره عمله حىء انه على هذا التقءىر ان الوصى قء أقءم على كون عمله من التبرع؁ فلو اخء آجره حىئئء فىلزم اما الزىاءه أو النقصان فى متعلق الوصىه و هو غير جائز لانه تبءىل فى الوصىه فىقع تحت قوله تعالى: «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ...»

الآىه»(١). و اما لو كان قابلا للزىاءه و النقصان فىجوز للوصى اخء الأجره فىما لم يعىن و لم ىشءرط التبرع لكون عمله محءرما فله ان يأخذ الأجره بالمعروف اذا كان فقىرا لقوله تعالى: «وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ». و المراد بالمعروف هو الاكل قءر الكفاىه من غير اسراف؁ و اما اذا كان غنىا فالأحوط التجنب لقوله تعالى: «وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ»(٢).

## المسأله العاشره

### فى وجوب العمل بالوصىه

فى وجوب العمل بالوصىه: لا ىخفى ان الوصىه بعء تحققها و عءم الرء من الوصى ىجب العمل بها و هى تكون على انحاء تاره ىذكر الموصى جهات الصرف فان و فى الثلء بما اوصى لزم العمل بها و ان لم ىف الثلء فان كان الموصى بها من الواجبات المالىه؁ و قء علم باشتغال الذمه بها اخءت التتمه من اصل المال لما عرفت من خروج الواجبات المالىه من اصل المال و لو لم ىوص بها؁ و ان لم ىعلم اشتغال الذمه فلا ىجوز اخء التتمه من اصل المال بل ىتوقف على اجازة الورءه؁ و ان

ص: ١٨٥

١- (١) سورة البقره آىه: ١٨١

٢- (٢) سورة النساء: آىه ٦

كانت جهات الصرف فى الواجبات البدنيه لا يجوز اخذ التتمه من اصل المال لما عرفت من انها مع اشتغال الذمه بها تخرج من الثلث لا من اصل المال و مع المزاحمه تقدم الواجبات البدنيه على المستحبات و اخرى لم يذكر جهات الصرف بل قال اصرف ثلثى من دون ان يذكر شيئاً، و حينئذ يكون العمل بنظر الوصى فيلاحظ حال الميت و يختلف ذلك باختلاف الاشخاص، فربما يكون الاصلاح للميت أداء العبادات الاحتياطيه، و ربما يكون الاصلاح اداء الصلاه دون الصوم. هذا اذا لم يكن متعارف ينصرف اليه و إلا- فيجب العمل على ما ينصرف اليه. و اما لو نسي ذكر الصرف او قال سأذكر الصرف و نسي فانه حسب ما ذكرناه يصرف فى الأمور الخيره مما يعود نفعها الى الميت، و لا تبطل الوصيه بنسيان جهات الصرف، و ثالثه لم يذكر الموصى إلا انت وصى او و كيلي و يقصد منه اراده الايضاء، فتاره يكون هناك متعارف يفهم منه اراده الايضاء كما هو كذلك بالنسبه الى اهل القرى و البوادي من الأعراب و بعض اهالى البلاد فحينئذ يصرف ثلثه فى مصلحه الميت من اداء الحقوق الشرعيه و من الواجبات الماليه و البدنيه ورد الامانات الى اهلها. نعم لا استفاد من ذلك القيمومه على القاصرين فلا- بد بالنسبه اليها الرجوع الى الحاكم الشرعى، و اخرى لم يكن هناك متعارف يعين المراد و لا يفهم اراده الوصيه فحينئذ يصير الكلام لغوا فيدخل تحت من لم يوص. ثم انه لا يشترط فى تنفيذ الوصيه قصد الموصى كونها من الذى فرضه الشارع فلو اوصى بعين غير متلفت الى ثلثه و كانت بقدره أو اقل صحت الوصيه لاطلاقات الوصيه، و هكذا لو قال من الأصل أو من ثلثى الورثه فانها تصح فى الفرضين. و دعوى انها لا تصح لكونها مخالفه لما قصده

و بقاء ثلثه سليماً مع وصيته سابقاً أو لاحقاً فمع عدم إجازة الورثة فلا تصح لمخالفتها للمقصود ممنوعه، إذ لا سبيل إلى ذلك لعدم المانع من نفوذ الوصية بقدر ما يسعه من الثلث على أي تقدير بل تنفذ الوصية حتى فيما إذا لم يوص بالثلث أصلاً، كما أن دعوى أن الوصية المفروضة مخالفة للشرع و أن لم تكن زائده على الثلث محل منع إذ الظاهر نفوذها بقدر ما يسعه من الثلث لعدم أثر لقصد لوقوعه لاغياً فقد اطلق الشيخ (قده) في الجواهر نفوذ الوصية و أن قصد أنها من الأصل.

و بالجملة أن المعتبر في نفوذ الوصية غير المتوقفه على إجازة الورثة أن لا تكون زائده على الثلث، ففي كل مورد كان الموصي به أقل أو أكثر من الثلث أو مساوياً له يكون نافذاً كان قصده في أي نحو حصل في أمواله، و أما لو أوصى بما زاد على الثلث أو بتمام تركته و لم يعلم كونها في واجب حتى تنفذ من الأصل أولاً- حتى يتوقف على إجازة الورثة فهل الأصل يقتضي نفوذ الوصية إلا- إذا ثبت عدم كونها في واجب أو عدم نفوذها إلا إذا ثبت كونها في واجب؟ وجهان، قيل بالأول تمسكاً باطلاقات الوصية كروايه عمار بن موسى عن أبي عبد الله (ع) قال الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح أن أوصى به كله فهو جائز (١) و نحوه أخبار آخر تدل على نفوذ الوصية بالمال كله و لكن لا يخفى أنها قيدت بما دل على عدم الوصاية بما زاد على الثلث فلا يؤخذ باطلاق تلك الأخبار و لذا السيد في العروه قال بعدم النفوذ ما نصه (لكن الأظهر الثاني لأن مقتضى ما دل على عدم صحتها إذا كانت أزيد من ذلك

ص: ١٨٧

---

١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٠ أن من أوصى بأكثر من الثلث ج ٢.

و الخارج منه كونها بالواجب و هو غير معلوم) انتهى. و هذا انما يتم بناء على جواز التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه كما ينسب اليه (قدس سره) و لكن اننا بنينا على عدم صحته كما هو مقرر فى محله و مال اليه فى الجواهر (قدس سره) بطريق آخر بما حاصله ان عدم جواز الوصايا بازيد من الثلث مقيدا بما اذا لم يعلم بما أوصى به واجبا فيخرج من العموم ما علم بكونه واجبا، و اما ما شك فى وجوبه يكون داخلا بالعموم و قد قرب ذلك بعض الاعاظم بالتعليق على أمر وجودى بدعوى انه يستفاد من نفس التعليق دخول الفرد المشكوك و لكن لا يخفى ان ما ذكره بعض الاعاظم محل نظر لعدم دخول الافراد المشكوكه تحت العناوين الواقعيه إذ هى مورد للحكم الظاهري فلا- تكون موردا للاحكام الواقعيه. و اما ما ذكره اولاً- فان دليل رد الزائد الى الوارث مقيد بان لا يكون واجبا و ليس مقيدا بما علم كونه واجبا و عليه تكون هذه الروايات ناظره الى الحكم الواقعي و صورته الشك موردا للحكم الظاهري على انه لم نجد ما يدل على عدم نفوذ الوصيه بما زاد مقيدا بما لم يعلم كونه واجبا و انما الموجود بما لم يكن واجبا و من الواضح ان هذه الأدله المقيده ناظره الى الاحكام الواقعيه و ليست ناظره الى المشكوكه و هى من موارد الاحكام الظاهريه و لا معارضه بين الحكمين كما هو مذكور فى محله.

و بالجمله الأدله كلها من مطلقاتها و مقيداتها ناظره الى الأحكام الواقعيه، و اما الموارد المشكوكه فهى من موارد الأحكام الظاهريه، و اما المقام فلا يمكن التمسك بالاطلاقات إذ التمسك بها من التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه الذى هو مقرر فى محله عدم جواز التمسك فيها و ليس عندنا اصل ينقح الموضوع إلا اصاله عدم

كون الموصى به واجبا و هو من الاصول المثبتة اذ استصحاب العدم الأزلى لاثبات العدم النعتى من الأصول المثبتة و قد قرر فى محله عدم حجيتها فلم يبق لنا الا الرجوع الى اصاله الصحه الجاربه فى كلما شك فى صحه عقد او ايقاع فلذا لا مانع من القول بخروج ما شك فى كونه واجبا من الأصل و يكون نظير ما اقر بكون ما اوصى به من الواجب فانه يخرج به من الأصل و ليس ذلك لاجل قاعده اقرار العقلاء على انفسهم(١) لعدم تأتى هذه القاعده فى مثل هذا الاقرار لكونه اقرارا قد تعلق بالورثه و ليس هو اقرار على النفس لكى يكون مدركا للمقام بل لاجل النصوص الداله على نفوذ اقرار الانسان بالدين و الزكاه و الحج و انه يجب على الورثه العمل بما اوصى و يخرج من الأصل كما حررناه سابقا.

## المسأله الحاديه عشره

### فى الوصايا المتعدده

فيما لو اوصى بوصايا متعدده فتاره تكون متضاده كأن يوصى لشخص بعين خاصه ثم يوصى بها لآخر ثم يوصى بها لثالث. و الظاهر انه يعد عدولا عن الأول و الثانى فتكون العين الموصى بها فى هذه الصوره للثالث(٢)، و مثل ذلك ما لو اوصى بتمام العين لشخص ثم بنصفها لشخص آخر أو ربعها فهو عدول بالنسبه الى النصف أو الربع.

و اما لو قال ثلثى لزيد، ثم قال ثلثى لعمر، ثم قال ثلثى لبكر، فهل

ص: ١٨٩

---

١- (١) فى الجواهر النبوى مستفيض و متواتر فى كتاب الاقرار و فى الوسائل كتاب الاقرار باب ٣ صحه الاقرار من البالغ العاقل و لزومه.

٢- (٢) خلافا للاربعه فانهم قالوا بان العين مشتركه بين الثلاثه.

هو عدول فتصح الوصيه لخصوص الأخير؟ او ليس عدولا؟ بل تصح للاول. و اما بالنسبه الى الآخرين فهو وصيه بما زاد على الثلث فيتوقف على الاجازه وجهان الظاهر هو الثانى اذا كان ذلك فى مجلس واحد، و اما مع تعدده فالظاهر الأول و اما إذا كانت الوصايا المتعدده غير متضاده فتاره ترجع الى وصيه واحده بان تكون الوصايا المتعدده متحده بنوع واحد لكونها كلها واجبات بدنيه او ماليه، فمع كونها ماليه و علم باشتغال الذمه و لم يف الثلث تخرج من الأصل، و ان كانت بدنيه فمع عدم وفاء الثلث يتوقف اخذ التتمه على اجازه الورثه، و الاورد النقص على جميع الواجبات البدنيه، و كذا الكلام لو كانت الوصيه تبرعيه كما لو قال اعطوا زيدا و عمرا و بكرا مائه دينار، فمع وفاء الثلث نفذت الوصيه و إلا احتاج الى اجازه الورثه، و مع عدم الاجازه يرد النقص على الجميع. هذا إذا لم يكن بينها ترتيب و إلا- يقدم الأول فالأول مع عدم اجازه الورثه. فلو اوصى اولا بخمسين دينارا ثم ثانيا بخمسين دينارا و ثالثا بخمسين دينارا و كان الثلث يساوى مائه نفذت فى الاول و الثانى و الغيت فى الأخير. و اما لو كانت مختلفه بالنوع كأن عين للخمس و الزكاه مقدارا و للصلاه و الصيام مقدارا و لاطعام الفقراء مقدارا و لم يف الثلث للجميع فمع اجازه الورثه لا- اشكال فى نفوذ جميع ما اوصى و إلا بدأ بالواجب المالى ثم بالبدنى ثم التبرعى مع الوفاء، و إلا فالنقص على التبرعى، و مع عدم وفاء المالى و البدنى فالنقص على البدنى ثم لو جامع الوصايا المتعدده التدبير فانه يكون كاحدها فيقدم الاول فالاول من غير فرق ان يكون من الوصيه حقيقه او بمنزله الوصيه او انه ايقاع مستقل، فانه على أى تقدير من هذه الاحتمالات يكون حاله حال الوصيه من حيث الخروج من الثلث و له



الرجوع فى تدبيره كما له الرجوع فى وصيته و ان كان الظاهر من هذه المحتملات هو الاحتمال الثانى لصريح قوله فى روايه معاويه بن عمار هو بمنزله الوصيه يرجع فيما يشاء منها(١) ، و روايه ابن أبى بصير المدبر مملوك و لو لا أن يرجع فى تدبيره الى أن قال و هو من الثلث(٢) و لا يعارض ذلك فى الموثق عنه سألته عن المدبر أهو من الثلث؟ قال:

نعم و للموصى ان يرجع فى وصيته ان كان أوصى فى صحه أو مرض(٣) و فى روايه محمد بن مسلم عن أحدهما المدبر من الثلث و للرجل أن يرجع فى ثلثه ان كان أوصى فى صحه أو مرض(٤) بتقريب انه أطلق على المدبر انه وصيه و ظاهر الاطلاق انه على نحو الحقيقه و ذلك الاطلاق ليس إلا ظهور فى ذلك و ظهوره ينتفى بنص تلك الروايه فى كونه بمنزله الوصيه و ان قيل انه لا ثمره بين المحتملين كما فى الرياض حيث قال ان الثمره انما تظهر فى النذر فيتحقق الامتثال فى التدبير دون الوصيه، ففى التدبير لا- يجوز الرجوع لوجوب الوفاء بالنذر دون الوصيه فان فيها جواز الرجوع للموصى، و لكن الانصاف ان الثمره غير منحصره فى ذلك بل هناك ثمرات و فروع أخرى تترتب على القولين كالتقريبه و الصيغه الخاصه بناء على ان التدبير عتق و ان كان جواز الرجوع و الخروج من الثلث ان التدبير كالوصيه. و كيف كان ففيما لو جمع التدبير مع بقيه الوصايا يكون حاله حالها فيقدم الأول فالأول إذ هو أحد الوصايا باعتبار نفوذه

ص: ١٩١

---

١- (١) الوسائل كتاب التدبير باب ٢ انه يجوز الرجوع فى التدبير كالوصيه.

٢- (٢) نفس المصدر.

٣- (٣) نفس المصدر.

٤- (٤) نفس المصدر.

من الثلث فان و فى الثلث لجميع الوصايا و التدبير نفذت كلها من الثلث من غير فرق بينها و ان نقص الثلث يقدم ما ذكر أولا ثم الثانى ثم الثالث و هكذا الى ان يستوفى الثلث. هذا اذا لم يكن واجب مالى كالزكاه و الخمس و الحج و ان كان هناك واجب مالى قدم على جميع الوصايا و التدبير ثم بعد تنفيذ الواجب المالى يقدم الأول فالأول كما ان من الدين الوصيه بواجب مالى فان فضل من التركة شىء و لم يكن هناك وصيه مستحبه يعتق المدبر ثلث ما بقى ان لم يزد على قيمته لغيره من الوصايا المتبرع بها حتى لو لم يفضل سواه عتق ثلثه و ان لم يفضل من الدين شىء بطل التدبير و لو تعدد التدبير كأن يكون تدبير كل عقيب الآخر بدأ بالأول فالأول و بطل فيما زاد عن الثلث و ان جهل الترتيب استخرج الثلث بالقرعه.

## المسأله الثانيه عشره

### ثبت الوصيه بشهاده عادلين

ثبت الوصيه بشهاده عدلين و بالشيع المفيد للعلم لروايه مسعده بن صدقه الأشياء على هذا حتى يستبين أو تقوم به البينه. و للاخبار الداله على اعتبار البينه بالخصوص، و لا يثبت أصل الايضاء أى نفس الوصيه بشهاده النساء لكون شهادتها انما تقبل فيما يخفى غالبا على الرجال، و لما كانت عبارته عن اعطاء ولايه و تسليط فليست مما لا يخفى على الرجال فلا يثبت بها شهاده النساء لا- منفردات و لا- منضمات. نعم يثبت الايضاء بنفس المال دون كونه وصيا بشاهد واحد و امرأتين أو أربع نساء كغيرها من الدعاوى المالىه بل بشاهد و يمين للملازمه بينهما فان فى كل مورد قبل بأحدهما قبل بالآخر، و مثل الوصيه الوكاله حيث انهما مشتركان فى

ان كل واحد منهما حقيقته استنابه التصرف، إلا ان في الوكالة استنابه التصرف في حال الحياه و في الوصيه استنابه التصرف بعد الموت فان اصل الوكالة لا- تثبت بشهاده النساء منفردات بل و لا- منضمات كالوصيه لما هو معلوم من الاخبار انها لا تقبل شهادتهن بالنسبه الى ما يطلع عليه الرجال غالبا كخبر ابراهيم الحارثي سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول: تجوز شهاده النساء فيما لا يستطيع الرجال ان ينظروا اليه و يشهدوا عليه(١)، و روايه محمد بن الفضيل قال سألت ابا الحسن الرضا (ع) الى ان قال: تجوز شهاده النساء فيما لا يستطيع الرجال ان ينظروا اليه(٢) و المروى عن العلل و العيون باسانيده الى محمد ابن سنان عن الرضا (ع) فيما كتب اليه من العلل و علل ترك شهاده النساء في الطلاق و الهلال لضعفهن من الرؤيه و محابتهن النساء في الطلاق، و لذلك لا- تجوز شهادتهن إلا- في موضع مثل شهاده القابله و ما لا يجوز للرجال ان ينظروا اليه(٣) الى غير ذلك من الأخبار المستفاده منها عدم قبول شهاده النساء بالنسبه الى الوصيه و الوكالة.

نعم لو كانت الوكالة بجعل ثبت الجعل دون الوكالة بشاهد و امرأتين او بشاهد و يمين او اربع نساء لأنه دعوى بالمال، و الحقوق الماليه تثبت بشاهدين عادلين و شاهد و امرأتين لا يقال الجعل المترتب على الوكالة كيف يثبت بشاهد و امرأتين أو أربع نساء عادلان مع عدم ثبوت اصل

ص: ١٩٣

- 
- ١- (١) الوسائل كتاب التجاره باب ٤ عدم جواز الانفاق من كسب الحرام من ابواب ما يكتسب به.
  - ٢- (٢) الوسائل كتاب الشهادات باب ٢١ ما تجوز شهاده النساء و ما لا تجوز.
  - ٣- (٣) نفس المصدر.

الوكاله قلنا لا مانع منه، فان دعوى الجعل على الوكاله ينحل الى دعويين: دعوى باصل الوكاله، و دعوى بالجعل. فشهاده النساء تثبت الجعل دون اصل الوكاله نظير السرقة فانه يثبت ضمان المال المسروق بشاهد و امرأتين او اربع نساء مع عدم ثبوت القطع إلا بشاهدين عادلين، بل يجوز شراء ما فى يد المدعى للوكاله مع عدم ثبوت وكالته.

فظهر مما ذكرنا ان الوصيه العهديه لما كانت عباره عن اعطاء ولايه و سلطنه بعد الموت للغير و هى مما لا تخفى على الرجال فلذا لا تثبت الا بشهاده عدلين، و اما الوصيه التمليكيه التى هى عباره عن تملك الغير فهى تتضمن للمال فتكون من الحقوق الماليه فتثبت بشهاده النساء و بشاهد و يمين كسائر الدعاوى الماليه، بل يظهر من كلمات الفقهاء بان شهاده امرأه واحده تثبت ربع الوصيه، و نصفها باثنتين، و ثلاثه ارباع الوصيه بثلاثه، و الكل باربعه من غير ضم اليمين. و يظهر من الشيخ فى الجواهر فى باب الشهادات انه لا خلاف فيه و لصحيح الربعى عن ابى عبد الله (ع) فى شهاده امرأه حضرت رجلا يوصى ليس معها رجل فقال (ع): تجاز فى ربع ما اوصاه بحسب شهادتها(1)، و فى الصحيح عن أبى جعفر (ع) قال: قضى امير المؤمنين (ع) فى وصيه لم يشهد لها إلا امرأه فقضى ان تجاز شهادتها فى ربع الوصيه ٢. و لا يخفى ان معنى بحسب شهادتها ان الربع بحساب ما شهدت به، فاذا جاز شهادتها فى الربع ثبت فى ربع الوصيه فيثبت كل ربع بشهاده كل واحد منها فمع شهاده الامراتين يثبت النصف، و مع شهاده ثلاثه نساء يثبت ثلاثه ارباع، و تمام الوصيه بشهاده اربع نساء، و لاجل هذه

ص: ١٩٤

---

١- (٢١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٢٢ جواز شهاده المرأه الواحده فى الوصيه.

النصوص قال بمضمونها اصحابنا الاماميه خلافا لبقية المذاهب، كما انه يظهر من الفقهاء ان الوصيه تثبت بشهاده الذمى مع عدم عدول المسلمين للاجماع بقسميه.

و الاصل فى ذلك قوله تعالى: «يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَمِنَ الْأَثِمِينَ فَإِنْ عَثَرَ عَلَىٰ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا فَأَخْرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأُولِيَانِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا وَمَا اعْتَدَيْنَا إِنَّا إِذًا لَمِنَ الظَّالِمِينَ الْآيَةَ» (١). و هو كما ترى دلالة الآيه الشريفه على قبول شهاده اهل الكتاب سفرا و حضرا ظاهره. فان الآيه و ان كانت فى خصوص السفر إلا انا نعلم بعدم الخصوصيه للسفر و انما السفر اخذ بنحو الغالب و الآيه كالاخبار مطلقه إلا انها مقيده باهل الكتاب و بخصوص الوصيه التملكيه اخذا بالقدر المتيقن لكون هذا الحكم على خلاف ما هو المعروف من عدم اعتبار شهاده اهل الكتاب (٢).

### تثبت الوصيه فى شهاده اهل الكتاب

ثم انه يمكن استفادته تقديم شهاده اهل الكتاب فى المقام على فساق المسلمين بل ربما يقال بتقديمها على الشاهد العدل مع يمينه إلا انها لما كانت على خلاف ما هو المعهود

ص: ١٩٥

١- (١) سورة المائده آيه ١٠٥.

٢- (٢) و به قالت الحنابله خلافا للحنفيه و المالكيه و الشافعيه فقالوا لا تقبل شهاده غير المسلم بحال لا فى وصيه و لا بغيرها لتأويلهم (من غيركم) فى الآيه اى من غير عشيرتكم لا من غير دينكم. المغنى ج ٩ باب الشهاده.

فحينئذ يؤخذ بالقدر المتيقن و هو تقديم اهل الكتاب فيما اذا لم يكن عدل مع يمين او فساق المسلمين. و من هنا وقع الاشكال فى تقديمها على ذلك بل ربما يقال بعدم شهاده اهل الذمه بثبوت الوصيه و انما الآيه تدل على اعتبار شهادتهم فى ان المال للورثه و هو غير وجهه الايضاء و اعطاء التسليط الاعم من العهد و التمليك، و لكن لا يخفى انه يستفاد منها ان الشخص اذا كان فى مقام الوصيه فيكون بصدد الايضاء باعطاء ديونه و صرف ثلثه فى المصالح، و منه ايصال المال للورثه فمن هذه الوجهه وصيه و ان كان يستلزم الاشهاد كون هذا المال للورثه و ليس فى الآيه تخصيص فى الأخير دون الأول، و اما تخصيصها بأهل الكتاب فلورود التخصيص فى بعض الروايات مثل ما رواه المشايخ الثلاثة عن يحيى بن محمد قال: سألت ابا عبد الله (ع) عن قول الله تعالى: (يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ) (١) قال: اللذان منكم مسلمان و اللذان من غيركم من أهل الكتاب و ان لم تجدوا فمن المجوس قال لأن رسول الله صلى الله عليه و آله سن للمجوس سنه اهل الكتاب (٢) و ان كانت هذه الروايه ذيلها لم يعمل به لعدم الحاق المجوس باهل الكتاب عند الاصحاب الا- انها لا- تنافى كونها فى مقام تخصيص الآيه باهل الكتاب مضافا الى أن اهل الكتاب هو القدر المتيقن. كما ان المستفاد ان تكون شهادتهم بالوصيه بالمال او المنفعه و اما شهادتهم فى الوصايه فلا تثبت الا بشهاده رجلين مسلمين عدلين فلا تقبل شهاده اهل الكتاب و لا شهاده النساء منفردات او منضمت و لا شهاده رجل و يمين، ثم لا يخفى أن الوصيه

ص: ١٩٦

١- (١) سورة المائده آيه ١٠٥.

٢- (٢) الوسائل كتاب الوصايا باب ٢ ثبوت الوصيه بشهاده عدلين.

التمليكيه تثبت بما ذكرنا ايضا باقرار الورثه جميعهم و ان لم يكونوا عدولا لاقرار العقلاء على انفسهم حجه، و اما لو أقر بعضهم دون البعض فتثبت بالنسبه الى حصه المقر دون المنكر الا اذا كان المقر اثنين عدلين فحينئذ تثبت الوصيه بتمامها.

و اما الوصيه العهديه فتثبت اصل الوصيه باقرار الورثه جميعهم.

و اذا اقر بعضهم دون البعض فتثبت بالنسبه الى ما اقر به دون ما لم يقر.

و اما نفس الولايه - اى الايصاء - فببوتها باقرارهم محل اشكال بل منع لما عرفت ان الولايه على التصرف لا تثبت إلا بشاهدين عادلين و لذا نقول ببوتها اذا كان المقر اثنين عدلين.

### (المسأله الثالثه عشره)

#### الوصى أمين

فى ان الوصى امين لا يضمن مع التلف اذا لم يكن عن تفريط و تعد لكونه محسنا و ليس على المحسنين من سبيل، و يخرج من عموم (على اليد ما اخذت حتى تؤدى) (1) خروجا تخصيصا او يكون من باب التخصص كما هو الحق لما يظهر من لفظه على اليد هو كونها فى مقام العدوان لا الاستيمان، فالاستيمان غير مشمول لذلك الاطلاق. على ان خروج الامانات من عموم (على اليد) لو كان من باب التخصص يكون من التخصص الاكثر المستهجن عندهم اذ يد الامين يشمل المرتهن و المستعير و المستودع

ص: ١٩٧

---

١- (١) مستدرک الوسائل ب ١ من كتاب الوديعه و ب ١ فى الغصب و فى كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ و بهذا النص للترمذى و ابى داود و عن العجلونى بنص تؤديه عن كتب الصحاح كما فى كشف الخفاء.

و الاجير على عمل فى العين و المستأجر للعين لاستيفاء منافعتها و الملتقط و الوصى و الولى و الشريك و عامل المضاربه و العامل فى المزارعه و المساقاه و الجعالة الى غير ذلك و يد غير الامين تختص بالغاصب و القابض بالسوم فيكون المراد باليد هى المبنيه على الرد فلا تشمل يد الامين المبنيه على الابقاء فالامانه و الخيانه متقابلان فالخيانه تحصل من التعدى و التفريط(1) و تلك موجب للضمان لدخولها تحت موضوع (على اليد) الذى هو يد غير المأذونه فى البقاء، و هذه اليد توجب الضمان و معنى ضمانها هو ان المال المأخوذ الذى هو يد غير المأذون فى البقاء فتكون هذه اليد مضمنه و معنى ضمانها هو ان المال المأخوذ تحت اليد على عهده اليد و بتعبير بعض مشايخنا (قدس سرهم) انه يصير ما تحت اليد فوق اليد و ذلك انما يكون باستقرار الضمان بعهده اليد و هو معنى الضمان و عليه يستفاد من (على اليد) الحكم الوضعى دون الحكم التكميلى كما توهم بناء على كون الظرف لغوا لتعلقه بيجب او يبرر نظير رد الامانات فان ذلك محل منع و نظر لاستلزامه للتقدير فى الكلام و هو خلاف الاصل.

بيان ذلك انه لا معنى لتعلق الاخذ بنفس الاعيان فلا بد من تقدير فعل لكى يصح تعلق التكليف به و ذلك يستلزم التقدير و هو خلاف الاصل فلذا يتعين ان يكون الظرف مستقرا يتعلق بفعل عام على انه فرق بين المقام ورد الامانات فان رد الامانات المستفاد من قوله تعالى (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ

ص: ١٩٨

---

١- (١) فى المسالك الخيانه هى التعدى مفهومها و يقابله التفريط و لعله يظهر ذلك من الشرايع و الظاهر من الاستعمالات ان التعدى و التفريط متقابلان فان التعدى فعل مالا ينبغى ان يفعل كما لو خالف امر المالك فانه تعد و التفريط ترك ما ينبغى ان يفعل كترك وضع الامانه فيما يحفظها و الجميع خيانه.



أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا (١) انما هو وجوب تكليفي محض و ذلك لا يقتضى الضمان و لا يوجب اشتغال الذمه بالعين و لذا لا يلتزم احد بان وجوب رد الامانه يقتضى الضمان لو تلفت العين حين الرد بخلاف عموم على اليد فان مقتضاه ضمان العين بدفعها مع وجودها و مع تلفها يؤدى مثلها ان كانت العين مثليا و قيمتها ان كانت قيميا لما حرر فى محله

### قاعده على اليد

ان وضع اليد على العين بمالها من الخصوصيه و الماليه و مع انتفاء الخصوصيه تبقى الماليه و اداؤها انما يكون بالمثل ان كانت العين مثليا و قيمتها ان كانت قيميا و اما ضمان نفس العين فذكرها وجوها لكن الحق هو ان العقلاء يعتبرون مجرد وضع اليد العدوانى على نفس العين فى عهده الضامن وجودها بالوجود الاعتبارى فيستقر فى ذنبه الى ان يؤدى نفس العين او مثلها او قيمتها و هذا الوجود الاعتبارى قد حصل بالاستيلاء على نفس العين بمالها من الشئون و الاوصاف الخارجيه و الاوصاف الاعتباريه ككونها مضمونه فانها صفة اعتباريه تحصل من الاستيلاء على العين فلو تعقبها يد اخرى على العين المغصوبه يكون الاستيلاء على العين بما انها مضمونه و هكذا لو تعقبها يد ثالثة او رابعه و منه يظهر ان فى تعاقب الايادى وضع اليد على العين على نحو التعاقب لم يكن على نحو واحد فان وضع يد الأولى على العين انما هو على نفس العين بصفتها الخارجيه و لذا يضمن نفس العين بمالها من الصفات الخارجيه للمالك لا لشخص آخر بخلاف اليد الثانيه العاديه فانه لا يضمن العين بصفاتها الخارجيه التكوينييه فقط بل بزياده الصفه الاعتباريه و هى انها مضمونه لليد الأولى فتكون اليد الثانيه مضمونه لشخصين للمالك و الغاصب الاول فلذا للمالك الرجوع الى ذى اليد

ص: ١٩٩

الأولى و له ان يرجع الى ذى اليد الثانية. و دعوى ان لازم ذلك ان يكون الملك الواحد له بدلان و انما هو ضمان واحد لجميع تلك الايادى على نحو الكلى الطبيعى فى غير محلها لما عرفت ان الضمان فى تعاقب الايادى ليس على نحو واحد و انما هو يختلف بحسب التعاقب فان اليد الأولى على نفس العين و فى الثانية اليد على العين بما انها مضمونه و ما ذكر يتم لو كان الضمان عرضيا و ليس كذلك و انما هو طولى حيث ان ضمان الشيء ليس فى عرض ضمان نفس الشيء.

و اما مع التعدى فيضمن لعموم على اليد و لخصوص روايه ابن ابى عمير عن على بن فرقد او مزيد صاحب السابرى قال اوصى رجل بتركته فامرني ان احج بها عنه فنظرت فى ذلك فاذا هو شيء يسير لا يكفى الحج فسألت من عندنا من الفقهاء فقالوا تصدق بها فقال (ع):

ما صنعت بها؟ قلت: تصدقت بها، قال: ضمنت الا ان لا يكون يبلغ ما يحج به من مكه فان كان لا يبلغ ان يحج به من مكه فليس عليك ضمان، و ان كان يبلغ ما يحج به من مكه فانت ضامن(١)، فان التصدق بالمال مع كفايه الحج الميقاتى اتلاف للمال و صرفه فى غير الوصيه فلذا الزمه الامام بالضمان لكونه مفرطا، ثم انه بالتعدى او التفريط الموجب للضمان هل يصير خائنا و ينعزل عن الوصيه ام لا؟ وجهان ربما يستفاد من بعض الاخبار عدم انزاله كالصحيح عن ابن محبوب عن محمد بن ماذر قال سألت ابا عبد الله (ع) عن رجل اوصى الى رجل و امر أن يعتق عنه نسمة بستمائه درهم من ثلثه فانطلق الوصى و اعطى الستمائه درهم رجلا يحج بها عنه فقال: أرى ان يغرم

ص: ٢٠٠

---

١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٨٨ ان من اوصى بمال للحج فلم يبلغ ان يحج من مكه.

الوصى من ماله ستمائة درهم و يجعل الستمائة فيما اوصى به الوصى.

فان الظاهر من هذه الروايه عدم انعزاله بالخيانة بل يضمن و يقوم بما اوصى(1). و قال شيخنا فى الجواهر: ان هذه الروايه فيها ايماء على عدم انعزال الوصى بالخيانة و لكن لا يخفى ان ذلك مبنى على قراءه يجعل مبنى للمعلوم فلو قرء للمجهول فلا دلالة له على عدم الانعزال مضافا الى ان ضمانه لعله لجهله بالموضوع فهو لا يوجب الانعزال.

فحيثئذ لا يبعد انه مع التعدى و التفريط انعزاله مع الضمان و مع الشك فى ذلك لا يبعد جريان الاستصحاب فى بقاء سلطنته و ان كان الاحوط الاستيذان من الحاكم الشرعى هذا و مع الاختلاف بان ادعى الوصى صرفه فيما ولى عليه يقبل قوله مع يمينه لكونه امينا.

## المسألة الرابعه عشره

### للاب أو الجد للاب ان ينصب القيم

فى أنه يجوز للاب او الجد للاب أن يولى شخصا خاصا على الاطفال بأن يكون قيما عليهم و اعطاء هذه التوليه الى شخص خاص لا بد و ان يكون مع فقد الآخر و الا لا يجوز للاب اعطاء التوليه على الاطفال مع وجود المتولى الاجبارى من الشارع اذ لا معنى لجعل توليه مع وجود من له التوليه، و جعل هذه التوليه لما كانت على خلاف الاصل فلذا لا بد أن يقتصر على ما دل الدليل عليها، و الدليل انما دل على الولايه للاب و الجد للاب و الوصى منهما و الحاكم الشرعى فلا ولايه

ص: ٢٠١

---

١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٣٧ اذا كانت الوصيه فى حق فغيرها الغير فهو ضامن.

للام ولا لجد الجد مع وجود الجد، كما انه لا ولايه لجد الأم اقتصارا في ما خالف الاصل على مورد النص و اعطاء هذه التولية من الجد او من الاب للقيم تاره تكون مطلقه و اخرى مقيده، و على الثانى لا بد من الاقتصار فيها على القدر المرخص فيه و يرجع بالباقي الى الحاكم الشرعى فانه بالنسبه الى الباقي لم ينصب متوليا و الحاكم ولى من لا ولى له، و على الاول يكون القيم المنصوب من الاب او من جد الأب قائما بشؤون الطفل بجميع ماله من الشؤون من حفظ ماله و استتمائها و استيفاء الديون و ضمان ما عليه من الاشياء الواجبه مما أتلغه من أموال الناس و أخرج ما عليه من الحقوق الشرعيه من الخمس و الزكاه فيما تجب عليه الى غير ذلك من شؤون الطفل الراجعه الى حفظ نفسه و ماله.

نعم وقع الاشكال بالنسبه الى تزويج الطفل هل للوصى ذلك و منشأه هو أن اعطاه هذه الولايه من الاب او الجد للاب فيما ليس لخصوص شخصهما له الدخل بالنسبه لمن ولى عليه كالأبوه، و أما لو احتملنا فى خصوص أمر من الامور نفس وجودهما له الدخل فمع هذا نلتزم بعدم صحته من الوصى للشك فى تحقق هذه السلطنه له، و من هذا القبيل التزويج فانا نحتمل أن للابوه دخلا فى صحته فلذا لا يصح تزويج الوصى على المشهور مضافا الى أصاله عدم تحقق سلطنه إلا ما قام الدليل عليه على أن الطفله أو الطفل بما انهما صغيران ليس لهما حاجه ماسه بالنكاح لكى يستفاد من الدليل قيام الوصى بجميع ما يحتاج اليه إلا انه قد وردت روايات داله على صحه تزويج الوصى الا انها مخالفه للمشهور مع اشتمالها على ذكر الاخ بأنه ولى فلذا التزموا بطرحها مع أن ذلك لا- يوجب الطرح فانه لا مانع من التبعض فى الروايه مضافا الى ان الشهره الفتوائيه على خلافها ليست موجب لطح الروايه اذ

المخالفة لشهره الروايه يوجب الطرح لقوله (ع) في مقام الترجيح:

(خذ بما اشتهر بين اصحابك) (١). اللهم إلا ان يقال ان الشهره في الفتوى على خلافها يوجب عدم الاطمئنان بالروايه، فلذا القول بالجواز محل نظر. فالاحوط المنع، كما انه ليس للوصى من احدهما الطلاق للاجماع عليه مضافا الى ما قلنا من اصاله عدم تحقق سلطنه احد على احد إلا ما قام الدليل عليه على ان صحه طلاق زوجه الصغير من ابيه وجده محل اشكال بل منع لما يظهر من قوله (ص): (الطلاق بيد من اخذ بالساق) (٢) عدم شموله لمثل الاب و الجد. فعدم شموله للوصى منهما اوضح، و هل يلحق بذلك الفسخ و هبه بقيه المده؟ الظاهر العدم لعموم ولايتهما الا ما تحقق المنع به و ليس إلا الطلاق على الاظهر. ثم لا يخفى ان الوصى من قبلهما لا ينزل و لو طلب ان ينزل من الحاكم الشرعى فليس له عزله. نعم لو ظهرت منه الخيانه فللحاكم الشرعى عزله و يقبل قوله: لو ادعى الأنفاق على الصغير، كما انه لو ادعى الانفاق فى حال الصغر و انكر البالغ ذلك الانفاق فالظاهر يقبل قوله لكونه أمينا، و ليس على المحسنين من سبيل. نعم ربما يناقش و يقال انه كيف يقبل قوله فى حاله بلوغ الطفل مع ان قيمومته قد ارتفعت و لا تدخل تحت قاعده من ملك شيئا ملك الاقرار به.

و لكن الظاهر قبول قول الامين لو ادعى صرف المال وقت امانته من غير فرق بين كون الدعوى فى وقت امانته ام بعدها كالوكيل فانه لو عزل الموكل بعد انتهاء السنه مثلا و ادعى الوكيل صرف المال فى زمان

ص: ٢٠٣

---

١- (١) ما رواه المشايخ الثلاثة باسنادهم عن عمر ابن حنظله ذكر الشيخ الانصارى فى التعادل و التراجيح من رسائله.

٢- (٢) المستدرک ج ٣ الحديث ٣ عن ابن ابى جمهور عن كتاب الدرر.

وكالته و انكر الموكل فالظاهر يقبل قوله، و ليس من قبيل قول ذى اليد على نجاسه ما تحت يده بناء على قبول قوله فانه يقبل ما دامت تحت يده فلو ادعى نجاسه ما كانت تحت يده لا يقبل لأن الموجب للسمع هو كونه تحت اليد و قد زالت لما عرفت ان المقام مقام امانه و استيمان و سماع قول الامين ليس مقيدا بحال امانته بل يقبل قوله بعد انزاله فيما يرجع الى امانته كما لو اختلفا اى الوكيل و الموكل فادعى الوكيل بعد القبض تلف المال الذى كان بيده من مال الموكل و انكر الموكل فانه يقدم قول الوكيل مع انه بالتلف زالت وكالته و لذا لو اختلفا فى تصرف الوكيل و عمله بما و كل فيه من بيع او شراء او قبض حق او وفاء دين و نحو ذلك فادعى الوكيل تلك التصرفات و انكر الموكل فالمشهور على تقديم قول الوكيل لكونه امينا و قد قوى السيد (قده) ذلك فى ملحقات العروه، ثم قال من غير فرق بين كون النزاع قبل العزل او بعده.

و لذا ترى المشهور فيما لو اختلفا فى تسليم ما بيده من مال الموكل اليه و لم تكن الوكاله بجعل حكموا بتقديم قول الوكيل لمحض امانته.

و دعوى ان تقديم قول الوكيل فى هذه الموارد لأجل قاعده من ملك شيئا ملك الاقرار به ممنوعه لعدم دخول ذلك فى القاعده، و قد حررنا ذلك فى قاعده من ملك شيئا ملك الاقرار به. و حاصله انه يعتبر فى تلك القاعده هو تحقق السلطنه الفعلية بنحو له إعمال تلك السلطنه، و لازم ذلك نفوذ اقراره و لذا ينفذ اقرار الزوج بالرجوع بزوجه ما دامت فى العده لكونه فى أيام العده له الرجوع بها فهو مالك للرجوع، فاقاراه بالرجوع يكون نافذا بخلاف ما لو أقر برجوعه بالعده بعد مضى العده فانه لا يقبل قوله لعدم كونه بعد العده مالكا للرجوع و يكون من باب

المدعى والمنكر، و فى الأمانة لا تعتبر الملكية الفعلية بل كلما هو راجع الى جهة الأمانة يقبل قوله و لو بعد زوال الامانه. و يظهر الفرق بين قاعده من ملك و بين باب الامانه بالنسبه الى ما لو كان و كيلا على قبض ثمن المبيع فلو أقر بالقبض ثم تلف فانه يقبل قوله لكونه أميناً و ليس من باب قاعده من ملك شيئاً ملك الاقرار به لعدم كونه مالكا بالفعل للقبض، و كذا بالنسبه الى قبض الدين لو كان و كيلا و ادعى التلف فانه يقبل قوله مع عدم ملكيته الفعلية، و بعبارة أخرى ملاك القاعده هو الملكية الفعلية أى له قدره على ايجاد ما أقر به. فان كان مالكا لذلك فاقراره فى ذلك الحين نافذ، و نفوذ اقراره فى ذلك الحين يستفاد من سلطنته على ايجاد ما أقر به و ذلك للملازمه العرفيه بين ملكيه الفعلية و الاقرار به. قال بعض الأعاضم فى درسه بعد ان استفاد من القاعده بمناسبه الحكم للموضوع هو تحقق الاقرار فى حال تحقق السلطنه الفعلية قال: و هذه الملازمه تستفاد من فحوى الكلام فان الأخبار الداله على ان المسلمين لهم أن يعطوا الأمان لآحاد المشركين فى حال الحرب(1)، فبفحوى هذا الخطاب يفهم أنه لو أقروا باعطاء الأمان فى ذلك الحال يسمع منهم بخلاف ملاك باب الأمانة فان كلما يرجع الى مقام الأمانة و الاستيمان و لو بعد ارتفاع تلك السلطنه يقبل قوله لكونه أميناً و ما على المحسنين من سبيل، و بذلك يخرج من عموم على اليد. و لا يخفى ان

### قاعده الاقرار

ان ذلك لا يدخل تحت الاقرار فان كل اقرار يكون عليه يدخل تحت

ص: ٢٠٥

---

١- (١) الوسائل كتاب الجهاد باب ٢٠ جواز اعطاء الامان و وجوب الوفاء و ان كان المعطى من ادنى المسلمين و لو عبداً و كذا من دخل بشبهه الامان.

(اقرار العقلاء على أنفسهم جائز) (١) و أما ان كان له مع تحقق السلطنه الفعليه فيدخل تحت قاعده (من ملك شيئاً ملك الاقرار به) و منه يعلم فساد ما قد يتخيل من مساواه قاعده من ملك لحديث الاقرار حتى ادعى ان مدرك قاعده من ملك هو حديث الاقرار بدعوى ان المراد من الملكيه مطلق الملكيه و ان الشيء يعم الأعيان و الأفعال و هو محل منع إذ المراد من الملكيه هي سلطنه الفعليه و الشيء يراد به نفس الأفعال إذ لا معنى لملك الاقرار بالعين الخارجيه فان معنى ملك الاقرار هو اثبات الشيء و جعله قارا كما هو معناه اللغوي فذلك لا يلائم العين الخارجيه فينحصر الشيء بالافعال مثل التصرفات فاقرار الصبي غير داخل في قاعده من ملك لعدم تحقق السلطنه الفعليه له و عدم معنى لملك الاقرار له فيخرج من هذه القاعده موضوعا و ليس داخلا فيها لكي يخرج من عموم القاعده بحديث رفع القلم كما قد توهم. نعم بعض تصرفاته مثل الوصيه و الوقف و الصدقه تدخل في قاعده من ملك و لذا أطبق الاصحاب على الاسناد اليها في صحه اقرار الصبي بالامور المذكوره و عليه لا يكون الحديث مدركا لتلك القاعده. نعم بناء على دعوى ان معنى ملك الاقرار هو الاقرار بحق لازم على المخبر فيختص بما اثبتته على نفسه فحينئذ يخرج منه دعوى الوكيل او الولي حقا على موكله او المولى عليه و شهادته لغيره عليهما و عليه يتحد الحديث و قاعده من ملك فيكون الحديث مدركا للقاعده الا ان ذلك خلاف صريح الاصحاب من استنادهم الى قاعده من ملك في دعوى الوكيل و المولى عليه و المأذون على غيرهم كما هو ظاهر المعنى اللغوي لمن ملك الاقرار و دعوى ان الظاهر من كلمات الفقهاء هو غير

ص: ٢٠٦

---

١- (١) الوسائل كتاب الاقرار باب ٣ صحه اقرار البالغ العاقل و لزومه.



ذلك محل منع كما يظهر ذلك من اراد الاقرار على الغير في كلمات الاصحاب لما عرفت منا سابقا بان الظاهر من القضييه الشرطيه بمناسبه الحكم للموضوع ان المراد هو الاقرار بالشئ المسلط عليه حال كونه مسلطا عليه بان يكون الاقرار بالشئ تابع لملك ذلك الشئ حدودا و بقاء بمعنى ان العله في الجزاء هو نفس الشرط لا حدوثه كما صريح جماعه من الاصحاب قال المحقق (قده) في الشرائع عدم قبول اقرار المريض بالطلاق في حال صحته بالنسبه الى زوجته ليمنعها من الارث و قال في التحرير على عدم سماع اقرار العبد المأذون في التجاره بعد الحجر عليه بدين يسنده الى حال الاذن و قال ايضا كل من لا يتمكن من انشاء شئ لا- ينفذ اقراره فيه فلو اقر المريض بانه وهب و اقبض حال الصحه لم ينفذ من الاصل و في التذكره التصريح بذلك في مسأله الولي بالنكاح في زمان ليس له و قد نص الشهيد على ذلك ايضا في المسالك كما عن نهايه المرام تقييد قبول اقرار العبد المأذون بما اذا كان حال الاذن الى غير ذلك من كلمات الاصحاب و ان بعض كلمات الاصحاب تنافي ذلك الا انها قابله للتأويل مع انه لا ينبغي الالتفات اليها لما عرفت ان قاعده من ملك شيئا ملك الاقرار به مستفاد من الاخبار الداله على ان للمسلمين ان يعطوا الامان لآحاد المشركين حال الحرب و عليه لا- حاجه الى التكلف الى جعل حديث الاقرار مدركا لهذه القاعده إذ دليل الاقرار لا ينفع للفروع المذكوره من اقرار الوكيل و العبد المأذون و الولي على غيرهم على ان جل الاصحاب قد ذكروا هذه القاعده مدركا لصحه اقرار الصبي بما يصح منه كالوصيه بالمعروف و الصدقه و لو كان المستند فيها حديث الاقرار لم يحرز ذلك لبنائهم على خروج الصبي من حديث الاقرار لكونه مسلوب العبارة بحديث رفع القلم مضافا الى ان

قاعده من ملك اشمل من قاعده الاقرار فان موضوع قاعده الاقرار يختص بما يكون ضررا عليه و لا تشمل ما يكون نفعاً الى الغير بخلاف قاعده من ملك فان موضوعها يشمل ما كان فيه نفع او ضرر على الغير بل قد عرفت ان هذه القاعده تشمل اقرار الصبي فيما له ان يفعله مثل تصرفاته في الوقف و الصدقه و الوصيه مع عدم شمول قاعده الاقرار لذلك لانصراف تلك القاعده الى البالغين فلا يشمل اقرار الصبي لكى يقال بانه يخرج حكماً بحديث الرفع و قد منع هذا الانصراف الاستاد العراقي بعدم الفرق عرفاً بين كون المقر بالغاً او قبل ان يصل الى حد البلوغ بقليل كساعه او يوم و يتم المطلوب بعدم القول بالفصل فيما كان قبل البلوغ بكثير و دعوى تخصيص ذلك بالبالغين للاجماع على عدم شموله لغير البالغين ممنوعه اذ الاجماع على تقدير حجتيه بان يكون كاشفاً عن راي المعصوم فيما يكون تصرف الصبي ممنوعاً لا في الاشياء الذي جوز له الشارع ان يتصرف فيه كالوصيه و الوقف و الصدقه فلا- اجماع في البين و لكن لا- يخفى ان ما ذكره محل نظر اذ من الواضح ان المتفاهم العرفي من قوله (ص) اقرار العقلاء على انفسهم جائز اختصاصه بالبالغين و اما تطبيقه على غير البالغين بقليل فليس راجعاً الى العرف اذ امر التطبيق ليس راجعاً الى العرف فان الشارع لو حدد شيئاً لا- بد في تطبيقه ان يلاحظ بدقه كما في الكر مثلاً فان الشارع لما حدده بالوزن الخاص لا- بد و ان تلاحظ في تطبيقه بدقه شرعاً و ان كان العرف لا يرى تفاوتاً كونه بذاك المقدار او اقل بقليل و كما في المسافه حيث ان الشارع حددها بمقدار خاص لا بد و ان يلاحظ ذلك المقدار الخاص فلو حصلت المسافه بما ينقص عن ذلك المقدار بمتراً مثلاً لا تحصل المسافه شرعاً و ان كان ذلك لا يرى العرف تفاوتاً في مقام التطبيق و عليه لا تكون قاعده

اقرار العقلاء على انفسهم مدركا لقاعده من ملك كما انه لا يصلح ان يكون مدركها هو ثبوت الملازمه بين السلطنه على ثبوت الشىء و السلطنه على اثباته اذ القدره على ثبوت السلطنه على الشىء ملازم للقدره على ايجاده فهذه و ان كانت الاستفاده من القضييه الشرطييه صحيحه الا ان ذلك لا يكون مدركا لهذه الكليه و دعوى انه يستفاد من الروايه السابقه مع دعوى اجماع التذكره على سماع دعوى المسلم انه آمن الحربى فى زمان يملك امانه و هو قبل الاسر فان ذلك و ان كان صحيحا الا انه لا يكون مدركا لهذه القاعده الكليه اذ اجماع على مورد خاص لا يكون اجماعا على عموم القاعده.

### مدرک قاعده من ملك

و لكن الانصاف انه لا مدرک لها سوى انها قاعده اجماعيه يظهر للمتبع فى كلمات القوم فانه يجد ان هذه القاعده اخذت من المسلمات كأنها آيه او روايه معتبره كما يظهر لمن راجع ملحقات المكاسب فانه ذكر بعض كلمات الاصحاب بل كل من ذكر هذه القاعده الا و قد عمل بها كأنها روايه معتبره و لا ينافى اجماعهم على مثل هذه القاعده خلاف بعض الاصحاب فان خلافهم انما هو من جهه تطبيق القاعده على المورد الخاص و ليس ذلك خلافا فى اصل القاعده و عليه نفس القاعده المسلمه تشتمل على شرط - و هو من ملك شيئا - و جزاء و هو ملك الاقرار به فيكون موضوع هذه القضييه (من ملك شيئا) و المراد بالشىء هو الا-عم من ان يكون عينا او فعلا- الا- انه لا- معنى للاقرار بنفس العين الخارجيه الا- باعتبار تعلقه بنفس الفعل بمعنى كونه مالكا للفعل فى مقام التشريع بأن يكون مسلطا على ايجاده و ايقاعه شرعا كما لو كان مالكا لبيع داره او شرائه او هبته او وقفه او عتقه او نحو ذلك من انحاء التصرفات كتزويج امرأه او طلاقها فان جميع ذلك

يملك الاقرار بها لما عرفت من ان مقتضى القضييه الشرطيه تحقق الملازمه الفعليه بين الشرط و الجزاء.

بل ذلك هو مقتضى الاخذ بالقدر المتيقن من مدرك هذه القاعده الذى هو الاجماع فانه دليل لبي يؤخذ بالقدر المتيقن و هو ما يكون فعليه الملكيه المعبر عنها بالسلطنه الفعليه مع تحقق الاقرار فى حال تحقق السلطنه الفعليه و لا يكفى كونه مالكا حين وقوع الفعل الذى يدعى وقوعه فى ذلك الحين و عليه لا معنى لجريان استصحاب بقاء سلطنته التى كانت له حال وقوع الفعل الذى اقر بوقوعه فى الزمان المتقدم فى ذلك الزمان لتبدل ذلك الموضوع قطعا و مع تبدل الموضوع لا يجرى الاستصحاب إذا لمتيقن غير المشكوك بل لا شك مع القطع بارتفاع الموضوع و كيف كان فقد يظهر الفرق بين القاعدتين فيما لو اقر بالزوجيه بعد انكارها فان قلنا بشمول قاعده من ملك للفرض ينبغى القول بعدم سماع الانكار و الاقرار اذ هى كما تدل على حجيه الاقرار بالثبوت تدل على حجيته الاقرار بعدم فيكون الفرض من التعارض بالنسبه الى الاقرار و الانكار فلا يسمع احدهما لما هو معلوم انها تشمل الوجود و العدم و ان قلنا بشمول قاعده اقرار العقلاء على انفسهم جائز فينبغى القول بسماع الاقرار و لا يعتد بالانكار السابق و لكن لا يخفى انا نمنع من تحقق التعارض بالنسبه الى قاعده من ملك فيما اذا ذكر المقر عذرا و لم يكن متهما اذ مع ذكر العذر فى الانكار السابق يكون حجه كما فى اقراره حجه لعدم اختصاصها بالوجود بل تشمل الوجود و العدم و لذا الحاكم الشرعى لو اقر بالحكم بالهلال يقبل و اذ اقر بعدم يقبل فلو اقر بان الحكم كان سهوا او خطأ قبل و الانصاف ان القاعدتين منصرفتين الى غير هذا الفرض.

و اما السماع فيما لو حصل الاتفاق بالزوجيه فلا محذور فيه لعدم الخصومه و لا تترتب آثار للانكار السابق لكون الاقرار اللاحق يمنع من الزامه بلوازم الانكار من باب الامر بالمعروف اذ يكفى فى سقوط ذلك الالتزام احتمال الصحه الا ان يقال ان دليل نفوذ الاقرار يقتضى ذلك الا ان ذلك محل نظر لعدم العموم فى قاعده الاقرار لما اذا كان صادرا لغير بيان الواقع بل كان لامر آخر.

### قبول قول ذى اليد لأحد المتداعيين

ثم لا يخفى انه قد توهم ان مدرك قبول قول ذى اليد لاحد المتداعيين هو قاعده من ملك شيئا ملك الاقرار به بتقريب ان ذى اليد مالك لان يملك هذا المال الذى بيده للغير بيع او بصلح او هبه او نحو ذلك فيملك الاقرار بهذه القاعده و هو توهم فاسد اذ هو مالك لان يملك لا على انه يقربان هذا المال لاحد المتداعيين و فرق واضح بينهما كما توهم ان مدرك ذلك هو قاعده اقرار العقلاء على انفسهم بتقريب ان اقراره للغير اقرار على نفسه.

و لكن لا يخفى انك قد عرفت ان المأخوذ فى قاعده الاقرار ان يكون اقرارا على نفسه و اقراره لاحد المتداعيين اقرار على غيره فيخرج عن موضوع القاعده و دعوى ان الظرف متعلق بالاقرار فيكون معنى القاعده ان الصادر من المقر و كان عليه نافذ و جائز مطلقا سواء كان بالنسبه الى الغير له او عليه فهذا الاقرار على ذلك الطرف نافذ و لو كان عليه لا له لكونه اقرارا على المقر فلذا كان نافذا و جائزا ممنوعه اذ الاقرار مأخوذ فى مفهومه ان يكون على ضرر نفسه فما لم يكن كذلك لا يقال له اقرار و انما هو من باب الاخبار سواء كان عليه اوله او لم يكن له او عليه و ذلك يلزم ان يتعلق الظرف بجائز لا بالاقرار على ان مقتضى تقديم الظرف على المتعلق يقتضى الحصر و ذلك لا يتم الا

بتعلق الظرف بجائز و لو سلم فإقرار ذى اليد لاحد المتداعيين فيه جهتان جهه انه ليس له، و جهه لغيره فبالنسبه الى نفسه نافذ و بالنسبه الى غيره لا يكون نافذا.

نعم يدخل تحت قاعده الاقرار فيما لو اقر لشخص آخر بعد اقراره لاحد المتداعيين بكلام منفصل من غير فرق بين كونه فى مجلس واحد او فى مجلسين فيدفع العين للذى اقر له اولاً و يغرم للثانى مثله ان كان مثلياً و قيمته ان كان قيمياً لانه باقراره الاول اوجب تلف المال على الثانى فيكون اقراره للثانى ضرراً على المقر فيندرج تحت قاعده الاقرار و هكذا ما لو قال هذه العين التى تحت يدي لاحد المتداعيين بل لشخص آخر من غير فرق بين الصورتين نعم لو اقر بغصبيته من زيد مثلاً ثم عقبه بقوله بل من عمرو فانه يدفع العين لزيد و لا يغرم مثل العين ان كانت مثلياً او قيمتها ان كانت قيمياً اذ اقراره بالغصبيه لا يدل على ملكيته لزيد بل هو لازم اعم اذ يجوز ان يكون اميناً لكونه مستأجراً او مستعيراً و نحو ذلك فلذا لا يوجب ترتب احكام الملكيه من دفع العين لزيد و الغرامه لعمرو و كيف كان فقد ذكر بعض مشايخنا (قده) اعتبار قبول قول ذى اليد باقراره لاحد المتداعيين بتقريب ان اليد لها اماره بالنسبه الى معناها المطابقى و بالنسبه الى معناها الالتزامى بمعنى ان اليد تدل على ملكيه ما تحت يد الشخص لنفسه و انه ليس لغيره و لما اقر بان ما تحت يده للغير سقطت امارتها بالنسبه الى معناه المطابقى أى ما تحت يده له و بقيت امارتها بالنسبه الى غير المقر فيثبت من ذلك ان ما تحت يده لغيره اى للمقر له لعدم بقاء المال بلا مالك نظير ذلك فى الامارتين المتعارضتين فانهما يتساقطان بالنسبه الى مدلوله المطابقى و يبقى مدلوله الالتزامى و هو نفيهما للثالث على حاله و لكن لا يخفى انه فرق

بين المقام و تعارض الامارتين حيث انه فى المقام ان المدلول الالترامى من لوازم المدلول المطابقى فنفيه يوجب نفى المدلول الالترامى بخلاف الامارتين لعدم الملازمه بينهما فنفى احدهما لا- يوجب نفى الآخر نعم يسقط المدلول المطابقى فيهما بالمعارضه و لكن الانصاف ان قبول قول ذى اليد ليس لما ذكر و انما هو لاجل بناء العقلاء المعبر عنه بالسيره العقلانيه

### بيان روايه مسعده بن صدقه

و دعوى ان روايه مسعده ابن صدقه(١) تكون رادعه لحجيه هذه السيره لظهورها فى حصر الحجيه بالعلم و البينه ممنوعه لعدم صلاحيتها للرادعيه اذ الدليل الدال على اعتبار ذى اليد يجعله داخلا تحت روايه مسعده بتقريب ان قول ذى اليد استبانته تنزيلا بمعنى ان الاستبانته التى فى الروايه اخذت بمعناها اللغوى و يكون الشارع قد امضاها و بذلك تكون استبانته تنزيلا و قد رتب عليها آثارها الخاصه التى منها تقديم خبر ذى اليد على الاستصحاب لجعله يقين تنزيلي و هذا الذى ذكرنا اولى من دعوى ان الاستبانته فى الروايه اعم من الاستبانته الواقعيه و التعبديه حيث ان لزامه ان يكون عطف البينه على الاستبانته من عطف الخاص على العام و ذلك محل منع و هذا الذى ذكرناه من الجمع ينافى حجيه الخبر العادل نظرا لتدريجيه البينه اذ مع حصول الشاهد الاول لا- يبقى موضوع للشاهد الثانى و حينئذ تسقط البينه عن الاعتبار فتكون روايه مسعده رادعه للسيره فى خصوص الموضوعات الا ان يقال ان المدرك لحجيه خبر الواحد العادل ليس منحصرنا بالسيره بل هناك اخبار تدل على الحجيه فحينئذ يشكل الجمع بينها و بين روايه مسعده لما عرفت من تدريجيه البينه نعم يتم بناء على حكومتها

ص: ٢١٣

---

١- (١) الوسائل كتاب التجاره باب ٤ من ابواب ما يكتسب به الحديث ٤.

على تلك الروايه الا- ان الكلام فى تماميتها. و بعباره اخرى يشكل التعويل على خبر العادل فى الموضوعات لو كان المدرك لحجيته هو السيره لصالحيه روايه مسعده للرادعيه و ان كان المدرك هو الاخبار الوارده فى الموضوعات فان قلنا بتماميه دلالتها لامكان المناقشه فيها بدعوى انها فى مقام قبول قول ذى اليد فيشكل الجمع بينها و بين روايه مسعده لاجل تدريجيته بينه و بالجمله القواعد الثلاثه كل لها ملاك يؤخذ بها. و مما ذكرنا ظهر لك ان من يدعى الانفاق يقبل قوله، و لو ادعى ذلك بعد البلوغ لأن هذه الدعوى راجعه الى امانته. و اما لو ادعى القيم دفع المال الى البالغ و انكر فيكون من المدعى و المنكر، فمع بينه يقبل قول القيم و مع عدمها يقدم قول البالغ المنكر مع يمينه و حيث انتهى الكلام الى ذكر الولاية فلا بأس بذكرها على نحو الاجمال.

## الولاية

### ولاية الاب و الجد للاب

فنقول: الولاية على اقسام ولاية الأب و الجد للاب و الوصى من قبلهما و ولاية الحاكم الشرعى و ولاية عدول المسلمين فيقع الكلام فى امور ثلاثه:

الامر الاول: ولاية الأب و الجد للأب و تسمى الولاية الاجباريه فان المستفاد من الاجماع و الاخبار ان لهما الولاية على مال الطفل بمعنى سلطنه كل واحد منهما على من ولى عليه هى سلطنه ناقصه على نحو ليس للآخر منعه و إلا لزم وجود سلطنتين تامتين على شىء واحد و هو غير معقول، اذ هو نظير تعدد الملاك على مملوك واحد، فان الملكيه



و السلطنه لا- يقومان بشخصين الا بنحو يوجب الاشتراك فلا بد ان تكون سلطنه كل من الاب و الجد للأب على مال الطفل سلطنه ناقصه فينفذ تصرف كل واحد منهما مع عدم الآخر، و مع اجتماعهما يؤخذ بالمتقدم و مع التقارن يؤخذ بتصرف الجد و يستفاد ذلك من الاخبار الداله على التزويج بل يؤخذ بتصرف الجد مع عدم اذن الاب بقوله (ص):

(انت و مالك لابيک) (١)، و لروايه مصححه هشام بن سالم و محمد ابن حكيم عن ابى عبد الله (ع) قال: (اذا زوج الاب و الجد كان التزويج للاول فان كانا جميعا في حاله واحده فالجد اولى) (٢)، و المستفاد من الروايات ان هذه الولايه هي سلطنه قهرية ثابتة للاب و الجد للاب ناشئه من شفقه الابوه و ليست كولاية الحاكم الشرعى، و حيث انها كذلك لا تعتبر العداله مضافا الى اطلاق التعليل الوارد فى الاخبار بانه لم جاز للوالد ان يأخذ من مال ولده من دون العكس؟ فقد علل بانه انت و مالك لابيک (٢)، كما انه يستفاد من اللام كون ولايتهما سلطنه غير قابله للعزل، بل ربما يقال بعدم اعتبار العداله لعدم ذكرها فى الاخبار، بل لو كانا فاسقين لا ينافى الحكمه لأن

ص: ٢١٥

- 
- ١- (٢١٥) فروع الكافى كتاب النكاح باب الرجل يريد ان يزوج ابنته و يريد ابوه ان يزوجهما من رجل آخر ح ٤ ج ٥ و فى الوسائل باب ١١ من ابواب اولياء العقد فى كتاب النكاح.
  - ٢- (٣) مكاسب الشيخ الانصارى فى مسأله ولاية الاب و الجد و فى المستدرک باب ٦٢ كتاب العلاء ابن رزين عن محمد بن مسلم قال رسول الله (ص) لرجل انت و مالك لابيک و بهذا الاسناد قال فى كتاب على (ع) ان الولد لا يأخذ من والده شيئا و للوالد ان يأخذ من مال ابنته ما يشاء الخبر.

الفاسق مع التعدى و التفريط يحجره الحاكم كحجر السفية فى ماله و ليس له عزله لان الولاية لهما موهبه إلهيه غير قابله لسلبها، و دعوى ان قوله (ص): (انت و مالك لايبك) مسأله اخلاقيه لا- يستكشف منها احكام شرعيه ممنوعه فانها و ان كانت معان اخلاقيه إلا ان استشهاد الامام (ع) فى الاخبار الصحيحه يدل على المطلوب مثل روايه ابن مسلم عن ابى عبد الله (ع) قال سألته عن رجل يحتاج الى مال ابنه قال يأكل منه من غير سرف قال و قال فى كتاب على (ع): الولد لا يأخذ من مال ابيه إلا باذنه و الوالد يأخذ من مال ابنه بما شاء و له ان يقع على جاريتة إن لم يكن الولد وقع عليها، و ذكر ان رسول الله (ص) قال لرجل: انت و مالك لايبك (1) الى غير ذلك من الاخبار الموجوده فيها هذا التعليل الداله باطلاقها على اعطاء السلطنه للجد الذى يترتب عليها التصرف المطلق، كما ان دعوى انها تدل على الاخذ الخارجى اى يجوز للوالد الاخذ من مال ابنه من الاكل و نحوه و انها مخصوصه بالكبير ممنوعه فانها و ان كان يظهر منها الاختصاص بالكبير الا ان استشهاد الامام سلام الله عليه فى كثير من الموارد على مطلق الوالد مع ولده يستفاد منها الولاية على القاصر مضافا الى النصوص الواردة فى تقويم جاريه ولد الصغار و يصنع بها ما يشاء و الوارده بالاتجار بمال الطفل، بل الاخبار الواردة فى الوصى من قبلهما فى جواز الاتجار بمال الطفل الداله على ثبوت الولاية على ان فى الاجماع كفايه، و الظاهر ان جواز التصرف لهما مطلقا و لو لعدم المفسده و لا يحتاج الى اعتبار المصلحه، و يدل على ذلك جواز اقتراض الأب من مال من ولى عليه، و تقويم الاب الجاريه

ص: ٢١٤

---

١- (١) الاستبصار كتاب المكاسب ص ٤٨ باب ٢٦ ما يجوز للوالد ان يأخذ من ولده ج ٣ الطبعة الحديثه.

التي هي للولد مع انه لا اشكال في صورتين لخلوهما عن المصلحه، بل ادعى بعض من تأخر بانه لو لا حديث لا ضرر و اشعار بعض النصوص باعتبار عدم المفسده لكان القول بجواز التصرف حتى بما فيه المفسده كان قويا.

### عدم اعتبار المصلحه في ولايه الاب و الجد

و هكذا في تزويج الولي الاجباري للصغيرين في عدم اعتبار المصلحه لاطلاق الأدله، و دعوى الفرق بين ولايه الاب في النكاح و بين ولايته في المال في غير محله لاطلاق الأدله في المقامين كما يظهر للمتبع في اخبار الباب نعم وقع الكلام فيما لو زوج الصغير الولي بدون مهر المثل او زوج الصغير بأزيد منه و لم يكن هناك مصلحه فهل يصح العقد و يبطل المهر و الرجوع الى مهر المثل او بطلان العقد قولان، قال السيد في العروه بالثاني تبعا لصاحب الجواهر بتقريب ان الواقع في الخارج امر واحد مشخص فاما ان يكون صحيحا بلا اجازة او موقوفا على الاجازة و لذا لو عقد فضولا بمهر خاص لم يجز للاصيل اجازة العقد دون المهر خلافا للمسالك حيث اختار الاول، إذ ان بطلان المهر لا يلزم منه بطلان العقد اذ لا تلازم بينهما لكون المانع من قبل المهر فينجبر بفسخه خاصه و الرجوع الى مهر المثل و الظاهر هو ذلك حيث ان دليل الولاية يقتضى صحة العقد و لما كان في الصداق ضرر اقتضى خروجه عن دليل الولاية فيندفع ذلك بالرجوع الى مهر المثل و لا يقاس المقام بعقد الفضولي فان المقتضى للصحة هو الاجازة فهي من قبيل القبول فلا يمكن التفكيك بين العقد و المهر بخلاف المقام فان دليل الولاية يقتضى صحة العقد و المهر الا- ان حديث لا- ضرر اخرج المهر عن الولاية و ذلك لا يوجب خروج العقد عنها. و دعوى ان حصول الضرر في الصداق يوجب تعنون النكاح بانه ضررى كما في الرياء في الجماعه فلا معنى لبطلان الجماعه و صحه

الصلاه فى غير محله اذ المقام لا يوجب كون النكاح ضروريا و انما الضرر فى نفس الصداق فيتدارك بالرجوع الى مهر المثل. و مما ذكرنا يظهر ضعف ما ينسب الى الشيخ (قدس سره) قولا ثالثا بصحة العقد و المهر و لزومهما لاطلاق ادله الولايه لما عرفت من حكمه ادله نفي الضرر على ادله الولايه و حيث ان الضرر تحقق فى نفس المهر فلذا يبطل المهر و يتدارك بالرجوع الى مهر المثل و لا يسرى بطلانه الى بطلان العقد لعدم كون النكاح من قبيل المعارضه لكى يكون من اركان النكاح اذ يصح عقد النكاح فيما لو نسي المهر فيرجع الى مهر المثل بل قيل بصحة عقد النكاح لو عقدت المرأه بلا مهر بان قالت الزوجه زوجتك نفسى بلا- مهر فقال الزوج قبلت فيقال لهذا العقد تفويض البضع و للمرأه التى لم يذكر فى عقدها المهر مفوضه البضع و هنا مسائل تتعلق بولايه الاب و الجد للاب.

### تزويج الاب و الجد نافذ دون الطلاق

الأولى لو زوجها الاب او الجد للاب فالتزويج ماض لصحيح الحلبي قال قلت لابي عبد الله (ع) الغلام له عشر سنين فيزوجه ابوه فى صغره يجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين فقال اما التزويج فصحيح و اما طلاقه فينبغى ان يحبس امرأته حتى يدرك (١) و صحيح عبد الله ابن الصلت قال سألت ابا الحسن (ع) عن الجارية الصغيره يزوجه ابوها لها امر اذا بلغت؟ قال (ع) لا ليس لها امر مع ابيها (٢) الى غير ذلك من الاخبار الداله على ان تزويجهما لو كان من الولى الشرعى فهو

ص: ٢١٨

- 
- ١- (١) الوسائل كتاب الميراث باب ٩ حكم ميراث الصغيرين اذا زوجها الوليان او غيرهما.
  - ٢- (٢) الوسائل كتاب النكاح باب ٦ ثبوت الولايه للاب و الجد للاب مع وجود الاب لا غيرهما.

ماض و صحيح كما انه ليس لكل واحد منهما الخيار بالفسخ عند بلوغهما فلو مات احدهما يرثه الآخر كما هو نص صحيحه محمد ابن مسلم عن ابي جعفر (ع) فى الصبى يتزوج الصبيه يتوارثان، قال اذا كان ابواهما اللذان زواجهما فنعم، قلت فهل يجوز طلاق الاب؟ قال لا(١) فانه لو كان توارثهما موقوفا على الاجازه بعد بلوغهما لم يتوارثا الصغيران الا ان فى ذيل صحيحه ابن مسلم (و لكن لهما الخيار اذا ادركا فان رضيا بعد ذلك فان المهر على الاب)(٢) ينافى ذلك فلا بد من طرح التذيل او حمله على مالا ينافى التوارث بدعوى ان التوارث لا ينافى الخيار اذ ما فيه الخيار نكاح صحيح يترتب عليه الاحكام من التوارث وغيره بخلاف الفضولى الذى لا تترتب عليه الاحكام حتى يخير اللهم الا ان يقال ان اطلاق الصحه ظاهر فى اللزوم و لذا حملها الشيخ (قده) على ان معنى الخيار هو ان الصبى اذا بلغ مختار فى الطلاق او الفسخ باحد العيوب المسوغه له شرعا و الصبيه لها الخيار بمطالبة الزوج بالطلاق او الفسخ مع وجود اسبابه و لكن الانصاف طرح مثل هذا الذيل لمعارضته لاكثر الاخبار الداله على عدم الخيار للصغيرين بعد بلوغهما اولى من هذا الحمل البعيد و يعتبر فى الجد ان يكون للاب فلا يشمل اب ام الاب كما يظهر من تمسك النبى (ص) انت و مالك لايبك(٣)

ص: ٢١٩

١- (١) الوسائل كتاب النكاح باب ١٢ ان الصغير ذكرا كان او انثى اذا زوجه الاب او الجد للاب صح العقد.

٢- (٢) الوسائل كتاب النكاح باب ٦ ثبوت الولايه للاب و الجد للاب مع وجود الاب لا غيرهما.

٣- (٣) الوسائل كتاب النكاح باب ١١ ثبوت الولايه للجد للاب مع حياه الاب.

و اما الام فلا ولايه لها كما يظهر من صحيحه محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) فى الصبى يتزوج الصبيه يتوارثان فقال اذا كان ابواهما اللذان زواجهما فنعم(١) فان الظاهر من نفي عموم الولايه عن غير الاب هو ذلك. و دعوى ثبوت الولايه للام مستدلا عليه بان رسول الله (ص) أمر نعيم بن نجاح ان يستأمر أم ابنته فى أمرها قال و أتمروهن فى بناتهن(٢) فى غير محلها فان ذلك مخالف للاجماع و لا سيما بملاحظه اختصاص ذلك بالام فلا يعم ابها، كما انه لا ولايه للجد للام و لو من ام الاب و لا ولايه للاخ و العم و الخال و أولادهم لما عرفت من صحيحه ابن مسلم المتقدمه من نفي عموم ولايه ما عدى الاب المستفاد من مفهوم التعليق فيها مضافا الى الاجماع الدال على عدم الولايه لهم، و دعوى ان الاخ له الولايه لما ورد فى الصحيح عن أبى بصير عن ابي عبد الله (ع) قال سألته عن الذى بيده عقده النكاح هو الاب و الاخ و الرجل يوصى اليه(٣) ممنوعه لما عرفت من ان الاجماع على خلافه مضافا الى انه مؤل او مطروح و اما العم فقد عرفت ان الاجماع على عدم ولايته مضافا الى ما روى محمد بن الحسن الاشعري قال كتب بعض بنى عمى الى أبى جعفر الثانى (ع) ما تقول فى صبيه زوجها عمها فلما كبرت البنت أبت التزويج؟ قال فكتب (ع) الى لا تكره على ذلك و الأمر امرها(٤).

ص: ٢٢٠

- ١- (١) الوسائل كتاب النكاح باب ١٢ ان الصغير ذكرا كان أو انثى اذا زوجه الاب او الجد صح العقد.
- ٢- (٢) ؟؟؟
- ٣- (٣) الوسائل كتاب النكاح باب ٨ لا ولايه للوصى فى عقد الصغير.
- ٤- (٤) الوسائل كتاب النكاح باب ٦ ثبوت الولايه للاب و الجد للاب خاصه مع وجود الاب لا غيرهما.

الثانية هل للجد ولاية في حياة الاب ام له ولاية مطلقا و لو مع فقد الاب؟ قيل بالاول استنادا الى مفهوم الوصف في موثق الفضل ابن عبد الملك عن ابي عبد الله (ع) قال ان الجد اذا زوج ابنه ابنه و كان ابوها حيا و كان الجد مرضيا جاز(1) فانه يدل بالدلاله المفهوميه على عدم ولاية الجدة مع فقد الاب الا ان ذلك مبني على حججه مفهوم الوصف و قد ذكر في محله عدم حججه خصوصا في مثل ما يمكن حمله لبيان تحقق الموضوع كمثل قوله تعالى: (لا تُكْرَهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا) (2) بقرينه ذيل الروايه من قوله فان هوى ابوها الجارية و هوى الجد الى ان قال (ع) احب ان ترضى بقول الجدة، و قيل بالثاني استنادا الى ان الجدة له ولاية على اموال المرأة مع فقد الاب فتندرج تحت من بيده عقده النكاح كما في الصحيح عن ابي بصير و محمد ابن مسلم عن ابي جعفر (ع) سألته عن (الذي بيده عقده النكاح) (3) قال هو الاب و الاخ و الرجل يوصى اليه و الذي يجوز امره في مال المرأة فيبتاع لها و يشتري فاي هؤلاء عفا فعفوه جائز في المهر اذا عفا عنه(4)

و لكن لا يخفى ان ذلك محل نظر اذ ظاهر الآيه في البالغات بقرينه نفوذ عفوهن، و لذا نجد الروايات الواردة في تفسير هذه الآيه قاصره

ص: ٢٢١

- 
- ١- (١) فروع الكافي كتاب النكاح باب الرجل يريد ان يزوج ابنته و يريد ابوها ان يزوجه رجلا آخر حديث ٥ و في الوسائل كتاب النكاح باب ١١ ثبوت الولاية للجد للاب في حياة الاب.
  - ٢- (٢) سورة النور آيه ٣٣.
  - ٣- (٣) سورة البقره آيه ٢٣٧.
  - ٤- (٤) الوسائل كتاب النكاح باب ٨ انه لا ولاية للوصى في عقد الصغيره و انه يستحب للمرأة ان توكل أخاها الاكبر.

عن شمول غيرهن و لذا ذكر الاخ في الروايه المتقدمه على أنه لم نجد دليلا يدل على ولايه الجد إلا الادله التي تثبت أولويه ولايه الجد على الاب مثل موثق عبيد بن زراره (قلت لأبى عبد الله (ع) الجاربه يريد ابوها ان يزوجه من رجل و يريد جدها ان يزوجه من رجل آخر، فقال الجداولى بذلك ما لم يكن مضارا إن لم يكن الاب يزوجه قبله(1) و نحوها اخبار آخر تدل على ان ولايه الاب و الجد مختصه بحياه الاب كما هو ظاهر تعليل بعض الروايات لتقديم عقد الجد (بانك انت و ما لك لايبك يقتضى اختصاص ولايه الجد بحياه الاب اذ مع فقد الاب لا معنى للتعليل المذكور. نعم يمكن التمسك للقول الثانى باستصحاب ولايه التي كانت ثابتة مع حياه الاب الى ما بعد فقده الا انه لا يجرى فيما لو مات الاب و كان الصغير حملا، و عليه يجرى الاصل المحكوم و هو اصاله عدم ترتب الاثر لعدم جريان الاصل الحاكم لعدم ولايته فى ذاك الحال.

الثالثه يشترط فى صحه عقد الجد عدم سبق عقد الاب كما انه يشترط فى عقد الاب عدم سبق عقد الجد لاستقلال كل منهما بالولايه و عدم احتياج تصرف كل منهما الى الاستيذان من الآخر، و اما مع التقارن يصح عقد الجد دون الاب لما تقدم من صحيح هشام بن سالم و محمد ابن حكيم عن ابى عبد الله (ع) قال اذا زوج الاب و الجد كان الترويج للاول، فان كان جميعا فى حال واحده فالجد أولى(2). و موثق عبيد

ص: ٢٢٢

---

١- (١) الوسائل كتاب النكاح باب ١١ ثبوت الولايه للجد للاب فى حياه الاب.

٢- (٢) فروع الكافى كتاب النكاح باب الرجل يريد ان يزوج ابنته و يريد ابوه ان يزوجه رجلا آخر حديث ٤ ج ٥.



ابن زرارہ قلت لابی عبد اللہ (ع) الجاریہ یرید ابوها أن یزوجها من رجل و یرید جدها ان یزوجها من رجل آخر قال الجد اولی بذلك ما لم یکن مضارا إن لم یکن الاب زوجها قبله(۱). هذا اذا علم السابق منهما او علم بالتقارن، و اما اذا جهل تاریخهما فقیل بتقدیم عقد الجد بناء علی ان الشرط فی نفوذ عقد الجد ان لا یسبقه عقد الاب فبإصالة عدم سبق عقد الاب علی عقد الجد یحرز الشرط المذكور، و لكن لا- یرجى ان هذا الاصل معارض بإصالة عدم سبق عقد الجد علی عقد الاب لما عرفت من استقلال کل منهما بالولاية و لا یلزم الاشتراک و لا الاستیذان من الآخر فایهما سبق لم یبق محل للآخر، فتصحیح عقد کل منهما منوط بعدم سبق عقد الآخر فحینئذ یقع التعارض بین الاصلین فیتساقطان فیرجع الی تعیین احد العقدین الی القرعه، كما انه بناء علی ما هو المختار من عدم جریان الاصل فی مجهول التاريخ فيحتاج احراز شرط نفوذ عقد کل منهما و حیث لم یحرز فیرجع تعیین أحد العقدین الی القرعه للعلم بصحة احد العقدین كما هو الحال فیما لو شك فی سبق عقد احد الاختین. و دعوی تقدیم عقد الجد فی مجهولی التاريخ لاطلاق ما دل علیه اذا لم یسبقه عقد الاب، فما لم یعلم فیحکم بتقدمه علیه ممنوعه لعدم ظهور ذلك من الاخبار لما عرفت من عدم احراز الشرط فی کل منهما لکی یصح نفوذ عقده و الاصل الجاری لا یصلح لاثبات كونها خلیه الی حین العقد بالنسبه الی کل منهما، فیرجع فی تعیین احد العقدین الی القرعه.

و أما لو كان عقد الجد معلوما و جهل تاریخ عقد الاب فیتقدم عقد

ص: ۲۲۳

---

۱- (۱) فروع الکافی کتاب النکاح باب الرجل یرید ان یزوج ابنته و یرید ابوه ان یزوجها من رجل آخر الحدیث ۱ ج ۵.

الجد لجريان اصاله عدم سبق عقد الاب و لا يعارضه اصاله عدم سبق عقد الجد الى زمان عقد الأب لعدم جريانه فى مجهول التاريخ و اما لو كان عقد الأب معلوم التاريخ فيقدم عقده و لا يعارضه الأصل الجارى فى عقد الجد لكونه مجهول التاريخ نعم لو قلنا بجريان الأصل فى مجهول التاريخ فحينئذ تقع المعارضه بين الاصلين فيتساقطان، فلا يمكن احراز الشرط فى نفوذ كل منهما مع العلم بصحة احد العقدين.

فيرجع الى القرعه، و الظاهر ان المقام من مصاديق القرعه و لا بأس بالتعرض الى القرعه على نحو الاختصار.

## القرعه

فنبول فى بيانها ان مدركها من الكتاب قوله تعالى: (فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ) (١) و قوله تعالى: (وَ مَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُ أَفْلَاحَهُمْ أَمْ يَكْفُلُهُمْ مَرْيَمَ) (٢)، و من الأخبار فروايه محمد بن الحكم قال سألت ابا الحسن موسى بن جعفر عليه السلام عن شىء فقال لى:

كل مجهول ففیه القرعه، فقلت: إن القرعه تخطىء و تصيب؟ فقال:

كل ما حكم الله عز و جل به فليس بمخطىء (٣)، و المرسل فى الفقيه الى ان قال (ع) أى قضيه أعدل من القرعه إذا فوض الأمر الى الله!! أليس الله تعالى يقول: «فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ» (٤). و عن حماد ابن عثمان عبيد الله بن على الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام فى رجل

ص: ٢٢٤

١- (١) الصافات آيه (١٤١).

٢- (٢) آل عمران آيه (٤٤).

٣- (٣) الفقيه باب الحكم بالقرعه ح ٢ - ج ٣ ص ٥٢ الطبعة الرابعه.

٤- (٤) نفس المصدر ح ٣.

قال أول مملوك أملكه فهو حر فورث سبعة جميعا فقال: يقرع بينهم و يعتق الذى خرج سهمه(١) الى غير ذلك من الروايات الداله على اعتبار القرعه فانها قد وردت فى الموارد الخاصه متفرقه فى ابواب الفقه و الظاهر انه لا خلاف فى اعتبارها بل لا أظن أحدا من الأماميه ينكر اعتبارها فى الجمله.

و المتحصل من اخبار الباب هى العناوين العامه الوارده فى ادله القرعه خمس:

١ - عنوان المجهول. ٢ - عنوان المشتبه. ٣ - عنوان المشكل.

٤ - عنوان الملتبس. ٥ - المعضلات.

و الظاهر ان المستفاد من تلك الأدله ان مورد القرعه هى الشبهه الموضوعيه المقرونه بالعلم الاجمالى الذى لا- يمكن فيه الاحتياط او لا- يجوز و ان كان ممكنا بنحو لا- يكون هناك اصل او اماره توافق للمعلوم بالاجمال كى يكون موجبا لانحلاله فيكون من المعضلات ففى مثل هذا المورد تشرع القرعه لحل المعضله و المشكله كما يستفاد من روايه عبد الرحيم عن ابى جعفر (ع) انه قال كان على (ع) اذا ورد امر ما نزل به كتاب و لا سنه قال رجم ما اصاب، قال ابو جعفر (ع) و هى من المعضلات او قال و تلك هى المعضلات(٢).

و المراد بالشبهه الموضوعيه هو الموضوع الخاص المشتبه الذى لم ينزل فيه بالخصوص حكم من كتاب او سنه، و إلا الموضوعات الكليه حكمها موجود فى الكتاب او السنه فلذا لا يعد المشتبه فيها من المعضله اذ بجرىان القواعد المجعوله لها ترفع اعضالها و اشكالها.

ص: ٢٢٥

١- (١) نفس المصدر السابق الا ان الحديث (٧) باب الحكم بالقرعه ص ٥٣.

٢- (٢) بحار الانوار انهم عليهم السلام عندهم مواد العلم فى المجلد الاول.

و منه يعلم ان الشبهات الثلاثة الشبهه الحكميه بكلا قسيمها البدويه و المقرونه بالعلم الاجمالي و الموضوعيه البدويه لا تجرى فيها القرعه لما عرفت ان المستفاد من الاخبار انه مما اشكل عليه الحكم و ليس علاج لحل المشكل، و المفروض ان فى الشبهات المذكوره فيها قواعد و اصول لا تجعل المورد من المعضلات و المشكلات.

و يظهر من ذلك ان موضوع القرعه هو ما ذكرنا من الشبهه الموضوعيه المقرونه بالعلم الاجمالي الذى لا يمكن فيه الاحتياط كمثل احدى زوجاتى طالق او أحد عبيدى حر بناء على صحه مثل هذا الطلاق و العتق، كما ينسب الى جماعه منهم الاجماع على الرجوع الى القرعه او لا- يجوز و ان كان ممكنا كما فى مثل الغنم الموطوءه المشتبه فى قطع الغنم فان الاحتياط عن جميع اطرافه و ان كان ممكنا إلا انه يكون ذلك ضررا على صاحب القطيع فيصير بذلك مشكلا و معضلا فتشعر حينئذ القرعه فتتعين الموطوءه و تجرى عليها احكامها و فى مثل هذا المورد اى الشبهه الموضوعيه المقرونه بالعلم الاجمالي التى هى مجرى للقرعه ليس موردا لسائر الاصول و الامارات لكى يقال بانها فى مورد المعارضه ايها مقدم، و الا لو كان فى مورد اصل او اماره خرج عن كونه مشكلا و معضلا. فعليه لا- معنى للنزاع بانها تقدم على الاستصحاب او بالعكس لعدم المعارضه بينهما و لذا قلنا باختصاصها بالشبهه الموضوعيه التى لا يمكن فيها الاحتياط او لا يجوز و ان كان ممكنا او لا يجب و دعوى اختصاصها بالشبهه الموضوعيه لظهور امر المجهول فى الروايه فيها حيث انه نفس الشىء و ذاته مجهول لا حكمه محل نظر لظهور لفظ الأمر كلفظ الشىء فى مفهوم عام يشمل الاحكام و الموضوعات و الظاهر ان المستفاد من اخبار الباب ان حجيه القرعه بنحو الاماره دون الاصل كما يستفاد

من قول ابي الحسن على (ع) ان كل ما حكم الله به فليس بمخطيء في مقام ردع الراوى ان القرعه تخطيء و تصيب الى غير ذلك من الروايات الداله على كون القرعه من باب الكشف و انها توجب القطع بدوام المقاطعه نظير ما قيل فى الاستخاره فأنها توجب الاطمئنان بأصابتها للواقع كما يستفاد من اخبارها ذلك و انها من باب طلب الخير من الله تبارك و تعالى و ايكال الامر اليه و ذلك لا يكون من مصاديق قوله تعالى (وَ أَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ) (١) فان ذلك شرك و طلب الخير من هبل كما يحكى عن ابن اسحاق (٢) قال: كانت هبل أعظم أصنام قريش بمكه و كانت على بئر فى جوف الكعبه، و كانت تلك البئر هى التى يجمع فيها ما يهدى للكعبه، و كانت عند هبل سبعة اقداح كل قدح فيه كتاب قدح فيه (العفل) إذا اختلفوا فى العفل من يحمله منهم ضربوا بالقداح السبعة قدح فيه (نعم) للأمر إذا ارادوه يضرب به فان خرج قدح نعم عملوا به، و قدح فيه (لا) فاذا أمرا ضربوا به فى القداح فاذا خرج ذلك القدح لم يفعلوا ذلك الامر، و قدح فيه (منكم) و قدح فيه (ملصق) و قدح فيه (من غيركم) و قدح فيه (المياه) إذا أرادوا ان يحفروا للماء ضربوا بالقداح و فيها ذلك القدح فحيثما خرج عملوا به (و كانوا) إذا أرادوا - أن يجتبوا غلاما أو أن ينكحوا منكحا أو ان يدفنوا ميتا او شكوا فى نسب واحد منهم - ذهبوا الى هبل بمئه درهم و بجزور فأعطوها صاحب القداح الذى يضربها ثم قربوا صاحبهم الذى يريدون به ما يريدون، ثم قالوا: يا إلهنا هذا فلان بن فلان أردنا به كذا و كذا فأخرج الحق منه، ثم يقولون لصاحب

ص: ٢٢٧

١- (١) سورة المائده آيه (٣).

٢- (٢) الطبرى فى تفسيره ج ٦.

القداح اضرب فيضرب فان خرج عليه (من غيركم) كان حليفاً و ان خرج (ملصق) كان على منزلته فيهم لا نسب له و لا حلف و ان خرج شىء سوى هذا مما يعملون به (نعم) عملوا به و إن (لا) أخروه عاقبهم ذلك حتى يأتوا به مره أخرى ينتهون فى امورهم الى ذلك الى ما طرحت به القداح لوضوح ذلك انه يكون من الاتكال الى هبل، و قد نهى عن ذلك لكونه من الشرك الباطل، و اين ذلك من الاستخاره التى هى ايكال الأمر الى الله تعالى و تفويضه اليه، و كيف يمكن ان تقاس الاستخاره التى هى ايكال الأمر الى الله تعالى و اطاعته له الى ما هو من الشرك الباطل على ان الآيه الشريفه فى مقام تمييز ما هو حلال منها و ما هو حرام منها اى تمييز المذكى عن غير المذكى قال تبارك و تعالى:

(حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَ الدَّمُ وَ لَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَ مَا أَهَلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَ الْمُنْخَنِقَةُ وَ الْمُوقُودَةُ وَ الْمُتَرَدِّيَةُ وَ النَّطِيحَةُ وَ مَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَ مَا ذُبِحَ عَلَى النُّصَبِ وَ أَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكُمْ فِسْقٌ) (١) و كان فى الجاهليه إذا اجذبت سنه فالأغنياء من العشيره يشترى جزورا و يجرؤنه سهاماً، و كانت عندهم سهام و هى الأزلام أى القداح لا ريش لها، و كانت تلك القداح فى يد امين لهم و تلك السهام كانت عندهم ثمانيه و عشرون سهماً و قد نظمها بعضهم فقال:

هى فذ و تؤم و رقيب ثم حلس و نافس ثم مسبل

و المعلى و الوغد ثم سفيح و منيح و ذى الثلاثه تهمل

و لكل مما عداها نصيب مثله ان تعد اول اول

و يظهر من هذا النظم ان الرقيب له ثلاثه اسهم و مسبل له ستة اسهم الا ان تفسير على بن ابراهيم القمى و بعض التفاسير عكس ذلك.

ص: ٢٢٨

١- (١) سورة المائده آيه (٣).

و بالجمله هذه الجمله المذكوره فى الآيه هو ما ذكرناه فى المعنى فلا ربط له بالاستخاره التى قد عرفت انها فى مقام الايكال الى الله و تفويض الأمر اليه تبارك و تعالى، و لو تشاح الأب و الجد فسبق عقد الأب فالظاهر صحه عقد كما هو مقتضى صحيحه هشام المتقدمه. و دعوى ان الحكم بالصحه تنافى الأولويه فى صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما الى ان قال (ع) الجد اولى بنكاحها(١) اذ بمقتضاه بطلان عقد الأب فى مقام التشاح ممنوعه فانها محموله على الأولويه التكليفيه لا الوضعيه و اما لو تشاح الجد الاسفل و الاعلى فهل يجرى عليهما حكم الأب و الجد أولا. قيل: بالثانى لأنهما ليسا ابا و جدا بل كلاهما جد فلا يشملهما ما دل على تقديم الجد على الأب الا ان ذلك ينافى خبر عبيد بن زراره ٢ الا ان يقال بان التعليل المذكور فى الروايه بالنسبه الى نفوذ تصرف الجد لا أولويته من الأب عند الاقتران، و الانصاف ان ذلك خلاف الظاهر فان الظاهر من التعليل انه فى مقام تقديم عقد الجد على الأب.

### للأب ولاية على البالغ الرشيد

الرابعه لا- ولايه للأب و الجد للأب على البالغ الرشيد للاجماع من الفريقين و لعموم السلطنه كما انه لا خلاف منا على عدم الولايه لهما على البالغه الرشيد اذا كانت ثيبه لصحيحه الحلبي عن ابي عبد الله (ع) انه قال فى المرأه الثيب تخطب على نفسها قال هى املك بنفسها تولى أمرها من شاءت اذا كان كفوا بعد أن كانت قد نكحت رجلا قبله(٢) الى غير ذلك من الاخبار الداله على ان الثيب تملك نفسها و لا يعارضها

ص: ٢٢٩

- ١- (٢١٠) فروع الكافى كتاب النكاح باب الرجل يريد ان يزوج ابنته و يريد ابوه ان يزوجه رجلا آخر حديث (٢-٣).
- ٢- (٣) الوسائل كتاب النكاح باب ٣ من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد و فى فروع الكافى باب التزويج بغير الولي حديث ٥ ص ٣٩٢ ج ٥

اخبار آخر فانها غير صالحه للمعارضه لعدم حجيتها. و اما البكر الرشيد ففقد اختلفوا فى ثبوت الولاية عليها على اقوال و هى استقلال الولي و استقلالها و التفصيل بين الدوام و الانقطاع باستقلالها فى الاول دون الثانى، و منشؤها اختلاف الاخبار، فما دل على الاول صحيحه عبد الله ابن الصلت قال سألت ابا الحسن الرضا (ع) عن الجاربه الصغيره يزوجها ابوها ألها أمر اذا بلغت؟ قال (ع) لا- ليس لها مع ابيها امر قال و سألته عن البكر اذا بلغت مبلغ النساء ألها مع أبيها امر؟ قال: لا- ليس لها مع ابيها أمر ما لم تكبر(١).

### لا ولاية للاب على الثيب

و صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) لا تستأمر الجاربه اذا كانت بين ابويها ليس مع الاب امر(٢)، و صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال سألته عن البكر اذا بلغت مبلغ النساء ألها مع ابيها امر؟ فقال (ع) ليس لها مع ابيها امر ما لم تتيب(٣) الى غير ذلك من الاخبار التى استقصاها شيخنا الاعظم الى ثلاثه و عشرين روايه داله على استمرار ولايه الاب على البالغه الرشيد الباكه و انها ليس لها مع ابيها امر، و اما ما دل على الثانى و هو استقلال تصرفها هو مصحح الفضلاء الفضيل بن يسار و محمد بن مسلم و زراره و بريد بن

ص: ٢٣٠

- ١- (١) فروع الكافى كتاب النكاح باب استيمار البكر و من يجب عليه استيمارها و من لا يجب عليه حديث ٦ ص ٣٩٣ ج ٥ و فى الوسائل هذه الروايه عن ابن الصلت عن ابى عبد الله فى كتاب النكاح باب ٦ ثبوت الولاية للأب و الجد.
- ٢- (٢) الوسائل كتاب النكاح باب ٤ ان البكر البالغه الرشيدته التى ليس لها اب امرها بيدها.
- ٣- (٣) الوسائل كتاب النكاح باب ٣ انه لا ولاية لاحد من الأخ و لا اب و لا غيرهما على الثيب.



معاويه كلهم عن ابي جعفر (ع) قال المرأه التي ملكت نفسها غير السفيهه و لا- المولى عليها ان تزويجها بغير ولى جائز(١) و صحيحه منصور بن حازم عن ابي عبد الله عليه السلام قال (ع) تستأمر البكر و غيرها و لا تنكح إلا بامرها(٢) و خبر زراره عن ابي جعفر قال اذا كانت المرأه مالكه امرها تبيع و تشتري و تعتق و تشهد و تعطى من مالها ما شاءت فان امرها جائز تزوج ان شاءت بغير اذن وليها و ان لم يكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلا بامر وليها(٣) و خبر عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن ابي عبد الله عليه السلام تزوج المرأه من شاءت اذا كانت مالكه لأمرها(٤) و ما دل على الثالث اعنى التفصيل بين الدوام و الأقطاع فقد حكاه فى الشرائع و التذكرة بصحيحه البزنطى عن الرضا عليه السلام قال البكر لا تتزوج متعه إلا باذن ابيها(٥) ، و صحيحه ابي مريم عن ابي عبد الله (ع) قال العذراء

ص: ٢٣١

- 
- ١- (١) الوسائل كتاب النكاح باب ٢ انه لا ولاية لاحد من اخ او اب ٢ من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد و فى التهذيب باب ٣٢ حديث ١ ج ٧ الطبعه الحديثه.
  - ٢- (٢) الوسائل كتاب النكاح باب ٣ لا ولاية لاحد، من ابواب عقد النكاح.
  - ٣- (٣) التهذيب كتاب النكاح باب ٣٣ حديث ٦ ج ٧ و فى الوسائل كتاب النكاح باب ٩ ان الولاية فى عقد البكر البالغه الرشیده مشتركه بينها و بين ابيها.
  - ٤- (٤) فروع الكافى - كتاب النكاح - باب التزويج بغير ولى، حديث (٣) ج ٥ الطبعه الحديثه.
  - ٥- (٥) الوسائل كتاب النكاح باب (٩) حكم التمتع بالبكر.

التي لها اب لا تتزوج متعه الا باذن ابيها(١)، مع دعوى انصراف ما دل على استقلالها الى خصوص الدائم، و الظاهر هو اختيار الوجه الأول إذ الأخير لم يعرف قائله كما عن جامع المقاصد، على ان دعوى الأنصراف في غير محله، و ما ذكر من الخبرين غير قابل لتخصص ما دل على استقلال الولي لكونهما معارضان بغيرهما كخبر الحلبي قال سألته عن التمتع من البكر اذا كانت بين ابويها بلا إذن ابويها قال (ع) لا بأس ما لم يفتض ما هناك لتعصف بذلك(٢)، و خبر ابي سعيد قال سئل ابو عبد الله عن التمتع من الأبكار اللاتي بين الأبوين فقال لا بأس(٣).

و اما الوجه الثاني فالأخبار الداله عليه غير صالحه لمعارضتها للأخبار الداله على الوجه الأول إذ يمكن حمل قوله (ع) مالكة لأمرها على التثيب، كما انه يمكن حمل روايه مصححه الفضلاء على ان المراد من الولي في قوله تزويجها بغير ولي جائز هو غير الأب كما ان الاستدلال عليه بانه (فَلَا تَعْضُ لُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحَنَّ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ) (٤) فانها تقبل فيما تقيدها بتلك الأخبار على انها في مقام عضل الولي من تزويج المرأة من غير الكفو مع وجوده فانه لا أشكال في سقوط ولايته و جواز استقلالها به من غير فرق بين ان يكون النكاح بمهر المثل و غيره و انما ولايته لا تسقط مع منع الولي من غير الكفو

ص: ٢٣٢

١- (١) الوسائل كتاب النكاح باب (٩) حكم التمتع بالبكر.

٢- (٢) الوسائل كتاب النكاح باب (٩) حكم التمتع بالبكر بغير اذن وليها.

٣- (٣) نفس المصدر حديث (٦).

٤- (٤) سورة البقره آيه ٢٣٢.

للأجماع بقسميه و الاستدلال بذلك على سقوط ولايه الأب اولى من الاستدلال بالآيه الشريفه اذ تحريم العضل لا يدل على ذلك. و اما منعها من التزويج بغير الكفو شرعا فلا يكون عضلا لفساد العقد فلا مورد للولايه عليها و كذا لو منعها عن التزويج بغير الكفو عرفا لاطلاق الكفو فى كلام الأصحاب و كذا لو منعها من التزويج بكفو معين مع وجود كفو آخر فالظاهر عموم ادله الولايه لهذا الفرض و اما لو كان غائبا لا يمكن الاستئذان منه مع حاجتها الى التزويج فالظاهر سقوط اعتبار اذنه لعدم الخلاف فى ذلك كما يظهر من بعض و فى الحدائق فى حكم العضل الغيبه المنقطعه التى يجعل معها المشقه الشديده من اذن الولي، و الظاهر ان ذلك يستفاد من دليل السقوط بالعضل، و اما صحيحه منصور بن حازم(١) فيمكن حملها على غير الولي الشرعى او عليه و قد زوجها من غير الكفو لها مع عضلها بذلك فقد عرفت انه يجوز العقد على نفسها او تحمل هذه الروايه على الأفضل فيما يختص الأب من امر البكر و ما يختص غيره فمحمول على ظاهره من الوجوب و انه لا- يجوز العقد عليها الا بأمرها، و اما مرسله سعدان بن مسلم عن رجل عن ابي عبد الله (ع) لا بأس بتزويج البكر اذا رضيت من غير اذن ابويها(٢) فمحمول على من عضلها ابوها و لم يزوجها بكفئها فيجوز لها العقد على نفسها، على ان هذه المرسله الضعيفه غير قابله لمقاومه تلك الأخبار الداله على استقلال الأب فى تزويج ابنته الباكره البالغه المؤيده بمثل

ص: ٢٣٣

١- (١) التهذيب باب ٣٢ عقد المرأة على نفسها النكاح حديث ١ ص ٣٨٠ ج ٧ الطبعه الحديثه.

٢- (٢) التهذيب كتاب النكاح باب ٣٢ عقد المرأة على نفسها النكاح حديث ١٤.

صحيحه علاء بن رزين عن ابي عبد الله (ع) قال لا تتزوج ذوات الآباء من الأبكار الا بأذن آبائهن (١)، و صحيحه ابن ابي يعفور و خبر ابي مريم عن ابي عبد الله (ع) الجارية البكر التي لها اب لا تتزوج إلا بأذن ابيها (٢) نعم ربما يقال بانه يعارض ما ذكرنا من الروايات روايه زراره بن اعين قال سمعت ابا جعفر (ع) يقول لا ينقض النكاح إلا الأب (٣)، و هكذا روايه محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) قال لا ينقض النكاح إلا الأب (٤) فان الاستفادة من النقض هو صحه عقد المرأة مستقلة إلا ان الأب له حق الفسخ، فان فسخ العقد انفسخ و إلا على صحته و ذلك ينافي قوله ليس مع ابيها امر إذ ظاهره عدم صحه عقدها و لأجل ذلك بنى على اعتبار اذن الولي و اذن البنت لكونه جمعا بين الدليلين، و يؤيد ذلك روايه احمد بن محمد بن عيسى عن ابن فضال عن صفوان قال استشار عبد الرحمن موسى بن جعفر (ع) في تزويج ابنته لابن اخيه فقال افعل و يكون ذلك برضاها فان لها في نفسها نصيبا

ص: ٢٣٤

- 
- ١- (١) التهذيب باب ٣٢ عقد المرأة على نفسها النكاح ح ٧ - ج ٧ و في فروع الكافي كتاب النكاح باب (استيثار البكر و من يجب عليه استيثارها و من لا يجب عليه) ح ١ - ج ٥ الطبعه الحديثه.
  - ٢- (٢) الوسائل كتاب النكاح باب ٤ - ان البكر البالغه الرشيده التي ليس لها اب امرها بيدها - من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد.
  - ٣- (٣) فروع الكافي كتاب النكاح - باب (التزويج بغير الولي) ح ٨ - ص ٣٩٢ ج ٥ الطبعه الحديثه و في الوسائل كتاب النكاح باب ٤ من ابواب (عقد النكاح و اولياء العقد).
  - ٤- (٤) التهذيب كتاب النكاح باب (عقد المرأة على نفسها النكاح) ح ٩ - ج ٧.

قال فاستشار خالد بن داود موسى بن جعفر (ع) في تزويج ابنته على ابن جعفر فقال افعل و يكون ذلك برضاها فان لها في نفسها حظاً (١)، إلا ان هذا الجمع يوجب طرح الأدله الداله على استقلال الأب من دون احتياج ذلك الى اذن من البنت، فلذا بعضهم حمل الطائفه الداله على استقلال الأب على الاستحباب اى يستحب للبكر ايكال امرها الى الأب بل جعل ذلك اولى من تقييد المطلق لكون التقييد مستلزماً لطرح اخبار كثيره كمرسله سعدان و خير ابن عباس و الأخبار الوارده في جواز التمتع بالبكر بدون اذن ابيها يوجب اولويه الجمع بحمل المقيد على الأستحباب

### لا يجوز التمتع بالبكر بدون إذن أبيها

الا- انك قد عرفت ان اخبار التمتع بالبكر متعارضه و اما خبر سعدان غير صالح للحجيه و لا للترجيح على ان فى المسالك و كشف اللثام و الجواهر وليها عوض ابيها فيكون مفاده استقلالها مقيده بغير الاب و على كل المسأله مشكله فلذا الاحوط الأستئذان منهما، فلو تزوجت من دون اذن الاب او زوجها الاب من دون اذنها فيجب احتياطاً، اما باجازه الآخر أو الفراق بالطلاق هذا فيما إذا لم تذهب بكارتها، و اما إذا ذهبت بكارتها فتاره تكون بغير الوطىء من وثبه و نحوها، و اخرى كانت بنحو الزنا أو الشبهه، اما إذا كانت بنحو الوثبه فحكمها حكم البكر كما فى الجواهر و المسالك و غيرهما لعدم شمول النصوص الداله على استثناء الثيب لعدم صدق الثيبوبه على مثل ذلك و اما إذا كان بنحو الزنا او الشبهه فقد يقال بالحاقها بالبكر كما فى العروه (و لا يبعد اللاحق بدعوى ان المتبادر من البكر من لم تتزوج) بناء على ان المستفاد من النصوص هو التزويج لا على الثيبوبه بالتزويج

ص: ٢٣٥

١- (١) التهذيب كتاب النكاح - باب ٣٢ (عقد المرأه على نفسها النكاح) حديث ١ ج ٧ ص ٣٢٩.

إلا ان ذلك محل نظر إذ المستفاد منها هو الشيوبه بالتزويج خلافا للشيخ في الجواهر فألحق ذلك بالثيب اخذا بأطلاق الادله، و ما يظهر من بعض النصوص التقييد محمول على الغالب، أللهم إلا ان يقال بان اطلاق - و ما لم يثيب - يشمل ما كان حاصله بالوثبه، و الانصاف ان ذلك منصرف الى ما كان بالوطىء على انه لم يعرف له قائل، فالمستفاد من النصوص هو ما كان بوطىء الزوج فلو تزوجت و مات عنها او طلقها قبل ان يدخل بها فالظاهر الحاقها بحكم البكر و حملها على الغالب اخذا بأطلاق ما لم تثيب لتشمل وطىء الشبهه و الزنا محل نظر. ثم انه لا ولاية للجد على البكر البالغه الرشيداه لما يستفاد من ادله استقلالها مع عدم الاب.

الخامسه: لا ولاية لاب الكافر على ولده المسلم اجماعا كما فى الجواهر و الحدائق و قد استدل عليه بقول (ص) «الاسلام يعلو و لا يعلى عليه» (١) و قوله تعالى: «وَ الْمُؤْمِنُونَ وَ الْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ» (٢) و الاستدلال بذلك محل نظر إذ العلو فى النبوى يقصد منه الظهور كما فى قوله تعالى: «لِيُظْهِرَهُ عَلَى الدِّينِ كُلِّهِ» (٣) كما ان فى الآيه المذكوره يراد به غير ذلك لظهورها فى ثبوت الولايه من الطرفين فتشمل الكبير و الصغير كما فى قوله تعالى: «وَ الَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ» (٤) نعم استدل بقوله تعالى: «وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى

ص: ٢٣٦

١- (١) الفقيه باب ١٧١ ميراث اهل الملل ح ٣ ج ٤ ص ٢٤٣.

٢- (٢) سوره التوبه آيه ٧١.

٣- (٣) سوره التوبه آيه ٣٣.

٤- (٤) سوره الأنفال آيه ٧٣.

الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (١) إذ ثبوت ولاية الكافر على المسلمين سبيل، فهذه الآية دلت على نفي السبيل، والاشكال عليها بان هذه الآية لم تكن فى مقام الجعل التشريعى و انما هى فى مقام الجعل التكوينى المتعلق بامور الآخره بقرينه سياق ما قبلها و الله يحكم بينكم يوم القيامة فلا تكون الآية داله على الجعل التشريعى حتى يكون المقام من مصاديقها، و عليه يكون معنى السبيل فيها هى الحججه يوم القيامة بمعنى انه لا- حجه للكافرين على المؤمنين يوم القيامة كما عن وكيع عن أمير المؤمنين على بن ابي طالب (ع) قال رجل يا امير المؤمنين ارأيت قول الله و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا و هم يقاتلوننا فيظهرون و يقتلون قال له على (ع) ادنه ادنه ثم قال (ع) فالله يحكم بينهم يوم القيامة(٢) و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا يوم القيامة(٣) و لكن لا يخفى ان تفسير الامام عليه السلام فى بعض المصاديق لا ينافى عموم المراد و لا يوجب الخروج عن مفهوم اللفظ فيكون المراد نفي علو الكافر على المؤمن مطلقا سواء كان بالحجه يوم القيامة او الغلبه فى عالم التشريع.

و بالجمله المستفاد من هذه الآية ان الله لم يجعل فى مقام التشريع الاسلامى حكما يكون من ناحيته سبيلا و علوا للكافر على المسلم بل يستفاد من بعض الاخبار كمثل قوله (ص) و الكفار بمنزله الموتى لا يحجبون و لا يرثون(٤) ، هو عدم الاعتناء بشأن الكفار و تنزيلهم منزله الاموات، و حينئذ تكون هذه القاعده حاكمه على العمومات الاولى كما

ص: ٢٣٧

١- (١) سورة النساء آيه ١٤١.

٢- (٢) سورة البقره آيه ١١٣.

٣- (٣) تفسير الطبرى.

٤- (٤) الفقيه باب ١٧١ ميراث اهل الممل ح ٣ ج ٤ ص ٢٤٣.

هو كذلك بالنسبه الى مثل آيه (يُوصِيَكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ) (١) فانها كما ترى تشمل المسلم و الكافر إلا ان هذه القاعده تكون حاكمه عليها فتخصص بالوارث المسلم، كما انه لا يجعل الكافر قيما على صغار المسلمين و سفهائهم و مجانيينهم بل لو كان للميت المسلم أولاد كفار فليس لهم الولايه على تجهيزه و دفنه و كفنه، كما انه لا يجعل متوليا على الوقف الراجع للمسلمين كالمدارس الدينيه الموقوفه على طلاب العلوم الدينيه و مستشفى الموقوف على مرضى المسلمين إذ من المعلوم جعل الكافر متوليا على المدارس الدينيه و المستشفى الموقوف على مرضى المسلمين يؤدي ذلك الى ان يكون له السبيل على المسلمين و هو منفي بهذه الآيه الشريفه، و الظاهر ان المراد من عدم الجواز فى المقام هو عدم الصحه الذى هو حكم وضعى لا الحرمة التى هى حكم تكليفى، كما انه ليس له اخذ الشفعه فيما إذا كان المشتري مسلما و ان كان البائع كافرا للزوم ان يكون للكافر حق انتزاع ملكه الى المشتري المسلم من يده قهرا و معلوم ان هذا يجعل يكون سيلا و هو منفي بهذه الآيه، كما ان نكاح الكافر يبطل باسلام زوجته ان لم يسلم الزوج الكافر، لان بقاء الزوجيه مع كفر الزوج يكون له عليها سبيل لان (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ) (٢) و هو منفي بهذه الآيه كما ان الكافر ليس له حق القصاص من المسلم مثلا لو قتل مسلما عمدا و كان للمسلم المقتول ولد كافر مطلقا اى سواء أكان وحده ام معه اولاد مسلمون فاذا كان غيره وارث فيختص ذلك الوارث المسلم بحق القصاص و ان لم يكن له وارث آخر و كان وحده يسقط حق القصاص بالمره و يرجع امره الى الحاكم كما انه ليس للكافر

ص: ٢٣٨

١- (١) سورة النساء آيه ١١.

٢- (٢) سورة النساء آيه ٣٤.



ولايه على تملكه للمسلم من غير فرق بين انحاء التملك سواء كان بنحو الشراء ام كان بنحو الصلح او الهبه او بأى ناقل شرعى لما هو معلوم ان جواز انتقال العبد المسلم الى الكافر من اوضح مصاديق هذه الآيه الشريفه إذ يكون ذلك سيلا اى سيلا اعظم من كون المسلم عبدا مملوكا على الكافر لا يقدر على شىء و هو كل على مولاة بل يعد سيلا لو تملكه بالملك القهرى، كما اذا كان المورث ايضا كافرا أو اسلم فى ملك الكافر فانه مجبر على البيع و لا يقر يده عليه كما هو صريح ما قاله امير المؤمنين (ع) فى عبد كافر اسلم و هو فى ملك مولاة الكافر فى المرسل عن حماد بن عيسى عن ابى عبد الله (ع) ان امير المؤمنين (ع) اوتى بعبد ذمى قد اسلم فقال (ع) اذهبوا فيبعوه من المسلمين و ادفعوا ثمنه الى صاحبه و لا تقروه عنده(1). و دعوى الشيخ الأنصارى ان هذه القاعده تعارض بعموم ادله صحه البيع و وجوب الوفاء بالعقود و حل اكل المال بالتجاره عن تراض، و عموم الناس مسلطون على اموالهم مدفوعه بحكومته هذه القاعده على تلك العمومات الأوليه و اطلاقاتها كما هو مفاد قوله (ص) (الكفار بمنزله الموتى) فيكون مثل هذا الحديث يخرج الكفار عن تلك العمومات و الاطلاقات تخرج خروجا تعديدا إلا انك قد عرفت ان السبيل ليس بمعنى نفس الملكيه بل المراد هى الملكيه المستقره فلا ينافى ان الكافر ان يملك ملكيه غير مستقره و لذا يرجع اليه ثمنه عوض ملكه.

و حاصل الكلام ان المناط فى هذه القاعده هو حصول العلو و السبيل على المسلم، و الظاهر انها لا تحصل بنفس الملكيه فقط و انما تحصل بالملكيه المستقره للكافر. و منه يظهر ان اجاره المسلم للكافر لا يعد

ص: ٢٣٩

---

١- (١) مكاسب الشيخ فى البيع فى مسأله عدم صحه نقل العبد المسلم الى الكافر.

علوا و سبيلا للكافر على المسلم مطلقا بل يحتاج الى النظر فى موارد الايجارات بان كان يحصل من عليه من ناحيه هذه الاجاره ام لا يحصل ذلك، فان كان الأول فلا تجوز الاجاره، و ان كان الثانى فتجوز تلك الاجاره من غير فرق بين ان يكون الأجير حرا أو عبدا او بين كون الاجاره على ما فى الذمه او تكون على العمل الخارجى، و هكذا حال الاعاره ففى مورد تكون الاعاره ذلا و هوانا فلا- تجوز و الا- فتجوز، و اما الارتهان فقد قيل بعدم الجواز مطلقا كما عن الايضاح و القواعد و قيل الجواز مطلقا و قيل بالتفصيل بين ان يكون العبد المسلم المرهون عند مسلم حسب رضاء الطرفين و بين ان يكون تحت يد الكافر فيجوز فى الأول دون الثانى، و الظاهر هو ما قلنا بان كون يد الكافر مثل الرهن لا يعد هوانا و ذلا فلذا لا بأس بالارتهان لعدم كون تسلطه على حفظه يعد علوا و سبيلا عليه، و اما وقف العبد المسلم على الكافر فقد قيل بالمنع مطلقا و الجواز مطلقا، و الظاهر عدم الجواز ان قلنا ان العين الموقوفه ملكا للموقوف عليهم لما عرفت ان نفس المسلم يكون على هذا التقدير ملكا للكافر و قد عرفت انه اى علو اعظم من كونه مالكا و المسلم مملوكا له، و اما لو قلنا بعدم كون الموقوفه ملكا للموقوف عليهم فلا بأس به كالقول بارتهان العبد المسلم له كما انه لا مانع من وقف عبده المسلم على تعليم اقاربه الكفار او معالجه مرضاهم. نعم وقفه على خدمتهم بان يكون خادما او خادمه فى بيتهم محل منع.

السادسه: لو زوج ولى المرأه شرعا و كان فى المرأه عيب سترته و لم تخبر به الولى يجوز للزوج الرجوع الى وليها بالمهر لروايه رفاعه ابن موسى قال سألت ابا عبد الله (ع) المحدود و المحدوده هل ترد من النكاح؟ قال (ع) لا، قال رفاعه و سألته عن البرصاء فقال قضى

امير المؤمنين (ع) في امرأه زوجها وليها و هي برصاء ان لها المهر بما استحلت من فرجها و أن المهر على الذى زوجها، و انما صار المهر عليه لأنه دلستها(١)، و عن ابى عبيده عن ابى جعفر (ع) قال فى رجل تزوج امرأه من وليها فوجد بها عيبا بعد ما دخل بها فقال إذا دلست العفلاء و البرصاء و المجنونه و المفصاه و من كان بها زمانه ظاهره فانها ترد على اهلها من غير طلاق و يأخذ الزوج المهر من وليها الذى كان دلستها(٢)، و يستفاد من بعض الأخبار انه كذلك لو دلس غير الولى فانه يرجع اليه فيما دلس

### قاعده الغرور

كما ورد فى خبر رفاعه بن موسى عن ابى عبد الله (ع) فى رجل ولته امرأه امرها او ذات قرابه او جار لها لا يعرف دخيله امرها فوجدها قد دلست عيبا هو بها قال يأخذ المهر منها و لا يكون على الذى زوجها مهر(٣) و عليه يستفاد من هذه الأخبار رجوع المغرور الى الغار فى مقدار الضرر الذى اوقعه منه بواسطه تغريره له، و يستفاد ذلك من تعليق الامام (ع) فى خبر رفاعه بانه دلستها بجعل المهر على الذى زوجها فجعل عليه السلام مناط الرجوع و علتة هو خدع الزوج بتدليسه اياها و إراءتها على خلاف الواقع، و مقتضى عموم التعليق هو رجوع كل من خدع و تضرر الى الذى خدعه و ذلك العموم هو قاعده الغرور اى رجوع المغرور الى الغار الا إن استفاده هذه القاعده اى المغرور

ص: ٢٤١

- ١- (١) فروع الكافى باب المدلسه فى النكاح و ما ترد منه المرأه حديث ٩ ص ٤٠٧ الطبعة الحديثه و فى التهذيب كتاب النكاح باب ٣٨ ص ٤٢٤ حديث ٨ ج ٧.
- ٢- (٢) نفس المصدر (فروع الكافى) كتاب النكاح باب المدلسه فى النكاح حديث ١٤ ص ٤٠٨.
- ٣- (٣) التهذيب باب ٣٨ حديث ٨ ص ٤٢٥.

يرجع الى الغار من هذه الروايات محل نظر، إذ انها لا تدل على الرجوع على الغار و لو كان جاهلا بذلك العيب مع ان مفاد تلك القاعده هي العموم اى عدم الفرقة بين ان يكون الغار جاهلا بترتب الضرر على الفعل الذى يفعله المغرور اولاً، فتكون مفاد هذه الروايات اخص من تلك القاعده فلا تكون مدركا لها، و حيث انتهى الكلام بنا الى قاعده الغرور فلا بأس بالتعرض الى هذه القاعده على نحو الاقتصار استطرادا فنقول:

### مدرک قاعده الغرور

مدرک هذه القاعده هو النبوى المشهور بين الفريقين و هو المغرور يرجع الى من غره كما يظهر ذلك من صاحب الجواهر حيث ذكر قدس سره فى كتاب الغصب (بل لعل قوله المغرور الى من غره)، و قد ذكر الفقهاء فى كتبهم هذه القاعده ارسال المسلمات على انه يمكن دعوى بناء العقلاء على ذلك فان بناءهم فى معاملاتهم و سائر اعمالهم إذا تضرروا بواسطه تغير الغير لهم يرجعون فى تضرره الى من غرههم و يأخذون منه ما تضرروا به بنحو يكون ذلك سببا لوقوع المغرور فيه من دون استنكار من سائر العقلاء، و يكفى فى مقام الامضاء لهذا البناء عدم الردع من الشارع إذ رجوع المغرور الى الغار بمقدار الضرر الذى اوقعه الغار فيه مما لا خلاف بين الفقهاء. نعم وقع الخلاف فيما اذا كان الغار جاهلا كما لو اصدق المرأه بمهر كثير بناء منه على انها جميله و لها ثروه كثيره مع انها ليست كذلك فأعتر المغرور بمدحه لها فبذل المهر الكثير للطمع فى مالها و جمالها فظهر انها ليست كذلك فهل يكون هذا المورد يصدق عليه الغار الذى اوقعه فى هذه الخساره ام لا؟ الا ان هذا الخلاف لا يوجب تشكيكا فى اصل الكبرى فان القاعده المذكوره مما اجمع عليها إلا ان التطبيق على بعض الموارد محل اشكال، و عليه

تكون قاعده الغرور قاعده مستقلة مستفاده من بناء العقلاء و تسالم الأصحاب عليها. و دعوى انها ليست قاعده مستقلة و انما هي فرع قاعده الاتلاف بمعنى ان الغار اتلف ذلك المقدار الذى خسر المغرور و ضرره من جهه كونه سببا لوقوع المغرور فى هذه الخساره فيكون من باب ان السبب اقوى من المباشر، إذ المباشر جاهل قد خدع و غرر فهو بمنزله آله لتلف ذلك المقدار فتكون هذه القاعده من صغريات قاعده التلف فالدليل الدال على تلك القاعده دليل على هذه القاعده ممنوعه، لعدم كون الغار سببا لكى يقال ان السبب اقوى من المباشر فان ذلك انما يكون لو كان تغيره عله تامه لوقوع المغرور فى هذا الضرر او يكون كالجاء الاخير من العله التامه مع ان الضار ليس من ذاك القبيل لعدم كون الضار عله و لا جزء عله و انما اراده نفس المغرور هو الموجب للوقوع فى تغير الضار و انما الضار يعد معدا للوقوع كغيره من المعدات فلا معنى لجعله سببا لكى يقال أن السبب اقوى من المباشر على أن كون السبب اقوى من المباشر هو فيما لا يكون بين الفعل و السبب توسط اراده و اختيار و إلا فالفعل مستند الى الفاعل المختار، و بذلك قلنا الثواب و العقاب على الفعل لا على الذى غرره و اغواه. و بالجمله قاعده الغرور قاعده مسلمه و غير داخله تحت قاعده التلف و قد عمل بها الفقهاء فى اغلب ابواب الفقه خصوصا فى ابواب المعاملات و المعاوضات كمسأله بيع الفضولى فان المشتري إذا لم يعلم ان ما اشتراه مال لغير بايعه ثم تبين له أنه مال الغير فالمالك الاصيل أخذ العين من يده و غرمه أيضا بأخذ اجره سكنى الدار سنينا متعدده و قد يتفق فى بعض الصور ذهاب العين مع الثمن الذى بذله للبايع الفضولى لهذه الدار مثلا فللمشتري الرجوع الى البايع الفضولى الذى غره بمقدار خسارته

فى هذه المعامله إذا لم يكن للمشتري مقابل هذه الخساره و منها رجوع المحكوم عليه الى شاهد الزور بالخساره التى وردت عليه من جهه تغريره للحاكم على الحكم، فلو رجع عن شهادته و كذب نفسه يرجع اليه المحكوم عليه بما خسرت ان لم يكن المال المأخوذ منه قائما بعينه، و منها لو قدم الغاصب مال المالك الاصلى اليه لكن بعنوان انه مال الغاصب لا بعنوان انه مال المالك الاصلى بان يكون الغاصب خدع المالك الاصلى و اطعمه مال نفسه و لكن بعنوان انه ضيف مع فرض ان المالك الاصلى جاهلا بانه هذا الذى يأكله مال نفسه فللمالك الرجوع الى الغاصب مع انه اكل مال نفسه، و من هنا قلنا بالفرق بين هذا الفرع و بين ما يأخذ المالك من الغاصب مباشره مال نفسه من دون علمه بانه له و اكله فانه لا يكون من باب التغرير و لو اشتركت المسألتان من ان المالك الاصلى أكل مال نفسه لانطباق قاعده الغرور فى الأولى دون الثانية و اما لو لم يعلم المشتري بما قدمه البايع من الطعام فاكله فليس ذلك من باب التغرير لعدم انطباق قاعده التغرير.

ثم انه ربما قيل بان منها لو زوجت الأم ابنا الكامل و ادعت الوكاله عنه و انكر غرمت للزوجه المهر بكامله لتغريها بدعوى الوكاله و دعوى انها تغرم نصف المهر لكون الفرقه قبل الدخول محل منع إذ التنصيف فى الطلاق لا مطلقا مضافا الى روايه محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) انه سئل عن رجل زوجته امه و هو غائب قال النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل و ان شاء ترك فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لامه(1) بل قيل انها تغرم الام المهر و ان لم تدعى الوكاله بظاهر هذه الروايه، و الظاهر ان البضع انما يضمن بالاستيفاء على بعض الوجوه و العقد لم يثبت التزويج فعليه لا ضمان بدعوى التوكيل مطلقا

ص: ٢٤٤

---

١- (١) التهذيب كتاب النكاح باب ٣٢ عقد المرأه على نفسها النكاح حديث ٤٥ ج ٧ الطبعة الحديثه.

اي لا نصف المهر و لا تمامه نعم يغرم الوكيل لو ضمن ذلك و عليه تحمل الروايه فان حملها على ذلك اولى من حملها على ما لم تدعى الوكاله و حيث لم يحصل فى مفروض المسأله استيفاء البضع فلا- تدخل تحت قاعده الغرور لعدم تحقق موضوع الزواج، كما ان الوكيل لا يضمن الا مع الضمان، فالموجب ضمانه هو التزامه بالضمان كما هو قضيه حمل الروايه، فلذا لا مانع من تعدى الحكم اى عدم ثبوت شىء على الوكيل إلا مع الضمان الى غير الام. ثم لا يخفى ان الام لما لم يكن لها ولايه يكون العقد الصادر منها مع عدم ثبوت توكيلها حال غيرها من كون العقد الصادر منها فضوليا، و المراد بالفضولى هو العقد الصادر من غير الولى و الوكيل سواء كان قريبا كالأخ و العم و الخال و غيرهم او اجنبيا او الصادر من العبد او الامه لنفسه بغير اذن الولى او الصادر من الولى او الوكيل على غير الوجه المأذون فيه من الله او من الموكل و صحه العقد الفضولى تتوقف على تحقق الاجازه على المشهور شهره عظيمه بين القدماء و المتأخرين و من انكر الفضولى فى غير النكاح اثبتته فيه بل فى الناصريات الاجماع عليه قال سألت ابا عبد الله (ع) عن الأمه تتزوج بغير اذن اهلها قال: يحرم ذلك عليها و هو الزنا(1)، و عن فضل بن عبد الملك قال سألت ابا عبد الله (ع) عن الأمه تتزوج بغير اذن مواليتها قال (ع) يحرم ذلك عليها و هو الزنا(2)، لظهور السؤال فى هذين الخبرين فى صحه العقد بدون الأذن و الاجازه فلا تشمل صورته وقوع الاجازه و الظاهر انه لا يعتبر فى الاجازه الفوريه، بروايه محمد بن قيس الوارده فى البيع عن ابي جعفر محمد الباقر (ع) قال قضى

ص: ٢٤٥

---

١- (٢١) فروع الكافى كتاب النكاح (باب المملوك تتزوج بغير اذن مواليتها) ح ٢١-٢٢ ص ٤٧٩ الطبعه الحديثه.

امير المؤمنين (ع) في وليده باعها ابن سيدها و ابوه غائب فاستولدها الذي اشتراها منه فولدت منه غلاما فجاء سيدها الاول فخاصم سيدها الآخر فقال وليده باعها ابني بغير اذني فقال عليه السلام الحكم ان يأخذ وليدته و ابنها فناشده الذي اشتراها فقال له خذ ابنه الذي باعك الوليده حتى ينفذ لك البيع فلما أخذه قال له ابوه ارسل ابني قال لا و الله لا ارسل اليك ابني حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيد الوليده اجاز بيع ابنه(١) فان هذه الروايه و ان كانت في خصوص البيع الا- انه نعلم بعدم خصوصيته فيتعدى منه الى المقام لعدم القول بالفصل، هذا إذا لم يتضرر من تأخير الاجازة و اما لو حصل الضرر من تأخير الاجازة على الطرف الآخر فيمكن دعوى رفعه بقاعده نفى الضرر لتشريع الفسخ فيه بناء على صلاحية القاعده المذكوره بذلك و سيأتي بيان قاعده لا ضرر ان شاء الله تعالى.

السابعه: في تزويج الصغيرين فان زوجهما الأب او الجد للأب فالتزويج ماض و ليس لكل واحد منهما الخيار بالفسخ عند بلوغهما فلو مات احدهما يرثه الآخر لكون التزويج صدر من الولى الشرعى الاجبارى فيترتب عليه جميع الآثار الشرعيه، و اما لو زوجهما غير الاب و الجد للأب فهو من الفضولى و عند البلوغ لكل منهما الاجازة. فبناء على كون الاجازة كاشفه يصح العقد من حينه و تترتب عليه الآثار من حين وجوده فلو مات احدهما بعد اجازته قبل بلوغ الآخر عزل من تركته نصيب الآخر كما يعزل للحمل فان بلغ و اجاز حلف انه لم يجز لرغبه فى الميراث و لو مات الذى لم يجز قبل البلوغ او بعده قبل الاجازة بطل العقد

ص: ٢٤٦

---

١- (١) التهذيب كتاب التجارات باب ٦ ابتياع الحيوان ح ٣٣ ص ٧٥ ج ٧ الطبعه الحديثه و فى الفقيهه باب ٦٩ فى البيوع ح ٥٦ ج ٣.



لعدم تحققه فلا ميراث ولا مهر ولا غيرهما مما يترتب على الزوجيه.

ولا يخفى ان هذه الاحكام لا تترتب على مقتضى القاعده إذ الكشف فى العقود خلاف المختار، ولو صححناه فلا حاجه الى اليمين وكيف تصح الاجازه مع موت الآ-خر. وهل هو إلا- كموت الموجب قبل قبول القابل، فالعمده فى المقام الاخبار المستفيضه كروايه الحسن ابن محبوب عن على بن رئاب عن ابى عبيده قال: سألت أبا جعفر (ع) عن غلام و جاريه زوجهما وليان لهما و هما غير مدركين قال فقال:

(النكاح جائز ايهما ادرك كان له الخيار، فان ماتا قبل ان يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر إلا ان يكونا قد ادركا و رضيا) قلت فان ادرك احدهما قبل الآ-خر قال (يجوز ذلك عليه ان هو رضى) قلت فان كان الرجل الذى ادرك قبل الجاريه و رضى بالنكاح ثم مات قبل ان تدرك الجاريه أثرته؟ قال: (نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك و تحلف بالله ما دعاها الى اخذ الميراث إلا- رضاها بالتزويج ثم يدفع اليها الميراث و نصف المهر) قلت: فان ماتت الجاريه و لم تكن أدركت أيرثها الزوج المدرك؟ قال: (لا لان لها الخيار اذا ادركت) قلت: «فان كان ابوها هو الذى زوجها قبل ان تدرك». قال: «يجوز عليها تزويج الاب و يجوز على الغلام و المهر على الاب للجاريه»<sup>(1)</sup> بعد حمل الوليين فى صدر الخبر على الوليين العرفيين كالاخ و العم، و يظهر ذلك من ذيل الخبر.

### عقد الزواج الفضولى

نعم وقع الاشكال ما لو عقد احد الوليين مع الطرف الآخر الفضولى و مات من عقد له الولى اولا قبل بلوغ الآخر فهل يكون مثل الصغيرين الذين عقد لهما الفضوليان بالنسبه الى ارث الآخر مع اجازه

ص: ٢٤٧

---

١- (١) الوسائل كتاب الميراث باب ٨ حكم ميراث الصغيرين اذا زوجهما وليان او غيرهما.

الآخر و يمينه ام لا؟ وجهان من أن المسألة على خلاف القاعدة فيقتصر فيها على مورد النص. و من الاولويه القطعيه الموجهه لاثبات الحكم فيما لو كان احد الزوجين عقد له الولي الشرعي الاجبارى فانه اولى من عقد الفضوليين كما هو كذلك بالنسبه الى ما لو كانا بالغين و اوقع احدهما العقد لنفسه و الآخر اوقعه فضولا- أو كان احدهما بالغاً و الآخر الولي عقد للصغير. و الانصاف ان الحكم فى امثال هذه المسائل الخارجه عن مورد النص ان استفيد منها المناط و الملاك الموجب للقطع فيحكم به و إلا فهو من القياس الممنوع شرعا قال الشيخ (قدس سره) فى الجواهر فى النكاح ما حاصله اذ الجميع كما ترى غير خارج عن القياس الممنوع ما لم يصل الى حد القطع باولويه الحكم او مساواته.

هذا بالنسبه الى ولايه الأب و الجد، و اما الوصى من قبلهما فقد تقدم الكلام فيه على التفصيل.

### ولايه الحاكم الشرعى

الامر الثانى ولايه الحاكم الشرعى اى الفقيه الجامع للشرائط و الظاهر انه ليس له الولايه الثابته للنبي (ص) و الأئمه (ع) من انهم اولى بالمؤمنين من انفسهم و هذه هى المرتبه العليا الولايه غير القابله لاعطائها للغير و لا- يمكن للغير التقمص بها إذ هى من مختصاتهم اختصهم الله تعالى بذلك و ما عدى هذه مرتبتان يقبلان للتفويض و الجعل احدهما يرجع الى الامور التى ينتظم بها البلاد و امور العباد كسد الثغور و الجهاد مع الاعداء و اقامه الحدود و حفظ البلاد و امثال ذلك مما هو وظيفه الامراء و الولاة. و ثانيهما ما يرجع الى القضاء و الأفتاء و كان فى السابق يعين لكل مرتبه شخص فيبعث الى البلاد الاسلاميه و ربما يوجد شخص فيه الكفاءه فيبعث ليقوم بالمرتبتين فيكون بيده الحل و العقد لكون امر البلاد و امور العباد بيده. إذا عرفت ذلك فاعلم ان الاخبار

الوارده بالنسبه الى الفقيه الجامع للشرائط هل يستفاد منها ثبوت الولاية بالمرتبه الاولى و الثانيه فينزل منزله الشخص الذى يقوم بالوظيفتين ام خصوص المرتبه الثانيه ام لا- يستفاد من ذلك و انما هو وظيفته بيان الافتاء فقط، لا يبعد القول بثبوت الولاية بالمرتبه الثانيه لما يستفاد من التوقيع الوارد، و اما الحوادث الواقعه فارجعوا فيها الى رواه حديثنا فانهم حجتي و انا حجه الله عليهم (١)، و قوله مجارى الامور بيد العلماء (٢) و فى مقبوله ابن حنظله قد جعلته عليكم حاكما (٣).

و فى مشهوره ابى خديجه. جعلته عليكم قاضيا ٤ الى غير ذلك من الاخبار الوارده فى فضل العلماء، مثل العلماء ورثه الأنبياء (٤)، أو علماء امتى كانبياى بنى اسرائيل او كمنزله الأنبياء فى بنى اسرائيل (٥) و اما استفاده المرتبه الأولى من هذه الروايات محل اشكال بل ربما منع

ص: ٢٤٩

- 
- ١- (١) الوسائل كتاب القضاء باب وجوب الرجوع فى القضاء و الفتوى الى رواه الاحاديث و فى مكاسب الشيخ الانصارى فى ولايه الفقيه.
  - ٢- (٢) عن كتاب تحف العقول و فى مكاسب الشيخ الانصارى فى ولايه الفقيه.
  - ٣- (٣) التهذيب باب ٨٧ من اليه الحكم حديث ٦ ص ٢١٨ ج ٦ و فى فروع الكافى باب كراهه الارتفاع الى قضاء الجور حديث ٤ و ٥ ج ٧ ص ٤١٢.
  - ٤- (٤) الوسائل كتاب القضاء باب وجوب العمل باحاديث النبى (ص) و الأئمه (ع) فى الكتب الاربعه.
  - ٥- (٥) المكاسب فى ولايه الفقيه ما نصه و فى المرسله المرويه فى الفقه الرضوى ان منزله الفقيه فى هذا الوقت كمنزله الانبياء فى بنى اسرائيل.

استفاده المرتبه الثانيه منها بمنع دلاله التوقيع.

فان المراد بالعلماء هم الأئمه لقوله فيه العلماء بالله. و مثل الأنبياء فى تبليغ الأحكام و كل تلك الروايات تدل على حجيه فتوى الفقيه و انه يجب اتباعه فليست بصدد اثبات ولايته، و اما القضاء و فصل الخصومات و حبس الغريم و امثال ذلك فثبوتها للفقيه الجامع للشرائط من باب الامر بالمعروف و النهى عن المنكر، بل ربما يقال بعدم اختصاصه بالفقيه لكونه من المعروف و محبوب اقامته و ايجاده فلو لم يكن فقيه يقوم به عدول المسلمين (١) هذا و الانصاف ان الناظر فى اخبار

ص: ٢٥٠





الباب و التوقيع و المقبوله و المشهوره يجد انها مختلفه المضامين فبالنسبه الى ما عدا المقبوله يستفاد جعل الولاية للحاكم الشرعى بالنسبه الى المرتبه الثانيه دون الاولى و لا يستفاد منها غير جعل الولاية فى القضاء و الافتاء التى هى المرتبه الثانيه، و اما المقبوله فيمكن ان يستفاد منها المرتبه الاولى و الثانيه لقوله جعلته حاكما فتكون ناظره الى تنزيل الفقيه الجامع للشرائط منزله من يبعث الى البلاد الاسلاميه ليقوم بوظيفه كونه اميرا و قاضيا، بخلاف ما يستفاد من المشهوره التى فيها جعلته قاضيا، الناظره الى خصوص المرتبه الثانيه و لاجل ذلك قيل بوقوع المعارضه بين المقبوله و المشهوره و ان كانتا مثبتتين الا ان الجعل بالنسبه الى المرتبه الأولى و الثانيه المستفاد من المقبوله ينافى الجعل فى خصوص المرتبه الثانيه المستفاده من المشهوره، فان الجعل فيها لا موقع له بعد الجعل فى المقبوله. كما ان الجعل فى المشهوره ينافى الجعل فى المقبوله، و لكن لا يخفى ان المقبوله و ان كان فيها لفظ الحاكم و له اشعار باراده المرتبتين الا انه لم يبلغ بنحو الدلاله على المرتبه العليا فى الولاية التى منها ما يرجع اليه امر البلاد مثل سد الثغور و امثال ذلك بل المراد منه القضاء اى جعلته يفصل الخصومات و حكمه يكون نافذا

و بذلك يرتفع التعارض بين المقبوله و المشهوره(١). و الذى ارى استفاده المرتبه الثانيه من اخبار الباب ليس ببعيد، و اما استفاده المرتبه الأولى فى غايه البعد، و عليه ما يكون من توابع المرتبه الثانيه يترتب مثل اخذ المدعى به من المحكوم عليه و حبس الغريم المماطل و التصرف فى بعض الامور الحسيه كحفظ مال الغائب و مال الصغير و نصب القيم و امثال ذلك مما هو وظيفه القاضى المنصوب للقضاء و لفصل الخصومات و ما يرجع اليه عامه الناس فى ذلك و امثال ذلك. و لا يترتب عليه مما يترتب على المرتبه الاولى كسد الثغور و الجهاد و الدفاع. نعم وقع الاشكال بالنسبه الى بعض الفروع المشكوكه انها من وظائف الوالى او القاضى كاقامه الحدود و اخذ الزكاه و اقامه الجمععه لكن الظاهر ان نفس الشك يكفى فى عدم ولايه الحاكم لها. و كيف كان فيعتبر فى تصرف الحاكم الشرعى او المنصوب من قبله ان يكون عن مصلحه و لا يكفى خلوها عن المفسده و استفاد ذلك من الاخبار مضافا الى اصاله عدم سلطنه احد على احد إلا ما قام الدليل عليه بالخصوص، و مع الشك فى سعته و ضيقه يؤخذ بالقدر المتيقن و هو ان تكون تصرفاته عن مصلحه مضافا الى قوله تعالى: (وَ لَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) (٢) بناء على كون النهى للارشاد الى بطلان القرب، و القرب مطلق التصرف الاعتبارى كالبيع و سائر التقلبات، و الاحسن هو ما يكون فيه مصلحه من غير فرق بين تصرف الوصى القيم و بين الحاكم الشرعى، بل استفاد

ص: ٢٥٤

- 
- ١- (١) التهذيب باب ٩٢ من الزيادات فى القضايا و الاحكام حديث المقبوله ٥٢ و المشهوره ٥٣ ج ٦ ص ٣٠٣ و فى مكاسب الشيخ الانصارى فى ولايه الفقيه.
  - ٢- (٢) سوره الانعام آيه ١٥٢.



من الآيه الشريفه انه لو لم يكن فى التصرف مصلحه بل كان فى ابقائه مصلحه يلزم ابقاؤه.

ثم لا يخفى ان الحاكم الشرعى بعد الفراغ ان له ولايه على ما ولى عليه فيتصدى اما بنفسه او يوكل من قبله فان فعل الوكيل فعل الموكل، كما انه يستفاد من اعطاء تلك الولايه له ان يعطى التوليه الى شخص فيتصدى من اعطيت له تلك التوليه للامور الذى يرجع للحاكم الشرعى المسماه بالقيومومه بالنسبه الى الامور الحسينيه، كما ان له ان يفوض الامر الى شخص فيتصدى للامور التى يرجع امرها الى الحاكم الشرعى من قيام البيئه و امثال ذلك من مقدمات الحكم، و اما بالنسبه الى الحكم فالظاهر انه ليس له تفويض الامر الى الشخص لادن الظاهر من قوله (ع) جعلته حاكما فى المقبوله عدم الصحه، لادن الجعل قائم بنفس الحاكم الشرعى كما هو الظاهر من الباء فى قوله اذا حكم بحكمنا هي كونها صله لا سببيه و لذا عقبه سلام الله عليه بقوله الراد عليه راد علينا و الراد علينا راد على الله، كما ان الظاهر من قوله من عرف حلالنا و حرامنا و نظر فى احكامنا هو اعتبار اجتهاد المطلق بالنسبه الى الحاكم الشرعى فلا يصح الحكم من المتجزىء، و قد ذكرنا ذلك فى القضاء و حاصله انه يظهر من الآيات مثل قوله تعالى: (حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ) (١) و قوله تعالى: (فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ) (٢) و قوله تعالى: (إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ) (٣)

### القضاء من وظائف الحاكم

و من الاخبار قوله (ع): «اتقوا الحكومه فان الحكومه للامام العالم

ص: ٢٥٥

١- (١) سورة النساء آيه ٦٥.

٢- (٢) سورة النساء آيه ٥٩.

٣- (٣) سورة النساء آيه ١٠٥.

بالقضاء العادل في المسلمين لنبى او وصى نبى»(١)، و قول امير المؤمنين عليه السلام لشريح «يا شريح قد جلست مجلسا لا يجلسه الا نبى او وصى نبى او شقى»٢ الى غير ذلك من الاخبار هو ان منصب القضاء يختص بالنبى (ص) و الأئمه (ع) فيتوقف جوازه من غيرهم على الاذن منهم، و قد دلت الأخبار على اعطاء الرخصه للعلماء و انهم بمنزله انبياء بنى اسرائيل و ورثتهم و حينئذ ينظر مقدار الرخصه و الظاهر انها مختصه بالقادر على استنباط الاحكام كمقبوله عمر بن حنظله: انظروا الى رجل منكم قد روى حديثنا و نظر في حلالنا و حرامنا و عرف احكامنا فارضوا به حكما و التوقيع و اما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواه حديثنا فانهم حجتى عليكم و انا حجه الله عليهم، و روايه تحف العقول مجارى الامور و الاحكام على ايدى العلماء بالله الامناء على حلاله و حرامه الى غير ذلك من الاخبار الداله على اعتبار الاجتهاد فى القاضى و انها مطلقه بالنسبه الى تجزى الاجتهاد، بل يظهر من خبر ابى خديجه انظروا الى رجل يعلم شيئا من قضايانا فاجعلوه بينكم فانى قد جعلته قاضيا هو عدم اعتبار الاجتهاد المطلق و ان كان ينافى خبره الآخر اجعلوا بينكم رجلا ممن عرف حلالنا و حرامنا فانى قد جعلته قاضيا، فان الظاهر من اضافه الحلال و الحرام هو اعتبار قدره على استنباط غالب الاحكام الذى هو الاجتهاد المطلق. و بالجمله روايات الباب مطلقه و تخصص بمثل الروايه الثانيه لابى خديجه و مقبوله ابن حنظله المعبر فيها اعتبار النظر فى جميع الاحكام و ذلك مقتضى اضافه الاحكام الى لفظه «نا»

ص: ٢٥٦

---

١- (٢١) الكافى كتاب القضاء باب ان الحكومه انما هى للامام عليه السلام حديث ١ ج ٧ و فى الفقيه كتاب القضاء باب ٣ اتقاء الحكومه.

و هو جمع يفيد الاستغراق، فيفهم من ذلك الاجتهاد المطلق، و بذلك يرفع اليد عن ظهور الخبر الأول لابي خديجه الظاهر في كفايه التجزى للقاضى. و الانصاف ان المعتبر هو معرفه جمله من المسائل المعتمد بها بنحو يصدق عليه انه عالم بها بعد الفراغ عن عدم صدقه على من عنده قليل من المسائل فانه لو قلنا باجتهاده بالنسبه الى ما يعرفه بناء على ما هو الحق من تجزى الاجتهاد بتقريب ان للملكه مراتبا ففى بعض مراتبها يتمكن من استنباط بعض المسائل دون البعض نظير ملكه فهم بعض العبارات دون بعضها، قال بعض مشايخنا (قدس سره) فى درسه انه لا بد من الالتزام بذلك و إلا لزم الطفره المستحيله. و كيف كان بملاحظه مقبوله ابن حنظله يرفع اليد عن اطلاق الروايات كما انه يستفاد منها اعتبار النظر و انه يحكم بحكم هو حكمهم لما عرفت من كون الباء صله لا سببيه و عليه يشكل اعتبار الاحكام الناشئه من الظنون الانسداده بناء على الحكومه، و بعد فراغ كون القضاء من وظائف الحاكم الشرعى فهل له تفويض الأمر الى المقلد ام لا؟ الظاهر انه ليس له لأن ذلك يتوقف على ثبوت الولايه المطلقه للحاكم الشرعى و هو الفقيه الجامع للشرائط و ان له اعطاء السلطه لغيره، و ثبوت ذلك ممنوع للشك فى كون ذلك من الامور الحسيه التى تكون مطلوبه و مرغوبه للشارع ايجادها، نعم لا مانع من التوكيل فى المقدمات. و اما التوكيل فى الانشاء فمحل اشكال و نظر.

الأمر الثالث ولايه عدول المسلمين. لا يخفى انه لو لم تصل اليد الى الحاكم الشرعى فهل يقوم عدول المسلمين مقامه ام يكفى كونهم ثقه؟ قولان، استدلل للثانى بموثقه سماعه فى رجل مات - و له بنون و بنات صغار و كبار - من غير وصيه و له خدم و مماليك كيف يصنع

الورثه بقسمه ذلك، قال: (ان قام رجل ثقه قاسمهم ذلك كله فلا بأس)(١) فانها تدل على اعتبار الثقه، و على ذلك يحمل صحيحه محمد بن اسماعيل رجل مات من اصحابنا بغير وصيه فرفع امره الى قاضى الكوفه فصير عبد الحميد القيم بماله و كان الرجل خَلْف ورثه صغارا و متاعا و جوارى فباع عبد الحميد المتاع فلما اراد ان يبيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهن إذ لم يكن الميت صير اليه وصيته فكان قيامه فيها بامر القاضى لانهن فروج فما ترى فى ذلك؟ قال: (إذا كان القيم مثلك و مثل عبد الحميد فلا بأس)(٢) فان المراد من قوله مثلك المماثله بالوثاقه. و اما لو اريد من مثلك العداله او التشيع تكون هذه الروايه معارضه للروايه السابقه، و مع وجود الاحتمالات الثلاثه لا تصلح للمعارضه و ليس فى اخبار الباب تصريح بالعداله سوى صحيحه اسماعيل بن سعد قال سألت الرضا (ع) عن رجل يموت بغير وصيه و له ولد صغار و كبار أيحل شراء شىء من خدمه و متاعه من غير ان يتولى القاضى بيع ذلك فان تولاه قاض قد تراضوا به و لم يستخلفه الخليفه ايطيب الشراء منه ام لا؟ قال (ع): «إذا كان الاكابر من ولده فى البيع فلا بأس إذا رضى الورثه فى البيع و قام عدل فى ذلك(٣) ، و بما ان الوثاقه اعم من العداله

### ولايه عدول المسلمين

فلذا يؤخذ بخصوص العداله لصلاحيه هذه الروايه لتقييد الموثقه و من

ص: ٢٥٨

- ١- (١) التهذيب باب الزيادات حديث ٢٢ ج ٩ و فى الكافى كتاب الوصايا باب من مات على غير وصيه حديث ٣ ج ٧ و فى الفقيه باب ١٠٩ فيمن لم يوص حديث ١ ج ٤ ص ١٦١.
- ٢- (٢) التهذيب باب الزيادات حديث ٢٥ ج ٩ ص ٢٤٠.
- ٣- (٣) الكافى الوصايا باب من مات على غير وصيه حديث ١ ح ٧ و فى التهذيب باب الزيادات حديث ٢٠ ج ٩ ص ٢٣٩.

هنا قال المشهور باعتبار العدالة مضافا الى ما عرفت من ان القاعده عدم سلطنه احد على احد الا إذا قام الدليل وقد فرض قيام الدليل على ولايه شخص و قد شك في سعته و ضيقه فلذا يؤخذ بالقدر المتيقن، و العدالة هي اخص من الوثاقه و لذا اعتبرت العدالة. اللهم إلا ان يقال هذه الروايه غير صالحه لتقييد الاطلاق لما يظهر من اختصاصها بصوره التمكّن من الوصول الى الحاكم الشرعى فان قوله قاض قد تراضوا به هو القاضى الشرعى، و عليه فهذه الروايه تكون اجنبية عن المقام لما ظهر منها انها فى مقام الوصول الى الحاكم الشرعى. و اما لو قلنا بان فيها اطلاقا لذلك فلا بد من رفع اليد عن الاطلاق لصوره التمكّن من الوصول الى الحاكم الشرعى للاجماع على عدم الرجوع الى غير الحاكم الشرعى فى هذه الصوره. و اما روايه على بن رباب سألت ابا الحسن الرضا (ع) عن رجل بينى و بينه قرابه مات و ترك اولادا صغارا و ترك مماليك و غلمانا و جوارى و لم يوص فما ترى فيمن يشتري منهم الجاربه فيتخذها ام ولد و ما ترى فى بيعهم؟ قال فقال (ع): لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم الناظر فيما يصلحهم (١) فلا يخفى انها اجنبية عن المقام لانها فى مقام تصرف الوصى الشرعى المنصوب من قبله كما ان استفاده بعض باعتبار الامانه من هذه الروايه و جعل العدالة فى بعض الروايات انما هو طريق للامانه لو علم كون التصرف على نحو المصلحه جاز ترتيب الاثر و لو كان صادرا من الفاسق و بذلك جمع بين الاخبار فى غير محله فان الظاهر من اعتبار العدالة هو الموضوعيه و ان الحكم بجواز البيع و سائر التصرفات واقعا منوط بالعداله. و كيف

ص: ٢٥٩

---

١- (١) الكافي كتاب الوصايا باب من مات على غير وصيه حديث ٢ ج ٧ ص ٦٧ و فى التهذيب باب حديث ٢١ ج ٩ ص ٢٣٩.

كان فالذى ينبغى ان يقال ان الوثاقه هى المعتمده، و روايه صحيحه اسماعيل بن سعد حسب ما عرفت انها اجنبيه عن المقام فغير صالحه لتقييد موثقه سماعه كما لا يخفى. ثم انه قد ذكروا لثبوت ولايه الفقيه الجامع للشرائط امورا.

الأول: الصغير فيما ليس له ولى كالأب او الجد للاب او الوصى من قبلهما فللحاكم الشرعى التصدى فى حفظ ماله و وفاء ديونه و التصرف فى امواله مع المصلحه. فان ولايته ثابتة بضروره العقل. و قد عرفت من الأدله المتقدمه بعد فرض كون الفعل مشروعاً و انه من الأمور الحسبيه فعليه كل من اراد ان يتصرف فى ذلك لا بد من مراجعه الحاكم الشرعى إذ كل تصرف يحصل من دون مراجعه الحاكم الشرعى مشكوك النفوذ، و الاصل يقتضى عدم صحته إذ اخذ الرخصه منه هو القدر المتيقن فى صحه التصرف للاجماع و السيره و فيهما الكفايه، فلا حاجه الى استفاده ذلك من اخبار الباب. نعم وقع الكلام فى تزويج الطفل هل للحاكم الشرعى تزويجه ام لا؟ مقتضى الأصل الأول هو عدم جواز تزويجه بعد فرض الشك و ليس فى تزويج الطفل حاجه لكى يقوم به الحاكم الشرعى، فحيثئذ مشروعيتها فى نفسه محل اشكال و لذا المشهور على عدم صحه تزويج الصغير من الحاكم الشرعى إذ ليس لأحد تزويج الصغير إلا الأب او الجد للاب حسب ما عرفت مضافاً الى مفهوم خبر ابن مسلم عن أبى جعفر (ع) فى الصبى يزوج الصبيه يتوارثان، قال (ع) إذا كان ابواهما اللذان زواجهما فنعمة (١) و مثله روايه عبيده بن زرارہ (٢).

ص: ٢٦٠

١- (١) الوسائل كتاب النكاح باب ١٢ ان الصغير ذكرا كان او انثى اذا زوجه الأب او الجد للاب صح العقد.

٢- (٢) الوسائل كتاب النكاح باب ١١ ثبوت الولايه للجد فى حياه الاب خاصه

و دعوى ان التزويج مثل التصرف فى الأموال للملازمه بينهما ممنوعه، إذ هو قياس الممنوع شرعا فقد روى ان السنه اذا قيست محق الدين على انه لا- ملازمه بينهما فى المفلس للحاكم الشرعى له الولاية على امواله دون النكاح اجماعا، و المفقود عنها زوجها للحاكم الشرعى الولاية على الطلاق دون المال، كما ان دعوى ان المستفاد من قوله ان السلطان ولى من لا ولى له هو عموم الولاية حتى فى التزويج ممنوعه، إذ دلالتها محل منع، فان الولاية انما تثبت بما هو مشروع فى الخارج و معروف يطلب وجوده، و ليس لدليل الولاية صلاحية للتشريع مضافا الى الروايه المتقدمه فانها تثبت الولاية فى الجملة لا على نحو الاطلاق، على انه لو قلنا بالعموم لشمّل جميع التصرفات بتقريب ان حذف المتعلق يفيد العموم فحينئذ بين المعتبره و المرسل المذكور و هو السلطان ولى من لا ولى له عموم و خصوص من وجه لكون المعتبره خاصه بالتزويج و تقيده بمفهومها عدم ولاية ما عدى الاب و الجد مطلقا سلطانا او غيره، و المرسل مفاده هو ان السلطان له ولاية على النكاح و غيره فحينئذ تقع المعارضه بينهما فى مورد الاجتماع، و لا يخفى ان المعتبره اقوى من المرسل فتقدم المعتبره على المرسل.

### ولاية الحاكم الشرعى على الصغير

الثانى فى ما لو بلغ الصغير غير رشيد بأن كان سفيفا او بلغ و هو مجنون فللحاكم الولاية عليهما فيما إذا لم يكن لهما اب او جد لأب و مع وجود احدهما فالظاهر انه لا ولاية للحاكم الشرعى لكون ولايتهما موجوده فى حال الصغر فتستصحب، كما ان الظاهر من قوله تعالى:

(وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) الآية (١).

ص: ٢٤١

كون المخاطب الذى كان وليا فى حال الصغر تبقى ولايته عند بلوغه غير رشيد، و اما لو بلغ الصغير عاقلا رشيدا انقطعت ولايه الأب و الجد، فلو طرأ الجنون او السفه فالولاية للحاكم الشرعى فلا بد للاب او الجد للاب من مراجعه الحاكم الشرعى لما يعود من مصلحتهما من حفظ امواله و الاتجار و الاستثمار و التصرف بما يجلب منفعه لمن ولى عليه، فيتصدى الحاكم الشرعى اما مباشره او توكيلا- و اما باعطاء قيمومه لما استفدنا من الدليل ان له الولاية على الصغير و المجنون و لا تعود ولايه الأب و الجد لانقطاعهما بالبلوغ رشيدا، و الظاهر انها تنفسخ مع موت الحاكم الشرعى لكونه ولايه الفقهاء كلها فى عرض واحد، و مع استيلاء الحاكم الشرعى على شىء و اعلم ولايته ارتفعت ولايه الحاكم الثانى إذ بالاستيلاء تعين للولاية فيخرج الحاكم الثانى موضوعا إذ هو ولى من لا- ولى له او نقول ان الولاية لكل واحد منهما ناقصه مثل ولايه الاب و الجد فمع تقدم احدهما يكون نافذا. و كيف كان فقد وقع الكلام فى الفرض المذكور و هو ما لو اعطى الحاكم الشرعى توليه لشخص تسمى بالقيمومه ثم توفى الحاكم الشرعى هل ينزل هذا الشخص الذى اعطى له القيمومه و يحتاج الى توليه جديده من الحاكم الشرعى الثانى ام لا ينزل؟ وجهان قيل انه ينزل إذ ولايته من شؤون من اعطى الولاية و هى منتفیه بموته فيحتاج الى مراجعه الحاكم الشرعى الموجود فى تجديد التولية، و قد نظر بعض بما لو نصب الأب قيما على اولاده الصغار مع وجود الجد فانه لا يصح نصبه لوجود الجد الثابتة ولايته مع الأب، و لكن لا يخفى انه قياس مع الفارق فانه بناء على ان للحاكم الشرعى اعطاء سلطنه لشخص تستمر الى ما بعد الموت فبعده ليس للحاكم الموجود ولايه اذ هو ولى من لا ولى له اللهم إلا ان يقال بان



التولية التي هي اعطاء السلطه على من ولى عليه بالنسبه الى القاصر المسماه بالقيومه و بالنسبه الى الأوقاف و نحوها المسماه بالتولية هي بمعنى التوكيل و لا- اشكال انه ينزل الوكيل بموت الموكل و الانصاف ان التولية غير الوكاله و التولية تحتاج الى نصب و جعل و لذا ان الأصحاب بالنسبه الى التولية الراجعه الى الحاكم الشرعى قالوا له ان يوكل غيره عنه او ينصب شخصا متوليا و له عزل الوكيل و ليس له عزل المنصوب من قبله ما دام باقيا على الأهليه و لكن ذلك لا ينافى بطلان التولية بالموت حيث انا بعد ان استفدنا من قوله (ع): جعلته قاضيا،

### ينزل القيم بموت الحاكم الشرعى

و قوله (ع): جعلته حاكما و قوله حجتي عليكم ان الشارع المقدس جعل للعلماء سلطنه على الطفل من القيام بشؤونه و حفظ امواله و استفدنا ايضا من ادله الجعل ان لهم اعطاء هذه السلطنه لشخص يقوم بحفظ شؤون الطفل يسمى ذلك بالقيم، و من الواضح ان الحاكم الشرعى له هذه السلطنه فى حياته و مع موته تزول تلك السلطنه المجمعوله له من الامام فكيف يجعل الحاكم الشرعى للقيم هذه الولاية مستمره الى ما بعد موته مع ان سلطنه القيم من شؤون سلطنه الحاكم الشرعى فبعد موته ترتفع فيرتفع ما يكون من شؤونها، و الدليل انما دل على ان للحاكم الشرعى اعطاء هذه السلطنه للغير و ليس ناظرا الى انها تبقى الى ما بعد الموت، و دعوى ان الحاكم الشرعى يجعل الولاية للشخص عن الامام فتكون من شؤون ولاية الامام فحينئذ لا ينزل المتولى بموت الحاكم الذى اعطاه هذه الولاية ممنوعه، فان الأدله الداله ان للحاكم اعطاء السلطنه للغير لا يستفاد منها ان يعطيها نيابه عن الامام، و المستفاد منها ان السلطنه المعطاه من الحاكم الشرعى من شؤون سلطنته و تزول ولاية الحاكم الشرعى بموته فينزل المنصوب من قبله، و دعوى انه لا ينزل

المنصوب من قبله نظرا الى ان هذا المنصب الشريف انما هو من الامام الصادق (ع) (لكل من عرف حلالنا و حرامنا)، و لم يرتفع هذا المنصب بموت الامام الصادق (ع) و بقى مستمرا الى ما بعد موته فى زمان الامام الآخر، و لم يعهد من احد من الرواه تجديد ذلك المنصب من الامام القائم بعده ممنوعه، بانه قياس مع الفارق فان نواب الائمة المجمعول لهم الولايه لا ينزلون بموت الامام لكون الامام ولايته لا تنقطع بالموت، فانهم سلام الله عليهم اولياؤنا احياء و امواتا الا ان يستفاد من القرائن بان توليه النائب مقيده بحياه الامام، فحينئذ ينزل بالموت بخلاف نواب حكام الشرع فان سلطنتهم من شؤون ولايه الحكام و هى تزول بموتهم، و لو سلمنا ذلك (فنقول): ان هذا المنصب المجمعول من الصادق (ع) فقد تأكد و تجدد فى زمان الحجه عجل الله فرجه فقد نصب العلماء و جعلهم حجه و قال: هم حجتى عليكم و انا حجه الله، و بالجمله من نفس جعل الولايه للحاكم الشرعى يفهم ان لهم سلطنه على القاصر، و من شؤون سلطنته نصب القيم على القاصر، و حسب ما عرفت ان ولايه الحاكم مجعوله له ما دام حيا فمع موته ترتفع تلك الولايه فترتفع ما يكون من شؤونها، و يكفى فى عدم تحقيقها و استمرارها الشك فى مقدار ما للحاكم من اعطاء السلطنه للغير، و دعوى انه يستصحب الجعل فيما لو شك فى كيفية الجعل ممنوعه بان المستصحب هو نفس السلطنه المجمعوله للغير و هى مردده بين ما هو معلوم الزوال و بين ما هو معلوم البقاء، و اما استصحاب كلى الجعل فلا- اثر له لكى يستصحب فلذا يقوى القول بالانعزال الا انه يدعى فى المقام اجماع على عدم الانعزال كما عن الايضاح قال الشيخ (قدس سره) فى الجواهر فى كتاب القضاء ما لفظه: ان تم اجماع فذاك و إلا كان المتجه ما ذكرنا أى الانعزال، و لكن لا يخفى

ان تحققه محل اشكال و لذا الاحوط تجديد التولية من الحاكم الشرعى الموجود بالنسبه الى القيمومه و التولية على الاوقاف و نحوها.

## تأخر السفه و الجنون عن البلوغ

ثم لا يخفى ان للحاكم الشرعى فيما لو تأخر السفه و الجنون من البلوغ او فيما اتصلا بالبلوغ مع عدم الأب و الجد له تزويجهما ام لا؟ اما فى السفه فمع عدم الاضطرار لا يجوز لعدم الحاجه الى النكاح فليس حينئذ من واجباته و حفظ شؤونه لكى يقوم به الحاكم الشرعى و لمفهوم صحيحه الفضلاء: (ان المرأه التى ملكت نفسها غير السفهيه و لا- المولى عليها تزويجها بغير ولى جائز)<sup>(١)</sup>. و لا- يخفى ان السفه يلحق بها لعدم القول بالفصل، و مع الاحتياج و الاضطرار فلا- مانع من قيام الحاكم الشرعى بذلك بنحو يوجب تضرره لو لم يزوجه، و لا مانع من كونه ممنوعا من التصرف فى المال لعدم كون التزويج من الأموال و ان استلزم المال و هو المهر لعدم كون المهر من لوازم صحه العقد، و اما المجنون فمع كونه ادواريا فينتظر به حال افاقته فيتزوج مع الحاجه و اما مع جنونه فلا يصدق عليه انه بحاجه ماسه الى النكاح، و اما إذا كان اطلاقا فمع مسيس الحاجه و اقتضت الظروف لتزويجه فيزوجه الحاكم الشرعى. هذا إذا لم يكن هناك ولى اجبارى، و اما إذا كان ولى اجبارى كالأب و الجد و اتصل السفه و الجنون بالصغر فهل لهما تزويجهما، ام يرجع امر ذلك الى التزويج الى الحاكم الشرعى؟ وجهان الاحوط لو لم يكن الأقوى مراجعه الحاكم الشرعى إذ الآيه الشريفه (فان انستم

ص: ٢٤٥

---

١- (١) التهذيب كتاب النكاح باب ٣٢ عقد المرأه على نفسها النكاح حديث ١ ج ٧ و فى الاستبصار باب ١١ ان الشيب و ليه نفسها من أبواب أولياء العقد.

منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم(١). انما تثبت بقاء ولايتهما على الأموال. و اما غيره فليس فى البين إلا الاستصحاب و هو من الشك فى المقتضى او الشك فى بقاء الموضوع، و اما المعتبره و هى خبر محمد بن مسلم عن ابى جعفر (ع) فى الصبى يزوج الصبيه يتوارثان، قال: اذا كان ابواهما الذان زواجهما فنعم جائز(٢) فموردها الصغر فلا تشمل البالغ.

الثالث: الولاية على مال الغائب فانه لا اشكال ان للحاكم الشرعى التصرف بمال الغائب بالنسبه الى ما يسرع اليه الفساد، و نحوه مما يوجب بقاءه ضررا على الغائب فيتصرف الحاكم الشرعى ببيعه كما انه يدفع ما يستحق عليه بالبيع اذا كان فى تعطيله الى زمان حضوره ضرر على الغير لا يقدر على تحمله، و كذا له الولاية على قبض ما يدفع الى الغائب فيما اذا لم يكن له و كيل يدفع اليه و بعد القبض يدفع عن الغائب اذا كان مدينا فان ذلك كله من الأمور الحسبيه التى يكون مطلوبا و مرغوبا شرعا ايجادها. و اما التصرف فى مال الغائب مطلقا و لو كان للاسترباح فليس له الولاية لعدم الولاية على ذلك لما عرفت من ان ولايته ثابتة فيما اذا كانت بنحو لو تركت يلزم تعطيل الحقوق و تلف المال فيكون تصرفه على ذلك النحو من شؤون الحاكم. و اما ما يرجع الى الاحسان و جلب المنفعة فلا- ولايه له. و بالجمله ان مال الغائب يجب حفظه عما يسرع اليه الفساد، و لما لم يمكن حفظ عينه يجب حفظ ماليته و لذا قبض المال للغائب حفظ للمال ليس ذلك من

ص: ٢٦٦

١- (١) سورة النساء آيه ٦.

٢- (٢) التهذيب كتاب النكاح باب ٣٢ عقد المرأة على نفسها النكاح حديث ٣٢ ج ٧ ص ٣٨٩.

باب الولايه، بل يلزم على كل من يقدر عليه، و تعين الحاكم لذلك لكونه القدر المتيقن، و بهذا المقدار يخرج عن عموم حرمه التصرف بمال الغير بدون اذنه و غير ذلك من التصرفات الراجعه للأحسان الى الغير. حاضرا كان او غائبا و يدخل تحت حرمه التصرف، و هذا مما لا اشكال فيه بل الأجماع عليه بقسميه يثبت ما ذكرناه.

### في المفقود عنها زوجها

الرابع: ذكر الأصحاب ان للحاكم الشرعى ولايه على الزوجه المفقود عنها زوجها المنقطع خبره ينفق عليها من ماله و من بيت المال مع عدم وجود المال لزوجها الغائب فان صبرت و إلا فيرجع امرها الى الحاكم الشرعى و تؤجل من حين رفع امرها الى اربع سنين و يتفحص الحاكم بارسال من يفحص عن حاله بارسال الكتب الى الاقطار للفحص عنه فمع اليأس من حياته و مضى تلك المده يأمر الحاكم الشرعى من يطلقها فحينئذ تعتد عده الوفاه اى اربعة اشهر و عشره ايام، و بعد انقضاء العده يجوز لها التزويج، فاذا جاء زوجها لا تلحق به و على ذلك شهره الاصحاب، بل نقل الاتفاق عليه إلا من الحلى فى السرائر بأنها تصبر الى ان تعلم موت الزوج لاستصحاب الحياه و بعدم العمل باخبار الآحاد، و لكن لا يخفى ان الاخبار مصرحه بانها تطلق و تعتد اربعة اشهر و عشره ايام بعد رفع امرها الى الحاكم الشرعى فيما لو لم تصبر و لم ينفق عليها. و هذه القيود التى ذكرناها هو مقتضى الجمع بين اخبار الباب فان بعضها تعتبر الاعتداد بعده الوفاه و هى اربعة اشهر و عشره ايام كموثقه سماعه قال: (سألته عن المفقود فقال: ان علمت انه فى أرض فهى منتظره له ابدا حتى يأتيها موته او يأتيها طلاق و ان لم تعلم اين هو من الارض و لم يأتيها منه كتاب و لا خبر فانها تأتي الامام فيأمرها ان تنتظر اربع سنين فيطلب فى الارض فان لم يجد له

اثر حتى تمضى اربع سنين أمرها ان تعتد اربعة اشهر و عشرا، ثم تحل للأزواج، فان قدم زوجها بعد ما تنقضى عدتها فليس له عليها رجعه، و ان قدم و هى فى عدتها اربعة اشهر و عشرا فهو املك برجعتها(١). فانها كما ترى تعتبر الاعتداد بعده الوفاة فهى تقيد سائر الاخبار التى فى بعضها تعتبر مطلق الاعتداد، كما ان هذه الموثقة مطلقه من حيث الطلاق فتتقيد هذه الموثقة بصحيحه الحلبي سئل ابو عبد الله (ع) عن المفقود قال: (المفقود اذا مضى له اربع سنين بعث الوالى او يكتب الى الناحيه التى هو غائب فيها فان لم يجد له اثرا امر الوالى وليه ان ينفق عليها فما انفق عليها فهى امرأته، قال: قلت فانها تقول إنى اريد ما تريد النساء، قال: ليس لها ذلك، و لا كرامه، فان لم ينفق عليها وليه او وكيله امر بأن يطلقها و كان ذلك عليها طلاقا(٢).

و بالجمله فالناظر الى أخبار الباب بعد تقييد مطلقها بمقيدها و مجملها بمفصلها يحصل له ما ذكرناه و هو الموافق للاحتياط و ان كان يقوى كون المضى اربع سنين من فقد خبره لا- بعد رفع امرها الى الحاكم الشرعى مع ان الفحص ليس بلازم ان يكون بالاربع. فحينئذ يكون المنطوق هو الفحص و مضى أربع سنين استنادا الى ما يستفاد من الروايات و لا يحتاج الى ذلك الجمع بحمل المطلق على المقيد لأنه انما يحتاج اليه فيما اذا كانا متنافيين لا مثبتين. هذا و الظاهر انها تستحق النفقه فى العده لكون العده طلاق و ان كانت بقدر عده الوفاة فلذا ترثه لو تبين موته فيها و يرثها لو ماتت فى ايام العده، كما انه لا حداد عليها الذى هو من شؤون عده الوفاة ثم مع عدم وصول

ص: ٢٤٨

- 
- ١- (١) التهذيب كتاب النكاح باب الزيادات حديث ١٣١ ج ٧.
  - ٢- (٢) الوسائل كتاب النكاح باب ٢٣ حكم طلاق زوجه المفقود عنها.

اليد الى الحاكم الشرعى فهل يقوم عدول المسلمين بذلك؟ ربما يقال بأن مقتضى استصحاب حياته عدم جواز طلاق زوجته المفقود عنها إلا- انه خرجنا عن ذلك بقيام الدليل على ان للحاكم الشرعى ولايه على زوجته المفقود عنها زوجها، و مع عدم الحاكم الشرعى ليس لعدول المسلمين ذلك اقتصارا على ما خالف الاصل على المتيقن و اليه ذهب صاحب المسالك،

### مفاد قاعدتى الضرر و الحرج

و دعوى انه لما كان معروفا و هو من الامور الحسيبه التى يطلب وجودها فى الخارج مضافا الى قاعدتى الضرر و الحرج (١) لو لم

ص: ٢٤٩









يقم عدول المسلمين و يترتب عليه انه لا مانع من قيام عدول المسلمين كما هو شأن كل ما كان من هذا القبيل ففيه انه لا يصار اليه لكونه مخالفا للاصل، و اما قاعدتى الضرر و الحرج فلا يثبتان حكما يوجب كون عدمه ضروريا او حرجيا فلذا كان الاحتياط بوجوب الصبر عليها حتى تصل يدها الى الحاكم الشرعى، كما ان الاحتياط اتمام أربع سنين لو تم الفحص و اليأس قبلها اقتصارا فيما خالف الاصل على القدر المتيقن.

ثم لا يخفى ان المفقود يشمل ما كان فقده لغرق السفينه او فى معركة القتال او فى سفره طويله. فدعوى اختصاص المفقود بالغائب اى المسافر فى غير محله اذ الاخبار ليس فيها لفظ الغائب و انما هو عباره الفقهاء. و اما الروايات فموردها هو المفقود و هو يشمل كل من ضاع خبره و اثره.

### **ولايه الحاكم الشرعى على المفلس**

الخامس: للحاكم الشرعى ولايه على حجر المفلس و منعه من التصرف فى ماله بشرط ثبوت الدين عند الحاكم و حلوله و نقصان ماله عن الدين و التماس الغرماء له فى التحجير، فمع هذه الشروط يكون للحاكم حجره لكون ذلك من شؤون الحاكم و مما يرجع اليه الناس و قد دل عليه الاجماع محصلا و منقولا، بل ربما يقال بانه يظهر ذلك

من بعض الأخبار كموثقه عمار عن الصادق (ع) كان امير المؤمنين (ع) يحبس الرجل اذا التوى على غرمائه ثم يأمر فيقسم ماله بينهم بالحصص فان ابى باعه فيقسمه بينهم (١) بحمل الحبس على المنع من التصرف، و مثله خبر غياث بن حفص عن جعفر عن ابيه (ع) ان عليا (ع) كان يفلس الرجل اذا التوى على غرمائه ثم يأمره فيقسم ماله ٢ الى غير ذلك من الأخبار. و لكن لا يخفى ان هذه الاخبار ليس فيها دلالة و انما فيها اشعار إذ يمكن حملها على ولايه الحاكم على الممتنع عن الاداء و ليست داله على حجر المفلس و لذلك قال صاحب الحقائق بخلو الاخبار عن حجر المفلس، إلا ان الذى يسهل الخطب ان المسألة مسلّمه بين الأصحاب، فان بالأجماع المحصل و المنقول كفايه على اثبات المطلوب و اما النبوى ان النبى (ص) حَجَّرَ على معاذ بالتماسه (٢) فهو ضعيف مضافا الى ان الموجب هو التماس الغرماء لا التماس المدين فهو اذا اجنبى عن المقام.

السادس: الولاية على الممتنع فللحاكم الشرعى الولاية على اداء ما عليه من الحقوق المستحقة عليه و له قبض الثمن المردود له فى زمن الخيار و له بيع المال لوفاء الدين للاجماع محصلا و منقولا و للاخبار المتقدمة الظاهره فى ولايه الحاكم الشرعى على الممتنع المماطل كخبر غياث بن حفص عن جعفر عن ابيه (ع) ان عليا (ع) كان يفلس الرجل

ص: ٢٧٤

---

١- (٢١) الاستبصار باب ٢٥ من يجوز حبسه فى السجن حديث ٢ ج ٣ و فى الوسائل كتاب الحجر باب ٦ قسمه مال المفلس على غرمائه بالحصص.

٢- (٣) الخلاف كتاب التفليس مسأله ١٠ و نص الحديث ان النبى حجر على معاذ و باع ماله فى دينه ص ٢٣٨ طبعه طهران.

إذا التوى على غرمائه ثم يأمره فيقسم ماله، و في موثقه عمار عن الصادق (ع) كان امير المؤمنين (ع) يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه الخبر، مضافا الى ان ذلك امر معروف يطلب وجوده في الخارج و هو مما يرجع الى الامام (ع) فلذا يكون من وظائف الحاكم الشرعى.

### الولاية على الاوقاف العامه

السابع: الولاية على الاوقاف العامه لا- يخفى ان الاوقاف العامه لما كانت منافعها العامه للنوع كالفقهاء و السادات و الفقراء و ليس ملحوظا فيها شخص خاص و امثال ذلك مما يرجع به الى الامام او نائبه و يشمله عموم النيايه و يلزم ان يرجع بها الى الحاكم الشرعى فانه المنصوب لذلك مضافا الى النص و الاجماع الدالان على جواز تصديه لذلك هذا إذا لم يعين الواقف متوليا و مع التعيين بان يعين شخصا خاصا فمع تعيينه و لم يعين له كيفية مخصوصه زائده على الوقف و يجعل التصرف بنظره فحينئذ ليس لأحد مزاحمته إلا ان يخالف جهه الوقف. و اما لو عين جهه الصرف فيلزم على المتولى ان يعمل على نحو ما عينه فلا- يجوز له التعدى الى غير ما قرره الواقف فان الوقوف على حسب ما قررها اهلها و لا- يخفى ان تعيين المتولى ليس على خلاف الوقف فانه لا- ينافى التولية للوقف لأنهما يحصلان بجعل واحد لا ان الوقف يتحقق ثم تحصل التولية لكى يشكل بأن الوقف عند تحققه خرج عن ملك الواقف فكيف يصح له جعل التولية لأحد، هذا فى الأوقاف العامه. و اما فى الوقف الخاص كالوقف على البطون فانه تمليك للموقوف عليهم بنحو من انحاء الملكيه فانهم يملكون ما داموا فى الحياه، و بالموت ينتهى امد الملكيه بخلاف غير الموقوف عليهم فانهم يملكون ملكيه مطلقه فلو انتقلت العين الى الغير فانها تنتقل ملكيه دائمه و بالموت تنقطع تلك الملكيه لا بنحو ينتهى امدها كما هو كذلك فى ملكيه البطون و هو المسمى بالوقف

الخاص فمع عدم ذكر الواقف المتولى فالموقوف عليهم هم المتولون لحصول تلك الملكية لهم، و اذا عين الواقف متوليا فهو من باب التولية لا الولاية و سيأتي ان شاء تعالى بيان الفرق، و هكذا لو ذكر المالك فى الوقف العام متوليا فانه ايضا من التولية لا الولاية، و مع عدم ذكره فى الوقف العام متوليا يقوم الحاكم الشرعى بالتصرف على جهة الوقف بالولاية لثبوته له. ذلك من جعل الولاية من الامام لأنه مما يرجع اليه كما يجوز له اعطاء التولية للغير.

## فى مجهول المالك

### اشاره

الثامن: ذكر بعضهم بالنسبه الى مجهول المالك يرجع امره الى الحاكم الشرعى فيحتاج التصديق به الى مراجعه الحاكم الشرعى إذ هو ولى الغائب، و لما يظهر من الاخبار ان التصديق به عن صاحبه ايصال اليه إلا ان الظاهر من الاخبار كون الشخص بنفسه يتصدق عن صاحبه لقوله (ع) فان لم تجد له وارثا و علم الله منك الجهد فتصدق به (١)، و لكن لا يخفى ان العين التى لا يعرف مالكةا اذا كانت موجوده تسمى بمجهول المالك فلا مانع من كون نفس الشخص يتصدق بها فلا حاجه الى اخذ الرخصه من الحاكم الشرعى، و اما إذا كان دينا مطلوبيا لأحد لا يعرف من يطلبه المسمى عند المتشرعه برد المظالم فلا يتحقق انطباقه و تعيينه إلا بقبض المالك او وكيله او الحاكم الشرعى. و عليه بالنسبه الى ذلك يحتاج الى مراجعه الحاكم الشرعى، كما ان فى الأصول الاحتياج الى مراجعه الحاكم الشرعى هو الأحوط لأن وصوله الى مالكة اى الغائب لا يحصل إلا بقبض و كيله او الحاكم الشرعى لكى يتحقق التصديق عنه، و ان كان ظاهر الأدله حسب ما عرفت عدم الاعتبار للروايه المتقدمه و روايه يونس قال سألت العبد الصالح (ع) الى أن يونس و قلت له لست اعرفهم و لا ندرى كيف نسأل عنهم؟ قال فقال

ص: ٢٧٤

بعه و أعط ثمنه اصحابك، قال فقلت جعلت فداك اهل الولاية، قال:

نعم (١) و لا- ينافى ذلك روايه معاويه بن وهب قال سئل ابو عبد الله عليه السلام عن رجل كان له على رجل حق ففقده و لا يدري حى هو أم ميت؟ و لا- يعرف له وارثا و لا نسبا و لا بلدا، فقال عليه السلام اطلبه، قال إن ذلك قد كان فأصدق؟ فقال اطلبه (٢) الدال على عدم جواز التصديق مع فقدان صاحبه إذ يمكن ان تكون الروايه فى مقام الحث على عدم اليأس و العثور على صاحبه فلا- تعارض روايه يونس فانها فى مقام حصول اليأس، نعم روايه هشام بن سالم قال سأل ابو الخطاب الأعور أبا ابراهيم (ع) و أنا جالس فقال انه كان عند أبى أجيرا يعمل بالاجر ففقده و بقي له شىء من اجره و لا نعرف له وارثا، قال فأطلبه قال قد طلبناه و لم نجده قال فقال مساكين و حرك يديه، قال فأعاد عليه قال اطلب و أجهد فان قدرت عليه و الا كسييل مالك حتى يجيء له طالب فان حدث بك حدث فأوص به ان جاء له طالب ان يدفع اليه (٣) فأنها كما ترى تدل على جعل المال امانه فى يده، و عليه يلزم اعمال باب المعارضه لو لم يمكن الجمع و لكن ان الناظر الى روايه داود بن أبى يزيد عن أبى عبد الله عليه السلام قال له رجل انى أصبت مالا و انى خفت فيه على نفسى فلو اصبت صاحبه دفعته اليه و تخلصت منه، فقال ابو عبد الله (ع) لو اصبتك كنت تدفعه اليه؟ فقال: أى و الله فقال (ع) أنا و الله، ماله صاحب غيرى

ص: ٢٧٧

١- (١) الوافى المجلد الثالث ص ٥١ باب المال المفقود صاحبه.

٢- (٢) الوسائل كتاب التجاره باب ٢٢ من ابواب الدين و القرض

٣- (٣) الوافى المجلد الثالث ص ٥١ باب المال المفقود صاحبه و فى الوسائل كتاب التجاره ٢٢ من ابواب الدين و القرض.

قال فأستحلفه أن يدفعه الى من يأمر فحلفت قال فأذهب و قسمه بين اخوانك و لك الامن مما خفت منه فقسمته بين اخواني (١) فيتضح لك جليا بأن حكم المال المجهول مالكة الاصلى يرجع الى الامام لكونه ماله و حيث انه له فله ان يجعله أمانه كما دلت عليه روايه هشام بن سالم حيث قال (ع) كسييل مالك حتى يجيء اليه طالب، و له أن يأمره بالتصدق كما فى روايه يونس فيكون هذا الخبر الأخير حاكما و شارحا للخبرين المذكورين بتقريب ان الامام أرجع الأمر اليه فيهما، فتكون اذنه خاصه بالتصرف فى مورد أحد الخبرين و الحفظ و الامانه فى الآخر و جعله كاللقطه فى مورد ثالث كما فى خبر حفص بن غياث قال سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص درهما و متاعا و اللص مسلم هل يرد عليه؟

فقال عليه السلام لا- يرد، فأن امكنه ان يرد على صاحبه فعل و الا كان فى يده بمنزله اللقطه يصيبها فيعرفها حولا فأن اصاب صاحبها ردها عليه و إلا تصدق بها فان جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الاجر و الغرم، فأن اختار الاجر فله الاجر و إن اختار الغرم فله الغرم، و فى حديث آخر و ان اختار الغرم غرم له و كان الاجر له (٢) الخبر، فأن المورد لما كان من مجهول المالك و قد جاء السائل ليعرض الموضوع على الامام (ع) فأمره بالتصدق بعد مرور سنه، و التحديد بالسنه انما هو لكونه غالبا يحصل اليأس على العثور به. و بالجمله حيث ان المال المجهول المالك لما كان راجعا الى الامام و هو يملكه فله التصرف بما

ص: ٢٧٨

١- (١) الوسائل الباب (٣) من ابواب اللقطه.

٢- (٢) الفقيه فى باب حكم اللقطه حديث تسلسل ١٥٦ باب ١ ج ٣ طبع النجف.



يشاء، ففي خبر امره بالتصدق و في آخر جعله امانه، و في ثالث جعله كاللقطه و بذلك امكن الجمع بين الاخبار، و لكن الانصاف ان جعل المورد في هذه الروايه من مجهول المالك محل نظر إذ الظاهر ان موارد مجهول المالك هو ما كان مجهولا من اول الامر فلا- ينطبق على ما اودعه اللص و لذا الامام (ع) جعل ذلك من اللقطه و اجرى عليها احكامها من بقائها حولا و تعريفها و بعد الحول يتصدق بها، و لو جاء صاحبها خيره بين الغرم و الاجر و ذلك من مختصات اللقطه و لا يجرى ذلك في مجهول المالك فإنه بعد مراجعه الحاكم الشرعى و حصول اليأس يأمره بالتصدق و مع التصديق لو جاء صاحب المال لا يظمنه خلافا للسيد في العروه حيث قال بالضمان ما نصه مسأله (٣٣) (و لو تبين المالك بعد اخراج الخمس فالأقوى كما هو كذلك في التصديق عن المالك في مجهول المالك) و لكن لا يخفى ان هذا مختص باللقطه لاستفاضه الاخبار بذلك، و اما بالنسبه الى مجهول المالك فغير ظاهر و انما القاعده تدل على التصديق بلا ضمان وفاقا للاستاذ المحقق النائنى (قدس سره) في الحاشيه على العروه فانه خص الضمان باللقطه اذا كان الملتقط هو المباشر للتصدق به دون ما اذا دفعها الى لحاكم مضافا الى ان الفقهاء لا يفتون بظاهر روايه داود ابن أبى يزيد و لا يلتزمون بان مجهول المالك هو للامام حيث يجعلون مجهول المالك مقابل اللقطه و ميراث من لا- وارث له و يعتبرون العلم بموت صاحب المال و انه لا- وارث له بنحو لو وقع الشك في وجود الوارث يحتاج الى ال-حراز كما في الجواهر و ان كان الظاهر جريان استصحاب عدم الوارث بناء على ان الارث مرتب على العدم المحمولى و بالجملة ان روايه داود إن قلنا بظاهرها يلزم اخذ الرخصه من الحاكم الشرعى في مجهول المالك و في مال لا- وارث له و الامانات المالكيه كالوديعة و العاريه و نحوهما من

مجهول المالك، و ما اخذ من اللص لكون الجميع مال الامام (ع) و بذلك يكون الجمع بين الاخبار و ان لم نقل بمضمونها كما هو مقتضى فتاوى الأصحاب بل اقتصرنا فى ذلك على ما اخذه اللص و لا- تشمل الامانات المالكيه و لا مجهول المالك المصطلح فلا يلزم اخذ الرخصه من الحاكم الشرعى، و ان توليه التصديق بيد من عنده المال كمالك العين الزكويه من توليه الاداء و تعيين المستحق بيد المالك، و يترتب على ما ذكرنا قضيه الضمان لو تبين المالك فبناء على كونه للامام كما هو ظهور روايه داود فانما هو حكم ظاهرى فمع وجود المالك ينقلب الموضوع عند التبين إذ موضوعه عدم العلم بالمالك فمع العلم لا موضوع له كما هو كذلك بالنسبه الى مال من لا وارث له فمع وجود المال عند الحاكم يجب رده الى مالكة لو تبين، و اما لو تبين بعد التصديق فلا ضمان للحاكم و لا لمن اذن له بالتصدق او للفقير، اما الحاكم لروايه الاصغ انه لا ضمان للحاكم فى دم او قطع (١) فهو و ان كان مختصا بالدم الا انه نتعدى الى المال للعلم بعدم الخصوصيه على ان الحكم بالضمان يحتاج الى دليل مع فرض عدم التقصير. نعم ورد فى خصوص الدم و القطع ان الضمان على بيت مال المسلمين كما روى عن ابى مريم عن ابى جعفر عليه السلام (قضى امير المؤمنين ان ما اخطأت القضاء فى دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين ٢ و اما الفقير فقد ذكر الشيخ الانصارى (قده) انه لا ضمان و يشهد لذلك روايه داود و لك الامن مما خفته فانه ظاهر انه لا شىء عليه. و اما بناء على عدم كون

ص: ٢٨٠

---

١- (٢١١) الوافى كتاب الحسينيه و الاحكام و الشهادات باب ضمان شهود الزور و الخطأ و خطأ القضاء و فى الوسائل كتاب القضاء باب ٨ من ابواب آداب القاضى.

مجهول المالك للامام فبالنسبه الى يد الامين فمع بقاء المال عند من بيده المال أو عند الحاكم فيجب رده الى المالك لو تبين، و اما مع التصديق به فلا ضمان، لا على من عنده المال و لا على الحاكم، و لا على الفقير و لو كان المال باقيا عنده لاذن الشارع باتلافه بالتصدق فهو و ان لم يقتض المجانيه إلا ان الترخيص لما كان في مقام البيان و سكت عن الضمان فيستكشف المجانيه كما لو اذن صاحب الطعام لغيره بالأكل من دون تقييد بالضمان الا ان تكون قرينه على الضمان كما في المطاعم المعده لبيع الاطعمه و بذلك تكون حاكمه على قاعده الاتلاف و اما لو كانت اليد في مجهول المالك غاصبه كما لو تملك من الغاصب ثم علم بكونه غاصبا فمع عدم معرفه المالك الظاهر انه لو تصدق به يتحقق الرد و الاداء المعترف في باب الامانات و اليد بالرد الى الفقير و الحاكم بناء على ولايته، و ان الأدله الداله على وجوب التصديق مع كونها في مقام البيان حاكمه على قوله (حتى تؤدي) يجعل الأداء أعم من الاداء الى المالك أو من هو بمنزلته من الحاكم او الفقير و لا يقاس المقام بباب اللقطه فانه لم يرد فيها الأمر بالتصدق المطلق و انما ورد ان الملتقط مخير بين التملك او الحفظ أو التصديق مع التعهد بالضمان فلا تغفل.

## في التقاص

### اشاره

التاسع: في التقاص و هو استيفاء حقه من المدين مع ثبوت الدين و امتناع المدين من الأداء فهل للحاكم الشرعي ولايه على ذلك فيحتاج المقتص الى اخذ الرخصه من الحاكم الشرعي ام لا يحتاج الى مراجعه الحاكم الشرعي بل للشخص نفسه له ان يقتص الظاهر انه يجوز التقاص من مال المدين مع جحوده او مماطلته من دون مراجعه الحاكم الشرعي باخذ رخصه منه لاطلاق الآيات و الأخبار. اما الآيات فقوله

ص: ٢٨١

تعالى: (فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى) (١)، و قوله: (فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ) (٢)، و قوله: و الحرمان قصاص ٣. و اما الأخبار فخير جميل بن دراج سألت ابا عبد الله (ع) عن رجل يكون له على الرجل الدين فيجحد فيظفر من ماله بقدر الذى جحده يأخذه و ان لم يعلم الجاحد بذلك؟ قال: نعم (٣) و صحيحه داود بن رزين قلت لأبى الحسن موسى (ع) إنى اخالط السلطان فتكون عندى الجارية فىأخذونها و الدابه الفارهه يبعثون فىأخذونها ثم يقع لهم عندى المال فلى أن آخذه؟ فقال: «خذ مثل ذلك و لا تزد عليه» (٤)، و مثله خبره الآخر قلت لأبى الحسن (ع) إنى اعامل قوما فرىما أرسلوا الى فأخذوا منى الجارية و الدابه فذهبوا بهما منى ثم يدور لهم المال عندى فأخذ منه بقدر ما اخذوا منى؟ فقال: «خذ منهم بقدر ما اخذوا منك و لا تزد عليه» (٥) و صحيحه ابى بكر قلت له رجل لى عليه دراهم فجحدى و حلف عليها أيجوز لى إن وقع له قبلى دراهم ان آخذ منه بقدر حقى؟ قال فقال:

نعم (٦)، الى غير ذلك من الأخبار الداله على جواز اخذ ماله بحق

ص: ٢٨٢

- ١- (٣ او ١) البقره آيه ١٩٤.
- ٢- (٢) النحل آيه ١٢٦.
- ٣- (٤) الاستبصار باب ٢٧ من له على غيره مال فيجحد حديث ١ ص ٥١ ج ٣ و فى التهذيب المكاسب احاديث التقاص حديث ١٠٨ ص ٣٤٩ ج ٦.
- ٤- (٥) التهذيب المكاسب اخبار التقاص حديث ٩٩ ص ٣٤٧ ج ٦.
- ٥- (٦) الفقيه باب ٦ فى الدين و القرض حديث ٢٥ ص ١١٥ ج ٣.
- ٦- (٧) التهذيب المكاسب اخبار التقاص حديث ١٠٣ ص ٣٤٨ ج ٦ و فى الاستبصار باب ٢٧ فمن له على غيره مال فيجحد حديث ٢ ص ٥٢ ج ٣.

عند غيره من عين او دين و كان جاحدا او مماطلا ما لم ينجر الى فتنه، و ما يقع فى يد المقتصص يجوز اخذه سواء كان مثليا ام قيميا من دون زياده بلا حاجه الى مراجعه الحاكم الشرعى لأخذ الرخصه منه.

و دعوى انه لو كان مال المطلوب مثليا كمن اخذ منا من الحنطه و اتلفها و امتنع من التسليم و استولى الدائن على قيمه الحنطه فيلزم عليه شراء الحنطه لكونها مثليا، فصحه الشراء تحتاج الى الرخصه من الحاكم الشرعى لكونه وليا على الممتنع، و الشراء تصرف لا يصح الا بالرخصه من الحاكم الشرعى بخلاف ما اذا كان المال المطلوب قيميا فانه حينئذ باستيلاء الدائن على مال المدين يأخذه مقاصه من دون حاجه الى الرخصه من الحاكم الشرعى ممنوعه اذ المستفاد من الأخبار هو اخذ المال بعنوان المقاصه لا بعنوان رد العين لكى يكون المأخوذ اما نفس العين او مثلها اذا كانت مثليا و قيمتها اذا كانت قيميا و انما هو رد نفس المالىه فلا حاجه الى الشراء فيما لو كان مثليا. و بالجمله فى المقاصه اخذ المال انما هو استيفاء حقه و قد سوغه الشارع تداركا للضرر ليس بعنوان الرد و الاسترداد و ذلك لا- يحتاج الى مراجعه الحاكم الشرعى. اللهم إلا ان يقال ان امر الامام «سلام الله عليه» هو اذن منه فى ذلك، و لكن لا يخفى انه خلاف ظاهر سؤال الراوى فانه فى مقام السؤال عن حكم الواقعة من حيث جوازه و عدمه شرعا و ليس فى مقام طلب الاستيذان منه. و كيف كان فظاهر الاخبار هو الاستقلال بالتصرف من دون استئذان من الحاكم الشرعى او يحتاج ثبوت الحق عنده سواء كان المأخوذ عينا ام دينيا و سواء كان المأخوذ من المثلى ام القيمى فان المستفاد هو ان الأخذ لا بعنوان المعاوضه و انما هو بنحو الاستيفاء و تداركا لما فات من العين لا بنحو رد العين لكى يترتب عليه ان رد العين مع الاستيلاء

على العين و الا فمثلها لو كانت مثليا و قيمتها لو كانت قيما.

### للعين مراتب ثلاثة

ثم لا يخفى ان الاستيفاء تاره يكون مرتبه من مراتب العين و هى نفس المالىه و اخرى يكون بجميع مراتب العين ظاهر الاصحاب هو الثانى و لذا يدعى الاجماع على انتقال العين الى ملك من اقتص منه. و قال بعض مشايخنا «قدس سره» بالأول و جعل المقام من قبيل بدل الحيلولة و ان المقتص قد استوفى مرتبه من مراتب العين المالىه و خصوصيه العين باقيه على ملك مالکها الأصلي و ليس عنده ما يدل على ذلك سوى استصحاب ملكيه خصوصيه العين. و الانصاف ان الناظر فى اخبار الباب يجد ان المقاصه هى استيفاء لجميع مراتب العين لا- لخصوصيه المالىه فقط التى التى هى مرتبه من مراتب العين، و لا- يتوهم ان لازم ذلك هو ان المقاصه معاوضه فانه توهم فاسد اذ المعاوضه ليست مقصوده فى التقاص و انما هو مقام استيفاء حقه خصوصا إذا كان دينا فان المدين يجب عليه وفاء الدائن بأى فرد حصل من مالىته و بعد التسليم الى الدائن يملكه و التعيين بيد المدين و ليس ولايه التعيين بيد الدائن، و فى المقاصه جعل الشارع ولايه التعيين بيد الدائن لامتناع المدين من الوفاء و لازم ذلك هو انه يأخذ المقتص من أموال المقتص منه بنحو الاستيفاء لجميع مراتب العين لكى يصدق انه وفاء فحينئذ تكون خصوصيه العينيه ملكا لمن اقتص منه و لو تمكن المقتص من أخذ العين فيما بعد فله الامتناع من اخذها و ليس للمقتص أخذ ما يبذله من المال لتحصيل حقه من المقتص منه فليس للدائن إلا اخذ حقه الأصلي و لا يلزم المدين ما يبذله و لو بتوسط حاكم الجور كالرسوم و غيرها، و ان توقف تحصيل حقه على بذل المال.

هذا كله لو اخذ المال بنحو التقاص و اما لو لم يؤخذ بالتقاص و قد تلف ما بيده كما لو توقف التقاص على بيعه. مثلا كان يطلب مائه درهم

و استولى على عين قيمتها مائتى درهم و يتوقف أخذ حقه على بيعها، و لو تلفت قبل البيع فهل يضمن تلك العين أم لا؟ قيل بعدم الضمان لكونه مأذونا شرعا فى الاستيلاء عليه لأخذ حقه و ذلك رافع للضمان مضافا الى انه يحتمل ان تكون يده يد من له ولايه على اداء الدين. فمع هذا الاحتمال لا يشمله عموم على اليد لكونه من التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه للجزم بخروج يد الامانات من عموم على اليد.

و فى كلا الوجهين محل نظر. اما الأول فلأن جواز الاخذ شرعا لا ينافى الضمان نظير المأخوذ بالسوم، و اما الثانى فلوجود اصل يرفع ذلك الاحتمال المذكور و هو اصاله عدم جعله ولما و هو اصل موضوعى بجعل تلك اليد مضمّنه و غير امينه. هذا فيما لو تلف قبل الاخذ بالتقاص، و اما لو اخذ بالتقاص بان باعه و اخذ مقدار حقه و الزائد يرجع الى المقتص منه فلو تلف الزائد فهل يضمنه مع عدم التعدى او التفريط ام لا يضمنه؟ قال الشيخ «قدس سره» فى الجواهر بضمانه استنادا الى كون الزائد من ثمن مال مضمون عليه بجملته. و الظاهر عدم الضمان لكون الزائد بيد المقتص و ان لم يكن امانه مالكيه إلا ان الشارع لما جوز للمقتص اخذ حقه من مال المقتص منه صار الزائد بيد المقتص امانه شرعيه فيحفظه و يوصله الى المالك. فلو تلف لا عن تقصير و تأخير فى الرد لا يضمن، و كون الزائد من ثمن عين مضمونه عليه بجملته انما هو قبل البيع و الاخذ بالتقاص و بعد التقاص تغير ذلك العنوان و انطبق عنوان جوزه الشارع و يكون من الامانه الشرعيه المقصود فيها الحفظ لصاحبها. هذا كله لو كان الواقع بيد المقتص من الاموال ليس بعنوان الوديعة، و اما لو كان ما وقع بيده بعنوان الوديعة فيقع الكلام فيها من جهتين: الاول انه هل يجوز اخذ الوديعة و تملكها

مقاصه عما اخذ منه ام لا يجوز؟ قيل بالثاني تمسكا باخبار الوديعه المشتمله على قوله و إن خانك فلا تخنه(١)، و قوله (ص) و لا تخن من خانك(٢) و خصوص صحيحه معاويه بن عمار عن ابي عبد الله (ع) قلت له الرجل يكون لى عليه الحق فيجحدنيه ثم يستودعنى مالا ألى ان آخذ مالى عنده قال هذه الخيانه(٣)،

### فى التقاص من الوديعه

و الحق هو الاول وفاقا لأكثر المتأخرين تمسكا باطلاق ادله المقاصه فانها داله على جواز الاخذ مما وقع بيد المقتص من المال مطلقا سواء كان بعنوان الوديعه ام لا مضافا الى خصوص خبر ابن سليمان فى الوديعه و القرض الى ان قال فكتب نعم يحل ذلك ان كان بقدر حقه و ان كان اكثر فيأخذ منه ما كان عليه و يسلم الباقي ان شاء الله(٤). و اما الخبر المتقدم الدال على عدم جواز التقاص من الوديعه فالمراد من الخيانه التصرف فى مال الغير من دون حق مضافا الى ان ادله نفي الضرر حاكمه على حرمه التصرف فى مال الغير، فحينئذ تبقى ادله الجواز سليمه عن المعارض، و لكن لا يخفى اما عن حمل خبر معاويه بن عمار على التصرف بمال الغير من دون حق فهو خلاف ما يظهر منه، و اما ادله الضرر فليست حاكمه على الأدله التى ثبت الحكم فى مورد الضرر و انما هى حاكمه على الادله الواقعيه.

نعم يمكن ان تكون مرجحه لاحد الدليلين المتعارضين بناء على عدم

ص: ٢٨٦

- 
- ١- (١) التهذيب المكاسب اخبار التقاص حديث ١٠١ ص ٣٤٨ ج ٦.
  - ٢- (٢) نفس المصدر الا ان الحديث ١٠٢ مستشهدا بقول النبي (ص) و فى الفقيه باب ٦٠ فى القرض و الدين حديث ١٨ ص ١١٣ ج ٣ الطبعة الحديثه.
  - ٣- (٣) الفقيه باب ٦٠ فى الدين و القرض حديث ١٩ ص ١١٤.
  - ٤- (٤) التهذيب فى المكاسب اخبار التقاص حديث ١٠٦ ص ٣٤٩ ج ٦.



الخصوصيه للمرجحات المنصوصه و انها اعتبرت بما انها اقرب الى الواقع فيكون المرجح هو الاقرب الى الواقع. فحينئذ كلما يكون اقرب الى الواقع يقدم على غيره و لو كان الترجيح بالعناوين الطارويه كالضرر.

قال الشيخ «قدس سره» فى الجواهر بما حاصله ان بين الدليلين اى بين خبر معاويه بن عمار و خبر على بن سليمان تعارض و الترجيح بادلله الضرر (اقول) ما ذكره مبنى على ما عرفت من الترجيح بالاقربيه فلا يرد عليه ما ذكره بعض بان ادله الضرر حاكمه فكيف يقع الترجيح بها فقد عرفت انه لا مانع من الترجيح بالعناوين الطارويه مضافا الى انه ليست حاكمه على الادله الواقعيه فى موارد الضرر من غير فرق بين ان يكون الحكم المجعول على موضوع ضررى كوجوب اعطاء الخمس و الزكاه مثلا، و بين ان يكون الحكم دائما ضرريا كالحكم بضمان اليد و التلف لكونها خارجة عن مصب القاعده و ليس خروجها عنها من باب التخصيص لكى يلزم تخصيص الاكثر و انما هو من باب التخصيص حيث ان الموضوع هو تضييق ما يكون قابلا للاطلاق بنحو يكون المجعول له حالتان فما لم يكن فيه الحالتان كما فى مثل موارد الضرر خارج عن موضوع القاعده و ادعى بعض مشايخنا «قدس سره» بعد حمل اخبار عموم الخيانه على التصرف بمال بغير حق قال بين الدليلين اى خبر معاويه بن عمار و خبر على بن سليمان(1) تعارض و الترجيح لدليل الجواز لموافقته لعمومات التقاص، و لكن لا يخفى ان حمل عمومات الخيانه على ما ذكره لا وجه له فحينئذ بين الدليلين تعارض، و كما ان دليل الجواز موافق لعمومات التقاص كذلك دليل عدم الجواز

ص: ٢٨٧

---

١- (١) الاستبصار باب من له على غيره مال فيجحد حديث ٧ ص ٥٣ ج ٣.

موافق لعمومات الخيانه فلذا قلنا بالترجيح بادلله الضرر. بل يظهر من بعض الاخبار رجحان التقاص في الوديعة كصحيح البقباق ان شهابا ما رآه في رجل ذهب له بالف درهم و استودعه بعد ذلك الف درهم قال ابو العباس فقلت له خذها مكان الالف التي اخذ منك فابى شهاب قال فدخل شهاب على ابي عبد الله (ع) فذكر ذلك له فقال (ع) اما انا فاحب ان تأخذ و تحلف»(1)، فانها كما ترى تدل على رجحان التقاص و اخبار النواهي مثل لا- تخن من خانك و ان خانك فلا- تخنه، و لو حملت على الكراهه داله على المرجوحه فيكون بينهما تعارض تبين، و لا يمكن الجمع بحمل اخبار النواهي على الكراهه، اللهم إلا أن يقال باعراض المشهور عن روايه البقباق و ثبوت ذلك محل اشكال.

فانقدح مما ذكرنا ان القول بالجواز هو الاقوى لعمومات الآيات و الاخبار و خصوص بعض الاخبار و مع التعارض فالترجيح لأدله الجواز بادلله الضرر وفاقا لأكثر المتأخرين بل قيل انه المشهور.

الثانيه: انه بعد الفراغ عن جواز الأقتصاص بما اودع عند المقتص، فلو قصد الاقتصاص و لم يقتص بأن كان عنده مودعا ما يكون قيمته مأتى درهم و يطلب مقدار مائه درهم فيحتاج الى بيعه في الاقتصاص ثم تلف قبل الاقتصاص هل يكون ضامنا له او لا؟ ربما يقال بعدم الضمان استنادا الى استصحاب عدم الضمان و ان يده كانت يد أمان لكونها وديعه، و بعد نيه الاقتصاص نشك في بقائها لاحتمال انه له الولايه على استيفاء دينه شرعا فبسبب هذا الاحتمال تستصحب بقاء

ص: ٢٨٨

---

١- (١) التهذيب في المكاسب اخبار التقاص حديث ١٠٠ ص ٣٤٧ ج ٦ و في الاستبصار باب ٢٧ من له على غيره مال فيجده حديث ٨ ص ٥٣ ج ٣.

امانه يده. اللهم إلا ان يقال بأن هذا الاستصحاب من القسم الثالث و هو ما اذا كان الشك في بقاء الكلى مستندا لحدوث فرد آخر بعد القطع بارتفاع ذلك الفرد المتيقن، و قد قرر في محله عدم جريان الاستصحاب لكون المشكوك غير المتيقن المقطوع بارتفاعه. و عليه لا- مانع من التمسك باطلاقات الضمان، و لو جرى الاستصحاب لكان من قبيل استصحاب حكم المخصص كاستصحاب ثبوت الخيار لاثبات عدم فوريته بناء على عدم كون الاطلاق متعرضا للعموم الزمانى مضافا الى جريان اصاله عدم الولاية الحاكمة بالضمان. فاذا الأقوى هو الضمان لأصالة عدم الولاية الموجبه لكون اليد غير امنيته، فهو اصل موضوعي للحكم بالضمان و موجب للدخول تحت عموم على اليد.

### جواز المقاصه بعد حكم الحاكم

بقى الكلام فى انه تجوز المقاصه بعد حكم الحاكم بناء على ما هو الحق من ان حكم الحاكم لا يغير الواقع بل هو باق على حاله، فان ظاهر قوله (ص): انما اقضى بينكم بالايامن و البيئات (1) هو ذلك و انما هو حكم ظاهرى يترتب عليه آثار الواقع بحسب الظاهر و لا- يرتفع الحكم الواقعى فهو على واقعه محفوظ و بعد حكم الحاكم بكون العين لزيد مع انها واقعا لعمر و فلا تنقطع ملكيه عمر و واقعا فتجوز المقاصه حينئذ لانها من لوازم بقاء سلطنه المالك الاول و عدم انقطاع سلطنته بذلك.

نعم بالنسبه الى حكم الحاكم استنادا الى اليمين المشهور عدم جواز المقاصه استنادا الى روايه ابن ابى يعفور عن ابى عبد الله (ع) اذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف ان لا حق له قبله

ص: ٢٨٩

---

١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٢ من ابواب كيفيه الحكم و احكام الدعاوى ج ٣ الطبعة القديمه و فى التهذيب كتاب القضاء باب ٨٩ كيفيه الحكم و القضاء حديث ٣ ص ٢٢٩ ج ٦ الطبعة الحديثه.

ذهبت اليمين بحق المدعى فلا حق له و ان كان عليه بينه عادله قال:

نعم، و إن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامه ما كان له حق و كانت اليمين قد ابطلت كل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه عليه، قال رسول الله (ص): من حلف لكم بالله فصدقوه و من سألكم بالله فاعطوه و ذهبت اليمين بحق المدعى و لا- دعوى له (١)، و فى خبر خضر بن عمرو فى الرجل يكون له على الرجل المال فيجحده قال ان استحلفه فليس له أن يأخذ منه شيئاً و ان تركه و لم يستحلفه فهو على حقه (٢) و فى خبر عبد الرحمن ابن ابى عبد الله قال قلت للشيخ اخبرنى عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلا- يكون له بينه بماله قال فيمين المدعى عليه فان حلف فلا حق له و ان رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق (٣) الى غير ذلك من الاخبار. فهذه الاخبار كما ترى، سيما خبر خضر ابن عمرو الدال على ان الحكم إذا استند الى اليمين ليس له المقاصه، فلو لا ذلك لوجب العمل على مقتضى القواعد الاولى من عدم انقطاع سلطنه المالك، و حيث انه على خلاف القاعده لزم الاقتصار على القدر

ص: ٢٩٠

- 
- ١- (١) التهذيب كتاب القضاء باب ٨٩ كيفية الحكم و القضاء حديث ١٦ ج ٦ و فى الفقيه باب ٢٤ بطلان حق المدعى بالتحليف و ان كان له بينه ص ٣٧ ج ٣ الطبعه الحديثه.
  - ٢- (٢) الكافي كتاب القضاء باب من رضى باليمين فحلف له حديث ٢ ص ٤١٨ ج ٧ و فى التهذيب باب ٨٩ كيفية الحكم و القضاء ح ١٧ ج ٦.
  - ٣- (٣) الفقيه باب ٢٦ الحكم باليمين على المدعى حديث ١ ص ٣٨ ج ٣ و فى التهذيب كتاب القضاء باب ٨٩ كيفية الحكم و القضاء حديث ٦ ص ٢٢٩ ج ٦ و الظاهر ان المراد من الشيخ هو الامام موسى ابن جعفر كما عن الصدوق.

المتيقن و لم يتعد منه الى ما كان الحكم بسبب البيئه، كما ان الظاهر من هذه الاخبار هو الاختصاص بالمدین فلا يشمل ما لو استولى على العين.

نعم لو كذب نفسه او أقر فربما يقال بجواز الاخذ مقاصه لعموم دليل الاقرار و ان كان للمناقشه مجال بتقريب ان قوله فلا حق له نفى الحق فهو حاكم على دليل الاقرار.

ثم ان الظاهر من الاخبار أن يكون الدائن يعلم بثبوت حقه عند الغريم او البيئه قامت على ثبوت حقه، و اما لو لم يعلم و كان ثبوت الحق مقتضى الاصول العمليه و الغريم قد جحد الحق أو ادعى الوفاء فيشكل للدائن التقاص لو وقع مال المدین بيده، و اما لو ادعى على زيد بدين و هو يقول لا ادرى بانى مدین فمع علم الدائن يجوز المقاصه من مال المدین لو وقع فى يده. و اما مع احتمال الوفاء يشكل المقاصه من مال المدین، كما ان ظاهر الاخبار ان الذى يقع المال فى يد الدائن اذا كان مختصا للمدین، فلو وقع مال مشترك بين المدین و الغير فلا تجوز المقاصه منه إلا باذن الشريك لحرمة التصرف بمال الغير من دون رضاه، و ليس مثلما لو زاد حق المدین فانه يكون الزائد امانه شرعيه يجب ردها الى المالك.

ثم ان الظاهر من الاخبار ان يكون الغريم جاحدا او مماطلا، فلو كان ناسيا بحيث لو تذكر لا يجحد كونه مدینا لا يجوز المقاصه منه لو وقع ماله بيد الدائن، و ربما يقال بانه لو تذكر يجحد كونه مدینا ايضا لا تجوز المقاصه منه لعدم صدق الجحود مع نسيانه للمدین كما ان الجحود لا يصدق اذا كان الحياء او الخوف مانعا لمطالبه الدائن او كان المدین غائبا لا يعلم جحوده فان جميع ذلك لا تجوز المقاصه من مال المدین، ثم ان المقاصه كما تحصل بالمباشره تحصل بالتوكيل

فيجوز للدائن التوكيل لأخذ المقاصه من مال المدين، و بدون الوكاله يشكل اخذ المقاصه لغيره، و اما اذا كان صاحب الحق مدينا لشخص فيجوز له ان يوكله في اخذ حقه من الغريم الجاحد مقاصه ثم يملكه عوضا عن طلبه. و اما الأذن باستيفاء دينه منه بعنوان المقاصه ففيه اشكال إذ يكون فعل واحد يحصل به تمليك الدائن و وفاء لدين المقتص له. اللهم إلا ان يقال بنفس استيلائه حصلت المقاصه ثم بذلك صار استيفاء، ففي نفس الاستيلاء حصل الامران بنحو الترتيب، ثم للحاكم الشرعي بحسب ولايته الشرعيه له الاقتصاص من مال من عنده و لو في ذمته الزكاه و الخمس ورد المظالم مع جحوده و مماطلته اذا لم يمكن اجباره على الاداء، كما ان لآحاد الفقراء المقاصه من مال من عليه الزكاه مع جحوده اذا كان باذن من الحاكم الشرعي. نعم ليس لآحاد الفقراء المقاصه اذا لم يكن عندهم اذن من الحاكم الشرعي لعدم ملكيه كل فرد بالخصوص و ان كانوا مالكين باعتبار النوع، و مثله لو اوصى بشيء للفقراء و كان الوصي أو الوارث جاحدا أو مماطلا، و كذا في الوقف بالنسبه الى جحود المتولى او مماطلته فان في الجميع يحتاج آحاد الفقراء اذنا من الحاكم الشرعي، و اما بدون اذن الحاكم الشرعي فيشكل المقاصه لآحاد الفقراء وفاقا للسيد (قدس سره) في ملحقات العروه (مسأله ٢٣) من فروع المقاصه ما لفظه: هل يجوز لآحاد الفقراء المقاصه من مال من عليه الزكاه و هو جاحد او لا؟ الظاهر ذلك بأذن الحاكم الى آخره.

### المال الذي لا وارث له

العاشره: المال الذي لا وارث له فانه للامام (ع) للنصوص المستفيضه كمرسله حماد عن ابي الحسن الاول (ع) قال الامام وارث

من لا وارث له (١) و عن الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال: (يَسْتَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ) (٢) قال قال من مات و ليس له مولى فماله من الانفال (٣) و عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) قال من مات و ليس له وارث من قبل ولا مولى عتاقه ضمن جريرته فماله من الانفال ٤ ، و عن ابان بن تغلب قال قال ابو عبد الله (ع) من مات لا مولى له و لا ورثه فهو من اهل هذه الآية (يَسْتَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَ الرَّسُولِ) ٥ و اما ان الانفال للامام فقد صرحت به الأخبار، فعن ابي الصباح الكناني قال قال ابو عبد الله (ع) نحن قوم فرض الله طاعتنا لنا الأنفال و لنا صفو المال الحديث و عن ابي عمير مثله و عن عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله الى ان قال: و اما الفىء و الانفال فهو خالص لرسول الله (٤) و لا ينافى ذلك ما رواه السرى يرفعه الى امير المؤمنين (ع) فى الرجل يموت و يترك ما لا ليس له وارث، قال فقال امير المؤمنين (ع)

ص: ٢٩٣

- 
- ١- (١) الوسائل كتاب الميراث باب ٣ ان من مات و لا وارث له من ابواب ولاء ضمان الجريره و الامام (ع).
  - ٢- (٢) سورة الانفال آيه ١.
  - ٣- (٣ و ٤ و ٥) الاستبصار باب ١١٣ ميراث من لا وارث له دون الامام ص ١٩٦ و فى الوسائل كتاب الميراث باب ٣ من ابواب ضمان الجريره و الامام (ع).
  - ٤- (٤) الوسائل كتاب الخمس باب ٢ من ابواب الانفال و ما يختص به الامام (ع).

اعط همشاريخه(١) اى اهل بلده، و ما رواه داود عن ذكره عن ابى عبد الله (ع) قال مات رجل على عهد امير المؤمنين (ع) لم يكن له وارث فدفع امير المؤمنين (ع) ميراثه الى همشاريخه ٢ لشذوذهما اولاً و امكان حملهما على ان المال لما كان من الانفال الراجع الى الامام له ان يعمل به ما يشاء، و هذا مما لا اشكال فيه بالنسبه الى زمان الحضور و انما الكلام وقع بالنسبه الى زمان الغيبه فهل يجب صرفه الى الفقراء مطلقاً او فقراء اهل بلده او للشيعة مطلقاً و لو لم يكونوا فقراء او يجب دفنه، اقوال لا يصار الى الاخير منها لكونه يعد ذلك اتلافاً له، و قيل بالثالث مستدلاً بأدله التحليل، و قيل بالثاني لما روى انه من مات و ليس له وارث فميراثه لهمشهرىخه يعنى اهل بلده، و قد افتى بهذا المضمون الصدوق قال انه متى كان الامام ظاهراً فماله للامام، و متى كان غائباً فماله لاهل بلده، و ينسب الأول الى المشهور و يشكل عليه بان ميراث من لا وارث له لما كان من الانفال حسب الاخبار المتقدمه فيشملة ادله التحليل و بيان ما هو المختار يحتاج الى بيان ادله التحليل و مقدار دلالتها فنقول ما يدل على التحليل خبر الحرث ابن مغيره النضرى قال دخلت على ابى جعفر (ع) فجلست و اذا بنجيه قد استاذن عليه فاذن

ص: ٢٩٤

١- (٢١) الاستبصار باب ١١٣ ميراث من لا وارث له حديث ٤ و ٥ ص ١٩٧ و فى الوسائل باب ٤ حكم ما لو تعذر ايصال مال من لا وارث له الى الامام من ابواب ولاء ضامن الجريه و فى نفس الباب محمد بن على بن الحسين قد روى خبراً ان من مات و ليس له وارث فميراثه لهمشهرىخه يعنى اهل بلده، و بهذا المضمون افتى الصدوق بانه متى كان الامام ظاهراً فماله للامام عليه السلام و متى كان غائباً فماله لاهل بلده.



له فدخل فجثا على ركبته و بعد سؤاله قال (ع) يا نجيہ إن لنا الخمس فى كتاب اليه و لنا الانفال و لنا صفو المال الى ان قال اللهم انا قد احللنا ذلك لشيعتنا(١)، و خير ابى سيار يا ابا سيار الارض كلها لنا فما اخرج الله تعالى منها من شىء فهو لنا الى ان قال و كل ما كان فى ايدى شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون و محلل لهم ذلك الى ان يقوم قائمنا ٢ الى غير ذلك من

### ادله التحليل

الاخبار الداله على تحليل ما هو لهم الا- ان ذلك لا- يمكن الالتزام بظاهاها لاعراض الاصحاب عن ظاهاها بل الاتفاق على خلافها على انه مناف لغرض تشريع الخمس لبنى هاشم و تحريم الصدقه عليهم مضافا الى ان ادله التحليل قاصره عن شمولها لما كان من الانفال مما ليس بارض مثل الغنيمه بغير اذنه التى يغتمها المخالفون و ميراث من لا وارث له كما ان خبر الحرث لا يشمل الخمس من ارباح المكاسب، إذ المراد بالخمس فى كتاب الله هو الغنائم فى دار الحرب، و عليه لا بد من حمل الخبرين السابقين على تحليل حقه فى المال حين وقوعه فى ايدى الشيعة من غير فرق بين كونه من الخمس ام من الانفال واقعا فى ايديهم او تحليل ما يشتري ممن لا يعتقد الخمس و لا تدل على تحليل مطلق الخمس او حقه على انه روايات كثيره تدل على وجوب الخمس من ارباح المكاسب و غيرها كخبر الطبرى فى جواب الرضا (ع) لمن سألته الاذن فى الخمس (ان الخمس عوننا على ديننا و على عيالنا و على موالينا و ما نبذله و نشترى من اعراضنا ممن نخاف سطوته الى ان قال و ليس المسلم من اجاب باللسان و خالف

ص: ٢٩٥

---

١- (٢١) الوسائل كتاب الخمس باب ٤ من ابواب الانفال و ما يختص بالامام (ع).

فى القلب (١)، و خبره الآخر عنه اجاب عن سألته و هم قوم من خراسان ان يجعلهم فى حل من الخمس فقال ما امحل هذا تمحضونا الموده بالستكم و تزوون حقا جعله الله لنا و جعلنا له و هو الخمس لا نجعل لاحد منكم فى حل ٢.

و التوقيع المروى عن محمد بن عثمان بسم الله الرحمن الرحيم لعنه الله و الملائكه و الناس اجمعين على من استحل من مالنا درهما الى ان قال فقلت فى نفسى ان ذلك فى كل من استحل محرما فأى فضيله للحجه فو الله لقد نظرت بعد ذلك التوقيع فوجدته قد انقلب الى ما وقع فى نفسى بسم الله الرحمن الرحيم لعنه الله و الملائكه و الناس اجمعين على كل من أكل من مالنا درهما حراما (٢)، و فى ذيل خبر محمد بن جعفر الاسدى عن محمد بن عثمان العمرى فى جواب مسائله الى صاحب الدار (ع) من اكل من مالنا شيئا فانه يأكل فى بطنه نارا و سيصلى سعيرا ٤ الى غير ذلك من الاخبار الكثيره حتى ادعى تواترها المعتضده بما يستفاد من حكمه تشريع الخمس و انه عوض الزكاه كما يظهر ذلك من سيره و كلاء الامام الاربعه فانهم كانوا يقبضون فيها الاخماس و يعملون بأمره، و ما كان مثله من السنه ايضا كاخبار كيفيه قسمته و غيرها (٣) و عليه ترجح هذه الاخبار على اخبار التحليل فلا وجه للجمع بينها و بين هذه الاخبار بجعلها مقيده لادله التحليل بحملها على حال الاعواز فى صحيحه

ص: ٢٩٦

- 
- ١- (٢١) الوسائل كتاب الخمس باب ٣ من ابواب الانفال الحديث ٢-٣.
  - ٢- (٤٣) الوسائل كتاب الخمس باب ٣ من ابواب الانفال حديث ٦-٧.
  - ٣- (٥) الوسائل كتاب الخمس باب ١ من ابواب كيفيه قسمه الخمس

على بن مهزيار(١) أو حملها تحليل المناكح في خبر ابن ضريس ٢ و خبر أبي خديجه ٣ و تحليل ما يشتري ممن لا يعتقد وجوب الخمس في خبر يونس بن يعقوب ٤ او تحليل أرض الموات في خبر عمر بن يزيد ٥ على انه يشكل عليها بعدم صلاحيتها لتقييد روايه حكيم عن أبي عبد الله قلت له: (وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ ) قال على و الله الا فادوا يوما فيوم إلا ان جعل شيعتنا في ذلك في حل ليزكوا ٦ و ان امكن حمل هذا الخبر على العفو من دفع الخمس يوما فيوم او غير ذلك لكي لا- ينافي الأخبار الداله على وجوب الخمس من ارباح المكاسب و غيرها و دعوى ان التحليل كان في زمان الحضور دون الغيبه في غير محله اذ الاستفادة من بعض أدله التحليل الى يوم القيامة و في بعضها فليبلغ الشاهد الغائب و في بعضها لشيعتنا و ابنائهم و في بعضها الى ان يظهر امرنا. هذا و الانصاف ان الاستفادة من احاديثهم ما كان لنا فقد ابحناه لشيعتنا كي تطيب مناكحهم و مساكنهم فيما كان بايدي المخالفين مما فيه الخمس كالجوارى التي كانت تؤخذ في الغنائم في حروب الاسلام و كارباح المكاسب و غيرها التي تحت ايديهم و احدها منهم مع علمنا بعدم تخميسه فانه لا- يجب علينا تخميسه، فما عدى ذلك من الاراضى مطلقا المفتوحه عنوه او صلحا و من كل ما هو راجع الى الامام سلام الله عليه من الانفال و غيرها من المنقول و غير المنقول و خصوص مال من لا وارث له الرجوع الى نائب الامام و هو الفقيه الجامع للشرائط أما بدفع العين له او المصالحه معه او اخذ الرخصه فيه و الاحوط في خصوص صرف مال من لا واث له الى فقراء البلد كما افتي بذلك الصدوق

ص: ٢٩٧

---

١- (١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦) الوسائل كتاب الخمس باب ٤ من أبواب الانفال و ما يختص بالامام (ع).

و ليعلم أن اخذ الرخصه من الحاكم الشرعى إنما هو من باب التولية لا الولاية و فرق بينهما، إذ التولية غير الولاية.

بيان ذلك هو أن التولية من شؤون من له السلطنة على ما هو مسلط عليه، و التسليط اما بنحو الملكيه او بنحو الولاية و الولاية اعطاء سلطنه على اموال العباد و الامام (ع) حسب ما عرفت له سلطنه على النفوس و على الاموال، و قد استفدنا من الأدله اى من المقبوله و المشهوره و غيرهما هو اعطاء سلطنه للفقيه على اموال الناس فالشارع اعطى الولاية للفقيه على اموال العباد، و اما بالنسبه الى اموال نفسه كالانفال، و حق الامام إنما هو راجع الى شخص نفسه و من مختصاته فلا يشمله دليل تلك الولاية إذ جعله قاضيا و حاكما بالنسبه إلى ما يرجع اليه العباد فى امورهم لا فى ما يملكه الامام (ع)، فلو دل دليل من العقل و الضروره على جواز تصرف ما يختص بالامام للفقيه فانما هو من دليل خاص يدل على اعطاء الرخصه فى تصرف ما يرجع اليه فيكون نظير تصرف المأذون فى مال المالك و ليس الاذن من قبيل الولاية، و من هنا سميناه تولى، و مثل ذلك تصرف القيم فى اموال الطفل فانه لما كان من شؤون الفقيه فهو من التولية، و مثلها تولى الاوقاف من الواقف او من الفقيه بل و تصرف الوكيل كما قيل عبارته عن استنابه فى التصرف، فما ادعاه بعض بان تصرف الفقيه فى مال الامام من الولاية على مال الغائب فى غير محله بعد فرض ان الامام اكمل الموجودات و هو موجود بضروره العقل و النقل عجل الله فرجه فلا معنى للولاية عليه، على ان ذلك نشأ من الخلط بين الولاية و التولية و قد عرفت الفرق بينهما فافهم و تأمل.

### **للكام الشرعى ولاية على اجبار الزوج على الطلاق**

الحادى عشر: للكام الشرعى ولاية على اجبار الزوج للطلاق مع عدم قيامه بحقوق الزوجيه فى الانفاق و عدم وطئها اربعة اشهر او

اصيب بعن بعد الوطاء، لما يستفاد من الآيات و الاخبار. اما الآيات فقوله تعالى: «فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سِرِّهُنَّ بِمَعْرُوفٍ» (١) وقوله تعالى: «فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ» (٢) وقوله تعالى: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» (٣) فهذه الآيات كما ترى يستفاد منها بأن حياه الزوجيه لا بد ان يسلك الزوج أحد أمرين، اما ان يقوم بحقوق زوجته او يطلقها. و دعوى ان الآيات لا يستفاد منها ذلك لكونها وارده في مورد تطليقه الثالثه ممنوعه. إذ ورودها في مورد خاص لا يوجب تخصيصها بذلك لان خصوصيه المورد لا يخصص الوارد، و أما الاخبار فقد وردت عدده روايات يستفاد منها ذلك كروايه ابن ابي عمير اذا كساها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها اقامت معه و الاطلقها (٤)، و صحيح الفضيل ابن يسار و الربيعي عن ابي عبد الله (ع) في قوله تعالى: (وَ مَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ) (٥) قال ان انفق عليها ما يقيم ظهرها، و في روايه اخرى ما يقيم صلبها مع كسوه و الفرق بينهما (٦) إلى غير ذلك من الاخبار المستفاد منها ان الزوج يجب عليه القيام بحقوق زوجته او يفكها، و اما لو امتنع الزوج من الطلاق مع اجبار

ص: ٢٩٩

- ١- (١) سورة البقره آيه ٢٣١.
- ٢- (٢) سورة الطلاق آيه ٢.
- ٣- (٣) سورة البقره آيه ٢٢٩.
- ٤- (٤) الوسائل الباب الأول من أبواب النفقه حديث ٢.
- ٥- (٥) سورة الطلاق آيه ٧.
- ٦- (٦) التهذيب كتاب النكاح باب الزيادات حديث ٦١ ج ٧ ص ٤٦٢ الطبعه الحديثه.

الحاكم الشرعى له فهل للحاكم الشرعى اجراء صيغه الطلاق لو طلبت الزوجه ذلك او لا؟ و قد استفيد من الآيات المذكوره و الأخبار عموم ولايه الحاكم الشرعى للممتنع من القيام بحقوق زوجته إلا ان الظاهر له اجراء صيغه الطلاق مباشره او تسيباً فى خصوص الانفاق. لما روى عن ابن ابى بصير قال سمعت أبا جعفر (ع) يقول من كانت عنده امرأه فلم يكسها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها كان حقا على الامام ان يفرق بينهما(1) الى غير ذلك من الأخبار المستفاد منها ان الزوج يجب عليه القيام بأحد الأمرين أما قيامه بحقوق زوجته او يفكها، و إلا الامام يفرق بينهما. و دعوى ان ذلك مخالف لاخبار المفقود عنها زوجها حيث انها صريحه فى انها تؤجل اربعة سنين لكى يتفحص عنه فان لم يجد له اثراً أمر الوالى وليه ان ينفق عليها، فان انفق عليها فهى امرأته كما هو مفاد خبر يزيد بن معاويه عن أبى عبد الله (ع) عن المفقود كيف يصنع بأمرأته؟ الى ان قال دعوى ولى الزوج المفقود فقيل له هل للمفقود مال؟ فان كان للمفقود مال انفق عليها، حتى يعلم حياته من موته، و ان لم يكن له مال قيل للوالى انفق عليها، حتى يعلم حياته من موته، و ان لم يكن له مال قيل للوالى انفق عليها، فان فعل فلا- سييل لها ان تتزوج ما انفق عليها(2) ، و بهذا المضمون عده روايات تدل على انه لا تطلق عند عدم الانفاق إلا بمضى اربع سنين و رفع أمرها الى الحاكم الشرعى فيتفحص عنه و حينئذ لو طلبت الزوجه الطلاق يطلقها الحاكم الشرعى او يأذن بطلاقها.

ص: ٣٠٠

١- (١) الفقيه باب ١٣١ حق المرأة على الزوج حديث (٥) ج ٣ ص ٢٧٩.

٢- (٢) الوسائل كتاب الطلاق باب ٢٣ و فى التهذيب كتاب النكاح باب الزيادات حديث ١٣ ص ٤٧٩ الطبعه الحديثه.

و بالجمله هذه الأخبار تخالف ذلك الحكم الكلى الذى عرفت ان بقاء الزوجيه تحصل بأمرين لا ثالث لهما، و لكن لا يخفى ان هذه الأخبار لا- تعارض تلك الأخبار حيث انها فى مقام هجر الزوجه و ترك حقوقها الواجبه عليه، و هذه الأخبار فى المفقود عنها زوجها فهما موضوعان مختلفان فلذا يختلفان حكما. و دعوى ان هذه الكليه و ان كانت مستفاده من الآيات و الأخبار ذلك إلا- انه لا- يستفاد منها ان للحاكم الشرعى ولايه على الطلاق بعد اجبار الزوج الممتنع من اداء الحقوق الواجبه عليه حيث ان المستفاد ان ولايه الطلاق للزوج فقط لقوله (ص):

(الطلاق بيد من اخذ بالساق)(١) لاستفاده الحصر من المسند اليه المعرف باللام و محل منع إذ الحاكم الشرعى لما كان ولى الممتنع فمع امتناع الزوج تتحقق ولايته بعد طلب الزوجه للطلاق و لو سلم فقد وردت روايات تدل على انه لو امتنع الزوج من الانفاق و ترك الوطىء اربعة اشهر فللحاكم الشرعى الطلاق لو طلبته الزوجه، اما الانفاق كصحيحه ابن أبى بصير (المرادى) قال سمعت أبا جعفر (ع) يقول من كانت عنده امرأه فلم يكسها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها كان حقا على الامام ان يفرق بينهما(٢) نعم ربما يقال بأن ذلك مختص بما اذا كان موسرا، اما اذا كان معسرا فليس للحاكم الشرعى مباشره الطلاق لو طلبت الزوجه ذلك لما ورد عن امير المؤمنين (ع) حيث

ص:٣٠١

---

١- (١) المستدرک کتاب الطلاق باب ٣٥ و فى الخلاف کتاب الطلاق ج ٢ ص ٢٢٣ و فى الجواهر و الحدائق فى مسأله عدم صحه طلاق الولى عن الصبى.

٢- (٢) الوسائل کتاب النکاح باب (١) وجوب نفقه الزوجه من ابواب النفقه حديث ٣.

قال اذا امرأه استعدت على زوجها على انه لا- ينفق عليها و كان زوجها معسرا فأبى عليه السلام ان يحبسه و قال إن مع العسر يسراً(١) ، و لكن لا يخفى ان هذه الروايه لا تعارض ما ذكرنا إذ لم تكن الزوجه فى مقام طلب الطلاق و إنما هى تطلب الانفاق من زوجها و هو معسر و حيث انها تملك على زوجها الانفاق فتكون ممن جاء الى الحاكم الشرعى مطالباً بدينه من غريمه و لذلك فرع الراوى بقوله فأبى ان يحبسه فقال عليه السلام (فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا) كما قد روى (انفاء و هو ان يراجع الى الجماع و الا- حبس فى حضيره من قصب و شددّ عليه فى المأكّل و المشرب حتى يطلق)(٢) ، و قد روى (انه متى امره امام المسلمين بالطلاق و امتنع ضرب عنقه لامتناعه على امام المسلمين)٣ و لما روى فى ذيل خبر سماعه (انه بعد الاربعه اشهر فان أبى فرق بينهم الامام) و فى بعضها (حتى يفرق بينهما)(٣) و قال (ع) (اذا مضت اربعه اشهر و وقف قلت من يوقفه؟ قال (ع) الامام)(٤) فالمستفاد من ذلك ان ترك الوطء اربعه اشهر موجب لسلوك أحد الطرفين اما ان يرجع و ان امتنع يحبس و مع طلب الزوجه الطلاق يجبره الحاكم الشرعى عليه

ص: ٣٠٢

- 
- ١- (١) التهذيب كتاب القضاء باب الزيادات حديث ٤٤ ج ٦ ص ٢٩٩
  - ٢- (٢) الوسائل كتاب الايلاء باب ١١ إن المولى اذا ابى ان يطلق بعد المده و لم يف حبسه الامام من ابواب الايلاء حديث ٤ و فى الفقيه باب الايلاء حديث ٢ ج ٣ ص ٣٣٩.
  - ٣- (٤) الوسائل كتاب الايلاء باب ٩ ان المولى يجبر بعد المده على ان يفى او يطلق.
  - ٤- (٥) الوسائل كتاب الايلاء باب ٨ ان المولى يوقف بعد اربعه اشهر من حين الايلاء.



و مع امتناعه للحاكم الشرعى ايقاع الطلاق لتسلك الزوجه طريقها فى هذه الحياه، و دعوى انه لا يستفاد من هذه الروايات تلك الكليه لورودها فى الايلاء فتكون اخص من المدعى فى غير محلها إذا المورد لا يخصص الوارد. و اما العنن بعد و طىء الزوجه مره واحده و تركها اربعه اشهر فهل للحاكم الشرعى ان يجبر الزوج على الطلاق و عند امتناعه يتولى الطلاق بنفسه لو طلبته الزوجه؟

## يجبر الزوج على الطلاق فيما لو امتنع من الاتفاق

### اشاره

ف نقول ان استفدنا الحكم الكلى من تحقق ولايه الحاكم الشرعى على اجراء الطلاق لتتحقق ولايته على الممتنع من غير فرق بين الاتفاق و غيره كما هو كذلك فى كثير من الموارد الرجوع الى الحاكم الشرعى، مثلما لو تزوج رجل بالاختين و لم يعلم السابق و اللاحق منهما و جهل تاريخهما يحرم عليه و طئهما او و طىء احدهما إلا بعد طلاقهما، فان امتنع الزوج من الطلاق فهل يجبر على الطلاق لضرر الصبر عليهما؟ قال السيد فى العروه لا يبعد ذلك لقوله تعالى (فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ) (١) الى ان قال (قده) و قد يقال ان للحاكم ان يفسخ نكاحهما، و هكذا فروع كثيره يستفاد منها ان الحاكم الشرعى هو المرجع فى مثل هذه الأمور لو وقعت بحضوره، و عليه يكون المقام داخلا تحت الحكم الكلى الذى فتح باب الطلاق و يتولاه الحاكم الشرعى بعد امتناع الزوج من اجرائه بعد امتناعه من و طئها اربعه اشهر و لكن لا يخفى ان العنن ليس من ذاك القبيل لما روى انه من أتى امرأه مره واحده ثم اخذ عنها فلا خيار لها (٢).

و عن غياث الضبى عن أبى عبد الله عليه السلام الى ان قال و اذا

ص: ٣٠٣

١- (١) سورة البقره آيه ٢٢٩.

٢- (٢) الاستبصار باب حكم العنن حديث ٥ ص ٢٥٠ الطبعة الحديثه ح ٣

وقع عليها دفعه واحده لم يفرق بينهما(١) فيخرج المقام من ذلك الحكم الكبروى تخصيصا على انه يمكن ان يقال ان مسأله المفقود ليس من قبيل ترك وطئها اربعة اشهر فى العنن حيث انها محرومه من جميع الجهات أى حتى من المضاجعه و باقى الاستمتاع بخلاف العنن فانها محرومه من الايلاج فقط مع تحقق بقيه الاستمتاع فكم فرق بين المسألتين:

«لا ضرر»

اشاره

ثم انه قد استدل على ذلك بقاعده لا ضرر بدعوى ان الزوجه مع عدم الانفاق عليها لغيبه الزوج و عدم معرفه مكانه و لم يكن عنده مال ينفق عليها او لا يعطى عصيانا و كان ذلك زمانا طويلا يوجب تضرر الزوجه من عدم جواز طلاقها فيتمسك بقاعده لا ضرر لرفع عدم جواز طلاقها إلا لمن اخذ بالساق. لحكومته هذه القاعده على الأدله الواقعيه كما قد يقال بثبوت الضمان فيما اذا كان عدم الضمان ضررا على شخص بتقريب ان عدم الحكم لما كان ضرريا فيرفع بهذه القاعده كما قيل فى الضمان فى بعض الموارد استنادا إليها كفك الباب على دابه فهربت و تلفت أو على طير فطار او يحبس الحر فتهرب دابته أو طار طيره او أبق عبده مما يكون الحكم بعدم الضمان موجبا لضرر المالك، بل ربما يقال ان نفس عدم جعل الحكم فى الموضوع القابل للجعل بمنزله جعل العدم، كما يمكن ان يقال بأن حديث لا ضرر يجرى لرفع لزوم النكاح لكون لزومه و عدم الاخلال من جانبها بحقوق الزوج فى حال كون الزوج غير قادر على القيام بحقوقها يكون ضررا فيكون منفيًا بهذا الحديث، و نتيجته

ص: ٣٠٤

ذلك تكون الزوجه لها فسخ النكاح كما هو كذلك بالنسبه الى جريانها لرفع لزوم البيع على المغبون فينتج من ذلك ثبوت خيار فى البيع و لكن لا- يخفى، اما بالنسبه الى لزوم النكاح فانما يكون لزوما حكما بمعنى ان الشارع قد حكم عليه بانه لا خيار فيه لأحد المتعاقدين، فاشترط الخيار فى مثل ذلك مخالف للحكم الشرعى فلا يكون نافذا و بذلك لا تلاحظ الاحقيه فيه و ان تضمنها بخلاف البيع فان اللزوم فيه لزوم حقيقى جاء من العقد و التعاقد من كل منهما على ما اوقعاه فلا يكون اللزوم ذاتيا فى البيع فلذا لا يحصل اللزوم فى المعاطاه من دون عقد لعدم كونه من مقتضيات ذاتها بل لكل منهما الرجوع فيما اوقعه كما يكون اللزوم ذاتيا فيما تقتضيه ذات المعامله كما فى لزوم الرهن على الراهن، فان عدم لزومه عليه ينافى حقيقه الرهن الذى هو جعل الوثيقه عند الطرف الآخر. و بالجمله النحو الاخير و الامول يشتركان فى عدم دخول الخيار و ان اختلف سببه فاشترط الخيار مناف لمقتضى ذاته فى الاخير و لمنافاته لحكم الشارع فى الاول بخلاف النحو الثانى فانه لا مانع من اشتراط الخيار فيه، لعدم كونه منافيا لذات المعامله لتخلفه فى المعامله المعاطاتيه. كما انه لا يكون منافيا للتعاقد عليها. نعم يكون منافيا لاطلاق التعاقد و هذا جار فى كل شرط فانها تكون منافيه لاطلاق الشرط لا لذات المشروط، و مع الاغماض عما ذكر فقد قام الاجماع على عدم دخول الخيار فى عقد النكاح إلا من الطرق الخاصه المنصوص عليها فى عيوب الرجل و المرأه، و قد ذكر فى الجواهر بان سر ذلك هو شائبه العباده التى لا يدخلها الخيار، و اما بالنسبه الى اجبار الزوج على الطلاق فيمنع استفاده ذلك من قاعده لا ضرر. و بيان ذلك يحتاج الى معرفه مفادها و الظاهر ان مفادها نفى الحكم الضررى بمعنى ان كل حكم يستلزم ضررا

او حصل من قبل جعله ضرر على العباد فهو مرفوع و هذا الرفع إنما هو رفع حقيقى اذ لا وجود للحكم الضررى لو كان إلا فى عالم التشريع و قد فرض انه رفع بهذا الحديث كما هو ظاهر كلمه (لا) النافيه للجنس إذا كان مدخولها نكره، و عليه يكون الرفع رفعا تشريعيًا حقيقيا لا- ادعائيا لما هو معلوم من ان الأحكام الشرعيه ليست موجوده إلا فى عالم التشريع فمن رفعها فى عالم التشريع ترتفع حقيقه لا ادعاء بخلاف ما لو قلنا بأن الرفع توجه الى الموضوع باعتبار رفع حكمه فان يكون رفعه ادعائيا لعدم رفع الموضوع حقيقه كما هو كذلك بالنسبه لقوله لا- شك لكثير الشك صونا للكلام عن الكذب و انما يصار اليه حيث لا يمكن الرفع الحقيقى و يكون الرفع فى مثله ادعائى على نحو المجاز. و دعوى ان الرفع لو كان تشريعيًا كما استظهرناه من (لا) النافيه للجنس ايضا يكون النفى على نحو المجازيه إذ المراد نفى الحكم الذى ينشأ من قبله الضرر فاستعمال الضرر فى مسبه يكون من قبيل استعمال السبب و اراده المسبب و ذلك لا يكون إلا على نحو التجوز ممنوعه إذ لو اريد النحو الاول اى نفى الحكم برفع الموضوع فالمراد من الضرر هو الضرر الخارجى و لا يمكن رفعه فلا بد من ان يراد من رفعه هو سببه حفظا للكلام عن الكذب و فى النحو الثانى الذى هو رفع تشريعى حقيقى يراد من الضرر الضرر الذى ينشأ من قبل الحكم فيكون المرفوع حقيقه نفس الحكم و برفعه يرتفع ما ينشأ منه و بعباره اخرى نفس ما ينشأ منه يوجب تعونه بعنوانه و يكون نفس الحكم بهذا الاعتبار ضرريا و قد عرفت انه مما يمكن رفعه تشريعا إذ ليس له وجود إلا فى عالم التشريع.

إذا عرفت ذلك فاعلم ان قاعده لا ضرر لا تشمل ما لم يكن الحكم مجعولا من قبل الشارع ففى مثل ما لو كان العدم ضرريا لا تشمل

تلك القاعده لا- من جهه كون العدم غير قابل للجعل لكى يقال بامكان جعله فى مرحله بقائه بل لعدم جعل حكم فيه و كون نفي النفي اثبات لا يوجب جعل الحكم فيه، و اما ما ذكر من الفروع و امثالها ان كان الضمان مستندا الى اليد و التلف و نحوهما من اسباب الضمان فهو و الا فالقول بالضمان استنادا الى قاعده لا ضرر محل منع لما عرفت انها ترفع الاحكام المجعوله من قبل الشارع و تقيدها بعدم كونها ضرريه، و بهذا تكون حاكمه على تلك الاحكام بالحكومه الواقعيه بان يكون التضييق فى جانب المحمول من غير فرق بين كونه حكما وضعيا او حكما تكليفيا بلا تصرف فى ناحيه النسبه بين الموضوع و المحمول لكى يكون تخصيصا فلذا لا تلاحظ النسبه بين دليل الحاكم و المحكوم من كونه بنحو العموم و الخصوص من وجه لكى يقع التعارض فى مورد الاجتماع إذ التعارض فرع وحده القضيتين بحسب الموضوع و المحمول و انما الاختلاف بينهما بالايجاب و السلب و لا تعارض بين دليل الحاكم و المحكوم لكون لسان احد القضيتين هو التصرف فى موضع القضيه الاخرى او فى محمولها و هذا هو الوجه من دعوى الجمع العرفى كما ادعاه صاحب الكفايه (قده).

### مفاد حديث لا ضرر

و بالجمله ان مفاد الحديث رفع الحكم الضررى المجعول من قبل الشارع و نفيه مطلقا، و بهذا المعنى يكون حاكما على الادله الواقعيه المشبهه للأحكام كما هو كذلك بالنسبه الى السلطنه فيما كان التصرف ضروريا لما هو معلوم ان السلطنه من الاحكام المجعوله فحالها حال الاحكام الشرعيه المجعوله على موضوعاتها فكما تكون القاعده حاكمه على ادله سائر الاحكام كذلك تكون حاكمه عليها من غير فرق ان تكون السلطنه مستلزمه للضرر على الغير ام لا غايه الامر يكون ضامنا للضرر

الوارد على الغير اذ حصل ذلك بفعله و اتلافه، كما انه لو كان له نفع فيه و لكن ليس في تركه ضرر عليه فان قاعده لا ضرر تحكم على قاعده السلطنه اذ السلطنه حكم شرعى وضعى على الاموال بعناوينها الاوليه و قد عرفت ان لا ضرر حاكمه على الادله الاوليه الا ان الشيخ الانصارى (قده) ادعى ان عدم جواز تصرف المالك في ماله فيما إذا كان التصرف ضروريا بالنسبه الى الغير و لم يكن تركه ضررا على نفسه و كان فيه نفع للمالك فمثل هذا التصرف و حرمة حرجيا للمالك اذ عدم قدره المالك على التصرفات النافعه حرج عليه فيقع التعارض بين قاعده الضرر و قاعده الحرج و هى حاكمه على لا ضرر و مع فرض عدم الحكومه تكون القاعدتان متعارضتين فيتساقطان و المرجع قاعده السلطنه، و قد نفى بعض مشايخنا التعارض بين القاعدتين إذ مفاد لا ضرر نفى السلطنه مع كونها ضرريه و نفيها على تقدير كونه حرجيا امر عدمى و لا- يرتفع بلا حرج لكى يقال ان نفى النفي اثبات فيرجع الى بقاء السلطنه فيقع التعارض و ذلك من جهه ان مفاد لا حرج نفى الحكم الموجود الذى يكون حرجيا لا اثبات حكم لرفع الحرج، و لكن لا يخفى ان مورد الحرج فى المقام حرمة ذلك التصرف النافع للمالك الموجب لاضرار الغير و هذه الحرمة حكم ثابت فيرفع بلا- حرج مع ارتفاع جواز التصرف بلا- ضرر مما لا- يجتمعان فيقع التعارض بين القاعدتين و مع تساقطهما فالمرجع قاعده السلطنه.

هذا بناء على اطلاق دليل السلطنه فيما كان التصرف يوجب الاضرار و اما لو قلنا بعدم اطلاقها فالمرجع الاصول العمليه و فى المقام هى البراءه

و كيف كان فعلى الوجهين من مفاد القاعده لا ضرر تقدم على الادله الواقعيه بنحو الحكومه إلا انهما يفترقان بحسب الآثار كما ذكر فى دليل الانسداد من لزوم الاحتياط بالجمع بين المحتملات فى اطراف المعلوم

بالاجمال فانه يحكم بالاحتياط بحكم العقل فان قلنا بان مفادها نفى الحكم بلسان نفى الموضوع فلا يوجب ارتفاعه فانه و ان كان الاحتياط ضروريا إلا ان وجوبه عقلي ليس من المجعولات الشرعيه حتى يرتفع برفع موضوعه في عالم التشريع و ان قلنا بما استظهرناه من ان مفادها نفى الحكم الضرري فيمكن ان يقال ان الضرر لما نشأ من قبل الاحكام المجهوله فترتفع فلا يبقى موضوع لحكم العقل بوجوب الاحتياط.

و بالجمله الثمره تظهر بين الوجهين في كل مورد لا- يكون موضوع الحكم ضروريا و لكن نفس الحكم يكون ضروريا كما هو كذلك بالنسبه الى المعامله الغبنيه فان الضرر يتأتى من قبل لزوم المعامله و اللزوم حكم شرعي، و دعوى ان مفادها النهى عن ايجاد ضرر الغير او مطلقا حتى على النفس لكي يكون مساقها مساق قوله تعالى: (فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ) (١) لكي يكون مفاد القاعده هو حرمة الضرر كقوله (ص) (لا سبق إلا في خف او حافر او نصل) (٢) او يدعى بان المراد من الضرر المنهى عنه هو الضرر غير المتدارك بمعنى ان الشارع ينهى عن الضرر غير المتدارك، و مرجعه الى ان الضرر المتدارك منزل منزله العدم فيكون النفي بمعنى النهى اى الضرر غير المتدارك منها ايجاده، و هذا كناية عن وجوب تداركه، و عليهما لا تكون هذه القاعده حاكمه على الادله الواقعيه ممنوعه إذ ذلك خلاف ظاهر كلمه (لا) حيث انها ظاهره في النفي كما ان الرفع ظاهر في الرفع التشريعي اى رفعا في مقام التشريع فلا ربط له بالضرر الخارجى لكي يتوهم ان النفي بمعنى النهى في الوجهين و الا يلزم الكذب فيهما على ان لازم كلمه (لا) للنهى

ص: ٣٠٩

١- (١) سورة البقره آيه ١٩٢.

٢- (٢) الوسائل كتاب السبق و الرمايه باب ٣ حديث ١-٢-٤.

يلزم حمل الحديث على الجملة الخبرية لا على الانشاء و هو خلاف ظاهر تلك الجملة، على أن ظاهر الرفع هو الرفع التشريعي اذ لا- معنى لان ينشأ الرفع التكويني لمنافاته لمقام الشارعيه لخروجه عن وظيفته مضافا الى ان هذه القاعده وارده في مقام الامتنان كما يستفاد من قوله (ص) (انت رجل مضار) بعد اصرار الرجل على الضرر ثم عقبه (ص) لا ضرر و لا ضرار هذا و لم يبق لنا البحث عن هذه القاعده إلا الاشكال عليها في انها لا تشمل مواردنا، و قد ذكرنا في منهاج الأصول ان

### موارد قاعده لا ضرر

مواردها المذكوره في الروايات اربعة: الاول ما عن ابن بكير عن زراره عن ابي جعفر (ع) قال ان سمره بن جندب كان له عذق في حائط لرجل من الانصار و كان منزل الانصارى بباب البستان فكان يمر به الى نخله و لا يستأذن فكلمه الانصارى ان يستأذن اذا جاء فابى سمره فلما تأبى جاء الانصارى الى رسول الله (ص) فشكا اليه و خبره الخبر فأرسل اليه رسول الله (ص) الى ان قال (ص) للأنصارى اذهب فاقلعها و ارم بها اليه فانه لا ضرر و لا ضرار(١).

الثاني ما ورد في باب الشفعه عن عقبه بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام قال (ع) قضى رسول الله (ص) بالشفعه بين الشريكين في الارض و المساكن و قال لا ضرر و لا ضرار(٢).

الثالث ما ورد في فضل ماء كما عن عقبه بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام في انه قضى رسول الله (ص) بين اهل المدينه في مشارب النخل انه لا يمنع نفع الشيء و قضى (ص) بين اهل الباديه انه لا

ص: ٣١٠

١- (١) الوسائل كتاب احياء الموات باب ١٢ عدم جواز الاضرار بالمسلم.

٢- (٢) التهذيب باب ١٤ الشفعه حديث ٤ ص ١٦٤.



يمنع فضل ماء ليمنع فضل كلاء و قال (ص) لا ضرر و لا ضرار (١)

الرابع: ما عن دعائم الاسلام فى مسأله جدار الجار عن ابى عبد الله عليه السلام انه لو هدم جدار جاره و لم يسقط هو أو اراد أن يهدمه قال (ع) (لا يترك و ذلك ان رسول الله (ص) قال لا ضرر و لا ضرار

و لا يخفى أن هذا الاشكال لا يرد على ما سلكه الاستاذ العراقى قدس سره من انها سيقى للحكاية على نفي الأحكام الضرريه الناشئه من امور ثابتة من الخارج فيكون حالها كحال كل شىء حلال فى روايه مسعده المشتمل ذيلها على اليد و الاستصحاب و اصله الحل فلم يكن مفادها تأسيس حكم فى قبالتها. فعليه لا- تكون صالحه للحكومه على الأدله الواقعيه، و عليه يكون وجه تطبيقها هى عبارته عن كونها حاكيه عن أن كل مورد من تلك الموارد فيه دليل يضاهاى تلك القاعده فلم يكن المدرك فى تلك القواعد نفس القاعده، و انما المدرك غيرها و تكون القاعده مؤيده للدليل الموجود فى المدرك، و قد ذكرنا تلك الموارد و بينا تأييد القاعده للأدله الموجوده فى تلك الموارد فى تقارير بحثه. نعم يرد الاشكال على ما استظهرناه من ان القاعده سيقى لرفع الحكم الشرعى فى مقام التشريع و حله اما بالنسبه الى قضيه سمره هو ان تقديم حق الانصارى انما هو لحفظ غرضه من جهة اهميته بنظر الشارع كما هو قضيه باب التراحم، و اما من جهة عدم جواز فضل منع الماء فانما هو لاجل تقديم رفع ضرر اهل الباديه و مشارب النخل لاهل المدينه فهو من باب الاهميه، حيث انه اهم من حفظ حق الاولويه المتحققه لصاحب الماء و مالكه، و اما قضيه الشفعه فليس جعل حق الشفعه ضررا

ص: ٣١١

١- (١) الوسائل كتاب احياء الموات باب ٧ كراهه بيع فضول الماء و الكلاء.

لا- على البائع و لا على المشتري، أما البائع فلعدم الفرق له بين ان يكون المبيع بعد انتقاله عنه ملكا للشفيع بواسطة اخذه بحق الشفيعه أو يكون ملكا للمشتري، و اما المشتري فقد اقدم على شراء ماله من أول الامر بنحو يصير متعلقا بحق الغير بمحض اشترائه، و اما قضيه الجدار فعدم جواز هدمه و وجوب بنائه عليه او هدمه و انه لا يترك فلأجل اهميه حق المهذوم على حق الهادم خصوصا اذا لزم هتك عرضه و امواله و ان شئت تفصيل هذه القاعده فراجع كتابنا الجزء الرابع من منهاج الاصول. هذا كله لو ترك الزوج حقوق زوجته. و اما الكلام

### للزوجه ترك حقوق الزوج مع امتناعه من القيام بحقوقها ٢١٢

فى ان للزوجه ترك حقوق الزوج عند امتناعه عن القيام بحقوقها وجهان مبنيان على ان هل بين الحقين معاوضه اى حق الزوج و حق الزوجه، أم ليس بينهما معاوضه بمعنى على ان كل منهما يجب القيام بوظيفته المقرره من الشارع المقدس من دون معاوضه بينهما و الظاهر انه لا- معاوضه بين الحقين لأن اخبار الحقوق انما هى فى بيان ان لكل واحد من الزوجين حقوقا على الآخر من دون معاوضه. نعم ربما يقال باستفادتها اى المعاوضه من قوله تعالى: (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَ بِمَا أَنْفَقُوا) (١) و لكن لا- يخفى ان المعاوضه على تقدير تسليمها ليست بين التمكين و الاستمتاع و بين النفقه بل يمكن ان تكون بين المهر و بين التمكين و الاستمتاع على انه لو سلمنا المعاوضه بين النفقه و التمكين كما ورد ذلك فى بعض الروايات و فى البعض الآخر بين النفقه و المهر، فحينئذ يراد من المعاوضه الأعم منهما و لكن الأعميه لو سلمت فانها بالنسبه الى القواميه، بنحو الحكمة لا العله، على انه لو استفدنا العليه كما هو ليس ببعيد لمكان باء السببيه إلا ان ذلك،

ص: ٣١٢

يوجب المعاوضه بين الاستمتاع و التمكين و بين الانفاق لا-المعاوضه بين القواميه التي هي سنخ الولايه و بين الانفاق، و عليه يكون بذل النفقه بالنسبه الى القواميه بنحو الحكمه لا-العله، فلو قصر الزوج في حقوق زوجته فلا-حق للزوجه في التقصير عن حقوقه ما عدى الانفاق و يجب عليها القيام في الباقي من حقوقه كما يجب عليه هو القيام بحقوقها.

و بالجملة المعاوضه لو سلمت فانما هي بين الانفاق و التمكين، و اما بالنسبه الى القواميه التي هي سنخ من الولايه فانما أخذت النفقه فيها بنحو الحكمه في الآيه لا المعاوضه لما هو معلوم ان القواميه من سنخ الولايه فتكون من الأحكام غير قابله للمعاوضه.

و عليه لم تكن الآيه داله على المعاوضه بين القواميه و الانفاق لكي يستفاد منها انه لو قصر الزوج في حقوق زوجته يجوز لها التقصير في حقوقه. نعم ربما يستفاد من بعض الأخبار المعاوضه و لكن في خصوص التمكين و الانفاق فيجوز لها التقصير في خصوص ذلك لا مطلقا، و لكن الانصاف انه هناك من الآيات ما هو اوضح دلالة من هذه الآيه و هي تدل على المعاوضه و هي قوله تعالى: (وَ لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيَّهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ) (١) بتقريب عموم المثليه و مكان اللام المفيد للتمليك.

### حق الامام عليه السلام ٢١٣

الثاني عشر: في حق الامام ارواحنا فداه: لا يخفى انه وقع الكلام فيه على اقوال كثيره قول يعز له او يودعه و يوصى به عند موته حتى يصل الى الامام، و قول يدفنه، و قول ثالث بالتخير بين العزل و الدفن، و رابع لفقراء الشيعة و ان لم يكونوا من الساده، و خامس للمحاويج من الذريه. و في الجواهر قوى اجراء حكم مجهول المالك عليه و لكل من هذه الاقوال استدلال لا يخلو عن نظر.

ص: ٣١٣

و الذى ينبغى ان يقال هو ان هذا الحق ملك للامام و من مختصاته و يشكل التصرف فيه إلا ان يحرز رضاه و تشخيص احراز رضاه صار منشأ لاختلاف الاقوال، فمع احراز رضاه جاز للمالك تولى ذلك و صرفه بنفسه من دون مراجعه الحاكم الشرعى، و دعوى انه يستفاد من دليل الولاية للحاكم الشرعى التصرف فى مال الامام فى غير محله، فان أدله الولاية مثل قوله: (جعلته قاضيا او حاكما) لا تشمل ما كان ملكا للامام فان للامام سلام الله عليه سلطنتين متعلقه بامواله تستفاد من قوله (ص): «الناس مسلطون على اموالهم»، و سلطنه اخرى على اموال الناس و الامام اعطى الولاية للعلماء فى سلطنتهم على اموال الناس، فدليل الولاية للحاكم الشرعى لا تشمل ما كان من مختصات الامام، فلو استفدنا من الادله بانه يلزم مراجعه الحاكم الشرعى فيها فهو من باب التولية التى هى من شؤون سلطنه الامام على ما هو ملك من املاكه.

و كيف كان حيث ان حصول رضى الامام بالنسبه الى حقه مختلف بنظر العلماء فمنهم من خصه بالساده الفقراء، و منهم من عممه لمطلق الفقراء، و منهم من يحفظه للامام و يوصى به و لذا يلزم مراجعه من يقلده فى ذلك إذ هى مسأله من المسائل يجب على المقلد تقليد من يرجع اليه، فالرجوع الى المقلد لاحراز رضى الامام، و حينئذ مع العلم برضاه يكون ذلك الصرف إيصالا الى الامام، و لا يجرى على حق الامام حكم مجهول المالك كما يظهر من الشيخ «قدس سره» فى الجواهر بدعوى ان المناط فى مجهول المالك هو مجهول التطبيق و لو كان معلوم النسب و استفاد ذلك من النصوص الواردة فى التصديق بمجهول المالك، فان هذه الدعوى ممنوعه لان تلك النصوص موردها ما يتعذر الايصال

الى المالك، و فى المقام العلم بالرضى يحقق الايصال، و معه يكون التصرف به على ذلك النحو اقرب من التصديق. فحينئذ لا يمكن التعدى من تلك النصوص الوارده فى مجهول المالك الى حق الامام الذى هو من مختصاته و يحتاج الايصال اليه بالتصرف فى الجهة المعينه التى يعلم رضاه و هى تختلف بحسب الازمنه، ففى مثل هذا الزمان نعلم بان رضاه يحصل فى اعانه اهل العلم المشتغلين بطلب العلم و بترويج الشرع المقدس و اعانه القائمين بالارشاد و بث الحلال و الحرام و اعطاء هذا الحق للحاكم الشرعى المطلع على وضعه فى محله هو الاحوط، و لا يملكه الحاكم الشرعى و انما هو اطلع بمصرفه و ربما يكون هو المورد للصرف نعم ربما يستفاد من بعض الادله ان هذا السهم - أى حق الامام - ليس ملكا لشخص الامام و انما هو ملك لمنصبه، أى منصب الزعامه الدينيه كما تشير الى ذلك بعض الاخبار بان سهم الله و سهم الرسول للامام، فحينئذ يكون الحاكم الشرعى المتقلد لهذه الزعامه الدينيه المنصوب من قبل الامام مالكا لذلك الحق لانه من مختصات منصبه و يلزم على من عنده ذلك الحق ان يراجعه، و لا يخفى ان ملكيته لذلك انما هو من باب الولاية لا التولية، و لا يبعد استفادته ذلك من بعض النصوص. و على كل بالنسبه الى حق الامام الاحوط مراجعه الحاكم الشرعى بل لخصوص من يقلده و الحمد لله رب العالمين.

هذا ما اردنا بيانه بنحو الاختصار بالنسبه الى ولايه الحاكم الشرعى و فى بيان موارده.

و لنختم بحث الوصيه بذكر منجزات المريض كما تعارف ذكرها في آخر الوصيه و نجعلها هي الخاتمه، فنقول: انه وقع الكلام في منجزات المريض، انها تخرج من الاصل او من الثلث؟ على قولين مشهورين و الحق كما عليه اكثر المحققين من المتأخرين هو خروجه من الاصل، و قبل بيان ذلك ينبغي تقديم امور.

### العتق المعلق على الموت

الاول: - ان المعلق على الموت غير داخل في العنوان كالوصيه فانه لا اشكال في خروجها من الثلث، كما ان مثل التدبير اى العتق المعلق على الموت فلا- اشكال في خروجه من الثلث و يخرج عن عنوان المسأله بناء على القول بانه من الوصيه كما يستفاد من بعض الاخبار، او قلنا بانه ليس من الوصيه فانه لا اشكال في الخروج من الثلث كما يستفاد من بعض الاخبار الاخر مثل صحيحه هشام بن الحكم قال سألت ابا عبد الله (ع) عن الرجل يدبر مملوكه أله ان يرجع فيه؟ قال نعم هو مملوكه بمنزله الوصيه (١)، و فى خبر ابى بصير: المدبر مملوك الى ان قال و هو من الثلث انما هو بمنزله رجل اوصى بوصيه ثم بدا له فغيرها من قبل موته (٢) من غير فرق بين أن يكون التدبير فى حال

ص: ٣١٦

١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٩ ان المدبر ينعق بعد موت سيده من الثلث كالوصيه.

٢- (٢) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٨ جواز رجوع الموصى فى الوصيه و التدبير.

الصحة أو في حال المرض. هذا إذا كان معلقا على موت المولى، و أما إذا علق على موت المخدم أو موت الزوج فتاره يقع الكلام في صحته و أخرى في إخراجها من الثلث أو من الأصل.

أما الأول فالمعروف هو القول بالصحة في الفرعين، ففي موت المخدم يستند صحته الى صحيحه يعقوب بن شعيب قال سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل، يكون له الخادم فيقول هي لفلان تخدمه ما عاش، فإذا مات فهي حرة فتأبى الأمة قبل ان يموت الرجل بخمس سنين أو ست سنين ثم يجدها ورثته ألهم أن يستخدموها إذا أبقت؟ قال إذا مات الرجل فقد عتقت (1)، و في موت الزوج صحته تستند الى روايه محمد بن حكيم قال سألت أبا الحسن موسى بن جعفر (ع) عن رجل زوج أخته من رجل آخر و قال لها إذا مات الزوج فهي حرة، فمات الزوج قال إذا مات الزوج فهي حرة تعتد عده المتوفى عنها زوجها و لا ميراث لها منه لأنها إنما صارت حرة بعد موت الزوج ٢.

و أما الثانى فالظاهر أنه من الأصل من غير فرق بين أن يكون موت الغير في حال صحة المولى أو مرضه أو كان التدبير في حال صحة المولى أو في حال مرضه بناء على ما سيأتى من أن المختار كون منجزات المريض من الأصل. و دعوى أن ذلك من التدبير الذى عرفت أنه بمنزلة الوصيه و أنه من الثلث كما هو مقتضى إطلاق النصوص محل منع، إذ الإطلاق منصرف الى التدبير المتعارف بل ربما يقال بأنه يمنع من صدق التدبير عليه و التعليق على الموت لا يدخله تحته كما يظهر ذلك من الأصحاب فانهم يخصون التدبير بما إذا كان تعليق العتق على موت المولى.

ص: ٣١٧

---

١- (٢١٠) الوسائل كتاب التدبير باب ١٠ أنه يجوز تعليق التدبير على موت من جعل له خدمه المملوك من ابواب التدبير.

و أما نذر العتق المعلق على الموت بنحو نذر النتيجة فتارة يقع الكلام في صحته و أخرى باخراجه من الأصل أو من الثلث. أما الأول فالظاهر صحته لعموم أدله (أوفوا بالنذر) و إن كان قد يشكل بأن نذر النتجه يرجع الى نذر غير المقدور فيكون من قبيل شرط النتيجة كاشتراط زوجته مطلقه أو أمته حره فإنه من الشرط الباطل مضافا الى أن المصحح للعتق و الطلاق هو صيغه الطلاق و العتق، و وجوب الوفاء لا يصحح ذلك و لكن لا يخفى أنه لو كان حصول النتجه بنفس الاشتراط كما هو كذلك بالنسبه الى ما لا يتوقف على سبب خاص كالوكاله و الوصيه فانه تتحقق قدره عليه بنفس الاشتراط فلا مانع من اشتراط ما كان من هذا القبيل لحصول قدره عليه بنفس الاشتراط فيجب الوفاء به كما هو مقتضى عموم (المؤمنون عند شروطهم) أو عموم (أوفوا بالنذر) فيما لو تعلق النذر به. نعم لو لم يكن كذلك بل قد دل الدليل الشرعى على عدم حصول المسبب الا بالاسباب الخاصه كالزوجه و الطلاق و العتق و ملك العبد فاشتراطها بنحو شرط النتجه باطل لكونه على هذا التقدير يكون مخالفا للكتاب و السنه كما هو مقتضى صحيحه ابن سنان (من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله عز و جل فلا يجوز على الذى اشترط عليه و المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله) (1) هذا فيما لو علم قيام الدليل على أحد النحويين. و أما لو لم يقيم دليل على أحدهما فهل يمكن القول بجواز اشتراط النتجه بعموم أدله الشروط أو عموم أوفوا بالنذر لو تعلق النذر بالنتجه و الغايه؟ قيل بالعدم لكون الشك فى قيام الدليل يرجع الى الشك فى كون ذلك مخالفا للكتاب و هو من قبيل

ص: ٣١٨

---

١- (١) الوسائل كتاب التجاره باب ٦ ثبوت خيار الشرط بحسب ما يشترطانه و كذا كل شرط إذا لم يخالف كتاب الله (من ابواب الخيار)



للسببه المصدقاه الذى لا يجوز التمسك بالعام فيها بتقريب أن مفهوم المخالفه مفهوم مبين و الشك فى أنه مخالف شك فى المصدق، و قد علم فى محله أنه لا- يجوز التمسك بالعام فى احراز مشتبه المصدق، و الظاهر أن المقام من قبيل الشبهه المفهوميه حيث أن مفهوم المخالفه عنوان منتزع من انواع الالتزامات المنافى للحكم المجعول فى الشريعه، فلو شك فى جعل الحكم أو فى اطلاقه فهو إنما يستند للاجمال فى البيان الشرعى و لا يستند الى الاشتباه الخارجى و قد علم فى محله أنه لا مانع من التمسك بالعام فى الشبهه المفهوميه باحراز ما شك فى نفس المفهوم لرجوع الشك فيه الى الشك فى الاقل و الاكثر فيؤخذ بالقدر المتيقن و يتمسك بالعام فى المشكوك. نعم لو شرط فى ضمن عقد و شك فى كيفية ما شرط هل كان على نحو المخالفه يكون من الشبهه فى المصدق. و أما الثانيه فالظاهر أنه كسائر منجزات المريض من أن الحق اخراجه من الاصل لعموم أدله النذر و لا مخصص لها إلا ما يتوهم أنه داخل تحت الوصيه أو التدبير الذى قد عرفت أنهما يخرجان من الثلث أو انه يدخل تحت عموم (لا مال للميت إلا الثلث) و كلا التوهمين محل منع.

أما الاول فيمنع دخوله تحت الوصيه و التدبير و إنما يدخل تحت عنوان النذر و كونه مقتضيا لا يوجب دخوله تحتهما.

و أما الثاني فالظاهر انصراف تلك الادله الى خصوص الوصيه او التدبير و لا أقل من الشك فيتمسك بعموم أدله النذر.

هذا كله إذا كان النذر على نحو نذر النتيجة، و أما إذا كان بنحو نذر السبب بأن يقول لله على أن أدبر عبدي بعد وفاتي أو اجعل مالى صدقه بعد وفاتي فالظاهر أنه يدخل تحت التدبير فى الاول و الوصيه فى الثانى فيخرج من الثلث. و دعوى أن ذلك مبنى على جواز الرجوع

بالنذر فيدخل تحت التدبير و الوصيه او عدم جواز الرجوع به فيدخل تحت المنجز فيخرج من الاصل لو كان في حال الصحة، و من الثلث لو كان في حال المرض بناء على القول به ممنوعه إذ عدم جواز الرجوع لا يوجب خروجه عن عنوان التدبير و الوصيه لكونه من قبيل ما لو أوصى بماله لزيد و نذر أن لا يرجع في وصيته فلا يشكك أحد بخروجه من الثلث.

هذا كله لو كان التعليق على موته، و أما لو علق على أمر غيره كما لو قال. اعتق عبدي إن شافاه الله من المرض فمات قبل أن يشافيه فان كان من نذر السبب فمن المعلوم بطلانه بموته لعدم تعلقه بماله لكي يستقر في ذمته، و أما إذا كان بنحو نذر النتيجة فلو مات قبل حصول المعلق عليه فهل يبطل بالموت ام لا؟ وجهان مبنيان على أنه بالنذر يخرج عن ملك المالك كما قيل بنذر الاضحيه و لذا لا يجوز التصرف به بما يزيل الموضوع فيخرج عن موضوع الارث لعدم تعلق حق الوارث به أم لا يخرج عن ملكه بل هو باق على ملك مالكة و داخل تحت موضوع الميراث فلا ينعق بالموت.

اللهم إلا- ان يقال انه باق على ملكه و ينتقل الى الورثه عند موته و ان كان لا يجوز التصرف به مادام حيا لأجل انشاءه للنذر و الالتزام بمتعلقه كما هو قضيه ما التزم به من قبل الغير ما لم يتم دليل على جواز رفع التزامه كما في الوصيه و التدبير مثلا فانما هو لامر تعبدي. و الانصاف أن مسأله النذر إنما هو من قبيل الواجب المعلق، فبناء على التحقيق يكون الناذر قد انشأ ملكيه فعليه قد علقت بأمر و قد ملك المنذور له هذه الملكيه المطلقه بانشاء الناذر حيث انه انشأ ملكيه مطلقه و ان كان ظرف المنشأ متأخر فلا يلزم التفكيك بين المنشأ و الانشاء لما عرفت

سابقا فى الوصيه التملكيه و عليه لا- يجوز التصرف بما يزيل الموضوع و لا لورثه ذلك لخروجه بالانشاء عن ملكه فيخرج عن موضوع الارث نعم بناء على انكار الواجب المعلق و حصر الواجب بالمنجز و المشروط كما ادعاه بعض الاعاظم من مشايخنا المحققين فبالنذر لا يخرج عن ملك الناذر و بالموت ينتقل الى ورثته فلا تغفل.

الثانى: ان المنجز عليه لو كان مما يوجب الضمان فان كان قبل المرض فلا اشكال فى كونه يخرج من الاصل و هو خارج عن محل الكلام بلا خلاف بين الاصحاب كما ان ما يوجب الضمان بسبب غير اختيارى كالاتلاف فلا خلاف ايضا فى خروجه من الاصل. و اما لو كان بالمرض بسبب اختيارى كما لو ضمن مجانا او تبرعا او كفل تبرعا الموجب لغرامه ما على المكفول عنده فالمشهور انه ينفذ من الاصل خلافا للمحقق لما يستفاد من كون المرض يوجب حجر المريض بما زاد على الثلث لتعلق حق الوارث به، و هذا الحق انما يتعلق بنفس المال. و اما بالنسبه الى الذمه فليس للوارث حق فى حال المرض فله التصرف بما فى الذمه و ان تعقب ذلك الوفاء من المال كما هو كذلك بالنسبه الى المفلس فان حجر المفلس يتعلق بنفس المال من دون تعلق حجره بذمته اذ لا يتعلق الحجر بها الا ان استفاده ذلك محل نظر لما سياتى انه بنحو الحكمه لا العله فالاقوى ما عليه المشهور من نفوذه من الاصل.

الثالث: ما لو كان المنجز عليه حقا ماليا كالديون و الحقوق الشرعيه كالزكاه و الخمس و الكفارات المالىه و أروش الجنائيات و بدل الغرامات، بل قد عرفت ان الحجج من الواجبات المالىه فهو خارج عن محل الكلام و انها تخرج من اصل المال نصا و فتوى بل الاجماع بقسميه يدل على ذلك كما عرفت منا سابقا.

الرابع: ان المنجزات من المعاوزات غير المشتمله على المحاباه كاليبيع بثمان المثل، و الاجر بالثمان المتعارف، و مثلها سائر المعاملات فلا- اشكال فى خروجها من الاصل لادله الوفاء بالعقود من دون دليل خاص مقدم عليه، بل و دليل السلطنه يقضى بصحه التصرفات و المسأله فى غايه الوضوح لا تحتاج الى اطناب.

### المريض محجور عليه

الخامس: المستفاد من الادله كون المريض محجورا عليه فيما اذا تعقب بالموت على تقدير القول به، و اما فيما لم يتعقب بالموت فيشك فى شمول تلك الاخبار له، فحينئذ يشك فى تحقق سبب الحجر الذى هو تعلق حق الورثه، فمع تحقق الشك حينئذ لا- يصح التمسك بالعمومات أى لا بعمومات الحجر و لا بعمومات المعاملات مثل أوفوا بالعقود و ادله السلطنه. فعليه لا مانع من استصحاب السلطنه فتنفذ تصرفاته مع تحقق البرء للشك فى كون المرض غير المتعقب بالموت دافعا للسلطنه، و لا اشكال فى صحه الاستصحاب لكونه من الشك فى الرفع.

فيظهر من ذلك ان المرض بنفسه ليس سببا لتعلق حق الورثه و انما السبب هو المتعقب بالموت و الانصاف ان حجر المريض و ان استفيد من بعض الاخبار الا انه بنحو الحكمه لا العله كما لا يخفى.

السادس انه بناء على القول بأن المنجز من الاصل واضح، و اما بناء على كونه من الثلث ففيما لم يجز الوارث بالنسبه الى الزائد فهل يحكم بصحته الى ان يموت؟ فان مات و لم يجز الوارث يحكم بفساده ام لا-؟ قيل بالاول بتقريب ان الشخص قبل موته مالك للمال مسلط عليه و مقتضى ذلك نفوذه ما دام حيا و إنما يطرأ البطلان عليه بعد الانتقال الى الغير الذى هو الوارث. و دعوى ان المقام من قبيل الوصيه فى غير

محلله للفرق بين المقامين، ففي الوصيه يكون الانتقال الى الغير بعد الموت و في المقام الانتقال حال الحياه، و لكن لا يخفى انه لا يمكن الالتزام به بالنسبه الى بعض التصرفات كالعق مثلاً، إذ لا معنى لطرو الفساد بعد وقوعه صحيحاً إذ بعد كون العبد حراً لا يمكن عوده رقاً اذ الحر لا- يمكن ان يكون رقاً الا- بالاسترقاق اذا كان كافراً اللهم الا ان يقال بأن الكفار عبيد المسلمين قبل الاسترقاق، و كونه مالكا و مسلطاً حال حياته لا يوجب الحكم بصحته ثم يطرأ عليه الفساد اذ يمكن ان يكون في حال المرض محجوراً من التصرف بمعنى عدم نفوذه لا بمعنى عدم تسلطه عليه. و بعد معرفه ذلك تعرف ان المراد من الخروج من الثلث هو انه يكشف عن فساد من اول الامر بالنسبه الى الزائد فيما لم يجز الوارث. هذا بالنسبه الى الصحه الواقعيه لا يحكم بصحته واقعا الا- بعد حصول الموت. و اما بالنسبه الى الصحه الظاهريه فهل يحكم بصحته ظاهراً ام لا؟ قيل بالحكم بصحته ظاهراً الى أن ينكشف الحال بعد الموت لنفوذ تصرفه ظاهراً و كونه مسلطاً عليه تكليفاً و كونه محجوراً ليس أزيد من بطلانه في الواقع على فرض عدم الخروج من الثلث خصوصاً اذا كان بمقدار الثلث لعدم تعلق حق للوارث كما قيل بالصحه ظاهراً فيما اذا كان المنجز بمقدار الثلث لعدم تعلق حق الوارث فيه و اما فيما اذا كان اكثر من الثلث فلم يحكم بصحته ظاهراً لاصاله عدم تجدد المال بعد ذلك و لكن لا يخفى ان هذا من الاصول المثبتة فلذا الحق عدم الصحه ظاهراً اذ الشرط في النفوذ هو الوفاء بالثلث حين الموت فهو غير معلوم التحقق إلا- ان ذلك لا- يوجب جواز رجوع المالك عن المنجز باعتبار انه يحتمل زيادته عن الثلث حين الموت لعموم ما دل على لزوم ذلك، و دعوى انه يستكشف من الاخبار تحقق حق الوارث محل

منع اذ الاخبار تدل على المنع التعبدى و ان كانت الحكمه فى جعل الحكم كذلك هو مراعاة جانب الوارث و التوفير عليه فيكون المال باقيا على ملكيته الطلقه للمورث ما دام حيا كما فى الوصيه فان ممنوعيته من التصرف فى الزائد عن الثلث لا يدل على ثبوت حق للوارث ما دام حيا و جواز الاجازة حال الحياه على القول به لا يثبت حقا للوارث و لذا لو اسقط حقه حال الحياه لا يؤثر شيئا لعدم ثبوت حق له فله بعد ذلك الرد بخلاف ما لو قلنا بثبوت حق للوارث فانه لو اسقطه بموجب النفوذ، و لكن لا مانع من القول بثبوت حق الاجازة و الرد للوارث بالنسبه الى تصرفات المريض فى الجملة كما لا يخفى.

السابع: ان الموجود فى الاخبار هو بعض التصرفات كالهبة و العطيه و العتق و الابرء و المستفاد منها ان ذكرها من باب المثل للعلم بانها ليس لها موضوعيه فحينئذ الضابط لعنوان المسأله هو كل تصرف من تمليك او فك او ابراء متعلق بالمال او بالحق الفعلين تبرعا فيدخل فيه مثل العتق و الهبة و الصدقه و الوقف و البيع بأقل من ثمن المثل و الاجاره باقل من اجره المثل و الصلح بغير عوض او بعوض اقل من ثمن المثل و ابراء الدين و شراء من يعتق عليه و يخرج من ذلك الاتلافات و الجنايه على الغير و نحو ذلك مما تشغل به الذمه فانها تخرج من الاصل لكونها كالدين كما انه يخرج منها المعاوضات كالبيع بثلث المثل و الاجاره باجره المثل و نحو ذلك مما ليس فيها محاباه بل يخرج ما كان من قبيل المعاوضات كما لو دفع المال لحفظ عرضه او داره او حفظ نفسه، و كالصدقه المنذوره لسلامته و الاستيجار لقراءه القرآن و للزياره المندوبه او الحج المندوب و نحو ذلك، فان كل هذه الامور لم يقصد بها التبرع فتخرج من الاصل لانصراف الاخبار عن ذلك بل ادعى بعض السيره

على عدم حجر المريض في هذه الامور و لا اقل من الشك في شمول تلك الاخبار المستفاده منها حجر المريض فلذا خروجها من الاصل يكون على مقتضى القاعده الأوليه.

اذا عرفت ذلك فاعلم ان الاصل الأولى بالنسبه الى المرض المتعقب بالموت هو صحه تصرفاته و ان جميع التصرفات تنفذ من الاصل لقاعده السلطنه و استصحابها و لوجوب الوفاء بالعقود، و التمسك في هذه العمومات بالنسبه الى ما شك في كونه سببا للحجر ليس من باب التمسك بالعام في الشبهه المصداقيه إذ الشك في المقام في سبب الحجر و هو من قبيل الشبهه المفهوميه، و قد ذكرنا في بحث البيع انه يتمسك بالعام بالنسبه الى الشبهه المفهوميه. فعليه لا مانع من الاستدلال بدليل «الناس مسلطون على اموالهم» «وَ أَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» على عدم سببيه شيء كمثل المرض لو شك في كونه سببا. و في المقام يشك في كون اجازته الوارث سببا في صحه معامله المريض فينفى ذلك باطلاق الدليل فضلا عن جريان اصله عدم شرطيه اجازته الوارث. نعم يشكل على الاستصحاب تاره بكونه من الشك في المقتضى و اخرى بكونه من الاستصحاب التعليق و لكن لا يخفى ان المقام ليس منهما. و بيان ذلك يحتاج الى ذكر الشك في المقتضى و الاستصحاب التعليق على نحو الاجمال اما الشك في المقتضى فتاره يراد منه الملاك، فالشك فيه عباره عن الشك في ثبوت الملاك عند انتفاء بعض خصوصيات الموضوع كالشك في علم زيد، مثلا، و المراد من الشك في الرفع الشك في وجود ما يمنع عن تأثير الملاك في الحكم بعد العلم بثبوت كالمشك في فسق زيد، و اخرى يراد من المقتضى هو السببيه، فالشك في سببيه شيء هو شك في المقتضى مثل الشك في تحقق الاسباب الملكيه من البيع و نحوه، و الشك في الرفع

عبارة عن الشك في ما يرفع السبب شرعا كالشك في تحقق الفسخ الراجع للبيع، و ثالثه يراد بالشك في المقتضى هو الشك في مقدار قابلية المستصحب للبقاء بحسب الزمان و الراجع عبارة عن الشك في حدوث زمانى اوجب رفع الموضوع و اعدام وجوده مع تحقق استعداده لبقاء عمره لو لا حدوث ذلك الحادث الزمانى و قد قوينا الاحتمال الاخير وفاقا لبعض الاعاظم من مشايخنا (قده) و قد حمل كلام الشيخ الانصارى (قدس سره) عليه و قال يندفع بذلك ما يورد عليه في الموارد التى تجرى فيها الاستصحابات بان الشك فيها من الشك في المقتضى و هو لا يقول به.

و يظهر من ذلك ان استصحاب نفوذ التصرف في المقام ليس من قبيل الشك في المقتضى، فان النفوذ بالنسبة الى امد الزمان متحقق و انما الشك في المرض الحادث الذى هو زمانى رافع لذلك. و اما استصحاب التعليقى فالحكم المعلق على شىء تاره يكون فعليا و اخرى لا- يكون فعليا فان كان فعليا فيجرى فيه الاستصحاب، و اما اذا لم يكن فعليا فلا- شىء حتى يجرى الاستصحاب و لما بنى بعض الاعاظم (قدس سره) عدم كونه فعليا لذا لم يجر الاستصحاب في التعليقى، و في المقام نفوذ التصرف و لو كان معلقا على نفس التصرف الا انه من لوازم السلطنة و السلطنة لما كانت فعليه فلوازمها فعليه يجرى الاستصحاب مضافا الى ان النفوذ بالنسبة الى التصرف من قبيل الحكم بالنسبة الى الموضوع و ليس كل حكم معلق على الموضوع يكون الشك فيه للشك في موضوعه من الاستصحاب التعليقى على ان في المقام يوجد استصحاب تنجيزى حاكم على هذا الاستصحاب التعليقى و هو استصحاب سلطنة الشخص في حال الصحة و ان نفوذ التصرفات في حال المرض من لوازم تحقق السلطنة على ايجاد تلك التصرفات، إذ الشك في نفوذ تلك التصرفات مسبب



عن الشك في وجود تلك السلطنة، و اذا جرى الاصل في السبب لا حاجه الى جريانه في المسبب و السلطنة حكم وضعى لا مانع من استصحابها، و الشك في بقائها من الشك في الرفع فهو نظير استصحاب بقاء سلطنة الولي إذا شك في خروجه عن الولاية و استصحاب بقاء سلطنته على صحه التصرفات مع الشك في طرو الجنون او الفلاس او السفه.

و دعوى انه من الشك في الموضوع و بقاء الموضوع شرط في جريان الاستصحاب في غير محله، فان المقام الموضوع هو نفس الشخص المكلف و لم يؤخذ في الموضوع العنوان الصحيح و انما الصحه و المرض اخذتا بنحو الحالات كالتغير و عدمه بالنسبه الى الماء المتغير بالنجاسه فانه لا اشكال في استصحاب نجاسه الماء بعد زوال تغيره من قبل نفسه. ثم لا يخفى ان هذا الاصل الاولي الذي ذكرناه يجرى في كل ما شككنا في شمول دليل حجر المريض من كون المرض بنفسه متعقبا بالموت فلو اصابه مرض ثان و مات بذلك المرض او انه فيما اذا استدام مرضه مثل السل الذي يدوم سنين و امثال ذلك مما يشك في شمول الدليل له. و على كل فموضوع المسأله هو ما كان المنجز امرا تبرعيا مشتتلا على تفويت المال بغير عوض كالهبه و الصدقه و الوقف و العتق أو مشتتله على المحاباه كالباع باقل من ثمن المثل و الشراء بأزيد من ثمن المثل و نحوهما فقد اختلفوا على قولين: قول بخروجه من الاصل، و قول بخروجه من الثلث قولان مشهوران و منشأ هذا الاختلاف الاخبار.

### الاخبار الداله على الخروج من الاصل

فقول اما الاخبار الداله على الخروج من الاصل فمنها الصحيح الى صفوان عن مرازم عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله (ع) في الرجل يعطى الشيء من ماله في مرضه قال (ع): «إذا أبان به فهو

جائز و ان أوصى به فهو من الثلث»(١). و المراد بالابانه هو المنجز لمقابلته لقوله فأن أوصى. و منها خبر ابى بصير عن ابى عبد الله (ع) الرجل له الولد يسعه ان يجعل ماله لقرابته قال (ع): «هو ماله يصنع به ما يشاء الى أن يأتيه الموت، ان لصاحب المال ان يعمل بماله ما يشاء ما دام حيا ان شاء وهب و ان شاء تصدق به و ان شاء تركه الى ان يأتيه الموت، فان اوصى به فليس له الا الثلث، إلا ان الفضل فى ان لا يضع من يعول به و لا يضر بورثته»٢ و هو كما ترى كالصريح فى ان المراد من اتيان الموت نفس الموت لا حضور الموت و هو يحصل بالمرض المتعقب بالموت فينطبق على المرض المخوف فانه خلاف الظاهر و ان قيل به.

و منها خبر سماعه عن ابى بصير قال قلت لابى عبد الله (ع) الرجل يكون له الولد يسعه ان يجعل ماله لقرابته؟ قال (ع): «هو ماله يصنع ما شاء به الى ان يأتيه الموت»٣.

و منها موثقه عمار عن ابى عبد الله (ع) قال قلت الميت احق بماله ما دام فيه الروح يبين به؟ قال (ع): نعم فان اوصى به فليس له الا الثلث٤.

و منها موثقه الاخرى عن ابى عبد الله (ع) الميت احق بماله ما دام فيه الروح يبين به، فان قال بعدى فليس له الا الثلث(٢). و عن

ص:٣٢٨

---

١- (١ و ٢ و ٣ و ٤) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٧ حكم التصرفات المنجزة فى مرض الموت.

٢- (٥) الوسائل كتاب الوصايا باب ١١ من اوصى باكثر من الثلث صحت وصيته و فى الكافى كتاب الوصايا ان صاحب المال احق بماله ما دام حيا حديث ٧ ج ٧ ص ٨.

الفقيه و الكافي عوض بعدى فان تعدى و تحمل على التعدى من الحياه الى الموت فتكون من الاخبار الداله على الاصل. و اما لو حملت على التعدى أى التعدى من الثلث الى الثلثين فتعد من اخبار الثلث و تخرج عن هذه الطائفة من الاخبار. و منها موثقه الثالثه عنه (ع) فى الرجل يجعل بعض ماله لرجل فى مرضه. فقال (ع): اذا ابانه جاز(١). و هى صريحه فى المطلوب.

و منها موثقه عمار الرابعه عنه (ع) الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح إذا اوصى به كله فهو جائز ٢. و لا يخفى ان هذه الروايه يستدل بها على المطلوب بصدرها و ان كان الذيل يطرح لمخالفته للاجماع و لا ينافى ذلك التمسك بصدر الروايه، و منها خبره الذى رواه المحمدون الثالثه عنه (ع) صاحب المال احق بماله ما دام فيه شىء من الروح يضعه حيث يشاء.

و منها الحسن كالصحيح براهيم بن هاشم عن ابن شعيب المحاملى عنه (ع): الانسان احق فى ماله ما دامت الروح فى بدنه ٣. و منها خبر ابراهيم بن ابى السماك عمن اخبره عن ابى عبد الله (ع) قال:

الميت أولى بماله ما دامت فيه الروح ٤.

و منها مرسل الكلينى قال و قد روى ان النبى (ص) قال لرجل من الانصار اعتق مماليكه و لم يكن له غيرهم فعابه النبى (ص) و قال:

تركت صبيه صغارا يتكفون الناس ٥، و رواه الصدوق مسندا إلا انه قال فاعتقهم عند موته بناء على ظهورها فى مرض الموت.

و منها صحيحه محمد بن مسلم فى الكافى عنه (ع) قال سألته عن

ص: ٣٢٩

رجل حضره الموت فاعتق غلامه و اوصى بوصيه و كان اكثر من الثلث قال «يمضى عتق الغلام و يكون النقصان فيما بقى»<sup>(١)</sup> بناء على كون العتق من الاصل و لذا قدم. و كانت وصيته اكثر من الثلث لا المجموع من العتق و الوصيه اكثر من الثلث.

و منها حسنته فى الرجل اوصى باكثر من ثلثه و اعتق مملوكه فى مرضه، فقال ان كان اكثر من الثلث يرد الى الثلث و جاز العتق.

و مثلها مرسله ابن ابى عمير فى الكافى عنه (ع) فى الرجل اوصى باكثر من الثلث و اعتق مملوكه فى مرضه فقال: «ان كان اكثر من الثلث رد الى الثلث و جاز العتق»<sup>(٢)</sup> و منها خبر اسماعيل بن همام فى رجل اوصى عند موته بمال لذوى قرابته و اعتق مملوكا و كان جميع ما اوصى يزيد على الثلث كيف يصنع فى وصيته؟ قال: «يبدأ بالعتق فينفذه»<sup>٣</sup>.

### الاخبار الداله على الخروج من الثلث

و اما ما استدلل للقول الثانى أى خروج المنجزات من الثلث باخبار ادعى جامع المقاصد تواترها و هى على طوائف: الطائفه الاولى و هى داله على ان الرجل له ثلث ماله بقول مطلق، منها صحيحه يعقوب ابن شعيب ان الرجل يموت ماله من ماله؟ قال (ع): «له ثلث

ص: ٣٣٠

---

١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٦ ان من اعتق فى مرضه و اوصى بوصيه و فى الاستبصار باب ٧٤ انه لا يجوز الوصيه باكثر من الثلث حديث ٤ ج ٣.

٢- (٣ و ٢) الوسائل كتاب الوصايا باب ٦٧ ان من اعتق فى مرضه و اوصى بوصيه قدم العتق.

ماله»(١) و منها: صحيحه على بن يقطين، ما للرجل من ماله عند موته؟ قال (ع): الثلث و الثلث كثير(٢).

و منها خبر عبد الله بن سنان للرجل عند موته ثلث ماله، و قال بعد ذلك و ان لم يوص فليس على الورثة امضاؤه ٣ ، و منها خبر البحار الوصيه على كل مسلم ثم قال: و ليس للميت من مال إلا الثلث فان اوصى باكثر من الثلث رد الى الثلث، و منها خبر العليل الوارد فى الاقرار فى المرأه التى استودعت رجلا من الانصار فى ذيله «فانما لها من ماله ثلثه»(٣).

و منها خبر ابى بصير عن الرجل يموت ماله من ماله؟ فقال:

«له ثلث ماله»(٤) ، و منها مرسله جامع المقاصد: «المريض محجور عليه إلا- فى ثلثه، و منها خبر ابى حمزه المروى عن بعض الائمة (ع) قال الله تبارك و تعالى يقول يا بن آدم تطولت عليك بثلاث سترت عليك ما لو يعلم به اهلك ما واروك، و اوسعت عليك فاستقرضت منك فلم تقدم خيرا، و جعلت لك نظره عند موتك فى ثلثك فلم تقدم خيرا، و منها النبوى (ص) ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم فى آخر اعماركم

ص: ٣٣١

- 
- ١- (١) الاستبصار باب ٧٤ لا تجوز الوصيه باكثر من الثلث حديث ٢ ج ٣.
  - ٢- (٢) التهذيب كتاب الوصايا باب ٢٠ الزيادات حديث ٣٢ و ٣٣ ج ٩.
  - ٣- (٣) (٤) الاستبصار كتاب الوصايا باب ٦٨ الاقرار فى حال المرض حديث ٨٨ ج ٣ و فى التهذيب كتاب الوصايا باب ٥ الاقرار فى المرض حديث ٧ ج ٩.
  - ٤- (٥) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٠ جواز الوصيه بثلث المال.

زياده فى اعمالكم (١).

الطائفه الثانيه: - وهى الاخبار الوارده فى خصوص العتق المنجز الداله على نفوذه من الثلث. منها خبر على بن عقبه فى رجل حضره الموت فاعتق مملوكا له ليس له غيره فابى الورثه ان يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه؟ قال (ع): ما يعتق منه إلا ثلثه و سائر ذلك الورثه احق بذلك و لهم ما بقى (٢).

و منها خبر ابى بصير عنه (ع) ان اعتق رجل عند موته خادما ثم اوصى بوصيه اخرى الغيت الوصيه و اعتقت الجاربه من ثلثه إلا ان يفضل من ثلثه ما يبلغ الوصيه ٣.

و منها خبر السكونى عن على (ع) ان رجلا اعتق عبدا له عند موته لم يكن له مال غيره قال (ع): سمعت رسول الله (ص) يقول:

يستسعى فى ثلثى قيمته للورثه، و منها خبر العامى الذى ادعى فى المسالك انه اجود ما فى الباب سندا و متنا، و هو ان رجلا من الانصار اعتق سته اعبد له فى مرضه و ليس له غيرهم، فاستدعاهم رسول الله «ص» و جزأهم سته اجزاء و اقرع بينهم فاعتق اثنين و ارق اربعة.

### اخبار منجزات المريض

الطائفه الثالثه: - وهى ما ورد فى خصوص العتق و هى صحيحه محمد بن مسلم و حسنته، و خبر اسماعيل بن همام المتقدمات حسب ما عرفت من دلالتها على النفوذ فى منجزاته - اى منجزات المريض - من الثلث. هذه اخبار الباب للقولين و الانصاف ان اخبار الطائفه الثالثه عدها من اخبار الثلث فى غير محله بل هى على القول الاول ادل،

ص: ٣٣٢

١- (١) التهذيب كتاب الوصايا باب ٦ الوصيه و وجوبها حديث ١٢ ج ٩.

٢- (٣ و ٢) الوسائل كتاب الوصايا باب ١١ ان من اوصى باكثر من الثلث صحت فى الثلث.

و دعوى انها فى مقام الوصيه بالعتق خلاف الظاهر بل ينافى ذلك خبر اسماعيل بن همام لعطف اعتق على المال مع انه ينبغى ان يقول اوصى بمال لذى قرابته و يعتق مملوكه او كان بصدد بيان وصيه العتق. فهذا التعبير يدل على انه صنع شيئين وصيه و عتقا فانفذ العتق و لازم هذا كون العتق من الاصل، و مثلها حسنه محمد بن مسلم و صحيحته كما ان الطائفة الاولى للقول الثانى لا ينبغى الاستدلال بها فانها فى مقام الوصيه اى ليس للمرء ان يوصى بجميع ماله و ليست فى مقام كون المنجز فى مرض الموت من الثلث. نعم اخبار الطائفة الثانى و هى خبر على بن عقبه و خبر عقبه بن خالد فانهما دالتان دلالة تقرب من الصراحة على كون المنجز من الثلث و حملها على الوصيه حملا على خلاف المتفاهم العرفى و مثل ذلك طرحها أولى من حملها على ذلك، بل خبر أبى بصير يقارب تلك الدلالة فان قوله أعتق ثم أوص دال على كون العتق منجزا و ليس داخلا فى الوصيه إذ العطف يدل على المغايره فهو معارض لما ذكرنا من خبرى ابن مسلم صحيحته و حسنته، و هكذا خبر العامى إلا انه مشتمل على ما لم يعمل به عند الأصحاب و هو القرعه.

إلا انه لا يضر ببقية الروايه لتحقق العمل بها مضافا إلى كونها ضعيفه السند و هكذا خبر السكونى فان دلالاته على كون المنجز من الثلث لا إشكال فيه و لا يحمل على الوصيه. نعم هو ضعيف السند. و على كل الطائفة الثانى صريحه الدلالة على كون المنجز من الثلث. و اما الأخبار الداله على القول الأول ففى بعضها تدل على كون المنجز من الأصل دلالتها بالظهور و الاطلاق مثل قوله: هو ماله يصنع به ما يشاء إلى ان يأتيه الموت، و مثل إن شاء وهب و إن شاء تصدق و إن شاء ترك إلى أن يأتيه الموت، و مثله أحق بماله ما دام فيه الروح. فان هذه

الروايات كما عرفت دلالتها على المطلوب بالظهور والاطلاق. ولا يخفى أن أخبار الثلث داله بالصراحة فهي مقيدة لاطلاق هذه الروايات أى تقييد بغير حال المرض أو يوجب حمل هذه المطلقات على أن للمريض له ذلك ولا ينافى ثبوت ذلك له تحقق حجر عليه من الشارع من فلس أو سفسه أو مرض. نعم صحيحه ابن مسلم وحسنه و مرسله ابن أبي عمير وخبر اسماعيل بن همام بحسب نظري أصرح من تلك الأخبار دلالة و لذا بدأ الامام فيها بالعتق أولاً لكونه من المنجز و مع الغض عنه فالانصاف ان بين أخبار الباب تعارضاً بعضها مع بعض و هو بين الطائفة الثانية الداله على القول بخروج المنجزات من الثلث و بين صحيحه ابن مسلم وحسنه و مرسله ابن أبي عمير و اسماعيل بن همام الداله على القول بخروج المنجزات من الأصل، فان الناظر إلى هاتين الطائفتين من الأخبار يجد بينهما المعارضه و ما ذكر من الحمل فبالنسبه إلى كل من الطائفتين حملاً بعيداً عن فهم أهل العرف و فهم أهل اللسان بل الطرح أولى مما ذكر من الحمل، فلما لم يمكن الجمع الدالتي فيقع الكلام بالنسبه إلى مرجحات السند. فنقول: يمكن دعوى تقدم الطائفة الداله على كون المنجز من الأصل لكونها أقوى سنداً، و مع التساوى فى السند تقدم هذه الطائفة أيضاً لكونها مخالفه للعامه. نعم يستثنى العتق فيما لو كان دين على الميت فانه مقدم على العتق لأخبار خاصه مثل صحيحه زراره عن أبي عبد الله فى رجل أعتق مملوكه عند موته و كان عليه دين فقال (ع) «ان كان قيمته مثل الذى عليه و مثله جاز عتقه و إلا لم يجز» (١) و صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج الطويله إلى أن قال الامام (ع): «إذا

ص: ٣٣٤

---

١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٣٩ ان من اعتق مملوكاً لا يملك غيره فى مرض الموت و عليه دين.



استوى مال الغرماء و مال الورثة أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء و لم يتهم الرجل على وصيته و أجزت وصيته على وجهها»(١) الخبر إلى غير ذلك من الأخبار المستفاد منها كون العتق لا يتنجز إذا كان هناك دين.

### تعارض أخبار منجزات المريض

و بهذه الأخبار استدل بعض على كون المنجز من الثلث بدعوى أنه لا فرق بين العتق و بين غيره من المنجزات إلا أن الانصاف أن الأخير ظاهره فى الوصيه و الأولى ليس فيها دلالة على كون المنجز من الأصل أو من الثلث و إنما تدل على تقديم الدين على العتق، و لو كان العتق قبل الموت فالحق أن يقال ان هذه الأخبار ان حملت على الوصيه كما هو ظاهرها فيكون العتق كبقية المنجزات مقدما على الدين و ان لم تحمل هذه الأخبار على الوصيه بل أريد منها العتق المنجز اقتصر على مورده من تقديم الدين على عتق العبد لكونه على خلاف القاعده من كون المنجز مقدم على الدين، و يرجع بالنسبه إلى سائر المنجزات على مقتضى القاعده من تقديمها على الديون، بل ربما يستفاد من بعض الأخبار استثناء الابراء و العطيه من المنجزات على القولين و لا يصح التنجيز بهما لصحيحه الحلبي سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لأمراته عليه الصداق أو بعضه فتبرئه منه فى مرضها قال (ع): لا(٢).

ص: ٣٣٥

- 
- ١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٣٩ ان من اعتق مملوكا لا يملك غيره فى مرض الموت و عليه دين.
  - ٢- (٢) التهذيب كتاب الوصايا باب ١٢ الوصيه للوارث حديث ١٢ - ١٣ ج ٩. و فى الوسائل كتاب الوصايا باب ١٧ حكم التصرفات المنجزه فى مرض الموت.

و فى خير سماعه سألت أبا عبد الله (ع) عن عطيه الوالد لولده فقال (ع):

«أما إذا كان صحيحا فهو له يصنع به ما شاء، فاما فى مرض فلا يصلح»<sup>(١)</sup> و هذا كما ترى دال على عدم صحة العطيه و الابراء فى المرض منجزا فلا ينفذ مطلقا و لو كان من الثلث، و لكن لا يخفى انها تحمل على الكراهه جمعا بينها و بين ما دل على جواز الهبه دون الابراء كخبر أبى و لاد سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يكون لامرأته عليه الدين فتبرئه منه فى مرضها قال (ع): بل تهبه له فتجوز هبتها و يحسب ذلك من ثلثها ان كانت تركت شيئا<sup>(٢)</sup> مضافا إلى أن لفظه لا- يصلح يفهم منها الكراهه إلا أن الجمع يتحقق بالنسبه إلى الهبه. و اما الابراء فروايه أبى و لاد صريحه فى عدم صحة الابراء و صحة الهبه و القول بذلك مخالف للاجماع و لأجل ذلك سقط الاستدلال بروايه أبى و لاد على القول بخروج المنجز من الثلث بعد عدم الفرق بين الهبه و غيرها من المنجزات.

إذا عرفت ذلك فاعلم ان الحق كما عليه أهل التحقيق من متأخري المتأخرين هو القول بكون المنجزات من الأصل لما عرفت من ان ذلك مقتضى الاصل الاولى و هو استصحاب بقاء سلطنه الشخص فى حال مرضه و للأخبار الصحيحه الداله بالصراحه على كون المنجز من الاصل و لا تعارضها الاخبار الداله على خروج المنجز من الثلث لكون ما دل

ص: ٣٣٦

١- (١) التهذيب كتاب الوصايا باب ١٢ الوصيه للوارث حديث ١٢ - ١٣ ج ٩. و فى الوسائل كتاب الوصايا باب ١٧ حكم التصرفات المنجزه فى مرض الموت.

٢- (٢) الاستبصار كتاب الوصايا باب ٧٤ انه لا يجوز الوصيه باكثر من الثلث حديث ٧ ج ٣ ص ١٢٠.

على خروج المنجز من الاصل أصح سندا مضافا إلى أن أخبار الثلث موافقه للعامه فان اجماع العامه على خروج منجزات المريض من الثلث فيلزم طرحها لموافقته للتقيه و مع التكافؤ فالمرجح أو المرجع هو الاصول الجاريه فى المقام و قد عرفت أن استصحاب بقاء سلطنه المريض من الاستصحابات التنجيزيه التى لا- مانع من جريانها. و دعوى ان الاصل هو عدم انتقال الزائد على الثلث يقضى بكون المنجز يخرج من الثلث ممنوعه بانه محكوم باصالة بقاء سلطنه المريض لكون الشك فى الانتقال مسبب عن الشك فى السلطنه و مع جريان الاصل السبى لا مجال لجريان الاصل المسببى على ما حررناه فى مباحث الاصول.

### لا تلازم بين الاقرار و المنجزات

ثم إن شيخنا (قدس) فى الجواهر اختار كون المنجزات تخرج من الثلث ترجيحاً للأدله الداله على الثلث و قد جعل (قدس سره) الاقرار من المنجزات باعتبار كونه كاشفاً عن وجود المنجز و استفاد من أخبار الباب وجود حق للوارث فى مرض مورثه فتكون حينئذ أخبار الاقرار من أدله منجزات المريض و أدله الاقرار - كما سيأتى بيانها عن قريب إنشاء الله تعالى - فيها التهم فى بعضها و عدمها فى البعض الاخر فاستنتج من ذلك شاهد جمع بين الاخبار فادعى بان الاخبار التى تدل على الثلث فيما اشتمل عليها التهم و الذى يخرج من الاصل فيما لم تشتمل عليها.

و لكن لا- يخفى أن مسأله الاقرار أجنبيه عن منجزات المريض فان المراد من المنجز هو إنشاء تملك بأحد الاسباب المملكه بخلاف الاقرار فانه اقرار عن حق سابق فهو كاشف عن حق سابق و المنجز منشأ للحق الفعلى فلا تلازم بينهما لكى يكون القول بأحدهما يلازم القول بالآخر، على أنه لو قلنا بان المنجز يخرج من الثلث ليس لأجل أن الوارث له حق فى حال مرض مورثه و انما هو لأجل التعبد

الشرعى فما ذكره (قدس سره) بكون الاقرار من الثلث يلزم كون المنجز من الثلث بدعوى وجود حق للوارث فى المقامين فانه و ان نطقت به بعض الاخبار بانه اضرار بالورثه فيما لو اوصى بماله كله ففى خبر محمد بن قيس عن أبى جعفر (ع) قضى أمير المؤمنين (ع) فى رجل توفى و اوصى بماله كله او أكثر فقال (ع): «الوصيه ترد الى المعروف غير المنكر فمن ظلم نفسه و أتى فى وصيته المنكر و الحيف فانها ترد الى المعروف و يترك لأهل الميراث ميراثهم(1)» الى غير ذلك من الأخبار الداله على كون الغرض من ذلك هو التوفير على الوارث و عدم الاجحاف محل منع لان ذلك انما هو حكمه لا عله لكى يطرد فى المنجزات حتى يستفاد قاعده كليه، ان الوارث له حق فيما عدا الثلث فلا يزاحم حقه بمنجز او اقرار او وصيه بما زاد على الثلث مضافا الى انه يمكن أن يستفاد من الاخبار ان ذلك لأجل اضرار الورثه لا- لأجل ثبوت حق للوارث، اللهم إلا- أن يقال أنه بناء على ما يستفاد من الاخبار أن للوارث حق فحينئذ يمكن أن يستفاد من أدله الاقرار فى مورد عدم التهمه كون المنجز يخرج من الاصل لكون المستفاد منها ان المالك له أن يزيل حق الوارث مطلقا سواء كان باقرار ام بمنجز اذ لا خصوصيه للاقرار، فعليه يتوجه ما ذكره الشيخ (قدس سره) فى الجواهر إلا- أنه لا- يتم ما ذكره أخيرا من كون اخبار الاقرار تكون شاهد جمع لاخبار منجزات المريض بحمل الاخبار الداله على أن المنجز يخرج من الاصل إذا لم يكن هناك تهمه و الاخبار الداله على كون المنجز يخرج من الثلث اذا كان هناك تهمه اذ المنجز لا يتصور فيه التهمه و عدم التهمه و لذا

ص: ٣٣٨

---

١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٣٨ ان من خاف فى الوصيه فللوصى ردها الى الحق.

لا قائل فى المنجزات فهذا التفصيل و اما فى الاقرار فهذا التفصيل أمر معقول متصور فان الاقرار فيه طريقه للواقع و ليس حجته من باب الموضوعيه فحينئذ فيما اذا لم يكن فيه تهمة طريقته متحققه إذ العاقل لا يقر بما اذا كان فيه ضرر عليه بخلاف ما فيه التهمه فان طريقته تضعف و يرتفع ظهوره فى الصدق و يقوى معه احتمال الكذب فيه لداع من الدواعى فيسقط عن الطريقه و ليس هذا يجرى فى المنجزات فان المنجز ينشأ من أسباب و تلك الاسباب لا يفرق فيها بين التهمه و بين غيرها إلا أن الشأن فى أن استفاد كون الوارث له حق من الاخبار محل منع بل اما لأجل التعبد او ان الاخبار ناظره الى عدم الاضرار بالورثه و حرمانهم لا- ثبوت حق للوارث و لو استفيد ثبوت الحق من الاقرار فلا بد من أن يقتصر على موردده و لا يستكشف وجود حق مطلقا فلا يسرى ذلك الى المنجز. و بالجمله مسأله الاقرار مسأله مستقلة لا ربط لها بمسأله المنجزات، فما يكون شاهد جمع بين اخبار الاقرار لا يكون شاهد جمع للاخبار الوارده فى منجزات المريض فلا تغفل.

### اقرار المريض بدين او منجز

بقى الكلام فى الاقرار فنقول لو أقر المريض لاحد بدين أو بأمر منجز هل يخرج من الاصل أو من الثلث؟ اقوال للاخبار المختلفه و لأجل اختلافها تعددت الاقوال(1) و الذى يقتضيه الجمع بين الاخبار هو التفصيل بين الاتهام و عدمه، فمع الاتهام يخرج من الثلث و مع

ص: ٣٣٩

---

١- (١) و اما عند الاربعه فقد اتفقت على خروج ما اقربه المريض من الاصل اذا كان الاقرار لغير الوارث كاقارده حال الصحه و اما الاقرار للوارث فقد اختلفوا فالحنفيه و الحنابله، قالا ان اقراره للوارث يعد لغوا و المالكيه قالت بالصحه مع عدم الاتهام و بالبطلان مع الاتهام المغنى ج ٥ باب الاقرار.

عدمه يخرج من الاصل و على ذلك المشهور بين الاصحاب. اما الاخبار فمنها خبر منصور بن حازم سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه دينا فقال ان كان الميت مرضيا فاعطه الذي أوصى له (١) و منها خبر العلاء بياع السابري سألت أبا عبد الله عن امرأه استودعت رجلا مالا فلما حضرها الموت قالت له: ان المال الذي دفعته اليك لفلان و ماتت المرأه فأتى أولياؤها للرجل فقالوا له انه كان لصاحبتنا مال و لا نراه إلا عندك فاحلف لنا مالها قبلك شىء أفيحلف لهم فقال (ع): «ان كانت مأمونه عنده فيحلف لهم و ان كانت متهمه فلا يحلف لهم و يضع الامر على ما كان فانما لها من مالها ثلثه» (٢) و منها خبر أبى بصير سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل معه مال مضاربه فمات و عليه دين و أوصى ان هذا الذي ترك لأهل المضاربه أيجوز ذلك؟ قال (ع): «نعم إذا كان مصدقا» (٣). و صحيح الحلبي قلت لأبى عبد الله (ع): الرجل يقر لوارث بدين فقال:

«يجوز إذا كان مليا» ٤ ، و منها خبره الآخر أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أقر لوارث بدين فى مرضه أيجوز ذلك؟ قال:

نعم اذا كان مليا ٥ و مكاتبه محمد بن عبد الجبار الى العسكري الى ان

ص: ٣٤٠

- 
- ١- (١) التهذيب كتاب الوصايا باب ٥ الاقرار فى المرض حديث ٢ ج ٩ ص ١٥٩ و فى الوسائل كتاب الوصايا باب ١٦ صحه الاقرار للوارث و غيره و انه يمضى من الاصل الا ان يكون فى مرض الموت و يكون المقر متهما فممن الثلث.
  - ٢- (٢) التهذيب كتاب الوصايا باب ٥ الاقرار فى المرض حديث ٧ ج ٩.
  - ٣- (٣) (٥٤٣) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٦ صحه الاقرار للوارث و غيره.

قال فكتب (ع) بخطه: إن كان الدين صحيحا معروفا و مفهوما فيخرج الدين من رأس المال و إن لم يكن الدين حقا أنفذ لها ما أوصت به من ثلثها كفى او لم يكف (١)، و منها خبر اسماعيل بن جابر سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل أقر لوارث و هو مريض بدين له عليه قال: يجوز إذا أقر به دون الثلث ٢، و منها خبر سماعة سألته عن رجل أقر لوارث بدين عليه و هو مريض، قال: يجوز عليه ما أقر به إذا كان قليلا (٢)،

### الاجاب الداله على اقرار المريض

و منها خبر أبي ولاد سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مريض اقر عند الموت لوارث بدين له عليه قال يجوز ذلك قلت فان اوصى لوارث بشيء قال جائز ٤ و منها خبر السكونى قال امير المؤمنين (ع) فى رجل أقر عند موته لفلان و فلان لأحدهما عندى الف درهم ثم مات على تلك الحال ايهما اقام البينه فله المال، فان لم يقم واحد منهما البينه فالمال بينهما نصفان (٣)، و منها خبر سعد بن سعد عن الرضا (ع) قال سألته عن رجل مسافر حضره الموت فدفع مالا الى رجل من التجار فقال له: ان هذا المال لفلان بن فلان ليس لى فيه قليل و لا كثير فادفعه اليه يصرفه حيث شاء فمات و لم يأمر فيه صاحبه الذى جعل له

ص: ٣٤١

- 
- ١- (٢١) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٦ صحه الاقرار للوارث و غيره.
  - ٢- (٤٣) التهذيب كتاب الوصايا باب ٥ الاقرار بالمرض حديث ٦ ج ٩ و فى الوسائل كتاب الوصايا باب ١٦ صحه الاقرار للوارث و غيره.
  - ٣- (٥) التهذيب كتاب الوصايا باب ٥ الاقرار فى المرض حديث ١٢ ص ١٦٢ ج ٩.

ما امر ولا يدري ما الذى حملته على ذلك كيف يصنع؟ قال: يضعه حيث شاء (١). ولا يخفى ان هذه الاخبار بعضها مطلقه و بعضها مقيده بالعدل و بعضها بالمرضى و بعضها بالثقه و بعضها بالمصدقه و بعضها بالملى و المراد به هو الملاءه و هى الوثاقه كما فى الصحاح. و هذه الاشياء المختلفه مرجعها الى التهمه و حينئذ بعد حمل بعضها على بعض يتم الجمع بأن الاقرار مع التهمه يخرج من الثلث و مع عدم التهمه يخرج من الاصل و هذا هو الموافق للمشهور. و عليه فالاقوى فى مسأله الاقرار هو التفصيل بين التهمه و عدم التهمه و فى المنجزات بالخروج من الاصل من غير فرق بين التهمه و عدم التهمه. نعم ربما يقال بانه مع التهمه لا يستفاد من الاخبار خروجها من الثلث بل يستفاد سقوطها و لكن لا يخفى اولا الاجماع دال على اخراج ذلك من الثلث مضافا الى ذلك خبر العلاء فان فى ذيله تعليل عدم الحلف بانه لها من مالها ثلثه فانه لا ربط له الا باعتبار خروج ذلك من الثلث.

هذا ما أردنا بيانه فى مسأله الاقرار و المنجزات و بذلك يتم الجزء الأول من الكتاب و يليه الجزء الثانى فى المواريث و الحمد لله أولا و آخرا.

ص: ٣٤٢

---

١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٦ صححه الاقرار للوارث و غيره بدين و انه يمضى من الاصل الا ان يكون فى مرض الموت و يكون المقر متهما فمن الثلث.



## فهرس محتويات الجزء الاول من الكتاب

المقدمه

الموضوع الصفحه

الاعراض ٧

الفرق بين الحق و الملك ٩

اقسام الحقوق ١٣

حكم العين الموقوفه ١٥

الشوارع المفتوحه من قبل الدوله ١٧

بيان حقيقه الوقف ١٩

التصرفات غير المنافيه للخيار ٢٣

ارث الخيار ٢٧

ارث الزوجه للخيار ٢٩

الدين المستوعب ٣١

ينتقل المال الى الورثه بمجرد الموت ٣٥

تعلق حق الديان بنحو الرهن ٣٩

الحج الواجب يخرج من الاصل ٣٩

فى الوصيه بالمال ٤١

اخراج الدين من الاصل ٤٣

الحقوق الشرعيه تخرج من الاصل ٤٥

ص: ٣٤٣

على الورثة ابراء ذمه الميت ٤٧

الواجبات البدنيه ٤٩

الحج الندبى يخرج من الثلث ٥١

لو اختلف تقليد الميت مع الوارث ٥٢

فى القتل العمدى ٥٥

التخليه ٥٧

الاراضى الخراجيه

حكم العامر من المفتوحه ٦١

الموات من المفتوحه ٦٤

أدله التحليل ٦٦

الاراضى المفوضه ٧٠

شرائط السلطان ٧٢

مسائل تتعلق بالاراضى ٧٥

موانع الارث

المانع الأول الكفر ٧٨

اولاد الكفار يتبعون آباءهم ٨١

المرتد الفطرى و الملى ٨٦

الرابع لو اسلم قبل القسمه ٩٠

المسلمون يتوارثون بعضهم بعضا ٩٢

المانع الثانى القتل ٩٤

المانع الثالث الرق ٩٧

المانع الرابع اللعان ١٠٠

ص: ٣٤٤

المانع الخامس الغيبه المنقطعه ١٠٤

الوصايا ص

الوصيه من المستحبات الاكيده ١١١

ليس للمرء الا ثلث ما يملك ١١٥

الوصيه عهديه و تمليكيه ١١٧

تملك الهيئه الحاكمه ١١٩

ماليه الاوراق النقديه ١٢١

الوصيه من الايقاعات ١٢٥

التعليق فى الايقاع باطل ١٣١

الوصيه جائزه من الموصى ١٣٥

للموصى الرد فى حياه الموصى ١٣٧

لو مات الموصى له قبل الموصى ١٤١

الوصيه التمليكيه من الواجب المعلق ١٤٥

ينتقل المال من الموصى له الى ورثته ١٤٧

ما يعتبر فى متعلق الوصيه ١٤٨

ان يكون متعلق الوصيه امرا مشروعا ١٥٢

فى الوصايا المبهمه ١٥٥

لو اوصى بما زاد على الثلث ١٦٠

ما يعتبر فى المجيز حال الاجازه ١٦٤

للموصى تعيين ثلثه فى أى عين شاء ١٦٦

ما يعتبر فى الموصى ١٦٩

ص: ٣٤٥

ان لا يكون الوصى قاتل نفسه ١٧٣

ما يعتبر فى الوصى ١٧٥

ما يتعلق بالموصى له ١٧٧

ما يتعلق بالموصى به ١٨٣

فى وجوب العمل بالوصيه ١٨٥

فى الوصايا المتعدده ١٨٩

ثبت الوصيه بشهاده عادلين ١٩٢

ثبت الوصيه فى شهاده اهل الكتاب ١٩٥

الوصى أمين ١٩٧

قاعده على اليد ١٩٩

للاب أو الجد للاب ان ينصب القيم ٢٠١

قاعده الاقرار ٢٠٦

مدرك قاعده من ملك ٢٠٩

قبول قول ذى اليد لأحد المتداعيين ٢١١

الولاية

بيان روايه مسعده بن صدقه ٢١٣

ولاية الاب و الجد للاب ٢١٤

عدم اعتبار المصلحه فى ولاية الاب و الجد ٢١٧

توزيع الاب و الجد نافذ دون الطلاق ٢١٩

ولاية الجد فى حياہ الاب ٢٢١

يقدم عقد الجذ عند المقارنه ٢٢٣

ص:٣٤٦

قاعده القرعه ٢٢٥

للاب ولايه على البالغه الرشيد ٢٢٩

لا ولايه للاب على الشيب ٢٣٠

لا يجوز التمتع بالبكر بدون إذن أبيها ٢٣٥

قاعده نفى السبيل ٢٣٧

قاعده الغرور ٢٤١

مدرك قاعده الغرور ٢٤٢

عقد الزواج الفضولي ٢٤٧

ولايه الحاكم الشرعى ٢٤٨

الولايه العامه للحاكم الشرعى ٢٥١

القضاء من وظائف الحاكم ٢٥٦

ولايه عدول المسلمين ٢٥٩

ولايه الحاكم الشرعى على الصغير ٢٦١

ينعزل القيم بموت الحاكم الشرعى ٢٦٣

تأخر السفه و الجنون عن البلوغ ٢٦٥

فى المفقود عنها زوجها ٢٦٧

مفاد قاعدتى الضرر و الحرج ٢٦٩

ولايه الحاكم الشرعى على المفلس ٢٧٣

الولايه على الاوقاف العامه ٢٧٥

فى مجهول المالك ٢٧٧



فٲ التفاض ٢٨١

للعلن مرابب ءلاآه ٢٨٤

فٲ التفاض من الودلعه ٢٨٤

ص: ٣٤٧

جواز المقاصه بعد حكم الحاكم ٢٨٩

المال الذي لا وارث له ٢٩٢

ادله التحليل ٢٩٥

للحاكم الشرعى ولايه على اجبار الزوج على الطلاق ٢٩٨

يجبر الزوج على الطلاق فيما لو امتنع من الانفاق ٣٠٣

قاعده لا ضرر ٣٠٤

مفاد حديث لا ضرر ٣٠٧

موارد قاعده لا ضرر ٣١٠

للزوجه ترك حقوق الزوج مع امتناعه من القيام بحقوقها ٢١٢

حق الامام عليه السلام ٢١٣

الخاتمه فى منجزات المريض

العتق المعلق على الموت ٣١٦

فى نذر النتيجة

المريض محجور عليه ٣٢٢

الاصول الجاربه فى منجزات المريض ٣٢٥

الاخبار الداله على الخروج من الاصل ٣٢٧

الاخبار الداله على الخروج من الثلث ٣٣٠

اخبار منجزات المريض ٣٣٣

تعارض اخبار منجزات المريض ٣٣٥

ص: ٣٤٨

لا تلازم بين الاقرار و المنجزات ٣٣٧

اقرار المريض بدين او منجز ٣٣٩

الاخبار الداله على اقرار المريض ٣٤١

ص: ٣٤٩

## تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ  
الزمر: ٩

عنوان المكتب المركزى

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الالكترونى : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزى ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز  
الغمامة  
اصبحان  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
**www.Ghaemiyeh.com**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

